BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2015

Ankara, 2016

© Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN: 978-975-7427-81-0

Baskı ve Tasarım

EPAMAT
Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.
Tel: (0312) 394 48 63
Faks: (0312) 394 48 65
www.epamat.com.tr

ÖNSÖZ

12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliğiyle hukuk düzenimize dâhil edilen ve 23 Eylül 2012 tarihinde uygulanmaya başlayan bireysel başvuru sayesinde, kamu gücünü kullanan kişi ve kurumların neden olduğu hak ihlallerine karşı ulusal hukuk düzeninde en üst düzeyde koruma sağlanması imkânı doğmuştur. Mahkememizin benimsediği hak eksenli yaklaşım, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kişilerin bu hak ve özgürlüklerden daha iyi istifade etmeleri noktasında bireysel başvurunun etkili bir araç olabileceğini göstermiştir.

2014 yılına kadar olan dönemde bireysel başvuruya ilişkin çalışmalarının önemli bir kısmını kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin meselelere yoğunlaştıran Mahkememiz, kabul edilebilirlikle ilgili ilkelerin önemli ölçüde gelişmesi ve yerleşik hale gelmesiyle temel hak ve özgürlüklerin esasına ilişkin kararlar da vermeye başlamıştır. Bu dönemden itibaren ihlal kararlarının sayısı ve çeşitliliğinde dikkate değer bir artış görülmektedir.

Mahkememiz 2015 yılında da farklı alanlarda verdiği kararlarla bir yandan bireysel başvurudaki içtihadını zenginleştirirken diğer yandan temel haklara ilişkin yaklaşımını daha açık ve anlaşılır bir biçimde ortaya koymuştur. 2015 yılının bireysel başvurunun işleyişi bakımından, Mahkememize bakan yönüyle verimli bir yıl olduğunu ifade etmem gerekir.

2012-2013 ve 2014 yılları için hazırlanmış kitapların devamı niteliğinde olan elinizdeki bu eserde, içtihadın gelişimi açısından önem taşıyan ve kamuoyunun ilgisini çeken 2015 yılında verilmiş bir kısım kararlar yer almaktadır.

Kitabın ilgililer açısından faydalı olmasını dilerim.

Nisan 2016

Zühtü ARSLAN

Anayasa Mahkemesi Başkanı

SUNUŞ

2015 yılına kadar olan dönem itibarıyla, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru açısından kabul edilebilirlikle ilgili konuları önemli ölçüde açıklığa kavuşturması sonrasında Mahkeme Bölümleri ve duruma göre Genel Kurul bireysel başvuruların esası ile ilgili meselelere daha fazla yoğunlaşma imkânı elde etmiştir. Bu imkân sayesinde verilen ihlal kararlarının sayısında ve çeşitliliğinde dikkate değer bir artış görülmüştür. Nitekim haberleşme hürriyeti, örgütlenme özgürlüğü ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı konusunda ilk ihlal kararları 2015 yılında verilmiştir.

Elinizdeki bu kitapta bireysel başvuruların esası hakkındaki kararlar yanında, temel haklarla bağlantılı olan sınırlı sayıda kabul edilemezlik kararına da yer verilmiştir. Başvuruların esasının incelendiği kararlar seçilirken özellikle ihlal kararları esas alınarak bir çalışma yapılmış olmakla birlikte hak ihlalinin bulunmadığı sonucuna ulaşılan bazı kararlar da kitapta yer bulmuştur.

Başvuruların esası hakkındaki kararlardan ayrı olarak kitapta; 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesi ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi çerçevesinde verilen tedbire ilişkin ara kararlara da yer verilmiştir.

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 hakka ilişkin kararlar karar tarihleri dikkate alınarak kronolojik olarak sıralanmıştır.

Bireysel başvuru kararlarında, bir kararın içerisinde birden fazla hakka ilişkin şikâyetlerin değerlendirilmesi söz konusu olabilmektedir (aynı karar içinde adil yargılanma hakkı, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti vb. haklara ilişkin incelemeler 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

BİRİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARARLAR

1. Mehmet Girasun ve Diğerleri [TAK], B. No: 2015/15266, 11/9/2015 3

   Sokağa çıkma yasakları: Kamu düzenini, halkın can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla sokağa çıkma yasağı ilan edilmesinin temelsiz olduğu söylenemeyeceğinden ve başvurucular, kendi can ve mal güvenliklerinin korunması için sokağa çıkma yasağı kararından derhal müdahale edilmesini gerektirecek şekilde etkilendiklerine, alınan karara uygun hareket etmelerine rağmen kamu makamlarının eylemleri nedeniyle yaşamlarının risk altına girdiğine dair somut herhangi bir bilgi ve belge sunmadığından tedbir talebinin reddine ilişkindir.

2. Mehmet Güler [TAK], B. No: 2015/15950, 2/10/2015 7

   Cenazenin ülkeye getirilmesine izin verilmemesi: Başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturacak bir durum bulunmadığından tedbir talebinin reddine ilişkindir.

3. Uthman Deya Ud Deen Eberle [TAK], B. No: 2015/16437, 10/11/2015 11

   Sınır dışı edilme hâlinde eş ve bakıma muhtaç bebekten öngörülemeyen bir tarihe kadar ayrı kalma riski: Başvurucunun sınır dışı edilmesi hâlinde eşi ve bakıma muhtaç bebeğinden öngörülemeyen bir tarihe kadar ayrı kalacağı açık olduğundan ve bu nedenle başvurucunun manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığından tedbir talebinin kabulüne ilişkindir.

4. R.M. [TAK], B. No: 2015/19133, 16/12/2015 17

   Sınır dışı edilme hâlinde yaşama yönelik ciddi bir tehlikeyle karşılaşma ihtimalinin bulunması: Ülkesinde bir üniversitede gerçekleşen olaylara katılması nedeniyle mahkûmiyetine karar verildiğini ve bu tür eylemlere katılan kişilerin ülkesinde idam cezasıyla cezalandırıldığını ileri süren başvurucunun ülkesine sınır dışı edilmesi hâlinde yaşamına yönelik ciddi bir tehlikeyle karşılaşma ihtimali bulunduğu anlaşıldığından tedbir talebinin kabulüne ilişkindir.

5. İrfan Uysal ve Diğerleri [TAK], B. No: 2015/19907, 26/12/2015 21

   Sağlık hizmetlerine ve temel ihtiyaçlara erişilemediğine ilişkin iddialar: Başvuruculaların sokağa çıkma yasağı ilan edilen bölgelerde sağlık hizmetlerine ve temel ihtiyaçlarına ilişkin taleplerinin karşılanmadığına dair iddiaları kapsamında derhâl tedbir kararı verilmesini gerektirecek bir durum bulunmadığı anlaşıldığından tedbir taleplerinin reddine ilişkindir.

İKİNCİ BÖLÜM

KABUL EDİLEMEZLİĞE VE ESASA İLİŞKİN KARARLAR

AYRIMCILIK YASAĞI (MD. 10)

1. Gülbu Özgüler [GK], B. No: 2013/7979, 11/11/2015 33

Boşanma davası sonrasında velayet hakkı anneye tanınan çocuğun soyadının değiştirilmemesi: Boşanma sonrasında kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi, reşit oluncaya kadar veya baba soyadını değiştirmediği sürece babanın soyadını taşımak zorunda kalan çocuğun soyadının hiçbir koşulda değiştirilmesinin mümkün olmaması şeklindeki uygulamanın ölçülü olmaması nedeniyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkindir.

YAŞAMA HAKKI (MD. 17/1)

1. Mehmet Kaya ve Diğerleri, B. No: 2013/6979, 20/5/2015 53

Cezaevinde çıkan yangın sonucu ölüm: Başvuruculaların yakınının cezaevinde yaşamını yitirdiği yangınla ilgili olarak, yaşamı korumak için gerekli tedbirlerin alınmaması ve olay hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olmaması nedeniyle yaşamı koruma yükümlülüğü ile etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Filiz Aka, B. No: 2013/8365, 10/6/2015 79

Trafik kazasına sebebiyet veren kişiler hakkında açılan ceza davasının uzun sürmesi ve düşme kararı verilmesi: İki dereceli yargılama sürecinde, başvurucunun davanın süratle ve etkili bir şekilde yürütülmesindeki menfaati göz önünde bulundurulduğunda karmaşık olmayan davanın başvurucudan kaynaklanmayan gerekçelerle sekiz yılı aşan süre sonunda düşme kararıyla sonuçlanması nedeniyle yaşam hakkı kapsamında etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

3. İlker Başer ve Diğerleri, B. No: 2013/1943, 9/9/2015 93

Yaşamı ve maddi ve manevi varlığı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği iddialarıyla açılan davaların uzun sürmesi: Hamilelik döneminde bebeğin hastalığının tespit edilmemesi nedeniyle yaşamı ve maddi ve manevi varlığı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiaları kapsamında açılan davaların makul kabul edilemeyecek şekilde uzun sürmesi nedeniyle yaşam ve maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

4. Mehmet Demir ve Diğerleri, B. No: 2013/1579, 15/10/2015 115

Terör amaçlı yerleştirilen bombanın patlatılması: Başvuruculaların yakınlarının ölümüne neden olan patlamanın meydana gelmesinde yetkili makamların sorumlu tutulmasını gerektirecek bir ihmal ya da kusur tespit edilmemesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edilmediğine ve başvuruculaların açmış olduğu tazminat davalarının uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

5. Meral Eşkili, B. No: 2013/7586, 4.11.2015 139

Cezaevinde yangına müdahale etmeye yarayacak araçların yetersizliği: Ceza infaz kurumunda çıkan yangına müdahale edilebilmesine yarayacak uygun araçların sağlanması konusundaki eksikliklerin giderilmemesi nedeniyle yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine; yangın olayına ilişkin soruşturmanın, kapsamı ve sonuçları itibarıyla söz konusu ihmallerin ortaya çıkarılmasını ve sorumluların cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmaması nedeniyle yaşam hakkının usul yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

6. Mehmet Karabulut, B. No: 2013/512, 5/11/2015 177

Askerde intihar: Olayla ilgili yeterli araştırmanın ve değerlendirmelerin yapılmaması nedeniyle yaşam hakkı kapsamında etkili soruşturma yapma yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

7. Yavuz Durmuş ve Diğerleri, B. No: 2013/6574, 16/12/2015 193

Şüpheli ölüm olayı üzerine açılan soruşturmanın dava zamanaşımından düşme kararıyla sonuçlanması: Soruşturmanın kesin bir sonuca ulaşılmasını ortadan kaldıracak şekilde dava zamanaşımından düşme kararıyla sonuçlanması dikkate alındığında bir bütün olarak başvuru konusu olayda, soruşturma sürecinde gösterilmesi gereken dikkat ve özenin gösterilmediği ve soruşturmada süratle hareket edilmediği gerekçeleriyle yaşam hakkı kapsamında etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI (MD. 17/3)

1. Şenol Gürkan, B. No: 2013/2438, 9/9/2015 213

Gözaltı esnasında işkence: İşkence suçu sanıkları hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaktan uzak olması nedeniyle işkence yasağının maddi boyutu bakımından ihlal edildiğine ayrıca işkence ve kötü muamele iddiaları doğrultusunda kamu makamlarınca derhâl harekete geçilmemesi, soruşturma ve kovuşturmanın hızlı ve etkili biçimde sonuçlandırılması için gerekli hassasiyetin gösterilmemesi, sorumlular hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilerek sorumlulara fiilleriyle orantılı ceza verilmesi ve mağdur açısından uygun giderimin sağlanması konusunda gerekli özenin gösterilmemesi, başvurucunun kötü muamele iddialarının tamamı hakkında ve tüm sorumluların tespit edilmesini sağlayabilecek yeterlilikte bir araştırma yapılmaması nedeniyle işkence yasağının usul boyutu bakımından ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Arif Haldun Soygür, B. No: 2013/2659, 15/10/2015 239

Fiziksel ve maddi güç kullanımını zaruri kılan bir durum olmaması: Vücut bütünlüğüne saygı konusunda gerekli özen ve dikkatin gösterilmemesi, müdahalenin küçük düşürücü veya aşağılayıcı bir etki doğurabilecek nitelikte olması nedeniyle kötü muamele yasağının maddi boyutunun; soruşturma ve kovuşturma aşaması bir bütün olarak değerlendirildiğinde yeterli araştırmaların yapılmamış olması nedeniyle kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Hamdiye Aslan, B. No: 2013/2015, 4/11/2015 257

Sanıklar hakkında hükmedilen cezanın orantılı olmadığı, soruşturmanın ve yargılamanın, makul bir ihtimam gösterilerek gerekli olan süratle sonuçlandırılmadığı: İlk Derece

Mahkemesince, sabit görülen eylemlerin nitelik ve ağırlığı dikkate alınarak, sanıklar hakkında 10 ay hapis cezasına hükmedilmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle devletin, söz konusu davada başvurucunun fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edildiğine ayrıca işkence ve kötü muamele iddialarının potansiyel tanığı olan polis memuruna kovuşturma aşamasında bilirkişilik yaptırılması ve yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkindir.

4. K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015 303

Geri gönderme merkezinin koşulları: Sınır dışı edilmek amacıyla geri gönderme merkezinde idari gözetim altına alınan başvurucunun, tutulma koşullarının uygun olmaması ve buna ilişkin etkili başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı ve etkili başvuru hakkının; idari gözetim altına alma işleminin hukuki olmaması, başvurucu hakkında verilen kararların usule uygun olarak bildirilmemesi ve kararlara karşı etkili bir yola başvuru imkânının bulunmaması nedenleriyle de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

5. Mete Dursun, B. No: 2012/1195, 18/11/2015 351

Cezaevi koşulları: Devletin hasta bir hükümlünün ihtiyaçlarına cevap verebilecek kolaylıkların sağlanması konusunda gerekli önlemleri almada yetersiz kalması nedeniyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkindir.

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

1. Nurettin Polat Başvurusu, B. No: 2014/9053, 7/7/2015 381

Başvurucunun mağdur sıfatını taşımaması: Başbakanın konuşmalarında sarf ettiği sözlerin şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkını ihlal ettiği yönündeki şikâyetin, başvurucu mağdur sıfatını taşımadığından "*kişi yönünden yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna ilişkindir.

2. Fetullah Gülen [GK], B. No:2014/12225, 14/7/2015 389

Nefret söylemi olarak kabul edilemeyecek hususlar: Nefret söylemi olarak kabul edilemeyecek hususlarda şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına yönelik uyuşmazlıklar açısından, etkili bir başvuru yolu olan hukuk davası açma yolu tüketilmeden yapılan başvurunun *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna ilişkindir.

3. Ahmet Acartürk, B. No: 2013/2084, 15/10/2015 417

Tıbbi tedaviden önce bilgilendirilme hakkı: Başvurucunun maruz kaldığı operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat etmediği sonucuna ulaşıldığından maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ve açtığı tazminat davasının uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

4. Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015 441

Zorunlu aşı uygulaması: Zorunlu aşı uygulaması hususunda verilen tedbir kararına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmaması nedeniyle maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI (MD. 19)

1. Rıda Boudraa, B. No: 2013/9673, 21/1/2015 467

Sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulma: İdari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişim ve tercüman yardımından yararlanmaya ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Hikmet Kopar ve Diğerleri [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015 489

"Paralel yapı" iddiaları kapsamında yürütülen soruşturmalara ilişkin iddialar: Başvuruların açıkça dayanaktan yoksunluk ve başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedenleriyle kabul edilemez olduğuna ilişkindir.

3. Yavuz Pehlivan ve Diğerleri [GK], B. No: 2013/2312, 4/6/2015 595

Tutukluluk süresinin makul olmaması ve dava dosyasına erişimin kısıtlanması: Tutukluluk süresinin makul olmaması ve dava dosyasına erişimin kısıtlanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiğine ilişkindir.

4. İzzettin Alpergin [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015 621

Tutukluluk süresinin makul olduğu: Tutukluluk süresi yönünden kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlâl edilmediğine, diğer şikâyetler yönünden açıkça dayanaktan yoksunluk ve başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedenleriyle başvurunun kabul edilemez olduğuna ilişkindir.

ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİNİ İSTEME HAKKI (MD. 20)

1. Serap Tortuk, B. No: 2013/9660 , 21/1/2015 657

Mesleki faaliyetle ilgisi olmayan özel yaşam alanına ilişkin eylemler nedeniyle kamu görevinden çıkarılma: Başvurucunun mesleki faaliyetle ilgisi olmayan özel yaşam alanına ilişkin eylemleri nedeniyle hakkında devlet memurluğundan çıkarma cezası uygulanmasının özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiğine ilişkindir.

2. Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015 677

Ebeveynler tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakaları: Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında yapılan iade talebinin reddine ilişkin karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Ata Türkeri, B. No: 2013/6057, 16/12/2015 705

Kamu görevlilerinin özel hayatları: Silahlı kuvvetler personeli olan başvurucunun özel hayatının en mahrem yönünü oluşturan cinsel hayatını öğrencilik yıllarından itibaren tüm detaylarıyla anlatmasının hangi koşullarda gerçekleştiğinin ortaya konulmadığı ve Derece Mahkemesi kararının, ifade alma koşullarına yönelik iddialar dikkate alındığında başvurucunun mahremiyet hakkına müdahaleyi haklı kılacak makul bir gerekçe içermediği gerekçesiyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

HABERLEŞME HÜRRİYETİ (MD. 22)

1. Mehmet Koray Eryaşa, B. No: 2013/6693, 16/4/2015 725

Hükmen tutuklu olan başvurucunun avukatı ile telefonla görüşmesine izin verilmemesi: Hükmen tutuklu olan başvurucunun avukatı ile telefonla görüşmesine izin verilmemesinin haberleşme hürriyetini ihlal ettiğine ilişkindir.

2. Eren Yıldız, B. No: 2013/759, 7/7/2015 755

Hükümlü olan başvurucuya gönderilen mektupların alıkonulması: Hükümlü olan başvurucuya gönderilen mektupların sakıncalı görülerek Ceza İnfaz Kurumu tarafından alıkonulması kapsamında, haberleşme hürriyetinin başvuruya konu bir mektup yönünden ihlal edilmediğine, diğer mektup yönünden ise ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Mehmet Seyfi Oktay, B. No: 2013/6367, 10/12/2015 775

Soruşturma kapsamında tespit edilen telefon görüşme kayıtlarının gizliliğinin korunması konusunda gerekli tedbirlerin alınmaması: Soruşturma kapsamında tespit edilen telefon görüşme kayıtlarının gizliliğinin korunması konusunda gerekli tedbirlerin alınmaması nedeniyle haberleşme hürriyetinin maddi boyutunun; kayıtların medyada yayımlanması suretiyle haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi üzerine etkili bir soruşturma yürütülmeyerek haberleşme hürriyetinin usule ilişkin boyutunun ihlal edildiğine ilişkindir.

DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ (MD. 24)

1. Esra Nur Özbey, B. No: 2013/7443, 20/5/2015 797

Güvenliğin sağlanması ile başvurucunun kıyafetini çıkartmaya zorlanması arasındaki çatışan menfaatlerin ağırlıklarının dengelenmesi: Başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için demokratik toplum düzeninde gerekliliği konusunda ilgili ve yeterli gerekçe gösterilmemesi nedeniyle din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkindir.

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

1. Tuğrul Culfa, B. No: 2013/2593, 11/3/2015 827

Şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasında adil bir denge: Başvurucunun sendika temsilcisi sıfatıyla gazetelere yaptığı açıklamalar nedeniyle aleyhine açılan davada tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkindir.

2. Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 8/4/2015 843

Gazetenin bazı sayfalarının ceza infaz kurumu tarafından çıkarılması: Hükümlü olan başvurucuya gönderilen gazetenin bazı sayfalarının ceza infaz kurumu tarafından çıkarılarak başvurucunun gazeteye erişiminin engellenmesinin ifade özgürlüğü çerçevesinde bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkindir.

3. Mehmet Ali Aydın [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015 865

Kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmalarda kamusal makamların takdir marjı: Başvurucunun sözlerinde, şiddeti

ve terör eylemlerini öven, kişileri ve toplulukları terör yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya tahrik ve teşvik eden, ırkçılık, nefret, intikam alma veya silahlı direniş çağrısını içeren bir ifadenin bulunmadığı, kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiş olsa bile kovuşturmaya tabi tutulma ve yeniden cezalandırılma riskinin halen devam etmesi nedeniyle, başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin hedeflenen meşru amaca uygun bir sınırlama olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

4. Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015 889

Siyasetçilere yönelik eleştiriler: Başvurucunun siyasetçileri eleştirdiği bir köşe yazısı nedeniyle aleyhine açılan ceza davasında hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkum edilmesinin ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkindir.

5. Ali Rıza Üçer (2), B. No: 2013/8598, 2/7/2015 911

Kamusal tartışmalara katılan bireylerin yaptırıma maruz kalmaları: Toplumu yakından ilgilendiren meselelere ilişkin bilgilerin kamuoyu ile paylaşılmasında kamu yararı olduğu ayrıca kamu gücünü kullanan organlara ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırının da özel kişilere göre daha fazla olduğu bu kapsamda başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

6. Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015 931

Siyasi konuşmalar nedeniyle kınama kararı verilmesi: Başvurucunun dava konusu konuşmalarının kamu yararını ilgilendiren bir meseleye ilişkin olduğu ayrıca hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırının da diğer kişilere göre daha fazla olduğu bu sebeplerle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "*başkalarının şöhret ve haklarının korunması"* için demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

7. R.V.Y., B. No: 2013/1429, 14/10/2015 953

Radyo yayınlarının durdurulması: Düzenleyici ve denetleyici merci olan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu ile Derece Mahkemelerinin kararlarında belirtilen yayınların durdurulmasına ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli olmadığı ve bu nedenle başvuruya konu müdahalenin öngörülen kamusal amacı gerçekleştirmeye uygun olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

8. Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015 971

Siyasetçilere yönelik eleştiriler: Siyasetçilere yönelik bilgilendirme ve eleştirilerin cezalandırılmasının caydırıcı etki doğurarak toplumdaki farklı seslerin susturulmasına yol açabileceği ve cezalandırılma korkusunun, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabileceği gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

9. Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015 997

İnternette yer alan haberlere erişimin engellenmesi: Başvuruya konu yazının toplumu yakından ilgilendiren ve kamu yararı bulunan ticari ifadeler içerdiği ve yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ DÜZENLEME HAKKI (MD. 34)

1. Ali Rıza Özer ve Diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015 1017

Toplumsal olaylara müdahalede ihtar yapılmadan biber gazı kullanımı: Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında başvuruculara yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmaması ve müdahale sonrasındaki şikâyetlerin etkili biçimde soruşturulmaması nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Osman Erbil, B. No: 2013/2394, 25/3/2015 1063

*Barışçıl bir gösteri nedeniyle cezalandırılma: B*aşvurucunun katıldığı basın açıklamasının kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle sonlandırılması ve bu eylem nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilmesi şeklindeki müdahalenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı gerekçesiyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

MÜLKİYET HAKKI (MD. 35)

1. Servet Saraçoğlu ve Diğerleri, B. No: 2012/1281, 24/6/2015 1085

Kamulaştırılan taşınmazın bir karşılık ödenmeksizin kullanılması: Başvuruculara taşınmazının kamulaştırılmasından sonra, kamulaştırma bedeli, tazminat, ecrimisil gibi herhangi bir karşılık ödenmeksizin kullanılmaya devam edilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

ADİL YARGILANMA HAKKI (MD. 36)

1. Yankı Bağcıoğlu ve Diğerleri [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015 1127

Dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı yönündeki iddiaların araştırılmaması: Başvuruculara dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı yönündeki iddialarının araştırılması amacıyla bu deliller üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması veya bunlara ilişkin imajların verilmesi taleplerinin, dijital belgelerin içeriklerinin devlet sırrı kapsamında kaldığından ve dijital delillerin usulüne uygun aramalar sonucu ele geçirildiğinden bahisle reddedilmesinin, yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine ilişkindir.

2. Ahmet Saygılı ve Şefika Saygılı, B. No: 2013/135, 21/1/2015 1153

Aynı Olaya İlişkin Farklı Yargı Kollarınca Verilen Kararların Hukuki Belirsizliğe Yol Açması: Aynı olaya ilişkin olarak farklı yargı kollarına ait mahkemelerce verilen farklı kararların hukuki belirsizliğe neden olduğu ve başvurucular açısından öngörülemez bulunduğu gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Abdulselam Tutal ve Diğerleri [GK], B. No: 2013/2319, 8/4/2015 1167

Gözaltında avukat yardımından yararlanamama: Başvurucuların gözaltında avukat yardımından yararlanamamaları nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

4. Baran Karadağ, B. No: 2014/12906, 7/5/2015 1193

Gizli Tanıklık: Başvurucunun bazı suçlara yönelik mahkûmiyetlerinin belirleyici ölçüde bir gizli tanığın ifadesine dayandırıldığı, tanığın kimliğinin neden giz-

lendiği hususunda bir gerekçeye yer verilmediği ve gizli tanığın menfaatleri ile başvurucunun haklarının dengelenmediği gerekçeleriyle aleyhinde beyanda bulunan tanığı sorguya çekme hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

5. Aligül Akkaya ve Diğerleri [GK], B. No: 2013/1138, 27/10/2015 1215

Müdafii olmaksızın alınan ifadelerin mahkûmiyete esas alınması: Müdafii olmaksızın alınan ifadelerin mahkûmiyete esas alınması, tanık dinletme taleplerinin değerlendirilmemesi, bazı tanıkların dinlenmesi taleplerinin reddedilmesinde yeterli ve makul gerekçeler ortaya konulmaması nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

SENDİKA HAKKI (MD. 51)

1. Kristal-İş Sendikası [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015 1267

Bakanlar Kurulunca alınan grev erteleme kararı: Grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayandığının ortaya konmaması ve demokratik toplumda gerekli olmaması nedeniyle sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

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

1. Büyük Birlik Partisi ve Saadet Partisi, [GK], B. No: 2014/8843, 10/12/2015 1289

Siyasi partilere hazine yardımı: %3 sınırını aşamayan siyasi partilerin hazine yardımı alamamasının seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını ihlal etmediğine ilişkindir.

SİYASİ ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ (MD. 68)

1. Metin Bayyar ve Halkın Kurtuluş Partisi [GK], B. No: 2014/15220, 4/6/2015 1309

Siyasi parti yöneticisine idari para cezası verilmesi: İdari para cezasını uygulayacak yetkili otorite bakımından kanunda yeterli açıklıkta bir hükmün bulunmadığı gerekçesiyle siyasi örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

BİRİNCİ BÖLÜM
TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

MEHMET GİRASUN VE ÖMER ELÇİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/15266)

Karar Tarihi: 11/9/2015

BİRİNCİ BÖLÜM

ARA KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Erdal TERCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	M. Serhat MAHMUTOĞLU
Başvurucular	:	Mehmet GİRASUN, Ömer ELÇİ
Vekilleri	:	Av. Tahir ELÇİ, Av. Muhammed Neşet GİRASUN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Şırnak ili Cizre ilçesinde uygulanmakta olan sokağa çıkma yasağı nedeniyle başvurucuların yaşama haklarının, kötü muamele yasağının, özgürlük ve güvenlik haklarının, özel ve aile hayatlarına saygı haklarının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır. Başvurucular, sokağa çıkma yasağına ilişkin kararın yürütmesinin tedbiren durdurulmasını talep etmektedirler.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi aracılığıyla 9/9/2015 tarihinde yapılmıştır. (Başvuru, Anayasa Mahkemesine 10/9/2015 tarihinde saat 15.29'da ulaşmıştır.) Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, başvurucuların tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 33. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, 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 olaylar özetle şöyledir:

5. Başvurucular, Şırnak ili Cizre ilçesinde yaşamaktadırlar.

6. Şırnak Valiliğinin 4/9/2015 tarihinde resmi internet sitesinden yaptığı duyuru şöyledir:

"Bölücü Terör Örgütü mensuplarının yakalanması, halkımızın can ve mal güvenliğinin sağlanması için 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesi gereğince ilimiz Cizre ilçesinde 04 Eylül 2015 günü saat 20:00'dan geçerli olmak üzere ikinci bir emre kadar sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir."

7. Başvurucular, Şırnak Valiliğinin anılan kararına karşı Mardin İdare Mahkemesinde (Mahkeme) 7/9/2015 tarihinde 2015/3425 Esas sayılı yürütmeyi durdurma talebi içeren iptal davası açmışlardır. Mahkeme, başvurucuların talepleri hakkında henüz bir karar vermemiştir.

8. Başvurucular, Mahkemeden yürütmeyi durdurma taleplerine ilişkin henüz bir karar verilmemiş olması nedeniyle 10/9/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel tedbir taleplerini içeren başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

9. 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11/C maddesi şöyledir:

"İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteaallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindendir.

Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymıyanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

10. Başvuru formu ve ekleri incelenip tedbir talebi hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

11. Başvurucular, Şırnak Valiliğince alınan sokağa çıkma yasağı kararı nedeniyle temel ihtiyaçlarını karşılayamadıklarını, yürütülen operasyon nedeniyle kendilerinin ve ailelerinin öldürülme risklerinin bulunduğunu belirterek Anayasa'nın 17., 19., 20., 21. ve 22. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

12. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün *"Tedbir kararı"* başlıklı 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre; başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması halinde, başvuru hakkında esasa ilişkin inceleme yapılana kadar Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

13. 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 idari merciler ve derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır (*Ayşe Zıraman ve Diğerleri*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

14. Şırnak Valiliği, 5442 sayılı Kanun'un 11/C maddesi uyarınca başvuruculaların yaşadıklarını belirttikleri Cizre ilçesinde sokağa çıkma yasağı ilan etmiştir. Valilik bu kararına, terör örgütü mensuplarının yakalanması ve terör olayları nedeniyle halkın can ve mal güvenliğinin sağlanmasını gerekçe göstermiştir. Valiliğin anılan gerekçelerle kamu düzenini, halkın can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla sokağa çıkma yasağı ilan etmesinin temelsiz olduğu söylenemez.

15. Başvurucular, kendi can ve mal güvenliklerinin korunması için alınan sokağa çıkma yasağı kararından derhal müdahale edilmesini gerektirecek şekilde etkilendiklerine, alınan karara uygun hareket etmelerine rağmen kamu makamlarının eylemleri nedeniyle yaşamlarının risk altına girdiğine dair somut herhangi bir bilgi ve belge sunmamışlardır. Başvurucular, yaşama haklarının risk altında olduğunu ilçede meydana geldiğini iddia ettikleri sivil kişilerin ölümlerine dayandırmışlardır. Ancak bu hususta genel olarak sosyal ve yazılı medyadaki paylaşımlara atıf yapmakla yetinmişlerdir.

16. Açıklanan nedenlerle, başvuruculara yönelik derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunduğu dosya kapsamında bulunan bilgi ve belgelerden bu aşamada anlaşılamadığından koşulları oluşmayan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Başvuruculara tedbir talebinin **REDDİNE,** 11/9/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

MEHMET GÜLER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/15950)

Karar Tarihi: 2/10/2015

İKİNCİ BÖLÜM

ARA KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
Raportör	:	M. Serhat MAHMUTOĞLU
Başvurucu	:	Mehmet GÜLER
Vekili	:	Av. Sinan VARLIK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başvurucunun Suriye'de hayatını kaybeden oğlunun cenazesini Türkiye'ye getirmesine idari makamlarca izin verilmemesi nedeniyle Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiası hakkındadır.

2. Başvurucu, oğlunun cenazesinin Türkiye'ye alınmamasına dair işlemin yürütmesinin tedbiren durdurulmasını talep etmektedir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

3. Başvuru, 1/10/2015 tarihinde yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesi uyarınca, tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

5. Başvurucu Mehmet Güler'in oğlu Aziz Güler (1988 doğumlu), 21/9/2015 tarihinde başvurucunun beyanına göre mayın patlaması sonucu Suriye'de hayatını kaybetmiştir.

6. Başvurucu, 22/9/2015 ve 28/9/2015 tarihlerinde oğlunun cenazesinin Türkiye'ye kabul edilmesi için Suruç Kaymakamlığına (Kaymakamlık) başvurmuş ancak yazılı olarak cevap alamamıştır.

7. Başvurucu, Kaymakamlık kaynaklarından sözlü olarak talebinin kabul edilmeyeceği bilgisini aldığını belirterek 1/10/2015 tarihinde saat 15.51'de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

8. 19/1/2010 tarihli ve 27467 sayılı Mezarlık Yerlerinin İnşaası ile Cenaze Nakil ve Defin İşlemleri Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) *"Yurtdışından gelen cenazeler"* kenar başlıklı 37. maddesi şöyledir:

> *"Yabancı ülkelerden getirilen cenazelerin nakline müsaade edildiğini ve naklinde sağlık yönünden sakınca bulunmadığını gösteren cenazenin geleceği yerin yetkili makamından verilmiş cenaze nakil belgesi ibraz edilmesi zorunludur. Cenaze nakil belgesinde cenazenin kimlik numarasının, ad ve soyadının, baba adının, ölümün vuku bulduğu yerin, tarihin, ölüm sebebinin, nakline izin verildiğinin, naklinin sağlık sakıncası doğurmayacağı hususunun ve ilgili diğer hususların açıklıkla kaydedilmesi zorunludur."*

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

9. Başvuru formu ve ekleri incelenip tedbir talebi hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

10. Başvurucu, Suriye'de hayatını kaybeden oğlunu Türkiye'ye getirerek defnetmesine keyfi olarak izin verilmediğini belirterek Anayasa'nın 10., 17., 20. ve 24. maddelerinde belirtilen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, oğlunun cenazesinin Türkiye'ye kabul edilmemesine dair işlemin yürütmesinin tedbiren durdurulmasını talep etmektedir.

B. Değerlendirme

11. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve İçtüzük'ün *"Tedbir kararı"* başlıklı 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre; başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması hâlinde, başvuru hakkında esasa ilişkin inceleme yapılana kadar Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

12. Somut olayda başvurucunun Suriye'de hayatını kaybeden oğlunun cenazesini Türkiye'ye getirmesine izin verilmediği iddia edilmektedir. Başvurunun kişilerin özel hayatı ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Anılan işlemin başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturacak nitelikte olmadığı başvuru kapsamından açıkça anlaşılmaktadır. Kaldı ki anılan Yönetmelik kapsamında sunulması gereken bilgi ve belgelerin hiçbirisinin bireysel başvuru formuna eklenmediği görülmektedir.

13. Açıklanan nedenlerle, İçtüzük'ün 73. maddesi kapsamında kalmadığı anlaşılan tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

A. Başvurucunun tedbir talebinin REDDİNE,

B. Kararın bir örneğinin başvurucuya tebliğine,

2/10/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

UTHMAN DEYA UD DEEN EBERLE BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/16437)

Karar Tarihi: 10/11/2015

BİRİNCİ BÖLÜM

ARA KARAR

Başkan	: Burhan ÜSTÜN
Üyeler	: Nuri NECİGOĞLU
	Hicabi DURSUN
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	: M. Serhat MAHMUTOĞLU
Başvurucu	: Uthman Deya Ud Deen EBERLE
	(Amerika Birleşik Devletleri ve Pakistan Vatandaşı)
Vekili	: Av. Seçil ASİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olan başvurucunun kamu güvenliğini tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle hakkında verilen sınır dışı kararının uygulanması hâlinde yaşamının tehlikeye düşeceği ve aile bütünlüğünün bozulacağı iddiaları hakkındadır.

2. Başvurucu, idari gözetim altında tutulmasına ve sınır dışı edilmesine dair işlemlerin tedbiren yürütmesinin durdurulmasını talep etmektedir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

3. Başvuru, 16/10/2015 tarihinde yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesi uyarınca, tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

5. Başvurucu, Amerika Birleşik Devletleri ve Pakistan vatandaşıdır.

6. Başvurucu, 6/3/2014 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı L.A. ile evlenmiş; bu evlilikten 26/6/2015 tarihinde bir kız çocukları olmuştur.

7. Başvurucu, Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne 22/10/2014 tarihinde başvurarak ikamet izni talebinde bulunmuş; talebi 11/12/2014 tarihinde kabul edilmiştir.

8. Başvurucu hakkında emniyet tarafından 5/3/2015 tarihinde adli işlem yapılması nedeniyle (Ç-114) ve 17/3/2015 tarihinde genel güvenliği tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle (G-87) tahdit kararları alınmıştır. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden anılan kararların gerekçeleri anlaşılamamaktadır.

9. Başvurucu, Yalova'da bulunan özel bir hastanede doğum yapan eşine refakat ettiği sırada 27/6/2015 tarihinde idari gözetim altına alınarak Kocaeli Geri Gönderme Merkezine (KGGM) nakledilmiştir.

10. Kocaeli Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü (Kocaeli Göç İdaresi)2/7/2015 tarihinde başvurucunun sınır dışı edilmesine karar vermiştir.

11. Başvurucunun Kocaeli Göç İdaresinin vermiş olduğu sınır dışı kararına karşı açtığı iptal davası Kocaeli 1. İdare Mahkemesinin 25/8/2015 tarihli ve E.2015/853, K.2015/972 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

12. Bu karar 18/9/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş olup süresi içinde 16/10/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

13. Başvurucu, 6/11/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunduğu ek dilekçesiyle tedbir talebinde bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

14. 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun *"Sınır dışı etme kararı"* kenar başlıklı 53. maddesi şöyledir:

(1) Sınır dışı etme kararı, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır.

(2) Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.

(3) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu

konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."

15. 6458 sayılı Kanun'un *"Sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi"* kenar başlıklı 57. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

"İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi hâlinde, dilekçe yetkili sulh ceza hâkimine derhâl ulaştırılır. Sulh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sulh ceza hâkiminin kararı kesindir. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurabilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Başvuru formu ve ekleri incelenip tedbir talebi hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu, vatandaşı olduğu ülkelerden Amerika Birleşik Devletlerine geri gönderilmesi halinde yaşamının tehlikeye düşeceğini, hakkında alınan sınır dışı kararının uygulanması hâlinde Türkiye'de yaşayan eşi ve çocuğundan ayrı kalacak olması nedeniyle aile bütünlüğünün bozulacağını, hâlen geri gönderme merkezinde tutuluyor olması nedeniyle aile bütünlüğünün bozulduğunu belirterek Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

B. Değerlendirme

18. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve İçtüzük'ün *"Tedbir kararı"* başlıklı 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre; başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması hâlinde, başvuru hakkında esasa ilişkin inceleme yapılana kadar Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

19. Somut olayda başvurucu vatandaşı olduğu Amerika Birleşik Devletlerine geri gönderilmesi hâlinde *"yaşamının"* tehlikeye düşeceğini ileri sürmektedir. Ancak, geri gönderileceği ülkede yaşamına yönelik ne tür bir tehlikeyle karşı karşıya kalacağına dair herhangi bir bilgi veya belge sunmamıştır. Dos-

ya kapsamındaki bilgi ve belgelerden başvurucunun Amerika Birleşik Devletlerine sınır dışı edilmesi hâlinde *"yaşamının"* tehlikeye düşeceği sonucuna bu aşamada ulaşmak mümkün değildir.

20. Öte yandan başvurucu idari gözetim altına alındığı tarihe kadar Türk vatandaşı olan eşi ve 4 aylık bebeği ile birlikte Göç İdaresinden aldığı ikamet iznine dayalı olarak Türkiye'de yaşamaktadır. Başvurucunun sınır dışı edilmesi hâlinde eşi ve bakıma muhtaç bebeğinden öngörülemeyen bir tarihe kadar ayrı kalacağı açıktır. Bu durum başvurucuyu *"manevi bütünlüğü"* yönünden ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya bırakmaktadır (G.B. ve diğerleri [TAK], B. No: 2015/15273, 17/9/2015, §§ 17-18). Nitekim benzer bir olayda AİHM, eşi ve üç çocuğuyla birlikte Belçika'da ikamet eden Gürcistan uyruklu başvurucunun işlediği suçlar nedeniyle sınır dışı edilmesine dair işlemin yürütmesini özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında başvuru esastan sonuçlanıncaya kadar tedbiren durdurmuştur (bkz. *Paposhvili/Belçika,* [B.D.], B. No:41738/10, 16/9/2015).

21. Açıklanan nedenlerle, İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca başvurucunun*"-manevi bütünlüğüne"* yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığından tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

22. Bununla birlikte KGGM'de idari gözetim altında tutulan başvurucu tedbiren serbest bırakılmasını talep etmektedir. Bu aşamada dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden başvurucuya yönelik derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılamadığından tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

A. İdari gözetim kararının kaldırılmasına ilişkin tedbir talebinin REDDİNE,

B. Sınır dışı işleminin durdurulmasına ilişkin tedbir talebinin KABULÜNE,

C. Anayasa Mahkemesi tarafından yeni bir karar verilinceye kadar başvurucu Uthman Deya Ud Deen EBERLE hakkındaki sınır dışı kararının UYGULANMAMASINA,

D. Kararın bir örneğinin;başvurucuya, İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne ve Kocaeli Emniyet Müdürlüğüne tebliğine,

10/11/2015 tarihinde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

R.M. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/19133)

Karar Tarihi: 16/12/2015

İKİNCİ BÖLÜM

ARA KARAR

GİZLİLİK TALEBİ VAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Alparslan ALTAN
	Celal Mümtaz AKINCI
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
Raportör	: M. Serhat MAHMUTOĞLU
Başvurucu	: R. M. (İran İslam Cumhuriyeti Vatandaşı)
Vekili	: Av. Çınar AKSOY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, İran vatandaşı olan başvurucunun hakkında verilen sınır dışı kararının uygulanması hâlinde ülkesinde yaşam hakkının ihlal edileceği iddiaları hakkındadır.

2. Başvurucu, sınır dışı edilmesine dair işlemin yürütmesinin tedbiren durdurulmasını talep etmektedir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

3. Başvuru, 8/12/2015 tarihinde yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesi uyarınca, tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

5. Başvurucu, 1981 doğumlu olup İran İslam Cumhuriyeti vatandaşıdır.

6. Başvurucu, belirlenemeyen bir tarihte Türkiye'ye gelerek *"uluslararası koruma"* talebinde bulunmuştur.

7. Başvurucu, 2008 yılında ülkesinde bulunan Tıp Bilimleri Üniversitesinde gösterilere katıldığı gerekçesiyle İsfahan İslam Devrim Mahkemesi tarafından mahkumiyetine karar verildiğini belirtmiştir.

8. Başvurucu, İran İslam Cumhuriyetinin devrilmesi yönünde faaliyette bulunmakla suçlandığını, anılan suçun ise idamla cezalandırıldığını ileri sürmüştür.

9. Başvurucu, muhatapların celbini kolaylaştırmak ve yabancı ülkelerden suçluların iadesini sağlayabilmek amacıyla ülkesinde idam cezalarının yazılı olarak bildirilmediğini belirterek İsfahan 1.Devrim Mahkemesi tarafından mahkemeye celbine dair belgenin tercümesini sunmuştur.

10. Kahramanmaraş Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü 3/12/2014 tarihinde başvurucunun *"uluslararası koruma"* başvurusu kapsamında haftalık imza yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle sınır dışı edilmesine karar vermiştir.

11. Başvurucunun sınır dışı kararının iptali için açtığı dava Kahramanmaraş İdare Mahkemesinin 21/10/2015 tarihli ve E.2015/343, K.2015/984 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

12. Bu karar, başvurucuya 11/11/2015 tarihinde tebliğ edilmiş olup süresi içinde 8/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

B. İlgili Hukuk

13. 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun "*Sınır dışı etme kararı"* kenar başlıklı 53. maddesi şöyledir:

"(1) Sınır dışı etme kararı, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır.

(2) Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.

(3) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

14. Başvuru formu ve ekleri incelenip tedbir talebi hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

15. Başvurucu, hakkında verilen sınır dışı kararının uygulanması hâlinde ülkesinde idam cezasıyla cezalandırılacağını, idare mahkemesinde görülen davada ulusal ve uluslararası mevzuatla kendisine tanınan hukuki güvencelerden yararlandırılmadığını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

16. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve İçtüzük'ün *"Tedbir kararı"* başlıklı 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre; başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması hâlinde, başvuru hakkında esasa ilişkin inceleme yapılana kadar Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

17. Somut olayda başvurucu, ülkesinde 2008 yılında bir üniversitede gerçekleşen olaylara katılması nedeniyle mahkûmiyetine karar verildiğini, bu tür eylemlerin İran İslam Cumhuriyetinin devrilmesi yönünde faaliyette bulunmak olarak kabul edildiğini ve katılan kişilerin idam cezasıyla cezalandırıldığını ileri sürmüş ve iddialarını doğrular nitelikte bazı bilgi ve bilgiler sunmuştur (bkz. §§ 8-9). Nitekim İnsan Hakları İzleme Örgütünün İran'a ilişkin 2015 yılı İnsan Hakları Raporunda, İran hukukuna göre çok sayıda suçun karşılığının ölüm cezası olduğu ve verilen cezaların da infaz edildiği belirtilmiştir.

18. Açıklanan nedenlerle, bu aşamada başvurucunun ülkesine sınır dışı edilmesi hâlinde *"yaşamına"* yönelik ciddi bir tehlikeyle karşılaşma ihtimali bulunduğu anlaşıldığından tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir**.**

V. HÜKÜM

A. Başvurucunun tedbir talebinin KABULÜNE,

B. Mahkemece yeniden bir karar verilinceye kadar başvurucu R. M.'nin ÜLKESİNE SINIRDIŞI EDİLMESİNE İLİŞKİN İŞLEMİN UYGULANMAMASINA,

C. Kararın bir örneğinin başvurucuya ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne tebliğine,

16/12/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

İRFAN UYSAL VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/19907)

Karar Tarihi: 26/12/2015

İKİNCİ BÖLÜM

ARA KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	M. Serhat MAHMUTOĞLU
Başvurucular	:	İrfan UYSAL
		Evin ÇAĞLI
		Osman KÜLTÜR
		Maşallah ÖZDEMİR
		Halise KULJA
		Nevroz YILMAZ
		Sedat AYDIN
		Abdulkerim PUSAT
Vekilleri	:	Av. Ramazan DEMİR
		Av. Faik Özgür EROL
		Av. Oya AYDIN GÖKTAŞ
		Av. Nuray ÖZDOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Şırnak ili Cizre ilçesinde ve Diyarbakır ili Sur ilçesinde mülki amirler tarafından alınan*"sokağa çıkma yasağı"* kararlarının başvurucular yönünden yaşama hakkı, işkence ve eziyet yasağı, kişi hürriyeti ve güvenliği, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkını ihlal ettiği iddiaları hakkındadır.

2. Başvurucular, mülki amirler tarafından *"sokağa çıkma yasağı"* kararı alınmasının ve uygulanmasının engellenmesi konusunda tedbir kararı verilmesini talep etmektedirler.

II. BAŞVURU SÜRECİ

3. Başvuru, 25/12/2015 tarihinde doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesi uyarınca, tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Başvurucular tarafından Anayasa Mahkemesine 25/12/2015 tarihinde 2015/19907, 2015/19955 ve 2015/19960 numaralı üç ayrı başvuru yapılmış; başvuruların konu yönünden bağlantılı olması nedeniyle birleştirilerek değerlendirilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

5. Başvuru formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve ilgili kamu makamlarından alınan bilgilere göre olaylar özetle şöyledir:

6. Mülki amirler tarafından Şırnak ili Cizre ilçesinde ve Diyarbakır ili Sur ilçesinde farklı tarihlerde sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir. Yasaklar hâlen uygulanmaktadır.

7. Şırnak Valiliğinin 23/12/2015 tarihli sokağa çıkma yasağına ilişkin duyurusu şöyledir:

"İlimiz Cizre ve Silopi ilçe merkezlerinde Bölücü Terör Örgütü mensuplarının etkisiz hale getirilmesi, bölücü terör örgütü mensupları tarafından mayın ve patlayıcılarla tuzaklanmış barikat ve hendeklerin bertaraf edilmesi ve vatandaşlarımızın can, mal güvenliğinin ve kamu düzeninin sağlanması amacıyla konulan sokağa çıkma yasağı sebebiyle;

Vatandaşlarımızın ihtiyaç duyduğu başta sağlık hizmetleri, gıda ihtiyaçları ve cenaze ile ilgili hizmetlerine ilgililerin 155 Polis İmdat telefonuna bildirmeleri durumunda Kaymakamlıklarımızca yardımcı olunmaktadır.

Kamuoyuna saygıyla duyurulur."

8. Sur Kaymakamlığının 11/12/2015 tarihli sokağa çıkma yasağına ilişkin duyurusu şöyledir:

"İlçemiz Suriçi mahallelerinde silahlı terör örgütü mensuplarınca barikat kurma, hendek kazma ve bombalı tuzaklama faaliyetleri neticesinde eğitim öğretim faaliyetlerinin, sağlık hizmetlerinin, ibadethanelerde icra edilen din hizmetlerinin sunulmasında ve vatandaşlarımızın bu hizmetlere ulaşmasında sorunlar yaşanmaktadır. Bu durum nedeni

ile ilçemiz merkez mahallelerinde vatandaşlarımızın günlük yaşamını normal şartlar altında sürdürmesinin zorlaştığı ve ticari hayatın aksadığı gözlemlenmiştir.

Bu bakımdan kamu düzeninin sağlanması, sokak aralarındaki barikatların kaldırılması hendeklerin kapatılması ve kurulan bombalı düzeneklerin imhası çalışmaları esnasında sivil vatandaşlarımızın can ve mal güvenliğini temin etme adına ilçemiz Suriçi'nde bulunan toplam 15 mahallemizin 6'sında (Cevatpaşa, Fatihpaşa, Dabanoğlu, Hasırlı, Cemal Yılmaz ve Savaş) ve Gazi caddesinde 11 Aralık 2015 Cuma günü saat 16.00 itibari ile ikinci bir emre kadar Kaymakamlığımızca sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir. Vatandaşlarımızın söz konusu yasağa riayet etmeleri kendi can ve güvenliklerinin temin edilmesi adına önem arz etmektedir. Kamuoyuna saygı ile duyurulur."

9. Başvurucular vekilleri, başvurucuların anılan kararlardan kişisel olarak etkilendiklerini, Noterlerin kapalı olması nedeniyle vekâletname sunamadıklarını belirtmişlerdir. Başvuru formlarında her bir başvurucu yönünden şu bilgilere yer verilmiştir:

i. İrfan Uysal yönünden: Cizre'de yaşadığı, emniyet birimlerinden izin alarak Cizre Belediye Başkanlığına ait bir araçla 18/12/2015 tarihinde Nur Mahallesinde bulunan su vanaları açmaya gittiği ancak açılan ateş sonucu kolundan yaralandığı, Belediyeye ait araçla Cizre Devlet Hastanesine başvurduğu fakat tedavisinin tamamlanmadığı, gecikmeli olarak Şırnak Devlet Hastanesine sevk edilmesi nedeniyle sol kolunu kaybettiği belirtilmiştir.

ii. Evin Çağlı yönünden: Cizre'de yaşadığı, dokuz aylık hamile olduğu, her an hastaneye gitmesi gerekebileceği belirtilmiştir.

iii. Osman Kültür yönünden: Cizre'de yaşadığı, felçli olması nedeniyle yürüyemediği, temel ihtiyaçlarını karşılamakta güçlük çektiği belirtilmiştir.

iv. Maşallah Özdemir yönünden: Cizre'de yaşadığı, kalp ve tansiyon hastası olduğu, hastaneye götürülemediği ve ilaçlarının temin edilemediği belirtilmiştir.

v. Halise Kulja yönünden: Cizre'de yaşadığı, hamile olduğu, sağlık hizmetlerine erişemediği ve diğer temel gereksinimlerini karşılayamadığı belirtilmiştir.

vi. Nevroz Yılmaz yönünden: Cizre'de yaşadığı, on beş yaşında felçli bir çocuk olduğu belirtilmiştir.

vii. Sedat Aydın yönünden: Sur'da yaşadığı, seksen beş yaşındaki annesi ve dört kardeşiyle aynı evi paylaştığı, evde iki aylık bir bebek bulunduğu, bebeğin aşılarının ve kontrollerinin yapılamadığı, başvurucunun sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi nedeniyle arkadaşının evinde kaldığı ve evine dönemediği belirtilmiştir.

vii. Abdulkerim Pusat yönünden: Cizre'de yaşadığı, 14/12/2015 tarihinde tedavi olmak amacıyla Ankara'ya geldiği, sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi nedeniyle evine dönemediği, eşi ve çocuğundan haber alamadığı belirtilmiştir.

10. Başvurucular, *"sokağa çıkma yasağı"* kararlarına ilişkin idari ve yargısal başvuru yollarının etkisiz olduğunu belirterek 25/12/2015 tarihinde doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

11. Başvurucuların iddialarına ilişkin Şırnak ve Diyarbakır Valiliklerinden başvurunun yapıldığı gün bilgi ve belge talebinde bulunulmuştur.

12. Şırnak Valiliğince aynı gün Mahkememize iletilen cevaplar şöyledir:

Başvurucu İrfan Uysal'ın iddiaları hakkında;

"İrfan UYSAL isimli şahsın BTÖ mensuplarıyla çıkan çatışma esnasında sol kolundan yaralandığı, Cizre Devlet Hastanesinde ilk müdahalesinin ardından herhangi bir gecikme olmaksızın Şırnak Devlet Hastanesine sevk edildiği, Şırnak Devlet Hastanesinin sokağa çıkma yasağı olan bölgede olmadığı, şahsın kendisinin daha gelişmiş bir sağlık kuruluşuna sevki ile ilgili herhangi bir talebinin olmadığı ve Şırnak Devlet Hastanesin Uzman Doktorlarınca da daha gelişmiş bir sağlık kuruluşuna sevkine gerek duyulmadığı, ancak böyle bir talepte bulunulması durumunda derhal başka bir sağlık kuruluşuna sevkinin mümkün olduğu hususu bilgilerinize arz olur."

Başvurucular Evin Çağlı, Osman Kültür, Maşallah Özdemir, Halise Kulja, Nevroz Yılmaz ve Abdulkerim Pusat'ın iddiaları hakkında özetle;

"… ilgi yazınızda belirtilen kişilerin iddialarını Valiliğimize ve Kaymakamlığımıza yazılı olarak ve normal telefon hattıyla iletmedikleri,

Vatandaşlarımızın sağlık ve temel ihtiyaçlarının karşılanması için 112 Acil Yardım Hattı ve 155 Polis İhbar Hattı faal olarak çalışmakta ayrıca Cizre ve Silopi Devlet Hastanelerimizde 24 saat esasına göre her türlü tedbirler alınmış ve vatandaşlarımızın talepleri halinde her türlü sağlık hizmeti sunulmaktadır.

Sokağa çıkma yasağı süresince her türlü telefon iletişim imkânın mevcut olduğu hususu bilgilerinize arz olunur."

13. Sur Kaymakamlığının Diyarbakır Valiliği aracıyla Mahkememize iletiği başvurucu Sedat Aydın'a ilişkin cevabı şöyledir:

*"Başvurucu Sedat AYDIN ile ilgili bilgi, belgeler ve deliller istenilmiştir. Bu kapsamda konunun aciliyetine binaen başvurucu Sedat AYDIN'a kendisine ait *** numaralı telefondan 25.12.2015 tarihinde saat 20.50 de ulaşılmıştır (EK-1). Kendisi so-*

*kağa çıkma yasağı bulunan evinin bulunduğu mahalleyi yasağın kalktığı 10.12.2015 tarihinde öğle saatlerinde bütün ailesiyle birlikte terk ettiğini, şu an Diyarbakır ili sınırları içerisinde sokağa çıkma yasağı bulunmayan bir mahallede geçici olarak ikamet ettiğini beyan etmiştir. Kendisine hayati ve temel bir ihtiyaçları konusunda bir ihtiyacının olup olmadığı sorulmuş, eğer isterse hemen ulaştırılabileceği belirtilmiş ancak herhangi bir talebinin olmadığını beyan etmiştir. Ayrıca kişinin nüfus kayıt bilgilerinin incelenmesi neticesinde 2 aylık bir bebeğinin bulunmadığı anlaşılmıştır (EK-2). Yapılan telefon görüşmesinde kendisinin 2 aylık bir bebeği olmadığı ancak kardeşi H.A.nın E.A. isminde bir bebeği olduğunu beyan etmiştir. Kayıtların incelenmesi neticesinde söz konusu bebeğin *** TC kimlik numaralı 29.09.2015 doğumlu E.A. olduğu anlaşılmış olup; sorumlu aile hekimi Dr. Ö.Y. tarafından imzalanan tutanaktan anlaşıldığı üzere E.A.nın aşılarının 25.12.2015 tarihi itibari ile tam olduğu ve günü geçen herhangi bir aşısının bulunmadığı anlaşılmıştır (EK-3)."*

B. İlgili Hukuk

14. 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesinin (C) fıkrası şöyledir:

"İl sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının, tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi valinin ödev ve görevlerindendir.

Bunları sağlamak için vali gereken karar ve tedbirleri alır. Bu hususta alınan ve ilan olunan karar ve tedbirlere uymıyanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır."

15. 5442 sayılı Kanun'un 32. maddesinin (Ç) fıkrası şöyledir:

"İlçe sınırları içinde huzur ve güvenliğin, kişi dokunulmazlığının tasarrufa müteallik emniyetin, kamu esenliğinin sağlanması ve önleyici kolluk yetkisi kaymakamın ödev ve görevlerindendir.

Bunları sağlamak için kaymakam gereken karar ve tedbirleri alır; Bu hususta alınan ve ilan edilen karar ve tedbirlere uymıyanlar hakkında 66 ncı madde hükmü uygulanır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Başvuru formu ve ekleri incelenip tedbir talepleri hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

17. Başvurucular, 5442 sayılı Kanun'un mülki amirlere *"sokağa çıkma yasağı"* kararları alma yetkisi vermediğini, anılan yasaklar nedeniyle başvurucuların sağlık hizmetlerine, temel gıda ve diğer insani gereksinimlerine erişim im-

kânlarının bulunmadığını, başvuruculardan bazılarının evlerine dönemediğini ve ailelerinden haber alamadıklarını belirterek Anayasa'nın 13., 15., 17., 19. ve 20. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, temel haklarının korunması, sağlık hizmetlerine ve temel ihtiyaçlara erişim, operasyonların yargı makamlarının kararlarına dayanılarak yürütülmesi konularında gerekli önlemlerin alınması ve mülki amirler tarafından *"sokağa çıkma yasağı"* kararı alınmasının ve uygulanmasının engellenmesi konusunda tedbir kararı verilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

18. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve İçtüzük'ün *"Tedbir kararı"* başlıklı 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre; başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması hâlinde, başvuru hakkında esasa ilişkin inceleme yapılana kadar Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

19. Anayasa Mahkemesi, genel olarak mülki amirler tarafından alınan *"sokağa çıkma yasağı"*kararlarına ilişkin başvurular kapsamında anılan kararların yürütmesinin tedbiren durdurulması taleplerini yakın tarihlerde reddetmiştir (*Mehmet Girasun ve Ömer Elçi* (TAK), B. No: 2015/15266, 11/9/2015, § 14; *Meral Danış Beştaş* (TAK), B. No: 2015/19545, 22/12/2015, § 16). Somut olayın koşulları altında başvuruculara sokağa çıkma yasaklarına ilişkin genel nitelikteki tedbir talepleri hakkında anılan kararlardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

20. Bununla birlikte bireysel başvurunun niteliği gereği, tedbir talebi sadece başvurucunun şahsına yönelik iddialar yönünden değerlendirilebilir (*Meral Danış Beştaş*, § 17). Bu nedenle başvuruculara kişisel durumlarıyla ilgili olarak tedbir kararı verilmesinin koşullarının bulunup bulunmadığı her başvurucu yönünden ayrı ayrı değerlendirilecektir.

21. Somut olayda başvurucu Sedat Aydın, Sur'da yaşadığını, evde iki aylık bebek bulunduğunu, bebeğin aşı ve kontrollerinin yapılamadığını belirtmiştir. Sur Kaymakamlığından alınan yazıda, başvurucu ile yapılan görüşme neticesinde başvurucunun 11/12/2015 tarihinde yasak ilan edilen bölgeden ailesiyle birlikte ayrıldığının anlaşıldığı belirtilmiştir. Ayrıca nüfus kayıtlarına göre kardeşine ait olduğu anlaşılan bebeğin, aşılarının zamanında yapıldığı ve eksiksiz olduğu görülmektedir (bkz. § 13). Sur Kaymakamlığınca sunulan bilgi ve belgelerden başvurucunun ve ailesinin sokağa çıkma yasağı ilan edilen bölgenin dışında olduğu ve somut olarak

tehlike altında bulunmadığı anlaşıldığından tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

22. Somut olayda başvurucu İrfan Uysal, Cizre'de açılan ateş sonucu kolundan yaralandığını, sağlık hizmetlerine erişememesi nedeniyle sol kolunun kesildiğini belirterek tedbir talebinde bulunmuştur. Şırnak Valiliğince sunulan bilgi ve belgelerden, başvurucunun Şırnak Devlet Hastanesinde tedavi altında olduğu, yakında taburcu edileceği, hastanenin bulunduğu bölgede *"sokağa çıkma yasağı"* uygulanmadığı ve ayrıca başvurucunun başka bir sağlık kuruluşuna sevk edilmesi yönünde talebinin olmadığı belirtilmiştir (bkz. § 12). Bu durumda, sağlık hizmetlerinden yararlandığı ve *"sokağa çıkma yasağı"* uygulanan bölge dışında bulunduğu anlaşılan başvurucuya yönelik derhal tedbir kararı verilmesini gerektirecek bir durum olmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenle başvurucunun tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

23. Somut olayda başvurucular Evin Çağlı, Osman Kültür, Maşallah Özdemir, Halise Kulja, Nevroz Yılmaz ve Abdulkerim Pusat sağlık hizmetlerine erişemediklerini, temel ihtiyaçlarının karşılanmadığını, aileleriyle iletişim kuramadıklarını ileri sürmüşlerdir. Şırnak Valiliği, bölgede yaşayan insanların 112 Acil Yardım Hattı ve 155 Polis İmdat Hattını aramaları hâlinde sağlık hizmetlerine ve temel ihtiyaçlarına ilişkin taleplerinin karşılandığını, ancak yapılan araştırma neticesinde başvuruculaların Valilik ve Kaymakamlık birimlerinden yardım talebinde bulunmadıklarını, ayrıca yasaklar süresince her türlü telefonla iletişim imkânlarının bulunduğunu belirtmiştir (bkz. § 12). Nitekim başvuruculaların da resmi makamları aramalarına rağmen kendilerine yardım ulaştırılmadığına dair iddiaları bulunmamaktadır. Bu durumda, dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden başvuruculaların, sağlık hizmetlerine ve temel ihtiyaçlarına ilişkin taleplerinin karşılanmadığına dair derhâl tedbir kararı verilmesini gerektirecek bir durum bulunmadığı anlaşılmıştır.

24. Açıklanan nedenlerle, başvuruculaların yaşamlarına ya da maddi veya manevi bütünlüklerine yönelik derhâl tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunduğu dosya kapsamında bulunan bilgi ve belgelerden bu aşamada anlaşılamadığından koşulları oluşmayan tedbir taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

A. Başvuruculaların tedbir taleplerinin REDDİNE,

B. Kararın bir örneğinin başvuruculara tebliğine,

26/12/2015 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

İKİNCİ BÖLÜM

KABUL EDİLEMEZLİĞE VE ESASA İLİŞKİN KARARLAR

AYRIMCILIK YASAĞI
(MD. 10)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

GÜLBU ÖZGÜLER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/7979)

Karar Tarihi: 11/11/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 24/12/2015-29572

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR
	Serruh KALELİ
	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
	Recep KÖMÜRCÜ
	Alparslan ALTAN
	Nuri NECİPOĞLU
	Hicabi DURSUN
	Celal Mümtaz AKINCI
	Erdal TERCAN
	Muammer TOPAL
	M. Emin KUZ
	Hasan Tahsin GÖKCAN
	Kadir ÖZKAYA
	Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	: Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Başvurucu	: Gülbu ÖZGÜLER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının, karar sonucunu etkileyecek olan iddiaların derece mahkemesi kararlarında karşılanmamış olması nedeniyle de gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 6/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 31/3/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığına (Bakanlık) başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru belgelerinin bir örneği görüş için gönderilmiştir. Bakanlığın 30/5/2014 tarihli görüş yazısı 10/6/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş olup başvurucu tarafından Bakanlık görüşüne karşı 20/6/2014 tarihli beyan dilekçesi ibraz edilmiştir.

6. İkinci Bölüm tarafından 15/10/2015 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu Ankara 5. Aile Mahkemesinin E.2006/978, K.2006/995 sayılı ilamı ile boşanmış ve müşterek çocuğun velayeti annesi olan başvurucuya verilmiştir.

9. Başvurucu, Ankara 23. Asliye Hukuk Mahkemesine verdiği 10/4/2012 tarihli dilekçe ile boşanma davası sonrası velayeti kendisine verilen çocuğunun soyadının, boşandığı eşinin soyadı olan "*Ejder*" yerine "*Özgüler*" olarak değiştirilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

10. Ankara 23. Asliye Hukuk Mahkemesinin 23/11/2012 tarihli ve E.2012/193, K.2012/503 sayılı kararı ile 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi uyarınca, sahih nesepli çocuğun babanın soyadını taşıyacağı, boşanma veya ölüm üzerine velayetin anneye geçmesinin çocuğun soyadında değişikliğe neden olamayacağı ve babanın soyadı veya çocuk reşit

olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe çocuğun soyadının da değişemeyeceği gerekçesiyle başvurucunun davasının reddine karar verilmiştir.

11. İlk Derece Mahkemesi kararının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 12/3/2013 tarihli ve E.2013/5011, K.2013/3724 sayılı kararı ile İlk Derece Mahkemesi kararı onanmış, karar düzeltme talebi aynı Dairenin 16/9/2013 tarihli ve E.2013/9375, K.2013/11533 sayılı kararı ile reddedilmiş, ret kararı 22/10/2013 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

12. 6/11/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

B. İlgili Hukuk

13. 4721 sayılı Kanun'un "*Soyadı*" kenar başlıklı 321. maddesi şöyledir:

"Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (…) soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır."

14. 4721 sayılı Kanun'un "*Adın değiştirilmesi*" kenar başlıklı 27. maddesi şöyledir:

"Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir.

Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur.

Ad değişmekle kişisel durum değişmez.

Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir."

15. 21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilen 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 11/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 6/11/2013 tarihli ve 2013/7979 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu, Isparta 2. Asliye Hukuk Mahkemesine verdiği dilekçe ile 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Evliliğin*

feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." şeklindeki düzenlemenin Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edildiğini ve bahsedilen iptal hükmü sonrasında velayeti annesine verilen çocuğun soyadının anne tarafından değiştirilmesinin önünde bir engel kalmadığını belirterek çocuğunun soyadının, boşandığı eşinin soyadı olan "*Ejder*" yerine "*Özgüler*" olarak değiştirilmesine karar verilmesi talebiyle dava açtığını fakat davasının reddedildiğini, bu kapsamda verilen Yargıtay kararlarının yeterli gerekçe ihtiva etmediğini, boşanma davası sonrasında müşterek çocuğun velayetinin kendisine verildiğini, babanın çocukla kişisel ilişki kurma talebinde dahi bulunmayıp boşanma sonrasında çocukla ilgilenmediğini, çocuğunun "*delesyon kromozom anomalisi*" hastası olduğundan özel bakım ve eğitime ihtiyacı olduğunu, çocuğun tüm bakım ve eğitim masraflarının kendisi tarafından karşılandığını, babasının ilgi göstermemesi nedeniyle çocuğun annesi ile farklı bir soyadı taşımaktan mutsuz olduğunu ve bu durumun çocuğu psikolojik olarak derinden etkilediğini, velayeti kendisinde olan çocuğunun soyadını değiştirememesi ve babanın soyadı belirleme hakkının bulunmasına rağmen velayet hakkına sahip olan annenin bu haktan istifade edememesi nedeniyle Anayasa'nın 10., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

18. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu tarafından Anayasa'nın 10., 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber, ihlal iddialarının mahiyeti gereği Anayasa'nın 10., 20. ve 36. maddeleri açısından değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Gerekçeli Karar Hakkının İhlali İddiası

19. Başvurucu, tarafı olduğu yargılama sürecinde verilen Yargıtay kararının yeterli gerekçe ihtiva etmediğini belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

20. Bakanlık görüşünde Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvurunun bu kısmı hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

21. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (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. Gerekçeli karar hakkı da adil yargılanma hakkının somut görünümlerinden biri olup Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil edilen gerekçeli karar hakkı gibi ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38). Ayrıca hakkaniyete uygun yargılamanın bir unsuru olan gerekçeli karar hakkı Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, mahkemelerin uyması gereken bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir.

22. 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 hâle getirecektir. Bu nedenle mahkeme kararlarının dayanaklarının yeteri kadar açık bir biçimde gösterilmesi zorunludur (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2013, § 67).

23. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının unsurlarından biri 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 (*Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Ltd. Şti.*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 26).

24. Başvuru konusu olayda velayeti kendisine tevdi edilen çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi talebiyle başvurucu tarafından dava açıldığı, İlk Derece Mahkemesinin 23/11/2012 tarihli karar gerekçesinde 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesi hükmüne göre doğru nesepli çocuğun babanın (ailenin) soyadını taşıyacağı, boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olmasının soyadında herhangi bir değişikliğe neden olamayacağı, babanın soyadı

veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe çocuğun soyadının da değişemeyeceği ifade edilerek başvurucunun davasının reddine hükmedildiği, bu yönüyle başvurucunun temel iddiasının İlk Derece Mahkemesince 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesi gerekçe gösterilerek reddedildiği, söz konusu kararın temyiz edilmesi üzerine usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle onandığı ve karar düzeltme talebinin de şartları oluşmadığından reddedildiği, bu suretle İlk Derece Mahkemesince oluşturulan karar ve gerekçesi hukuka uygun bulunmak suretiyle kanun yolu mahkemelerinin denetiminden geçerek kesinleştiği, kanun yolu merciince kararlarda ayrıntılı gerekçeye yer verilmediği görülmekle birlikte İlk Derece Mahkemesi gerekçesinin benimsendiği anlaşıldığından başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiasının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlali İddiası

25. Başvurunun incelenmesi neticesinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

26. Başvurucu, boşanma davası sonrasında velayeti kendisine verilen çocuğunun soyadını değiştirme talebiyle açtığı davanın reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

27. Bakanlık görüş yazısında AİHM içtihatlarına göre soyadının Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanında olduğunun, Anayasa Mahkemesi tarafından da benzer konuların Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında değerlendirildiğinin, AİHM tarafından benzer ihlal iddialarına ilişkin incelemelerde Sözleşme'nin 8. maddesinin ayrımcılığı yasaklayan 14. madde ile birlikte ele alındığının ve bunun yanı sıra birçok uluslararası sözleşmede kadın ve erkeğin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi hâlinde eşit hak ve yükümlülüklere sahip olması gerektiğine işaret edildiğinin, ayrıca Anayasa Mahkemesinin 8/11/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı kapsamında da evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde çocuk annesine tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadını alacağı hükmünü taşıyan 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptal edilmiş olduğunun yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

28. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli 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 protokollerin kapsamına 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 (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

29. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar."

30. Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

31. 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."

32. 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 tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

33. 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."

34. Başvuru konusu olayda başvurucu, velayeti kendisine tevdi edilen çocuğun soyadını değiştirme talebinin reddedilmesi nedeniyle anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedir.

35. Velayet, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda anne ve babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessese olup bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, mal varlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturmaktadır. Yakın bir geçmişe kadar anne ve babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velayet, günümüzde hem bir yükümlülük hem de bir hak olarak kabul görmektedir.

36. Bakanlık görüşünde isim hakkının, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında değerlendirildiği yönünde görüş bildirilmiştir.

37. 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 hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır. 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 (AYM, E.2011/34, K.2012/48, 30/3/2012; E.2009/85, K.2011/49, 10/3/2011). Bununla birlikte somut başvuruda olduğu gibi velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının başvurucunun kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebi, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğundan Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değerdir.

38. Çeşitli hukuk sistemlerinde koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkı da yer almakta olup söz konusu hukuki değer velayet hakkının ifası ve bu bağlamda aile bağlarının sürdürülmesi noktasındaki fonksiyonu nedeniyle aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvence kapsamında yer almaktadır.

39. Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasadaki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin "Anayasa'nın bütünselliği ilkesi" gereği özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.

40. Aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmî evlilik birlikleri kural olarak aile hayatı kapsamında güvence altına alınmakta olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Bu çerçevede çocuğun doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile yaşamı anlamına gelen bir bağ kurulduğunun kabulü gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gluhakovic/Hırvatistan*, B. No: 21188/09, 12/4/ 2011, §§ 54, 60). Başvuru konusu

olayda başvurucunun çocuğu evlilik içinde dünyaya gelmiş olup hukuken mevcut olan ailenin bir parçasıdır. Bu bağlamda boşanma davası sonucunda velayet hakkı kendisine tevdi edilmiş olan başvurucu ile çocuğu arasındaki söz konusu ilişki, aile yaşamının kurulması için yeterlidir.

41. 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 (AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996). Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir (*Tuğba Arslan*, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 108).

42. Eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmekte olup Anayasa'nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalanacak 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. Bunun yanı sıra 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 makamlar eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler.

43. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında *"dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep"* sebeplerine dayanılarak ayrım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında *"benzeri sebeplerle"* de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın ismen saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türlerde yapılan muamelelerin ancak *"çok önemli gerekçeler"* ileri sürüldüğü takdirde haklı kılınabileceği açıktır. 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 (*Tuğba Arslan*, §§145, 146). Cinsiyete dayalı ayrımcılık da gerek uluslararası metinlerde gerek Anayasa'da açıkça yer verilen, önemli bir ayrımcılık temelidir.

44. Anayasa'da ayrımcılık yasağının bir tanımı yapılmamakla birlikte Anayasa Mahkemesi içtihadında sıklıkla *"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, ayrım 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." şeklindeki tespitlere yer verildiği görülmektedir (AYM, E.2009/47, K.2011/51, 17/3/2011).

45. AİHM içtihadında ise ayrımcılık yasağı, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamelede bulunulması şeklinde tanımlanmaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesinin diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağladığını, ancak her farklı muamelenin bu maddeye aykırı olmayacağını, eş değer ya da benzer bir konumdaki diğer bireylere imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanmasının gerekli olduğunu, bu kapsamda farklı bir muamelenin 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gerektiğini, böyle bir nedenin varlığının demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirileceğini, bu bağlamda Sözleşme'nin güvenceye aldığı bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşru bir amacı olmasının da yeterli olmadığını, bunun yanı sıra kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ olmasının da zorunlu olduğunu belirten Mahkeme; taraf devletlerin, benzer durumlar arasındaki farklılıkların hangi hâllerde farklı bir muameleyi gerekli kıldığını belirlemede bir dereceye kadar takdir hakkına sahip olduğunu, bununla birlikte önemli bir ayrımcılık temeli olan cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin Sözleşme'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenler sunulması gerektiğini vurgulamaktadır (*Ünal Tekeli/Türkiye*, B. No: 29865/96, 22/2/2009, § 49-53; *Zarb Adami/Malta*, B. No: 17209/02, 20/6/2006, § 71).

46. Bu nedenle yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayırımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı hâlde sadece cinsiyete dayalı ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar (Bkz. AYM, E.2010/119, K.2011/165, K.T. 8/12/2011).

47. Velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dâhilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususu evliliğin feshi veya boşanma bağlamında, 2525 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilen 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenmiş ve ilgili hükümde, evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde

çocuğun -anasına tevdi edilmiş olsa bile- babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağı belirtilmiştir. Esasen söz konusu düzenlemenin 17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 152. maddesinde yer alan kocanın evlilik birliğinin reisi olduğu kabulüne dayandığı anlaşılmaktadır. 4721 sayılı Kanun ile kocanın evlilik birliğinin reisi olduğuna dair söz konusu düzenleme kaldırılmış ve eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri, birliği beraberce yönetecekleri, eşlerden her birinin, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil edecekleri yönünde düzenlemeler getirilmek suretiyle eşlerin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğu kabul edilmiştir.

48. 4721 sayılı Kanun'un velayet hakkına ilişkin 335. maddesinde, ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı belirtilmek suretiyle evlilik ilişkisi süresince velayet hakkının ve bu kapsamdaki yetkilerin ortak kullanımına işaret edilmiş, 336. maddesinde evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata son verilmesi veya ayrılık halinde hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği, ana ve babadan birinin ölümü hâlinde velayetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu hüküm altına alınmış, velayet hakkı ve içerdiği yetkilerin kullanımı noktasında da eşlerin eşitliği prensibi yansıtılmaya çalışılmıştır.

49. Velayet hakkı ve bu bağlamdaki yetkilerin kullanımı da dâhil olmak üzere cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili hususlar, insan hakları ile ilgili birçok uluslararası hukuk belgesinde de yer almaktadır. Türkiye'nin 4/6/2003 tarihinde onayladığı, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 23. maddesinin (4) numaralı 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 Türlü 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.

50. İç hukuk ve uluslararası hukuk alanında yer verilen söz konusu düzenlemeler paralelinde, evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağını belirten 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal

edilmiş ve iptal kararı gerekçesinde, kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları gereğine yer veren uluslararası sözleşme hükümlerine de atıf yapılmak ve eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmek suretiyle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı görülmesi nedeniyle iptaline karar verilmiş ve söz konusu iptal kararı 14/2/2012 tarihli ve 28204 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

51. Bu kapsamda somut başvuru açısından tespiti gereken hususlar, başvurucuya ayrımcı bir muamelede bulunulup bulunulmadığı, bu muamele farklılığının haklı ve objektif gerekçelere dayanıp dayanmadığı ve kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oransal bağın kurulup kurulmadığıdır.

52. Somut başvuruda boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle başvurucu tarafından açılan davanın, İlk Derece Mahkemesinin 10/4/2012 tarihli kararı ile 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesi uyarınca, sahih nesepli çocuğun babanın soyadını taşıyacağı, boşanma veya ölüm üzerine velayetin anneye geçmesinin çocuğun soyadında değişikliğe neden olamayacağı ve babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe çocuğun soyadının da değişemeyeceği gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir. Bu kapsamda başvurunun esası, çocuğun ilk soyadı iktisabında kanunen babanın soyadının tercih edilmesi olmamakla birlikte, başvuruya konu uygulamanın temelinde çocuğun soyadının babanın soyadı olarak belirlenmesinin yer aldığı, bu kapsamda babanın çocuğa kendi soyadını verme imkânı bulunduğu gibi bu imkânın evliliğin boşanma, fesih veya ölümle neticelenmesi durumunda da herhangi bir tasarrufa gerek kalmaksızın devam ettiği ancak haklı nedenler bulunması durumunda dahi anneye çocuğa soyadını verme imkânı tanınmadığı görülmektedir.

53. Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olup erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiği açıktır.

54. Söz konusu farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçeye dayanıp dayanmadığının tespiti noktasında, Mahkemece 4721 sayılı Kanun'un 321.

maddesine işaret etmekle yetinilmiş ve bu hükme istinaden yapılan, sahih nesepli çocuğun babanın soyadını taşıyacağı, boşanma veya ölüm üzerine velayetin anneye geçmesinin çocuğun soyadında değişikliğe neden olamayacağı ve babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe, çocuğun soyadının da değişemeyeceği şeklindeki tespit dışında, söz konusu tespite götüren nedenlerin açıklanmadığı, bu bağlamda erkek ve kadın eş arasında cinsiyete dayalı olarak öngörülen farklı muamelenin temellendirilmediği ve söz konusu kararın kanun yolu merciince de ayrıntılı bir değerlendirmede bulunulmaksızın benimsendiği görülmektedir.

55. Boşanma sonrası velayet hakkı tanınan ebeveynler tarafından, somut başvuruya benzer mahiyetteki taleplerin sıklıkla yargısal kararlara konu edildiği, söz konusu yargı kararlarının gerekçelerinde mevzuatta çocuğun velayetinin verildiği kişinin soyadını taşıyacağı yönünde bir düzenleme bulunmadığı, 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesinin anne ve babanın evli olması durumunda çocuğun ailenin yani babanın soyadını taşıyacağı yönündeki düzenlemesinin Anayasa Mahkemesi tarafından incelenerek Anayasaya aykırı görülmediği, evlilik içinde doğan bir çocuğun erginliğe erişinceye kadar babanın soyadını taşımakla yükümlü olduğu, boşanma ve velayet hakkı tanınmış olmasının anneye çocuğun soyadı değişikliği için dava açma hakkı vermediği ve çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmediği sürece, çocuğun soyadının değiştirilmesinin mümkün olmadığı yönündeki tespitlere yer verilerek benzer bir yaklaşımın benimsendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu karar gerekçelerinde özellikle, velayet hakkının normal şartlarda çocuğun ergin olmasına yani on sekiz yaşını tamamlamasına kadar devam eden geçici bir hak olduğu, evliliğin sonradan boşanma gibi nedenlerle ortadan kalkması hâllerinde velayet hakkının sırf anneye verilmiş olmasının çocuğun soyadının değiştirilmesi için haklı bir neden sayılmadığı gibi hukuki mevzuatın da buna cevaz vermediği, bir an için mevzuatın böyle bir duruma izin verdiği kabul edilse dahi sonradan gelişen sebeplerden dolayı velayetin babaya yeniden verilmesi hâllerinde bu kez babanın, velayet hakkına dayanarak tekrar çocuğun soyadını değiştirmek isteyeceği, velayet hakkı kimde ise çocuk onun soyadını taşıyacak ise babanın da bu haktan mahrum edilemeyeceği, böyle bir uygulamanın ise nüfus kütüklerindeki kaydın güvenilirliğini ve istikrarını zedeleyeceği gibi çocuğun ruh hâli üzerinde de çok derin ve etkili travma yaratacağı hususlarına yer verildiği görülmektedir (HGK, E.2013/18-1755, K.2015/1039, 13/3/2015).

56. Çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında, çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte,

çocuğun soyadına ilişkin belirlemelerde yalnızca babanın soyadının esas alınması ve bunun sürdürülmesi suretiyle öngörülen farklılık karşında, annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine nasıl bir olumsuz etkide bulunacağının yargısal makamlarca açıklanmadığı anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra velayetin uyarlama yapılan bir yetki olmasına bağlı olarak velayete ilişkin değişiklikler sonrasında soyadının da değiştirilebilmesi yetkisi verilmesinin, nüfus kütüklerindeki kaydın güvenilirliğini ve istikrarı zedeleyeceği gibi çocuğun ruh hâli üzerinde de çok derin ve etkili travma yaratacağı ileri sürülmekle birlikte ilgili yargısal makamların, çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmediği sürece, çocuğun soyadının değiştirilmesinin mümkün olmadığı ve bu kapsamda babanın evliliğin devamı süresince veya sona ermesi durumunda, kendi soyadında yapacağı değişikliğin çocuğa sirayeti suretiyle çocuğun soyadında değişikliğe neden olabileceği yönündeki tespiti karşısında, söz konusu gerekçenin tatmin edici nitelikte olmadığı açıktır.

57. Bu kapsamda, özellikle cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin söz konusu olması ve bu farklılığı haklı kılacak önemli nedenlerin ortaya konulması gereğine rağmen belirtilen muamele farklılığını haklı gösterecek nitelik ve kapsamda bir gerekçeye yer verilmemiş olması dikkate değerdir.

58. Başvuruya konu yargı kararları açısından da çocuğun soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında öngörülen farklı muamele makul şekilde gerekçelendirilmediği gibi çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmediği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin hiçbir koşulda mümkün olmadığı tespitlerine yer verilmek suretiyle kadın eş için haklı nedenlerin bulunması durumunda dahi çocuğun soyadını belirleme imkânı tanımayan söz konusu uygulamanın ölçülü olduğu da kabul edilemez.

59. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

60. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına, 100.000 TL manevi tazminata ve 1.056 TL maddi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

61. 6216 sayılı Kanun'un "*Kararlar*" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçla-

rını 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. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olduğundan ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Ankara 5. Aile Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

63. Başvurucu tarafından 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 başvurucunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

64. Dosyadaki belgelerden uyarınca tespit edilen 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 10. ve 20. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte değerlendirilen Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Ankara 5. Aile Mahkemesine gönderilmesine,

D.Başvurucunun tazminata ilişkin talebinin REDDİNE,

E.198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme ol-

ması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

11/11/2015 tarihinde **OYBİRLİĞİYLE** karar verildi.

YAŞAMA HAKKI
(MD. 17/1)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET KAYA VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6979)

Karar Tarihi: 20/5/2015

R.G. Tarih- Sayı: 10/8/2015-29441

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Cüneyt DURMAZ
Başvurucular	:	1. Mehmet KAYA
		2. Ayşe Gürsel KAYA
		3. Yüksel BOZKUŞ
		4. Ümmü İMER
		5. Doğan KAYA
		6. Erdal KAYA
		7. Göksel CAYNALI
		8. Melek VARTÜRK
		9. Erdoğan KAYA
Vekilleri	:	Av. Adnan KAYA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan yakınlarının görevlilerin ihmali sonucu hayatını kaybettiğini, olay hakkında etkin bir soruşturma yürütülmeyerek kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, müteveffaya infaz koruma memurları tarafından kötü muamelede bulunulduğunu belirterek; yaşam hakkının, adil yargılama hakkının, etkili başvuru hakkının ve kötü muamele ve işkence yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvuruculaların vekili tarafından 3/9/2013 tarihinde yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvuruda Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 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. Adalet Bakanlığı tarafından 31/3/2014 tarihinde başvuru hakkında Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvuruculara 1/4/2014 tarihinde bildirilmiş, başvurucular Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 24/4/2014 tarihinde sunmuşlardır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

1. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar

6. Başvuruculaların ikisinin çocuğu ve diğerlerinin kardeşi olan Erkan Kaya, 2009 yılından beri Muğla E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (Cezaevi) hükümlü olarak cezasını çekmekte iken başvuruculardan baba Mehmet Kaya, 29/8/2012 tarihli dilekçesiyle İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuş ve oğlunun bir kısım hükümlü ve infaz koruma memuru tarafından haraca bağlandığını, haraç vermemesi üzerine mahkumlar tarafından dövüldüğünü, infaz koruma memurları tarafından işkenceye tabi tutulduğunu ve hücreye atıldığını belirterek, oğlunun Aliağa Şakran Ceza İnfaz Kurumuna naklinin yapılması talebinde bulunmuştur. Bu talep reddedilmiştir.

7. Erkan Kaya, 7/1/2013 tarihinde kalmakta olduğu kısımda bulunan yatağı yakmış ve yatağın alev alması sonucunda vücudunda yanıklar oluşmuştur. Bunun üzerine hastaneye kaldırılan Erkan Kaya sevk edildiği İzmir Bozkaya Eğitim ve Araştırma Hastanesinde tedavisi devam ederken 19/1/2013 tarihinde hayatını kaybetmiştir.

8. Olayın meydana gelmesini müteakip Muğla Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık), 2013/290 sayılı dosyayla resen soruşturma başlatmıştır. Başvurucular da 4/2/2013 tarihli dilekçeyle, dosyanın tekemmülü ve delillerin toplanması açısından önem arz edecek hususların dikkate alınması ve ölüm olayında kusurları bulunan kişilerin tutuklanması talebinde bulunmuşlardır.

9. Müteveffanın ağabeyi olan başvuruculardan Erdoğan Kaya'nın müracaatı üzerine, Başsavcılık 17/1/2013 tarihinde kendisinin ifadesini almıştır. Erdoğan Kaya ifadesinde özetle; kardeşi ile aynı kurumda kaldığını, kardeşinin kendisini ve yatağını yakmasının sebebinin verilen haksız disiplin cezaları olduğu-

nu belirtmiştir. Anılan kişi ifadesinde ayrıca, ilk dönemlerde kardeşi ile aynı koğuşta kaldığını, koğuşta bulunan diğer kişiler ve infaz koruma memurlarıyla sorun yaşadıklarını, idareye şikâyette bulunduklarını, şikâyetlerinin gereğinin yerine getirilmediğini belirtmiştir.

10. Soruşturma kapsamında alınan tanık beyanlarında, müteveffanın psikolojik sorunlarının bulunduğu ve daha önce de benzer yatak yakma eylemlerinde bulunduğu belirtilmiştir.

11. Başsavcılık, 8/5/2013 tarihli ve Soruşturma No:2013/290, K.2013/1168 sayılı kararıyla; görevlilerce yangına çok kısa sürede müdahale edildiği ve yangının kontrol altına alındığı, olayda kurum personelinin ihmal ya da gecikmesinin söz konusu olmadığı ve ölüm olayının İzmir Adli Tıp Grup Başkanlığının 24/4/2013 tarihli raporuna göre yanık ve komplikasyon olarak gelişen akut pnömoni sonucu meydana geldiğinin anlaşıldığı gerekçesiyle, kovuşturmaya yer olmadığına (KYO) karar vermiştir.

12. Başvuruculaların anılan karara yaptığı itiraz, Fethiye Ağır Ceza Mahkemesinin (Mahkeme) 19/7/2013 tarihli ve 2013/1082 Değişik İş No'lu kararıyla, KYO kararında usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığından bahisle reddedilmiştir.

13. Bu karar, 6/8/2013 tarihinde başvuruculaların vekiline tebliğ edilmiş ve 3/9/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

2. Bakanlık görüşünde ifade edildiği şekliyle başvuru konusu olay öncesi ve sonrası yaşanan gelişmeler

14. 2012 yılının Ağustos ayında infaz koruma görevlileri tarafından tutulan bir tutanakta; diğer tutuklu ve hükümlülerin kendisinden duydukları rahatsızlığı cezaevi idaresine dile getirmeleri ve bu hususta dilekçe vermeleri üzerine hastane dönüşü hükümlü Erkan Kaya ile başmemurlukta görüşülerek nasihatlerde bulunulduğu, ancak hükümlünün saldırgan davranışlar sergilediği, herhangi bir olaya sebebiyet verilmemesi için hükümlü ile ağabeyi Erdoğan Kaya'nın müşahede kısmına alındığı, her iki hükümlü ile tekrar konuşulup telkinlerde bulunulmaya çalışılırken hükümlü Erkan Kaya'nın nereden elde ettiği bilinmeyen jilet parçasıyla koridora fırlayarak görevli memurlara saldırmak istediği, etkisiz hale getirilerek elindeki jilet parçasının alındığı, saldırgan tavırlarına devam eden hükümlünün tehditlerde bulunduğu ve sakinleştirildikten sonra tekrar C Blok sağ müşahede kısmına verildiği belirtilmiştir.

15. Cezaevi Disiplin Kurulu Başkanlığı, Ağustos 2012 tarihli kararıyla, hükümlünün bir ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ve 5 gün hücreye

koyma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Hücre cezasına ilişkin bu karara yapılan itiraz, İnfaz Hâkimliğinin 10/9/2012 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

16. Hükümlü, olay öncesinde 27/8/2012 tarihinde de kalmakta olduğu C Blok Sol Müşahede kısmında bulunan odasındaki yatağını ateşe vermiştir. 27/8/2012 tarihinde, ceza infaz koruma memurları tarafından bir tutanak tutulmuştur. Anılan tutanakta, hükümlü Erkan Kaya'nın doktora muayene olmak için dilekçe verdiği, aynı zamanda sözlü olarak da hastaneye gitmek istediğini söylediği, dilekçenin görevli infaz koruma memuru tarafından onaylanarak kurum revirine gönderildiği, durumu hakkında bilgi almak için görevli memur tarafından revire telefon açıldığında, hükümlünün önceki hafta hastanedeki randevusunu kendi isteği ile dilekçe yazarak iptal ettiği ve hastaneye gidebilmesi için kurum doktoru tarafından sevk edilmesi ve tekrar hastaneden randevu alınması gerektiğinin söylendiği belirtilmiştir. Tutanakta ayrıca, saat 11.00 sıralarında durum hükümlüye bildirilmek için Müşahede kısmına çıkılıp anlatıldığında, hükümlünün görevli memurlara hakaret ve küfür ettiği, "*ben başmemurla görüşmek istiyorum, sizinle işim olmaz, gidin bana müdürü çağırın, başmemuru çağırın.*" dediği, vardiya sorumlusuna durum anlatılıp tekrar hükümlünün yanına çıkıldığında hükümlünün yatağı ateşe verdiğinin görüldüğü belirtilmiştir. Tutanağa göre, görevli memurlarca hemen müdahale edilerek ateş söndürülmüş, yakmış olduğu yatak odadan çıkarılmaya çalışılırken hükümlü orada bulunan müdür, başmemur ve memurlara küfür, tehdit ve hakaretlerde bulunmuş, hükümlünün odası temizlenerek tekrar odasına verilmiştir.

17. Bu eyleminden dolayı hükümlü Erkan Kaya, Cezaevi Disiplin Kurulu Başkanlığı tarafından 6/9/2012 tarihinde, 15 gün hücrede kalma cezası ile cezalandırılmış, hükümlünün başvurusu sebebiyle Muğla İnfaz Hâkimliğince verilen 24/9/2012 tarihli ret kararına hükümlünün itirazı üzerine, Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 9/10/2012 tarihinde, itirazın reddine karar vermiştir. Hükümlü hakkındaki ceza infaz edilmiştir.

18. Ayrıca hükümlü hakkında, Başsavcılığın 25/9/2012 tarihli ve 2012/4609 soruşturma, E.2012/1952 sayılı iddianamesiyle, yakarak kamu malına zarar verme ve infaz koruma memurlarına yönelik hakaret suçlarını işlediği iddiasıyla Muğla Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

19. Hükümlü hakkında ayrıca, Başsavcılığın 2/10/2012 tarihli iddianamesiyle, 13/8/2012 tarihinde infaz koruma memurlarına yönelik jiletle yaralamaya teşebbüs, görevli memurlara hakaret, tehdit suçlarını işlediği gerekçesiyle Sulh Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. Bir kısım infaz koruma memurları hakkında ise, görevi kötüye kullanma suçundan kovuş-

turmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Bu kararda, hükümlü Erkan Kaya'nın 17/7/2012 tarihli dilekçesi ve Cezaevi İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının kararına istinaden idari nedenlerle tekrar D-7 nolu odaya yerleştirildiği, kurum yetkilileri üzerine atılı bir suç ve suç unsuru bulunmadığı belirtilmiştir.

20. 9/11/2012 tarihinde, Cezaevi Disiplin Kurulu Başkanlığı, hükümlü hakkında, 30/10/2012 tarihinde tutulan bir tutanağa istinaden birtakım disiplinsiz davranışları sebebiyle, 1 ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma, 10 gün hücrede kalma cezası ile cezalandırılması kararı vermiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz da, İnfaz Hâkimliğinin 28/11/2012 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

21. Hükümlü Erkan Kaya'nın Cezaevi Müdürlüğüne sunduğu 28/12/2012 tarihli dilekçesinde, 18/12/2012 ila 28/12/2012 tarihlerinde hücre cezasını yattığını, kendi isteği ile bir hafta daha Müşahede kısmında kalmak istediğini belirterek, gereğinin yapılmasını talep ettiği görülmektedir.

22. 4/1/2013 tarihinde infaz koruma memurları tarafından tutulan bir tutanakta, Cezaevi sol Müşahede kısmı 5 no'lu odada kendi isteğiyle kalmakta olan hükümlü Erkan Kaya'ya kalmakta olduğu kısımdan alınarak koğuşa verileceği ve eşyalarını hazırlaması söylendiğinde, hükümlünün nöbetçiye "*kaldığım müşadiye kısmından çıkmayacağım, bununla ilgili dilekçe de yazmayacağım, kimseyle görüşmeyeceğim*" demesi üzerine Erkan Kaya'nın bu kısımdan çıkarılmadığı belirtilmektedir.

23. 28/12/2012 tarihinde bitirmiş olduğu hücre cezası sonrasında bir hafta daha müşahededе kalmak istediğine dair talebinin idarece uygun görülmesi üzerine ve bu sürenin bitiminde de 4/1/2013 günü kalmakta olduğu müşahede kısmından çıkmayacağına, dilekçe yazmayacağına ve kimseyle görüşmeyeceğine dair beyanı üzerine tanzim edilen tutanağa istinaden C Blok Sol Müşahede kısmındaki 5 no'lu bölümde cezasının infazına devam edilirken, hükümlü Erkan Kaya 7/1/2013 tarihinde saat 08.38'de yatağını yakmak suretiyle yangına sebebiyet vermiştir.

24. Bu hususta infaz koruma memurları tarafından 7/1/2013 tarihli bir tutanak imza altına alınmıştır. Bu tutanağa göre, hükümlü odadan dışarı alınmaya çalışılırken sağ elinde demir kısmı 3,5 cm tahta sapı 8,5 cm olan ucu sivri alet görüldüğü ve elinden alınarak muhafaza altına alındığı, ayrıca yanan oda kontrol edildiğinde hükümlünün lavabo ve fayansları kırdığının tespit edildiği belirtilmiştir.

25. 15/1/2013 tarihinde, Cumhuriyet Savcısı tarafından yangına ilişkin görüntülere dair bir tutanak tutulmuştur.

26. 17/1/2013 tarihinde, İnsan Hakları Derneği İzmir Şubesi, Başsavcılık ile Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne (CTEGM) bir dilekçe göndermiştir. Bu dilekçede, başvurucu Mehmet Kaya'nın kendilerine müracaat ettiği ve oğluna işkence yapıldığı, doktora çıkarılmadığı, oğlunun tek kişilik hücreye atıldığı ve yatağını ateşe verdiği, gardiyanların kapıları kilitlediği beyanlarında bulunduğu belirtilmiş ve başvurucunun bu beyan ve iddiaları doğrultusunda gerekli tahkikatın yapılması istenmiştir.

27. 18/1/2013 ve 20/1/2013 tarihlerinde, Cumhuriyet Savcısı, yangın olayıyla ilgili cezaevi görevlisi dokuz kişinin tanık sıfatıyla beyanlarını almıştır.

28. 18/1/2013 tarihinde, Başsavcılık, başvurucu Erdoğan Kaya'nın cezaevi görevlileri hakkında işkence iddiası ile yaptığı şikayet üzerine başlatılan ve 2013/287 soruşturma nolu dosya üzerinden yürütülen soruşturmada, kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Kararda, Erdoğan Kaya'nın alınan ifadesinde, işkence yapılmasının söz konusu olmadığını, ailesinin İzmir'de olması sebebiyle İzmir'e nakil talebinin olduğunu belirttiği, kurum kayıtlarından kardeşi Erkan Kaya'nın değişik tarihlerde kurum revirine çıkarıldığının belirlendiği, dolayısıyla işkence iddiasının asılsız olduğu, can güvenliğinin sağlanmasına yönelik olarak kuruma gerekli talimatın verildiği, adı geçenin herhangi bir problemi olmadığının kendi beyanından anlaşıldığı, işkence iddiası ile ilgili olarak yapılan soruşturma sonucunda herhangi bir suç ve suç unsuru bulunmadığı belirtilmiştir.

29. Hükümlü Erkan Kaya'da olay günü ele geçen sivri uçlu alet üzerinde yaptırılan kriminal inceleme sonucu düzenlenen 28/1/2013 tarihli uzmanlık raporunda, örgü ve dantel işlerinde kullanılan tığ olduğu, 6136 sayılı Kanun'a göre memnu olmadığı belirtilmiştir.

30. 30/1/2013 tarihinde, CTEGM, İnsan Hakları Derneği İzmir Şubesi tarafından verilen dilekçede belirtilen hususların titizlikle araştırılması için Başsavcılığa bir yazı göndermiştir.

31. İnsan Hakları Derneği İzmir Şubesinin bu dilekçesi üzerine başlatılan soruşturma, ölüm olayına ilişkin olarak Başsavcılık nezdinde yürütülen 2013/290 sayılı soruşturma dosyası ile birleştirilmiştir.

32. 19/2/2013 tarihinde de aynı Cezaevinde bulunan başka bir hükümlü olan İsmail Bulut'un tanık sıfatıyla beyanı alınmıştır.

33. Hükümlü Erkan Kaya'nın 19/1/2013 tarihinde ölmesi sebebiyle, 20/2/2013 tarihinde, 27/8/2012 tarihinde yatak yakma suretiyle kamu malına zarar verme, infaz koruma memurlarına yönelik hakaret eylemleri nedeniyle hakkında açılan kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir.

34. 26/2/2013 tarihinde de, hükümlü hakkında 13/8/2013 tarihinde infaz koruma memurlarına yönelik yaralamaya teşebbüs, hakaret, tehdit suçlarından açılan kamu davasının sanığın ölmüş olması sebebiyle düşmesine karar verilmiştir.

35. Başvurucuların yakını Erkan Kaya psikolojik sorunları nedeniyle zaman zaman kurum revirine çıkarak muayene olmuş ve tabip tarafından anksiyete bozukluğu, polinöropati, depresif nöbet teşhisleri konularak kendisine çeşitli ilaçlar verilmiş ve kullandırılmıştır. Cezaevinde bulunduğu son 5 aylık revir kayıtlarına göre hükümlü, çeşitli rahatsızlıkları nedeniyle muhtelif tarihlerde toplam 24 defa kurum revirinde muayene edilmiş, bu süre içinde 4 defa Muğla Üniversitesi Eğitim ve Araştırma Hastanesine, 4 defa da İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürülüp getirilerek gerekli muayene ve tedavisi yaptırılmıştır.

36. Cezaevinde bulunduğu son yedi ay içinde birçok kere hükümlü Erkan Kaya'nın Cezaevi idaresi tarafından odası değiştirilmiş, son altı ayda kendisi hakkında verilmiş yedi ayrı disiplin cezası kararı infaz edilmiştir.

37. Hükümlünün 7/1/2013 tarihinde müşahededе kaldığı odasındaki yatağı ile kaldığı yeri ateşe vermesi sonucu ölümü ile ilgili olarak, Cezaevi görevlileri hakkında idari soruşturma başlatılmış ve sonucunda 22/1/2013 tarihli ve 01 sayılı; 25/1/2013 tarihli ve 02 sayılı kararlarla cezaevi görevlilerinin ihmal ve kusurlarının bulunmadığı, aksine tam zamanında ve doğru müdahalede bulundukları anlaşıldığından bahisle "*disiplin cezası verilmesine yer olmadığına*" karar verilmiştir.

B. İlgili Hukuk

38. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

" (1) Hapis cezalarının infaz rejimi, aşağıda gösterilen temel ilkelere dayalı olarak düzenlenir:

a) Hükümlüler ceza infaz kurumlarında güvenli bir biçimde ve kaçmalarını önleyecek tedbirler alınarak düzen, güvenlik ve disiplin çerçevesinde tutulurlar.

b) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir.

c) Cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılır. Hükümlünün kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunîlik ve hukuka uygunluk ilkeleri esas alınır.

d) İyileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere ilişkin infaz rejiminde, bu hükümlülerin kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verilmesine özen gösterilir ve bu hususlar yönetmeliklerde düzenlenir.

e) Cezanın infazında adalet esaslarına uygun hareket edilir. Bu maksatla ceza infaz kurumları kanun, tüzük ve yönetmeliklerin verdiği yetkilere dayanarak nitelikli elemanlarca denetlenir.

f) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur.

g) Hükümlünün infazın amacına uygun olarak kanun, tüzük ve yönetmeliklerin belirttiği hükümlere uyması zorunludur.

h) Kanunlarda gösterilen tutum, davranış ve eylemler ile kurum düzenini ihlâl edenler hakkında Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır. Cezalara, Kanunda belirtilen merciler, sürelerine uygun olarak hükmederler. Cezalara karşı savunma ve itirazlar da Kanunun gösterdiği mercilere yapılır."

39. 5275 sayılı Kanun'un "*Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi*" kenar başlıklı 16. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

" (1) Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.

(2) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır."

40. Anılan Kanun'un "*Akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlığı olan hükümlülerin cezalarının infazı*" kenar başlıklı 18. maddesi şöyledir:

"(1) Hapsedilme ve diğer nedenlerden kaynaklanan akıl hastalığı dışında ruhsal rahatsızlıkları bulunup da ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde tutulmaları gerekli görülmeyerek infaz kurumlarına geri gönderilenlerin cezaları, belirlenen infaz kurumlarının mahsus bölümlerinde infaz edilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilenlerin cezalarının infazı için belirlenen infaz kurumlarının ihtiyaç duyduğu uzman ve diğer tıp görevlileri, Sağlık Bakanlığınca karşılanır."

41. Anılan Kanun'un "*Hastalık nedeniyle nakil*" kenar başlıklı 57. maddesi şöyledir:

" (1) Hastaneye sevki zorunlu görülen hükümlü, bulunduğu yere en yakın tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesinin hükümlü koğuşuna yatırılır.

(2) Bu hastanelere gönderilen hükümlülerin başka yerlerdeki hastanelere sevki, sağlık kurulu raporuyla, acil ve yaşamsal tehlikesi bulunması hâlinde, varsa biri hastalığın uzmanı olmak üzere iki uzman hekim tarafından verilip, başhekim tarafından onaylanan ve hastalığın sebebi, tedavinin hangi sebeple bulunduğu hastanede gerçekleştirilemediği, hastaya nerede ve ne tür bir tedavi gerektiğini açıkça belirten bir raporla mümkündür. Bu durumda da en yakın ve hükümlü koğuşu bulunan Devlet veya üniversite hastaneleri tercih edilir.

(3) Hükümlünün bu hastanelerde kontrol ve tedavisinin devam edip etmeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelendirilmesi gerekir; aksi hâlde hükümlü ait olduğu kuruma iade edilir.

(4) Hükümlü, acil hâller dışında özel sağlık kuruluşlarında tedavi edilemez. Acil hâllerin varlığı hâlinde Adalet Bakanlığına bilgi verilir.

(5) Hükümlü, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu raporuyla belirlendiği takdirde, başka kurumlara nakledilebilir."

42. Anılan Kanun'un "*Hükümlünün muayene ve tedavi istekleri*" kenar başlıklı 71. maddesi şöyledir:

" (1) Hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koğuşlarında tedavi ettirilir."

43. Anılan Kanun'un 78 ila 82. maddelerinde, hükümlülerin muayene ve tedavisi, sağlık denetimi, hastaneye sevki ve infazı engelleyecek hastalık hâline ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

44. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan "*Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük*" ile 5275 sayılı Kanun'da belirlenen esaslar daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

45. Mahkemenin 20/5/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruculaın 3/9/2013 tarihli ve 2013/6979 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

46. Başvurucular, yakınlarının psikolojik sorunu bulunmasına ve daha önceden de benzer yatak yakma eylemlerinde bulunmasına rağmen, görevlilerin gerekli tedbirleri almaması sonucu yaşamını yitirdiğini, müteveffaya infaz koruma memurları tarafından kötü muamelede bulunulduğunu ve işkence yapıldığını, müteveffaya kötü muamelede bulunan görevliler hakkında soruşturma başlatılmadığını ve müteveffanın ölümünde ihmali bulunan görevliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, bu karara yaptıkları itiraz üzerine Mahkeme tarafından Başsavcılıktan mütalaa alındığını, fakat alınan mütalaanın kendilerine tebliğ edilmediğini, Mahkeme tarafından duruşma yapılmadan ve kendileri dinlenilmeden karar verildiğini belirterek, yaşam hakkının, kötü muamele ve işkence yasağının, adil yargılama hakkının, etkili başvuru hakkının ve iki dereceli yargılama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. İşkence ve Eziyet Yasağının İhlal Edildiği İddiası

47. Başvurucular, yakınları Erkan Kaya'ya ölmeden önce infaz koruma memurları tarafından kötü muamelede bulunulduğunu ve işkence yapıldığını, müteveffaya kötü muamelede bulunan görevliler hakkında soruşturma başlatılmadığını iddia etmektedirler.

48. Bu iddialara yönelik olarak Bakanlığın görüşünde, Erkan Kaya'nın 19/1/2013 tarihinde İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan ölü muayenesinde, cesette haricen müessir fiile emare olabilecek travmatik darp, cebir ve şiddet bulguları ile ateşli silah, kesici delici alet yarası bulunmadığının görüldüğü belirtilmiştir.

49. Yine benzer şekilde, hükümlünün 20/1/2013 tarihinde İzmir Adli Tıp Grup Başkanlığında yapılan klasik otopsisi sonucunda düzenlenen rapor incelendiğinde, göbek çukurunun sol tarafında 1x0.7 cm'lik belli belirsiz ekimoz dışında başka bir bulguya, bu arada ateşli silah yarası ile kesici-delici alet yarasına rastlanmadığı belirtilmiştir.

50. 18/1/2013 tarihinde, başvurucu Erdoğan Kaya'nın iddiaları üzerine Başsavcılığın, cezaevi görevlileri hakkında işkence iddiası ile başlattığı soruşturmada, kovuşturmaya yer olmadığına karar verdiği görülmektedir. Kararda, işkence iddiası ile ilgili olarak yapılan soruşturma sonucunda herhangi bir suç ve suç unsuru bulunmadığı belirtilmiştir.

51. Başvurucu Mehmet Kaya'nın İnsan Hakları Derneği İzmir Şubesi vasıtasıyla Başsavcılık ve CTEGM'ye gönderdiği ve işkence iddialarının yer aldığı dilekçesinin ölüm olayına ilişkin yürütülen soruşturma ile birleştirildiği, ölüm olayına ilişkin olarak 8/5/2013 tarihinde verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda, herhangi bir kötü muamele bulgusunun bulunmadığı belirtilmiştir.

52. 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."

53. 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 (*Tahir Canan*, 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 (*Cuma Doygun*, B. No: 2013/394, 6/3/2014, § 28).

54. Söz konusu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Şayet bu mümkün 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. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bazen tek başına soruşturma yapılmamış olması yahut da yeterli soruşturma yapılmamış olması da kötü muamele teşkil edebilmektedir. Bu bağlamda soruşturmanın derhal başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir (*Tahir Canan*, § 25).

55. Başvuru konusu olay hakkında yürütülen Başsavcılık soruşturmasında ifadeleri alınan cezaevi görevlilerinin ve cezaevinde bulunan bir diğer mahkûmun ifadelerinde, Erkan Kaya'nın başvuruculara iddia ettiği gibi bir muameleye maruz kaldığına yönelik herhangi bir açıklama yapmadıkları veya bu kapsamda değerlendirilebilecek bir olaydan bahsetmedikleri görülmektedir. Olay sonrasında yapılan ve Bakanlık görüşünde değinilen, ölü muayene ve klasik otopsi işlemlerinde de bu yönde herhangi bir bulgu bulunmadığı anlaşılmaktadır. Müteveffanın toplam 24 defa kurum revirinde muayenesi yaptırılmış, bu süre içinde 4 defa Muğla Üniversitesi Eğitim ve Araştırma Hastanesine, 4 defa da İzmir Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesine götürülüp muayene ve tedavisi yaptırılmıştır. Gerek başvuru dosyasında gerekse soruşturma dosyasında, başvurucunun cezaevinde kaldığı sırada Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırılık teşkil edecek bir kötü muameleye maruz kaldığı izlenimi doğuracak herhangi bir bilgi ya da belge bulunmamaktadır.

56. Bir kimsenin, özellikle içinde bulunduğu hassas durum da göz önüne alındığında, cezaevinde şiddete maruz kaldığını kanıtlayacak doktor raporu elde etmesinin zor olabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, müteveffanın ya da aynı Cezaevinde kalan ağabeyinin tedavi işlemleri sırasında darp ve kötü muameleye ilişkin muayene ve rapor talebinde bulunduğu veya başka bir doktor tarafından muayene edilmeyi istediği hususunda da bir tespit yapılamamıştır. Başvuruculara, ilgili kötü muamele iddialarını hem ceza soruşturması aşamasında sundukları şikâyet ve itiraz dilekçelerinde hem de bireysel başvuru dilekçelerinde sadece genel olarak açıkladıkları ve müteveffanın kendilerine anlattığı şekliyle olanlar hakkında hiçbir ayrıntılı bilgi sunmadıkları görülmektedir.

57. Müteveffanın ağabeyi olan Erdoğan Kaya'nın, kardeşinin ölümü öncesinde 16/10/2012 tarihinde, Muğla Cumhuriyet Başsavcılığında incelendiği anlaşılan konu hakkındaki şikayetleri hakkında da "*Erkan Kaya'nın kurumunda sürekli olarak sorun yarattığı, görevli personele hakaretlerde bulunduğu, koğuşun huzur ve düzenini bozmaya çalıştığı, hücreye koyma cezası olmak üzere 2 ayrı ceza verildiği, görevli personelin yasalar ve talimatlar çerçevesinde görevini yerine getirdikleri anlaşıldığından*" bahisle personel hakkında işlem yapılmadığı bilgisine yer verilmiştir. Bakanlık görüşünde ifade edildiği üzere, 18/1/2013 tarihinde, Muğla Cumhuriyet Başsavcılığı, başvurucu Erdoğan Kaya'nın kurum görevlilerinin işkence yaptığı şikayeti üzerine başlatılan 2013/287 sayılı soruşturmada da, herhangi bir suç ve suç unsuru bulunmadığından bahisle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir (§ 28).

58. Bu açıklamalar ışığında somut başvuru değerlendirildiğinde, başvuruculara yakınının cezaevinde işkence ya da kötü muamele gördüğünün is-

pat edilmesini mümkün kılar nitelikte her türlü makul şüpheden uzak hiçbir kanıtın bulunmadığı, dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamındaki iddialarının soyut ve kanıtlanmamış şikâyetlerden oluştuğu açıkça anlaşıldığından, başvurunun bu bölümünün "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Yaşam Hakkının İhlal Edildiği İddiası

59. Başvuruculaların 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 öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının" tamamını tüketmiş olmaları zorunluluğu getirildiği, başvuru formunda, başvuruculaların ceza soruşturması hariç kalmak üzere, şikayet konusu edilen olay nedeniyle ilgili kişiler veya idare aleyhine tazminat davası açtıklarına dair bir bilgi bulunmadığı, yetkililerce ihlalin tespit edilmesi ve verilen karar ile bu ihlalin uygun ve yeterli biçimde giderilmesi halinde mağdur sıfatının ortadan kalkacağı, ölüm olayının kasten meydana gelmemesi durumunda, hukuki veya idari bir prosedür aracılığıyla sorumluların belirlenmesi ve tazminat ödenmesinin yeterli olabileceği, bu hususta iç hukukta ilgili idare kusurlu bulunarak hükmedilen tazminat kararlarının da bulunduğu ifade edilmiştir.

60. Başvuru konusu olayda yaşanan ölümün kasıtlı bir eylem sonucu meydana gelmediği ortadadır. Bu durumda, yaşanan olayda yetkili ve sorumlu olan kişilerin muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmalinin, yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen kendilerine verilen yetkileri gözardı ederek olayda ortaya çıkan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almama gibi bir durumun bulunup bulunmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Çünkü bu gibi durumlarda, birey kendi inisiyatifiyle hangi 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 60-62).

61. Bu nedenle, başvuruculaların, Bakanlık görüşünde ileri sürülen, Anayasa'nın 17. maddesine ilişkin şikâyetleri açısından başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği konusunda karar verebilmek için somut olayda 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 ölçüde yerine getirildiğinin tespiti gerekmektedir.

62. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının esas bakımından incelenmesi gerekmektedir.

c. Etkili Başvuru ve Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

63. Başvurucuların, yaşam hakkı ve işkence ve eziyet yasağına ilişkin iddialarının yanı sıra, Mahkeme tarafından Başsavcılıktan mütalaa alındığı, fakat alınan mütalaanın kendilerine tebliğ edilmediği, Mahkeme tarafından duruşma yapılmadan ve kendileri dinlenilmeden karar verildiği ve iki dereceli yargılama yapılmadığından bahisle Anayasa'nın 36. ve 40. maddeleri ile AİHS'nin 13. maddelerinin ihlal edildiği yönünde iddiaları bulunmaktadır. Başvurucuların bu yönlerdeki iddiaları yaşam hakkı kapsamında yapılan incelemelerde değerlendirildiği için bu haklar kapsamında ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

2. Esas Bakımından İnceleme

a. Yaşamı Korumak İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmadığı İddiası Yönünden

64. Başvurucular, yakınları Erkan Kaya'nın psikolojik sorunları bulunmasına ve daha önce de benzer yatak yakma eylemlerinde bulunmasına rağmen görevlilerin gerekli tedbirleri almaması sonucu yaşamını yitirdiğini iddia etmektedirler.

65. Bakanlık görüşünde, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetler değerlendirilirken, AİHM'nin devletin yaşamı koruma yükümlülüğünü devletin egemenlik alanında bulunan kişileri intihara karşı korumayı kapsayacak şekilde yorumladığı belirtildikten sonra konuya ilişkin AİHM kararlarına yer verilmiştir. Bakanlık, AİHM'nin bu konudaki kararlarında, bireyin kendisine karşı bir risk oluşturduğunu biliyor olması veya bilmesi gerektiği halde makul tedbirleri almamasının devletin sorumluluğunu doğurabileceğini, bu itibarla, her türlü özgürlükten mahrumiyetin, doğası gereği, tutuklu veya hükümlü kişinin psikolojisinin bozulmasına neden olduğunu ve dolayısıyla bunun kırılgan ve korumasız bir kişinin intihar etme riskini artırabileceğini, bu yüzden ulusal mevzuatın cezaevi yetkililerine bu kişiler hakkında daha duyarlı ve dikkatli olma görevi yüklediğini ve tutuklu veya hükümlü kişilerin hayatlarının gereksiz yere tehlikeye atılmasını önleyici tedbirler getirdiğini, bununla birlikte, intihar olaylarında devletin yerine getirmesi gereken pozitif yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesinde, insan davranışlarının "*öngörülemezliği*" ilkesinin de gözden kaçırılmaması gerektiğini belirttiğini ifade etmiştir.

66. Bakanlık görüşünde, somut olayla ilgili şu değerlendirmeler yapılmıştır: Hükümlünün yatak yakma eylemi dışında cezaevinde koğuş arkadaşlarıyla

geçimsizliğinin olduğu, cezaevi idaresine karşı saldırgan ve disiplinsiz davranışlarda bulunduğu, bu hareketleri sebebi ile başta hücre cezası olmak üzere hakkında çok sayıda disiplin cezası kararı verildiği ve bunların infaz edildiği, kurum görevlilerine karşı eylemleri nedeni ile hakkında davalar açıldığı, ayrıca hükümlünün pek çok kez odasının değiştirildiği, dolayısıyla, Erkan Kaya'nın şiddetli bir ruhsal bozukluk içerisinde olduğu, ilgili şahsın sıkı bir şekilde gözetim altında tutulması gerektiği, sağlığının korunması açısından yetkili makamlar tarafından gerekli önleyici tedbirlerin alınması gerektiği, konu ile ilgili görüşleri sorulan Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün (CTGM) cevabî yazısında; hükümlünün psikolojik sorunları nedeniyle zaman zaman kurum revirinde muayenesinin yapıldığı ve kurum tabibi tarafından anksiyete bozukluğu, polinöropati, depresif nöbet teşhisleri konularak kendisine çeşitli ilaçların reçete edildiği ve bu ilaçların kullanımının sağlandığı, ilgilinin kendisine veya başkalarına zarar vermemesi için gerekli özenin gösterildiği, ancak bu hususta kararlı olanların eylemlerini önleyebilmenin imkânsız olduğu, ayrıca, hasta ve rahatsız olduğunu beyan eden hükümlü ve tutukluların kurumda tam gün görev yapan aile hekimine gerekli muayene, tetkik ve tedavilerinin yaptırıldığı, tabibin gerekli gördüğü durumlarda ise ilgili hastanelere sevklerinin yapıldığının belirtildiği bilgilerine yer verilmiştir.

67. Bakanlık görüşünde ayrıca, başvuruculara, tam olarak yakma olayının başlaması ile kurum görevlilerinin müdahalesinin hangi saatlerde olduğu meselesinin kesin olarak belirlenemediği, müdahalede geç kalındığı iddiasının her türlü şüpheyi kesin olarak ortadan kaldıracak şekilde yanıtlanmadığı iddialarına karşılık gelmek üzere, CTEGM'nin cevabî yazısında, yangına bir dakika on üç saniye içerisinde müdahale edilerek söndürüldüğü ve hükümlünün odasından çıkarıldığı, ellerinde, dizinde ve sırt kısmında yanıkların görülmesi üzerine vakit kaybedilmeden 112 Acil Servisin çağrılarak hükümlünün İzmir Bozyaka Eğitim ve Araştırma Hastanesine kaldırıldığı, olayın kamera kayıtlarının da mevcut olduğu belirtilmiştir.

68. Başvurucular, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, özetle, iddialarının açıkça itiraza uğramadığını, yaşam hakkının ihlal edildiği hususundaki istemlerini yinelediklerini ifade etmişlerdir.

69. 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."

70. 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 ve diğer bireylerin, gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 50,51).

71. 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 52).

72. Bu kapsamda, bazı özel koşullarda devletin kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 74). Cezaevlerinde gerçekleşen ölüm olayları için de geçerli olabilecek bu yükümlülüğün ortaya çıkması için cezaevi yetkililerinin, 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 (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Keenan/Birleşik Krallık*, B. No: 27229/95, 3/4/2001, § 90 ve 91, *Tanrıbilir/Türkiye*, B. No: 21422/93, 16/11/2000, § 74). 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 53; Sadık Koçak ve diğerleri, § 74). Bu çerçevede Anayasa Mahkemesince yapılacak incelemede, basit bir ihmali veya değerlendirme hatasını aşan bir kusurun cezaevi yetkililerine atfedilebilip atfedilemeyeceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

73. Tutuklanan veya hürriyeti bağlayıcı cezasının infazına başlanan kişilerin, daha önce sahip oldukları pek çok özgürlükten mahrum kalmaları ve günlük yaşamlarında ciddi nitelikte bir değişim yaşamalarının doğal bir so-

nucu olarak, psikolojik sağlıkları bozulabilmekte, dolayısıyla kırılgan ve korumasız bir konumda bulunan bu kişilerin intihar etme riski artabilmektedir. Bu nedenle, yasal ve ikincil düzenlemelerin, cezaevi yetkililerine, bu kişiler hakkında daha duyarlı ve dikkatli olma görevi yüklemesi ve tutuklu veya hükümlü kişilerin hayatlarının tehlikeye atılmasını önleyici tedbirler alınmasını sağlaması gerekmektedir. Bu amaçla, öncelikle, cezaevinde kalan kişilerin davranışlarının ve sağlık durumlarının takip edilmesi ve gerektiğinde doktor muayenesine başvurulması, diğer yandan, bu konuda meyli olduğu anlaşılanlar açısından, kendileri için en uygun yerlerde kalmalarının temin edilmesi ve intihar eylemlerinde kullanılabilecek kesici/delici eşyalara, kemer, çamaşır ipi veya ayakkabı bağcıkları gibi eşyalara el konulması şeklinde bu tip risklerin azaltılmasına yönelik önlemlerin alınması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Keenan/Birleşik Krallık*,§ 90 ve 91; *Tanrıbilir/Türkiye*, § 74).

74. Bu bağlamda, kişi özgürlüğüne aşırı bir sınırlama getirmeyecek bir ölçüde, bir tutuklunun veya hükümlünün kendine zarar verme ihtimalini en aza indirecek tedbirlerin alınması yetkililerden beklenebilecektir. Bir hükümlü veya tutuklu açısından daha sıkı tedbirlerin gerekip gerekmediği ve bunların uygulanmasının makul olup olmadığı, başvuru konusu yapılan her bir somut olayın koşullarına göre değişecektir *(*Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Keenan/Birleşik Krallık*, § 92).

75. Yaşam hakkı kapsamında devletin, öncelikle yaşamı tehlikeye girebilecek kişilerin yaşamını korumak için yeterli yasal ve idari bir çerçeve oluşturması gerekmektedir (§ 71). Aynı yükümlülükcezaevlerinde bulunan kişilerin yaşam ve sağlıklarının korunması için de geçerlidir. Bu kapsamda cezaevi yetkililerince yerine getirilecek takip, kontrol ve denetim işlemleri ile bu konuda alınacak diğer tedbirlerin yukarıda yer verilen mevzuatta ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir (§§ 38-44). Başvurucular tarafından bu konuda ileri sürülen bir eksiklik bulunmadığı gibi, başvuru konusu olay açısından, Anayasa Mahkemesi tarafından resen gözetilmesi ve incelenmesi gereken bir hususun da bulunmadığı anlaşılmıştır.

76. Dolayısıyla mevcut başvuruda, yukarıda yer verilen ilkeler çerçevesinde, öncelikli olarak cezaevi yetkililerinin Erkan Kaya'nın kendini öldürme riskini bilip bilmediklerinin veya bilmeleri gerekip gerekmediğinin ortaya konulması gerekmektedir.

77. Erkan Kaya'nın daha önce de, ölümüne sebep olan 7/1/2013 tarihinde meydana gelen yatak yakma eylemine benzer yatak yakma eyleminde bulunduğu, ayrıca psikolojik rahatsızlıkları nedeniyle tedavi için doktora gittiği anlaşılmaktadır (§§ 14-35).

78. Bakanlık görüşünde de ifade edildiği üzere, Erkan Kaya'nın yatak yakma eylemi dışında cezaevinde koğuş arkadaşlarıyla geçimsizlik yaşadığı, cezaevi görevlilerine karşı saldırgan ve disiplinsiz davranışlarda bulunduğu, bu hareketleri sebebi ile Muğla Cezaevinde bulunduğu süre içinde başta hücre cezası olmak üzere hakkında çok sayıda disiplin cezası kararı verildiği ve bunların infaz edildiği, kurum görevlilerine karşı eylemleri nedeni ile hakkında davalar açıldığı tespit edilmiştir. Ayrıca hükümlünün bu süreçte pek çok kez odası değiştirilmiştir.

79. Erkan Kaya'nın özellikle de cezaevinde geçirdiği son altı ayında saldırgan tavırlar sergilediği, görevliler ve cezaevinde kalan diğer kişilerle sorunlar yaşaması nedeniyle çok sayıda ceza aldığı ve koğuşunun değiştirildiği, 2009 yılından beri kendisine uygulanan tedavi ve kullandığı ilaçları gösteren tablonun incelenmesinden de ilk bakışta ortaya çıktığı üzere, aynı dönem içerisinde, yaşadığı psikolojik rahatsızlıklar nedeniyle kendisine ilaç tedavisi uygulandığı ve yine aynı zaman dilimi içinde bulunan Ağustos 2012'de aynı şekilde yatak yakma girişiminde bulunduğu dikkate alındığında, daha sıkı bir şekilde gözetim altında tutulması gerektiği ve kendisine ya da diğer kişilere zarar verme ve ölümüne neden olma riskinin bulunduğunun cezaevi yetkililerince bilindiğinin, en azından bilinmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

80. Bu durumda, somut olayın koşullarında, Erkan Kaya'nın sağlığının korunması ve kendisine veya diğer kişilere zarar vermemesi açısından yetkililer tarafından gerekli önleyici tedbirlerin alınması gerektiği açıktır.

81. 5275 sayılı Kanun'da, ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması ve ayrıca, hapsedilme ve diğer nedenlerden kaynaklanan ruhsal rahatsızlıkları bulunup da ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde tutulmaları gerekli görülmeyerek infaz kurumlarına geri gönderilenlerin cezalarının, belirlenen infaz kurumlarının mahsus bölümlerinde infaz edilmesi zorunluluğu öngörülmüştür.

82. Cezaevinde bulunan veya askerlik vazifesini yerine getiren bir kişinin sağlığı ve güvenliği açısından gerekli tedavi türünün ve kalması uygun olan yerin belirlenmesinin, o kişinin bu konulardaki muhakeme yeteneğinin somut olayın şartları içerisinde sağlıklı olmadığının açık olduğu durumlarda, sadece kendi tercihlerine göre yapılması mümkün değildir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kılınç ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 40145/98, 7/6/2005, § 51, *Kılavuz/Türkiye*, B. No: 8327/03, 21/10/2008, § 94).

83. Somut olayda, hükümlünün Muğla Cezaevinde bulunduğu süre içinde pek çok kez kurum revirine çıktığı ve psikolojik tedavi gördüğü, fakat bir

defasında, revire çıkmak istemekle birlikte, hastane randevusunu kendi isteği ile dilekçe yazarak iptal ettirdiği tespit edilmiştir. Diğer yandan, Başsavcılık soruşturmasında ifadesi alınan müteveffanın ağabeyi Erdoğan Kaya, daha önceki yatak yakma eyleminin nedeninin kendisinin revire gönderilme talebinin reddi olduğunu ileri sürmüştür. Erkan Kaya'nın, ölümünden hemen önce, Cezaevi Müdürlüğüne sunduğu 28/12/2012 tarihli dilekçesinde, 18/12/2012 ila 28/12/2012 tarihlerinde hücre cezasını yattığını, kendi isteği ile bir hafta daha cezaevinde "müşadiye" olarak adlandırılan kısımda kalmak istediğini belirterek gereğinin yapılmasını talep ettiği ve bir haftalık sürenin sonunda da Müşahede kısmından çıkarılmayı reddettiği görülmektedir (§§ 21-22).

84. Erkan Kaya'nın cezaevinde kalacağı yer konusundaki tercihleri ve tedavi taleplerinde sergilediği tutarsızlıklar ile psikolojik sorunları bir arada değerlendirildiğinde, yatağını yakarak ölümüne neden olmasında, bulunduğu yerin ve psikolojik sağlığının yerinde olmamasının sadece kendisine bağlanması mümkün görünmemektedir. Yukarıda değinildiği ve ilgili mevzuatta imkân tanındığı üzere, sadece kendi iradesine bırakılmayacak şekilde, sağlık durumunun kontrol altında tutulması ve kalacağı yerin belirlenmesi konularında bir tutuklunun veya hükümlünün kendine zarar verme ihtimalini en aza indirecek tedbirleri almaları yetkililerden beklenebilecektir. Erkan Kaya açısından, kendisinin sürekli gözlem altında tutulması, uzman bir doktorun görüşleri doğrultusunda gerektiğinde bir psikiyatri servisinde tedavi edilmesi, kendisine zarar vermek veya intihar etmek için kullanabileceği nesneleri temin etmesinin engellenmesi için cezaevinde kaldığı bölümün belirlenmesi ve günlük hayatının buna göre düzenlenmesi gibi daha sıkı tedbirler alınması cezaevi yetkililerinden ve ilgili sağlık birimlerinden beklenebilecektir.

85. Erkan Kaya'nın kalacağı yerin belirlenmesi konusunda sağlıklı olmadığı ortada olan kendi değerlendirmelerine göre kararlar verildiği, psikolojik rahatsızlıkları konusunda sadece ilaçla tedavi öngören bir tedavinin takip edildiği, tedavi yöntemi konusunda cezaevinin idari personeli ile cezaevinde ve diğer kurumlarda görevli ilgili doktorlar arasında tedavinin şekli ve yerine ilişkin hükümlünün hastalık derecesi dikkate alınarak birlikte bir değerlendirme yapıldığına dair bir bilginin yer almadığı ve daha önce yaptığı gibi hükümlünün yatağı tutuşturmak amacıyla kullandığı anlaşılan çakmağa ulaşmasının cezaevi görevlilerince engellenememesi gibi somut olayın gerçekleşme koşulları birlikte değerlendirildiğinde, cezaevi görevlileri tarafından yetkileri çerçevesinde Erkan Kaya'nın ölümünün önlenmesi için gerekli tedbirlerin alındığı söylenemeyecektir.

86. Açıklanan nedenlerle, yaşam hakkının gerektirdiği yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Ceza Soruşturması Sürecine İlişkin İddialar Yönünden

87. Başvurucular, müteveffanın ölümünde ihmali bulunan görevliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, bu karara yaptıkları itiraz üzerine Fethiye Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Başsavcılıktan mütalaa alındığını, fakat alınan mütalaanın kendilerine tebliğ edilmediğini, Mahkeme tarafından duruşma yapılmadan ve kendileri dinlenilmeden karar verildiğini belirterek, etkin soruşturma yapılmadığını iddia etmektedirler.

88. 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, soruşturmanın, ölenin ailesinin meşru çıkarlarının korunması için yeterli ölçüde kendilerine açık olması, makul bir hızlılık içinde yürütülmesi, sorumluların belirlenmelerine ve gerekirse cezalandırılmalarına imkân verecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir.

89. Bakanlık görüşünde, yine AİHM kararlarına dayanılarak; somut olayda varılan sonuçla ilgili değil ancak, 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 belirtilmiştir.

90. Bakanlık görüşünde mevcut başvuru ile ilgili olarak, başvuruculaların yakını Erkan Kaya'nın ölümü sonrasında Muğla Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bir soruşturma yürütüldüğü, bu soruşturma çerçevesinde kurum görevlilerinin tanık sıfatıyla beyanlarının alındığı, adli soruşturma sonucunda; görevlilerce yangına çok kısa sürede müdahale edildiği ve yangının kontrol altına alındığı, olayda kurum personelinin ihmal ya da gecikmesinin söz konusu olmadığı ve ölüm olayının yanık ve komplikasyon olarak gelişen akut pnomoni sonucu meydana geldiğinin anlaşıldığı belirtilerek kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği, bu karara karşı başvurucular tarafından yapılan itirazın da, Fethiye Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedildiği, yürütülen soruşturmada, kurum görevlilerinin olayın çıkması sonrası olaya en kısa sürede müdahale ederek gerekli tedbirleri aldıkları üzerinde durulduğu, ölüm olayıyla ilgili kurum personeli hakkında ayrıca disiplin soruşturması yürütüldüğü, herhangi bir ihmal ve kusurlarının bulunmadığından bahisle

disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verildiği, başvurucuların ayrıca ihmali olduğunu ileri sürdükleri kurum görevlileri hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yönelik itirazını inceleyen Fethiye Ağır Ceza Mahkemesinin duruşma yapmadan ve kendilerini dinlemeden karar verdiği, Başsavcılıktan alınan mütalaanın kendilerine tebliğ edilmediği iddialarının da yaşam hakkı kapsamında yürütülen soruşturmanın etkililiği incelenirken değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.

91. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı, özetle, bu bölüme ilişkin iddialarına tam karşılık gelecek yanıtlar alamadıklarını, soruşturmayı yürütenlerin olaya karışmış kişilerden bağımsız kişiler olmadıklarını ve soruşturma sürecine kendilerinin katılımının sağlanmadığını ileri sürmüşlerdir.

92. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin (§ 71) usulî boyutu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesini gerektirmektedir. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmi bir soruşturma yürütmek durumundadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54). 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 (*Salih Akkuş*, B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 29).

93. Yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza soruşturması yürütülmesini gerektirmemektedir. İhmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59). Ancak, ihmal sonucu meydana geldiği ortada olan somut olay açısından, yetkili ve sorumlu kişilerin muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmalinin, yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen kendilerine verilen yetkileri gözardı ederek, olayda ortaya çıkan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almama gibi bir durumun bulunup bulunmadığına karar verilmesi gerekmektedir. Çünkü bu gibi durumlarda, bireyler kendi inisiyatifleriyle hangi 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, §§ 60-62).

94. 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 başvuruculara 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 56).

95. Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğini temin adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlatabilecek, sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekmektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 57; *Sadık Koçak ve diğerleri*, § 94).

96. 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 (*Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 58).

97. Yaşanan bir ölüm olayının oluşumuna ilişkin delillerin değerlendirilmesi idari ve yargısal makamların ödevidir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, başvuru konusu olayın gelişim şeklini anlayabilmek ve başvurucuların yakınlarının ölümünün *"şüpheli"* olduğuna dair iddialarının soruşturma makamları ve derece mahkemeleri tarafından karşılanıp karşılanmadığını nesnel bir şekilde değerlendirmek için olayın oluşum şeklini incelemesi gerekebilmektedir.

98. Başvuru konusu olayda, yürütülen soruşturma işlemlerine bakıldığında, başvurucuların yakını Erkan Kaya'nın 7/1/2013 günü yattığı yatağı yakması ve yaralanması, akabinde tedavi gördüğü hastanede 19/1/2013 günü hayatını kaybetmesi olayı ile ilgili olarak Muğla Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından resen bir soruşturma yürütüldüğü, bu soruşturma çerçevesinde, kurum görevlilerinin tanık sıfatıyla beyanlarının alındığı, adli soruşturma sonucunda; görevlilerce yangına çok kısa sürede müdahale edildiği ve yangının kontrol altına alındığı, olayda görevli kurum personelinin ihmal ya da gecikmesinin söz konusu olmadığı ve ölüm olayının yanık ve komplikasyon olarak gelişen akut pnömoni sonucu meydana geldiğinin anlaşıldığı belirtilerek, kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği görülmektedir.

99. Hâlbuki olayda, başvuruculara da ileri sürdüğü ve yaşamı koruma yükümlülüğü konusunda inceleme yapılan bölümde (§§ 64-86) ortaya konul-

duğu üzere, Erkan Kaya'nın ölümüne neden olan eyleminden önce bu şekilde bir eylemde bulunabileceğine dair pek çok belirti olduğu ve bu belirtiler dikkate alınarak yetkililerin daha ileri düzeyde tedbirler almalarının kendilerinden beklenebileceği ortaya çıkmıştır. Yürütülen soruşturmada da Erkan Kaya'nın önceki yatak yakma girişimi, cezaevi görevlileri ve diğer mahkûmlarla yaşadığı sorunlar ve bunlara bağlı olarak gerçekleşen yer değişimleri ve aldığı disiplin cezaları ile aynı dönemde yaşadığı psikolojik sorunların, hem tutanaklarla cezaevi yönetimince kayda alındığı, hem de soruşturma sürecinde başvurucular ve ifadeleri alınan cezaevi görevlileri ve diğer bir mahkûm tarafından ifade edildiği tespit edilmiştir.

100. Soruşturma kapsamında, ölüm olayının tüm yönlerini aydınlatabilmek ve olası sorumluların tespiti açısından kritik öneme sahip olan; Erkan Kaya'nın olay öncesi sağlık durumunun tespiti, kendisine uygulanan tedavi sürecinin incelenmesi, uygulanan tedavi yöntemi ve yeri ile cezaevinde kalacağı bölümün ne şekilde belirlendiğinin ve bu belirlemelerde Erkan Kaya'nın önceki yatak yakma eylemi ile psikolojik sorunlarının ne derecede dikkate alındığının araştırılması ve son olarak Erkan Kaya'nın yatağı tutuşturmak için kullandığı çakmağı kimden ve ne şekilde elde ettiği ve bu durumdan görevi gereği olası sorumlu kişilerin tespit edilmesi gibi konularda bir araştırma ve değerlendirmenin yapılmamış olduğu görülmektedir.

101. Olayın yukarıda yer verilen yönlerinin bulunmasına rağmen olaya ilişkin olarak sadece yaşanan yangından sonra olaya müdahale noktasında yetkililerin bir ihmallerinin bulunup bulunmadığı yönünden bir değerlendirme yapılıp KYO kararı verilmesi nedeniyle, yürütülen soruşturmanın, ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve olası sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıması zorunluluğunu karşılamaktan uzak olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

102. Bununla bağlantılı olarak, soruşturma ve itiraz aşamasında, başvuruculaın, yukarıda değinilen olayın farklı yönlerine ilişkin iddialarının KYO kararında ve itiraz üzerine verilen kararda karşılanmamış olması, başvuruculaın meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmalarına engel olmuştur.

103. Soruşturmanın etkililiği konusunda bu bölümde yer verilen değerlendirmeler bir bütün halinde ele alındığında, Başsavcılık tarafından yürütülen soruşturmada yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulamadığı, olası sorumlu kişilerin belirlenmediği ve ölenin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmalarının sağlanamadığı, dolayısıyla somut olayda yürütülen soruşturmanın teoride olduğu gibi uygulamada da hesap verilebilirliği temin edemediği kanaatine varılmıştır.

104. Açıklanan nedenlerle, yaşam hakkının gerektirdiği etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

105. 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."

106. Mevcut başvuruda yaşamı koruma ve etkili bir soruşturma yürütülmesi yükümlülükleri yönlerinden Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için dosyanın ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

107. Başvurucular, yaşam hakkının, kötü muamele ve işkence yasağının, adil yargılama hakkının ve etkili başvuru hakkının ihlali nedeniyle, anne ve babanın her biri için 50.000 TL olmak üzere, toplamda 100.000 TL maddi tazminat ile anne babanın her biri için 100.000 TL ve kardeşlerin her biri için 25.000 TL olmak üzere, toplamda 375.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

108. Başvurucular, uğradıklarını iddia ettikleri 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 başvurucuların maddi tazminat taleplerinin reddi gerekir.

109. Yaşam hakkı kapsamında etkili bir soruşturma yürütülmesi yükümlülüğünün, ihlal edildiğinin tespit edilmesinin yanı sıra kararın gereğinin yerine getirilmesi için dosyanın ilgili Başsavcılığa gönderilmesine karar verilmesinin, başvuruculların ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu kanaatine varılmakla birlikte, yaşamı koruma yükümlülüğünün de ihlal edildiğine hükmedilmesi nedeniyle, başvuruculardan ölen Erkan KAYA'nın anne babası ve kardeşleri için takdiren toplam net 30.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

110. Başvurucular, ayrıca yargılama ve avukatlık ücretinin kendilerine ödenmesini talep etmişlerdir. Başvurucular tarafından yapılan harç ve vekalet ücretinden oluşan yargılama giderinin başvuruculara ödenmesine karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun,

1. İşkence ve eziyet yasağının ihlal edildiği iddiası yönünden, **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

2. Başvurunun, yaşam hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden, **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Başvuru konusu olayda, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında, yaşamı koruma yükümlülüğü ile etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Başvurucuların Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerinin ihlali yönündeki şikâyetlerinin ayrıca **İNCELENMESİNE GEREK OLMADIĞINA,**

D. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince, başvuruculara müştereken ve takdiren toplam net 30.000 TL manevi **TAZMİNAT ÖDENMESİNE,**

E. 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,

F. Başvurucuların fazlaya ilişkin tazminat taleplerinin **REDDİNE,**

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

H. Kararın bir örneğinin gereği için ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine,

20/5/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

FİLİZ AKA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/8365)

Karar Tarihi: 10/6/2015

R.G. Tarih- Sayı: 14/7/2015-29416

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Cüneyt DURMAZ
Başvurucu	:	Filiz AKA
Vekili	:	Av. Utku ÇİMEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, eşinin ölümüne sebebiyet veren kişi hakkında açılan kamu davasının yaklaşık 8 yıl 1 ay gibi makul olmayan bir sürede düşme kararıyla neticelenmesi sebebiyle Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, başvurucu vekili tarafından 6/11/2013 tarihinde İzmir 9. Ağır Ceza Mahkemesi aracılığıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 30/12/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 6/3/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığı tarafından başvuru hakkında Anayasa Mahkemesine 7/4/2014 tarihinde sunulan görüş, başvuruculara 8/4/2014 tarihinde bildirilmiş, başvurucular Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamışlardır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

7. Başvurucunun eşi Çetin AKA'nın müşteri olarak bindiği ticari taksiye, 12/2/2005 tarihinde 185 promil alkollü olduğu tespit edilen S.G. yönetimindeki aşırı hızlı aracın ışık ihlali yapmak suretiyle çarpması sonucu, Çetin AKA yaşamını yitirmiş ve ticari taksi şoförü G.K. da yaralanmıştır.

8. Olayın meydana gelmesini müteakip İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı, 2005/8269 sayılı dosyayla resen soruşturma başlatmış ve S.G. ve G.K. hakkında tedbirsizlik sonucu bir kişinin ölümüne ve bir kişinin yaralanmasına sebebiyet verdikleri iddiasıyla, 15/2/2005 tarihinde İzmir 3. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. Başvurucu bu davaya katılan sıfatıyla katılmıştır.

9. Mahkemece, 18/4/2005 tarihinde keşif yapılmıştır. Keşif sonucunda hazırlanan 30/4/2005 tarihli bilirkişi raporuna göre, sanık S.G. kazadan 8/8 oranında kusurlu bulunmuştur.

10. 1/6/2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, İzmir 3. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından görevsizlik kararı verilmiş ve dosya İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiştir.

11. Mahkeme, 6/7/2006 tarihli ve E.2005/371, K.2006/250 sayılı kararıyla, "*765 sayılı Yasa'nın 455/1. maddesi gereğince bu sanığın olayda tam kusurlu oluşu. kırmızı ışıkta geçmesi ve yolu kontrol etmemesi nedeni ile bu olayda ön görülü taksirle hareket ettiğinin kabulü*" gerektiğinden bahisle, sanık S.G. hakkında "*5237 sayılı yasa uygulandığında bu yasanın 85/1. maddesi gereğince takdiren ve teşdiden 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, . 5237 sayılı Yasa'nın 22/2-4 maddesi uyarınca cezası takdiren 1/3 oranında artırılarak 4 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına.5237 sayılı TCK('nın) 53/1. maddesindeki haklardan 53/2 maddesinde belirtilen sürelerde yoksun kılınmasına*" karar vermiştir. Sanık G.K. hakkında ise beraat kararı verilmiştir.

12. Sanık S.G. ve başvurucu tarafından temyiz edilen karar, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 3/12/2008 tarihli ve E.2008/5283, K.2008/13303 sayılı kararıyla "*. sanığa atılı suçun taksirli olması nedeniyle hakkında 5237 sayılı TCK'nın 53/1. maddesi hükmünün uygulanamayacağı ancak kasten işlenen suçlarda uygulanabileceği gözetilmeden, lehe yasa değerlendirmesinde 5237 sayılı TCK'nın 85/1. maddesi değerlendirmeye esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmasının kanuna*

aykırı ." olduğu gerekçesiyle bozulmuş ve İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesine iade edilmiştir.

13. İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesi, bozma kararı sonrası dava kapsamında on duruşma yapmış ve 22/9/2010 tarihli ve E.2009/88, K.2010/368 sayılı kararıyla, sanık S.G.'nin 4 yıl hapis ve 600 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Anılan kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Mahkememizce bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda toplanan delillerden kaza tutanağına, maktüle ait ölü muayene ve otopsi tutanağına, katılan sanık Gürcan hakkında alınan doktor raporuna, Asliye Ceza Mahkemesince mahallinde yapılan keşif sonucu alınan bilirkişi raporuna, sanık Süleyman hakkında alınan alkol raporuna, tanıklar Mustafa Donat, Hakkı Tekoğlu, Kadir Keçeci'nin yeminli ifadelerine, Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesi'nin 22/03/2006 tarihli kusur raporuna, bu deliller ile örtüşen ölçüde kısmen iddiaya ve katılan sanık Gürcan'ın savunmasına itibar olunarak olayın aşağıdaki şekilde oluştuğunun kabulü gerekmiştir.

12/12/2005 günü sabaha karşı saat 00:45 sıralarında daha önceden alkollü araç kullanması nedeni ile sürücü belgesi geri alınan sanık Süleyman Gediz'in yönetimindeki araç ile 2,09 promil alkollü olarak olay mahallindeki dönerli kavşağa geldiği, saatteki hızının 90-100 km olduğu, kavşakta kendisinin geldiği yöne kırmızı ışık yanmasına rağmen durmadığı, bu sırada kendisine yeşil ışık yanan ve sanık Süleyman'ın gidişine göre sol tarafındaki yoldan katılan sanık Gürcan yönetimindeki ticari otomobilin kavşağa girdiği, sanık Süleyman'ın yönetimindeki araç ile diğer sanık Gürcan'ın yönetimindeki aracın sağ tarafından şiddetli bir şekilde çarptığı, çarpma sonucu Gürcan'ın kullandığı aracın ön sağ koltuğunda oturan Çetin Aka'nın ayrıntıları otopsi raporunda belirtilen şekilde trafik kazasına dayalı olarak meydana gelen yaralanma sonucu vefat ettiği, sanık Gürcan'ın da 7 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı, olayda sanık Süleyman'ın tam kusurlu olduğu, sanık Gürcan'ın kusurunun bulunmadığı anlaşılmıştır.Mahkemece kabul edilen oluşa göre olay tarihinde sanık Süleyman'ın sürücü belgesi daha önce alınmasına rağmen sürücü belgesiz olarak olay mahallindeki kavşağa 50 km saatlik hızla yaklaşması gerekirken, bunun iki katına yakın bir hızla, kendisine kırmızı ışık yandığı halde, 2,09 promil alkollü olarak girdiği, diğer sanık Gürcan'ın yönetimindeki araca çarptığı, araçta bulunan maktül Çetin'in ölümüne ve sanık Gürcan'ın yaralanmasına sebebiyet verdiği, sanık Süleyman'ın eyleminin alkollü araç kullanması nedeni ile suç tarihinde yürürlükte olan TCK'nun 455/1, 45/3 maddelerinde tanımlanan bilinçli taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturduğu, hüküm tarihinde yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'nun 81/1, 21/2 maddelerindetanımlanan olası kasıtla bir kişinin ölümüne e sebebiyet vermek suçunu oluşturacağı, zira sanık Süleyman'ın sürücü belgesiz, alkollü bir şekilde, kırmızı ışık ihlali yaparak ve yüksek hızla olay

mahallindeki kavşağa girdiği, bu şekilde kavşağa girmesi halinde kazaya sebebiyet verebileceğini, bu kaza sonucu ölüm olabileceğini öngördüğü ancak sonucu istemediği, zira maktül ile sanık Süleyman arasında öldürmeyi gerektirir bir husumet bulunmadığı, sanık Süleyman'ın suç tarihinde yürürlükte olan 5237 sayılı yasa hükümlerine göre asgari hadden cezalandırılıp, indirimin azami hadden yapılması halinde 20 yıl hapis cezası ile cezalandırılması gerektiği, belirlenen bu cezanın suç tarihinde yürürlükte olan 765 sayılı yasa hükümlerine göre aleyhe sonuç doğurduğu, 765 sayılı TCK'nun 2 ve 5237 sayılı TCK'nun 7/2 maddelerinin sanık lehine olan yasa hükümlerinin uygulanmasını öngördüğü anlaşılmakla, sanık Süleyman'ın sabit görülen tam kusurlu olarak bilinçli taksirle bir kişinin ölümüne ve bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermek suçundan lehine olan 765 sayılı TCK'nun 455/2 maddesi gereğince suçun işleniş şekli ve özellikleri, sanıktaki taksire dayalı kusurun yoğunluğu dikkate alınarak takdiren ve teşdiden 3 yıl hapis ve 450 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, suçun bilinçli taksirle işlenmiş olması nedeni ile sanık Süleyman'a verilen cezada 765 sayılı TCK'nun 45 maddesi gereğince takdiren 1/3 oranında arttırım yapılarak sanığın 4 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanığın suç sırasındaki ve sonrasındaki davranışları, yargılama sürecine olumlu bir katkısının görülmeyişi, verilen cezanın sanığın geleceği üzerindeki olası etkiler dikkate alınarak hakkında takdiri indirim maddesinin tatbikine yer olmadığına, sanığın sürücü belgesinin takdiren ve teşdiden 3 yıl süreyle geri alınmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Her ne kadar katılan sanık Gürcan hakkında atılı suçtan cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmış ise de, sanık Gürcan'ın olayda bir kusurunun bulunmadığı, olayın sanık Gürcan'ın kusuru ile meydana geldiği yönünde her türlü kuşkudan uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, sanık Gürcan'ın atılı suçu işlediği sabit görülmediğinden beraatine karar verilmesi gerektiği vicdani kanaatine varılmakla aşağıdaki hüküm kurulmuştur. "

14. Kararın sanık tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 11/3/2013 tarihli ve E.2012/27837, K.2013/5770 sayılı kararıyla zamanaşımı gerekçesiyle kamu davasının düşmesine karar vermiştir. Anılan kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Sanığa isnat edilen ve daha ağır bir suçu oluşturma ihtimali bulunmayan eylem 765 sayılı TCK'nın 455/1 maddesinde yaptırıma bağlanmış olup, anılan suç aynı Kanunun 102/4. maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabidir. Kesen nedenlerin varlığı halinde süre yeniden işlemekte ise de, bu süre 104/2. maddesi uyarınca en fazla yarı oranında uzayacağından, suç tarihi olan 12/02/2005 tarihinden itibaren 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen 7 yıl 6 aylık zamanaşımı inceleme tarihinden önce gerçekleşmiş olmakla, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olup, hükmün gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle

5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, aynı Kanunun 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, 765 sayılı TCK'nın 102/4, 104/2 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince kamu davasının DÜŞMESİNE, 11.03.2013 tarihinde olarak oybirliğiyle karar verildi."

15. Başvurucu, bu karardan 31/10/2013 tarihinde haberdar olduğunu beyan etmiş ve bu tarihe göre süresi içinde 6/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmıştır.

B. İlgili Hukuk

16. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 455. maddesi şöyledir:

"Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamat, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahküm olur.

Eğer fiil birkaç kişinin ölümünü mucip olmuş veya bir kişinin ölümü ile beraber bir veya birkaç kişinin demecruhiyetine sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456 ncı maddenin 2 nci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuş ise dört seneden on seneye kadar hapis ve 1.000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile mahküm olur.

Yukardaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir."

17. Anılan Kanun'un 102. maddesinde, beş seneden çok olmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda kamu davasının beş senede ortadan kalkacağı, aynı Kanun'un 104. maddesinde ise zamanaşımını kesen hallerin 102. maddede belirtilen sürelerin yarısından fazla dava zamanaşımını uzatamayacağı kurala bağlanmıştır.

18. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Taksirle öldürme*" başlıklı 85. maddesi şöyledir:

" (1) Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

19. 5237 sayılı Kanun'un 53. maddesinde, bir kişinin, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetinin kanuni sonucu olarak kuralda sayılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağı hüküm altına alınmıştır.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 10/6/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 6/11/2013 tarihli ve 2013/8365 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu, eşinin ölümüne sebebiyet veren kişi hakkında açılan kamu davasının yaklaşık 8 yıl 1 ay gibi makul olmayan bir sürede düşme kararıyla neticelenmesi sebebiyle Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

22. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvurunun; trafik kazası sonucu meydana gelen ölüm olayından dolayı, etkili bir şekilde yürütülmeden sonuçlanan ceza soruşturması ve kovuşturması ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Bu nedenle başvurucunun tüm iddiaları Anayasa'nın 17. maddesi ile ilişkili görülerek bu kapsamda değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Başvurucunun iddialarına yönelik olarak Bakanlığın görüşünde, AİHM içtihatları uyarınca, ulusal yetkililerce ihlalin tespit edilmesi ve verilen karar ile bu ihlalin uygun ve yeterli biçimde giderilmesi halinde, ilgili tarafın mağdur olduğunu ileri süremeyeceği, yaşam hakkının ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise, etkili bir yargısal sistem kurma şeklindeki pozitif yükümlülüğün, her olayda ceza hukuku yollarının bulunmasını zorunlu kılmadığı, başvurucunun tazminat davası açmış olması ve bu dava sonucu tazminat kazanmış olması halinde mağdur sıfatının kaybolup kaybolmadığı hususunun değerlendirilebileceği ifade edilmiştir.

24. Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında, devletin yerine getirmek zorunda olduğu 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 ölümlerde "*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 (*Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013,

§ 59). Ancak bu şekildeki bir kabul, bu tür olaylarda yürütülen ceza soruşturmalarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir (*Nail Artuç*, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, §§ 37-38).

25. Başvurucunun, trafik kazası sonucunda gerçekleşen ölüm nedeniyle, sadece ceza soruşturmasına yönelik şikâyetlerinin bulunduğu görülmekte olup, bu şikayetler açısından, 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 etkili bir soruşturma yürütülmesini gerektirmektedir (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 94).

26. Bu yükümlülük sadece bir kamu görevlisinin eylemi veya ihmali sonucu meydana gelen ölüm olayları açısından geçerli değildir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Salman/Türkiye [BD]*, B. No: 21986/93, 27/6/2000, § 105, *Şener Can ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 27446/12, 24/11/2014, § 37). Devletin, doğal olmayan her ölüm olayında, (kendisi, öldürmeme ya da yaşamı korumama yükümlülüklerini ihlal etmemiş olsa da,) gerçekleşen ölümün sebebini ve varsa sorumlularını ortaya çıkarmaya yönelik etkili bir soruşturma yapmamış olması, soruşturma yükümlülüğünün ihlalini doğurabilir. Zira bu tür olaylarda etkili bir soruşturma yürütülmesi, yaşam hakkını korumak için ihdas edilen yasal ve idari çerçevenin etkili bir şekilde uygulanmasının güvencesini oluşturmaktadır.

27. Açıklanan nedenlerle, 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülen ve etkili bir soruşturma ve kovuşturma yürütülmemesi suretiyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine dair iddialar içeren başvurunun, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

28. Kabul edilebilirlik değerlendirmesi yapılan kısımda da ifade edildiği gibi, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usulî boyutu, doğal olmayan her ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına, sorumlu kişilerin belirlenmesine ve gerekiyorsa cezalandırılmasına imkân tanıyan etkili bir soruşturmanın yürütülmesini gerektirmektedir (*Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, § 54). Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğini temin adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlatabilecek, 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 (*Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, § 57, *Sadık Koçak ve Diğerleri*, § 94).

29. Yukarıda sayılanlara ilave olarak, yürütülecek soruşturmalarda makul bir hızda gerçekleştirilme ve özen gösterilme zorunluluğu da zımnen mevcuttur. Elbette ki, bazı özel durumlarda, soruşturmanın veya kovuşturmanın ilerlemesine engel olan unsurlar ya da güçlükler bulunabilir. Ancak, bir soruşturmada ve devamında yapılan kovuşturmada yetkililerin hızlı hareket etmeleri, yaşanan olayların daha sağlıklı bir şekilde aydınlatılabilmesi, kişilerin hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümü verilmesinin engellenmesi açısından kritik bir öneme sahiptir (*Deniz Yazıcı*, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 96, benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Maiorano ve Diğerleri/İtalya*, 28634/06, 15/12/2009, § 124).

30. Kamu gücünün kullanımı sonucu gerçekleşen ölümlerde daha sıkı bir şekilde incelenmesi gerekmekle birlikte, başvuru konusu olaydaki gibi doğal olmayan her ölüm olayında olası cezai sorumluluğun tespiti adına, soruşturma sonrasında kovuşturma aşamasına geçildiği durumlarda, ilk derece mahkemesi önündeki yargılama aşaması dâhil bütün sürecin de 17. maddenin gereklerine cevap verebilecek nitelikte olması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B. No: 42942/02, 8/4/2008, § 61, *Öneryıldız/Türkiye [BD]*, B. No: 48939/99, 30/11/2004, §§ 95-96). Böylece, derece mahkemeleri hiçbir durumda mağdur olan kişilerin yaşam hakkına ve maddi ve manevi varlığına karşı yapılan saldırıların cezasız bırakılmamasını teminat altına alabilecektir (*Sadık Koçak ve Diğerleri*, § 77).

31. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarında sıklıkla belirtildiği üzere, 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 başvuruculara 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 (*Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri*, § 56).

32. Temel anlayış bu yönde olmakla birlikte, her somut olayın şartlarında ayrıca değerlendirilmesi yapılmak koşuluyla, derece mahkemelerinin, yaşamı tehlikeye soktuğu açık olan eylemlerin ve maddi ve manevi varlığa yönelik ağır saldırıların cezasız kalmalarına imkân vermemeleri de gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, § 61, *Öneryıldız/Türkiye [BD]*, § 96).

33. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınması gereken önemli bir diğer husus da, derece mahkemelerinin, bu tür olaylara ilişkin yürüttükleri yargılamalarda bir sonuca varırken, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özenle bir inceleme yapıp yapmadıklarını ya da ne ölçüde yaptıklarını değerlendirmektir. Zira derece mahkemeleri tarafından bu konuda gösterilecek hassasiyet, yürürlülükteki yargı sisteminin, daha sonra ortaya çıkabilecek benzer yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine engel olacaktır (*Cemil Danışman*, B. No: 2013/6319, 16/7/2014, § 110, Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, § 62, *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 66).

34. Başvurucu, eşi Çetin Aka'nın bindiği ticari taksiye; alkollü olan, sürücü belgesine daha önce alkollü araç kullandığı için el konulduğu anlaşılan, hız limitlerinin çok üzerinde bir hızla seyrederken kırmızı ışık ihlali yapan S.G.'nin kullandığı aracın çarpması sonucu yaşamını 12/2/2005 tarihinde yitirdiğini, davanın olgularında ve yasal konularda bir karmaşıklık olmadığını, İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca olayın sadece üç gün sonrasında iddianame düzenlenerek kovuşturmaya başlanılmasına rağmen yargılama organlarınca süratli bir yargılama yapılmaması sonucu 8 yıl 1 ay sonra kamu davasının düşmesine karar verildiğini, kanun değişikliklerinin ya da taraflara sağlanan temyiz hakkından kaynaklanan gecikmelerin makul olduğu şeklinde bir değerlendirilme yapılmasının mümkün olmadığını belirterek, makul sürede bir yargı kararı elde etme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

35. Bakanlığın konu hakkındaki görüşünde, Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatları uyarınca, bir ölüm meydana gelmişse, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında ölümün nedenlerini soruşturma ve sorumluları tespit ederek cezalandırma ödevinin de bulunduğu, bu usul yükümlülüğünün gerektiği şekilde yerine getirilmemesi halinde devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine gerçekten uyup uymadığının tespit edilemeyeceği, doğal olmayan ölüm olayı sonucunda 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 soruşturma sürecinin yeterli ölçüde kendilerine açık olması, makul bir hızlılık içinde yürütülmesi, sorumluların belirlenmelerine ve gerekirse cezalandırılmalarına imkân verecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir.

36. Bakanlık görüşünde mevcut başvuru ile ilgili olarak, soruşturma ve kovuşturma aşamasında yapılan işlemlere süreleri ile birlikte yer verildikten sonra, sonuç olarak; somut olayda hazırlık soruşturması hızlı ve etkili biçimde sonuçlandırılmışsa da, dava dosyasının toplamda Yargıtay aşamasında

yaklaşık dört yıl on ay süreyle bekletildiğinin görüldüğü, bu itibarla başvurucunun yaşam hakkının korunmasına ilişkin etkin soruşturma yapılmadığı şikâyetinin incelenmesi sırasında açıklanan hususların da Anayasa Mahkemesinin dikkatine sunulması gerektiği ifade edilmiştir.

37. Başvuru konusu olayda, İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucunun eşinin hayatını kaybettiği kazadan üç gün sonra kamu davasının açıldığı, soruşturma ve ilk derece yargılaması aşamasında, kaza tutanağı, müteveffaya ait ölü muayene ve otopsi tutanağı, katılan sanık (taksi sürücüsü) hakkında alınan doktor raporunun temin edildiği, Asliye Ceza Mahkemesince mahallinde yapılan keşif sonucu bilirkişi raporu alındığı, sanık hakkında ayrıca alkol raporu alındığı, tanıkların yeminli ifadelerine başvurulduğu ve Adli Tıp Kurumu Trafik İhtisas Dairesinden 22/3/2006 tarihli kusur raporu alındığı görülmektedir. İlk derece mahkemesinin 6/7/2006 tarihili kararı ile, kazadan yaklaşık bir yıl beş ay sonra, yukarıda yer verilen delillere istinaden, S. G.'nin taksirle adam öldürmeden 4 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına ve 5237 sayılı Kanun'un 53/1. maddesindeki haklardan 53/2. maddesinde belirtilen sürelerde yoksun kılınmasına karar verilmiştir. Tarafların temyiz talebi üzerine, Yargıtay'ın, iki yıl beş ay sonra 3/7/2008 tarihinde, İlk Derece Mahkemesi kararını, 5237 sayılı Kanun'un belli haklardan yoksun bırakmayı düzenleyen 53/1. maddesi hükmünün uygulanamayacağından bahisle bozduğu, bozma sonrası yeniden yapılan yargılama sonucunda İlk Derece Mahkemesinin dava kapsamında yapılan on duruşma sonrasında 22/11/2010 tarihinde tekrar mahkûmiyet kararı verdiği ve dosyanın, temyiz incelemesi için gönderildiği Yargıtay önünde derdest iken, zamanaşımına uğradığından bahisle 11/3/2013 tarihli düşme kararı ile sonuçlandığı görülmektedir (§§ 11-15).

38. Anayasa Mahkemesi, kural olarak, doğal olmayan bir ölüm olayı sonrasında, başvuruculaların yakınının öldüğü gün resen ceza soruşturmasının açıldığı, titiz ve hızlı bir çalışma sonucunda elde edilen deliller ışığında soruşturma ve ilk derece yargılama makamlarının olayların seyrini aydınlatmak istediğinden kuşku duyulmadığı, yürütülen soruşturmaların ölüm nedenlerini kesin olarak saptamaya ve sorumlu kişilerin cezalandırılmasına imkân verdiği kanısına varılan durumlarda, yürütülen soruşturmanın ve davaların derinliği ve ciddiyeti üzerinde etki gösterecek nitelikte bir eksikliğin bulunmaması koşuluyla, yürütülen soruşturmaların ve alınan kararların yetersiz veya çelişkili olduklarının ileri sürülemeyeceğini kabul etmektedir (*Sadık Koçak ve Diğerleri*, § 95).

39. Bununla birlikte, soruşturmayı sağlayacak bir başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp, bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulan makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetki-

sine sahip bulunması gereklidir. Başvuru yolunun, ancak bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam etmekteyse sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilme ve bunun için uygun bir tazminat sunabilmesi halinde etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 26)

40. Somut olayda, Başsavcılık soruşturması ve İlk Derece Mahkemesi yargılaması aşamasında, yeterli derinlik ve titizlikte bir çalışma yürütüldüğü görülebilmekle birlikte, İlk Derece Mahkemesince alınan karara ilişkin temyiz başvurusunun yaklaşık iki yıl beş ay sonra karara bağlandığı ve sadece 5237 sayılı Kanun'un 53. maddesinde düzenlenen "*belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma*" hükümlerinin hatalı bir şekilde olay hakkında uygulanması gerekçesiyle kararın bozulduğu görülmektedir. Bozma sonrası yapılan ikinci yargılamada da İlk Derece Mahkemesi aynı sonuca ulaşmış ve bu karar da yaklaşık iki yıl beş ay Yargıtay ilgili Dairesi önünde incelenmeyi bekledikten sonra 11/3/2013 tarihli kararla zamanaşımından düşme ile sonuçlandırılmıştır.

41. Başvuru konusu yargılamada iki defa yapılan temyiz incelemesinin toplamda beş yıla yakın sürmesinin Yargıtay ilgili dairesinin iş yükünden kaynaklanmış olabileceği anlaşılmakla birlikte, Anayasa'nın 36. maddesi, hukuk sisteminin, davaları makul bir süre içinde karara bağlama yükümlülüğü de dâhil olmak üzere adil yargılama koşullarını yerine getirebilecek biçimde düzenlenmesi sorumluluğunu devlete yüklemektedir (*Güher Ergun ve Diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 44). Bu kapsamda, bazı istisnai hususlar dışında, personel ve yargıç sayısındaki yetersizlik ve iş yükü ağırlığı nedeniyle yargılamada makul sürenin aşılması durumunda da yetkili makamların sorumluluğu gündeme gelmektedir (*Selahattin Akyıl*, B. No: 2012/1198, 7/11/2013, § 55).

42. Somut olayda, özellikle temyiz aşamasında yaşanan gecikmeler nedeniyle sekiz yıldan uzun süren yargılamanın, alınan kararın sonucunun ne olduğunun önemi olmaksızın, eşini kaybeden başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği dikkate alındığında, başlı başına, özelde başvurucunun ve genel olarak da toplumdaki diğer bireylerin hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümü verilmesinin engellenmesi açısından, yeterli hız ve özende yürütülmediği sonucuna ulaşılmıştır.

43. Başvuru konusu olayda, toplam yargılama süresinin çok uzun olmasının da ötesinde, yargılama sürecinin uzamasıyla doğrudan bağlantılı olmak üzere, herhangi kesin bir sonuca ulaşılmasını ortadan kaldıracak bir şekilde zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesi, yine özelde başvurucu ve genel olarak da toplumdaki diğer bireyler açısından, yaşamı tehlikeye soktuğunun açık olduğu iddia edilen (ve soruşturma makamlarınca resen harekete geçile-

rek tüm açıklığıyla ortaya konulması gereken) bir eylemin cezasız kalmasına yol açıldığı çıkarımı yapılmasına yol açılmıştır. Başvurucunun, başvuru formunda, bu konudaki hissiyatını "*eşinin ölümü sonucu ağır manevi elem duyduğunu ve yine buna bağlı olarak makul süre içerisinde bir yargı kararı elde edilmesi isteği duyduğunu*" ifadelerini kullanarak dile getirdiği görülmektedir.

44. Yapılan bu tespitler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, somut olayda, soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve gerekli tüm delilleri elde etmesi sonucu makul bir süre içerisinde kovuşturma aşamasına geçildiği ve savcılık soruşturması ve ilk derece yargılaması aşamasında ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına, sorumlu kişilerin belirlenmesine ve cezalandırılmasına imkân tanıyan bir sürecin işlediği görülmektedir. Fakat temyiz talebi sonrasında kayda değer hiçbir gerekçe bulunmaksızın, ilk temyiz incelemesinin ve bozma kararı sonrası alınan İlk Derece Mahkemesinin verdiği yeni karar için gerçekleşen ikinci temyiz incelemesinin makul özen ve hız içerisinde gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. İki dereceli yargılama sürecinde, başvurucunun davanın hızlı ve etkili bir şekilde sonuçlanmasındaki menfaati ve gecikmesinde hiçbir dahlinin olmaması, davanın az sanıklı olması ve çok karmaşık olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, sekiz yılı aşan soruşturma ve kovuşturma sürecinin uzun sürdüğü anlaşılmaktadır. Bunun da ötesinde, yargılama sonunda kesin bir sonuca ulaşılmasını ortadan kaldıracak şekilde zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmiştir. Dolayısıyla bir bütün olarak yargılama sürecinin, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği hız ve yeterlilikte olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

45. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının gerektirdiği etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

46. 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."

47. Başvurucu, yaşam hakkının ihlali nedeniyle 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

48. Başvuruda, Anayasa'nın 17. maddesinin usulî boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucunun eşinin ölümü hakkında etkili ve caydırıcı bir ceza soruşturması ve kovuşturması yürütülmemesi nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararları karşılığında, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, başvurucuya takdiren net 20.000,00 TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

49. 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 ve karar örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Başvuru konusu olayda, yaşam hakkı kapsamında, etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince, başvurucuya net 20.000 TL manevi **TAZMİNAT ÖDENMESİNE,**

D. Başvurucunun fazlaya ilişkin tazminat taleplerinin **REDDİNE,**

E. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.618,35 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,

G. Kararın bir örneğinin ilgili Mahkemeye gönderilmesine,

10/6/2015 tarihinde **OYBİRLİĞİYLE** kesin olarak karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

İLKER BAŞER VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/1943)

Karar Tarihi: 9/9/2015

R.G. Tarih - Sayı: 4/11/2015-29522

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Cüneyt DURMAZ
Başvurucular	:	İlker BAŞER
		Şenol BAŞER
		Meliha BAŞER
		Şehriye YILMAZ
Vekili	:	Av. Mihraç AKBAŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hamilelik döneminde çocuğun özürlü olarak doğacağı tespit edilebilecek olmasına rağmen hekim kusuru nedeniyle bu tespitin yapılamaması nedeniyle maddi ve manevi varlığını koruma ve yaşam hakkının; buna ilişkin tazminat davasında verilen kararın çelişkiler içermesi, Yargıtay kararlarının gerekçesiz olması, duruşma taleplerinin dikkate alınmaması, ayrıca davanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 14/3/2013 tarihinde yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvuruda, Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

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

4. Bölüm tarafından 6/2/2014 tarihinde yapılan toplantıda, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvuru belgelerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. 7/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulan Bakanlık görüşü, başvuruculara 8/4/2014 tarihinde bildirilmiş; başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 5/5/2014 tarihinde sunmuşlardır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

7. Başvuruculardan Meliha Başer, 4/3/2002 tarihinde Ankara Doğumevi ve Kadın Hastalıkları Eğitim Hastanesinde yapılan tetkikler sonucu, gebe olduğunu öğrenmiş ve gebelik sürecinde gerekli kontroller, Doktor H.İ.A. (doktor)tarafından yapılmıştır. Bahsedilen gebelik neticesinde 5/11/2002 tarihinde başvuruculardan İlker Başer dünyaya gelmiştir.

8. Doğum sonrasında İlker Başer'de dengesiz hareketler gözlemlenmesi üzerine, bu durumun nedeninin saptanması amacıyla çeşitli sağlık kuruluşlarına başvurulmuş ve çocuğun "*korpus kallosum agenezisi*" sebebiyle sağlıklı olarak dünyaya gelmediği anlaşılmıştır.

9. Bunun üzerine başvurucular, Sağlık Bakanlığı ve ilgili doktor aleyhine, 12/10/2005 tarihinde Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde maddi ve manevi tazminat davası açmışlardır.

10. Dava açıldıktan sonra, her iki davalı tarafından idari yargının görevli olduğu konusunda itirazlarda bulunulmuş fakat Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesince bu itirazlar reddedilmiştir.

11. Mahkeme, çocuğun dünyaya sağlıksız gelmesinde ilgili doktorun kusur ve ihmalinin bulunup bulunmadığının tespiti için Ankara Üniversitesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Ana Bilim Dalından rapor talep etmiştir. Hazırlanan 21/5/2007 tarihli raporda, doktorun yetersizliği ve ihmalinin söz konusu olmadığı ifade edilmiştir.

12. Söz konusu rapora itiraz edilmesi üzerine, dosya yeni bir bilirkişi raporu hazırlanması amacıyla İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderilmiştir. İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığınca hazırlanan 12/5/2008 tarihli ve 1503 sayılı rapora göre doktorun 4/8 ve Sağlık Bakanlığının 4/8 oranında kusurlu olduğu açıklanmıştır.

13. Başvurucular, 2/11/2007 tarihli ıslah dilekçeleriyle, dava dilekçesinde talep edilen 2.000,00 TL maddi tazminat miktarını, 29/6/2007 tarihli Aktüer Bilirkişi Raporu doğrultusunda 310.228,17 TL olarak ıslah etmişlerdir.

14. Mahkeme, 31/12/2008 tarihli ve E.2005/380, K.2008/463 sayılı kararıyla, Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davanın görev yönünden reddine, doktor aleyhine açılan davanın ise başvurucuların, doktora doğrudan dava açma hakları bulunmaması sebebiyle dava şartları oluşmadığından husumet yönünden reddine karar vermiştir.

15. Başvurucular tarafından söz konusu kararın temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 8/6/2009 tarihli ve E.2009/6105, K.2009/7682 sayılı kararıyla ilk derece mahkemesinin kararının, davalı doktor yönünden *".davacıların uğradığı zararın davalının kişisel kusuruna bağlı olarak gerçekleşip gerçekleşmediği araştırıldıktan sonra varılacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken davanın husumet yönünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediği* ." gerekçesiyle bozulmasına, Sağlık Bakanlığı yönünden ise başvurucuların temyiz taleplerinin reddedilmesine karar vermiştir.

16. Bozma üzerine Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, E.2009/482 sayılı dosyayla davaya bakmaya devam etmiştir.

17. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi İbni Sina ve Cebeci Hastanesinin,İlker Başer hakkında hazırladığı22/10/2009 tarihli ve 4401 sayılı Özürlüler İçin Sağlık Kurulu Raporu'nun sonuç kısmında*".ağır özürlü., sürekli., raporun geçerlilik süresi: süreklidir. Özür durumuna göre Tüm Vücut Fonksiyon Kaybı Oranı: %99*" tespitlerine yer verilmiştir.

18. Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, çocuğun dünyaya sağlıksız gelmesinde, ilgili doktorun kusur ve ihmalinin bulunup bulunmadığının tespiti için bu sefer Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı Nöroloji Ünitesinden rapor talep etmiştir. Hazırlanan 12/7/2011 tarihli raporda, hastanın gelişim kaybı bulgularının tek başına "*korpus kallosum agenezisi*" ile açıklanamayacağı ve bunun da tek başına tahliye endikasyonu için yeterli olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

19. Anılan Mahkeme, 21/12/2011 tarihli ve E.2009/482, K.2011/615 sayılı kararıyla, Hacettepe Üniversitesinden alınan bilirkişi raporu doğrultusunda "*H.İ.A.'nın 24/08/2002 tarihli muayenesinde 31 haftalık gebelikte yan vertikül genişlemesi saptadığı, ileri tetkik istediği, SSK Ankara Doğumevinde yapılan 12/09/2002 tarihli ölçümde 18 mm lik ventrikül genişliğinin kendiliğinden geçemeyecek bir patoloji olarak tespit edildiği, sonraki muayenelerde de bu arazın devam ettiğinin tespit edildiği, ancak hastanın gelişim kaybı bulgularının tek başına (korpus kallosum*

agenezisi) olarak değerlendirilemeyeceği ve bunun da tek başına tahliye endikasyonu için yeterli olmadığı, hamileliği sonlandırmayan davalı hekimin kusurunun bulunmadığı" kanaatiyle davanın reddine karar vermiştir.

20. Başvuruculaların temyiz talebi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 3/7/2012 tarihli ve E.2012/8346, K.2012/11540 sayılı kararıyla ". *Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına.*"karar vermiştir.

21. Başvuruculaların karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 19/12/2012 tarihli ve E.2012/15982, K.2012/19604 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

22. Söz konusu karar, 13/2/2013 tarihinde başvurucular vekiline tebliğ edilmiş ve 14/3/2013 tarihinde süresi içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmıştır.

23. Başvurucular ayrıca, Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davanın görev yönünden reddine ilişkin verdiği kararın, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8/6/2009 tarihli kararıyla onanması üzerine, 2/9/2009 tarihinde Ankara 3. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmışlardır.

24. Ankara 3. İdare Mahkemesinin 4/2/2013 tarihli ve E.2009/1139, K.2013/164 sayılı kararıyla Hastanede yürütülen tetkik ve tedavilerde gerekli dikkat ve özenin gösterilmediği, sağlık hizmetinin sunumunda kusurlu davranıldığı kabul edilmiş ve Mahkemece alınan 9/11/2012 tarihli bilirkişi raporunda 893.199 TL zarar tespiti yapılmış olmasına rağmen taleple bağlı kalınarak başvurucular lehine 360.000 TL maddi ve 25.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Başvurucular, başvuru tarihi itibarıyla gerekçeli kararın kendilerine bildirilmediğini ifade etmişlerdir.

25. Asliye Hukuk Mahkemesinin yargılaması sırasında talep edilen ve İdare Mahkemesince hükme esas alınan Adli Tıp Kurumunun 12/5/2008 tarihli raporu kararda şu şekilde özetlenmiştir:

"... İlker Başer'in bünyesinde meydana gelmiş olan rahatsızlığın esasen gebelik sürecinde, anne karnında iken tespitinin kolay olmadığı, ultrasonograf ilk incelemede fetusun beynindeki yan vertikül genişlemesinin 10 mm'nin üstünde olduğunun belirlenmesi halinde kuşku duyulmasının gerektiği ve daha ileri basamak obstetrik muayene ile fetal beyin MRI incelemesinin yapılmasının lüzumlu olduğu, H.İ.A.'nın 24.08.2002 tarihli muayene neticesinde gebeliğin 31.haftasında yan vertikal genişlemesini saptadığı, üst düzey tetkik talep ettiği, bunun üzerine anneadayı Meliha Başer'in aynı hastanenin Perinatoloji bölümüne yönlendirildiği, burası

tarafından yapılan USG incelemeleri sonucunda, yan vertikal genişlemesinin 18 mm olarak ölçüldüğü, bu büyük1ükteki bir yan vertikü1 genişlemesinin ise kendiliğinden ortadan kalkmayacak düzeyde bir patoloji olduğunun belirtildiği, sonraki muayenelerde de ventrikü1omegalinin devam ettiğinin saptandığı yolunda ifadelere yer verildikten sonra,tüm bu tespitler ve ortaya konulan tetkik, tedavi yöntemleri birlikte değerlendirilerek, anne adayı Meliha Başer'in gebelik kontrollerinin eksik işlediği, yürütülen tıp hizmetinde hizmet kusuru bulunduğunun ortaya konulduğu, kusur oranının dağıtımı yapılarak4/8 oranında H.İ.A.'nın, 4/8 oranında da davalı idarenin kusurlu olduğunun belirtildiği görülmektedir."

26. Anılan karar, Danıştay Onbeşinci Dairesinin 1/10/2013 tarihli ve E.2013/9520, K.2013/6570 sayılı kararıyla kısmen onanmıştır. Kararın ilgili kısımları şöyledir.

"Temyize konu mahkeme kararında davanın kabulüne hükmedilmesine karşın maddi ve manevi tazminat tutarlarının sehven "360.000,00-TL maddi ve 25.000,00-TL manevi tazminat isteminin kabulüne" şeklinde yazıldığı, davacıların talebinin "340.000,00-TL maddi ve 45.000,00-TL manevi tazminat" olduğu anlaşıldığından, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49/2. maddesi uyarınca kararın sonuç kısmında yapılan maddi hatanın "340.000,00-TL maddi ve 45.000,00-TL manevi tazminat" şeklinde düzeltilmesi gerekmektedir.

Bu durumda Mahkeme kararının kabule yönelik kısmında 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde sayılan bozma nedenleri bulunmamaktadır.

Davacıların maddi tazminata yönelik ıslah istemlerine gelince;

...

..., Mahkeme aşamasında istemlerinin tamamı kabul edilen davacılar yönünden,-yasal değişiklikten yararlanmak istemiyle yapılan başvuru dilekçesinin,6459 sayılı Yasa değişikliği kapsamında değerlendirilerek,eksik harç davacılara tamamlatıldıktan sonra davalı idareye gönderilerek verilecek cevabın alınmasından sonra, artırılan tazminat miktarına göre (tazminat verilmesini gerektiren koşulların bulunup bulunmadığı yönünden inceleme de yapılarak) yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca davalı idare ile müdahilin temyiz istemlerinin reddine, Ankara 3. İdare Mahkemesi'nin davanın kabulü yönünde verilen 07/02/2013 günlü, E:2009/1139; K:2013/164 sayılı kararının, hüküm fıkrasında yer alan "360.000,00-TL maddi ve 25.000,00-TL manevi tazminat isteminin kabulüne" ibaresinin "340.000,00-TL maddi ve 45.000,00-TL manevi tazminat tazminat isteminin kabulü" şeklinde düzeltilmesi suretiyle

ONANMASINA,6459 sayılı Yasa ile değişik 16. maddesine göre artırılan maddi tazminat miktarı ile ilgili olarak YENİDEN BİR KARAR VERİLMEK ÜZERE dosyanın, adı geçen İdare Mahkemesine gönderilmesine, 01/10/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

27. Anılan karara karşı yapılan karar düzeltme talebi, Danıştay Onbeşinci Dairesinin 21/4/2015 tarihli ve E.2014/7330, K.2015/2321 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

B. İlgili Hukuk

28. 6/1/1982 tarihli 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."

29. 2577 sayılı Kanun'un *"Tebligat ve cevap verme"* başlıklı 16. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir.

Taraflar, sürenin geçmesinden sonra verecekleri savunmalara veya ikinci dilekçelere dayanarak hak iddia edemezler. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/4 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.

30. Haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini düzenleyen 11/1/2011 tarihli 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."

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

"...

Bir davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK.76.maddesi gereği doğrudan hakimin 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 temeli 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.

..."

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

"Dava, desteğin yanlış tedavi sonucu öldüğü iddiasına dayalı tazminat istemine 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.

..."

33. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 16/2/2012 tarihli 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 kaçınmalı, 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.'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..."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

34. Mahkemenin 9/9/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 14/3/2013 tarihli ve 2013/1943 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculaların İddiaları

35. Başvurucular, gebelik döneminde "*korpus kallosum agenezisi*" rahatsızlığının ancak 20. haftaya kadar gelişebileceği gerçeği ve söz konusu rahatsızlığın ulaştığı boyut dikkate alındığında gerekli teşhisin yapılması hâlinde gebeliğin sonlandırılabilecek olmasına rağmen doktorun kusuru nedeniyle bu tespitin yapılamadığını, bu nedenle İlker Başer'in özürlü olarak dünyaya geldiğini, bunun üzerine açtıkları maddi ve manevi tazminat davasında verilen kararın çelişkili olduğunu, Yargıtay kararlarının gerekçesiz olduğunu, duruşma taleplerinin dikkate alınmadığını ve davanın makul süre sınırını aşarak 7 yılı aşkın bir sürede kesinleştiğini belirterek Anayasa'nın 5., 17., 36., 56. ve 141. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

36. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder.

37. Devletin, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında, 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, §§ 50 ve 51). Anılan yükümlülükler, her bir somut olay için ayrıca değerlendirilmesi gereken belli bazı koşullar altında, bir olayda ölüm meydana gelmemiş olsa dahi devlet açısından geçerli olabilecektir. Bu minvalde devletin; bir kişinin, yaşamının doğrudan risk altına girmesine ve potansiyel olarak ölmesine yol açabilecek nitelikteki üçüncü kişilerin eylemlerine ya da öldürücü bir hastalığa maruz kalmasına engel olabilecek tedbirleri almadığı durumlarda, o kişi ölmemiş olsa dahi yaşamı koruma yükümlülüğü ve bununla bağlantılı olarak bu duruma yol açtığı ileri sürülen eylem ve ihmallerin etkili bir şekilde soruşturulması yükümlülüğü doğabilecektir (Benzer yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları için bkz.*L.C.B./Birleşik Krallık*, B. No: 23452/94, 9/6/1998, §§ 36-41; *Makaratzis/Yunanistan*, B. No: 50385/99, 20/12/2004, §51;*Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye*, B. No: 24014/05, 14/4/2015, §171).

38. Başvuru konusu olayda başvuruculardan anne Meliha Başer'in gebelik sırasında gebeliğin sonlandırılmasının gündeme gelebilecek olması nedeniyle

maddi ve manevi varlığının zarar görmesinin söz konusu olduğu, diğer başvurucu İlker Başer açısından ise doğum sırasında ve sonrasında ölüm riskinin bulunması ve hâlihazırda doktor raporlarıyla ortaya konulduğu üzere % 99 oranında özürlü olması nedeniyle yaşamının risk altında olduğu ve maddi ve manevi varlığının zarar görmüş olduğu anlaşılmaktadır.

39. Yukarıda yapılan tespitler karşısında, başvurucular tarafından,Anayasa'nın 5., 36. ve 56. maddelerinde güvence altına alınan haklarla da bağlantı kurularak ileri sürülen iddiaların, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında olduğu değerlendirilmiş ve inceleme bu kapsamda yapılmıştır. Yargıtay kararlarının gerekçesiz olduğu ve duruşma taleplerinin dikkate alınmadığı iddiaları ise adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Anayasa'nın 17. Maddesi Kapsamında İleri Sürülen İddialar

i. Yaşam ile Maddi ve Manevi Varlığın Koruması İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmadığı İddiası

40. Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"* başlıklı 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."

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

42. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı esas olarak, bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfî müdahalelerin önlenmesidir. Devletin ayrıca, vücut ve ruhsal bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler, şeref ve itibarı etkileyen saldırılar karşısında kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır (*Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32).

43. Anayasa Mahkemesinin, yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre dev-

letin 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. 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, §§ 52 ve 53).

44. 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.

45. Devlet, bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkı kapsamında, ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (*Nail Artuç*, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, § 35).

46. Bununla birlikte, idari makamlar ve derece mahkemeleri tarafından, başvurucular lehine bir tedbir ya da kararın alınması suretiyle ihlalin tespit edilmesi ve verilen karar ile bu ihlalin uygun ve yeterli biçimde giderilmesi hâlinde ilgili tarafın artık anayasal açıdan 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, gerektiğinde yürütülecek kapsamlı bir ceza soruşturmasını müteakip yapılan ve makul bir tazminata hükmedilmesi ile sonuçlanan idari dava yolu, mağdur sıfatını ortadan kaldırabilecek etkili bir başvuru yoludur (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 61 ve 74;*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 83).

47. 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. Başvuruculara sunulan telafi imkânının uygun ve yeterli

olup olmadığı kararı, söz konusu temel hak ve özgürlüğün ihlalinin niteliği göz önünde bulundurularak dava koşullarının tamamının değerlendirilmesi sonucunda verilebilecektir. Bu çerçevede bir başvurucunun mağdur sıfatı, Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet ettiği durum için aynı zamanda, idari veya yargısal bir kararla kendisine ödenmesine karar verilen tazminata da bağlı olabilecektir (*Sadık Koçak ve diğerleri*, § 84).

48. Başvuru konusu olayda başvurucular, Meliha Başer'in gebelik takibini yapan doktorun, anne karnındaki bebekte herhangi bir sağlık sorunu tespiti yapmadığını,"*korpus kallosum agenezisi*" rahatsızlığının tıbben ancak 20. haftaya kadar gelişebileceğinin kabul edildiğini, tespit edilen 18 mm boyutundaki fetüsün beynindeki yan ventrikül genişlemesi de dikkate alındığında bu sorunun zamanında tespit edilememesinin ağır kusurdan kaynaklandığını, zamanında bu tespitin yapılması durumunda gebeliğin sakıncasız bir şekilde sonlandırılabileceğini, bu ihmal nedeniyle İlker Başer'in ağır maluliyet ile dünyaya geldiğini, bu suretle hem kendisinin hem de başta annesi olmak üzere yakınlarının maddi ve manevi varlıklarının ciddi zarar gördüğünü ileri sürmüşlerdir.

49. Bakanlık görüşünde, başvuruculaların ilgili idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açtıkları ve sürecin hâlen devam ettiğinin anlaşıldığı, bu yöndeki AİHM içtihatlarına gönderme yapılarak yaşam ve maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme haklarının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerin kabul edilebilirliğinin incelenmesinde, kanun yollarının tüketilmediğine ilişkin hususun da dikkate alınması gerektiğinin değerlendirildiği ifade edilmiştir.

50. Başvuru konusu olay açısından öncelikli olarak Ankara 3. İdare Mahkemesinin, Danıştay Onbeşinci Dairesi tarafından düzeltilerek onanan kararında, başvurucuya uygulanan teşhis ve tedavi işlemlerinin tıp kurallarına uygun olmadığı ve olayda ağır hizmet kusuru bulunduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davacıların maddi ve manevi tazminat istemlerinin kabulüne, 340.000,00TL maddi, 45.000,00-TL manevi tazminatın adli yargı yerinde dava açma tarihi olan 12/10/2005 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesine karar verildiği görülmektedir.

51. Hükme esas alınan Adli Tıp Kurumunun 12/5/2008 tarihli raporunda, anne adayı Meliha Başer'in gebelik kontrollerinin eksik işlediği, yürütülen tıp hizmetinde hizmet kusuru bulunduğu ortaya konulmuştur.

52. Belirlenen tazminat miktarları ile davanın koşulları ve başvuruculaların uğradığı zararlar arasında açık bir orantısızlık bulunmadığı görülmektedir. Sonuç olarak Ankara 3. İdare Mahkemesinin kararında bariz bir takdir ha-

tası veya keyfîlik tespit edilmediğinden Anayasa Mahkemesinin tazminat miktarlarının belirlenmesi ve kusur oranının dağıtımı konusunda anılan Mahkemenin takdir yetkisine müdahalesi söz konusu olamaz (*Özkan Şen*, B. No:2012/791, 7/11/2013, § 45;*Sadık Koçak ve diğerleri*, § 87). Başvuru konusu olayda ıslah talebi üzerine artırılan maddi tazminat miktarı ile ilgili olarak yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın İdare Mahkemesine gönderilmesinin başvurucuların mağdur sıfatlarının kalkmasında bir etkisi bulunmayacak olup yine toplam tazminat miktarı, yerel mahkemenin sahip olduğu takdir yetkisi kapsamındadır.

53. Bu durumda başvuru konusu olayda, yaşamı koruma yükümlülüğüne ilişkin şikâyetler açısından, ihlali tespit eden ve kendi takdir ettiği ölçüler çerçevesinde makul bir tazminata hükmeden bir idari dava yolu bulunmakta olup başvurucuların mağdur sıfatı ortadan kalkmıştır.

54. Açıklanan nedenlerle, yaşam ve maddi ve manevi varlığı koruma yükümlülüğü yönünden başvurucuların mağdur sıfatının kalktığı anlaşıldığından başvurunun bu bölümünün kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Etkili Soruşturma Yükümlülüğünün İhlal Edildiği İddiası

55. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülen ve etkili bir kovuşturma yürütülmemesi suretiyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine dair iddialar içeren başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Anayasa'nın 36. Maddesi Kapsamında İleri Sürülen İddialar

i. Yargıtay Kararlarının Gerekçesiz Olduğu İddiası

56. Başvuru konusu olayda başvurucular, Yargıtay kararlarında yeterli bir açıklama bulunmadığını, bu sebeple gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

57. Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır."

58. Anayasa'nın 36. maddesinde 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 birisidir. Bu bağlamda Anayasa'nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden

141. maddesinin de hak arama özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır (*Vedat Benli*, B. No: 2013/307, 16/5/2013, § 30).

59. Temyiz mercisinin, 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 mercisinin bir şekilde temyizde dile getirilmiş ana unsurları incelediğini, derece mahkemesinin kararını inceleyerek onadığını ya da bozduğunu göstermesidir (*Yasemin Ekşi*,B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 57).

60. Somut olayda ilk derece mahkemesince, başvuruculaların talepleri hakkında değerlendirme yapılmış ve başvurucunun davasının reddedilmesinin maddi ve hukuki nedenleri değerlendirilmiştir. Öte yandan Yargıtay, başvuruculara ilişkin onama kararında, ilk derece mahkemesinin kararı hakkında "*Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan hükmün onanmasına.*" gerekçesine yer vermiştir. Dolayısıyla Yargıtay, ayrı bir gerekçe yazmak yerine ilk derece mahkemesi kararına ve önceki bozma kararına atıf yapmakla yetinmiştir. Başvuruculaların karar düzeltme talepleri de Yargıtay tarafından aynı yöntemle reddedilmiştir.

61. Açıklanan nedenlerle, başvuruculaların gerekçeli karar hakkına yönelik açık ve görünür bir ihlal saptanmadığından, başvurunun, bu yönü itibarıyla diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Duruşmalı Yargılama Hakkının İhlal Edildiği İddiası

62. Başvurucular ayrıca, Mahkemece davanın reddine yönelik olarak verilen kararın, duruşma talepli olarak taraflarınca temyiz edilmesine rağmen duruşma yapılmaksızın temyiz incelemesinin sonuçlandırılması nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

63. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri 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 keyfîliği önlemektir. Bu yönüyle, hukuk devletini gerçekleştirmenin en önemli araçlarından biridir. Özellikle ceza davalarında yargılamanın duruşmalı ve aleni yapılması silahların eşitliği ilkesinin ve savunma haklarının güvencesini oluşturur. Ancak bu, her türlü yargılamanın mutlaka duruşmalı yapılması zo-

runluluğu bulunduğu 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. Özellikle ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama yapılıp karar verildikten sonra kanun yolu incelemesinin dosya üzerinden yapılması hâlinde adil yargılanma hakkının ihlalinden söz edilemez(*Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, 17/9/2013, § 32).

64. Somut olayda başvurucuların açtığı tazminat davasında, kendilerine delillerini sunma imkânı sağlanmış, duruşma açılmış, bilirkişi raporları alınmış ve bu raporlara itiraz imkânı tanınmış; başvurucular da bu çerçevede tüm delillerini ibraz etmişler, yapılan yargılama neticesinde ise ilk temyiz incelemesinden sonra uyulan bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesince murafaa istemi hakkında bir karar verilmeden temyiz incelemesi sonuçlandırılmışsa da başvurucu, iddia ve delillerini ilk derece mahkemesi ve temyiz mercisi olmak üzere iki dereceli bir yargılama usulünde ileri sürme imkânı bulmuş, bu iddia ve delilleri, anılan mercilerce ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir.

65. Diğer taraftan başvurucular, tazminat davasının reddine karar verilmesi üzerine yapmış oldukları duruşmalı temyiz isteminin Yargıtayca kabul edilmiş olması durumunda mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezleri ileri süreceklerine veya iddialarını ispata yarar hangi delilleri ibraz edeceğine ilişkin olarak da herhangi bir açıklamada bulunmamışlardır. Dolayısıyla başvurucuların yargılamanın sonucunu etkileyecek usule ilişkin bir imkândan mahrum bırakıldığı söylenemeyeceğinden salt duruşmalı temyiz isteminin kabul edilmemiş olması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlaline yol açıldığı söylenemez.

66. Açıklanan nedenlerle, başvurunun bu kısmının, bir ihlalin olmadığı açık olduğundan "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

67. Başvurucular, Sağlık Bakanlığı ve doktor aleyhine açtıkları tazminat davasının makul süre sınırını aşarak 7 yılı aşkın bir sürede kesinleştiğinden şikâyet etmektedirler.

68. Bakanlık görüşünde, başvurucuların bu bölümde yer verilen şikâyetlerine benzer içerikteki başka başvuruların daha önce de Bakanlığa bildirilmiş olduğu, bunlara ilişkin görüşlerin Anayasa Mahkemesine sunulduğu, Anayasa Mahkemesi tarafından bu başvuruların karara bağlandığı ve somut başvuru

açısından da bu kriterlerden ayrılarak farklı bir neticeye ulaşmayı gerektirecek herhangi bir neden bulunmadığının değerlendirildiği ifade edilmiştir.

69. Devletin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin bir de usule ilişkin yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, bir kişinin maddi ve manevi varlığının zarar görmesine sebep olan olaylar ile doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, kişilerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruyan hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler ile bireylerin maddi ve manevi varlığına verilen zararlar için hesap vermelerini sağlamaktır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54).

70. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutu, yaşanan ölüm olayının veya bireylerin maddi ve manevi varlığının zarar görmesine sebep olan vakaların tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan bağımsız bir soruşturma yürütülmesini gerektirmektedir (*Sadık Koçak ve diğerleri*, § 94).

71. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün, yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir(*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 55).

72. Buna göre, yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise "*etkili bir yargısal sistem kurma*" yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59). Bu ilke, kural olarak tıbbi ihmal sonucu meydana geldiği ileri sürülen ölüm olayları ile maddi ve manevi varlığa verilen zarar hâlleri için de geçerlidir (*Nail Artuç*, § 37).

73. Bununla birlikte, ölüm olayını aydınlatmak üzerine yürütülen ceza soruşturmaları ile mağdurların kendi inisiyatifleri ile hukuk veya idare mahkemesinde açtıkları dava yollarının sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulan makamın, ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gereklidir. Ancak bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam etmekteyse sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilme ve bunun için uygun bir gi-

derim sunabilmesi hâlinde başvuru yolunun etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 26;*Filiz Aka*, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, § 39).

74. Yürütülecek soruşturmalarda makul bir hızda gerçekleştirilme ve özen gösterilme zorunluluğu da zımnen mevcuttur. Elbette ki bazı özel durumlarda, soruşturmanın veya kovuşturmanın ilerlemesine engel olan unsurlar ya da güçlükler bulunabilir. Ancak bir soruşturmada ve devamında yapılan kovuşturmada yetkililerin hızlı hareket etmeleri, yaşanan olayların daha sağlıklı bir şekilde aydınlatılabilmesi, kişilerin hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümü verilmesinin engellenmesi açısından kritik bir öneme sahiptir (*Deniz Yazıcı*, B. No: 2013/6359, 10/12/2014,§ 96; *Filiz Aka*, § 29).

75. Yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında yürütülecek olan ceza soruşturmalarının yanı sıra hukuki sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarının da makul derecede ivedilik ve özen şartını yerine getirmesi gerekmektedir. Derece mahkemelerinin, bu tür olaylara ilişkin yürüttükleri yargılamalarda, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede derinlik ve özenle bir inceleme yapıp yapmadıklarının ya da ne ölçüde yaptıklarının da Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.Zira derece mahkemeleri tarafından bu konuda gösterilecek hassasiyet; yürürlükteki yargı sisteminin, daha sonra ortaya çıkabilecek benzer yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine engel olacaktır (*Cemil Danışman*, B. No: 2013/6319, 16/7/2014, § 110;*Filiz Aka*, § 33).

76. Tıbbi ihmallerden kaynaklandığı ileri sürülen ihlal iddiaları açısından ayrıca belirtmek gerekir ki sağlık kurumlarında işlenen kusurlu eylemlerin bilinmesi, ilgili kurumlara ve sağlık personeline, potansiyel kusurlarını giderme ve benzer hataların meydana gelmesini önleme imkânı vermesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu tür olaylara ilişkin soruşturma veya davaların hızlı bir şekilde incelenmesi, sağlık hizmetlerinden faydalanan tüm bireylerin güvenliği için son derece önemlidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Süleyman Ege/Türkiye*, B. No: 45721/09, 25/6/2013, § 53).

77. Somut olayda başvuruculaın, Sağlık Bakanlığı ve doktor aleyhine,12/10/2005 tarihinde Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde maddi ve manevi tazminat davası açtıkları, davalılar tarafından idari yargının görevli olduğu konusunda yapılan itirazların Mahkeme tarafından reddedildiği ve çocuğun dünyaya sağlıksız gelmesinde doktorun kusur ve ihmalinin bulunup bulunmadığının tespiti için Ankara Üniversitesinin ilgili bölümünden bilirkişi raporu talep edildiği ve raporun 21/5/2007 tarihinde sunulduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§8-11).Söz konusu ra-

pora itiraz edilmesi üzerine, İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığından 12/5/2008 tarihli ikinci bir bilirkişi raporu alınmış ve anılan raporda, doktorun 4/8 ve Sağlık Bakanlığının 4/8 oranında kusurlu olduğu açıklanmıştır. Mahkeme, davanın açılmasından yaklaşık 3 yıl sonra 31/12/2008 tarihli ve E.2005/380, K.2008/463 sayılı kararıyla, Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davanın görev yönünden reddine, doktor aleyhine açılan davanın ise başvurucuların doktora doğrudan dava açma hakları bulunmaması gerekçesiyle dava şartları oluşmadığından husumet yönünden reddine karar vermiştir. Başvurucular tarafından söz konusu kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 8/6/2009 tarihli kararıyla ilk derece mahkemesinin kararının davalı doktor yönünden bozulmasına, Sağlık Bakanlığı yönünden ise başvurucuların temyiz itirazlarının reddedilmesine karar vermiştir.Bozma üzerine Ankara 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, bu defa Hacettepe Üniversitesinin ilgili bölümünden rapor talep etmiş;Mahkeme, 21/12/2011 tarihli kararıyla Hacettepe Üniversitesinden alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davanın reddine karar vermiştir.Başvurucular tarafından yapılan temyiz ve karar düzeltme talepleri, Yargıtayın 3/7/2012 ve 19/12/2012 tarihli kararlarıyla reddedilmiştir (bkz. § 12-21).

78. Yukarıda ortaya konulan ilkeler kapsamında başvuru konusu olayın koşullarına bakıldığında, ihlal tespitine ve makul bir tazminat verilmesine imkân sağlayan idari dava yolunun açılmasının ve karara bağlanmasının gecikmesinde başvurucuların yanlış yargı yolunda dava açmaları sonucu kendi hatalı tutumlarının rol oynadığı söylenebilecek olmakla birlikte, 12/1/2011 tarihli ve6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115. maddesinde de belirtildiği üzere görevli yargı yolu gibi dava şartlarının mevcut olup olmadığının, davanın her aşamasında kendiliğinden mahkemelerce araştırılması gerekmekte olup taraflar da dava şartı noksanlığını her zaman ileri sürebilmektedirler. Başvuru konusu olayda davalıların itiraz yoluyla da ileri sürdükleri bu hususun,ilk incelemede Mahkeme tarafından dikkate alınmaması neticesinde idare aleyhine açılan tazminat davası yaklaşık 3 yıl sonra görev yönünden reddedilmiş ve verilen bu kararın kesinleşmesi ve sonrasında başvurucular tarafından idari davanın açılması yaklaşık 4 yıl sonra 2/9/2009 tarihinde gerçekleşmiştir. Diğer yandan hukuk mahkemesinin davalı doktor hakkında verdiği husumet yönünden ret kararının Yargıtay tarafından"*davacıların uğradığı zararın davalının kişisel kusuruna bağlı olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmaması"* nedeniyle bozulduğu ve bozma kararına uyan Mahkemenin yeni bir bilirkişi raporuna dayanarak verdiği tazminat talebine ilişkin ret kararının temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçerek toplamda 7 yıl 2 ayda kesinleştiği görülmektedir.

79. Başvuruculların idari yargıda idare aleyhine açtıkları tam yargı davasında,taleple bağlı kalınarak tazminat talebinin kabulüne ilişkin karar 4/2/2013 tarihinde verilmiş ve kararın bu kısmı Danıştay ilgili Dairesinin yaptığı tem-

yiz ve karar düzeltme incelemesi sonucu ancak 21/4/2015 tarihinde kesinleşmiş olup ıslah talebine ilişkin bölümün derdest olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda başvurucuların, yapılan tıbbi müdahale sonucu uğradıkları zararlara ilişkin adli ve idari yargıda açtıkları davaların Anayasa Mahkemesinin başvuruyu inceleme tarihi itibarıyla toplamda 10 yıla yakın bir süredir devam etmekte olduğu anlaşılmaktadır.

80. Yapılan bu tespitler bir bütün olarak değerlendirildiğinde somut olayda, başvurucuların (haksız fiilden kaynaklanan) tazminat talebinin reddine ilişkin Asliye Hukuk Mahkemesinin kararının kesinleşmesinin 7 yıl 2 ayda gerçekleştiği, bu gecikmede başvurucuların herhangi bir dahlinin bulunmadığı, dosyanın çözümünün tıbbi işlemdeki sorumluluğun tespitine yönelik olması nedeniyle kısmen karmaşık bir nitelik arz etmesine rağmen bu konuyu aydınlatmak adına talep edilen iki bilirkişi raporunun toplamda ancak 2 yıl 8 ayda elde edilebildiği, bütün bu belirlemelere rağmen ilk derece mahkemesinde görülen davanın 3 yılın sonunda esasa girilmeksizin davalılar açısından yargı yolu yanlışlığı ve husumet yokluğu nedeniyle usulden reddedildiği, idare aleyhine açılan davada görevli yargı yolunun tespiti konusunda kısmen başvuruculardan kaynaklanmakla birlikte kısa sürede derece mahkemelerince giderilebilecek (davalıların itiraz yoluyla dile getirdikleri ve mahkemece dava şartının yokluğu nedeniyle resen incelemesi gereken bir konudan kaynaklanan) bir gecikmenin yaşandığı, bu nedenle idare mahkemesinde görülmesi gereken davanın ilk dava tarihinden itibaren ancak 4 yıl sonra başladığı, idare mahkemesinde görülen davada yeni teknik bilirkişi raporu alınmaksızın hukuk mahkemesindeki yargılamada temin edilen teknik bilirkişi raporundan yararlanılmış ve sadece maddi tazminatın hesabına ilişkin bir bilirkişi raporu alınmış olmasına rağmen ilk derece yargılamasının karara bağlanmasının 3 yıl 5 ay ve bu kararın ıslah talebi dışında kalan kısmının kesinleşmesinin 5 yıl 7 ay sürmesinde yine başvurucuların hiçbir rolünün olmadığı, davanın ıslah talebine bağlı kısmının karar tarihi itibarıyla hâlen devam ettiği görülmektedir.

81. Yapılan bu tespitler ışığında, hem adli yargıda hem de idari yargıda gerçekleşen dava sürecinin makul özen ve hız içerisinde gerçekleştiğini söylemek mümkün değildir. İki dereceli yargılama sürecinde, başvurucuların hukuk ve idare mahkemesi önünde görülen davaların hızlı ve etkili bir şekilde sonuçlanmasındaki menfaati ve gecikmesinde esaslı bir etkilerinin olmaması, davanın taraflarının çok fazla kişiden oluşmaması ve davanın çok karmaşık olmaması gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, bir bütün olarak adli ve idari yargıda on yıla yakın süren yargılama sürecinin çok uzun olduğu, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği hız ve yeterlilikte bir inceleme içermediği sonucuna ulaşılmıştır.

82. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının gerektirdiği etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

83. 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."

84. Başvuruda, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlali nedeniyle İlker Başer'in tedavi ve bakım giderleri için 310.228 TL maddi ve başvurucuların tamamı için toplam 45.000 TL manevi tazminat talebinde bulunulmuştur.

85. Başvuruda, Anayasa'nın 17. maddesinin yaşamı koruma yükümlülüğü açısından, ihlali tespit eden ve makul bir tazminata hükmeden bir idari dava yolu bulunması nedeniyle başvurucuların mağdur statüsünün ortadan kalktığı ancak anılan maddenin usule ilişkin boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle başvurucuların maddi tazminata ilişkin taleplerinin reddi gerekir. Bununla birlikte, başvurucuların yaşanan olay sonrasında açtıkları adli ve idari davaların çok uzun sürmesi nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararları karşılığında, somut olayın özellikleri dikkate alınarak başvuruculara müşterek olarak net 25.000,00 TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

86. 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 ve karar örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun;

1. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkin kısmının KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşamı ve maddi ve manevi varlığı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkin kısmının,mağdur sıfatının ortadan kalkması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Davanın etkili yürütülmemesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin kısmının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Yaşam ve maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince başvuruculara müşterek olarak net 25.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE,

D. Başvuruculaların fazlaya ilişkin tazminat taleplerinin REDDİNE,

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

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

G. Kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine,

9/9/2015 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET DEMİR VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/1579)

Karar Tarihi: 15/10/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2015-29566

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin Yıldırım
		Celal Mümtaz AKINCI
Raportör Yrd.	:	Halil İbrahim DURSUN
Başvurucular	:	1- Mehmet DEMİR
		2- Hebun DEMİR
		3- Barış DEMİR
Vekilleri	:	Av. Rehşan BATARAY SAMAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, 12/9/2006 tarihinde Diyarbakır Koşuyolu Parkı duvarının yakınına terör amaçlı yerleştirilen bir bombanın patlatılması sonucu yaşamlarını kaybeden Evin Demir ile Şilan Demir'in yakınlarının açtıkları davalarda hükmedilen tazminat miktarlarının yetersiz ve yargılamaların süresinin uzun olması, söz konusu olayda idarenin gerekli güvenliği sağlayamaması nedenleriyle Anayasa'nın 10., 17. ve 40. maddelerinde güvence altına alınan hakların ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 18/2/2013 tarihinde yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış, başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 26/12/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 6/2/2014 tarihinde kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına, başvuru belgelerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Bakanlık tarafından 7/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulan görüş yazısı 16/4/2014 tarihinde başvurucuların vekiline tebliğ edilmiş, başvurucular Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını yasal süresi içinde sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvuruculardan Mehmet Demir'in kızları ve diğer başvuruculaların kardeşleri olan 1/6/1996 doğumlu Evin Demir ile 6/3/2006 doğumlu Şilan Demir, 12/9/2006 tarihinde Diyarbakır ili merkez Koşuyolu Caddesi üzerinde bulunan Koşuyolu Parkı duvarının yakınına terör amaçlı yerleştirilen bombanın patlatılması sonucu vefat etmiştir.

1. Evin Demir'in Ölümü Sonrasında Yaşanan Süreç

8. Evin Demir'in ölümü nedeniyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararlarının tazmini istemiyle 17/7/2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun kapsamında 13/11/2006 tarihinde idareye müracaat eden başvuruculara, Zarar Tespit Komisyonunun 18/5/2007 tarihli ve 197 sayılı kararıyla 18.000 TL ödenmesine karar verilmiştir.

9. Başvuruculaın söz konusu meblağı kabul etmemesi üzerine 4/6/2007 tarihinde uyuşmazlık tutanağı düzenlenmiş ve başvurucular tarafından 17/7/2007 tarihinde 30.000 TL maddi, 75.000 TL manevi olmak üzere toplam 105.000 TL tazminatın taraflarına ödenmesine karar verilmesi istemiyle İdare Mahkemesinde dava açılmıştır.

10. Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 13/5/2008 tarihli ve E.2007/1105, K.2008/675 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 ret kararı üzerine yenilenen dilekçe ile başvurucular tarafından Zarar Tesp1it Komisyonunun 18/5/2007 tarihli ve 197 sayılı kararının iptali, 30.000 TL maddi tazminatın ödenmesi istemiyle dava açılmıştır.

12. Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinin 24/12/2009 tarihli ve E.2008/2750, K.2009/2604 sayılı kararıyla dava reddedilmiştir. Gerekçenin ilgili kısmı şöyledir:

"...

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 tarihli ve E.2011/9607, K.2012/1110 sayılı ilamıyla onanmıştır.

14. Başvuruculaın karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 28/9/2012 tarihli ve E.2012/6898, K.2012/5887 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

15. Anılan karar 24/1/2013 tarihinde başvuruculaın vekiline tebliğ edilmiştir.

2. Şilan Demir'in Ölümü Sonrasında Yaşanan Süreç

16. Başvurucular, aynı patlama sonucunda vefat eden Şilan Demir'in ölümü nedeniyle uğramış oldukları maddi ve manevi zararlarının tazmini için 5233 sayılı Kanun kapsamında 13/11/2006 tarihinde idareye müracaat etmişlerdir. Diyarbakır Valiliği Zarar Tespit Komisyonunun 18/5/2007 tarihli kararı ile başvuruculara 18.000 TL ödenmesine karar verilmesi üzerine başvurucular tarafından 17/7/2007 tarihinde Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinde ayrı bir dava açılmıştır. Mahkeme 13/5/2008 tarihli ve E.2007/1104, K.2008/674 sayılı kararıyla, Evin Demir'in ölümü nedeniyle açılan davadaki gerekçeler ile dilekçenin reddine karar vermiştir. Dilekçenin başvurucular tarafından yenilenmesi sonrasında Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi, 24/12/2009 tarihli ve E.2008/2749, K.2009/2615 sayılı kararıyla yine Evin Demir'in ölümü nedeniyle açılan davadaki gerekçeler neticesinde davanın reddine karar vermiştir. Danıştay 15. Dairesinin 14/3/2012 tarihli ve E.2011/10207, K.2012/1114 sayılı ilamı ile onanan karar, başvuruculaın karar düzeltme taleplerinin aynı Dairenin 28/9/2012 tarihli ve E.2012/6899, K.2012/5886 sayılı ilamı ile reddedilmesiyle kesinleşmiştir.

17. Karar düzeltme talebinin reddine ilişkin Danıştay 15. Dairesi kararı, 24/1/2013 tarihinde başvuruculaın vekiline tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucular, 18/2/2013 tarihinde süresi içerisinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

3. Ceza Soruşturması ve Kovuşturma Süreci

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

20. 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, söz konusu sitenin kısa bir süre önce oluşturulduğu tespit edilmiştir.

21. 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 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.

22. Söz konusu ihbar üzerine derinleştirilen ve genişletilen soruşturma sonucunda ihbarda yer alan bilgiler teyit edilmiş; patlamayı üstlenen Türk İntikam Tugayına ait 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 dâhil olduğu sonucuna götüren birçok teknik detay tespit edilmiştir. Olay yerinde ele geçirilen telsizin de B.G.nin akrabası H.T. tarafından internet sitesi aracılığıyla satın alınarak temin edildiğinin tespit edilmesi üzerine 22/3/2009 tarihinde B.G. ile B.G.nin patlama olayından önce ev arkadaşı olan M.E.; B.G. ile M.E.nin savunmaları doğrultusunda da 23/3/2009 tarihinde H.T. gözaltına alınmıştır. Akabinde 27/3/2009 tarihinde anılan kişiler mahkeme kararı uyarınca tutuklanmıştır.

23. 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, müdafi eşliğinde verdikleri ifadeler; 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 bulunulduğu gerekçesiyle polislerden intikam almak gibi sebeplerle kendi başına bu eylem kararını aldığı, örgüt lehine ama örgütten talimat almaksızın bu eylemi gerçekleştirdiği, termos içindeki bomba düzeneğinin saat 20.30'da Diyarbakır Koşuyolu Parkı duvarının yakınına H.T. tarafından konulduğu ve yaklaşık 40 dakika sonra patlatıldığı, B.G.nin de ona yardım ettiği, M.E.nin ise yardımı söz konusu olmamakla birlikte rastlantı eseri bombanın hazırlanmasına tanıklık ettiği şeklindedir.

24. Olayla ilgili soruşturma evresinin tamamlanması üzerine Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca 9/6/2009 tarihli 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, mala zarar verme suçlarından; M.E.nin ise H.T. ve B.G. tarafından olayda kullanılan el yapımı bombanın hazırlanması eylemine bilfiil katılarak 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.

25. Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi 17/5/2012 tarihli 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 verdikleri, sanık H.T.nin ise ikrar yönündeki ifadelerini sorgu ve mahkeme aşamalarında reddetmek, 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 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 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 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 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

26. Sanıklar müdafileri, Cumhuriyet Savcısı ve katılanların vekilleri tarafından temyiz edilen karar, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 6/12/2013 tarihli 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. hakkındaki karar ise silahlı terör örgütüne yardım etme ve patlayıcı madde bulundurma suçlarından kurulan hüküm yönünden suçun vasfında yanılgıya düşüldüğü gerekçesiyle bozulmuştur. M.E. hakkındaki bozma kararından sonra yargılamaya devam eden Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 18/9/2014 tarihli ve E.2014/229, K.2014/269 sayılı kararı ile M.E.nin TCK'nın 315. maddesi gereğince örgüte silah sağlama suçundan 15 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. M.E. tarafından temyiz edilen karar hakkında Yargıtay tarafından hâlihazırda bir karar verilmemiştir.

B. İlgili Hukuk

27. 5233 sayılı Terör 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."

28. 5233 sayılı 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."

29. 5233 sayılı 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.

..."

30. 5233 sayılı Kanun'un *"Yaralanma, engelli hâle gelme ve ölüm hallerinde 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 intikalinde 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun mirasa ilişkin hükümleri uygulanır.

Bakanlar Kurulu, nakdî ödemeye esas tutulan gösterge rakamını yüzde otuza kadar artırmaya veya kanunî sınıra kadar indirmeye yetkilidir.

...

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

31. 5233 sayılı 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, uğranılan 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."

32. 6/1/1982 tarihli 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."

33. 2577 sayılı Kanun'un *"Dilekçeler üzerine ilk inceleme"* kenar başlıklı 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"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.

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."

34. 2577 sayılı Kanun'un *"Dosyaların incelenmesi"* kenar başlıklı 20. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

"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 hususstaki kararların ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

...

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 itibariyle 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."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 15/10/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucuların 18/2/2013 tarihli ve 2013/1579 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

36. Başvurucular, vatandaşların yoğun olduğu bir yere bomba düzeneğinin rahatlıkla bırakılması ve patlatılması nedeniyle yakınlarını kaybettiklerini, devletin güvenlik hizmetini gereği gibi yerine getirmediğini, olayda idarenin ihmal ve kusurunun 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 sürmüşlerdir.

37. Başvurucular, uyuşmazlık hakkında yürütülen yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmadığını, yedi yılı aşan dava süresinin kendileri açısından manevi bir işkenceye dönüştüğünü belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

38. Başvurucular, yakınlarının yaşamını kaybetmesine neden olan bombalı eylemin Türk İntikam Tugayı tarafından kısa süre içinde üstlenildiğini, söz konusu olayda hayatını kaybedenlerin Kürt kökenli olduklarını ve bu nedenle hedef seçildiklerini, idarenin ihmalinden kaynaklı farklı bölgelerdeki farklı

olaylarda yaşamını yitirenler için açılan tazminat davalarında çok daha yüksek meblağların ödenmesine karar verilmek suretiyle mahkemelerin de bu hususta ayrımcılık yaptığını belirterek Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

39. Başvurucular, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında yargı makamlarınca talep ve gerekçelerin değerlendirilmediğini, aynı gerekçelerle taleplerinin reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

40. Başvurucular, yakınları Evin Demir ile Şilan Demir'in 12/9/2006 tarihinde meydana gelen patlama sonucu vefat etmesi üzerine her bir ölüm olayı için Zarar Tespit Komisyonuna başvuru yapmışlar, sonrasında ise Zarar Tespit Komisyonunca önerilen meblağları yetersiz bularak Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinde iki farklı dava açmışlardır. Evin Demir ile Şilan Demir'in ölümü nedeniyle Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince farklı dava dosyaları üzerinden yargılama yürütülmüş ise de aynı talepleri içeren her iki davanın aynı gerekçeler ile reddedildiği anlaşıldığından başvurucuların iddialarının bir bütün olarak birlikte incelenmesine karar verilmiştir. Davaların farklı oluşu, sadece makul süre şikâyeti yönünden yapılan incelemede dikkate alınmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

41. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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 ölen kişilerin mağdur olan yakınları tarafından yapılabilecektir. Başvuru konusu olayda ölen kişiler, başvuruculardan Mehmet Demir'in kızları; diğer başvurucuların ise kardeşleridir. Bu nedenle başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmamaktadır (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No. 2013/841, 23/1/2014, § 65).

42. Başvurucuların 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

43. 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

44. Başvurucular, yakınlarının yaşamını kaybetmesine neden olan bombalı eylemde hayatını kaybedenlerin tamamının Kürt kökenli olmaları nedeniyle hedef seçildiklerini, 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.

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

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

46. 6216 sayılı 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."

47. 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.

48. 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.

49. 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 (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 16/4/2013, § 32).

50. Başvuru konusu olayda, başvurucuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddia ileri sürmedikleri görülmektedir.

51. Başvurucular tarafından ihlal iddiasına konu idari işlem için öngörülmüş olan kanun yollarına başvurunun bu kısmına ilişkin ihlal iddiaları ileri sürülmeksizin bireysel başvuruda bulunulduğu 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

52. Başvurucular; dava, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında ileri sürdükleri talep ve gerekçelerinin yargı yerlerince ısrarla değerlendirilmediğini ve aynı gerekçelerle taleplerinin reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 40. maddesinde tanımlanan etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

53. 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. "

54. 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, buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait özlü açıklamaların yer alacağı belirtilmiştir.

55. Başvuruya konu ihlal iddiasıyla ilgili deliller sunarak olaya ilişkin iddialarla hangi Anayasa hükmünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunmak suretiyle hukuki iddialarını kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya ait olmasına rağmen başvurucular tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) 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 (*Yusuf Gezer*, B. No. 2013/2103, 14/1/2014, § 40).

2. Esas Yönünden

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

56. Başvurucular, vatandaşların yoğun olduğu bir yere bomba düzeneğinin rahatlıkla bırakılması ve patlatılması nedeniyle yakınlarını 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 sürmüşlerdir.

57. Bakanlığın görüş yazısında, yaşam hakkı bağlamında devletlerin hem negatif hem de pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu, modern toplumların güvenliğini sağlamadaki zorluklar, insan davranışlarının öngörülemezliği ve belirli bir faaliyete ilişkin tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılması gerektiği akılda tutulduğunda pozitif yükümlülüğün yetkililere imkânsız ve aşırı bir sorumluluk yüklemeyecek şekilde yorumlanması gerektiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre ulusal yetkililerce ihlalin tespit edilerek uygun ve yeterli bir biçimde giderilmesi hâlinde mağdur sıfatının kaybedileceği, başvuruculaların Terör Tazminat Komisyonunca önerilen tazminatı alıp almadıkları hususu ile manevi tazminat davası açıp açmadıklarının açıklığa kavuşturulması gerektiği, başvuruculaların ceza soruşturmasına yönelik herhangi bir şikâyeti bulunmamakla birlikte yaşam hakkının ihlali iddiası bakımından olaya ilişkin ceza soruşturmasının esas alınması gerektiği, yaşam hakkının ihlali iddialarının gerek mağdur sıfatı gerekse esas yönünden değerlendirilmesi konusunda takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu belirtilmiştir.

58. Başvuruculaların şikâyetleri Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı çerçevesinde incelenecektir.

59. 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."

60. 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, §§ 50, 51).

61. 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 sorumluluğu yüklemektedir. Bu sorumluluk -kamusal olsun veya olmasın- yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 52).

62. Bu kapsamda devletin egemenlik alanında bulunan bireylerin yaşamını korumak için önleyici genel güvenlik tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu gereklilik daha ziyade bireylerin üçüncü kişilerin suç niteliğindeki eylemleri nedeniyle yaşamlarının tehdit altında olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır*(Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, B. No: 2013/1280, 28/5/2014, § 59)

63. Ancak yetkili makamların, yaşamla ilgili her türlü potansiyel tehdidin gerçekleşmesini önlemek için somut tedbirler almaya zorlanması beklenemez (*Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, § 60).

64. 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 bulunduğunun 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 olduklarının tespiti gerekmektedir (*Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, § 61).

65. Devletin yaşamı koruma pozitif yükümlülüğü kapsamında sorumlu tutulabilmesini belirli koşullara bağlayan bu yaklaşım, bireylerin yaşam hakkı-

nın terörden kaynaklanan bir tehdit altında olduğu durumlar için de geçerlidir (*Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, § 62).

66. Başvuru konusu olayda başvurucuların yakınları, 12/9/2006 tarihinde Diyarbakır Merkez Koşuyolu Caddesi üzerinde bulunan Koşuyolu Parkı duvarı yakınına yerleştirilen bombanın patlaması sonucu yaşamını yitirmiştir. Söz konusu olayın terör eylemi sonucu gerçekleştiği hususunda Bakanlık ve başvurucular arasında herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır.

67. Somut olay açısından devletin yaşamı koruma pozitif yükümlülüğünü esas bakımından yerine getirip getirmediğinin tespit edilebilmesi için kamu yetkililerince başvurucuların yakınlarının yaşamını kaybetmesine neden olan bomba eyleminin gerçekleşeceğine dair gerçek ve yakın bir risk bulunduğunun 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.

68. "Olay ve olgular" kısmında da belirtildiği üzere ve dosya kapsamında yer alan bilgi ve belgelerden 12/9/2006 günü saat 21.10'da Diyarbakır Merkez Koşuyolu Caddesi üzerinde bulunan Koşuyolu Parkının duvarına yakın bir mesafeye termos içine yerleştirilmiş el yapımı bir bombanın patlaması sonucu başvurucuların yakınları ile birlikte toplam on kişinin yaşamını yitirmesine, birçok kişinin yaralanmasına ve birçok 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.

69. Başvurucuların yakınlarının yaşamını yitirmesine neden olan patlamanın meydana geldiği Diyarbakır, terör olaylarının zaman zaman yaşandığı Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde 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'ın 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.

70. Öte yandan belirli düzeyde güvenlik tedbirleri alınması hâlinde dahi 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 imkânlar dikkate alındığında oldukça zor olduğu, diğer taraftan bu tür eylemlerin şüphe çeken bir husus ya da istihbarat olmadan öngörülme olasılığının çok zayıf olduğu açıktır.

71. Somut olayda söz konusu patlamanın münferit bir terör eylemi olduğu ve olaydan önce herhangi bir ihbar ya da istihbaratın yetkili makamlara iletilmediği, dolayısıyla olayın öngörülemez nitelikte olduğuna 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 görerek geri dönmemek için bombayı eylem yerine bıraktığı, ailesiyle 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 düğmeye 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 anlaşılmaktadır.

72. 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 yaklaşık 40 dakika gibi fazla olmayan bir sürenin geçtiği düşünüldüğünde yetkililerin bu nedenden 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.

73. Sonuç olarak başvuruculların yakınlarının yaşamını yitirmesine neden olan patlamanın meydana gelmesinde yetkili makamların sorumlu tutulmasını gerektirecek bir ihmal ya da kusur bulunduğu söylenemez.

74. 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 başvuruculara Evin Demir ile Şilan De-

mir'in ölümü nedeniyle her ölüm olayı için ayrı ayrı 18.000 TL maddi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Ancak söz konusu meblağı kabul etmeyen başvurucular, bu kararların iptali ve taraflarına 30.000 TL maddi tazminatın ödenmesi istemiyle davalar açmıştır. İdare Mahkemesi 5233 sayılı Kanun kapsamında mevzuata uygun olarak yapılan ödeme işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davaları reddetmiştir.

75. Başvuruculara ödenmesine karar verilen tazminat, 5233 sayılı 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.

76. 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.

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

78. 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 güncellenmesi 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 başvuruculara iddialarının aksine kendilerine ödenmesi teklif edilen miktarla da uyumlu olduğu tespit edilmiştir (Danıştay 10. Dairesi, E.2002/1160, K.2004/160, 14/1/2004; E.2002/578,

K.2004/161, 14/1/2004; E.2005/803, K.2007/4649, 10/10/2007; E.2007/8106, K.2010/5562, 22/6/2010; E.2009/5798, K.2012/5746, 16/11/2012).

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

b. Davaların Makul Sürede Sonuçlandırılmadığı İddiası

i. Evin Demir'in Ölümü Nedeniyle Açılan Dava Yönünden

80. 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 başvurucular tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvuruculaların bu yöndeki iddiaları Mahkemece Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir.

81. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararlarına atfen başvuruculaların iddiaları açısından farklı bir neticeye ulaşılmasını gerektirecek bir neden bulunmadığı belirtilmiştir.

82. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün olmayıp (*Onurhan Solmaz*, § 18) 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 birçok 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, 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 (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 38, 39).

83. Davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu, başvurucunun davanın hızla

sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar, bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken kriterlerdir (*Güher Ergun ve diğerleri*, §§ 41-45).

84. Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlıkların makul sürede karara bağlanması gerekmektedir. Başvuruya konu davanın, başvurucuların Diyarbakır Koşuyolu Parkı yakınına yerleştirilen bir bombanın patlaması sonucu yakınlarının ölümünden dolayı uğradıkları zararın tazminini konu alan bir uyuşmazlık olduğu görülmekle birlikte 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 olduğuna kuşku yoktur.

85. 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 (*Selahattin Akyıl*, B. No:2012/1198, 7/1/2013, § 45). Somut başvuru açısından benzer bir durum söz konusu olup makul süre değerlendirmesinde dikkate alınacak zaman diliminin başlangıç tarihi, başvuruculaların kızlarının yaşamını yitirmesinden dolayı uğradıklarını ileri sürdükleri zararların giderilmesi amacıyla Zarar Tespit Komisyonuna başvurdukları 13/11/2006 tarihidir.

86. Sürenin bitiş tarihi ise çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihidir (*Güher Ergun ve diğerleri*, § 52). Somut başvuru açısından bu tarih, Danıştay 15. Dairesinin E.2012/6898, K.2012/5887 sayılı karar düzeltme isteminin reddine ilişkin kararının tarihi olan 28/9/2012 tarihidir (*Güher Ergun ve diğerleri*, § 52).

87. Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesinden; başvurucular tarafından, yakınlarının Diyarbakır Koşuyolu Parkı yakınında meydana gelen patlamada hayatını kaybetmesi nedeniyle uğradıkları zararın karşılanması amacıyla 13/11/2006 tarihinde Zarar Tespit Komisyonuna başvurulduğu, Komisyonca ödenmesi teklif edilen meblağın kabul edilmemesi üzerine düzenlenen uyuşmazlık tutanağının ardından da kendilerine 18.000 TL ödenmesine ilişkin işlemin iptali ile uğranılan 30.000 TL maddi ve 75.000 TL manevi zararın tazmini istemiyle Diyarbakır Valiliğine karşı 17/7/2007 tarihinde Diyarbakır 2. İdare Mahkemesi nezdinde dava açıldığı görülmektedir. Mahkemece 13/5/2008 tarihli karar ile maddi ve manevi tazminat istemleri için ayrı ayrı dava açılması gerektiği gerekçesiyle dava dilekçesinin reddine karar verildiği,

dilekçenin ret kararı üzerine başvurucular tarafından dava konusu işlemin iptali ve 30.000 TL maddi tazminat istemiyle yeniden dava açıldığı, davanın 24/12/2009 tarihinde Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince karara bağlandığı, temyiz edilen kararın Danıştay 15. Dairesince 14/3/2012 tarihli ilam ile onandığı, başvurucuların karar düzeltme taleplerinin aynı Dairenin 28/9/2012 tarihli ilamı ile reddedildiği anlaşılmıştır.

88. Bu kararla birlikte neticelenen yargılama süresinin toplam 5 yıl 10 ay 15 gün olduğu anlaşılmaktadır.

89. Hukuk sistemimizde idari yargı alanında yer alan uyuşmazlıklara ilişkin dava sürelerinin makul yargılama süresini aştığı yönündeki tespitlere AİHM tarafından verilen birçok ihlal kararında yer verilmiş olup özellikle idari yargı alanındaki yapısal sorunlar ve Danıştay nezdinde temyiz ve karar düzeltme incelemelerinde geçirilen uzun yargılama sürelerinin ihlal kararlarına temel oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda idari yargı makamları nezdindeki yargılamaların makul sürede tamamlanmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından -özellikle 2577 sayılı Kanun'da yer alan usul hükümleri de göz önünde bulundurularak- makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiş olup (*Selahattin Akyıl*, §§ 54-60), başvuruya konu davada yer alan kişi sayısı ve talep konusu göz önüne alındığında başvuruya konu yargılamanın karmaşık bir nitelik arz etmediği, davaya bütün olarak bakıldığında 2577 sayılı Kanun'da yer alan usul hükümlerine tabi bir yargılama sürecine ilişkin somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve söz konusu beş yıl on ayı aşkın yargılama süresinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

90. Açıklanan nedenlerle başvurucuların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

ii. Şilan Demir'in Ölümü Nedeniyle Açılan Dava Yönünden

91. Başvurucular, Şilan Demir'in ölümü nedeniyle Diyarbakır 2. İdare Mahkemesinde açtıkları davanın da makul sürede sonuçlanmamasından şikâyet etmektedirler.

92. Şilan Demir'in ölümü nedeniyle açılan davaya ilişkin yargılama sürecinin, Evin Demir'in ölümü nedeniyle yürütülen yargılama sürecinden kayda değer herhangi bir farklılık arz etmediği ve bu davanın 5 yıl on ayı aşkın bir sürede kesinleştiği anlaşılmış olup, Şilan Demir'in ölümü nedeniyle açılan davada da, başvurucuların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

93. Başvurucular, uzun süren yargılama sürecinin kendileri için manevi bir işkenceye dönüştüğünü belirterek ihlalin tespiti ile zararlarının tazminini talep etmişlerdir. Başvurucular, ayrıca idare mahkemesinde talep ettikleri 30.000 TL maddi tazminatın -işleyecek yasal faizi ile birlikte- taraflarına ödenmesi talebinde bulunmuşlardır.

94. Bakanlık, başvurucuların tazminat talebine ilişkin olarak başvuruda bir ihlal tespit edilmesi hâlinde hakkaniyete uygun bir tazminata karar verilmesinin yerinde olacağı yönünde görüş bildirmiştir.

95. 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."

96. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla beraber, tespit edilen ihlalle iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucunun maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

97. Başvuruculara tarafı oldukları davalara ilişkin yaklaşık 5 yıl 10 aylık yargılama süresi dikkate alındığında başvuruculara yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında, başvuruculara her birine Evin Demir ile Şilan Demir'in ölümleri nedeniyle açtıkları her bir dava yönünden takdiren net 4.150 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

98. 396,70 TL harç -bireysel başvuru formu ve eklerinin incelenmesi neticesinde Evin Demir ile Şilan Demir'in ölümü nedeniyle Derece Mahkemelerinde açılan ve ret kararı ile sonuçlanan her bir dava için ayrı ayrı bireysel başvuru harcı yatırıldığı anlaşıldığından- ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.896,70 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvuruculaların,

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

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. Başvuruculaların,

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. Evin Demir'in ölümü nedeniyle açılan davanın makul sürede sonuçlanmaması nedeniyle başvuruculaların her biri için net 4.150 TL, Şilan Demir'in ölümü nedeniyle açılan davanın makul sürede sonuçlanmaması nedeniyle başvuruculaların her biri için net 4.150 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE; başvuruculaların tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

D. 396,70 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.896,70 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

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

15/10/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MERAL EŞKİLİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/7586)

Karar Tarihi: 4/11/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 29/12/2015-29577

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör Yrd.	:	Bülent ALTINSOY
Başvurucu	:	Meral EŞKİLİ
Vekili	:	Av. Mehmet KIRBOĞA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, 2012 yılında Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda çıkan yangında aralarında başvurucunun oğlunun da bulunduğu on üç kişinin hayatını kaybettiği olaya ilişkin etkili bir soruşturma yapılmaması ve yangının çıkmasına engel olma ile yangına müdahale etme konusundaki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 12., 17., 19. ve 141. maddelerinde güvence altına alınan hakların ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 25/9/2013 tarihinde Şanlıurfa 3. Asliye Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 4/11/2015 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığı (Bakanlık) tarafından 21/8/2015 tarihinde başvuru hakkında Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvuruculara 7/9/2015 tarihin-

de tebliğ edilmiş; başvurucu Bakanlık görüşüne karşı 10/9/2015 tarihinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri ile Bakanlığın görüşünde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda 16/6/2012 günü gece saatlerinde çıkan yangında, aralarında başvurucunun tutuklu olan oğlu Yunus Eşkili'nin (Y.E.) de bulunduğu on üç kişi hayatını kaybetmiştir.

1. Ceza İnfaz Kurumunun Fiziki Özellikleri ve Yangın İhtimaline Karşı Kurumda Alınan Tedbirler

8. Soruşturma dosyasından elde edilen bilgilere göre Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu, 1968 yılında faaliyete geçen eski tip bir cezaevidir. Olay tarihi itibarıyla bünyesinde toplam 47 bölüm (koğuş ve oda) bulunan Ceza İnfaz Kurumunun kapasitesi 400 civarında olmasına rağmen Ceza İnfaz Kurumunda toplam 1.055 tutuklu ve hükümlü bulunmaktadır.

9. Olay tarihinde Y.E.nin bulunduğu C-15 koğuşunun kapasitesi ise 7 kişidir ancak koğuşta 18 kişi barınmaktadır. Anılan koğuşta genellikle hırsızlık, dolandırıcılık ve yağma suçundan tutuklananlar veya hüküm giyenler bulunmaktadır.

10. Toplam 171 personelin görev yaptığı Ceza İnfaz Kurumunda, infaz koruma memurları dört vardiya hâlinde görevlendirilmiş olup her vardiyada yaklaşık 21 infaz koruma memuru görev yapmaktadır. Olay vaktinde de görevli infaz koruma memuru sayısı 21'dir ancak bunlardan 5'i çeşitli sebeplerle izinlidir.

11. Ceza İnfaz Kurumunda çok sayıda yangın söndürme tüpü bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumu idaresince bir yangın söndürme talimatnamesi hazırlanmış ve yangın anında nelerin rutin olarak yapılacağı personele bildirilmiştir. Ayrıca Kurumda en son 14/12/2011 tarihinde bir yangın söndürme tatbikatı yapılmıştır.

12. Ceza İnfaz Kurumunda nispeten daha hızlı yanabilecek nitelikte sünger yataklar kullanılmaktadır. Hükümlü ve tutuklulara sünger yatak yerine yaylı yatak verilmesi hâlinde yataklardaki yayların düzeltilip yaralama ve öldürmede kullanılan ucu sivri şişlere dönüştürülmesi tehlikesi bulunmaktadır. Bu nedenle cezaevlerinde genellikle sünger yatak tercih edilmektedir.

13. Olay tarihinde Ceza İnfaz Kurumunda ve C-15 koğuşunda ısı artışı veya duman miktarını otomatik olarak algılayan erken uyarı ikaz sistemi bulunmamaktadır (Soruşturma dosyasında bu durumun en önemli sebebi olarak, koğuşlarda sigara içmenin yasak olmaması gösterilmiştir. Zira sigara içilebilen bir ortamda anılan şekilde bir alarm sistemi kurulmasının pratikte hiçbir faydası olmayacaktır.).

14. Meydana gelen yangında bilirkişi raporuna göre Ceza İnfaz Kurumunda bulunan yangın hortumları C-15 koğuşuna ulaşmak için yeterli uzunlukta değildir. Bu nedenle iki yangın hortumunun birbirine eklenmesiyle yangına müdahalede bulunulmuştur. Anılan durumun daha önceki yangın tatbikatlarında tespit edilip edilmediği konusunda ise herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

15. Ceza İnfaz Kurumundaki kamera kayıtları incelendiğinde 16/6/2012 tarihinde saat 22.40'ta duman çıkışının görüldüğü, 22.41'de dış korumadan sorumlu jandarma görevlilerinin bulundukları koğuştan bahçeye doğru koşuşturarak çıktıkları, 22.47'de ilk itfaiye yangın söndürme aracının, 22.51'de ise ilk acil servis ambulansının Cezaevine giriş yaptığı, itfaiyenin yangını söndürmek için dört yangın söndürme aracı ile müdahalede bulunduğu, yangında yaralananlar için 27 ambulans gönderildiği ve yangının saat 23.13'te tamamen söndürüldüğü tespit edilmiştir.

2. Yangından Önce C-15 Koğuşunda Gerçekleşen Disiplin Olayları

16. Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğünce 2012/260 sayılı karar ile 8/6/2012 günü tutuklu başvurucunun oğlu Y.E. ile B.Ş.ye kavga ettikleri için iki ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası verilmiştir.

17. 15/6/2012 tarihinde aralarında başvurucunun oğlunun da bulunduğu pek çok tutuklu ve hükümlünün; birbirleri ile sözlü tartışmaları, oda kapısına vurup tekme atmaları, müşahede odasına gönderilen Y.E.yi istemekteki ısrarlı tutum ve davranışları, huzursuzluk çıkarmaları nedeniyle birer ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılmasına karar verilmiştir.

18. Ayrıca C-15 koğuşunda kalmakta olan A.D. ile İ.H.Ö. farklı koğuşlara aktarılırken yangında hayatını kaybedecek olan T.Ş. de C-15 koğuşuna alınmıştır.

3. Olaya İlişkin Yürütülen Ceza Soruşturması Kapsamında Verilen Gizlilik Kararı

19. Şanlıurfa 3. Sulh Ceza Mahkemesinin 20/6/2012 tarihli kararıyla "*Şanlıurfa Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda meydana gelen ölümlerin soruşturmasının açık*

yürütülmesi halinde soruşturmadan beklenen kamusal amacın tehlikeye düşeceği, gerçeğin ortaya çıkarılmayacağı, ölümlerin terör amaçlı kullanılabileceği, kitlelerin bu ölümler üzerinden devlet otoritesiyle karşı karşıya getirilerek toplumsal olaylara meydan verilebileceği ve kamu düzeninin ciddi şekilde bölgenin özellikleri sebebiyle tehlikeye düşürülebileceği nedeniyle 'açık, somut ve yakın bir tehlike' ortaya çıktığı" gerekçesiyle somut delillerin gereği gibi toplanabilmesi, kamuoyunu ve özellikle ölen yakınlarını tatmin edebilecek etkili ve yeterli bir soruşturma yapılabilmesi amacıyla soruşturma evrakının incelenmesi ve belgelerden örnek alınması yetkisinin müdafii ve vekiller için kısıtlanmasına karar vermiştir.

20. Anılan karara başvurucu tarafından yapılan itiraz, Şanlıurfa 4. Sulh Ceza Mahkemesinin 20/6/2012 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

21. Soruşturma kapsamında verilen gizlilik kararı Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından düzenlenen 6/6/2013 tarihli kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sona ermiş ve dosya kapsamındaki bilgi, belge ve deliller tarafların incelemesine açılmıştır.

4. Olaya İlişkin Yapılan Ceza Soruşturması

22. Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda meydana gelen ve on üç kişinin hayatını kaybetmesiyle sonuçlanan olayın ardından Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından derhâl soruşturma başlatılmıştır.

23. Yangının hemen ardından tutulan olay tutanağında şu ifadeler yer almaktadır:

"...16.06.2012 günü saat 23:10'da cezaevi yetkili savcısının cep telefonundan aranarak isyan sonucunda yangın çıkarıldığı, koğuştaki bir kısım mahkumların yangında yaralanıp hastaneye sevk edildiği, bir kısım mahkumların dumandan etkilenerek ve yanarak öldüklerinin bildirilmesi üzerine saat 23:40'ta kapalı ceza infaz kurumuna gelindiği, ceza infaz kurumunda jandarma, emniyet, sağlık ve itfaiye görevlilerinin hazır olduğu, yangının söndürüldüğü, C-15 koğuşundaki 5 kişinin hastaneye sevk edildiği, 13 kişinin yanarak öldüklerinin öğrenildiği, yangının çıkış şekli ile ilgili bilgi alındığı, C-15 koğuşuna geçildiği, yaralıların tedaviye gönderildiği, koridorda iki kişiye ait ceset bulunduğu, halen koğuştan duman ve is çıktığı, 13 cesedin koğuşun üst katında bulunduğu, mahkum ve tutukluların belirlenemeyen bir sebeple yatakları aşağıya indirip koğuş kapısını dolapla kapatarak yangını çıkarttıkları, 5 kişinin tuvalete kilitlendiği, diğer 13 kişinin koğuşun üst katında bulundukları, yangını çıkarttıkları düşünülen kişilerin üst kata çıkıp merdiven sonunda ranzaları ters çevirerek girişi kapattıklarının öğrenildiği, C-15 koğuşunun üst kısmındaki kol kola, sıralı vaziyette yanmış 13 adet mahkumun cesedinin çarşafa sarılarak çıkarıldığı, numara verildiği, Cumhuriyet Başsavcısınca görevlendirilen C.

Savcıları, Adli Tıp Uzmanları, Soruşturma Katibi, Otopsi Yardımcılarının harici muayene ve kimlik tespit işlemlerine başladığı, olay yeri görevlilerinin fotoğraflama ve ceset görüntülerinin görüntülemesini yaptıkları, olay yerinde delil muhafazası ve fotoğraflama için talimat verildiği, cesetlerin otopsi merkezine gönderildiği, ölenlerin ve yaralı kurtulanların kimliklerinin öğrenildiği, olayla ilgili itfaiye görevlilerinin beyanlarının alındığı, C-15 koğuşuna girilerek inceleme yapıldığı, eşyaların yanmış olduğunun gözlendiği, olay yeri inceleme birimine yangın tutanağı tutmaları ve kroki çizmeleri için talimat verildiği, infaz koruma memuru M.G., A.Ö.ve Ö.D.'nin yangına ilk müdahale eden ve yangından zarar gören personel olduğu, idari soruşturmanın ceza infaz kurumu idaresi tarafından yapılması talimatı verildiği, adli soruşturma yapılmak üzere tutanağın düzenlendiği..."

24. Olayın ardından Y.E. ve diğer müteveffaların cesetleri üzerinde yapılan adli muayene ve otopsi sonucunda kesin ölüm sebebinin karbonmonoksit zehirlenmesi ve dumandan boğulma olduğu saptanmıştır.

25. Olay yerinde delil tespiti amacıyla olay yeri inceleme ekibi ve uzman bilirkişilerce yapılan tetkikler sonucu ulaşılan bazı sonuçlar şunlardır:

i. Koğuşların içerisinde ve koridorlarda güvenlik kamerası yoktur.

ii. Koğuşlarda yangın çıkması hâlinde yangını otomatik algılayan alarm sistemi yoktur ancak C-15 koğuşuna 15 m uzaklıkta yangın ihbar butonu ve sireni mevcuttur.

iii. Yangın tüpleri olay anında kullanılmıştır.

iv. C-15 koğuşuna çekilen en yakın yangın hortumlarından birincisinin uzunluğunun 18,55 cm olduğu, koğuşa 31 m mesafede bulunduğu ve yanan koğuşa yetişmediği tespit edilmiştir. İkinci hortumun koğuşlar ortasında bulunan ana koridorda bulunduğu, yangın yerine yetişme ihtimali olmadığı ve bu hortumun kesilip diğer hortuma eklenerek yangına müdahalede bulunulduğu anlaşılmıştır.

v. Olay yerini ve elektrik tesisatını inceleyen elektrik uzmanı, yangının elektrik tesisatından çıkmadığını bildirmiştir.

vi. Yangın çıkan koğuşu ve yanan eşyaları inceleyen kimya uzmanı, yatak ve battaniyelerin organik bileşik ihtiva ettiğini, bunların polimerik madde olduğunu, bu maddenin de çok hızlı yanan madde olduğunu, karbondioksit ve karbonmonoksit ile birlikte sıcaktan parçalanmış küçük moleküllü organik bileşik grupların duman şeklinde yayıldığını, karbonmonoksit ve radikalik özellik gösteren organik bileşiklerin insanı zehirleyici ve öldürücü özelliğinin bulunduğunu bildirmiştir.

vii. Koğuşta ve binada inceleme yapan iş ve sosyal güvenlik uzmanı; yangının koğuştaki mahkûmlar tarafından kasıtlı olarak çıkarıldığını, yangına müdahale edildiğini, duvarların yağlı boya ve yatakların sünger olması sebebiyle yangının kontrol altına alınmasının güçleştiğini, idarenin duman algılama cihazı kullanmadığını, Cezaevinde sabit sıcaklık, sıcaklık artışı, alev veya başka uygun tip algılama cihazı bulunmadığını ve erken müdahale için kamera tespiti sistemi kurulmadığını belirtmiştir.

26. Olayın ardından yangının çıkış sebebine ilişkin ifadeleri alınan hükümlü ve tutukluların bazılarının ifadeleri şöyledir:

"E.Z.; C-15 koğuşunda haftada bir iki kez kavga sesi duyduğunu, müşahadeye alınan bir arkadaşlarının koğuşa iade edilmesini, aksi takdirde koğuşu yakıp ateşe vereceklerini koğuştakilerin söylediklerini, olaydan 10-15 gün kadar önce bunu duyduğunu, olay günü C-15 koğuşundan bir çığlık duyduğunu, üst pencereden baktıklarında duman ve alev gördüklerini, kapıya koştuklarını, infaz koruma memurlarının yangına müdahale ettiğini gördüklerini, kendilerinin de yardım etmek istediğini, kovalarla su taşıdıklarını, yangın biraz azalınca ıslak battaniyelerle infaz koruma memurlarının içeri girdiğini, önceden iki kişi, daha sonradan da üç kişinin kurtarıldığını, yangını itfaiyenin söndürdüğünü anlatmıştır.

...

C.D.; Olay günü C-14 koğuşu ile bitişikteki C-15 koğuşu arasındaki duvara yaslandığını, sıcaklığın arttığını, bağırma sesleri duyunca pencereden baktığını, duman ve ateş gördüğünü, alt kata inip kapıya vurduklarını, infaz koruma memurlarının mazgalı açıp koğuştaki suyu istediklerini, yangın söndürmeye katıldıklarını, on kadar infaz koruma memurunun yangını söndürmek için çalıştığını, önceden iki kişinin kurtarıldığını, sonradan da üç kişinin kurtarıldığını, itfaiyenin yangına müdahale ettiğini, yangının toplam 25 dakika kadar sürdüğünü, C-15 koğuşundakilerin topluca intihar etmiş olabileceklerini anlatmıştır.

...

A.D.; C-15 koğuşunda bir süre bulunduğunu, koğuş sorumlusu olduğunu, 04.06.2012 günü dilekçe vererek ailevi ve psikolojik sorunları sebebiyle koğuştan ayrıldığını, F.Y. ve S.K. ile anlaşamadıklarını, olay günü yangının neden çıkarıldığını bilmediğini, yangın çıkarmak için bir sebep bulunmadığını, koğuştaki yangını S.K'nin yönlendirmesi ile F.Y., Yunus Eşkili. ve diğerleri olmak üzere ölen 13 kişinin gerçekleştirdiğini, yangının koğuş liderliği yüzünden çıktığını duyduğunu, kurtulanların yangına karışmadıklarını, koğuş sorumlusu ile ilgili hiç kimseden yana taraf olmadıklarını, yangına yardım etmediklerini, koğuşun yakılmasına karşı çıktıklarını duyduğunu anlatmıştır.

...

R.R.; C-15 koğuşundan idare hasmı olduğu için başka bir koğuşa birini gönderdiğini, yerine gelen kişiyi koğuştakilerin kabul etmeyip kavga çıkardığını, idare ile koğuştakiler arasında sorun yaşandığını, koğuştakiler ile infaz koruma memurları arasında tartışma yaşandığını, olay günü koğuşta üst kattaki arkadaşlarının yangın çıktığını söylemeleri üzerine durumdan haberdar olduğunu, infaz koruma memurlarının yangını söndürmek için sayıca yetersiz olduğunu, koğuşun kapısını açmaları üzerine yangına müdahale ettiklerini, ıslak battaniye ile içeri girdiğini, üç kişiyi tuvalet kısmından kurtardıklarını, üst kata sıcaklık ve dumandan çıkamadığını yangının çıkış sebebini bilmediğini, cezaevi şartları ağır olduğu için idareye gözdağı vermek için çıkarmış olabileceklerini anlatmıştır.

...

Ö.D.; C-15 koğuşunun sorumlusu A.D. isimli tutuklunun koğuştan alınması üzerine idare ile koğuştakiler arasında sorun yaşandığını, koğuştakilerin A.D.'yi geri istediğini, olay günü duman ve ateş yükseldiğini, koğuştakilerin kurtarın yanıyoruz diye bağırdığını, koğuşlarının kapısının açıldığını, kovalarla yangına müdahale ettiklerini, yangın söndürme hortumunun C-15 koğuşuna yetişmediğini, ıslak battaniye ile C-15 koğuşuna girdiğini, yatak ve battaniyelerin alt katta yandığını, üst kata sıcak ve duman olduğu için ayrıca ranza ve dolaplarla giriş kapatıldığı için giremediğini, birçok kişinin üst katta orta yerde yattığını, bir kişinin hırıltılı nefes alışını duyduğunu, alt kattan beş kişinin kurtarıldığını, yangının çıkış sebebini bilmediğini anlatmıştır.

..."

27. Yangından sağ kurtulanlardan bazılarının ifadesi ise şöyledir:

"A.A.; C-15 koğuşunu F.Y., S.K., Yunus Eşkili ve M.E.G. isimli dört kişinin idare ettiğini, bu kişilerin emirler verdiğini, herkesi görevlendirdiğini, V.T.'nin koğuşta yeni olduğunu, F.Y.'nin terlikle V.T.'ye vurduğunu, bu hareketinin zoruna gittiğini, ancak aralarında husumet ve düşmanlık olmadığını, olay günü F.Y., S.K., Yunus Eşkili ve M.E.G.'nin yanlarına diğerlerini de alıp üst kattan aşağıya indiklerini, dört-beş kişiye tuvalete gidin, biz koğuşu yakacağız dediklerini, kendilerinin tuvalete gittiklerini, bir-iki dakika sonra yangının başladığını, yangını başlatanı tuvalette olduğu için görmediğini, koğuşta sigara içildiği için çakmak bulunduğunu, aşağıya onbir yatak ve battaniye indirdiklerini, beş tane yatağın merdivenlerde duvara dayalı durduğunu, birkaç dakika içinde her yeri dumanın kapladığını, peşinden elektriklerin kesildiğini, nefes almakta zorlandıklarını, tuvaletin kapısının da yandığını, infaz koruma memurlarının yangına müdahale ettiğini, su tutup ıslak battaniye atarak yangından infaz koruma memurlarının kendilerini kurtardığını,

koğuşta önceden kavga olmadığını, kötü muamele görmediklerini, pile sarılı kağıtlar ile diğer koğuşlardan haberleşme olduğunu, koğuş içerisinde Kürtçe konuşulduğu için konuşulanları anlamadığını, daha önceden koğuştaki hiç kimseyi tanımadığını, koğuşun çok sıcak olduğunu, yangından dört-beş gün önce koğuşa vantilatör bağlandığını, daha önceden koğuşun yakılacağını duymadığını, yangın olayına karışmadığını anlatmıştır.

...

C.Y.; C-15 koğuşunun sorumlusu A.D.'nin bir açık görüş sırasında başka bir koğuşta bulunan T.Ş'yi idareden habersiz alıp koğuşlarına getirdiğini, A.D.'yi idarenin önce müşahedeye, sonrada başka bir koğuşa gönderdiğini, A.D.'yi koğuştaki herkesin sevdiğini, idareden tekrar koğuşlarına verilmesi için talepte bulunduklarını, ancak idarenin bunu kabul etmediğini, olay günü F.Y.'nin yukarda, S.K.'nin aşağıda bulunduğunu, herkesin uyanık olduğu bir saatte gençlerden birinin küçük bir kumaş parçasını üst katta yaktığını, yukarda bulunan hükümlü ve tutukluların kumaş yakma meselesi yüzünden aralarında tartıştığını, yanan kumaş parçasını söndürdüğünü, F.Y.'nin yanındakilere ''ben bu koğuşu yakarım'' deyip aşağıya indiğini, S.K.'nin alt kattan üst kata çıkıp küçük bir ateşten bu kadar panik çıkarıyorsunuz, ateş öyle yakılmaz böyle yakılır dediğini, S.K., Taner, Mehmet ve yanlarındaki gençlerin F.Y. ile birlikte koğuşu yakmak için yatak ve battaniyeleri aşağıya indirdiklerini, Yunus Eşkili ve kendisinin engel olmaya çalıştığını, alt kattakilerden de bazılarının yangına engel olmak istediğini, olayın çok ani geliştiğini, sağlıklı düşünüp karar veremediklerini, S.K.'nin yatakları ve battaniyeleri üst üste koymasını istediğini, F.Y. ile S.K.'nin alt kattaki ikisi yaşlı, ikisi genç dört kişiye tuvalete gitmelerini söylediğini, önce yaşlıların sonra gençlerin tuvalete girdiğini, S.K. ve F.Y.'ye yangında herkesin ölebileceğini söyleyip yalvardığını, alt kattaki ikisi yaşlı, ikisi genç tutukluların da ağladığını, tuvalete gittiğini, F.Y.'nin önce alt katta bahçe tarafından yatakları ateşe verdiğini, merdivene doğru çıktığını, merdiven tarafından S.K.'nin yatakları ateşe verdiğini, iki taraflı başlayan yangının birden hızlanıp dağıldığını, söndürmek için çabaladığını, en son tuvalete kendisinin girdiğini, S.K.'ye dumanın yukarı çıktığını, ölebileceklerini söylediğini, S.K.'nin koğuşta kalanlar rahat etsin diyerek ölümü umursamadığını, bir süre sonra elektriklerin kesildiğini, koğuşun karanlık olduğunu, tuvalettekilerle dua edip yangından korunmaya çalıştıklarını, tuvalet kapısının yanarak ateşin harareti ile eridiğini, bağırıp yardım istediklerini, üst kattakilerden yardım sesi çıkmadığını, yangın başladıktan 15-20 dakika sonra koğuşun kapısının açıldığını, kendisini dışarı attığını, infaz koruma personelinin yangını söndürmek için ellerinden geleni yaptıklarını, su ve yangın söndürme tüpleri ile müdahale ettiklerini, bu müdahale olmasa alt kattakilerin de öleceğini, yangına müdahale ederken bazı cezaevi personelinin ağladığını, önceden koğuşun ateşe verileceğini hiç duymadığını, koğuşlar arasında pile sarılı küçük kağıtlar ile haberleşildiğini, koğuşun yakılma sebebini bilmediğini, F.Y. ile S.K.'nin

psikolojilerinin bozuk olduğunu, S.K.'nin koğuştakilerle pek konuşmadığını, içine kapandığını, ailesinin görüşe gelmesini istemediğini, yangını idareye gözdağı vermek için çıkarmış olabileceklerini, yangında öleceklerini düşünmediklerini ve umursamadıklarını, idarenin revire çıkma taleplerini doktor olmadığı gerekçesi ile kabul etmediğini, istedikleri ilaçların zamanında gelmediğini, idarenin iyi davranmadığını, kapasite cezaevinde aşırı dolu olduğundan taleplerine idarenin yetişemediğini, yazdıkları dilekçeler ile ilgilenen olmadığını, F.Y'nin 10 tane mektup yazmasına rağmen sonuç alamadığını, 18 yıl kadar aldığı cezanın yüzüne karşı verilmediğini, bu yüzden mektup yazdığını söylediğini anlatmıştır.

...

M.D.; Koğuş içerisinde bulunduğu sürede hiç kavga olmadığını, koğuşu F.Y., S.K. ve Yunus Eşkili'nin idare ettiğini, koğuştaki herkesin bu kişilerin isteğine göre davrandığını, olay gecesi F.Y.'nin abdest alıp namaz kıldığını, sonra aşağıya indiğini, kendisinin aşağıda yasin suresini okuduğunu, S.K. ile F.Y.'nin üst katta aralarında kürtçe konuştuğunu, bir süre sonra koğuşu ateşe verip yakacaklarını söylediklerini, çakmaklarını çıkarıp koğuştakilere yatakları aşağıya atın ateşe vereceğiz dediklerini, A.A. ile birlikte buna karşı çıktıklarını, engel olmaya çalıştıklarını, ancak söz dinletemediklerini, S.K. ile F.Y.'nin çakmaklar ile aşağıya indiğini, Yunus Eşkili'nin onlara katıldığını, koğuştaki diğer tutukluların yatakları üst kattan aşağıya indirdiğini, koğuş giriş kapısının arkasına yığdıklarını, koğuşa yeni gelen ve yaşları küçük olan C.Y., V.T. ve Y.A.'nın koğuşta bir etkinlikleri olmadığını, üst üste yığılan yatak ve battaniyeleri F.Y., Yunus Eşkili ve S.K.'nin çakmakları ile yakıp ateşe verdiklerini, yangının genişlediğini, ateşi başlatan F.Y., Yunus Eşkili ve S.K.'nin yanlarında birlikte hareket eden hükümlü ve tutuklular ile üst kata kaçtıklarını, beş kişinin aşağıda kaldığını, her tarafı dumanın sardığını, tuvalete girip kapısını kapattıklarını ve bağırıp yardım istediklerini, üst kattakilerin de bağırıp yardım istediğini, birkaç dakika sonra infaz koruma memurlarının kapıyı açıp seslendiğini, elektriğin yangın başladıktan sonra kesildiğini, koğuşun karanlık olduğunu, kapı açılınca koğuşa ışık girdiğini, seste gelince o tarafa koştuklarını, koğuşu F.Y., Yunus Eşkili ve S.K.'nin neden yaktığını bilmediğini, Yunus Eşkili'nin 15-20 gün kadar önce biri ile kavga ettiğini, F.Y. ile S.K.'nin, Yunus Eşkili'nin müşahade odasından C-15 koğuşuna gönderilmesini, yoksa koğuşu yakacaklarını söylediklerini, A.A.'nın, F.Y.'nin elini öpüp koğuşu yakmaktan vazgeçirdiğini, olay günü ise bunu başaramadıklarını, yan taraftaki koğuşlarla Kürtçe konuşan F.Y., S.Ö., S.K. ve Yunus Eşkili'nin dediklerini anlamadığını, ''erdoğan, kerdoğan'' diye hakaret ettiklerini, ayrıca apo ile ilgili slogan atıldığını, kendilerinin koğuşunun da yandaki koğuşa destek verdiğini, pile sarılı pusula ile başka koğuştan birinin hakaret ettiğini, koğuştaki kavganın bundan kaynaklandığını, olay günü hiçbir şeyi yakmadığını, kimseye yardım etmediğini anlatmıştır.

..."

28. Ceza İnfaz Kurumu idarecilerinin yangına ilişkin ifadeleri ise şöyledir:

"A.B. ; Şanlıurfa Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun 25.08.2008 tarihinden itibaren müdürü olarak görev yaptığını, 1969 yılında faaliyete geçen cezaevinin 44 koğuş odadan oluştuğunu, odaların birbirinden farklı olduğunu, yangının meydana geldiği C-15 koğuşunda 6 kişinin barındırılması gerektiğini, kapasite artırımı yapılarak 18 kişinin barındırıldığını, cezaevinin kapasitesinin 450 olduğunu, önce kapasitenin 600'e çıkarıldığını, E Blok kısmının tamamının D Bloğun yarısının açık cezaevine tahsis edildiğini, bu kısımdaki tadilat sebebiyle hükümlü ve tutuklu barındırılamadığını, olayın meydana geldiği gece evinde olduğunu, saat 22:30-23:00 aralığında baş memur M.Ö.'nün yangını telefonla bildirdiğini, C-15 koğuşuna geldiğinde yangına müdahale edildiğini gördüğünü, yangın söndürme tüpleri, su hortumu ve kovalarla müdahale edildiğini, 5 kişinin içerden sağ kurtarıldığını, 13 kişinin hayatını kaybettiğini, eski tip cezaevi olduğundan yangın alarmı bulunmadığını, odada yangın çıktığında mahkumların kapıya vurarak haber vermeleri üzerine durumun öğrenildiğini, 14 yangın söndürme tüpü kullanıldığını, tüplerin dolu ve bakımlarının zamanında yapıldığını, yangın söndürme tüplerinin yangının çapı büyük olduğu için yetersiz kaldığını, itfaiye gelmeden söndürülemediğini, hortumun koğuşlara ulaştığını, suyun basınçlı olmadığını, bütün imkanların yangını söndürmede kullanıldığının, koğuşların kapılarını gören ve koğuşların gezinti bahçelerini izlemeye imkan veren kamera sistemi bulunmadığını, cezaevi idaresinin ve şahsının kusuru olmadığını anlatmıştır.

M.T. ; Şanlıurfa Ceza İnfaz Kurumunda 04.01.2010 tarihinden itibaren 2. Müdür olarak görev yaptığını, C-15 koğuşunun 6 kişi barındırma kapasitesi olduğunu, koğuşta 18 kişinin barındırıldığını, cezaevinin 276 kişilik bir inşaat olduğunu, D Bloğun yarısı ve E Blok kısmı açık cezaevine tahsis edildiğini, kapasitenin 276'nın altına inmesi gerekirken önce 300, sonra 450, sonra 600' çıkarıldığını, hiçbir fiziki genişletme olmayan cezaevinin olay günü 1.055 kapasite ile sonra 600'e çıkarıldığını, hiçbir fiziki genişletme olmayan cezaevinin olay günü 1.055 kişi kapasite ile hizmet verdiğini, yangın tatbikatlarının rutin yapıldığını, yangın hortumlarının her noktaya rahatlıkla yetiştiğini, C-15 koğuşuna sol bölümdeki yangın hortumunun yetiştiğini, ikinci bir yangın hortumunun ise yetişemediğini, yangının çapı büyük olduğu için yetişmeyen hortumdan da kovalarla su taşındığını, koğuştaki yangına infaz koruma memurunun haber vermesi üzerine gittiğini, yangının söndürüldüğünü, soğutma çalışmalarının sürdüğünü, yangını haber verecek alarm tertibatı olmadığını, kamera sistemi olmadığını, yangın söndürme çalışmalarında 14 tüp kullanıldığını, ancak çok büyük olan yangını bu tüplerin söndüremediğini, C-15 koğuşundaki hükümlü ve tutuklular arasında husumet olmadığını, olay öncesinde bir taleplerinin bulunmadığını, yangının ne maksatla çıkarıldığını bilmediğini anlatmıştır.

A.Ö. ; Şanlıurfa Ceza İnfaz Kurumunda 07.08.2009 tarihinden itibaren 2. Müdür olarak görev yaptığını, C-15 koğuşunun 6 kişilik olduğunu, olay günü 18 kişinin barındırıldığını, 276 kişiyi barındırabilecek cezaevinin D Bloğunun yarısı, E Bloğunun tamamının açık cezaevine tahsis edildiğini, buna rağmen olay günü 1.055 kişinin cezaevinde barındırıldığını, yangın tatbikatlarının 6 ayda bir yapıldığını, yangın hortumlarının bütün noktalara yetiştiğini, olay günü asıl hortuma destek olarak çekilen ikinci yangın hortumunun yetişmediğini olayı duyup gece yangın yerine vardığında itfaiyenin söndürdüğü yangını soğuttuğunu, koğuşlarda sigara yakmak için hükümlülerin çakmak taşıdığını, koğuşlarda sigara içildiği için dumanı fark edip bildiren alarm olmadığını, koğuşları devamlı gözetleyen kamera sistemi olmadığını, olayda kullanılan 14 yangın söndürme tüpünün dolu olduğunu, çapı büyük olan yangına yeterli olmadığını, cezaevi idaresinin kusurunun bulunmadığını, C-15 koğuşunda kalanlar arasında husumet olmadığını, önceden kavga dövüş duymadıklarını, herhangi bir taleplerinin olmadığını anlatmıştır.

A.K. ; Şanlıurfa Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda idare memuru olarak görev yaptığını, olay günü görevli nöbetçi müdür olduğunu, akşam saatlerinde herhangi bir olumsuzluk olmadığını, cezaevindeki yangından evinde haberdar olduğunu, olay yerine gittiğinde yangının söndürülmüş olduğunu, yangın söndürme hortumlarının koğuşa yetişip yetişmediğini bilmediğini, yangın söndürmek için 14 adet tüp kullanıldığını duyduğunu, personel eksikliği sebebiyle bu görevi yürüttüğünü, suç işlemediğini anlatmıştır."

29. Başvurucu ise olayın ardından alınan ifadesinde özetle "*oğlunun hırsızlık suçundan 5 ay kadar önce tutuklandığını, olaydan bir hafta önce oğlu ile görüştüğünü, koğuş içerisinde kavga olduğunu, idareye başvuran oğlunun başka bir koğuşa alınmadığını, başvurusunun sonuçsuz kaldığını, koğuşa yeni gelenler olduğunu, huzursuzluk bulunduğunu görüşte duyduğunu, oğlunun hüküm giymediğini, yangın çıkarmak isteyecek bir kişi olmadığını, genç, güçlü olan oğlunun yangından kurtulamadığını ama 60 yaşında bir kişinin sağ olarak kurtulduğunu, bir kısım hükümlü ve tutukluların yangından kurtarılıp bir kısmının yeterli çaba sarfedilmediği için kurtarılamadığını, idarenin bu sebeple kusurlu olduğunu*" beyan etmiştir.

30. Başvurucunun anılan iddiasına ilişkin olarak Bakanlığın görüş yazısında, Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu kayıtlarına göre Y.E.nin odasının değiştirilmesine yönelik herhangi bir talep veya dilekçesinin bulunmadığı, ayrıca oda içinde barındırılan diğer hükümlü ve tutuklularla husumet yaşadığına dair herhangi bir beyanının da olmadığı bildirilmiştir.

31. Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı; yangının çıkış sebebini çeşitli ihtimaller dâhilinde -terörist faaliyetler, intihar, koğuş içi huzursuzluk, kavga vb. sebepler açısından- değerlendirmiş ve sonuç olarak yangının, tutuklu ve hükümlüler tarafından Ceza İnfaz Kurumu idaresine gözdağı vermek ve onları

zor durumda bırakmak amacıyla çıkartıldığı kanaatine ulaşmıştır. Savcılık, ulaştığı bu kanaati şu şekilde açıklamıştır:

"Şanlıurfa Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun C-15 koğuşunda 16.06.2012 günü saat 22:41 sıralarında kasten çıkarılan yangının asıl amacı ve sebebi; ölen F.Y. başta olmak üzere, T.Ş., S.K. yanında hareket eden hükümlü ve tutukluların cezaevi yönetimine gözdağı vermek, idareyi yangın karşısında aciz ve zor durumda bırakmak istemeleridir.

Hükümlü ve tutukluları yangın çıkarmaya götüren olaylar;

- Hükümlü F.Y. önceden işlediği suçlar sebebiyle toplanan cezalarının infaz edilmesine kızmakta, mahkemelerin ve adli birimlerin kendisi ile ilgilenmediğini düşünmektedir. İlgi beklemekte ve dikkat çekmek istemektedir. Koğuşta kalan hükümlü ve tutuklular üzerinde otoritesi bulunmaktadır. Bu sebeple diğerlerini kullanarak koğuştaki yangını teşvik ettiği ve birlikte koğuşu ateşe verdikleri değerlendirilmektedir.

- Ceza infaz kurumu ölenlere 15.06.2012 günü disiplin cezaları vermiştir. Disiplin cezaları resmen ölenlere tebliğ edilmemiş ise de cezaevi infaz koruma memurlarından öğrendikleri düşünülmektedir. Hükümlü ve tutuklular bu disiplin cezasını veren cezaevi idaresini çaresiz bırakmak ve dikkatleri üzerine çekmek ayrıca disiplin cezası verilmesini protesto etmek için yangını çıkardıkları anlaşılmaktadır.

- C-15 koğuşunda kalan ve bütün tutuklu ve hükümlülerin sevdiği A.D.'nin cezaevi idaresi tarafından bu koğuştan alınıp bir başka koğuşa gönderildiği, C-15 koğuşunda kalanların bu yer değişikliğine çok kızdığı, koğuşu bu kızgınlıkla idareyi protesto etmek ve zor durumda bırakmak maksadıyla ateşe vermek istedikleri anlaşılmaktadır. (A.D., koğuş bahçesinde Devlet Ahmet diye yazacak kadar koğuştakilerin sevdiği bir kimsedir.)

- T.Ş.'nin, cezaevi idaresinin bilgisi dışında C-15 koğuşuna getirildiği, idarenin disiplin cezalarını bilgisi dışında koğuş değişikliği sebebiyle verdiği, koğuşta bu değişikliğin huzursuzluk çıkardığı, suç ortaklarının aynı koğuşta idareye rağmen toplanmasının böyle bir toplu harekete yol açtığı ve koğuşta yangın çıkarıldığı düşünülmektedir.

Hükümlü ve tutuklular idareyi aciz bırakmak, gözdağı vermek, dikkat çekmek amacıyla yangını çıkarmışlardır.

Bu yangın çıkarılırken hükümlü ve tutuklular, koğuştaki hiç kimsenin yangında yaralanacağına, boğulacağına ve öleceğine ihtimal vermemişler, yangının idare tarafından kimse zarar görmeden, yaralanmadan ve ölmeden söndürülebileceği veya kendilerinin yangını söndürebileceğini öngörmüşlerdir.

Ancak hükümlü ve tutukluların çıkardığı yangının boyutu çok büyük olduğundan cezaevi imkân ve araçlarıyla kısa sürede yangını söndürmek mümkün olmamıştır.

Yangını başlatan hükümlü ve tutukluların yangını başlatırken hiç istemediği ve öngöremediği, gerçekleşeceğine ihtimal vermedikleri istenmeyen bir netice meydana gelmiştir. Yangını çıkararak üst kata çıkan on üç kişi çıkardıkları yangının dumanında boğulup ölmüştür. Kasten çıkarılmış bir yangının kestirilemeyen, öngörülemeyen ve istenmeyen sonucunda ölümler meydana gelmiştir.

Hükümlü-tutukluları yangın çıkarmaya götüren olayların hiçbirinde idarenin hukuka aykırı, haksız ve mevzuata aykırı bir davranışı tespit edilememiştir."

32. Yapılan soruşturma sonucunda Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı, 6/6/2013 tarihli ve K.2013/5126 sayılı kararıyla yangından sağ kurtulan şüpheliler ve Ceza İnfaz Kurumu personeli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

33. Ceza İnfaz Kurumu personeli hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararında şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

"...

Somut olayda hükümlü ve tutuklular, cezaevinde sağlıksız koşullarda bulundurulduğu için ihmal veya bakımsızlıktan yada bir ihmal sonucu çıkan yangında ölmemişlerdir. Cezaevinde bir koğuşta kalan hükümlü veya tutuklular sağlıksız şartlarda tutulduğu için ölse idarenin doğal olarak ceza sorumluluğu doğardı. Yine cezaevindeki kişilerin ölümleriyle kapasitenin üzerinde doluluğun herhangi bir ilgisi olsa yine ceza sorumluluğu gündeme gelirdi. Oysa somut olay yani yangın, cezaevinde bir koğuştaki hükümlü ve tutuklularca kasten çıkarılmıştır. Kasten çıkarılan yangında cezaevi idarecilerinin doğrudan ceza sorumluluğu doğmamaktadır. Cezaevinin kapasitesinin üzerinde dolu olması, tek başına bir hak ihlali değildir, cezalandırmayı gerektiren tipik bir suç oluşturmamaktadır. Şüpheli sıfatıyla ifadesi alınan cezaevi yöneticilerinin ceza sorumluluğunu doğurabilecek, keyfi uygulama veya kapasite konusunda alınmamış bir tedbir ve norm ihlali tespit edilememiştir.

Diğer yandan cezaevinin kapasitesinin üzerinde dolu olması çıkarılan yangınla doğrudan ilgili bir konu değildir. Ölen hükümlü ve tutuklular cezaevi şartlarını gerekçe göstererek yangını çıkarmamıştır. Yangının cezaevi şartlarından dolayı çıkarıldığına dair iddiayı doğrulayan hiçbir delil yoktur. Cezaevi şartları eleştirilebilir ve kabul edilemez bulunabilir ancak yangının nedeni, ölümlerin sebebi bu olumsuz şartlar değildir, arada bir ilgi bulunmamaktadır.

Cezaevi yönetimi, özel bir muamele yaparak yalnızca C-15 koğuşunda, kapasi-

tesinin çok üzerinde tutuklu ve hükümlüyü kasten bulundurmamaktadır. Cezaevinin, 16.06.2012 günü itibariyle aynı tip her koğuşunda benzer sayıda tutuklu ve hükümlü barındırılmakta, her koğuşta kapasitesinin üzerinde kişi bulundurulmaktadır. C-15 koğuşuna benzer koğuşlarda da hemen hemen aynı sayıda tutuklu hükümlü barındırılmaktadır. Cezaevinde yalnızca C-15 koğuşuna yönelik özel bir "keyfi muamele" olmak üzere bir kapasite üstü kullanım söz konusu değildir.

...

Sünger yatak kullanımı olay anında her türlü cezaevinin genel uygulamasıdır. Cezaevinde hükümlü ve tutukluların kullandığı yatakların süngerden imal edilmiş olmaları şüpheli idarecilerin bir kusuru değildir. Bütün cezaevlerinde aynı türden yatak kullanılmaktadır. Cezaevinde sünger yatak kullanılmasının yangın çıkması olayı ile doğrudan bir ilgisi olmadığından bu konuda kimseye yüklenebilir bir kusur bulunmamaktadır. Uygulama mevzuata ve kişilerin güvenliğine uygun bir tercihtir.

Sünger yerine yanmayan veya daha geç yanan yada yansa bile fazla boğucu gaz ve partikül çıkarmayan maddelerden yatakların imal edilmesinin daha uygun olacağı düşünülmekle birlikte şüphelilerin böyle bir yetkilerinin bulunmadığı gözetilerek ceza hukuk yönüyle bu konuda bir sorumluluklarının bulunmadığı tespit edilmiştir.

...

Ceza İnfaz Kurumunda bulunan personel sayısının yangını söndürmeye yeterli olduğu, yangının başladığı anda nöbetçi infaz koruma memurlarınca fark edildiği, söndürmek için çalışmalara başlandığı, yangının hızla büyümesi, kapının hemen girişinde yatakların kasten yakılması sebebiyle söndürülemediği anlaşılmıştır.

Yangın çıktıktan sonra bir çok infaz koruma memuru yangını söndürmek için çalışmış ve toplam on üç kişi yaralanmıştır. Yaralanmayan infaz koruma personelleri de dikkate alındığında idarenin yangını söndürmek için ciddi gayret gösterdiği, her türlü imkanı kullandığı, C-14 koğuşundaki hükümlü ve tutuklulardan yardım aldığı, süresinde itfaiyeye ve acil sağlık ekiplerine haber verdiği ancak ellerinden gelen çabayı göstermelerine rağmen ölümlerin yine de açıklanan sebeplerle meydana geldiği, olay anında yangını söndürmek için yeterli personel bulunduğu, buna göre şüphelilerin bu konuda suç olarak iddia edilebilecek bir ihmal veya kusurlarının bulunmadığı anlaşılmıştır.

...

Cezaevlerinde yangını dumandan algılayan ve otomatik alarm veren bir sistem, koğuşlarda sigara içilmesi yasak olmadığı için kurulamamaktadır. Koğuşta sigara içilip çıkan dumanın alarm sistemini otomatik devreye sokacağı ve pratikte bu alarmı kurmanın hiç bir fayda sağlamayacağı açıktır.

...

Su hortumunun yangın çıkan koğuşa yetişmediği, başka bir hortumun kesilerek eklendiği ve yangına müdahale edildiği tespit edilmiştir.

Su hortumunun yangın çıkan koğuşa yetişmemesi, ekleme yapılması, her tür söndürme gayretine rağmen ölümlerin meydana gelmesi karşısında, nedensel bir değer taşımamaktadır. Yangın söndürme suyu hortumu koğuşa yetişse bile sonucu tek başına değiştirecek ölümleri önleyecek değildir. Yangın, kasten hükümlü/tutuklularca çıkarılmıştır. Büyük bir yangında cezaevindeki su hortumunun yeterli olamaması, yangının meydana geldiği koğuşa ulaşmaması, önceden yangın tatbikatları sırasında bu eksikliğin fark edilip giderilmemesi, ilgililer yönünden ceza hukuku reaksiyonunu gerektirecek kadar yeterli haksızlık derecesini karşılamaması sebebiyle bir disiplin fiilidir. Su hortumunun yetişmediğini tatbikatlarda test etmeyen ilgililerin ölüm neticesinden değil, disiplin fiilleri nedeniyle cezalandırılması gerekir. Disiplin cezasının gerektiren bu fiilin suç oluşturmadığı kanaatine varılmıştır.

...

İdarenin bazı hükümlü ve tutukluların koğuşlarını değiştirmesi kararı, bu çapta protesto etmeyi gerektirecek önemde bir husus değildir. Yangını başlatanlardan S.K.'nin içe kapanık ve bozuk ruh hali ve F.Y.'nin aldığı mahkûmiyetlere kızması, durumuyla ilgilenilmediğini düşünmesi ve sıkıntılı depresif ruh hali dikkate alındığında idarenin hiç bir fiilinin gerçekte yangına sebep olmadığı ve idareci şüphelilerin olayda bir kusurunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yangının başlatılmasını doğuran sebepleri cezaevi idaresinin hazırlamadığı, yönetici şüphelilerin iradesi dışında gerçekleştiği ve ceza sorumluluğunun doğmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak yangında ceza sorumluluğu olduğu iddia edilen cezaevinin yöneticisi şüphelilerin yukarıda sıralanan fiillerinin kanunda suç olarak tanımlanmadığı, tipiklik unsurunun bulunmadığı, gerçekleşen neticeye yönelik nedensellik bağı bulunan hiç bir taksirli hareketlerinin olmadığı, kasten ölenlerin başlattığı yangında, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince, ceza sorumluluklarının doğmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır."

34. Yangından sağ kurtulan şüpheliler hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının gerekçesi ise şöyledir:

"...Soruşturma sırasında gözlemlenen duruma ve sağ kurtulan şüphelilerin ifadeleri arasındaki tutarlılığa, olay yerinde elde edilen delillerle bu ifadelerin uyuşmasına göre, yangından sağ kurtarılan şüphelilerin beyanlarının doğru ve gerçek olduğu kanaatine varılmıştır. Yangından kurtarılmaları tamamen tesadüfi şanslarına gelişen bir olaydır.

Yangından sağ kurtarılan şüpheliler, kasten yangını çıkarmamış ve diğerlerini kasten yakarak öldürmemişlerdir. Suç sayılabilecek hiç bir aktif veya pasif hareket içerisinde bulunmadıkları, gerçekte suçtan etkilendikleri ve mağdur oldukları, olayın faili olmadıkları sonuç ve kanaatine varılmıştır. Yangından sağ olarak kurtarılanların, ölenlerin çıkardıkları yangın fiiline iştirak ettiklerine dair makul şüpheyi doğrulayan hiç bir delil elde edilemediğinden ayrı ayrı haklarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir..."

35. Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığınca verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yapılan itiraz, Adıyaman 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 31/7/2013 tarihli ve 2013/2043 Değişik İş sayılı kararıyla reddedilmiştir.

36. Bu karar 9/9/2013 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

37. Başvurucu 25/9/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

5. Yangına İlişkin Yürütülen Disiplin Soruşturması Süreci

38. Bakanlık tarafından başvuru konusu olaya ilişkin sunulan görüşte, olayın ardından yürütülen disiplin soruşturmasına ilişkin şu bilgilere yer verilmiştir:

39. Ceza İnfaz Kurumunun olayın meydana geldiği tarihteki birinci müdürü hakkında başlatılan disiplin soruşturmasında önce 1/8 oranında aylıktan kesme cezası verildiği, ardından bu karara yapılan itiraz üzerine Adalet Bakanlığı Disiplin Kurulu Başkanlığının 27/3/2014 tarihli ve 301 sayılı kararıyla itirazın kabul edilerek söz konusu cezanın ortadan kaldırıldığı anlaşılmıştır.

40. Ayrıca olayın ardından Ceza İnfaz Kurumu ikinci müdürü, bir infaz ve koruma başmemuru, on bir infaz ve koruma memuru hakkında da disiplin soruşturması başlatılmış; yapılan disiplin soruşturması sonucunda anılan görevliler hakkında disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

6. Başvurucu ile Bakanlık Arasındaki Uzlaşma

41. Başvuru konusu olayda yaşamını yitiren Y.E.nin annesi (başvurucu) ve diğer kardeşleri ile Bakanlık arasında 5/11/2012 tarihinde uzlaşma yoluna gidilmiş ve başvurucu anne için 30.000 TL maddi ve 45.000 TL manevi olmak üzere toplam 75.000 TL, müteveffanın üç kardeşinden her biri için ise 10.000 TL manevi tazminat ödenmesi konusunda sulh olunmuştur.

42. 26/9/2011 tarihli ve 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK) gereği yapılan uzlaşma kapsamında tutulan tutanakta "*sulh olunan miktarın bu tutanağın imzalandığı tarihten itibaren*

2 (iki) ay içinde veya daha sonradan icra yoluyla ilgililere idarece ödenmesi halinde uzlaşmayı kabul edenler tarafından maddi veya manevi tazminat istemi ile ilgili ulusal veya uluslar arası mahkemelerde herhangi bir dava açılamayacak ve talepte bulunulamayacaktır." ifadesine yer verilmiştir.

B. İlgili Hukuk

43. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi*" başlıklı 153. maddesinin ilgili hükümleri şöyledir:

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

(2) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir.

...

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

(4) Müdafi, 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."

44. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili hükümleri şöyledir:

"(1) Hapis cezalarının infaz rejimi, aşağıda gösterilen temel ilkelere dayalı olarak düzenlenir:

a) Hükümlüler ceza infaz kurumlarında güvenli bir biçimde ve kaçmalarını önleyecek tedbirler alınarak düzen, güvenlik ve disiplin çerçevesinde tutulurlar.

b) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir.

...

f) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur.

..."

45. 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanun'un " *Tütün ürünlerinin yasaklanması*" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili hükümleri şöyledir:

" (1) Tütün ürünleri;

a) Kamu hizmet binalarının kapalı alanlarında,

b) Koridorları dahil olmak üzere her türlü eğitim, sağlık, üretim, ticaret, sosyal, kültürel, spor, eğlence ve benzeri amaçlı özel hukuk kişilerine ait olan ve birden çok kişinin girebileceği (ikamete mahsus konutlar hariç) binaların kapalı alanlarında,

c) Hususi araçların sürücü koltukları ile taksi hizmeti verenler dâhil olmak üzere karayolu, demiryolu, denizyolu ve havayolu toplu taşıma araçlarında,

ç) Okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında,

d) Özel hukuk kişilerine ait olan lokantalar ile kahvehane, kafeterya, birahane gibi eğlence hizmeti verilen işletmelerde,

tüketilemez.

(2) Ancak;

a) Yaşlı bakım evlerinde, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde, cezaevlerinde,

…

tütün ürünleri tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir. Bu alanlara onsekiz yaşını doldurmamış kişiler giremez."

46. 659 sayılı KHK'nın "*İdari uyuşmazlıkların sulh yoluyla halli ve vazgeçme yetkileri*" başlıklı 12. maddesi şöyledir:

"(1) İdari işlemler dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia edenler idareye başvurarak, uğramış oldukları zararın sulh yoluyla giderilmesini dava açma süresi içinde isteyebilirler. İdari eylemler nedeniyle hakları ihlal edilenlerce, idari dava açmadan önce 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca yapılan başvurular da sulh başvurusu olarak kabul edilir ve bu maddede yer alan hükümler çerçevesinde incelenir.

(2) Sulh istemine ilişkin başvuru, işlemeye başlamış olan dava açma süresini durdurur. Başvuru sonuçlanmadan dava açılamaz.

(3) Sulh başvurularının altmış gün içinde sonuçlandırılması zorunludur. Sulh başvurusu altmış gün içinde sonuçlandırılmamışsa istek reddedilmiş sayılır.

(4) Sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilir. Bu Kanun Hükmünde Kararnameye uygun olarak yapılan ve idare tarafından reddedilmeyen başvurular, hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna gönderilir. Hak ihlaline neden olan birden fazla idarenin varlığı halinde, ortak hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu oluşturulabilir.

(5) Sulh başvurularının incelenmesinde, başvurunun konusu, zarara yol açan olay ve nedenleri, zararın idari eylem veya işlemden doğup doğmadığı ve meydana geliş şekli, idarenin tazmin sorumluluğunun olup olmadığı, zararın miktarı ve ödenecek tazminat tutarı tespit edilir. Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonu tarafından, bilirkişi incelemesi dahil olmak üzere gerekli her türlü araştırma ve inceleme yapılır, olayla ilgili bilgisi bulunan kişiler dinlenebilir.

(6) Hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonunun inceleme sonunda hazırlayacağı rapor 11 inci madde uyarınca karar vermeye yetkili mercilere sunulur. Bu mercilerin sulh başvurusunu kabul etmesi halinde başvuru sahibine, hazırlanan sulh tutanağının imzalanması için en az onbeş günlük süre verilir. Davet yazısında, belirtilen tarihte gelmesi veya yetkili temsilcisini göndermesi gerektiği, aksi takdirde sulh tutanağını kabul etmemiş sayılacağı ve yargı yoluna başvurarak zararının tazmin edilmesini talep etme hakkının bulunduğu belirtilir.

(7) Tazminat miktarı ve ödeme şekli üzerinde idare ve istemde bulunanın sulh olmaları halinde buna ilişkin bir tutanak düzenlenir ve taraflarca imzalanır. Bu tutanak ilam hükmündedir. Sulh olunan miktar idare bütçesinden ödenir. Vadeye bağlanmamış alacaklarda tutanağın imzalandığı tarihten itibaren iki aylık sürenin dolmasından, vadeye bağlanmış alacaklarda ise vadenin dolmasından önce tutanak icraya konulamaz.

(8) Sulh tutanağının kabul edilmemesi veya kabul edilmemiş sayılması hallerinde bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek bir örneği ilgiliye verilir.

(9) Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz.

(10) Bu madde kapsamındaki idari uyuşmazlıkların sulhen halli ile idari davaların açılmasından, takibinden, davayı kabul ve feragatten, kanun yollarına başvurulmasından vazgeçilmesi, 11 inci maddede belirtilen esaslara ve tutarlara göre belirlenir."

47. 20/3/2006 tarihli ve 2006/10218 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" başlıklı 5. maddesinin şöyledir:

"(1) Hapis cezalarının infaz rejimi, aşağıda gösterilen temel ilkelere dayalı olarak düzenlenir:

a) Hükümlüler, kurumlarda, güvenli bir biçimde ve kaçmalarını önleyecek tedbirler alınarak düzen, güvenlik ve disiplin çerçevesinde tutulurlar,

b) Kurumlarda, hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, 5275 sayılı Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir,

c) Cezanın infazında hükümlünün iyileştirilmesi hususunda mümkün olan araç ve olanaklar kullanılır. Hükümlünün kanun, tüzük ve yönetmeliklerle tanınmış haklarının dokunulmazlığını sağlamak üzere cezanın infazında ve iyileştirme çabalarında kanunîlik ve hukuka uygunluk ilkeleri esas alınır,

d) İyileştirmeye gereksinimleri olmadığı saptanan hükümlülere ilişkin infaz rejiminde, bu hükümlülerin kişilikleriyle orantılı bireyselleştirilmiş programlara yer verilmesine özen gösterilir ve bu hususlar yönetmeliklerde düzenlenir,

e) Cezanın infazında adalet esaslarına uygun hareket edilir. Bu maksatla kurumlar, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin verdiği yetkilere dayanarak nitelikli elemanlarca denetlenir,

f) Kurumlarda, hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur,

g) Hükümlünün, infazın amacına uygun olarak mevzuat hükümlerine uyması zorunludur,

h) Kanunlarda gösterilen tutum, davranış ve eylemler ile kurum düzenini ihlâl edenler hakkında 5275 sayılı Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır. Disiplin cezalarına karşı disiplin soruşturmasında yapılan savunma ve itirazlarda aynı Kanunun gösterdiği esas ve usuller uygulanır."

48. Anılan Tüzük'ün "*İçki, uyuşturucu maddeler ve sigara yasağı*" başlıklı 130. maddesinin ilgili hükümleri şöyledir:

"Alkollü içkiler içmek, esrar, afyon, morfin veya bu gibi uyuşturucu maddeler kullanmak yasaktır.

Yatılan yerlerde, atelyelerde ve okulda sigara içmek yasaktır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

49. Mahkemenin 4/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 25/9/2013 tarihli ve 2013/7586 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

50. Başvurucu, 16/6/2012 tarihinde Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda meydana gelen yangında aralarında oğlunun da bulunduğu on üç kişinin hayatını kaybettiğini, oğlunun yangının çıkmasından yaklaşık on gün önce idareye dilekçe vererek "*bulunduğu koğuşta sürekli kavga olduğunu ve korktuğunu*" belirtip koğuşunun değiştirilmesini istediğini, ayrıca olaydan bir hafta önce Cezaevi telefonundan kendisini arayarak "*koğuşunun sıkıntılı olduğunu, değiştirilmesini istediğini, ancak değiştirilmediğini, başına geleceklerden korktuğunu*" söylediğini, Savcılık tarafından bu konuda herhangi bir araştırma yapılmadığını, soruşturmadaki çelişkilerin giderilmediğini, ayrıca yasal koşulları oluşmadığı hâlde uzun bir süre soruşturma dosyasına erişimin engellendiğini, Cezaevi yönetiminin ise gerek yangının çıkmasına engel olacak tedbirleri almaması gerekse de yangına zamanında müdahale etmemesi nedeniyle kusurlu olduğunu, bu şartlar altında etkili bir soruşturma yapılmaksızın kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, anılan karara yaptıkları itirazın da gerekçesiz olarak reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 12., 17., 19. ve 141. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlalin tespiti ile manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

51. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).Somut olayda başvurucu her ne kadar Anayasa'nın 19. ve 141. maddelerinde tanımlanan haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmüşse de başvurucunun bu yöndeki şikâyetleri Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında incelenecektir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

52. Yaşam hakkına yönelik yapılacak bir incelemede öncelikle başvurucunun, başvuru ehliyeti ve ihlal iddiasının incelenmesinde menfaatinin bulunup bulunmadığı denetlenmelidir. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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 etkilenen-

lerin 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 ölen kişilerin mağdur olan yakınları tarafından yapılabilecektir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41). Somut olayda başvurucu, başvuru konusu olayda ölen kişinin annesi olup başvuru konusu olaya ilişkin yürütülen ceza soruşturmasına etkin bir şekilde katılmış ve soruşturma sürecini takip etmiştir. Bu nedenle gerçekleşen ölüm olayı ile ilgili yürütülen soruşturmanın, Anayasa'nın 17. maddesindeki yaşam hakkının ihlali niteliğinde olduğunun tespitinde başvurucunun meşru menfaati olacağı anlaşıldığından başvuruda, başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik görülmemiştir.

53. Başvuru konusu olayda, kamu görevlilerince müteveffanın yaşamını korumak için gerekli önlemlerin alınmaması ve ölüm olayına ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönünde başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların, 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülmektedir. Bunun sonucunda başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

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

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

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

56. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbiriyle 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, §§ 50, 51).

57. 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 52).

58. Başvuru konusu olayda başvurucu, kamu görevlilerince müteveffanın yaşamını korumak için gerekli önlemlerin alınmadığı ve ölüm olayına ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediği ileri sürmektedir. Bu nedenle başvurucunun yaşam hakkının ihlaline ilişkin iddialarının -yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde- devletin, müteveffanın yaşamını koruma konusunda gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü ile ölüm olayına ilişkin etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

a. Yaşamı Korumak İçin Gerekli Tedbirlerin Alınmadığı İddiası Yönünden

59. Başvurucu, Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda çıkan yangında Cezaevi yönetiminin, gerek yangının çıkmasına engel olacak tedbirleri almaması gerekse de yangına zamanında müdahale etmemesi nedeniyle kusurlu olduğunu ileri sürmüştür.

60. Bakanlığın görüş yazısında, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetler değerlendirilirken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) devletin yaşamı koruma yükümlülüğünü devletin egemenlik alanında bulunan kişilerin yaşamlarının korunması için uygun tedbirlerin alınmasını da kapsayacak şekilde yorumladığı belirtildikten sonra konuya ilişkin kararlarına yer verilmiştir. AİHM'in bu konudaki kararlarında, bireyin kendisine karşı bir risk oluşturduğunu biliyor olması veya bilmesi gerektiği hâlde makul tedbirleri almamasının devlete sorumluluk yükleyeceği, bu itibarla her türlü özgürlükten mahrum olmanın -doğası gereği- tutuklu veya hükümlü kişinin psikolojisinin bozulmasına neden olduğu ve dolayısıyla kişinin kendisine zarar verme riskini artırabileceği, bu yüzden ulusal mevzuatların; cezaevi yetkililerine bu kişiler hakkında daha duyarlı ve dikkatli olma görevi yüklediği, tutuklu veya hükümlü kişilerin hayatlarının tehlikeye atılmasını önleyici tedbirler getirdiği belirtilmiştir. Bununla birlikte modern toplumlarda güvenlik sağlama hususundaki zorluklar, insan davranışlarının tahmin edilemezliği ve öncelikler ile kaynaklar açısından yapılması gereken

operasyona ilişkin seçimler dikkate alındığında pozitif yükümlülük kapsamının, yetkililere imkânsız veya orantısız bir yük getirmeyecek şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir.

61. Bakanlığın görüş yazısında ayrıca mağdur sıfatının ortadan kalkmasının, özellikle ihlal edildiği ileri sürülen hakkın niteliği ve ihlali tespit eden kararın gerekçesi ile bu kararın ardından ilgili açısından uğradığı zararın varlığının devam edip etmediğine bağlı olduğu vurgulanmıştır. Başvuruculara sunulan telafi imkânının uygun ve yeterli olup olmadığı kararı, söz konusu anayasal temel hak ve özgürlüğün niteliğini göz önünde bulundurularak dava koşullarının tamamının değerlendirilmesi sonucunda verilebilecektir. Bu çerçevede bir başvurucunun mağdur sıfatı, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi önünde işaret ettiği durum için idari veya yargısal bir kararla kendisine ödenmesine karar verilen tazminata da bağlı olabilecektir.

62. Bakanlığın görüş yazısında, somut olaya ilişkin olarak başvurucu ile Bakanlık arasında imzalanan uzlaşma tutanağında olaya ilişkin adli soruşturmanın uzlaşma tarihi itibarıyla devam etmekte olduğu, bu nedenle henüz kusur tespiti yapılmadığı ancak idarenin bir kusuru olmasa dahi hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ve idari yargı makamları önünde olayın dava konusu yapılmasına mahal verilmemesi için 659 sayılı KHK uyarınca sulh yoluna gidildiği belirtilerek başvurucuya 30.000 TL maddi ve 45,000 TL manevi tazminat ödendiği bilgisine yer verilmiştir.

63. Başvurucu Bakanlığın görüş yazısına karşı sunduğu dilekçede, özetle Ceza İnfaz Kurumunda meydana gelen yangının Kurum şartlarının kötü olmasından kaynaklandığına yönelik iddialarını tekrar etmiştir.

64. Devletin -yaşam hakkını koruma konusundaki pozitif yükümlülüğü kapsamında- yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse de kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (bkz. § 56).

65. Bu kapsamda bazı özel koşullarda devletin, kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 74). Cezaevlerinde gerçekleşen ölüm olayları için de geçerli olabilecek bu yükümlülüğün ortaya çıkması için cezaevi yetkililerinin, 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 ken-

dilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerekmektedir (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, B. No: 2013/6979, 20/5/2015, § 72; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Keenan/Birleşik Krallık*, B. No: 27229/95, 3/4/2001, § 92, *Tanrıbilir/Türkiye*, B. No: 21422/93, 16/11/2000, § 72). Ancak özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi göz önüne alındığında pozitif yükümlülük, yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*,§ 74). Bu çerçevede Anayasa Mahkemesince yapılacak incelemede basit bir ihmali veya değerlendirme hatasını aşan bir kusurun cezaevi yetkililerine atfedilebilip atfedilemeyeceğinin ortaya konulması gerekmektedir.

66. Tutuklanan veya hürriyeti bağlayıcı cezasının infazına başlanan kişilerin -daha önce sahip oldukları pek çok özgürlükten mahrum kalmaları ve günlük yaşamlarında ciddi nitelikte bir değişim yaşamalarının doğal bir sonucu olarak- ruh sağlıkları bozulabilmekte, dolayısıyla kırılgan ve korumasız bir konumda bulunan bu kişilerin kendilerine zarar verme riski artabilmektedir. Bu nedenle yasal ve ikincil düzenlemelerin; cezaevi yetkililerine bu kişiler hakkında daha duyarlı ve dikkatli olma görevi yüklemesi, tutuklu veya hükümlü kişilerin hayatlarının tehlikeye atılmasını önleyici tedbirler alınmasını sağlaması gerekmektedir. Bu amaçla öncelikle cezaevinde kalan kişilerin davranışlarının ve sağlık durumlarının takip edilmesi, gerektiğinde bu kişiler için doktor muayenesine başvurulması, diğer yandan kendisine zarar verme konusunda meyli olduğu anlaşılanlar açısından kendileri için en uygun yerlerde kalmalarının temin edilmesi gerekmektedir (*Mehmet Kaya ve Diğerleri*, § 73; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Keenan/Birleşik Krallık*, § 90, 91, *Tanrıbilir/Türkiye*,§ 74).

67. 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. Ancak bu yükümlülük her olayda mutlaka ceza soruşturması yürütülmesini gerektirmemektedir. İhmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, §§ 55, 59).

68. Öte yandan ihmal suretiyle meydana gelen ölüm olaylarında devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dik-

katsizliği aşan bir ihmali olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 60)

69. Somut olayda Ceza İnfaz Kurumunun fiziki yeterliliği, C-15 koğuşunda kalan tutuklu ve hükümlülerin psikolojik durumları hakkındaki tespitler ve yangının hemen ardından alınan bilirkişi raporlarındaki değerlendirmeler dikkate alındığında Ceza İnfaz Kurumunun aşırı kalabalık olması, koğuş içerisinde ve koridorlarda kamera bulunmaması, yine koğuşlarda yangını algılayacak nitelikte bir alarm sisteminin bulunmaması, koğuşta bulunan bazı eşyaların hızlı yanma özelliğine sahip olması ve yangın hortumunun yanan koğuşa kadar uzanmaması gibi olguların, devletin kontrolü altında bulunan kişilerin yaşamını koruma konusundaki pozitif yükümlülüğüne etkisini değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim başvuru konusu olayda devlete atfedilebilecek basit bir ihmali veya değerlendirme hatasını aşan bir kusurun varlığı, ancak söz konusu değerlendirmenin yapılması neticesinde ortaya çıkarılabilecektir.

70. Olaya ilişkin yürütülen soruşturma sonucunda Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığınca yangının çıkış sebebinin tutuklu ve hükümlüler tarafından Ceza İnfaz Kurumu idaresine gözdağı vermek ve onları zor durumda bırakmak olduğu sonucuna ulaşılmış, gerçekten de yangının çıktığı tarihten önceki günlerde C-15 koğuşunda çeşitli huzursuzluklar yaşanmıştır. Örneğin 8/6/2012 tarihinde başvurucunun oğlu Y.E. ile B.Ş. kavga etmiş ve her ikisi de 2 ay süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılma cezası almıştır. Daha sonra 15/6/2012 tarihinde yani yangından bir gün önce, aralarında başvurucunun oğlunun da bulunduğu pek çok tutuklu ve hükümlünün birbiri ile sözlü tartışmaları, oda kapısına tekme atmaları, müşahede odasına gönderilen Y.E.'yi istemekte ısrarlı tutum ve davranışlar sergilemeleri neticesinde Cezaevi disiplinini bozucu bazı eylemler gerçekleşmiştir. Bunların dışında yürütülen soruşturma kapsamında C-15 koğuşunda yaşanan ve koğuşun huzur ve güvenliğini olumsuz etkileyen başka bazı olaylar da tespit edilmiştir (bkz. § 31).

71. Somut olayda olayın genel gelişimine bakıldığında müteveffalardaki yangın çıkarma konusundaki iradenin, çok dar bir zamanda ortaya çıktığı ve eyleme geçirildiği anlaşılmaktadır. Ancak yangının müteveffalar tarafından çıkartılmış olması, devletin denetimi ve gözetimi altında bulunan tutuklu

ve hükümlülerin vücut bütünlüklerinin korunması kapsamında Cezaevinde yangın ihtimaline karşı alınması gereken tedbirlere ilişkin ayrı bir değerlendirme yapılmasını engellemeyecektir. Bu çerçevede C-15 koğuşunun sürekli şekilde disiplin olaylarının gerçekleştiği bir koğuş olması, ayrıca koğuşta kapasitenin çok üzerinde tutuklu ve hükümlünün barındırılıyor olması, Cezaevi yetkililerine tutuklu ve hükümlülerin yaşamını koruma konusunda yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğünü daha da artırmaktadır. Zira disiplin olaylarının sıklıkla yaşandığı C-15 koğuşunda tutuklu ve hükümlüler tarafından Cezaevinin güvenliğini tehlikeye sokacak nitelikte bir eylemin gerçekleştirilebileceği öngörülebilir bir durumdur.

72. Devletin -cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin ruhsal anlamda kırılgan bir yapıya sahip olabilecekleri de düşünüldüğünde- olası bir tehlike anında bu kişilerin güvenliğinin yeterli ölçüde sağlanması konusunda gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Söz konusu yükümlülük, olası risklerin tutuklu ve hükümlülerin kasıtlı fiilleriyle veya ihmalleriyle gerçekleşmesinden bağımsız şekilde alınması gereken tedbirlere ilişkindir. Bu kapsamda ceza infaz kurumlarının inşası, organizasyonu, iç işleyişinin düzenlenmesi ile teknik ve fiziki yeterliliği konusunda görevlendirilmiş kamusal makamların, cezaevlerinin güvenliği konusunda gerekli tedbirleri alması beklenir. Yangın gibi vücut bütünlüğünün korunması noktasında ciddi bir tehlike oluşturan olaylar açısından da olaya hızlıca müdahale edilip tutuklu ve hükümlülerin tehlikeli alandan kısa sürede uzaklaştırılmalarına imkân sağlayacak uygun araçların temin edilmesi gerekmektedir. Yaşanacak bu tip tehlikeli olaylarda ciddi sonuçların meydana gelmesini engellemek adına yapısal eksikliklerin önceden öngörülmesi ve gerekli tedbirlerin alınması büyük bir öneme sahiptir.

73. Şanlıurfa Ceza İnfaz Kurumunda meydana gelen yangın açısından da somut olayın mevcut koşullarına bakıldığında yangın ihtimaline karşı etkili bir müdahalenin sağlanması ile tutuklu ve hükümlülerin tehlikeli alanlardan bir an önce uzaklaştırılması konusunda öngörülmesi beklenebilecek bazı eksikliklere rastlanmaktadır.

74. Yangının ardından alınan bilirkişi raporlarında, C-15 koğuşunda bulunan bazı eşyaların hızlı yanma ve zehirleme özelliğine sahip olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede anılan raporlarda koğuşta battaniye, sünger yatak ve duvarlarda yağlı boya bulunmasının yangını hızlandırıcı ve kontrol altına alınmasını güçleştirici bir etki oluşturduğundan bahsedilmiştir. Cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin günlük yaşamlarında ciddi nitelikte bir değişim yaşamalarının doğal bir sonucu olarak kırılgan bir yapıya bürünmeleri ve kendilerine veya başkalarına zarar verme riski olduğu gerçeği karşısında

devletin, cezaevinde kalan tutuklu ve hükümlülerin kullanımına verilecek eşyalar konusunda daha hassas davranması gerektiğinden bahsedilebilecektir. Bu çerçevede Ceza İnfaz Kurumu idaresince tercih edilen eşyaların çabuk yanıcı ve zehirleyici nitelikte olması, tutuklu ve hükümlülerin vücut bütünlüğünün korunması hususunda potansiyel bir risk oluşturmaktadır.

75. Ceza İnfaz Kurumunda yer alan oda ve koğuşlar ile koridorlarda güvenlik kamerası sistemi bulunmamaktadır. Oda ve koğuşlarda güvenlik kamerası bulunmamasının özel hayatının gizliliğinin korunması amacına hizmet ettiği kabul edilmekle birlikte koridorlarda kamera sisteminin bulunmaması, olası bir tehlikenin fark edilip daha çabuk müdahalede bulunulabilmesini engelleyici niteliktedir.

76. Ayrıca Kurumda yangını algılayacak nitelikte bir alarm sistemi de yoktur. Soruşturma dosyasında bu durumun sebebi olarak koğuşlarda sigara içmenin yasak olmaması nedeniyle yangın alarmı takılmasının pratik bir faydasının bulunmayacağı gösterilmiştir. Oysa 4207 sayılı Kanun, kural olarak cezaevlerindeki kapalı bölümlerde tütün ürünlerinin tüketilmesini yasaklamakla birlikte istisnai olarak anılan ürünlerin tüketilebileceği alanların oluşturulabileceğini düzenlemiştir. Somut olayda ise Ceza İnfaz Kurumunda hangi bölgelerde sigara içilebileceğine yönelik bir uygulama saptanamamıştır. Yangını algılayacak nitelikte bir alarm sisteminin somut olay açısından taşıdığı önem dikkate alındığında bu yöndeki bir belirsizliğin ciddi riskler taşıdığı açıktır.

77. Meydana gelen olayda, su hortumunun yangın çıkan koğuşa yetişmediği ve bu nedenle başka bir hortumun kesilerek diğer hortuma eklenmesi suretiyle yangına müdahalede bulunulduğu tespit edilmiştir. Cezaevinde belirli aralıklarla yangın söndürme tatbikatı yapıldığı, en son tatbikatın ise yangından yaklaşık 6 ay önce yapıldığı, anılan tatbikatlarda yangın hortumunun C-15 koğuşuna ulaşmada yetersiz kaldığının tespit edilmesinin beklenebilecek bir durum olduğu, dolayısıyla bu eksikliğin giderilmemesi noktasında da bir kusurdan bahsedilebileceği değerlendirilmektedir. Bu bağlamda yangının büyüklüğü karşısında anılan yangın hortumuyla yapılacak müdahalenin meydana gelen sonuç açısından nedensel bir değer taşımadığına ilişkin tespit, çok kısa bir sürenin bile meydana gelebilecek olası sonuçları önleme konusunda büyük bir etkiye sahip olabileceği bu tür olaylarda devletin yaşam hakkı kapsamında alması gereken tedbirler konusundaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

78. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde disiplin olaylarının sıklıkla yaşandığı C-15 koğuşundaki tutuklu ve hükümlülerin Ceza İnfaz Kurumunun güvenliğini tehlikeye sokabilecek eylemlerde bulunabileceklerine dair

öngörülebilir belirtiler bulunmasına rağmen bu konuda gerekli tedbirlerin alınmadığı görülmektedir. Bu kapsamda Ceza İnfaz Kurumunda kullanılan eşyaların çabuk yanıcı ve zehirleyici özellikte olması, yangın ihtimaline karşı daha hızlı ve etkili müdahalede bulunulabilmesi için koğuşlarda yangını haber veren alarm sistemi, koridorlarda ise kamera sistemi bulunmaması, Kurumda bulunan yangın hortumunun da belirli aralıklarla yapılan yangın söndürme tatbikatlarına rağmen C-15 koğuşuna ulaşabilecek uzunlukta olmaması ve somut olayın gerçekleşme koşulları birlikte değerlendirildiğinde yangının çıkmasının engellemesi, yangının ardından tutuklu ve hükümlülerin hızlı ve güvenli bir şekilde tahliyelerinin sağlanmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınması ve yangına etkili şekilde müdahale edilebilmesine yarayacak uygun araçların sağlanması konusundaki eksikliklerin giderilmemesi nedeniyle ciddi ihmallerin bulunduğu ve bu ihmallerin basit bir dikkatsizliği veya değerlendirme hatasını aştığı anlaşılmıştır. Bu nedenle müteveffanın yaşamını korumak için gerekli önlemlerin alınmamasına ilişkin şikâyetlerin, başvurucu lehine hükmedilecek bir tazminatla giderilebilecek nitelikte olmadığı (bkz. § 68) değerlendirilmiştir.

79. Açıklanan nedenlerle yaşam hakkının gerektirdiği yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

80. Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

b. Yaşam Hakkı Kapsamında Yürütülen Ceza Soruşturmasının Etkili Olmadığı İddiası Yönünden

81. Başvurucu, Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda çıkan yangında oğlunun hayatını kaybettiğini, bu olaya ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediğini, soruşturma dosyasına erişiminin hukuka aykırı olarak engellendiğini ve soruşturma sonucunda verilen karara yaptığı itirazın gerekçesiz olarak reddedildiğini ileri sürmüştür.

82. Bakanlığın konu hakkındaki görüş yazısında, 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; soruşturmanın, ölenin ailesinin meşru çıkarlarının korunması için yeterli ölçüde kendilerine açık olması, makul bir hızlılık içinde yürütülmesi, sorumluların belirlenmelerine ve gerekirse cezalandırılmalarına imkân verecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir.

83. Bakanlık görüşünde, yine AİHM kararlarına dayanılarak somut olayda varılan sonuçla ilgili değil, bu sonucu doğuran araçlarla ilgili bir yükümlülü-

ğün 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 belirtilmiştir.

84. Bakanlık görüşünde mevcut başvuru ile ilgili olarak olay sonrasında Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatıldığı, yangın sonucunda ölen tutuklu ve hükümlülerin ölü muayene ve otopsi işlemlerinin yapıldığı, yangının çıkış nedenine yönelik olarak farklı uzmanlık alanlarına sahip kişilerden bilirkişi raporları alındığı, olayla ilgili bilgi sahibi olabilecek hükümlü ve tutuklular ile ilgili kurum memuru ve müdürlerinin ifadelerine başvurulduğu, başvurucunun da müşteki sıfatıyla ifadesinin alındığı, yapılan soruşturma sonucunda Ceza İnfaz Kurumu görevlileri ve yangından sağ kurtulan şüpheliler hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verildiği ve bu karara başvurucu tarafından yapılan itirazın da reddedildiği belirtilmiştir.

85. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyan dilekçesinde somut olaya ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediğini, müteveffanın koğuşunun değiştirilmesi yönünde bir talebinin olmadığına dair Bakanlık görüşünün kuşku ile karşılandığını, zira idarenin kendi aleyhine olan bir dilekçenin ortaya çıkmasını istemeyeceğini, soruşturma kapsamında verilen gizlilik kararının hukuka aykırı olduğunu, gizlilik kararının kapsamı dışında olan bilirkişi raporları ve kendi ifadesinin yer aldığı tutanağı yazılı olarak talep etmesine rağmen soruşturmayı yürüten savcı tarafından dilekçeye derkenar yazılmak suretiyle bu talebinin reddedildiğini, anılan ret yazısının soruşturma dosyasında olduğunu ancak dosya kendisine verilmediğinden bu yazıya ulaşamadığını, ayrıca Şanlıurfa Cezaevinde meydana gelen olayın Cezaevinin bağlı bulunduğu Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturulması nedeniyle soruşturmanın tarafsız olarak yürütülemediğini ifade etmiştir.

86. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesini gerektirmektedir. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir resmî soruşturma yürütmekle

yükümlüdür. *(Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54). Bu usul yükümlülüğünün gerektiği şekilde yerine getirilmemesi hâlinde 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 *(Salih Akkuş*, B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 29).

87. 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 başvuruculara üçüncü tarafları belirli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı verdiği veya devlete tüm yargılamaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmemektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 56).

88. Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğini temin adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlatabilecek, sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekmektedir (*Serpil Kerimoğlu ve Ddiğerleri*, § 57, *Sadık Koçak ve diğerleri*, § 94).

89. Ölüm olayına ilişkin yapılacak etkili bir soruşturma kapsamında yetkililerin; tanıklarının ifadelerinin alınması, bilirkişi incelemeleri ve gerektiğinde yaralanmalar ile ilgili eksiksiz ve detaylı bir rapor hazırlanmasına imkân verecek otopsinin yapılması, ölüm sebebinin objektif analizinin yapılması ve söz konusu olaylarla ilgili kanıtların elde edilmesi için mümkün olan tüm tedbirlerin alması gibi işlemleri yapmaları gerekmektedir. Ölüm sebebinin veya olası sorumlulukların tespit edilmesini olumsuz yönde etkileyecek nitelikteki her türlü eksiklik, etkili bir soruşturma yürütülmesi açısından risk teşkil edebilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], B. No: 23458/02, 24/3/2011, § 301; *Mehmet Köse/Türkiye*, B. No: 10449/06, 1/4/2014, § 64).

90. Ayrıca soruşturmada görevli kişilerin olaylara karışan veya karıştığından şüphelenilen kişilerden bağımsız olmaları gerekir. Bu durum sadece hiyerarşik veya kurumsal bir bağlantı bulunmamasını değil, aynı zamanda somut bir bağımsızlığı da gerektirmektedir (*Cemil Danışman,* B. No: 2013/6319, 16/7/2014, § 96; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Anguelova/Bulgaristan*, B. No: 55721/07, 13/9/2002, § 138).

91. 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 ek olarak her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 58).

92. Yaşanan bir ölüm olayına ilişkin delillerin değerlendirilmesi, idari ve yargısal makamların ödevidir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, başvuru konusu olayın gelişim şeklini anlayabilmek ve başvurucuların yakınlarının ölümünün "şüpheli" olduğuna dair iddialarının soruşturma makamları ve derece mahkemeleri tarafından karşılanıp karşılanmadığını nesnel bir şekilde değerlendirmek için olayın oluşum şeklini incelemesi gerekebilmektedir (*Rıfat Bakır ve diğerleri,* B. No: 2013/2782, 11/3/2015, § 68).

93. Devletin yaşam hakkı kapsamında etkili bir ceza soruşturması yürütme yükümlülüğü kapsamında somut olayda öncelikle başvurucunun, Şanlıurfa Cezaevinde meydana gelen olayın Cezaevinin bağlı bulunduğu Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturulması nedeniyle soruşturmanın tarafsız olarak yürütülemediğine ilişkin iddialarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

94. Genel olarak tarafsızlık, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahipolunmaması, davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder (*Rıfat Bakır ve diğerleri,* § 83).

95. 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, 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 uyuşmazlıkta 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 gerekmekte olup bu husus tarafsızlığın nesnel boyutuna işaret etmektedir (*Mesude Yaşar*, B. No: 2013/2738, 16/7/2014, § 40).

96. Başvuruya konusu olayda, Şanlıurfa (E) Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda çıkan yangına ilişkin yürütülen soruşturmada Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığının ve itiraz merciinin resen elde edilen veya idare ile başvurucu tarafından sunulan bilgi ve belgeleri değerlendirmek suretiyle söz konusu olayın gerçekleşme koşullarının ve olası sorumluların tespitine ilişkin kararlar verdiği anlaşılmıştır. Bu kapsamda başvuruya konu yargılama faaliyeti açısından ilgili usul hükümleri uyarınca soruşturma ve yargılama faaliyetini devam ettiren makamların, tarafların adil yargılanmaya ilişkin meşru beklentileri üzerinde menfi etkide bulunacak bir izlenime sahip olunmadığı gibi -hâkimin tarafsızlığına ilişkin karineyi ortadan kaldıracak şekilde- soruşturmayı yürüten Savcılığın ve itirazları inceleyen Mahkeme üyelerinin taraflardan birine yönelik önyargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir bulgu da saptanmamıştır.

97. Diğer taraftan başvurucu, somut olaya ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediğini, soruşturma dosyasına erişimin hukuka aykırı olarak engellendiğini ve soruşturma sonucunda verilen karara yaptığı itirazın gerekçesiz olarak reddedildiğini ileri sürmüştür.

98. Somut olaya ilişkin yapılan soruşturmada, C-15 koğuşunda kalan tutuklu ve hükümlülerin Cezaevinde bulunma nedenlerinin, Cezaevinde bulundukları sürede sergiledikleri davranışların, karıştıkları disiplin olaylarının ve bu durumun yangının çıkış sebebine olan olası etkilerinin araştırıldığı, Ceza infaz Kurumunca yangın çıkma ihtimaline yönelik alınan tedbirlerin niteliğinin ve yeterliliğinin değerlendirildiği, olayın meydana gelmesinin ardından da yangının çıkış sebebine ve yangına daha etkili müdahale edilebilmesi noktasında alınması gerekli olan tedbirlere ilişkin alanında uzman pek çok bilirkişiden çeşitli raporlar alındığı anlaşılmıştır.

99. Bu kapsamda yapılan soruşturmada, somut olayda kusurlu olabileceği düşünülen Ceza İnfaz Kurumu görevlileri ve C-15 koğuşunda bulunup da yangından sağ kurtulan tutuklu ve hükümlülerin cezai anlamdaki sorumlulukları ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve kendilerine atfedilebilecek herhangi bir cezai sorumluluklarının bulunmadığından bahisle haklarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Bunun yanında olaya ilişkin yürütülen ceza soruşturmasından ayrı olarak Ceza İnfaz Kurumu görevlileri hakkında ayrı bir disiplin soruşturması daha yürütülmüş ve ilgili görevliler hakkında herhangi bir disiplin cezasına hükmedilmemiştir.

100. Bununla birlikte somut olayda C-15 koğuşunda meydana gelen yangının mevcut koşullarına bakıldığında yangın ihtimaline karşı etkili bir müdahalenin sağlanması ile tutuklu ve hükümlülerin tehlikeli alanlardan bir an

önce uzaklaştırılması konusunda öngörülmesi beklenebilecek bazı eksikliklere bağlı olarak devletin kontrolü altında bulunan tutuklu ve hükümlülerin yaşam haklarının korunması noktasında ciddi ihmallerin bulunduğu tespit edilmiştir (bkz. §§ 69-79). Ancak olaya ilişkin yürütülen soruşturmanın, kapsamı ve sonuçları itibarıyla söz konusu ihmallerin ortaya çıkarılmasını ve sorumluların cezalandırmasını sağlayacak nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.

101. Bu nedenle başvurucunun oğlunun da aralarında bulunduğu tutuklu ve hükümlülerin ölümüyle sonuçlanan yangına müdahale edilmesi konusunda, yukarıda bahsedilen ihmal ve eksikliklerin de değerlendirilip sorumluların tespit edilmesini sağlayacak nitelikte yeni bir ceza soruşturması yapılması gerekmektedir.

102. Açıklanan nedenlerle somut olayda yürütülen ceza soruşturmasında yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

103. Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

104. Yaşam hakkının usule ilişkin boyutuna dair verilen ihlal kararı doğrultusunda yeni bir ceza soruşturması yürütüleceğinden başvurucunun, soruşturma dosyasına erişimin hukuka aykırı olarak engellendiğine ve soruşturma sonucunda verilen karara yaptığı itirazın gerekçesiz olarak reddedildiğine dair iddiaları için ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

105. Başvurucu, başvuru konusu olayda anayasal haklarının ihlalinin tespitiyle 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

106. 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."

107. Mevcut başvuruda yaşamı koruma yükümlülüğü yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olduğundan ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için dosyanın ihlal kararında belirtilen hususlarda yeniden değerlendirme yapılmak üzere ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi ve ayrıca kararın bir örneğinin de bilgi edinilmek üzere Bakanlığa gönderilmesi gerekir.

108. Başvurucu, her ne kadar yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasıyla 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuşsa da Bakanlıkla yaptığı uzlaşma neticesinde kendisine 30.000 TL maddi ve 45.000 TL manevi olmak üzere toplam 75.000 TL tazminat ödendiği dikkate alınarak Anayasa Mahkemesince başvurucu lehine ayrı bir manevi tazminata hükmedilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

109. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun, yaşam hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden, KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OYBİRLİĞİYLE,

B. Başvuru konusu olayda, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında yaşamı koruma yükümlülüğü ile etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE, Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyu ve OY ÇOKLUĞUYLA,

C. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince, başvurucuya manevi tazminat ödenmesine yer olmadığına, OYBİRLİĞİYLE,

D. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için, kararın bir örneğinin, gereği yapılmak üzere Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E. Kararın bir örneğinin, bilgi edinilmesi için Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,OYBİRLİĞİYLE,

F. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G. 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, OYBİRLİĞİYLE

4/11/2015 tarihinde karar verildi.

MUHALEFET ŞERHİ

Başvurucu, 16/6/2012 tarihinde Şanlıurfa E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda meydana gelen yangında aralarında oğlunun da bulunduğu 13 kişinin hayatını kaybettiğini, oğlunun, yangının çıkmasından yaklaşık 10 gün önce idareye dilekçe vererek "*bulunduğu koğuşta sürekli kavga olduğunu ve korktuğunu*" belirtip koğuşunun değiştirilmesini istediğini, ayrıca olaydan bir hafta önce Cezaevi telefonundan kendisini arayarak "*koğuşunun sıkıntılı olduğunu, değiştirilmesini istediğini, ancak değiştirilmediğini, başına geleceklerden korktuğunu*" söylediğini, Savcılık tarafından bu konuda herhangi bir araştırma yapılmadığını ve soruşturmadaki çelişkilerin giderilmediğini, ayrıca yasal koşulları oluşmadığı halde uzun bir müddet soruşturma dosyasına erişimin engellendiğini, Cezaevi yönetiminin ise gerek yangının çıkmasına engel olunmaması, gerekse de yangına zamanında müdahale edilmemesi nedeniyle kusurlu olduğunu, bu şartlar altında etkili bir soruşturma yapılmaksızın kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, anılan karara yaptıkları itirazın da gerekçesiz olarak reddedildiğini belirterek, Anayasa'nın 12., 17., 19. ve 141. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Yaşam hakkı kapsamında yürütülen ceza soruşturmasının etkili olmadığı iddiası bulunulmuş ise de, somut olayda, Şanlıurfa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucunun oğlunun da hayatını kaybettiği olaya ilişkin derhal soruşturma başlatıldığı, olaya ilişkin delillerin elde edilmesine yönelik ayrıntılı bir çalışma yapıldığı, olayın öncesinde ve olay anında yaşanan gelişmelerin detaylarıyla birlikte araştırıldığı, yangının çıkması ve yangına gerekli şekilde müdahale edilmesi noktasında kusur sayılabileceği düşünülen bütün durumlar hakkında ayrı ayrı değerlendirme yapıldığı ve bu surette somut olayın aydınlatılmasına yönelik yeterli çabanın gösterildiği anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurucunun, soruşturma dosyasına erişimin haksız ve hukuka aykırı olarak engellendiği, kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair karara yapılan itirazı inceleyen mercii tarafından matbu cümlelerle itirazının reddedildiği ve soruşturmanın tarafsız olarak yürütülemediği yönündeki iddialarının da soruşturmanın etkililiği açısından herhangi bir hak ihlali oluşturmamaktadır. Bu nedenle başvurunun bu kısmının "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiğinden;

Yaşamı korumak için gerekli tedbirlerin alınmadığı iddiası yönünden ise somut olayda, başvurucunun oğlunun ölümünde kamu görevlilerinin kasıt veya ağır ihmallerinin bulunmadığı, olaya ilişkin yürütülen soruşturma devam ederken başvurucu tarafından müteveffanın ölümünde kamu görevlilerinin kusuru olduğundan bahisle tazminat talebinde bulunulduğu, anılan

talep doğrultusunda başvurucu ile Adalet Bakanlığı arasında sağlanan uzlaşma kapsamında başvurucuya maddi ve manevi tazminat olarak toplam 75.00,00 TL ödendiği, belirlenen tazminat miktarları ile somut olayın koşulları ve başvurucunun uğradığı zararlar arasında açık bir orantısızlık bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, idarenin yaşanan olaylara ilişkin olası bir sorumluluk ihtimaline karşı Adalet Bakanlığı tarafından yeterli miktarda tazminat ödenmesinin, başvurucunun yaşam hakkı açısından mağdur sıfatını ortadan kaldırdığından;

Çoğunluğun kararına katılamadım.

Üye

Nuri NECİPOĞLU

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET KARABULUT BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/512)

Karar Tarihi: 5/11/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 15/1/2016-29594

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
Raportör Yrd.	:	Bülent ALTINSOY
Başvurucu	:	Mehmet KARABULUT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, 2012 yılında askerlik hizmetinin yerine getirilmesi sırasında meydana gelen ölüm olayına ilişkin etkili bir soruşturma yapılmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile hak arama hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 17/12/2012 tarihinde Bakırköy 11. Sulh Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 5/11/2015 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığı (Bakanlık) tarafından 14/7/2015 tarihinde başvuru hakkında Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvurucuya 20/8/2015 tarihinde tebliğ edilmiş; başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru dilekçesi ile başvuruya konu soruşturma dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucunun oğlu Mazlum KARABULUT (M.K.), Tekirdağ-Çerkezköy 3. Zırhlı Tugay Mekanize Piyade Taburu 2. Mekanize Piyade Komutanlığında askerlik hizmetini yerine getirmekte iken 13/3/2012 tarihinde ateşli silah yaralanması sonucu hayatını kaybetmiştir.

8. Olayın ardından başlatılan soruşturma kapsamında dinlenen tanıklar, birbirleriyle tutarlı olan ifadelerinde "*Piyade Er M.K.'nın askerlikle ve arkadaşlarıyla herhangi bir sorunu olmadığı, 13/3/2012 tarihinde saat 21:00-23:00 saatleri arasında Çerkezköy-Karlıköy cephaneliği 4 no'lu kulede diğer nöbetçi Piyade Er A.K. ile birlikte nöbetçi olduğu, saat 23:00 sularında yeni nöbetçi grubunu görmeleri üzerine A.K. ile birlikte kendi nöbet sorumluluk bölgelerinden ayrılarak 3 no'lu nöbet mahalline geldikleri, burada Piyade Er Mus.K. ve diğer askerler ile karşılaştıkları, alkollü vaziyette olan Mus.K.'nın aralarında müteveffanın da bulunduğu eski ve yeni nöbetçileri saf düzenine geçirdiği, onlara yanaşık düzen komutları vererek uymalarını istediği, birkaç komut yerine getirildikten sonra bu duruma sinirlenen müteveffa ile Mus.K. arasında tartışma çıktığı, bu tartışma sırasında itişip kakıştıkları, orada bulunanların müdahalesi ile birbirlerinden ayrıldıkları, bu sırada Mus.K.'nın çamurlu halde bulunan ellerini müteveffanın üzerindeki elbiseye temas ettirmesi üzerine müteveffanın 'bunu annem yıkıyor' diye bağırdığı, aralarındaki tartışmanın yeniden başladığı, bu olaylar esnasında aşırı derecede sinirlenmiş olan müteveffanın tartışma sırasında yere bırakmış olduğu silahının yanına hızla giderek yerden aldığı, mermi dolu şarjörü silahına taktığı, silahın kurma kolunu çekip bırakıp tam dolduruş yaptığı, dizlerinin üzerine çöktüğü, silahın namlusunu başının sağ tarafına dayadığı, bu esnada orada bulunan diğer askerlerden kim olduğu tespit edilemeyen biri tarafından 'sıkmazsan şerefsizsin' tarzında bir söz söylendiği, bu arada müteveffanın tetiğe bastığı*" şeklinde beyanlarda bulunmuşlardır. Somut olaya ilişkin yürütülen soruşturma sonucunda verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda da olayın, tanık beyanlarında anlatılan şekilde gerçekleştiğinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

9. Olayın ardından M.K., ambulans ile önce Saray Devlet Hastanesine kaldırılmış; ardından Tekirdağ Devlet Hastanesine sevk edilmiş ancak uygulanan tıbbi tedavilere rağmen 14/3/2012 tarihinde saat 03:00'te hayatını kaybetmiştir.

10. Ölüm olayından sonra Tekirdağ Devlet Hastanesi morgunda ceset üzerinde yapılan ölü harici muayenesinde "*cesedin baş bölgesinde sol temporo-oci-*

bital bölgede 1x1 cm. ebatlarında ateşli silah mermi giriş deliği olduğu, sağ temporal bölgede sağ kulağın 2 cm. üzerinde 8x3,5 cm. ebadında mermi çıkış deliği yarası olduğu ve dokuların derinlemesine parçalanmış olduğu" tespit edilmiştir.

11. İstanbul Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Morg İhtisas Dairesinin 29/6/2012 tarihli otopsi raporunda, müteveffanın cesedi üzerinde yapılan dış muayenede "*sağ frontopariatelde yıldızvari şekilde 8,4x5,5 cm'lik ön üst kısmında az miktarda is bulaşığı ve barut kakmaları bulunan ateşli silah mermi çekirdeği giriş yarası, sol pariatelde 2x0,8cm'lik ateşli silah mermi çıkış yarası görüldüğü*" saptanmıştır. Anılan raporda müteveffanın cesedi üzerinde yapılan iç muayenede ise "*müteveffanın sağ parietotemporalde içinde etrafında is bulaşığı bulunan kemik fragmanları ve ateşli silah mermi çekirdeği girişine bağlı 4,5x5 cm.'lik iç tabulası daha geniş olan kemik doku defektinden bir adet frontal öne, bir adet aşağı öne ve bir adet arkaya seyreden kırık hatlarının izlendiği, sol periatelde 1,5 cm. çaplı ateşli silah mermi çıkışına bağlı dışa kanama gösteren dış tabulası geniş kemik doku defektinden 4 adet lineer kırık hattının çıktığı, bunlardan birinin ortaya ve öne doğru seyirle sutur hatlarında kaldığı, bir diğerinin aşağı yana seyirle ikiye ayrıldığı, bir diğer kırık hattın ise arka ve sağa seyirle sağdan gelen kırık hattı ile birleştiği*" tespit edilmiştir. Bu bulgular ışığında yapılan inceleme neticesinde "*ateşli silah mermi çekirdeği giriş deliği cilt altı bulgularına göre atışın bitişiğe yakın mesafe (0-2 cm.) dahilinde yapılmış olduğu, cesetten mermi çekirdeği elde edilemediği, kişinin ölümünün ateşli silah yaralanmasına bağlı kafatası kırığı ile birlikte beyin kanaması ve beyin doku harabiyeti sonucu meydana geldiği*" sonucuna ulaşılmıştır.

12. Olayın ardından olayı açık ve net olarak gördükleri tespit edilen A.K., T.Y., H.A., L.S, B.E.G, ve B.Ç., alınan ifadelerinde müteveffanın olay esnasında yere çökerek tüfeğin dipçiği yere dayalı vaziyette iken tüfeğin namlusunu sağ şakağına dayadığını ve bir el ateş ettiğini, kendisini vurduktan sonra çöker vaziyette ileriye dönük olarak sol yanına kıvrılmış vaziyette düştüğünü, olayın çok hızlı gerçekleştiğini ve olay sırasında hiç kimsenin müteveffaya ateş etmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığını beyan etmişlerdir. Somut olay kapsamında dinlenen ve atış sesini duyan diğer tanıklar da olay esnasında tek el silah sesi duyulduğunu belirtmişlerdir.

13. Otopsi raporunda ayrıca müteveffanın kanında 35 mg/dl değerinde etenol (alkol) bulunduğu tespit edilmiştir. Anılan maddenin olay sonrasında verilen ilaçların etken maddesi olmadığı ve her saat başı kandaki değerinde 12 promil düzeyinde azalma olduğu belirlenmiştir. Somut olay kapsamında ifadeleri alınan L.S., B.Ç., ve M.A.I. da müteveffanın olay öncesinde alkollü olduğunu ve üzerinde alkol kokusu bulunduğunu beyan etmişlerdir.

14. Çorlu İlçe Jandarma Komutanlığı Olay Yeri İnceleme Birimince yapılan

incelemede, olayda kullanılan tüfek üzerinde yapılan parmak izi çalışmaları neticesinde mukayeseye elverişli herhangi bir bulgu elde edilememiştir.

15. Çorlu İlçe Jandarma Komutanlığı Olay Yeri İnceleme Birimince hazırlanan rapordan "*bulgular üzerinde yapılan incelemeler sonucu Askeri Savcıya silaha takılı şarjörde 28 adet ve namlu yatağında 1 adet olmak üzere toplam 29 adet fişek bulunduğunun söylendiği, ancak silaha takılı şarjör içerisindeki mühimmatların şarjörden çıkarılarak yapılan sayımında 1 tanesi namlu yatağında 27 tanesi ise şarjörde olmak üzere toplam 28 adet fişeğin bulunduğunun görülmesi üzerine Askeri Savcının telefonla bilgilendirildiği*" anlaşılmıştır.

16. Müteveffanın nöbete götürmüş olduğu iki dolu şarjörden (60 adet mermi) bir tanesinin içinde 2 merminin eksik olduğunun tespiti üzerine düzenlenen mühimmat sayım tutanağında "*olayın havanın karanlık olduğu saatlerde gerçekleşmesi nedeniyle gün ağardıktan sonra arama başlatıldığı ve bu aramada Olay Yeri İnceleme Ekibince 1 adet boş kovanın 3 no'lu nöbet kulübesi civarında bulunduğu, aramaların devam etmesi sonucunda 1 adet merminin de müteveffanın nöbet tuttuğu 4 no'lu nöbet kulesi giriş kapısına yaklaşık 1-1,5 metre mesafede Piyade Er E.D. tarafından bulunduğu ve bu bulgular ışığında yapılan mühimmat sayımında müfrezede herhangi bir mühimmat eksiğine rastlanmadığı*" belirtilmiştir.

17. Ankara Jandarma Kriminal Daire Başkanlığının Kimyasal İnceleme Şubesince yapılan incelemede "*müteveffaya ait savplar ve giysiler üzerinde yapılan incelemede delinme kurşun ya da atış artıklarına rastlanmadığı*" rapor edilmiştir. Anılan raporda yer alan "not" kısmında ise "*olayda kullanılan silahın cinsine, tutuş şekline silah üzerinde yapılan tadilata ve patlamanın olup olmamasına bağlı olarak ateş eden ele atış artıkları bulaşamayabileceği, toplu tabancaların veya uzun namlulu silahların kullanıldığı olaylarda tetiği çeken ele atış artıklarının bulaşma ihtimalinin çok zayıf olduğu*" belirtilmiştir.

18. Ankara Jandarma Kriminal Daire Başkanlığının Balistik İnceleme Şubesince olayda kullanılan silah ve mermi kovanı üzerinde yapılan incelemede "*tetkik için gönderilen T0624-06 1009003391 seri numaralı silahın (M.K.'ya zimmetli) 5,56 mm. çapında fişek istimal eden HK33 E marka tüfeğin yapılan tetkik kontrol ve muayenesinde emniyet ve ateş ayar mandalının sağlam ve işler durumda olduğu, atışa mani herhangi bir arızasının bulunmadığı, suça konu bir adet 5,56x45 mm. çaplı kovanın T0624-06 1009003391silahtan atıldığının belirlendiği*" saptanmıştır.

19. Soruşturma kapsamında M.K.ya birlik Komutanlığınca kendisine zimmetli tüfeği ile ilgili mekanik nişancılık ve atış eğitimi konusunda gerekli eğitimlerin verildiği, emniyet ve kaza önleme ile ilgili emir ve talimatların tebliğ edildiği, ayrıca M.K.nın rehberlik ve danışma faaliyetleri sonucunda herhangi bir problemine rastlanmadığı tespit edilmiştir.

20. M.K.nın hayatını kaybettiği olaya ilişkin yapılan soruşturma sonucunda Kara Kuvvetleri Komutanlığı 5. Kolordu Komutanlığı Askeri Savcılığı, 7/9/2012 tarihli ve E.2012/411, K.2012/124 sayılı kararıyla "*müteveffanın, diz çökmüş vaziyette iken kendisine zimmetli tüfeği başının sağ bölgesine bitişik veya 2 cm. mesafeden bir el ateş etmek suretiyle intihar ettiğini*" belirterek kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

21. Başvurucu anılan karara merminin giriş çıkış deliğinin konumunun net olarak belirlenmesi, silah üzerindeki parmak izlerinin temini ve ölüm olayında ihmali bulunan sorumluların cezalandırılması taleplerini de içerecek şekilde itiraz etmiştir.

22. Başvurucunun anılan itirazı, Kara Kuvvetleri Komutanlığı 3. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 22/10/2012 tarihli ve K.2012/352 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Kararda, başvurucunun merminin giriş çıkış deliğinin konumunun belirlenmesi hususunda yaptığı itiraza ilişkin olarak "*olay yerinde yapılan harici muayenede giriş ve çıkış deliğinin yanlış değerlendirilebileceği, otopsi raporunda merminin başa girdiği nokta, izlediği yol ve çıkış deliğinin ayrıntılı olarak anlatıldığı ve olayın nasıl gerçekleştiği konusunda tereddüt bulunmadığı*" ifade edilmiştir.

23. İtirazın reddine ilişkin kararda ayrıca başvurucunun, müteveffanın nöbetinin ardından silahını silahlığa teslim etmesi gerekirken silahıyla nasıl serbestçe dolaşabildiğine dair ayrı bir soruşturma yapılması gerektiği yönündeki itirazının, ölüm olayında doğrudan etken olmayıp olayla illiyet bağının bulunmadığı, ancak bu iddiaların da ayrı bir soruşturma konusu olabileceğinden bahisle yapılan araştırmada ilgili personel hakkında kamu davası açıldığı, ölüm olayından önce müteveffa ile tartışan Mus.K. hakkında ise kasten yaralama suçundan soruşturma başlatıldığı belirtilmiştir. Bireysel başvuru formu ve ekleri ile soruşturma dosyasında, söz konusu yargılama süreçlerinin akıbeti hakkında herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

24. Anılan karar 22/11/2012 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

25. Başvurucu 17/12/2012 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

26. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*İntihara yönlendirme*" başlıklı 84. maddesi şöyledir;

> *"(1) Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar."

27. 4/2/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar"* başlıklı 172. maddesi şöyledir:

"(1) 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.

(2) Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz.

…"

28. 25/10/1963 tarihli ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun*"Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz"* kenar başlıklı 107. maddesi şöyledir:

"Askerî savcı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amiri ile şüpheli ve suçtan zarar görene bildirilir.

Bu karara karşı teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amiri ya da suçtan zarar gören, kararın kendilerine tebliğinden itibaren onbeş gün içinde kararı veren askerî savcının teşkilâtında olduğu askerî mahkemeye yer itibarıyla en yakın askerî mahkemede itiraz edebilirler. En yakın askerî mahkemenin tayininde kararsızlık olursa, bu husus Millî Savunma Bakanlığınca giderilir. İtiraz isteminde kamu davasının açılmasını haklı gösterecek olaylar ve deliller gösterilir."

29. Anılan Kanun'un *"İtirazın reddi"* kenar başlıklı 109. maddesi şöyledir:

" İtiraz süresi içinde yapılmamış veya sebep gösterilmemişse veyahut kamu davasının açılması için yeter sebepler bulunmazsa askeri mahkeme itirazı reddeder.

Ret kararı suçtan zarar görene; eğer itiraz, teşkilâtında askerî mahkeme kurulan kıt'a komutanı veya askerî kurum amiri tarafından yapılmış ise bu makama tebliğ olunur ve ayrıca askerî savcıya ve şüpheliye bildirilir.

İtiraz reddedildikten sonra kamu davası ancak yeni olaylara ve yeni delillere dayanılarak açılabilir."

30. 353 sayılı Kanun'un *"İtirazın kabulü"* kenar başlıklı 110. maddesi şöyledir:

"Askerî mahkeme, itirazın yerinde ve haklı olduğuna kanaat getirirse, şüpheli hakkında kamu davası açılmasının gerekli olduğuna karar verir ve evrakı yetkili askerî savcıya gönderir.

Bu karar üzerine askeri savcı soruşturma yapmaksızın iddianame ile kamu davasını açar."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 5/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 17/12/2012 tarihli ve 2013/512 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu, oğlunun hayatını kaybettiği olayın ardından başlatılan soruşturmanın etkili bir şekilde yürütülmediğini, bu kapsamda;

i. Olaydan sonra yapılan ölü muayenesinde, kurşunun müteveffanın sol şakağından girip sağ kulağının üstünden çıktığı tespit edilmesine rağmen Adli Tıp Kurumunca hazırlanan raporda mermi giriş deliğinin sağ alın üstü, çıkış deliğinin ise sol kulak altı olarak gösterildiğini, Savcılıkça verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının da Adli Tıp Kurumu raporu ile uyumlu olduğunu ancak mermi giriş deliğinin küçük, mermi çıkış deliğinin ise geniş olması gerekirken Adli Tıp Kurumu raporunda mermi giriş deliğinin büyük, mermi çıkış deliğinin ise küçük olarak belirtildiğini; soruşturmada bu konudaki çelişkilerin giderilmediğini,

ii. Olay Yeri İnceleme ekibi tarafından silah üzerinde parmak izi alınmadan mermi sayımı yapıldığını, böylelikle şarjörün çıkarılması için silahla temas edilmesi nedeniyle silahın üzerindeki parmak izlerinin yok edildiğini,

iii. Olaydan sonra içinde 30 mermi bulunan şarjörde yapılan mermi sayımında 28 mermiye ulaşıldığını, oğlunun başına tek mermi isabet ettiği hâlde eksik diğer merminin araştırılmadığını,

iv. Oğlunun nöbeti sona erdikten sonra silahını silahlığa teslim etmesi gerekirken askerî birlik içinde silahıyla nasıl serbestçe dolaşabildiğinin araştırılmadığını belirterek Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile hak arama hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüş,

etkin bir soruşturma yapılması ile maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

33. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvuru formu ve ekleri bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde, başvurucunun şikâyetlerinin ölüm olayının ardından yürütülen soruşturma sürecine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Başvurucu her ne kadar Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de başvurucunun şikâyetinin özünün, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında olduğu değerlendirilmiştir.

34. Öte yandan başvurucunun iddiaları yalnızca ölüm olayına ilişkin etkili bir ceza soruşturması yapılmadığına dair şikâyetlere dayandığı için başvuru, sadece Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usul boyutu çerçevesinde incelenecektir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Yaşam hakkına yönelik yapılacak bir incelemede öncelikle başvurucunun -başvuru ehliyeti ve ihlal iddiasının incelenmesinde- menfaatinin bulunup bulunmadığı denetlenmelidir. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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 ölen kişilerin mağdur olan yakınları tarafından yapılabilecektir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*,B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41). Başvurucu, başvuru konusu olayda ölen kişinin babası olup olaya ilişkin yürütülen soruşturma sürecini etkin bir şekilde takip etmiştir. Bu nedenle gerçekleşen ölüm olayı ile ilgili yürütülen soruşturmanın Anayasa'nın 17. maddesindeki yaşam hakkının ihlali niteliğinde olduğunun tespitinde başvurucunun meşru menfaati olup başvuru ehliyeti açısından bir eksikliği bulunmamaktadır.

36. Ayrıca başvurucunun, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine dair iddiasının 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı tespit edilmiştir. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

37. Bakanlığın başvuru hakkındaki görüş yazısında -öncelikli olarak- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları uyarınca yaşam hakkı kapsamında yürütülecek ceza soruşturmasının etkili olabilmesi için yetkililerin resen harekete geçmesi, soruşturmayı yürüten kişilerin olaylara karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmaları; soruşturmanın, ölenin ailesinin meşru çıkarlarının korunması için yeterli ölçüde kendilerine açık olması, makul bir hızlılık içinde yürütülmesi, sorumluların belirlenmelerine ve gerekirse cezalandırılmalarına imkân verecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir.

38. 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 belirtilmiştir.

39. Bakanlık görüşünde -mevcut başvuru ile ilgili olarak- müteveffanın ölümü ile aynı anda adli soruşturmaya başlandığı, askerî savcı eşliğinde olay yeri incelemesi yapıldığı, ölü muayene ve otopsi işlemlerinin gerçekleştirildiği, kriminal incelemeler yapıldığı, tanıkların dinlendiği, adli soruşturmanın başvurucuya açık olarak yürütüldüğü ve kısa sürede sonuçlandırıldığı görüşüne yer verilmiştir.

40. 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 (Sözleşme) 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.

41. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

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 ya-

şamına 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri,* §§ 50, 51).

43. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usul boyutu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan bağımsız bir soruşturmanın yürütülmesini gerektirmektedir. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir resmî soruşturma yürütmek durumundadır. (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri,* § 54). Bu usul yükümlülüğünün gerekli şekilde yerine getirilmemesi hâlinde 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 (*Salih Akkuş,* B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 29).

44. Yaşam hakkı kapsamında yürütülmesi gereken ceza soruşturmalarının amacı, yaşam hakkını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili şekilde uygulanmasını ve vuku bulan ölüm olayında varsa sorumluları ve sorumluluklarını tespit ederek sorumluların adalet önüne çıkarılmalarını sağlamaktır. Bu, bir sonuç yükümlülüğü değil; uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer yandan burada yer verilen değerlendirmeler, Anayasa'nın 17. maddesinin, başvuruculara üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı verdiği, yahut devlete tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmemektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri,* § 56).

45. Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğini temin adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlatabilecek, sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerekmektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri,* § 57, *Sadık Koçak ve diğerleri,* B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 94).

46. Ölüm olayına ilişkin yapılacak etkili bir soruşturma kapsamında yetkililerin; tanıkların ifadelerinin alınması, bilirkişi incelemeleri ve gerektiğinde yaralanmalar ile ilgili eksiksiz ve detaylı bir rapor hazırlanmasına imkân verecek otopsinin yapılması, ölüm sebebinin objektif analizinin yapılması ve söz konusu olaylarla ilgili kanıtların elde edilmesi için mümkün olan tüm tedbirlerin alınması gibi işlemleri yapmaları gerekmektedir. Ölüm sebebinin veya olası sorumlulukların tespit edilmesini olumsuz yönde etkileyecek nitelikteki

her türlü eksiklik, etkili bir soruşturma yürütülmesi açısından risk teşkil edebilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], B. No: 23458/02, 24/3/2011, § 301; *Mehmet Köse/Türkiye*, B. No: 10449/06, 1/4/2014, § 64).

47. 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 ek olarak her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 58).

48. Somut olayda başvurucu, oğlunun hayatını kaybettiği olaya ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediğini ve soruşturma kapsamındaki çelişkilerin giderilmediğini ileri sürmektedir.

49. Bu çerçevede, başvuru konusu olayda yürütülen ceza soruşturmasındaki işlemlere bakıldığında ölüm olayının ardından Askerî Savcılık tarafından derhâl soruşturma başlatıldığı, tanıkların dinlenildiği, detaylı bir olay yeri incelemesi yapıldığı, olay yerinin fotoğraf ve görüntülerinin alındığı, olay yeri krokisinin çizildiği, olaya ilişkin delillerin toplanarak koruma altına alındığı, olayda kullanılan silaha ve müteveffanın eşyalarına el konulduğu, silah üzerinde parmak izi araştırılması yapıldığı ancak silah üzerinde yapılan parmak izi çalışmalarında mukayeseye elverişli herhangi bir bulgu elde edilemediği, müteveffaya ait svap ve giysiler üzerinde kimyasal analizler yapıldığı, silah üzerinde balistik incelemelerin yapıldığı, olay yerinde bulunan boş kovanın müteveffanın kullandığı silahtan çıktığının tespit edildiği, müteveffanın cesedi üzerinde ölü muayenesi ve otopsi işlemlerinin uygulandığı, bu işlemler neticesinde müteveffanın bitişiğe yakın mesafeden açılan ateş sonucu ateşli silah yaralanmasına bağlı kafatası kırığı ile birlikte beyin kanaması ve beyin doku harabiyeti sonucu hayatını kaybettiğinin anlaşıldığı, yaklaşık altı ay süren soruşturma sürecinin ardından müteveffanın kendi kasti eylemi sonucu hayatını kaybettiği sonucuna ulaşılarak kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği ve anılan karara yapılan itirazın da reddedildiği tespit edilmiştir.

50. Başvurucu, olaydan sonra yapılan ölü harici muayenesinde kurşunun müteveffanın sol şakağından girip sağ kulağının üstünden çıktığının tespit edilmesine rağmen Adli Tıp Kurumunca hazırlanan raporda mermi giriş deliğinin sağ alın üstü, çıkış deliğinin ise sol kulak altı olarak gösterildiğini ancak anılan çelişkinin soruşturma kapsamında giderilemediğini iddia etmektedir. Olayın hemen ardından yapılan ölü harici muayenesinin ceset üzerinde yapılan gözlemlere, Adli Tıp Kurumu tarafından yapılan otopsi sonucu hazırlanan raporun ise ceset üzerindeki hem dış hem de iç muayene işlemlerinden

elde edilen bulgulara dayandığı; somut olayda da alanında uzman hekimlerce düzenlenen otopsi raporunda merminin başa girdiği nokta, izlediği yol ve çıkış deliğinin ayrıntılı olarak anlatıldığı, ayrıca müteveffanın başının sağ kısmında is bulaşığı ve barut kakmaları tespit edildiği anlaşılmıştır. Bunun yanında olayı açık ve net olarak gördüğü tespit edilen tanıkların, müteveffanın olay esnasında yere çökerek tüfeğin dipçiği yere dayalı vaziyette iken tüfeğin namlusunu sağ şakağına dayadığını ve bir el ateş ettiğini, ardından da sol yanına kıvrılmış vaziyette düştüğünü belirten ifadeleri dikkate alındığında soruşturma kapsamında olay anının yeterince aydınlatıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

51. Başvurucunun bir diğer iddiası da içinde 30 mermi bulunan şarjörle ilgili olarak olaydan sonra yapılan mermi sayımında 28 mermiye ulaşıldığı, oğlunun başına tek mermi isabet ettiği hâlde eksik kalan diğer merminin araştırılmadığı yönündedir. Başvuru konusu olayda, olayın hemen ardından olayda kullanılan silahın şarjöründe toplam 28 mermi bulunduğu ve 2 merminin eksik olduğunun tespit edildiği, yapılan aramada havanın da karanlık olması nedeniyle anılan mermilerin bulunamadığı, gün ağardıktan sonra yapılan aramada ise olayda kullanıldığı tespit edilen 1 adet boş kovanın olay yerinde, 1 adet kullanılmamış merminin de müteveffanın olaydan önce nöbet tuttuğu kulübenin yakınlarında bulunduğu anlaşılmıştır. Bu bulgular kapsamında yapılan mühimmat sayımı sonucunda askerî birlikte herhangi bir mühimmat eksiğine rastlanmamıştır. Ayrıca olayın görgü tanıklarının ve olayı görmeyip silah sesini duyma mesafesinde bulunan tanıkların ifadelerinde tek el ateş edildiğinin belirtildiği, olay kapsamında alınan tıbbi raporlarda da müteveffanın başına isabet eden tek kurşunla hayatını kaybettiği sonucuna ulaşıldığı düşünüldüğünde yürütülen soruşturma kapsamında başvurucunun iddialarına yönelik bir eksiklik bulunmadığı değerlendirilmiştir.

52. Somut olayın gerçekleşme şekline ve şartlarına bakıldığında, müteveffanın nöbetinin ardından silahını silahlığa teslim etmesi gerekirken silahıyla nasıl serbestçe dolaşabildiğine dair şikâyetler ile ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunmadığı ve gerek söz konusu şikâyetin gerekse de ölüm olayından önce müteveffa ile tartışan Mus.K.nın müteveffaya yönelik kasten yaralama suçunu işlediğine dair şüphelerin ayrı soruşturmalara konu yapıldığı anlaşılmaktadır.

53. Öte yandan ölüm olayına ilişkin yürütülen soruşturmanın, sorumluların tespit edilmesine ve gerekiyorsa cezalandırılmasına imkân verecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu bağlamda somut olay incelendiğinde tanık ifadelerinde ve soruşturma sonucu verilen kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararda, müteveffanın başına silahı dayadığı esnada olay yerinde bulunan kişilerden biri tarafından "*sıkmazsan şerefsizsin*" tarzında tahrik edici

bir söz söylendiği belirtilmektedir. Ancak soruşturma dosyasında anılan sözleri söyleyen kişinin kimliğini tespit etmeye yönelik bir araştırma yapılmadığı gibi söz konusu eylem nedeniyle soruşturma yürütülüp yürütülmediğine ilişkin bir bilgi de bulunmadığı tespit edilmiştir.

54. Somut olayda müteveffanın öfkeli bir hâlde başına silah dayadığı sırada söylenen ve müteveffanın kendini öldürme konusundaki eğilimini güçlendirebilecek nitelikte olduğu anlaşılan sözlerin, müteveffanın ölümü üzerindeki olası etkilerinin araştırılması gerekmektedir. Zira müteveffa her ne kadar kendi iradesiyle hayatına son vermiş ise de müteveffanın bu yöndeki iradesini etkileyecek hususların da soruşturma kapsamında araştırılması ve gerektiğinde kusurlu bulunanların cezalandırılmasına imkân verecek nitelikte bir kamu davası açılması gerekmektedir.

55. Açıklanan nedenlerle somut olayda, müteveffadaki intihar eğilimini güçlendirebilecek nitelikteki tahrik edici sözlerin kim tarafından söylendiğinin yeterince araştırılmadığı ve soruşturma kapsamında bu durumun ölüm olayı üzerindeki olası etkilerine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadığı anlaşıldığından yaşam hakkının gerektirdiği etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

56. Başvurucu; ihlalin tespitiyle yeniden soruşturma yapılmak üzere dosyanın ilgili mercie gönderilmesi, uğradığı zararlar için maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

57. 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."

58. Mevcut başvuruda yaşamı koruma ve etkili bir soruşturma yürütülmesi yükümlülükleri kapsamında Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olduğundan ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak ve yeniden soruşturma yapılmak üzere dosyanın ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

59. Başvurucu tarafından maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber yeniden soruşturma yapmak üzere dosyanın ilgili savcılığa

gönderilmesine karar verilmesinin, başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

60. 172,50 TL tutarındaki bireysel başvuru harcının başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edildiği iddialarının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvuru konusu olayda, yaşam hakkı kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapmak üzere, kararın bir örneğinin Kara Kuvvetleri Komutanlığı 5. Kolordu Komutanlığı Askeri Savcılığına GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuru harcından ibaret olan 172,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

5/11/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAH3KEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

YAVUZ DURMUŞ VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6574)

Karar Tarihi: 16/12/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 5/2/2016-29615

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	:	Cüneyt DURMAZ
Başvurucular	:	1. Yavuz DURMUŞ
		2. Gurbet DURMUŞ
		3. Bahar DURMUŞ
Vekili	:	Av. Fatih CANBAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, askerlik hizmetini yerine getirdiği dönemde izinden dönmekte iken bir ağaca asılmış şekilde bulunan başvurucuların babasının ölümüyle ilgili olarak yürütülen soruşturmanın yirmi yıl sürmesi ve bir sonuç alınamaması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

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 başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

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

4. Bölüm tarafından 21/11/2014 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvuru belgelerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. 22/12/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulan Bakanlık görüşü, başvuruculara 24/12/2014 tarihinde bildirilmiş; başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 14/1/2015 tarihinde sunmuşlardır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvuruculaların babaları Yaşar Durmuş, askerlik hizmetini yerine getirdiği dönemde izinden dönmekte iken 5/4/1993 tarihinde İstanbul ili Maltepe ilçesi Gülensu Mahallesi minibüs son durağının arkasında bulunan çam fidanlığındaki bir ağaca asılmış şekilde ölü olarak bulunmuştur. Başvuru formunda bu alanın askerî bölge içinde olduğu ileri sürülmektedir. Yaşar Durmuş'un çocukları olan başvuruculaların ikisi 1992, diğeri ise 1990 doğumludur.

8. Olay ile ilgili olarak Kartal Cumhuriyet Başsavcılığınca (Cumhuriyet Başsavcılığı) Sor. No: 1993/6780 sayılı dosya üzerinden soruşturma açılmıştır.

9. Kolluk tarafından düzenlenen 5/4/1993 tarihli görgü ve tespit tutanağı ile olay yeri krokisine göre müteveffanın asıldığı ağacın üzerinde "*İşte ihanetin sonu. Kökünü kazıyacağız. Biji serok Apo. Pkk*" yazılı bir bez pankart ile müteveffanın ağzına sıkıştırılmış 10.000 TL kâğıt paranın olduğu tespit edilmiştir. Anılan tutanakta müteveffanın askerî bölgeye ait fidanlıkta bulunduğu ve üzerinde askerî kimlik olduğu kayda geçilmiştir. Cumhuriyet Savcısının talimatı ile ceset bulunduğu yerden alınarak Kartal Devlet Hastanesi morguna kaldırılmıştır.

10. 6/4/1993 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından adli tabip de olduğu hâlde ceset üzerinde haricî muayene yapılmıştır. Vücudun herhangi bir yerinde cebir, şiddet, ateşli, kesici, delici, bereleyici silah izine rastlanmamıştır. Ancak müteveffanın önceden iple boğulmak sureti ile mi yoksa asılmak sureti ile mi öldürüldüğü hususunun kesin olarak saptanması amacıyla ceset üzerinde otopsi yapılmasına karar verilmiştir.

11. 6/4/1993 tarihli Ölü Muayene ve Otopsi Tutanağı'nda ifadesine başvurulan kimlik tanığı H.D., "*müteveffanın öz amcasının oğlu olduğunu, asker firarisi olup, şubesine teslim olmayarak, direk İstanbul'a geldiğini duyduğunu, Tatvan'daki yakınlarının kendisini araması üzerine gelip cesedi teşhis ettiğini*" söylemiştir.

12. 7/4/1993 tarihinde Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Başkanlığınca Kartal Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben yazılan yazıda, olay yerinin krokisi ve varsa fotoğraflarının gönderilmesi talep edilmiştir.

13. Ceset üzerinde 6/4/1993 tarihinde yapılan inceleme sonucu İstanbul Adli Tıp Kurumunca düzenlenen 30/6/1993 tarihli ve 166 sayılı otopsi raporunda "*Maktulün ölümünün boyuna bağ tatbiki sonucu meydana gelmiş olduğu, telemin özelliği dikkate alındığında olayın ası veya ipin enseden yukarı doğru çektirilmesi şeklindeki bağla boğma sonucu oluşabileceği, or(i)jin tayininin kesin olarak yapılamayacağı, olayın oluş şekli ellerin ve ayakların bağlı oluşu ve olay yerindeki keşif tutanağında yer alan bulgular göz önüne alındığında, boyuna bağ tatbikinin başkası veya başkaları tarafından uygulanmış olduğu kanaatine varıldığı.*" bildirilmiştir.

14. Cumhuriyet Başsavcılığı 14/4/1993 tarihli yazısında, Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesinden olayın araştırılmasını talep etmiştir.

15. Müştekiler Yunus Durmuş ve Rıza Durmuş 8/3/1995 tarihinde Emniyet Müdürlüğüne sundukları dilekçelerinde (K.) soyadlı dört kişinin olayın faili olabileceğini ileri sürmüştür. Emniyet Müdürlüğünün 14/7/1995 tarihli yazısıyla belirtilen kişilerden aynı gün alınan ifadeler Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmiştir.

16. Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda suçun niteliği de gözetilerek 29/9/1995 tarihinde Devlet Güvenlik Mahkemeleri (DGM) İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına görevsizlik kararı verilmiştir.

17. 14/11/1995 tarihinde müştekiler Yunus Durmuş ve Rıza Durmuş'un ifadelerine başvurulmak üzere celpleri talep edilmiştir.

18. İstanbul DGM Cumhuriyet Savcısı tarafından 18/12/1995 tarihinde şüpheliler A.K., K.K. ve M.M.K.'nın; 2/1/1996 tarihinde ise K(n).K.'nın ifadeleri alınmıştır.

19. 11/3/1996 tarihinde İstanbul DGM Cumhuriyet Başsavcısı tarafından Maltepe İlçe Emniyet Müdürlüğüne müzekkere yazılmış ve maktul Yaşar Durmuş'un faillerinin aranması ve yakalanması sürecinde iki ayda bir bilgi verilmesi istenmiştir. Bakanlık görüşünde, bu yazı üzerine faillerin bulunamadığına dair kolluk cevabının düzenli olarak gönderildiği belirtilmiştir. Başvuru ekinde yer alan ve Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Emniyet Müdürlüğüne yapılan bildirimde ise 7/7/1998 tarihli ve 1995/1882 sayılı yazıya verilen cevabın yetersiz ("*sorumsuzluk örneği*") olduğu belirtilerek yazının gereğinin tam olarak ikmali talep edilmiştir.

20. Soruşturma kapsamında DGM Cumhuriyet Başsavcılıklarının kapatılmasından sonra (5190 Sayılı Kanun ile yetkili) İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca 2/9/2004 tarihinde kolluğa yazılan müzekkere ile soruşturma yürütülmeye devam edilmiştir.

21. Bakanlık görüşünde yer verildiği üzere değiştirilen mevzuat gereğince soruşturma 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi gereğince görevli İstanbul Cumhuriyet Savcılığınca yürütülmeye devam edilmiş ve bu süreçte kolluğa, faillerin açık kimlik bilgilerinin tespiti ile arama ve yakalama çalışmalarının yürütülmesine dair aynı nitelikte çok sayıda müzekkere yazılmış ve faillerin bulunamadığına dair düzenli olarak kolluk kuvvetleri cevap vermiştir.

22. Başvuru ekinde yer alan 5/1/2009 tarihli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Emniyet Müdürlüğüne gönderilen tekit yazısında ise "*şüpheli ve şüphelilerin açık kimliklerinin belirlenerek yakalanmaları ve haklarında gerekli soruşturmaların yapılarak soruşturma dosyası ile birlikte mevcuden hazır bulundurulmaları, yakalanamamaları halinde yapılan çalışmaların TEKİDE mahal bırakılmaksızın her 2 ayda bir bilgi verilmesi*" isteminin yerine getirilmediği anlaşıldığından bahisle tahkikat hakkında çok acele bilgi verilmesi talep edilmiştir.

23. Değişen mevzuat gereğince soruşturmanın 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca görevlendirilen (TMK 10. madde ile görevli) İstanbul Cumhuriyet Savcılığınca yürütülmesine devam edilmiştir.

24. Başvuruculaın vekili Av. Fatih Canbay 4/4/2013 havale tarihli dilekçe ile soruşturmaya ilişkin beyan ve taleplerde bulunmuştur.

25. Başvuruculaın vekilince 30/4/2013 tarihinde Başbakanlık, İçişleri Bakanlığı, Genelkurmay Başkanlığı, 2. Zırhlı Tugay Komutanlığı, Tatvan Askerlik Şubesi ve Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına yazılan benzer içerikli dilekçelerle Yaşar Durmuş'un ölüm olayına ilişkin bilgi talebinde bulunulmuştur. Yapılan başvurulara verilen cevaplarda kayda değer herhangi bir bilgi sunulmamıştır.

26. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı (TMK 10. madde ile görevli) 29/4/2013 tarihli ve Sor. No: 1995/1882, K.2013/310 sayılı kararıyla olay ve dört şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararını vermiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

"1- Şüpheli K. K. hakkındaki soruşturmanın şüphelinin ölümü nedeniyle TCK 64 madde uyarınca,

2- Şüpheliler A. K., K. K., M. M. K. hakkındaki maktul Yaşar Durmuş'un ölümüne katıldıklarına dair somut hiçbir delilin elde edilemediği anlaşıldığından şüpheliler hakkında delil yetersizliği nedeniyle,

3- Maktul Yaşar Durmuş'un 5/4/1993 tarihinde öldürülmesi olayı ile ilgili olarak yapılan soruşturma sonucunda olayı gerçekleştiren fail ya da faillere ulaşılamadığı, olay tarihinden itibaren 765 sayılı TCK'nın 450 ve 102/1 maddeleri uyarınca 20 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşıldığından zamanaşımı nedeniyle,

Kovuşturmaya yer olmadığına. itirazı kabil olmak üzere karar verildi."

27. Başvuruculaların, anılan karara karşı yaptıkları itirazı inceleyen Bursa 6. Ağır Ceza Mahkemesi (TMK 10. madde ile görevli) 20/6/2013 tarihli ve2013/600 Değişik İş sayılı kararıyla itirazın reddine karar vermiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

"Suç tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mülga 765 sayılı TCK'nın 102/1. maddesinde 'Kanunda başka türlü yazılmış olan ahvalin maadasında hukuku amme davasının, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis cezalarını müstelzim cürümlerde yirmi sene geçmesiyle ortadan kalkar.' düzenlemesi yapılmıştır. Maktule karşı işlenen eylemin 765 sayılı yasanın 450. maddesinde düzenlenerek eylem 'ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası' olarak müeyyide altına alınmıştır. Ölen Yaşar Durmuş'un cesedinin 5/4/1993 tarihinde bulunduğu, buna göre suç tarihinde yürürlükte bulunan belirtili yasal düzenleme nazara alındığında eylemin 20 yıllık dava zamanaşımına tabi olduğu ve 5/4/2013 tarihinde zamanaşımının dolduğu, ayrıca şüphelilerin atılı eylemi işlediklerine dair CMK'nın 170/2. maddesinde öngörüldüğü şekilde kamu davası açılmasını gerektirir mahiyette yeterli şüphe bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu nedenlerle yapılan itirazın reddine karar verilmiş(tir.)."

28. Anılan karar başvuruculara 19/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucular 19/8/2013 tarihinde yasal süresi içinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

29. 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Kanunda başka türlü yazılmış olan ahvalin maadasında hukuku amme davası:

1 - Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ve müebbed ağır hapis cezalarını müstelzim cürümlerde yirmi sene,

. geçmesiyle ortadan kalkar.

Bu kanunun ikinci kitabının birinci babında yazılı ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis veya müebbed yahud muvakkat ağır hapis cezalarını müstelzim cürümlerin yurd dışında işlenmesi halinde dava müruru zamanı yoktur."

30. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Dava zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesi*" kenar başlıklı 67. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"(2) Bir suçla ilgili olarak;

a) Şüpheli veya sanıklardan birinin savcı huzurunda ifadesinin alınması veya sorguya çekilmesi,

b) Şüpheli veya sanıklardan biri hakkında tutuklama kararının verilmesi,

c) Suçla ilgili olarak iddianame düzenlenmesi,

d) Sanıklardan bir kısmı hakkında da olsa, mahkûmiyet kararı verilmesi,

Halinde, dava zamanaşımı kesilir.

(3) Dava zamanaşımı kesildiğinde, zamanaşımı süresi yeniden işlemeye başlar. Dava zamanaşımını kesen birden fazla nedenin bulunması halinde, zamanaşımı süresi son kesme nedeninin gerçekleştiği tarihten itibaren yeniden işlemeye başlar.

(4) Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar."

31. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun soruşturma usul ve esaslarına ilişkin 18/10/2011 tarihli genelgesinin ilgili bölümü şöyledir:

".

50. Faili meçhul olay ve cinayetlerin soruşturulmasında,

...

g) Soruşturma evraklarının ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından sık sık gözden geçirilmesi, ancak sadece soruşturma evrakının en üstündeki müzekkereye cevap verilmiş olup olmadığı ile yetinilmeyerek içeriği itibarıyla başkaca eksik kalmış bir husus varsa onun da tamamlanması için gerekli yazının yazılması, sonucunun uygun aralıklarla takip edilmesi,"

32. 5271 sayılı Kanun'un "*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar*" kenar başlıklı 172. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) 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."

33. 5271 sayılı Kanun'un "*Cumhuriyet savcısının kararına itiraz*" kenar başlıklı 173. maddesinin 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 71. maddesi ile değişiklik yapılmadan önceki (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edebilir."

34. 5271 sayılı Kanun'un "*İtirazın Cumhuriyet savcısına ve karşı tarafa tebliği ile inceleme ve araştırma yapılması*" kenar başlıklı 270. maddesi şöyledir:

"(1) İtirazı inceleyen merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Merci, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir.

(2) 101 ve 105 inci maddeler uyarınca yapılan itiraz üzerine Cumhuriyet savcısından görüş alınması durumunda, bu görüş şüpheli, sanık veya müdafiine bildirilir. Şüpheli, sanık veya müdafii üç gün içinde görüşünü bildirebilir."

35. 5271 sayılı Kanun'un "*Karar*" kenar başlıklı 271. maddesi şöyledir:

"(1) Kanunda yazılı haller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenir.

(2) İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.

(3) Karar mümkün olan en kısa sürede verilir.

(4) Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 16/12/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuruculaların 19/8/2013 tarihli ve 2013/6574 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculaların İddiaları

37. Başvurucular, babaları Yaşar Durmuş'un askerlik hizmetini yerine getirdiği dönemde izinden dönmekte iken askerî bölgeye ait bir alanda ağaca asılmış şekilde ölü olarak bulunduğunu, aynı ağacın üzerinde *"İşte ihanetin sonu. Kökünü kazıyacağız. Biji serok Apo. Pkk"* yazılı bir bez pankartın asılmış olduğu-

nun görüldüğünü, olaya ilişkin yapılan soruşturmanın yirmi yıl sürdüğünü, özenli ve hızlı bir araştırmanın yapılmadığını, dosyanın görevsiz savcılıkta iki yıl bekletildiğini, cinayetin örgütsel yönünün aydınlatılması konusunda bir çabanın gösterilmediğini, kamu görevlilerinin olaya katkılarının araştırılmadığını, şüpheli ve şikâyetçilerin ifadelerinin alınması için uzun yıllar beklenildiğini, soruşturma sonucunda şüpheliler hakkında delil yetersizliğinden ve olay ile ilgili olarak da zamanaşımından dolayı "*kovuşturmaya yer olmadığına*" kararı verildiğini, bu nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Ayrıca başvurucular, olayın gerçekleştiği yerin askerî alan olduğu ve ölen kişinin asker olduğu gerçeğinin soruşturma makamları tarafından dikkate alınmadığını, bu nedenle olayın asker kişiler ve askerlikle ilgili yönlerinin hiç araştırılmadığını ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

38. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucular tarafından Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile bağlantı kurularak ileri sürülen iddiaların, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında olduğu değerlendirilmiş ve inceleme bu kapsamda yapılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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 kişi açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle ölen kişinin mağdur olan yakınları tarafından yapılabilecektir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41). Başvuru konusu olayda başvurucular, ölen kişinin çocuklarıdır. Bu nedenle başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmamaktadır.

40. Etkili bir soruşturma yürütülmemesi suretiyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine dair iddialar içeren başvurunun 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görüldüğünden başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

41. Başvurucular ayrıca yakınlarının dönemin karanlık bağlantıları olan kamu görevleri tarafından öldürülmüş olabileceğini ya da olay yerinde elde

edilen deliller doğrultusunda PKK terör örgütü tarafından öldürülmüş olsa da yakalanmalarının kamu görevlilerince istenmemiş olabileceğini ve dolayısıyla kamu görevlilerinin ihmali bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Bununla birlikte başvuru formunun genelinde başvurucuların, bu iddialarını destekleyecek somut bir bilgi ve belge bulunmadığı gibi olayın bu yönde gelişmiş olabileceğine dair tutarlı bir açıklamaya da yer vermemiş oldukları görülmektedir.

42. Olay hakkında yürütülen soruşturmanın etkililiği ile de bağlantılı olmak üzere somut olayda Anayasa Mahkemesi açısından başvurucuların yakınının kamu görevlileri tarafından ya da kamu görevlilerinin suç ortaklığı yapması sonucu öldürüldüğü yönünde bir inceleme yapılmasını gerektirecek (makul şüphenin ötesinde) bir tespitte bulunulması mümkün görünmemektedir. Başvurucuların şikâyetlerinin genelinin de olay hakkında yürütülen soruşturmadaki eksikliklere ilişkin olduğu da dikkate alındığında somut olay açısından incelemenin doğrudan olay hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olup olmadığı hususunda yapılması gerekmektedir.

43. Nitekim Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan etkili bir soruşturma yürütülmesini gerektirmektedir (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 94). Bu yükümlülük sadece bir kamu görevlisinin eylemi veya ihmali sonucu meydana gelen ölüm olayları açısından geçerli değildir. Devletin -doğal olmayan her ölüm olayında kendisi, öldürmeme ya da yaşamı koruma yükümlülüklerini ihlal etmemiş olsa da- gerçekleşen ölümün sebebini ve varsa sorumlularını ortaya çıkarmaya yönelik etkili bir soruşturma yapmamış olması, soruşturma yükümlülüğünün ihlalini doğurabilir. Zira bu tür olaylarda etkili bir soruşturma yürütülmesi, yaşam hakkını korumak için ihdas edilen yasal ve idari çerçevenin etkili bir şekilde uygulanmasının güvencesini oluşturmaktadır (*Filiz Aka*, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, §§ 25, 26).

2. Esas Yönünden

a. Bakanlığın Görüşü

44. Bakanlık görüşünde, başvurucuların iddialarına ilişkin olarak öncelikle Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (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; soruşturmanın, ölenin ailesinin meşru çıkarlarının korun-

ması için yeterli ölçüde açık olması, makul bir hızlılık içinde yürütülmesi, sorumluların belirlenmelerine ve gerekirse cezalandırılmalarına imkân verecek nitelikte olması gerektiği ifade edilmiştir.

45. Bakanlık görüşünde, yine mahkeme 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 belirtilmiştir.

46. Görüşün devamında somut olayla ile ilgili olarak başvuruculların yakınının fidanlıkta ölü olarak bulunduğu, soruşturma kapsamında ölü muayene ve otopsi işlemlerinin yapıldığı ve ölüm nedeninin belirlendiği, alınan raporda başvuruculların yakınının başkaları tarafından öldürülmüş olduğu yönünde kanaat bildirildiği, olaydan yaklaşık iki yıl sekiz ay kadar sonra dört kişinin şüpheli olarak ifadelerinin alındığı, soruşturmada 11/3/1996 tarihinde daimî arama kararı verildiği ve kolluk kuvvetlerince Cumhuriyet Başsavcılığına düzenli olarak bilgi verildiği, olay tarihi üzerinden yirmi yıl geçmesi sonucu soruşturmanın zamanaşımına uğraması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği ifade edilmiştir.

b. Konuya İlişkin Genel İlkeler

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

> *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."*

48. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbiriyle sıkı bağlantıları olan devredilmez ve vazgeçilmez haklarındandır. Anayasa Mahkemesince belirtildiği üzere yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardandır (AYM, E.2007/78, K.2010/120, 30/12/2010).

49. Kabul edilebilirlik değerlendirmesinin yapıldığı kısımda da ifade edildiği gibi Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutu, doğal olmayan her ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına, sorumlu kişilerin belirlenmesine ve gerekiyorsa cezalandırılmasına imkân tanıyan etkili bir soruşturmanın yürütülmesini gerektirmektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54).

50. 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 yandan burada yer verilen değerlendirmeler hiçbir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinin, başvuruculara üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı verdiği; tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmemektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 56, benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Kolevi/Bulgaristan*, B. No: 1108/02, 5/11/2009, § 192).

51. Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğini temin adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlatabilecek, 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 57). Bu kapsamda yetkililerce tanıklarının ifadelerinin alınması, bilirkişi incelemeleri ve gerektiğinde eksiksiz ve detaylı bir rapor hazırlanmasına imkân verecek otopsinin yapılması gibi söz konusu olaylarla ilgili kanıtların elde edilmesi için soruşturma konusu olayın gerektirdiği mümkün olan tüm tedbirlerin alınması; ölümün gerçekleşme sebebinin objektif analizinin yapılması, soruşturma sonucunda alınan kararın soruşturmada elde edilen tüm bulguların kapsamlı, nesnel ve tarafsız bir analizine dayalı olması ve soruşturma sonucunda verilen kararın, yaşam hakkına yönelik bir müdahale varsa bu müdahalenin, Anayasa'nın aradığı zorunlu bir durumdan kaynaklanan ölçülü bir müdahale olup olmadığına yönelik bir değerlendirme içermesi de gerekmektedir (*Cemil Danışman*, B. No: 2013/6319, 16/7/2014, § 99; *Turan Uytun ve Kevzer Uytun*, B. No: 2013/9461, 15/12/2015, § 73; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], B. No: 23458/02, 24/3/2011, § 301).

52. Gerçekleşen bir ölüm olayına ilişkin delillerin değerlendirilmesi idari ve yargısal makamların ödevidir. Ancak Anayasa Mahkemesinin, başvuru konusu olayın gelişim şeklini anlayabilmek ve başvurucuların yakınlarının ölümünün tüm yönlerinin aydınlatılması noktasında soruşturma makamları ve derece mahkemeleri tarafından atılması gereken adımları nesnel bir şekilde değerlendirmek için olayın oluşum şeklini incelemesi gerekebilmektedir (*Rıfat Bakır ve diğerleri*, B. No: 2013/2782, 11/3/2015, § 68).

53. Soruşturmanın etkililiğini sağlayan en alt seviyedeki inceleme, başvuruya konu soruşturmanın kendine özgü koşullarına göre değişir. Bu koşullar, ilgili bütün olay ve olgular temelinde ve soruşturmanın pratik gerçekleri dik-

kate alınarak değerlendirilir. Bu nedenle soruşturmanın etkililiği bakımından her olayda geçerli olmak üzere bir asgari soruşturma işlemler listesi veya benzeri bir asgari ölçüt belirlemek mümkün değildir (*Fahriye Erkek ve diğerleri*, B. No: 2013/4668, 16/9/2015, § 68; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz.*Velcea ve Mazare/Romanya*, B. No: 64301/01, 1/12/2009 § 105).

54. Yürütülecek soruşturmalarda, makul bir hızda gerçekleştirilme ve özen gösterilme zorunluluğu da zımnen mevcuttur. Bazı özel durumlarda soruşturmanın veya kovuşturmanın ilerlemesine engel olan unsurlar ya da güçlükler bulunabilir. Ancak bir soruşturmada ve soruşturmanın devamında yapılan kovuşturmada yetkililerin hızlı hareket etmeleri; yaşanan olayların daha sağlıklı bir şekilde aydınlatılabilmesi, kişilerin hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümü verilmesinin engellenmesi açısından kritik bir öneme sahiptir (*Deniz Yazıcı*, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 96; *Filiz Aka*, § 29).

55. Faili açık olmayan ve şüpheli bir şekilde gerçekleşen ölümlere ilişkin soruşturmaların, olayın tam olarak nasıl gerçekleştiğini ortaya koyacak şekilde yürütülmesi yerine sadece bu olaya belirli bir kişinin karıştığı veya hiçbir şekilde bu kişinin karışmasının söz konusu olmadığını ortaya koyacak şekilde yürütülmesi, usul yükümlülüğünü karşılamak için yeterli değildir (*Turan Uytun ve Kevzer Uytun*, § 89; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Sultan Dölek ve diğerleri / Türkiye*, B. No: 34902/10, 28/4/2015, § 69). Yukarıda da ifade edildiği gibi (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 57) soruşturma makamlarının yükümlülüğü ölüm nedeninin ortaya çıkarılmasını da içermektedir.

c. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

56. Başvuru konusu olayda yürütülen soruşturma işlemlerine bakıldığında olayın ihbar edilmesi üzerine kolluk görevlilerince hemen olay yerine gidildiği ve durumun Cumhuriyet Başsavcılığına bildirildiği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet Savcısı'nın olay yerine gittiğine dair tutanaklarda bir bilgi bulunmamakta olup otopsi ve ölü muayene tutanağında Cumhuriyet Savcısı'nın talimatı üzerine cesedin aynı gün Kartal Devlet Hastanesine kaldırıldığı bilgisi yer almaktadır. Ertesi gün Cumhuriyet Savcısı ve adli tıp uzmanı doktorun katılımıyla hastanede ölü haricî muayenesi yapılmış ve müteveffanın önceden iple boğulmak suretiyle mi yoksa asılmak suretiyle mi öldürüldüğü hususunun kesin olarak saptanması amacıyla ceset üzerinde otopsi yapılmasına karar verilmiştir. 30/6/1993 tarihli otopsi tutanağında boğulmanın ası öncesinde veya ası sırasında mı gerçekleştiğine ilişkin bir sonuca ulaşılamayarak sadece "*keşif tutanağında yer alan bulgular göz önüne alındığında, boyuna bağ tatbikinin başkası veya başkaları tarafından uygulanmış olduğu kanaatine varıldığı"*ifade edilmiştir.

57. Yaklaşık iki buçuk yıl sonra 29/9/1995 tarihinde, görevsizlik kararı verilerek dosya DGM İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Kartal Cumhuriyet Başsavcılığının görevsizlik kararında sanık olarak (K.) soyadlı dört kişinin ismi yer almıştır. 18/12/1995 tarihinde ilk üç şüphelinin, 2/1/1996 tarihinde ise dördüncü şüphelinin ifadeleri alınmıştır. 11/3/1996 tarihinde İstanbul DGM Cumhuriyet Başsavcısı tarafından daimî arama kararı verilmiş, Emniyet Müdürlüğüne müzekkere yazılmıştır. Emniyet Müdürlüğünce yapılan bilgilendirmelerde herhangi bir gelişmeye ilişkin bilgi bulunmaksızın faillerin bulunması çalışmalarına devam edildiği ifade edilmiştir.

58. Soruşturma dosyasında, cesedin bulunduğu yerin civarında olayı gören kişilerin olup olmadığına ilişkin bir sorgulama yapıldığına dair bir bilgi bulunmadığı gibi müteveffanın yakınlarından, askerlik yaptığı birliğin mensuplarından ya da cesedin bulunduğu iddia edilen yerdeki (cesedin bulunduğu yerin doğrudan askerî birlik sınırları içinde olup olmamasının çok da bir önemi bulunmaksızın) askerî birlikteki veya civardaki kişilerden beyan alma yoluna gidilmediği görülmektedir. Daha da önemlisi müştekilerin 8/3/1995 tarihinde talep etmelerine rağmen müteveffanın uzaktan akrabası olan dört kişinin olaydan ancak 2 yıl 8 ay sonra şüpheli olarak sorgulandığı görülmektedir.

59. Cinayetin terör örgütü tarafından işlenmiş olabileceği ihtimali karşısında bu yönü aydınlatmak adına müteveffanın ve diğer şüphelilerin terör örgütü ile bağlantısının olup olmadığının soruşturmanın ilk evresinde sorgulanması gerektiği, bu yönde destekleyici bilgi ve belgeye ulaşılamaması durumunda da kişisel husumet gibi diğer nedenlerle işlenmiş olup olmadığı konusunda soruşturmaya devam edilmesinin somut olayın gerçekleşme koşullarında makul yöntem olacağı kabul edilebilecektir. Bu çerçevede cinayetin terör örgütü tarafından işlenmiş olup olmadığının tespiti adına müteveffanın askerlik hizmetini yerine getirdiği, bir iddiaya göre firari olduğu da dikkate alınarak soruşturmanın ilk aşamasında devletin emniyet, istihbarat ve askerî birimlerinden ilgili kişilerin terör örgütleri ile bağlantısına ilişkin yapacağı soruşturmanın olayın gerçekleşme nedeninin aydınlatılması açısından kritik öneme sahip olduğu da söylenebilecektir.

60. Olayın, daha sonra görevli olduğu kabul edilen DGM Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi yaklaşık iki buçuk yıl sonra gerçekleşmiş ve bu dönemde şüpheli olarak tespiti yapılan (K.) soyadlı dört kişinin beyanlarının dahi alınmamış olduğu görülmektedir. Soruşturmanın çok kritik olan ilk iki buçuk yılında görev alan Kartal Cumhuriyet Başsavcılığının hangi kabul ile soruşturmaya yön verdiği açık değildir.

61. Somut olaydaki gibi ölümün nasıl gerçekleştiğine ve faillerinin kimler olduğuna dair olay yerinden ya da ceset üzerinden elde edilebilen somut bir

bilginin bulunmadığı durumlarda daha çok önem arz etmekle birlikte olay hakkında şüpheli herhangi bir şey görmesi ya da duyması olası kişilerin hiç sorgulanmaması ya da çok geç sorgulanması, yürütülen soruşturmanın ölüm olayının nedenini veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkânını zayıflatan önemli bir eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır (*Sultan Dölek ve diğerleri/Türkiye*, § 72).

62. Anayasa'nın 17. maddesi gereğince yürütülecek soruşturmalarda, soruşturma makamlarının olayın gelişimine ve delillerin elde edilmesine ilişkin ölen kişinin yakınlarının soruşturma kapsamında her türlü iddialarını ve taleplerini karşılama zorunluluğu bulunmamaktadır (*Sultan Dölek ve diğerleri/Türkiye*, § 81). Soruşturma kapsamında yürütülecek soruşturma işlemlerinin belirleyicisi, yetkili soruşturma makamlarıdır. Soruşturma makamları, her bir somut olayın koşullarını ayrıca değerlendirerek makul olan bir yöntem belirleyecektir. Bu kapsamda -özellikle de olayın gerçekleştiği zamanda ve yerde- ilk anda yürütülecek işlemler çok büyük önem arz etmektedir. Geçen zamanla birlikte kaçınılmaz bir şekilde delillerin kaybolması, tanıkların yer değiştirmesi ve yaşananları hatırlamanın güçleşmesi gibi nedenlerle delil toplama ve olayın gerçekleşme şeklini belirlemenin giderek zorlaşacağı açıktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Saygı/Türkiye*, B. No: 37715/11, 27/1/2015, § 48) .

63. Olay yerini inceleme açısından soruşturma kapsamında yürütülen işlemlere bakıldığında cesedin bulunduğu yere soruşturma savcısının gittiğine dair bir bilgi bulunmamakta olup olay yerinde, ceset üzerinde ve civarında parmak izi, ayak izi, araç izi gibi olayın gelişimini aydınlatabilecek nitelikteki delillerin tespiti ve korunması yönünde bir çalışmanın da yapılmadığı görülmektedir. Olay yerine ilişkin hazırlanan ve iki polis memuru tarafından imzalanmış basit krokide de bu yönde herhangi bir tespit bulunmamaktadır.

64. Yukarıda yer verilen soruşturma işlemleri dışında polis veya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından olayı aydınlatmaya yönelik bir işlem yapıldığına dair (soruşturma dosyasında yer verilen/nihai kararda değerlendirilen) bir bilgi veya belgenin de bulunmadığı görülmektedir. Başvurucular; Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Emniyet Müdürlüğüne yapılan bildirimlerin gereğinin yapılmadığını, talep edilen sürelere uyulmaksızın sadece tarihleri değiştirilerek Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan bildirimlerde soruşturma işlemlerine devam edildiğinin bildirildiğini ileri sürmektedir. Başvuru eki belge olarak sunulan ve soruşturma dosyasında yer alan yazışmalarda da herhangi bir gelişmenin bildirilmemiş olması, bunun yanı sıra Cumhuriyet Başsavcılığının bu konuda yapılan bildirimlerdeki yetersizlikleri açıkça ifade etmesi (bkz. §§ 19-22) başvuruculara iddialarını teyit eder niteliktedir.

65. Soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılıp yapılmadığına ilişkin tespit; başvuruya konu her bir olayın kendi koşullarına, soruşturmadaki şüpheli veya sanık sayısına, suçlamaların niteliğine, olayın karmaşıklık derecesine ve soruşturmanın ilerlemesine engel olan unsurlar ya da güçlüklerin bulunup bulunmadığına göre farklılık gösterebilecektir (*Filiz Aka*, § 44, *Fahriye Erkek ve diğerleri*, § 91). Buna ek olarak faili meçhul ölümlere ilişkin yapılan başvurularda, etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında ölenin, başvuruculaların iddia ettiği gibi belirli bir üçüncü kişi tarafından öldürüldüğü sonucuna; her koşulda ve yapılması gereken her şeyin yapılmış olmasına rağmen mutlaka ulaşılması gerektiği elbette söylenemeyecektir. Böyle bir gerekliliğin, devletin ölüm olaylarına ilişkin usule ilişkin yükümlülüğü kapsamında olduğu ileri sürülemez.

66. Fakat başvuru konusu olay açısından yukarıda yer verilen tespitler birlikte değerlendirildiğinde soruşturma kapsamında ölüm olayının nedenini aydınlatmak için gerekli adımların zamanında atıldığının söylenemeyeceği, sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması konusunda gerekli özenin gösterilmediği, soruşturmanın çok uzun bir süre sonuca götürecek hiçbir işlem yürütülmeksizin sürüncemede bırakıldığı, bu durumun daha da ötesinde herhangi bir kesin sonuca ulaşılmasını ortadan kaldıracak bir şekilde zamanaşımı nedeniyle dava hakkında düşme kararı verilmesi ile soruşturma sürecinin, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği yeterlilik ve hızda bir inceleme içermediği sonucuna ulaşılmıştır.

67. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının gerektirdiği etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

68. 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."

69. Başvuruda her bir başvurucu için bilirkişi raporuyla tespit edilerek 200.000 TL maddi ve 100.000 TL manevi tazminat ödenmesi ve yargılama giderlerinin Hazine üzerinde bırakılması talebinde bulunulmuştur.

70. Başvuruda yaşam hakkının gerektirdiği etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bununla birlikte somut olayda yeniden soruşturma açılması imkânı olmadığı da dikkate alınarak başvuruculaların yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararları karşılığında başvuruculara müştereken toplam net 60.000 TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

71. Başvurucular da uğradıklarını iddia ettikleri maddi zararla ilgili olarak Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmamıştır. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvuruculaların uğradıklarını iddia ettikleri maddi zarar ile tazminat talebi arasında illiyet bağı kurulması gerekir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmayan başvuruculaların maddi tazminat talebi reddedilmelidir.

72. Başvurucular, yargılama giderleri ve avukatlık ücretinin taraflarına ödenmesini talep etmişlerdir. Başvurucular tarafından yapılan harç ve vekâlet ücretinden oluşan 1.698,35 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmiştir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Yaşam hakkı kapsamında etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvuruculara müştereken net 60.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, fazlaya ilişkin diğer tazminat taleplerinin REDDİNE,

D. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.618,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

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

F. Kararın bir örneğinin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine

16/12/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞI (MD. 17/3)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ŞENOL GÜRKAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2438)

Karar Tarihi: 9/9/2015

R.G. Tarih - Sayı: 4/11/2015-29522

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Gizem Ceren DEMİR KOŞAR
Başvurucu	:	Şenol GÜRKAN
Vekili	:	Av. Elvan OLKUN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, gözaltında işkence ve kötü muameleye maruz kalınması ve kötü muamele iddialarına ilişkin etkili soruşturma yapılmaması nedenleriyle işkence ve kötü muamele yasağının, yargılamanın adil yapılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 5/4/2013 tarihinde Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvuruda, Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 9/7/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 17/9/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına, başvuru dosyasının bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Bakanlığın 30/10/2013 tarihli görüş yazısı, 5/11/2013 başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 20/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri ile UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler doğrultusunda tespit edilen olaylar özetle şöyledir:

1. Başvurucuya İsnat Edilen Suç Kapsamında Yapılan İşlemler

7. Başvurucu, Ankara 1 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinin (DGM) 5/6/2001 tarihli kararı gereği yakalanmış, MLKP/KGÖ adlı yasa dışı örgütün üyesi olduğu iddiası ile gözaltına alınmıştır. Yakalama tutanağında yakalama tarihi olarak 7/6/2001 tarihi gösterilmiştir. Bununla birlikte, başvurucu ve polis memurlarının anlatımları ile adli muayene raporunda bulunan tarih dikkate alındığında yakalama tarihinin 6/6/2001 old uğu anlaşılmaktadır.

8. Başvurucu, 12/6/2001 tarihinde Ankara DGM Cumhuriyet Başsavcılığına sevk edilmiş ve aynı gün mahkemece sorgusu yapılarak tutuklanmıştır.

9. Başvurucu 7/8/2001 tarihinde tahliye edilmiş. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin (CMK 250. madde ile yetkili) 16/1/2003 tarihli ve E.2001/105, K.2003/3 sayılı kararıyla başvurucunun beraatına hükmedilmiş, anılan karar 23/3/2004 tarihinde başvurucu açısından kesinleşmiştir.

2. Başvurucunun Kötü Muamele İddiaları Üzerine Yapılan İşlemler

a. Başvurucunun Kötü Muamele İddiaları

10. Başvurucu, 18/6/2001 tarihinde Nöbetçi Devlet Güvenlik Mahkemesine hitaben yazdığı tutuklamaya itiraz dilekçesinde, "*Mahkemeye çıkarıldığım güne kadar tecrit ve baskı koşullarında tutuldum, ifade vermem için baskı yapıldı, verdiğim ifade dosyaya eklenmedi, fiziksel ve psikolojik baskıyla bana hiç ilgim olmayan iddialar kabul ettirilmeye çalışıldı, sorguya çıkarılırken gözüm siyah bantla kapatıldı, sorgu sırasında küfürlere maruz kaldım. Kaba dayaktan geçirildim, elbiselerim çıkarılarak tacize uğradım ve tecavüzle tehdit edildim, vücuduma özellikle cinsel organıma tazyikli su tutularak işkenceye maruz kaldım. Gözaltında kaldığım süre içerisinde maruz kaldığım kötü muamele ve işkenceyi yapanlar hakkında şikâyetçiyim.*" ifadelerini kullanmıştır. Anılan dilekçedeki kötü muamele iddialarına ilişkin bir soruşturma başlatılmamıştır.

11. Başvurucu, 7/8/2001 tarihinde tahliye edilmiştir. Kötü muamele iddialarına ilişkin bir soruşturma başlatılmaması üzerine başvurucu, kendi beyanına göre 3/4/2002 tarihinde (Dilekçe üzerinde tarih bulunmamaktadır.) Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına, Ankara Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde görevli memurlar hakkında, suçu itiraf ettirmek için iş-

kence ettikleri, insanlık dışı ve onur kırıcı muamelede bulundukları iddiası ile şikâyette bulunmuştur.

b. Başvurucunun Doktor Raporları

12. Başvurucunun gözaltı girişinde Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Ankara Adli Tıp Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen 6/6/2001 tarihli ve 09.57 saatli adli muayene raporunda, başvurucunun herhangi bir kötü muameleye maruz kalmadığını beyan ettiği ve vücudunda haricen darp ve cebir izine rastlanmadığı belirtilmiştir.

13. Başvurucunun gözaltı çıkışında aynı birim tarafından düzenlenen 12/6/2001 tarihli ve 01.25 saatli adli muayene raporunda ise "*sağ piretibial bölgede 4 adet 0,5-1 cm'lik, 1 adet 6-7 cm'lik 3-4 gün öncesine ait olabilecek ekimotik sıyrıklar*" tespit edilmiş, olayın gerçekleşme tarihinden itibaren 3 gün mutad iştigaline engel teşkil edeceği belirtilmiştir.

c. Kamu Görevlileri Hakkında Yapılan Adli İşlemler

i. Soruşturma Aşaması ve Açılan Davalar

14. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı başvurucunun yukarıda anılan şikâyeti üzerine, 29/4/2002 tarihli yazısı ile Ankara Valiliğinden, Ankara Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde görevli polis memurları hakkında "*görev sırasında müessir fiil*" suçundan 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca soruşturma izni talep etmiştir.

15. Ankara Valiliği tarafından, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının yazısına istinaden, 4483 sayılı Kanun'un 5. ve 7. maddeleri uyarınca, tespit edilecek görevliler hakkında isnat olunan suç nedeniyle adli yönden ön inceleme yapmak üzere Başkomiser H.G. soruşturmacı olarak görevlendirilmiştir.

16. Başkomiser H.G. tarafından yürütülen ön inceleme kapsamında, Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünden, başvurucunun sorgusunda görev yapan polis memurlarının kimler olduğu ve bu kişilerin fotoğrafları istenmiş, başvurucunun sorgusunda görev yaptığı bildirilen 9 polis memurunun fotoğrafları olayla ilgisiz başkaca kişilerin fotoğrafları ile karıştırılıp başvurucudan ilgili polisleri teşhis etmesi istenmiş; başvurucu, 3 kişiyi kesin olarak teşhis ettiğini, 2 fotoğrafta yer alan polisleri benzettiğini ama kesin teşhis edemediğini, kendisine kötü muamelede bulunan 2 polis memurunun fotoğraflarının ise gösterilen fotoğraflar arasında bulunmadığını beyan ettiği belirtilmiştir.

17. Soruşturmacı tarafından, başvurucunun sorgulanmasında görevli olduğu bildirilen polis memurlarının tamamı inceleme kapsamına dâhil edilmiş, başvurucunun ve 9 polis memurunun ifadeleri alınmış, başvurucunun gerçekleştiğini ileri sürdüğü olay tarihinden 1 yıl sonra müracaatta bulunduğu, ifade vermeye çeşitli yazışma ve ikazlardan sonra kerhen gelerek kendi kendisiyle çeliştiği dikkate alınarak ve toplanan belgeler doğrultusunda 9 polis memuru hakkında adli yönden işlem yapılmak üzere izin verilmesine gerek olmadığı yönünde görüş ve kanaat bildirilmiştir.

18. Ankara Valiliği İl İdare Kurulu tarafından 25/5/2002 tarihinde söz konusu polis memurları hakkında müessir fiilde bulundukları iddiası kanıtlanamadığı gerekçesiyle soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir.

19. Soruşturma izni verilmemesi üzerine, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 5/7/2002 tarihli kararı ile soruşturma evrakı işlemden kaldırılmıştır.

20. Başvurucu, Ankara Valiliği İl İdare Kurulunun 25/6/2002 tarihli ve 4483/K-108 sayılı "*soruşturma izni verilmemesi*" kararına karşı Ankara Bölge İdare Mahkemesine itiraz etmiştir.

21. Ankara Bölge İdare Mahkemesinin, 30/10/2002 tarihli ve E.2002/290, K.2002/372 sayılı kararıyla, 4483 sayılı Kanun'un 2. maddesi ve 4/4/1929 tarihli 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 154. maddesinin üçüncü fıkrası gereği isnat edilen suç hakkında doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcılığınca takibat yapılması gerektiği belirtilerek itirazın kabulüne, Ankara Valiliğinin "*soruşturma izni verilmemesi*" kararının kaldırılması ve genel hükümlere göre kovuşturma yapılmak üzere dosyanın Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmiştir.

22. Soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı tarafından, başvurucunun sorgulanmasında görevli olduğu bildirilmiş olan şüpheli 9 polis memurunun ve müştekinin (başvurucu) ifadeleri alınmış, 7/1/2003 tarihli ve Hz.2002/93462 sayılı iddianame ile 9 polis memuru hakkında "*efrada sui muamele*" suçundan cezalandırılmaları istemi ile Ankara Asliye Ceza Mahkemesine dava açılmıştır.

23. Ankara 21. Asliye Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sırasında başvurucu, teşhis için huzura getirilen sanıklardan G.A., A.H., A.A. ve T.T.yi kesin olarak teşhis ettiğini, sanıklardan M.D., R.C., R.D. ve E.Ş.nin kötü muamelede bulunan kişiler arasında olmadığını, sanıklar arasında yer almayan ancak salonda bulunan, sonradan Mahkemece kimlik teşhisi yapılan K.T.nin kötü muamele yapanlar arasında olduğunu, ayrıca sanıklar arasında ve salonda yer almayan ismini bilmediği bir kişinin kendisine tecavüz girişiminde bulunduğunu, bu kişiyi görürse tanıyabileceğini ifade etmiştir.

24. Başvurucu vekili; müvekkilinin dört kişiyi teşhis etmiş olmasının diğer sanıkların orada olmadığını göstermeyeceğini ifade ederek müvekkilin gözleri kapalı tutulmakta iken göz bandının kaydığı sıralarda görebildiği kadar teşhiste bulunduğunu, hazırlık soruşturmasında 9 sanığın da sorguya katıldığının tespit edilmiş olduğunu, sanıkların tamamının cezalandırılmasını istediklerini belirtmiştir.

25. Ankara 21. Asliye Ceza Mahkemesi, dava konusu eylemlerin 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesindeki "*suçu itiraf ettirmek için işkence yapma*" kapsamına girmesi ve görevli mahkemenin Ağır Ceza Mahkemesi olması sebebi ile 10/2/2004 tarihinde görevsizlik kararı vermiştir.

26. Yargılamaya Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin E.2004/142 sayılı dosyasında devam edilmiştir.

ii. Sanıkların ve Tanıkların Anlatımları

27. Başvurucunun sorgusunda görevli oldukları tespit edilen 9 polis memuru, ön inceleme sırasında soruşturmacı Başkomiser H.G. tarafından alınan ifadelerinde özetle, "*kötü muamele iddiasında bulunan kişinin örgüt faaliyetleri çerçevesinde ellerinde belge ve kaynaklar olduğunu dolayısıyla kişiyi konuşturmak gibi bir ihtiyaçlarının bulunmadığını, şahıs hakkında 3 gün iş ve gücüne engel şekilde yaralandığına ilişkin rapor veren Doktor C.A'nın DHKPC örgütü mensubu olduğunu bu nedenle sağlık raporunun yanlı verilmiş olabileceğini, işkence ve kötü muamele iddialarının kesinlikle doğru olmadığını, göz bağlama gibi bir uygulamanın mevcut olmadığını, aynalı sorgulama odası kullanıldığını ayrıca şahsın ifade vermediğini ve susma hakkını kullandığını, iddiaların polisin görev şevkini kırma, karalama amaçlı olduğunu ayrıca bu yolla isim ve adreslerine ulaşıldığını*" ifade etmişlerdir.

28. Sanık M.U., Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesine özetle, "*başvurucu hakkında, DGM Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı talimatıyla yapılan ev aramasında yakalama işlemi yapıldığını, giriş ve çıkışta adli rapor alındığını, kendisinin açlık grevine katıldığını, kötü muamelede bulunmadıklarını, yaralanmasına kendi kendine sebep olmuş olabileceğini, suçlamayı kabul etmediğini*" ifade etmiştir. Sanık M.U. yargılama devam ederken 8/8/2003 tarihinde vefat etmiştir.

29. Sanıklardan R.C. Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesine özetle, "*başvurucu hakkında, DGM Anakara Cumhuriyet Başsavcılığı talimatıyla yapılan ev aramasında yakalama işlemi yapıldığını, giriş ve çıkışta adli rapor alındığını, iki rapor arasında neden çelişki olduğunu bilmediğini, yaralanmaya kendi aralarında ya da kendi kendisine neden olmuş olabileceğini*" beyan etmiştir.

30. Sanıklardan R.D. Cumhuriyet savcısı tarafında alınan ifadesine özetle, "*başvurucuya kötü muamelede bulunmadığını, sağlık raporunun toplu şekilde aldırıldığını, yaralanmaya kendi aralarında sebep olmuş olabileceklerini"* belirtmiştir.

31. Sanıklardan G.A. Cumhuriyet savcısı tarafında alınan ifadesine özetle, "*şahsın (başvurucunun) yakalama işlemi sırasında kendisinin bulunmadığını, şahsı ilk kez şubede gördüğünü, suçlamaları kabul etmediğini, sağlık raporlarının ne şekilde olduğunu bilmediğini"* belirtmiştir.

32. Sanıklardan A.A. Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesine özetle, "*suçlamaları kabul etmediğini, ikinci sağlık raporunun yanlı verilmiş olabileceğini ya da yaralanmaya kendi aralarında sebep olmuş olabileceklerini"* ifade etmiştir.

33. Sanıklardan A.H., T.T. ve E.Ş., Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan ifadelerinde özetle, "*şahsa kötü muamelede bulunmadıklarını ve suçlamaları kabul etmediklerini"* beyan etmişlerdir.

34. Sanıklardan M.D. Cumhuriyet savcısı tarafından alınan ifadesine özetle, " isnat edilen *suç tarihinde görevden uzaklaştırılmış olduğunu ve görevde olmadığını, olaylarla ilgisi olmadığını"* beyan etmiştir.

35. Sanıkların kovuşturma aşamasında da suçlamayı kabul etmedikleri, sanık M.D.nin ise anılan tarihlerde görevde olmadığını tekrar ettiği anlaşılmaktadır.

36. Kovuşturma aşamasında dinlenen tanık N.D. özetle; "*başvurucu ile birlikte gözaltına alındıklarını, 5-6 kişi 2-3 saat nezarethanede tutulduktan sonra her birinin tek kişilik hücrelere dağıtıldıklarını, 4. gün tuvalette başvurucuyu gördüğünü, endişeli gözüktüğünü kendisine neler olduğunu, dövüp dövmediklerini sorduğunda dövdüklerini söylediğini, bacağını gösterdiğini, bacağında morluklar gördüğünü, cinsel tacizden bahsettiğini ancak ayrıntı vermediğini, bir gün sonra hücresinde iken mazgallardan başvurucunun koridorda olduğunu gördüğünü saçlarının ıslak olduğunu, üşür gibi gözüktüğünü"* belirtmiştir.

37. Kovuşturma aşamasında dinlenen tanık A.A., "*olay tarihinde kendisinin de gözaltında olduğunu, yan hücresinde olduğu için başvurucuya yapılan tacizleri duyduğunu, sorguya gözleri bantlanarak götürüldüklerini ancak tuvalette iken gözlerini açtıklarını, tuvaletten hücresine dönerken başvurucuyu gördüğünü, başından aşağıya sular akmakta olduğunu"* beyan etmiştir.

iii. Kovuşturma Aşaması Sonucunda Verilen Kararlar

38. Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesince yürütülen yargılama neticesinde, 1/10/2004 tarihli ve E.2004/143, K.2004/316 sayılı karar ile başvurucunun 6

gün gözaltında tutulduğu, gözlerinin bağlandığı, darp edildiği ve üzerine su sıkıldığının tespit edildiğinden bahisle, sanıkların işlemiş olduğu suçun, "*cürmü söyletmek için işkence yapma"* niteliğinde olduğunun kabulü ile *"ölen sanık M.U. hakkında kamu davasının ortadan kaldırılmasına, sanıklar M.D., R.C., R.D., E.Ş., hakkında atılı suçu işlediklerine dair mahkumiyetlerine yeterli, kesin ve inandırıcı deliller bulunmadığından beraatlarına, sanıklar G.A., A.H., A.A., T.T. hakkında cürmü söyletmek için işkence yapma suçundan ayrı ayrı 1 yıl 1 ay 10 gün hapis cezası ile mahkumiyetlerine*" karar verilmiştir.

39. Anılan karar, tarafların temyiz istemi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 20/3/2006 tarihli ve E.2006/228, K.2006/2246 sayılı ilamıyla beraat kararları yönünden onanmış, mahkûmiyet kararları yönünden ise "*1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri gözetilerek mahkumiyet hükümlerinin yeniden değerlendirilmesi"* gerekçesiyle bozulmuştur.

40. Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 7/11/2006 tarihli ve E.2006/180, K.2006/374 sayılı kararı ile Yargıtay 8. Ceza Dairesinin bozma ilamı gereğince 765 sayılı mülga Kanun ile 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerini, lehe olan kanun bakımından değerlendirmiş ve 765 sayılı mülga Kanun'un sanıkların lehine olduğunu değerlendirerek, 4 sanığın her biri hakkında 1 yıl 1 ay 10 gün hapis cezasına ve 2 ay 15 gün kamu hizmetlerinden yasaklanmalarına hükmetmiş, 765 sayılı mülga Kanun'un 94. maddesi uyarınca cezaların ertelenmesine karar vermiştir.

41. Tarafların temyiz istemi üzerine karar, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 18/2/2009 tarihli ve E.2008/11527, K.2009/2330 sayılı ilamıyla, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesindeki "*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" düzenlemesi yönünden Mahkemece değerlendirme yapılması gerektiği gerekçesiyle bozulmuştur.

42. Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 14/10/2009 tarihli ve E.2009/251, K.2009/261 sayılı kararı ile sanıkların kişiliği, suçun işlenmesindeki özellikler ve katılan tarafın şikâyetinin devam etmesi nedeni ile şartları oluşmadığından hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlenmesinin uygulanmasına yer olmadığına karar vermiş, sanıkların önceki kararda belirtildiği gibi cezalandırılmasına ve cezaların ertelenmesine hükmetmiştir.

43. Sanıklar, müdafi ve katılan vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 7/6/2012 tarihli ve E.2010/4882, K.2012/19702 sayılı ilamı ile "*hükme dayanak alınan başvurucuya ait Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Ankara Şube Müdürlüğünün 12/6/2001 tarih ve 30770.94 sayılı raporunun onaysız fotokopi olması*" nedeniyle kararı bozmuştur.

44. Başvurucu, 21/9/2012 tarihinde yargılamanın uzun sürdüğü ve etkili olmadığı iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvuruda bulunmuş, 70067/12 başvuru numarası ile kaydedilen başvuru henüz sonuçlandırılmamıştır.

45. Bozma sonrasında Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 6/2/2013 tarihli ve E.2012/281 ve K.2013/24 sayılı kararıyla, sanıkların her biri için 10 ay hapis cezasına ve haklarındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir.

46. Başvurucunun anılan karara yaptığı itiraz, Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 20/2/2013 tarihli ve 2013/145 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiş ve bu karar başvurucuya 7/3/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

47. Başvurucu 5/4/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

48. 765 sayılı mülga Kanun'un 243. maddesi şöyledir:

"Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsanî 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.

."

49. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkraları şöyledir:

".

(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

50. Mahkemenin 9/9/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 5/4/2013 tarihli ve 2013/2438 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

51. Başvurucu;

i. Gözaltında tutulduğu 6-12/6/2001 tarihleri arasında emniyet görevlileri tarafından, kendisine isnat edilen suçu itiraf etmesi ve tanımadığı kişiler hakkında bilgi vermesi amacıyla kaba dayak (yumruk ve tekme) ile dövüldüğünü, kendisine hakaret ve küfür edildiğini, tek kişilik hücrede tutulduğunu, cinsel tacizde bulunulduğunu ve tecavüz edilmekle tehdit edildiğini, elbiseleri çıkarılmak suretiyle başta cinsel organına olmak üzere vücuduna tazyikli su tutulduğunu, deterjanlı su içirildiğini, gözlerinin bağlandığını, gözaltı süresinin sonunda ifadesinin alındığını ve bu tutanağı imzaladığını ancak soruşturma dosyasına ifade tutanağının konulmadığını, bunun yerine ifade vermediği ve imzadan imtina ettiğine ilişkin polis memurları tarafından düzenlenen bir tutanağın soruşturma dosyasına konulduğunu,

ii. Tutukluluğa itiraz dilekçesinde kötü muamele yapıldığını ifade etmesi ve adli tıp raporu bulunmasına rağmen Savcılıkça bu konuda herhangi bir soruşturma başlatılmadığını, yeniden yaptığı şikâyet sonucunda Valilikten soruşturma izni istenildiğini, izin verilmeyince hazırlık evrakının işlemden kaldırılmasına karar verildiğini, yaptığı itirazın kabul edilmesi üzerine Savcılıkça "efrada sui muamele" suçundan dava açıldığını, soruşturmanın ve kovuşturmanın etkili yürütülmediğini, sonuç olarak verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının da işkence failleri açısından infaz edilebilir nitelikte olmadığını ve kanunsuz eylemlerini önleyebilecek caydırıcı bir etkisinin bulunmadığını,

iii. Kolluk görevlileri aleyhine yürütülen ceza yargılamasında, temyiz aşamasında sanıkların istemi doğrultusunda Yargıtay 8. Ceza Dairesince yapılan duruşmanın kendisine bildirilmediğini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın görüşünün kendisine tebliğ edilmediğini, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara kısa dilekçe ile itiraz ettiklerini ve gerekçeli karar tebliğ edilmeden itirazın reddine dair karar verildiğini,

itirazın reddine ilişkin kararın gerekçesiz olduğunu, yargılamanın makul sürede tamamlanmadığını belirterek Anayasa'nın 17., 36. ve 40. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, adli yardım talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

52. İşkence ve kötü muamele yasağına ilişkin olarak devletin etkili soruşturma yapma sorumluluğu kapsamında, yargılama süreci değerlendirileceğinden başvurucunun adil yargılanma ve etkili bir hukuk yoluna başvurma haklarına ilişkin şikâyetleri yönünden ayrı değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

1. Adli Yardım Talebi Yönünden

53. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30/4/2013 tarihli ve 28633 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 22. maddesi ile değişik 334. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun kimselerin, iddia ve savunmalarında taleplerinin açıkça dayanaktan yoksun olmaması kaydıyla adli yardımdan yararlanabilecekleri düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 337. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ise adli yardımın daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamayacağı belirtilmiştir.

54. Somut olayda başvurucunun, dilekçesinde adli yardım talebinde bulunduğunu belirtmiş olmasına karşın bireysel başvuru harcını yatırdığı tespit edilmiştir. Bireysel başvuru yolunda harç dışında başvurucu tarafından ödenmesi gereken yargılama gideri bulunmamaktadır.

55. Açıklanan gerekçelerle, başvuru harcının yatırılmış olması ve adli yardımın daha önce yapılan giderleri kapsamaması nedeniyle başvurucunun bireysel başvuru yönünden adli yardım talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

56. Başvurunun incelenmesi neticesinde, başvurucunun işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Esas Yönünden

57. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, . maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

58. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere tabi tutulamaz."

59. Başvurucu, kendisine isnat edilen suçu kabul etmesi ve tanımadığı kişiler hakkında ifade vermesi amacıyla, gözaltında bulunduğu süre boyunca kolluk görevlileri tarafından işkence ve kötü muameleye maruz kaldığını, işkence ve kötü muamele iddialarına yönelik soruşturma ve kovuşturmanın etkin yürütülmediğini ileri sürmektedir.

60. Bakanlık görüşünde, işkence yasağının maddi boyutu bakımından yapılan değerlendirmede, bir kimsenin gözaltında yaralanması durumunda bu yaralanmaların kaynağına ilişkin ikna edici bir açıklama yapma külfetinin devlete ait olduğu ve somut olayda Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesinin, polislerin başvurucuya işkence yaptıkları yönünde karar verdiği belirtilerek işkence yasağının esas bakımından ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirme ve takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

61. Bakanlık, işkence yasağının usule ilişkin boyutuna yönelik yaptığı değerlendirmede ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması düzenlenmesinin amaç ve işlevine değindikten sonra AİHM'in, işkence failleri hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı benzer davalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine hükmettiğini; AİHM'in, soruşturma yükümlülüğünü değerlendirirken ayrıca yargılama süresini, sanıklar hakkında herhangi bir disiplin soruşturması yapılıp yapılmadığını ve sorumluların görevlerinden uzaklaştırılıp uzaklaştırılmadıklarını da dikkate aldığını belirterek işkence yasağının usul bakımından ihlal edilip edilmediğine ilişkin takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğunu ifade etmiştir.

62. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı sunduğu beyan dilekçesinde başvuru dilekçesindeki iddialarını tekrarlamıştır.

63. İşkence yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinin, devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri dikkate alınarak maddi ve usule ilişkin boyutları bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Devletin negatif yükümlülüğü, bireyleri işkence ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutmama sorumluluğunu içerirken pozitif yükümlülük, hem bireyleri bu tür muamelelerden korumayı (önleyici yükümlülük) hem de etkili bir soruşturma yoluyla sorumluların tespiti ve cezalandırılmasını (soruşturma yükümlülüğü) içermektedir. İşkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutu, negatif yükümlülük ile önleyici yükümlülüğü kapsamakta, pozitif yükümlülüğün iki unsurundan biri olan soruşturma yükümlülüğü ise usul boyutunu oluşturmaktadır.

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin Maddi Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

64. Başvuru konusu olay, devlet gözetimi altında bulunan başvurucunun maruz kaldığı sözlü ve fiilî saldırı nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiası ile ilgilidir.

65. 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.

66. 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 81).

67. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen hak kapsamında ayrıca 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 51).

68. Anılan koruma yükümlülüğü; devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yükletmektedir. Anı-

lan yükümlülük, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutunun bir unsurunu; devletin, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Koruma doğrultusunda, yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda devletin, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında sorumluluğu ortaya çıkabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Mahmut Kaya/Türkiye*, B. No: 22535/93, 28/3/2000, § 115).

69. Tamamıyla devletin hüküm ve kontrolü altında bulunulan bir zaman dilimde maruz kalınan davranışlar nedeniyle yapılan şikâyetlerin desteklenmesi için kanıt toplanmasının zorluğu göz önünde bulundurularak bu tür iddialar hakkında ancak tüm dosya kapsamındaki verilerin birlikte incelenmesi hâlinde bir sonuca ulaşılabileceği açıktır (*Deniz Yazıcı*, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 79).

70. Somut olayda başvurucu, polis memurları tarafından 6/6/2001 tarihinde sabah saatlerinde yakalanarak adli işlem yapılmak üzere polis merkezine götürülmüştür. Aynı gün gözaltı girişinde alınan adli muayene raporunda, başvurucunun kötü muameleye maruz kalmadığını beyan ettiği, haricen darp ve cebir izine rastlanmadığı belirtilmiştir. Başvurucu 12/6/2001 tarihine kadar gözaltında tutulmuş, gözaltı çıkışında alınan adli muayene raporunda ise sağ piretibial bölgede 4 adet 0,5-1 cm'lik, 1 adet 6-7 cm'lik 3 4 gün öncesine ait olabilecek ekimotik sıyrıklar tespit edilmiş, olayın oluş tarihinden itibaren 3 gün mutad iştigaline engel teşkil edeceği bildirilmiştir.

71. AİHM kararlarında, bir kişinin sağlıklı hâldeyken 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 hâllerde Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında açık sorunların ortaya çıkacağı ifade edilmiştir (*Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 104).

72. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında alınan ifadelerinde sanıklar, başvurucunun gözaltında tutulduğu sırada oluşan yaralarına ilişkin olarak kendi kendine sebep olmuş olabileceği ya da şüphelilerin kendi aralarında yaralanmaya sebep olmuş olabilecekleri gibi muğlak beyanlar dışında makul bir açıklama getirmedikleri, başvurucunun kendisi ve diğer şüphelilerin gözaltı süresince tek kişilik bölmelerde tutuldukları yönündeki beyanı ve kamu makamları tarafından bunun aksinin ileri sürülmediği dikkate alındığında

şüphelilerin kendi aralarında yaralanmaya neden olmalarının olası görülmediği, başvurucunun kendi kendini yaralamış olabileceği iddiasının ise soyut ihtimallere dayandırıldığının anlaşılması nedeniyle anılan savunmalara itibar edilmesi mümkün gözükmemektedir.

73. Sanıklar ifadelerinde, başvurucudan itiraf ya da bilgi alma ihtiyaçları bulunmadığını, başvurucunun da susma hakkını kullandığını ve ifade vermediğini bu nedenle itiraf ve bilgi almak amacıyla işkence yapıldığı iddiasının asılsız olduğunun anlaşıldığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucu, ifade vermiş ve ifade tutanağını imzalamış olmasına karşın bunun dosyaya sunulmadığını ileri sürmüşse de bundan bağımsız olarak devletin gözaltındaki bireyden itiraf ya da bilgi elde edememiş olmasının işkence yapılmadığını göstermeyeceği açıktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 59).

74. İşkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin yapılan yargılamada Mahkemece; başvurucu, sanık ve tanık anlatımları dinlenmiş, sağlık raporları incelenmiş, toplanan deliller ışığında dört sanık hakkında atılı suçu işledikleri sonuç ve kanaatine varılmış, redde ilişkin savunmalar kabule değer görülmemiştir.

75. Buna göre başvurucunun soruşturma ve kovuşturma aşamasında ileri sürdüğü tutarlı iddialar, tanık anlatımları, sanıkların soruşturma ve kovuşturma aşamasında verdikleri ifadeler, gözaltı öncesi ve sonrasında alınan adli raporlar doğrultusunda sağlıklı olarak gözaltına alınan başvurucunun gözaltı çıkışında yaralanmış olmasının doktor raporu ile tespit edilmiş olması karşısında, Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesinin olayın sübutuna ilişkin yaptığı tespitten ayrılmak için bir neden görülmemektedir.

76. Özgürlüğü kısıtlanan bir kişiye karşı, bu kişinin tutumu tam olarak gerekli kılmadıkça fiziksel güç kullanılması kural olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasını ihlal etmektedir (*Cezmi Demir,* §§ 92-102) .

77. Öte yandan bir muamelenin, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup her olayda asgari eşiğin aşılıp 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 (*Tahir Canan*, 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*, § 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(*Eğmez/Kıbrıs*, § 53; *Selmouni/Fransa*, § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir (*Cezmi Demir*, § 83).

78. Anayasa ve Sözleşme tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin *"işkence"* olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için anılan fıkrada geçen *"eziyet"* ve *"insan haysiyetiyle bağdaşmayan"*muamele kavramları ile işkence 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 Kanun'da düzenleme altına alınmış olan *"işkence"*, *"eziyet"* ve *"hakaret"* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır (*Cezmi Demir*, § 84).

79. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin *"işkence"* olarak belirlenmesi mümkündür (*Tahir Canan*, § 22). Muamelelerin ağırlığının yanı sıra, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde *"işkence"* teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırmak amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek *"kasıt"*unsuruna da yer verilmiştir (*Cezmi Demir*, § 85).

80. Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. Bir muamele hem eziyet hem de aşağılayıcı/insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olabilir. Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken, insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele, eziyet ya da işkence niteliğinde olmayabilir (*Cezmi Demir*, § 90).

81. Somut olayda insan onuru ile bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren, algılama veya irade yeteneklerini etkileyen, aşağılanmaya yol açan nitelikteki muamelelerin; başvurucudan bilgi almak, isnat edilen suçları kabul ettirmek, cezalandırmak ya da yıldırmak amacıyla yapıldığı, 6 gün boyunca birbirlerine eklenmiş yöntemlerle, belli bir kasıt altında şiddetli fiziksel ağrı ya da ruhsal acı verilmek suretiyle direncini kırma ve aşağılama amacıyla korku, endişe ve aşağılık duygusu hissettirir nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

82. Buna göre, başvurucuya kasti olarak uygulanan muamelenin amacı, süresi, fiziksel ve ruhsal etkisi de dikkate alındığında ve söz konusu fiillerin boyutu ve bu muamelelerin ilgili kişinin itirafta bulunması veya yöneltilen olaylar hakkında bilgi vermesi amacıyla görevlerini yapan devlet görevlileri tarafından bilinçli olarak yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda işkence olarak nitelendirilmesi mümkün görülmüş ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devletin negatif yükümlülüğüne aykırı davranıldığı sonucuna ulaşılmıştır.

83. Yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa'nın 17. maddesi devlete ayrıca, kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yüklemektedir.

84. 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, 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 olarak, sorumlu olanlara yaptırım uygulamakta kararlı olmaları ve suçun ağırlık derecesi ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığa izin vermemeleri gerekir. Aksi hâlde devletin, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğü yerine getirilmemiş olacaktır (*Cezmi Demir*, § 77; ayrıca bkz. *Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B. No: 42942/02, 8/4/2008; *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006).

85. Başvuruya konu davada uygulanan 765 sayılı mülga Kanun'un 243. maddesi, bir kimseye cürümlerini söyletmek; mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet 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 verileceğini hüküm altına almaktadır. 5271 sayılı Kanun'da yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin düzenleme ise iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasına hükmedilmesi hâlinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceğini kurala bağlamaktadır.

86. Başvuruya konu olayda, anılan yasal düzenlemeler uygulanarak negatif yükümlülüğe aykırı eylemler nedeniyle yürütülen yargılama sonucunda dört

sanığın her biri hakkında, 10 ay hapis cezasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilmiştir.

87. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade etmekte ve yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki doğurmaktan oldukça uzak kalmaktadır. İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması; devletin, bireylerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirememesi sonucunu doğurmaktadır.

88. Buna göre somut olayda başvurucunun, gözaltında kaldığı süre zarfında maruz kaldığı muameleler nedeniyle devletin, işkence ve kötü muamele yapmama negatif yükümlülüğüne aykırı davrandığı, olaya ilişkin yargılamada Mahkemenin, işkence gibi vahim suç oluşturan bir fiilin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini göstermekten ziyade bu fiilin sonuçlarını hafifletecek biçimde orantısız bir şekilde asgari sınırdan hüküm kurması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmetmesi nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutunun bir diğer unsurunu oluşturan kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğün de yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

89. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının, maddi boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

b. Anayasa'nın 17. Maddesinin Usul Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

90. Başvurucu, işkence ve kötü muamele iddialarını ileri sürmesine karşın derhâl bir soruşturma başlatılmadığını, nihayetinde açılan davanın makul sürede tamamlanmadığını, gerek yargılama sırasında gerekse sonuç bakımından etkinliğin sağlanamadığını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

91. Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüğün bir de usule ilişkin boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî 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, sorumluluk-

ları altında meydana gelen olaylar nedeniyle hesap vermelerini sağlamaktır (*Cezmi Demir*, § 110; 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).

92. Buna göre 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 hâlinde Anayasa'nın 17. maddesi, "*Devletin temel amaç ve görevleri"* kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmî bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Şayet bu durum olanaklı olmazsa madde, sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hâle gelecek ve bazı hâllerde devlet görevlilerinin, fiilî dokunulmazlıktan yararlanarak kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (*Tahir Canan*, § 25; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Corsacov/Moldova,* B. No: 18944/02, 4/4/2006, § 68).

93. 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 55).

94. 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(*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 56).

95. Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecekşekilde 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, hızlı ve derinlikli bir şekilde yürütülmelidir (*Cezmi Demir,* § 114; ayrıca benzer yöndeki AİHM kararları

için 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).

96. Şartlar ne olursa olsun, yetkililer resmî şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmelidirler. Şikâyet yapılmadığında bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli ve kesin belirtiler bulunması durumunda soruşturma açılması sağlanmalıdır. Bu bağlamda soruşturmanın derhâl başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir (*Tahir Canan,* § 25; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Batı ve diğerleri/Türkiye,* §§ 133 ve 134).

97. Devlet memurları tarafından yapılan işkence ve kötü muamele iddiaları hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olması için soruşturmadan sorumlu olan ve tetkikleri yapan kişiler olaylara karışan kişilerden bağımsız olmalıdır (*Cezmi Demir*, § 117; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Oğur/Türkiye*[BD], B. No: 21594/93, 20/5/1999, §§ 91 ve 92; *Mehmet Emin Yüksel/Türkiye*, B. No: 40154/98, 20/7/2004, § 37; *Güleç/Türkiye*, B. No: 21593/93, 27/7/1998, §§ 81 ve 82). Soruşturmanın bağımsızlığı sadece hiyerarşik ya da kurumsal bağlantının olmamasını değil, aynı zamanda somut bir bağımsızlığı da gerektirir (*Cezmi Demir*, § 117; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ergi/Türkiye*, B. No: 23818/94, 28/7/1998, §§ 83 ve 84).

98. 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 (*Cezmi Demir*, § 117; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Maıorano ve diğerleri/İtalya,* B. No: 28634/06, 15/12/2009, § 124; *McKerr/Birleşik Krallık,* B. No: 28883/95, 4//5/2001, §§ 111 ve 114; *Opuz/Türkiye*, B. No:33401/02, 9/6/2009, § 150).

99. AİHM, bir devlet görevlisinin işkence veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda *"etkili başvuru"*nun 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 (*Abdülsamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2/11/2004, § 55; aynı yöndeki AYM kararı için bkz. *Cezmi Demir*, § 121).

100. Bu kapsamda somut olayda, yetkililerin yukarıda sıralanan gerekliliklere cevap verecek etkin bir soruşturma yürütme zorunluluğuna uyup uymadıklarının tespiti gerekmektedir. Etkili soruşturma kavramı, Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamındaki soruşturma kavramıyla sınırlı olmayıp soruşturma izni verilmesine ilişkin yapılan ön inceleme, soruşturma ve kovuşturma aşamalarının tamamını kapsamaktadır.

101. Başvuruya konu olayda, gözaltı çıkışında alınan adli muayene raporunda başvurucunun yaralanmaları tespit edilmiş olmasına rağmen adli makamlar resen herhangi bir işlem yapmamışlardır. Başvurucunun 18/6/2001 tarihinde tutuklamaya itiraz sırasında, kötü muamele iddialarını yazılı olarak adli makamlara iletmiş olmasına karşın adli makamlar yine harekete geçmemişlerdir.

102. Başvurucunun ikinci kez şikâyette bulunması üzerine başlayan süreçte ise görevli polis memurları hakkında soruşturma izni verilmesi için Ankara Valiliğine başvuruda bulunulduğu, soruşturma izni verilmesine ilişkin ön inceleme yapmak üzere Emniyet Müdürlüğünde görevli Başkomiser H.G.nin görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Polis memuru şüpheliler hakkında ön inceleme yapmak üzere emniyet teşkilatından bir başka polise görev verilmiş olması, sürecin tarafsızlığına şüphe düşürür niteliktedir.

103. Genel hükümlere göre doğrudan takibat yürütülmesini gerektirir bir suç isnadı nedeniyle soruşturma makamlarının özensiz davranması sonucunda soruşturma izni istenmesi, yargılama sürecinin gereksiz yere uzamasına sebebiyet vermiştir. Başvurucunun kötü muamele iddialarına ilişkin kamu davasının açılması, suça konu eylemlerin gerçekleştiğinin ileri sürüldüğü tarihten yaklaşık bir buçuk yıl sonra mümkün olabilmiştir. 2004 yılında ilk derece mahkemesi suçun sübutuna ilişkin karar vermiş olmasına rağmen dosyanın üç kez temyiz incelemesi için Yargıtay önüne gitmesi ve Yargıtay önündeki uzun bekleme süreleri sonucunda bozma kararları verilmesi nedeniyle yargılamanın yaklaşık on yıllık bir süre sonunda sonuçlandığı anlaşılmaktadır. Başvuru konusu olayda, işkence ve kötü muamele iddialarına yönelik soruşturma ve kovuşturmaların hızlı ve etkili biçimde sonuçlandırılması gerekliliği konusunda gerekli hassasiyetin gösterilmediği anlaşılmaktadır.

104. Yargılama sonunda Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesince, dört sanık hakkında mahkûmiyete yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle beraat kararı verilmiş, diğer dört sanık hakkında "*cürmü söyletmek için işkence yapma"* suçundan on ay sonuç cezaya hükmedilmiş, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

105. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına 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 kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır (*Cezmi Demir*, § 127). Ancak usul yükümünün bir unsuru olarak, tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır.

106. Başvuruya konu olayda, yürütülen yargılama sonucunda işkence ve kötü muamele yasağına aykırı eylemler tespit edilmiş, dört sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmedilmiş, infaz edilebilir bir hapis cezası ya da kamu görevinden yasaklanma gibi bir yaptırıma hükmedilmemiştir.

107. Dört sanık hakkında suçun sabit görülmesine karşın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi, sorumluların fiilî olarak cezasız kalmalarına neden olmaktadır. Somut olayda, soruşturmanın etkililiğinin ölçütlerinden biri olan, sorumluların suç nedeniyle hesap vermelerinin sağlanması ve fiilleriyle orantılı bir ceza almaları koşulunun yerine getirilmekten uzak olduğu anlaşılmaktadır.

108. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinde düzenlenmiştir. Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması hâlinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının aynı Kanun'un 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan bu özelliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır (*Tahir Canan*, § 30).

109. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanma koşullarından biri, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın; aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekliliğidir. Uğranılan zarar kavramı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yalnızca maddi zararları kapsar nitelikte yorumlanmakta olup manevi zararların bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, maddi zararın doğmadığı ya da maddi zarar doğmasına elverişli olmayan suçlar bakımından bu koşulun yerine getirilmesinin aranmayacağı vurgulanmaktadır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 3/2/2009, E.2008/11-250, K.2009/13).

110. İşkence ve kötü muamele iddiaları yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telafinin sağlanmasının da aranmadığı gözetildiğinde anılan hükmün mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim de sağlamadığı açıktır.

111. AİHM de 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesiyle düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile ilgili yaptığı değerlendirmede; düzenlemenin, faillerin cezasız bırakılması sonucunu doğurduğu kanaatine varmıştır. AİHM, hâkimlerin takdir yetkilerini, hukuka aykırı son derece ciddi bir eylemin hiçbir şekilde hoş görülemeyeceğini göstermek yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirgemek yönünde kullandıklarına işaret ederek işkence failleri hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı davalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir (*Taylan/Türkiye*, B. No: 32051/09, 3/7/2012, § 46).

112. Soruşturmanın etkinliğine ilişkin olarak ayrıca, başvuru konusu olayda sözlü ve fiziksel saldırıya maruz kalan başvurucunun, doktor raporunda tespit edilen yaralanmalar dışında cinsel taciz iddiasında bulunduğu ve kötü muamelede bulunan kişilerin bir kısmının sanıklar arasında yer almadığını ifade ettiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun kesin olarak teşhis ettiği dört polis memuru dışında kötü muamelede bulunan kişilerin kimler olduğunun tespit edilmesini sağlayacak yeterlilikte bir araştırma yapılmamış olması ve başvurucunun sağlık raporunda tespit edilen yaraları dışında ileri sürdüğü cinsel taciz iddialarının da açıklığa kavuşturulmamış olması nedeniyle soruşturmanın, sorumluların tespitini sağlaması bakımından da yetersiz olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

113. Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

4. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

114. 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."

115. Başvurucu, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlali nedeniyle 80.000,00 TL manevi tazminat talebinde bulunmuş, yargılamanın uzunluğu nedeniyle zamanaşımı sürelerinin dolmak üzere olduğunu ayrıca yeniden yargılamaya karar verilmesi durumunda, on bir yılı aşkın süredir yürütülen adli mücadelenin yeniden başlayacak olması nedeniyle bir kez daha kendisinin mağduriyetine sebep olunacağını belirtmiştir.

116. Başvuru konusu olayda, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının maddi ve usul boyutlarıyla ihlal edildiği sonucuna varılmış; yargılama sürecinin uzunluğu, zamanaşımı süreleri, suç tarihi gözetildiğinde yeni delillere ulaşmanın ve varsa diğer sorumluların tespitinin zorluğu ve başvurucunun beyanı gözetildiğinde yargılamanın yenilenmesine hükmedilmesinde hukuki yarar bulunmadığı, başvurucunun yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararı karşılığında, somut olayın özellikleri dikkate alınarak başvurucuya net 55.000,00 TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

117. Ayrıca başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderlerinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun adli yardım talebine ilişkin KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

B. Başvurucunun, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlaline ilişkin şikâyetlerinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. 1. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence yasağının maddi yönden İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence yasağının usul yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Başvurucuya net 55.000,00 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, başvurucunun tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

E. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderlerinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme ol-

ması hâlinde 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 uyarıncabaşvurucuya, Adalet Bakanlığına, İçişleri Bakanlığına ve Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine,

9/9/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ARİF HALDUN SOYGÜR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2659)

Karar Tarihi: 15/10/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2015-29566

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Celal Mümtaz AKINCI
Raportör Yrd.	:	Gizem Ceren DEMİR KOŞAR
Başvurucu	:	Arif Haldun SOYGÜR
Vekili	:	Av. Özcan ÖNAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, emniyet görevlilerinin şiddet uygulaması nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının, keyfî gözaltı işlemi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 24/4/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 20/2/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 25/5/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvuru eklerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Bakanlığın 25/6/2015 tarihli görüş yazısı 3/7/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını süresi içinde Anayasa Mahkemesine sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri, başvuruya konu yargılama dosyası içeriği ile UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler doğrultusunda tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. 27/12/2009 tarihinde 21:30'da özel aracı ile seyir hâlinde iken Tunus Caddesi'nde ters yöne giren başvurucu, bölgede devriye görevi yapan polis memurları M.U.K. ve H.Y.G. tarafından durdurulmuştur.

8. Başvurucu ile polis memurları arasında tartışma yaşanmış, başvurucu saat 21.39'da 155 polis imdat hattını arayarak kendisini durduran polis memurları tarafından tartaklandığını ve polis memurlarının arabayı üstüne sürdüklerini ifade ederek yardım istemiştir.

9. Başvurucu yere yatırılarak kelepçelenmiş, polis aracına bindirilerek bir süre burada bekletilmiştir.

10. Olay yerine gelen trafik ekibi tarafından saat 22.00'de başvurucuya trafik kuralı ihlali nedeniyle trafik cezası kesilmiştir.

11. Olay yerine gelen Esat Polis Merkezi Amiri H.İ.U. tarafından başvurucunun kelepçeleri çıkarttırılmıştır.

12. Başvurucu, hakkında adli işlem yapılmak üzere Esat Polis Merkezine götürülmüştür.

13. Başvurucu, Polis Merkezinde alınan ifadesinde Tunus Caddesi'nde evinin olduğu ara sokakta aracıyla on metre kadar ters yönde seyrettiğini, evinin otopark girişinde polis aracının park hâlinde olduğunu, polis memurunun uzaktan kendisine ters yönden geldiğini söylediğini, aracından inerek "*lütfen cezamı yazın ancak siz de apartman girişini kapatarak yanlış yapıyorsunuz*" dediğini, bunun üzerine polis memurunun sinirlediğini, diğer polis memurunun da arabadan indiğini, kendisini kelepçe takmak ve biber gazı sıkmakla tehdit ettiklerini, polislerden kimlik göstermelerini istediğini, kimliğini uzaktan gösteren memura yakından görmek istediğini söylediğini, bunun üzerine polis memurunun "s*en kim oluyorsun bana kimlik soruyorsun*"dediğini, kendisinin 155 polis imdat hattını arayarak yardım istediğini, bunun sonrasında kendisine saldırdıklarını, polis aracına bindirmeye çalıştıklarını, yere yatırdıklarını ve kolunu bükerek vücuduna vurduklarını ve "s*ana gününü göstereceğiz zavallı it*" diyerek hakaret ettiklerini, kelepçe takarak ve tekmeleyerek kendisini zorla polis aracına bindirdiklerini, polis aracının içinde bir süre beklettiklerini,

komiser olduğunu söyleyen bir polisin gelerek kelepçeyi çıkarttığını ve polis memurlarına hitaben "*dün milletvekili bugün doktor nedir sizden çektiğimiz"* dediğini ve polis memurlarından şikâyetçi olduğunu beyan etmiştir.

14. Polis memurları görev yaptıkları Esat Polis Merkezinde alınan ifadelerinde aracıyla ters yönde seyreden başvurucuyu durdurarak kendisine "*Beyefendi ters yönden gittiğinizi biliyor musunuz*" dediklerini ancak başvurucunun agresif tavırlar sergileyerek "*siz benim kim olduğumu biliyor musunuz ben doktorum"*diyerek aracından indiğini, başvurucuya sakin olmasını, kimlik ve ruhsat vermesini söylediklerini ancak resmî aracı görmesine rağmen önce kendisinin *"siz kimlik gösterin"* dediğini ve "*şerefsizler siz çetesiniz adi herifler beni tekel işçisi mi sandınız sizin ağababanız gelsin"* diyerek hakaret ettiğini beyan etmişlerdir.

15. Başvurucu, polis memurlarının şiddetine maruz kaldığı iddiasıyla; polis memurları ise başvurucunun kendilerine hakaret ettiği ve görevlerini yapmalarına engel olmaya çalıştığı iddiasıyla şikâyetçi olmuşlardır.

16. Başvurucu adli muayene raporu alınması amacıyla Adli Tıp Kurumu Ankara Adli Tıp Şube Müdürlüğüne götürülmüş; 27/12/2009 tarihli ve 23.10 saatli adli muayene raporunda sağ el bilekte 2 cm çapında abrazyon, sol dizde 3 cm çapında sıyrık, sol el bilekte çepeçevre kelepçe izine uyar ekimoz, sırtta ve başta ağrı şikâyeti olduğu, başvurucunun yaralarının basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olduğu tespit edilmiştir.

17. Başvurucu, 28/12/2009 saat 01.00'de Cumhuriyet Savcısı talimatıyla salıverilmiştir.

18. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından olayla ilgili başlatılan soruşturmada, müşteki şüpheli başvurucunun ve olay yerine daha sonra gelen Komiser H.İ.U. ile Polis Merkezi Grup Amiri K.E.nin tanık sıfatı ifadeleri alınmış; müşteki şüpheli polis memurlarının ifadeleri alınmamıştır. 11/5/2010 tarihli ve İ.No: 2010/1059 sayılı iddianame ile Polis Memurları H.Y.G. ve M.U.K.nın işkence yapma suçundan, başvurucunun ise hakaret suçundan cezalandırılmaları istemiyle dava açılmıştır.

19. Müşteki sanık H.Y.G. kovuşturma aşamasında, Polis Merkezinde verdiği savunma ve ifadesini tekrar ettiğini söyleyerek şu hususları eklemiştir: "*olayın vuku bulduğu yerde trafik yoğundur. Trafik kazaları sık sık olmaktadır bunu bildiğimiz için ve ters yönden de araçlar geldiğinden, olay sırasında diğer sanık Arif Haldun Soygür bu şekilde ters seyretmekteydi bizde devriye görevi yapmaktaydık polis aracımızın üzerindeki lamba da yanmaktaydı. İkaz ettik, bizim polis olduğumuzu bildiği halde ifademde bahsettiğim biçimde bize hakaretlerde bulundu. Hatta ikaz ettiğimiz*

esnada kimlik ve ruhsatını göstermesini istedik fakat göstermedi. Buna rağmen belirttiğim biçimde bize hakaretlerde bulundu bizde görevli olarak kendisini etkisiz hale getirmek istemiştik yoksa işkence yapmadık üzerimizde devamlı bulunan cop ve biber gazı olduğu halde kullanmadık. Hatta -göğsünüzdeki bayrak mı- diyerek bayrağın bulunduğu giysimizi çekmeye kalktı. Üzerimize de gelip iteklemek suretiyle saldırdığı için bu direncinin kırılması ve soruşturma yapılmak üzere kendisine kelepçe takmak zorunda kaldık. Bilahare trafik ekiplerince yapılan işlemle aracın trafik muayenesinin olmadığı anlaşıldı. Hatta zorunlu trafik sigortasının olmadığı da ortaya çıktı. Karakol amirini de biz çağırmıştık. Olay yerinde olay sırasında biz görevlilerle diğer sanıktan başka kimse yoktu bizim davetimiz üzerine bilahare trafik ekipleri geldi ben üzerime atılı suçu işlemedim kabul etmiyorum."

20. Müşteki sanık M.U.K. kovuşturma aşamasında, emniyette verdiği ifadeyi tekrar ettiğini ve diğer sanık H.G.Y.nin beyanına katıldığını belirterek şunları eklemiştir; *"sanık Arif Haldun'un bize karşı hakaret ve saldırıları üzerine etkisiz hale getirmek için yere yatırdık ve kelepçe takmak zorunda kaldık daha sonra da trafik ekibi çağırmak zorunda kaldık. Kendisine eziyet etmedik atılı suçlamayı kabul etmiyorum. Esasen zorunlu trafik sigortası ile araç fenni muayenesi de olmadığından dolayı trafiğe aykırı biçimde araç kullanmaktaydı bundan dolayı bize böyle davrandığını düşündüm. Daha öncede kendisini hiç görmüş değilim. Biz görevimizi yaptık suçlamayı kabul etmiyorum. Şikâyetçi Sanık Arif Haldun'un raporuna diyeceğim yoktur yere yatırıp kelepçe takmaktayken oluşmuş olabilir. Katılma talebini de mahkemenin takdirine bırakıyorum, hakaretten dolayı ben de sanık Arif Haldun'dan şikâyetçiyim davaya da katılmak istiyorum, görevimizden dolayı hakaret etmiştir bunun da dikkate alınmasını istiyorum çünkü bizim polis olduğumuzu biliyordu, resmi üniformamız vardı."*

21. Başvurucu ise kovuşturma aşamasında, emniyette verdiği ifadeyi tekrar ettiğini belirtmiş; polis memurlarına hakarette bulunmadığını, suçlamaları kabul etmediğini, polis memurlarının hakaret edip kendisini darp ettiklerini, kendisine kötü muamelede bulunduklarını beyan etmiştir.

22. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında dinlenen Tanık H.İ.U. Esat Polis Merkezi Amirliğinde görev yaptığını, suç tarihinde grup amiri K.E.nin bilgi vermesi üzerine olay mahalline gittiğinde olayın sonlanmış olduğunu, memurların şahsı (başvurucu) ters yönden geldiği için uyardıklarını ve şahsın hakarette bulunduğunu kendisine söylediklerini, bunun üzerine kendisinin kelepçeye gerek olmadığını söyleyerek polis memurlarından kelepçeyi çıkarmalarını istediğini, bir süre önce bir milletvekili hakkında trafik polislerine hakaretten işlem yapıldığı için kendi kendine *"önceki gün milletvekili bugün doktor"* diyerek söylendiğini, işlemi yapan polis memurları ile bu durumun bir ilgisi olmadığını beyan etmiştir.

23. Soruşturma aşamasında ifadesi alınan tanık K.E Esat Polis Merkezi Amirliğinde grup amiri olarak görev yaptığını, olay anında karakol içinde görevli olduğunu, kendisine bilgi verilmesi üzerine Karakol Amiri H.İ.U.ya bilgi verdiğini, kendisinin olay yerine gitmediğini, olayla ilgili bilgisinin Polis Merkezinde alınan ifadelerle sınırlı olduğunu beyan etmiştir.

24. Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi 9/2/2011 tarihli ve E.2010/232, K.2011/40 sayılı kararıyla polis memurları hakkında işkence yapma suçu nedeniyle dava açılmış olmakla birlikte olayda işkence suçunun unsurlarının oluşmadığından söz ederek 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 256. maddesi kapsamında zor kullanma yetkisinin sınırlarının aşılması kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiş; *"(başvurucunun) rapor durumu zarar gören bölgeler birlikte değerlendirildiğinde taşkınlığına son verme, onu sabitleme gayesiyle kelepçe takma mücadelesinin eseri olduğu görülmüş, başkaca tekme tokat vurma, biber gazı sıkma gibi bir eylemi olmadığı gibi telefonla durumu ihbar etme fırsatı dahi verilmiş olması karşısında yetki-sınır aşımından bahsedilemeyeceği"* gerekçesiyle polis memurlarının beraatlarına hükmetmiştir.

25. Mahkeme -başvurucu yönünden- görevli memura hakaret suçundan 1 yıl hapis cezasına hükmetmiş; 1 yıl hapis cezasının, suçun alenen ve zincirleme şekilde işlenmesi nedeniyle artırılmasına, başvurucunun; olayda polis memurlarının haksız tahriki ve keyfî muamelesine maruz kalmış olduğu gerekçesiyle 5237 sayılı Kanun'un 129. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca -hakaret suçunun karşılıklı işlenmesi hâli- cezanın indirilmesine ve sonuç olarak 5 ay 25 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve 4/2/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Polis memurları tarafından başvurucu aleyhine hakaret nedeniyle tazminat davası açılmış; H.Y.G lehine 2.000 TL, M.U.K. lehine 1.500 TL manevi tazminata hükmedilmiştir.

26. Başvurucu tarafından beraat hükmü yönünden temyiz edilen karar, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 26/9/2012 tarihli ve E.2012/23431, K.2012/28579 sayılı ilamıyla onanmıştır.

27. Onama kararı başvurucuya 3/4/2013 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 24/4/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

28. 5237 sayılı Kanun'un 256. maddesi şöyledir:

"Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

29. 5237 sayılı Kanun'un 129. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 15/10/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 24/4/2013 tarihli ve 2013/2659 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucu; trafik kuralı ihlali nedeniyle durdurulduğu sırada emniyet görevlileri tarafından şiddete maruz kaldığını, elleri kelepçelenerek gözaltına alındığını, gördüğü şiddet sonucunda oluşan yaralanmaların sağlık raporuyla tespit edilmesine karşın açılan kamu davasında emniyet görevlileri hakkında beraat kararı verildiğini, kendisine ise kamu görevlisine hakaret etme suçundan ceza verildiğini, söz konusu karara dayanarak polis memurlarının kendisine tazminat davası açtıklarını belirterek işkence ve kötü muamele yasağı ile kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiği İddiası

32. Başvurucu, keyfî olarak alıkonulduğunu ve gözaltına alındığını ileri sürerek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

33. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri HakkındaKanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler."

34. Bu hüküm gereğince Anayasa Mahkemesi, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem vekararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler. Dolayısıyla Mahkemenin 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 nihaî işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir (*G.S.*, B. No: 2012/832, 12/2/2013, § 14).

35. Başvurunun kabul edilebilmesi için ihlal iddiasına dayanak teşkil eden nihai işlem veya kararların 23/9/2012 tarihinden evvel kesinleşmemiş olması gerekmektedir. Nihai işlem veya kararların anılan tarihten önce kesinleştiği 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 (*Korcan Pulatsü,* B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 32).

36. Somut olayda başvurucu 27/12/2009 tarihinde saat 21.30'da tutulmuş, 28/12/2009 tarihinde 01:00'de serbest bırakılmıştır. Anılan tutulma işlemine ilişkin herhangi bir adli işlem başlatılmamış olduğundan bu konuda son işlemin başvurucunun serbest bırakıldığı 28/12/2009 tarihinde gerçekleştiğinin kabulü gerekmektedir.

37. Açıklanan nedenlerle başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliğinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerine konu olayda, tutulmaya ilişkin son işlemin Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başladığı 23/9/2012 tarihinden önce gerçekleştiği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiği İddiası

38. Başvurunun incelenmesi neticesinde başvurucunun işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedenin bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

39. 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."

40. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS/Sözleşme) 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere tabi tutulamaz."

41. Başvurucu; emniyet görevlileri tarafından şiddete maruz bırakıldığını, elleri kelepçelenerek gözaltına alındığını, gördüğü şiddet sonucunda oluşan yaralanmaların sağlık raporuyla tespit edilmesine karşın açılan kamu davasında emniyet görevlileri hakkında beraat kararı verildiğini, bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

42. Bakanlık görüşünde, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutu bakımından yapılan değerlendirmede kötü muamele yasağının yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanılmasını tamamen yasaklamadığını ancak güç kullanımının gerekli ve orantılı olması gerektiğini, somut olayda emniyet görevlilerinin başvurucunun kendilerine hakaret etmesi ve direnmesi üzerine güç kullandıklarını ifade ettikleri belirtilerek yasağın esas bakımından ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirme ve takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

43. Bakanlık, işkence ve kötü muamele yasağının usule ilişkin boyutuna dair yaptığı değerlendirmede ise başvurucunun kötü muamele iddialarını ileri sürmesi üzerine soruşturma başlatıldığını ve olaydan yaklaşık iki saat sonra adli muayene raporu alınmasının sağlandığını ve başvurucuya haklarının hatırlatıldığını belirterek yasağın usul bakımından ihlal edilip edilmediğine ilişkin takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğunu ifade etmiştir.

44. İşkence yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinin -devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri dikkate alınarak- maddi ve usule ilişkin boyutları bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Devletin negatif yükümlülüğü bireyleri işkence ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutmama sorumluluğunu içerirken pozitif yükümlülük, hem bireyleri bu tür muamelelerden korumayı (önleyici yükümlülük) hem de etkili bir soruşturma yoluyla sorumluların tespiti ve cezalandırılmasını (soruşturma yükümlülüğü) içermektedir. İşkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutu, negatif yükümlülük ile önleyici yükümlülüğü kapsamakta, pozitif yükümlülüğün iki unsurundan biri olan soruşturma yükümü ise usul boyutunu oluşturmaktadır.

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin Maddi Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

45. 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 *(Cezmi Demir ve diğerleri,* B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 80).

46. 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 81).

47. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ve Sözleşme'nin 3. maddesi sınırlama öngörmemekte; işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaların yasaklanmasının mutlak mahiyetini belirtmektedir. Kötü muamele yasağının mutlak mahiyeti Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında belirtilen savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hâlinde dahi istisna öngörmemiştir. Aynı şekilde Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında da benzer bir düzenleme ile kötü muamele yasağına ilişkin herhangi bir istisna öngörülmemiştir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 74; *Selmouni/Fransa*[BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 95; *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan,* B. No: 24760/94, 28/10/1998, § 93).

48. 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 eşiğin aşılıp 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 (*Tahir Canan,* B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 23). Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki neden de eklenebilir (*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 anda meydana gelip gelmediğinin tespiti de (*Eğmez/Kıbrıs,* § 53; *Selmouni/Fransa,* § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

49. Bir ceza veya muamelenin "insanlık dışı" ya da "aşağılayıcı" olarak nitelendirilebilmesi için belirli bir yasal muamele veya ceza ile ilgili ızdırap veya aşağılamanın kaçınılmaz unsurlarının ötesine geçmesi gerekmektedir (*Soering/Birleşik Krallık,* B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 100)

50. Anayasa'nın 17. maddesi ve Sözleşme'nin 3. maddesi -belirli bir yasal muamele kapsamında- bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasaklamamaktadır. Ancak sınırları belli bazı durumlarda, sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmaması koşuluyla güvenlik güçleri tarafından fiziksel güce başvurulmasının kötü muamele olmadığı kabul edilmektedir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, §§ 81, 82; *Ivan Vasilev/Bulgaristan*, B. No: 48130/99, 12/4/2007, § 63).

Ayrıca kişinin kendi davranışından veya tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hâle gelmedikçe bu tür fiiller -prensip olarak- Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen yasağı ihlal edecektir. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) suçla mücadeleye özgü inkâr edilemez zorlukların, bireylerin vücut dokunulmazlığı açısından sağlanacak korumaya sınırlar koymasını haklı kılamayacağını belirtmektedir (*Ribitsch/Avusturya*, B. No: 18896/91, 4/12/1995, § 38).

51. Kolluk görevlileri, görevini yaparken direnişle karşılaşması hâlinde bu direnişi kırmak amacıyla ve direnişi kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Fiilî bir saldırının varlığı hâlinde kolluk görevlileri ayrıca meşru savunma kapsamında zor kullanma yetkisine de sahiptir. Ancak zor kullanımı yalnızca zorunlu hâllerde başvurulabilecek bir yol olduğu gibi başvurulacak güç, ölçülü ve kademeli olmalıdır.

52. Aktif/etken direnme, kolluk görevlisine karşı fiilî bir saldırı, güç kullanımı sonucu görevini yapmaya engel olmak şeklinde gerçekleşirken pasif/edilgen direnme; evrak göstermeme, araca binmeme, araçtan inmeme gibi kolluk görevlisinin talimatlarına uymama şeklinde gerçekleşmekte ve fiilî bir güç kullanımı içermemektedir. Direnmenin türüne göre görevin ifası için gerekli kuvvet kullanımı değişebileceği gibi kuvvet kullanımının meşru bir zemine oturması için direnmenin sona ermemiş olması, güç kullanımının görevin ifası için zorunlu olması ve yerine getirilmek istenen amaç ile orantılı olması gerekmektedir.

53. Kelepçe takmak polisin maddi güç kullanımının bir çeşidini oluşturmaktadır.

54. Polisin zor kullanma yetkisi bir cezalandırma aracı olmayıp zorunlu sınırın aşılması, işkence ve kötü muamele yasağının ihlali sonucunu doğurabilecektir.

55. Anayasa ve Sözleşme tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadelerde bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin "işkence" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için anılan fıkrada geçen "eziyet" ve "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele kavramları ile "işkence" 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, anılan ifadelerin 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan "işkence", "eziyet" ve "hakaret" suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır *(Cezmi Demir ve diğerleri*, § 84).

56. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin "işkence" olarak belirlenmesi mümkündür (*Tahir Canan*, § 22). Muamelelerin ağırlığının yanı sıra İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "işkence" teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırmak amacıyla ya da ayırımcı bir nedenle kasten ağır acı veya ızdırap vermeyi kapsadığı belirtilerek "kasıt" unsuruna da yer verilmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 85).

57. "İşkence" seviyesine varmayan fakat önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi, manevi ızdıraba sebep olan insanlık dışı muameleler "eziyet" olarak tanımlanabilir (*Tahir Canan*, § 22). Bu hâllerde 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 (*İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 167; *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 (*İrlanda/Birleşik Krallık; Ilaşcu ve diğerleri*[BD], */Moldova ve Rusya*, 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 kapsamında "eziyet" olarak nitelendirilebilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 88).

58. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru 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 (*Tahir Canan*, § 22). Burada "eziyet"ten farklı olarak kişi üzerinde uygulanan muamele; fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya aşağılayıcı bir etki oluşturmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 89).

59. Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir.

60. Somut olayda başvurucu, trafik kuralı ihlali nedeniyle durdurulduğu sırada yere yatırılmış ve kolları arkaya bükülmek suretiyle kelepçelenmiştir.

Emniyet görevlileri, başvurucunun hakaret etmesi ve direnmesi nedeniyle kademeli güç kullandıklarını, başvurucuyu yere yatırarak kelepçelediklerini ifade etmektedirler. Başvurucu ayrıca yerde yattığı sırada polis memurları tarafından tekmelendiğini ileri sürmektedir. Yapılan adli muayenede -başvurucuyla ilgili olarak- sağ el bileğinde 2 cm çapında abrazyon, sol dizinde 3 cm çapında sıyrık, sol el bileğinde kelepçe izine uyar çepeçevre ekimoz, sırtta ve başta ağrı şikâyeti tespit edilmiştir (bkz. § 16).

61. Somut olayda polis memurları, başvurucunun davranışlarını genel olarak agresif davranışlar şeklinde tanımlamış; başvurucunun resmî araçlarının olduğunu görmesine rağmen kendilerinden kimlik göstermelerini istediğini, kendilerine hakaret ettiğini ve sözlü saldırıda bulunduğunu ifade etmişlerdir. Başvurucu hakkında yürütülen yargılamaya bakıldığında ise yargılamanın hakaret suçu ile sınırlı olduğu, Polis Merkezinde polis memurlarının başvurucunun kendilerine karşı fiilî bir saldırı ya da maddi bir güç kullanımında bulunduğuna yönelik bir iddiada bulunmadığı görülmektedir. Öte yandan kovuşturma aşamasında başvurucunun kendilerini ittirdiğini ifade ettikleri anlaşılsa da polis memurlarının başvurucu hakkında yalnızca hakaret suçu nedeniyle şikâyetçi oldukları ayrıca yine kendi düzenledikleri olay tutanağında başvurucunun polis memurlarına yönelik fiilî bir hareketinden söz edilmeyip yalnızca hakaret ve evrak göstermeme eylemlerinden bahsedildiği, polis memurlarının herhangi bir yaralanmalarının bulunmadığı gibi unsurlar gözetildiğinde başvurucunun polis memurlarına fiilî bir saldırıda bulunmadığının kabulü gerekmektedir.

62. Polisin görevini yerine getirirken üniformalı ya da resmî araçlı olmasına ilişkin bir istisna gözetilmeksizin kendisinin polis olduğunu gösterir belgeyi sunmak zorunluluğu bulunduğundan başvurucunun polis memurlarına kimlik sorması, görevi yaptırmamak için direnme olarak adlandırılamayacaktır. Başvurucuya isnat edilen eylemler; trafik kuralı ihlali, evrak göstermeme şeklinde pasif direnme ve hakaret ile sınırlı olup olay yerine çağrılan trafik ekiplerince başvurucu hakkında trafik cezası düzenlenmiş ayrıca polis memurlarına hakaret ettiği iddiasıyla adli işlem başlatılmıştır.

63. Başvurucuya isnat edilen eylemler ve taraf beyanları bir bütün olarak değerlendirildiğinde fiilî bir saldırıda bulunmayan, tehlike arz ettiğine ya da kaçacağına ilişkin bir şüphe oluşturmadığı açık olan başvurucunun; evinin bulunduğu sokakta kolu arkaya bükülmek suretiyle yere yatırılmasını ve kelepçe takılmasını, zorla ekip arabasına bindirilmesini ve bir süre burada bekletilmesini gerektirecek bir fiilinin bulunmadığı ve anılan muameleler nedeniyle yaralandığı sabit olan başvurucunun vücut bütünlüğüne saygı konusunda gerekli özen ve dikkatin gösterilmediği anlaşılmaktadır.

64. Kendi davranışı nedeniyle fiziksel ve maddi güç kullanımını zorunlu kılan bir tutumu olmaksızın anılan müdahaleye maruz kalan başvurucunun sağlık raporunda tespit edilen yaralanmaları ve eylemin kendisi değerlendirildiğinde müdahalenin küçük düşürücü veya aşağılayıcı bir etki doğurabileceğinin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele kapsamında nitelendirilmesi mümkün görülmüş ve devletin, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında negatif yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna ulaşılmıştır.

65. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının, maddi boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

b. Anayasa'nın 17. Maddesinin Usul Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

66. Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüğün bir de usule ilişkin boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî 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 onların sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamaktır *(Cezmi Demir ve diğerleri, § 110; Anguelova/Bulgaristan*, B. No: 38361/97, 13/6/2002, § 137; *Jasinskis/Letonya*, B. No: 45744/08, 21/12/2010, § 72).

67. Buna göre 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 hâlinde Anayasa'nın 17. maddesi, "*Devletin temel amaç ve görevleri"* kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmî bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Bu durum olanaklı olmazsa Anayasa'nın 17. maddesi, sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hâle gelecek ve bazı hâllerde devlet görevlilerinin fiilî dokunulmazlıktan yararlanarak kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (*Tahir Canan*, § 25; *Corsacov/Moldova,* B. No: 18944/02, 4/4/2006, § 68).

68. 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(*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 56).

69. Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecekşekilde 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri,* § 113; *Assenov ve diğerleri,* § 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 almalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri,* § 113;*Tanrıkulu/Türkiye*[BD], B.No: 23763/94, 8/7/1999, § 104; *Gül/Türkiye,* B.No: 22676/93, 14/12/2000, § 89).

70. Devlet memurları tarafından yapılan işkence ve kötü muamele iddiaları hakkında yürütülen soruşturmanın etkili olması için soruşturmadan sorumlu ve tetkikleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olması gerekir (*Cezmi Demir*, § 117; *Oğur/Türkiye*[BD], B. No: 21594/93, 20/5/1999, §§ 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, aynı zamanda somut bir bağımsızlığı da gerektirir (*Cezmi Demir*, § 117; *Ergi/Türkiye*, B. No: 23818/94, 28/7/1998, §§ 83, 84).

71. Bu kapsamda başvurucunun, polis memurları tarafından kötü muameleye tabi tutulduğu iddiası ve sağlık raporunda tespit edilen yaralanmalar karşısında bir devlet görevlisi tarafından Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiası bulunduğunun kabulüyle yukarıda sıralanan gerekliliklere cevap verecek etkin bir soruşturma yürütülmesinin zorunluluğu bulunmaktadır. Soruşturma kavramı, Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamındaki soruşturma kavramıyla sınırlı olmayıp soruşturma ve kovuşturma aşamalarının tamamını kapsamaktadır.

72. Başvuruya konu olaya ilişkin başlatılan adli işlemler kapsamında ilk olarak polis memurlarının görev yaptığı Esat Polis Merkezinde başvurucunun şüpheli sıfatıyla, Polis Memurları M.U.K. ve H.Y.G.nın ise müşteki sıfatıyla ifadeleri alınmıştır.

73. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturma kapsamında başvurucunun ve olay yerine daha sonra gelen Komiser H.İ.U. ile Polis

Merkezi Grup Amiri K.E.nin tanık sıfatıyla ifadeleri alınmış; polis memurları hakkında işkence yapma suçu nedeni ve cezalandırılmaları istemiyle dava açılmıştır.

74. Olay günü Polis Merkezinde alınan ifadelerde polis memurlarının; başvurucunun agresif tavırlar sergilediğini, kendilerine kimlik sorduğunu ve hakaret ettiğini ifade ettikleri, bu aşamada başvurucudan gelen herhangi bir fiziksel ya da maddi güç kullanımı iddiasında bulunmadıkları gibi polis memurları tarafında düzenlenen olay tutanağında da başvurucudan gelen herhangi bir fiilî güç kullanımından bahsedilmediği anlaşılmaktadır (bkz. § 14). Kovuşturma aşamasında ise polis memurları ifadelerinde, başvurucunun evraklarını göstermediğini ve üzerlerine gelerek kendilerini ittirmek suretiyle saldırdığını belirtmişlerdir (bkz. § 19, 20). İki ifade arasında başvurucunun polis memurlarına yönelik fiziksel güç kullanıp kullanmadığı konusunda çelişki bulunmaktadır.

75. Mahkeme ise agresif tavırlar ve direnme olarak adlandırılan eylemlerin niteliğinin ne olduğu yönünde bir değerlendirme yapmaksızın başvurucunun taşkınlığa varan davranışlarda bulunduğu kabulüyle, *"(başvurucunun) rapor durumu zarar gören bölgeler birlikte değerlendirildiğinde taşkınlığına son verme, onu sabitleme gayesiyle kelepçe takma mücadelesinin eseri olduğu görülmüş, başkaca tekme tokat vurma, biber gazı sıkma gibi bir eylemi olmadığı gibi telefonla durumu ihbar etme fırsatı dahi verilmiş olması karşısında yetki-sınır aşımından bahsedilemeyeceği*" gerekçesiyle polis memurlarının beraatlarına hükmetmiştir.

76. Soruşturma ve kovuşturma aşaması bir bütün olarak incelenmesi sonucunda tüm süreçte dinlenilen iki tanığın da sanık polis memurlarının mesai arkadaşları oldukları ve olayı görmediklerini ifade ettikleri dikkate alındığında maddi olayın nasıl gerçekleştiğini aydınlatabilecek nitelikte bir delile ulaşılıp ulaşılamayacağının araştırılmadığı, hükme esas alınan delil niteliğinde yalnızca taraf beyanlarının mevcut olduğu, hangi beyana hangi nedenle itibar edildiği ya da edilmediğinin açıklanmadığı; başvurucunun yere yatırıldığı sırada polis memurları tarafından vücuduna tekme atıldığını ileri sürülmesine karşın bu iddiaların araştırılmayarak polis memurlarının eyleminin yere yatırarak kelepçe takma ile sınırlı olduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

77. Mahkeme, başvurucunun polis memurlarına hakaret ettiği iddiasına ilişkin kurduğu hükümde, başvurucu hakkında hükmettiği cezadan sanığın (başvurucu) polis memurlarının haksız tahriki ve keyfî muamelesine maruz kalmış olması sebebiyle 5237 sayılı Kanun'un 129. maddesinin üçüncü

fıkrası uyarınca (karşılıklı hakaret) cezanın 1/3 oranında indirilmesine hükmetmiştir.

78. Yukarıdaki hükümden anlaşılacağı üzere Mahkeme, olayda karşılıklı hakaret nedeniyle başvurucunun cezasından indirime gitmiş ancak polis memurları hakkında kurulan hükümde polis memurlarının hakaret niteliği taşıyan eylemlerine yönelik bir değerlendirme yapmamıştır.

79. Tüm bu unsurlar -soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için gerekli olan- soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları, kötü muamele iddialarının gerektirdiği soruşturmanın tarafsız ve bağımsız bir şekilde, hızlı ve derinlikli yürütülmesi, yetkililerin olay ve olguları ciddiyetle öğrenmeye çalışması gibi gerekliliklerin yerine getirildiği konusunu şüpheye düşürmektedir.

80. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında koruma altına alınan ve kötü muamele yasağı kapsamında öngörülen, devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

81. 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."

82. Başvurucu, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlali nedeniyle 100.000 TL manevi tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

83. Başvuru konusu olayda, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının maddi ve usul boyutlarıyla ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yargılamanın yenilenmesi amacıyla kararın bir örneğinin ilgili Mahkemesine gönderilmesi, başvurucuya ayrıca net 3.000 TL manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar verilmesi gerekir.

84. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının *zaman bakımından yetkisizlik*nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında koruma altına alınan kötü muamele yasağının ihlaline ilişkin şikâyetlerinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi yönden İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 3.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 198,35 TL harç ve 1.500 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 hâlinde 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 Adalet Bakanlığına ve İçişleri Bakanlığına gönderilmesine

15/10/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

HAMDİYE ASLAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2015)

Karar Tarihi: 4/11/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 22/12/2015-29570

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Recep ÜNAL
Başvurucu	:	Hamdiye ASLAN
Vekili	:	Av. Reyhan YALÇINDAĞ BAYDEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, gözaltında işkence yapılması nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutunun; eylemlerin sorumlusu olan kamu görevleri hakkında yürütülen yargılamanın 11 yıl sürmesi ve yargılama sonucunda 10 ay hapis cezasına hükmedilip hükmün açıklanmasının geri bırakılması nedenleriyle de işkence ve kötü muamele yasağının usul boyutu ile adil yargılanma, eşitlik ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 13/3/2013 tarihinde Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 28/2/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 5/6/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvuru belgelerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 5/6/2015 tarihinde Bakanlığa bildirilmiştir. Bakanlığın yazılı görüşü 13/7/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulmuştur.

6. Bakanlık görüş yazısı, başvurucuya 21/7/2015 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve UYAP aracılığıyla ulaşılan bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

1. Gözaltı Süreci

8. Başvurucu, Mardin Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şubesi görevlilerince terör örgütüne yardım ettiği suçlamasıyla 5/3/2002 tarihinde gözaltına alınmıştır.

9. 6/3/2002 tarihinde PKK terör örgütüne kuryelik yaptığı iddiasıyla Mardin Emniyet Müdürlüğünde ifadesine başvurulan başvurucu ifade vermek istemediğini beyan etmiştir.

10. Başvurucu aynı iddia kapsamında 7/3/2002 tarihinde Cumhuriyet Savcısı huzuruna çıkarılmış ve kendisinin ifadesine başvurulmuştur.

11. Başvurucu aynı gün sevk edildiği mahkemece tutuklanmıştır.

2. Soruşturma ve Kovuşturma Kapsamında Alınan İfadeler

a. Başvurucunun İddiaları

12. Başvurucu Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan 7/3/2002 tarihli ifadesinde, adını bilmediği bir suçtan dolayı Kızıltepe cezaevinde tutuklu bulunan kocasının yeni tahliye olduğunu, H.E. ve S.E. adlı şahısları tanımadığını, H.E. ye muska içinde veya başka bir şekilde not vermediğini, suçlamaları kabul etmediğini, emniyette işkence gördüğünü, görevlilerin sırtına vurduklarını, üzerine buzlu su döküp pervaneyi çalıştırdıklarını, yatağa giderken de üzerine buz sürdüklerini, dört beş kişinin bağrına vurduğunu, bunlar yapılırken gözlerinin kapalı olduğunu belirtmiştir.

13. Başvurucunun iddiaları nedeniyle Savcılık tarafından 7/3/2002 tarihli tutanak tutularak -alınan ifade tutanağının bir suretinin de tutanağa eklenmesi suretiyle- görevliler hakkında soruşturma başlatılmıştır.

14. Başvurucu ile Cezaevinde görüşen avukatları, yaptıkları görüşmenin akabinde 15/5/2002 tarihinde, gözaltında bulunduğu sırada başvurucuya "ırza geçme" suçunun işlendiği iddiası ile Mardin Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuşlardır. Belirtilen avukatlar, suç duyurusuna ilişkin dilekçede başvurucu ile 5/4/2002 tarihinde cezaevinde görüştüklerini, bu görüşmede başvurucunun birtakım gerçekleri gizlediğini anladıklarını, 7/3/2002 tarihinde verdiği iki ayrı ifadede gözaltında maruz kaldığı gayriinsani ve onur kırıcı muameleyi anlatırken yaşadığı cinsel işkenceyi de *". bana küfür ederek benim mahrem yerlerime elleriyle dokundular, örneğin göğüslerimi sıktılar."* şeklinde aktardığını, gözaltında iken kadın polis memuru tarafından makatından cop sokularak ırzına geçildiğini, bu eylemin ardından kanamasının başladığını ve hastaneye götürüldüğünü anlattığını, şikâyetçi olduğunu söylediğini ifade etmişlerdir.

15. 17/5/2002 tarihinde Cumhuriyet Savcısı tarafından başvurucunun tercüman yardımıyla ve şikâyetçi sıfatıyla ifadesi alınmıştır. Başvurucu bu ifadesinde, gözaltında olduğu süre içinde bir kadın polis memurunun, (başvurucunun) kocasının karşısında makatına cop soktuğunu, ardından kanamasının başladığını ve bayılıp yere düştüğünü, bunun üzerine hastaneye götürüldüğünü, bilincini kaybettiği için doktorun ne yaptığını hatırlamadığını, Savcılıktaki ifadesinde bu olayı utandığı için anlatmadığını, Diyarbakır Adli Tıp Şube Müdürlüğüne sevk edildiğinde adli tabibin sadece koltuk altlarına baktığını, bunun dışında başka yerine bakmadığını, muayene sırasında doktora bu şikâyetini de söylediğini ancak doktorun muayene etmediğini, maruz kaldığını iddia ettiği diğer kötü muameleleri önceki ifadesinde anlattığını belirtmiştir.

16. Başvurucunun avukatları tarafından Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesine sunulan 13/6/2003 tarihli dilekçe ile başvurucu hakkında yetersiz rapor düzenlediklerini ve bu nedenle görevlerini gereği gibi yapmadıklarını iddia ettikleri doktorlar hakkında soruşturma başlatılmasını, başvurucunun psikolojik durumunun tespitine yönelik rapor aldırılmak üzere İstanbul Üniversitesi Çapa Tıp Fakültesi Psikososyal Travma Merkezine sevkini, sanıklardan H.Ş.P. hakkında ayrıca ırza geçme suçundan soruşturma başlatılmasını talep etmişlerdir.

17. Başvurucu kovuşturma aşamasındaki beyanında, eşi ile birlikte Mardin Emniyet Müdürlüğüne götürülmek üzere araca bindirildiğini, Emniyet Müdürlüğüne yaklaştıkları esnada kendisinin yüzünü eşarpla bağladıklarını, eşinin ise başına ceket geçirildiğini, tekme ve tokat vurulmak suretiyle Emniyet binasına alındıklarını, nezarethaneye girer girmez başına bez torba geçirildiğini, üzerindeki elbiselerin tamamen çıkarıldığını,

bu şekilde vücuduna tazyikli su sıkıldığını ve darp edildiğini, makatına cop sokulmaya çalışıldığını, baygınlık geçirdiğini, gözlerini hastanenin acil servisinde açtığını, makat ve genital bölgesinden kan geldiğini fark ettiğini, her iki koltuk altında ve omuzlarında ağrı ve şişlikler olduğunu, ayaklarında ıslak çoraplar olduğunu, ayak tabanlarının şiştiğini, baş ucunda H.Ş.P. ve B.U. adlı sanıkların bulunduğunu, bu sırada ve hatta gözaltında bulunduğu süre zarfında hiçbir doktorun kendisini muayene etmediğini, ikinci gün de ilk gün olduğu gibi üzerine su sıkıldığını, soğuk klimanın önünde oturtulduklarını, devlet hastanesindeki doktora kendisini sorgulayan polislerin nezaretinde götürüldüğünü ve muayene esnasında da yanlarında bulunduklarını, doktora derdini Kürtçe anlatmaya çalıştığını, doktorun Kürtçe bilmediğini, polislerin de kendisini ifade etmesine engel olduklarını daha sonra Cumhuriyet Savcısı huzuruna çıkarıldığını, baygınlık geçirmesi üzerine tekrar hastaneye götürüldüğünü, sonrasında tekrar Cumhuriyet Savcısı huzuruna çıkarıldığını, ardından sorguya sevk edildiğini ve tutuklandığını, cezaevine götürülürken polislerden birinin saçından tuttuğunu, tekme attığını, cezaevinin giriş kapısından içeri girerken tekmelendiğini ve düştüğünü, ağzından ve burnundan kan geldiğini, Cumhuriyet Savcısının cezaevine gelerek ifadesini aldığını, ertesi sabah cezaevi aracı ile Diyarbakır'a doktora (Adli Tıp Kurumuna) gönderildiğini, vücudunda meydana gelen yaralar ile ilgili Diyarbakır'daki doktorun belden yukarısını soymak suretiyle muayene ettiğini, makat ve genital organı ile ilgili şikâyetlerinin kadın doğum uzmanı tarafından muayene edilmesi gerektiği gerekçesiyle muayene edilmediğini, bazı hususları utandığı için önceki ifadelerinde anlatamadığını ifade etmiştir.

b. Sanık Savunmaları

18. Sanık N.E., Cumhuriyet Savcısına vermiş olduğu 28/3/2002 tarihli savunmasında, nezarethane görevlisi olduğunu, başvurucu ilk geldiğinde kalbi ve böbreğinden rahatsız olduğunu söylediğini, bunun üzerine büro amiri olan diğer sanık L.B. tarafından nezarethane kapısının açık bırakılması ve sürekli olarak gözlenmesi için görevlendirildiğini, başvurucunun kendisini iki defa yataktan yere attığını, durumu büro amirine bildirdiklerini ve doktor raporuna sevk edildiğini, burada *konversiyon* (stres, kaygı, üzüntü vb. psikolojik bulguların fizyolojik olarak dışa vurulması) teşhisi konularak geri gönderildiğini, kimseyi tanımadığını ve hiçbir evraka imza atmayacağını söylediğini, herhangi bir işlem için nezarethanede çıkarılmak istendiğinde kendisini yere attığını, tüm işlemlerin nezarethaneye girilmek suretiyle yapılmaya çalışıldığını, başvurucuyu zorlama gibi bir kasıtları olsa imza ya da parmak izi vermeye de zorlayabileceklerini, bunun yerine imzadan kaçındığının tutanaklarda belirtildiğini, suçlamaları kabul etmediğini ifade etmiştir.

19. Sanık A.Ö., Cumhuriyet Savcısına vermiş olduğu 28/3/2002 tarihli savunmasında, başvurucu nezarete alındıktan sonra sorgu için getirilmesini istediğini, bayılma numarası yapar şekilde ifade alma odasına görevlilerin yardımı ile getirildiğini, kimlik bilgilerini aldığını, kısa özgeçmişini sorup atılı suçlamayı anlattığını, ifade vermek istemediğini söylediğini ve buna ilişkin tutanağı da imzalamadığını, yine görevlilerin yardımı ile nezarethaneye götürüldüğünü, parmak izi ve fotoğraf çekimi için çıkarılmak istenildiğinde aynı şekilde bayılma numarası yaptığını, görevlilerin koltuk altlarından tutarak nezarethaneye götürdüklerini, bu işlemlerin nezarethanede yapıldığını, teşhis tutanağı tutulurken başvurucunun, kocasını dahi tanımadığını söylediğini, yine bu işlemler sırasında da rahatsızlığını ileri sürerek imzadan imtina ettiğini, böbreklerinin ağrıdığını söylemesi üzerine büro amiri tarafından doktora sevk edildiğini, orada *konversiyon* teşhisi konulduğunu, o tarih itibarıyla ellerinde başvurucu hakkında yeterli delil bulunduğunu, kötü muamele yapıldığına ilişkin iddiaların asılsız olduğunu beyan etmiştir.

20. Sanıklardan L.B., kovuşturma aşamasındaki savunmasında, olay tarihi itibarıyla Terörle Mücadele Şubesinde "sağ sol bölücü büro amiri" olarak görev yapmakta olduğunu, 4/3/2002 tarihinde S.E. isimli şahsın kapalı cezaevinde hükümlü bulunan kocasını ziyareti esnasında yapılan üst aramasında PKK terör örgütüne ait dokümanlar ele geçirildiğini, bu kişinin yapılan mülakatında dokümanları kayınvalidesi H.E.den aldığını, onun da PKK terör örgütü üyesi olmak suçundan tahliye edilmiş olan A.A. isimli şahsın eşi H.A.dan (başvurucudan) aldığını beyan ettiğini, bunun üzerine başvurucu ve eşi A.A.nın yakalandıklarını; gözaltına alınma sebebi, isnat edilen suç ve yasal hakları görevlilerce anlatılırken başvurucunun kendisini yere attığını, görevlilerin yardımı ile yerden kaldırıldıktan sonra bu davranışının sebebi sorulduğunda kalbinden ve böbreklerinden rahatsız olduğunu, ayakta duramadığını ve bu rahatsızlıklarından dolayı tedavi görmediğini beyan ettiğini, bunun üzerine yine koltuk altlarından tutulmak suretiyle Mardin Devlet Hastanesine gönderildiğini, şikâyetleri ile ilgili herhangi bir talepte bulunmadığını, yeniden emniyet müdürlüğüne getirildiğinde hasta olduğu yönündeki şikâyetlerinin devam etmesi üzerine iki kişilik nezarethaneye alındığını, kapısı açık bırakılarak diğer sanıklardan H.Ş.P.nin gözetimine bıraktığını, bir iki saat dinlendikten sonra soruşturma kapsamında ifadesini almak istediklerinde, başvurucunun odadan çıkmadığını, yataktan kalkmadığını, bunun üzerine yakalanan dokümanlarla ilgili nezarethanede soru sorduklarını, bundan sonra başvurucunun 6/3/2002 günü saat 09.30'a kadar nezarethanede yalnız olarak istirahatının sağlandığını, anılan saat itibarıyla başvurucunun ifadesi alınmak üzere koltuk altlarından tutularak sorgu odasına götürüldüğünü, başvurucunun kimlik bilgileri haricindeki hiçbir soruya yanıt vermediği-

ni, yapılan işlemlerin saat saat tutanağa bağlandığını, başvurucunun tutanakları imzalamadığını, yüzleşme işleminde de başvurucunun eşi dahil diğer tüm şüphelileri tanımadığını beyan ettiğini, parmak izi ve fotoğraf çekme işlemleri için başvurucunun başka birime götürülmek istendiğinde de direndiğini ve bu işlemlerin nezarethanede yapıldığını, nezarethane görevlisinin başvurucunun kendisini birkaç defa yere attığını söylemesi üzerine 6/3/2002 günü saat 20.30 sıralarında başvurucuyu yeniden hastaneye gönderdiğini, burada başvurucuya *konversiyon* teşhisi konulduğunu, 7/3/2002 tarihinde diğer şüphelilerle birlikte Cumhuriyet Başsavcılığına sevk edildiğini, sorgu için Mahkemeye sevk edildiğinde de görevlilerin başvurucuyu koltuk altlarından tutmak suretiyle götürdüklerini, tutuklama kararından sonra başvurucunun "hastalığının" geçtiğini ve kendi başına yürümeye başladığını, gözaltı sürecinden tutuklanmasına kadar başvuruya hiçbir şekilde işkence veya kötü muamele niteliğinde bir eylemde bulunulmadığını, başvurucu ile ilgili soruşturmanın elde edilen örgüt dokumanı ile ilgili olduğunu, bunun haricinde başka bir suç yükleme gibi bir amaçlarının olmadığını ifade etmiştir.

21. Sanık B.U., kovuşturma aşamasındaki savunmasında, olayın meydana geldiği tarihte terörle mücadele şubesinde görevli olduğunu; başvurucu, onun eşi ve diğer şüpheli şahısların gözaltındayken ifadelerinin alınması ve diğer işlemlerde ekiple birlikte görev yaptığını, Kürtçe bildiğinden başvurucu için tercümanlık da yaptığını, başvurucunun gözaltı süresi boyunca sürekli şubede kalmadığını, bulunduğu süre zarfında kendisi veya diğer görevliler tarafından başvurucuya kötü muamele ya da işkence boyutuna varan herhangi bir uygulama ve davranış sergilenmediğini beyan etmiştir.

22. Sanık H.Ş.P., kovuşturma aşamasındaki savunmasında, Terörle Mücadele Şubesinde idari hizmetler sınıfında polis memuru olarak çalışmakta olduğunu, olay tarihinde de bu görevi yürüttüğünü, gözaltına alınan başvurucunun ve diğer şüpheli iki kadının üst aramasını yapmak üzere görevlendirildiğini, ayrıca başvurucunun kalp ve böbrek rahatsızlığı olduğunu, bu nedenle nezarethanede kendisine göz kulak olmasının istendiğini, kendisinin de görevde kaldığı süre içerisinde mesaiye bağlı olarak ayrıca ihtiyaç duyulduğunda mesaiye riayet etmeksizin ekiple birlikte çalıştığını, başvurucuya gözetimi altında kaldığı süre içerisinde herhangi bir kötü muamelede bulunmadığını, iddianame ile başvurucunun iddiaları arasında yer alan hususların doğru olmadığını, başvurucunun kilolu bir bayan olduğunu, konulduğu nezarethaneden sorgu odasına ve ifade odasına götürmek için her defasında değişik görevliler tarafından koluna girilmek suretiyle götürüldüğünü, kendisinin de bu anlamda görevlilere yardım ettiğini, kendisini yere attığı için başvurucuyu yürütmekte zorlandıklarını beyan etmiştir.

c. Tanık Anlatımları ve Diğer Tespitler

23. Başvurucunun gözaltı çıkış muayenesini yapan Mardin Devlet Hastanesinde görevli uzman doktor, 22/5/2002 tarihinde Cumhuriyet Savcısı tarafından tanık sıfatıyla alınan ifadesinde 7/3/2002 tarihli rapor altında bulunan imzanın kendisine ait olduğunu, başvurucuyu hatırladığını, şahsın elbiselerinden tecrit ederek muayene ettiğini, sırtına ve göğsüne baktığını, herhangi bir "şiddet arazı" veya ekimoza rastlamadığını ayrıca şahsa herhangi bir şikâyeti olup olmadığını sorduğunu, sağ tarafının kaburgalarının alt kısmını göstererek ağrıdığını söylediğini, gösterdiği yerde herhangi bir darp cebir izi tespit etmediğini, safra kesesinden kaynaklanabileceğini düşündüğünü, raporu da bu şekilde düzenlediğini beyan etmiştir. Raporlar arası çelişkinin nedeni sorulduğunda, kendi düzenlediği raporun doğru olduğunu, muayene ettiği sırada şahısta herhangi bir darp ve cebir izi bulunmadığını, daha sonra olmuş ise de bununla ilgili bir bilgisinin bulunmadığını ifade etmiştir.

24. Tanık A.H., kovuşturma aşamasında alınan ifadesinde, ifade tarihi itibarıyla 12 yıldır Mardin Devlet Hastanesinde genel cerrah olarak görev yaptığını, emekli olduğunu, başvurucuyu muayene edip etmediğini hatırlayamadığını, sorulan bu raporun kendisi tarafından düzenlenmiş bir rapor olduğunu, Türkçenin yanı sıra Arapça ve Kürtçe bildiğini, ifade tutanağındaki imzadan emin olmadığını, ifadeye çağrıldığını veya ifade verdiğini hatırlamadığını beyan etmiştir.

25. Tanık M.I., kovuşturma aşamasında alınan ifadesinde, ifade tarihi itibarıyla dört yıldır Mardin Devlet Hastanesinde pratisyen hekim olarak görev yaptığını, başvurucuyu yüzünden tanıyamadığını ancak olayı ve adli rapor tanzim edilmesini hatırladığını, Emniyet Müdürlüğünden getiren bir şahsın baygınlık sebebiyle acil servise getirildiğinin bildirildiğini, şahsın gözaltı giriş-çıkış raporu için getirilmediğini, acil servisin cerrahi müdahale odasında hemşire ile beraber muayene perdesi ve odanın kapısı kapatılmak sureti ile muayenenin yapıldığını, başvurucunun sedye üzerinde yerinde duramadığını, gergin bir şekilde sağa sola kendini atmak için hamleler yaptığını, ismini hatırlayamadığı bir hastane görevlisinin yardımı ile başvurucunun tansiyonunu ölçtüğünü, kalbini ve akciğerini dinlediğini, giysilerini göğüs kısmını kadar sıyırıp çoraplarını çıkarttığını, nörolojik inceleme için ayak tabanını çizdiğini, kalp krizi ya da herhangi bir organik hastalık bulgusuna rastlamadığını, sakinleştirici enjeksiyon yapıp yapmadığını hatırlamadığını, başvurucu ile yanındaki hemşire vasıtasıyla iletişim kurduğunu, başka bir hastalığı olup olmadığını sorduğunu, başvurucunun olumsuz manada kafasını salladığını, genital bölge ile ilgili şikâyeti bulunmadığından bu bölgeyi muayene etmediğini, herhangi bir kan geldiğini görmediğini, *konversiyon* teşhisinin bir ön tanı

olduğunu, soruşturma aşamasındaki ifadesinde geçen başvurucuyu tamamen soyarak muayene ettiğine dair kısmın yanlış olduğunu beyan etmiştir.

26. Tanık M.Ç., kovuşturma aşamasında alınan beyanında, yaptığı muayeneyi hatırladığını, Mardin Devlet Hastanesi acil servisinde pratisyen hekim olarak görevli olduğu sırada görevlilerce getirilen başvurucuyu acil servis içerisindeki müdahale odalarından birine aldığını, yanında görevi hemşire olduğunu, görevlileri dışarı çıkardığını, hastanın konuşmakta zorlandığını, sadece ağrıları olduğunu söylediğini, kendisinin de normal muayenesini yaptığını, önce bacaklarına ve ayaklarına baktığını, çoraplarını çıkardığını, sonra vücudun üst kısmındaki elbiseleri omuz başlarına kadar yukarı kaldırttığını, kollarını açık bırakacak şekilde muayene sonrasında her iki koltuk altından dirsekten iç kısma kadar yaygın ekimozlar gördüğünü, ayak tabanlarında hafif ödem ve hassasiyet tespit ettiğini, yüzünün bir tarafında şişlik olduğunu, rapor içeriğinin doğru olduğunu ve imzanın kendisine ait olduğunu ifade etmiştir.

27. Tanık R.Y., kovuşturma aşamasında alınan beyanında, olayın meydana geldiği tarihte cezaevinde görevli ve nöbetçi olduğunu, getirilen tutukluları ve içlerinde başvurucunun olup olmadığını hatırlayamadığını, başvurucuyu tanımadığını, ifade tarihi de içinde olmak üzere 12 yıldır Mardin Cezaevinde görev yaptığını, getirtilen tutukluların cezaevinde dövülmesi olayına tanık olmadığını ifade etmiştir.

28. Tanık M.Z.A., kovuşturma aşamasında alınan beyanında, başvurucuyu tanımadığını, başvurucunun tutuklandığı tarihte cezaevinde nöbetçi olarak görev yaptığını, aradan geçen sürenin uzunluğu ve her gün çok sayıda tutuklu hükümlü geliş gidişi olması nedeniyle 7/3/2002 tarihinde başvurucunun nasıl ve ne şekilde getirildiğini hatırlamasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.

29. Tanık R.S., kovuşturma aşamasında alınan beyanında, Mardin Emniyet Müdürlüğü Olay Yeri İnceleme ve Kimlik Tespit Şube Müdürlüğünde polis memuru olarak görev yaptığını; anılan Şubenin, mahkeme heyetince keşif yapılan Mardin Emniyet Müdürlüğü binasının ikinci katında olduğunu, nezarethane ile merdiven bağlantısı bulunduğunu, olay günü mesai bitimine yakın bir saatte Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde görevli memurların, nezarethanede parmak izi alacaklarını ve fotoğraf çekeceklerini söyleyerek ellerinde resmî yazı ve yanlarında ikisi kadın biri erkek, üç kişi ile geldiklerini, resmî yazıda ise dört kişinin belirtildiğini, birinin nerede olduğunu sorduğunu, görevlilerin şahsı getiremediklerini, nezarethanede yattığını, işlemleri orada yapıp yapamayacağını sorduklarını, kendisinin fotoğraf makinesiyle parmak izi formları ve buna bağlı malzemeleri alarak nezarethanenin iki nu-

maralı odasında bulunan kadının sırt üstü yatmakta olduğunu gördüğünü, önce yatar vaziyette parmak izi almaya çalıştığını ancak alamadığını, şahsa oturması gerektiğini söylediğini ancak dilinden anlamadığı için durumu dilini bilen memurlar vasıtasıyla anlattığını, buna rağmen şahsın yerinden kalkmadığını, gözlerinin sürekli kapalı olduğunu, polis memurları B.U. ve H.Ş.P. yardımıyla başvurucunun oturma pozisyonuna getirildiğini, ilk parmak izinden sonra parmaklarını yumup kolunu kendisine doğru kastığını, tüm bunlara rağmen parmak izini aldığını, fotoğraf makinesi ile fotoğrafını çektiğini, işini bitirdikten sonra ayrıldığını, kendisi orada bulunduğu sırada nezarethanede görevli memurların herhangi bir kötü davranış ve sözlerine tanık olmadığını aktarmıştır.

30. Tanık M.G., kovuşturma aşamasında alınan beyanında, başvurucunun köylüsü olduğunu, başvurucu tutuklanıp tahliye olduktan 1 ila 1,5 ay kadar sonra kendisini Kızıltepe Emniyet Müdürlüğünden çağırdıklarını, Türkçe bilmemesi nedeniyle kendisine eşlik etmesinin istendiğini, orada başvurucuya ırza geçme iddiası konusunda baskı görüp görmediği ve şikâyetinin devam edip etmediğine ilişkin sorular sorulduğunu ifade etmiş -ayrıca ifadesinin başında söylemeyi unuttuğunu belirterek- müdüriyet binasına girerken başvurucuya niçin şikâyetçi olduğunu sorduğunu, başvurucunun kendisine bir kişinin "*Fırsat eline geçmiş, bu fırsatı kaçırma, şikâyetçi ol, bir şeyler kazanacaksın.*" dediğini, bunu söyleyenin kim olduğunu söylemediğini ifade etmiştir.

31. Tanık T.Y., kovuşturma aşamasında alınan beyanında, olay tarihinde gündüz nöbetçi olduğunu, başgardiyanlıktan aranıp mahkûm geldiğinin söylenmesi üzerine dışarı çıktığında, başvurucunun danışma olarak bilinen birimde ayakta durduğunu gördüğünü, şahsın üstünü elleriyle aradığını, üstünden bir miktar para çıktığını, şahsın kıyafetlerinin üzerinde olduğunu, özel eşyalarını tespit edip tutanak tuttuklarını, mahkûm defterine kayıt yaptığını, şahsı ilk gördüğü andan koğuşuna bıraktığı ana kadar herhangi bir darp veya işkence hâline tanık olmadığını, koğuşa kendisi ile birlikte yürüyerek gittiğini, şahsın işkence gördüğünü iddia edip Adli Tıpa sevkinin yapılması konusunda bir bilgisinin olmadığını bildirmiştir.

32. Tanık A.Ö., kovuşturma aşamasında alınan beyanında, olay tarihinin üzerinden uzun zaman geçtiği için ve çok sayıda kişi hakkında rapor düzenlediğinden başvurucuyu hatırlamasının mümkün olmadığını ancak görev yaptığı hastanede adli raporlar konusunda son derece hassas davrandıklarını, özellikle polislerin muayene yapılan birime alınmadığını, muayene olan şahsı rencide etmeyecek şekilde soyarak muayene ettiklerini, kötü muamele görüp görmediğini ve ayrıca yara beresi olup olmadığını sorup mahkûmlardan varsa yaranın yerini göstermelerini istediklerini ifade etmiştir.

33. Tanık İ.S., olay tarihi itibarıyla cezaevinde askerlik yaptığını, başvurucunun nakli sırasında herhangi bir darp cebir izine rastlamadığını ifade etmiştir.

34. Tanık O.Ç., istinabe yoluyla alınan 9/3/2004 tarihli ifadesinde, başvurucuyu 5/3/2002 tarihli tutanak ile Mardin Emniyet Müdürlüğüne teslim ettiğini, bu ana kadar başvurucuda herhangi bir darp cebir bulgusu olmadığını beyan etmiştir.

35. Başvurucu ile birlikte göz altına alınan H.E., istinabe yoluyla 15/4/2004 tarihinde alınan ifadesinde, başvurucuya işkence yapılmadığını, herhangi bir darp cebir izi görmediğini beyan etmiştir. Aynı tanık, 18/5/2004 tarihli ifadesinde, başvurucu ile birlikte göz altına alındıklarını, yan yana odalarda kaldıklarını, herhangi bir işkence yapıldığını görmediğini, herhangi bir çığlık veya bağırma sesi duymadığını, başvurucunun ara sıra bayıldığını bildiğini, kendisine herhangi bir kötü muamelede bulunulmadığını beyan etmiştir.

36. Mahkemece 2/6/2003 tarihinde Emniyet Müdürlüğü binasında keşif yapılmış ve kovuşturma kapsamında aynı zamanda tanık olarak bilgisine başvurulan ve başvurucunun parmak izi ve fotoğraflarının alınmasında görev yapmış olan R.S.ye bilirkişilik yaptırılmıştır. Adı geçen bilirkişi tarafından, nezarethanedeki yüksek seslerin başka yerlerden rahatlıkla duyulabileceği yönünde rapor düzenlenmiştir.

3. Doktor Raporları

37. Mardin Devlet Hastanesi tarafından düzenlenen başvurucuya ait 5/3/2002 ve 7/3/2002 tarihli gözaltı giriş ve çıkış raporlarında darp ve cebir izine rastlanılmadığı belirtilmiştir.

38. Aynı hastanenin 6/3/2002 tarihli raporu ile başvurucuya *konversiyon* teşhisi konulmuştur.

39. Başvurucunun cezaevine fiilen kabulünden önce Mardin (E) Tipi Kapalı Cezaevi Müdürlüğünün 7/3/2002 tarihli talebi üzerine Mardin Devlet Hastanesi Tabipliğince aynı gün saat 15.50 itibarıyla düzenlenmiş olan 8861 protokol numaralı muayene raporunun ilgili kısımları şöyledir:

"...

Şahsın yapılan fiziki muayenesinde . sol koltuk altında iç kısımda dirseğe kadar yaygın ekimozları, . sağ koltuk altında aynı şekilde ekimozları mevcuttur. Çekilen filminden kırık yoktur. Aynı zamanda her iki ayak tabanında ödem ve hassasiyeti mevcuttur. Durumu bildirir hekim kanaat raporudur."

40. Belirtilen rapor üzerine başvurucunun Adli Tıp Kurumu Diyarbakır Şube Müdürlüğünde muayenesi yaptırılmak istenmiş ise de anılan Şube Müdürlüğünün kapalı olduğu gerekçesiyle muayenesi yaptırılamamıştır.

41. Adli Tıp Kurumu Diyarbakır Şube Müdürlüğünce başvurucu hakkında düzenlenen 12/3/2002 tarihli ve 2002/1344 sayılı raporun ilgili kısımları şöyledir:

". adına rapor düzenlenmesi istenen Hamdiye ASLAN hakkında Mardin D.H. Acil Polikliniliği'nce düzenlenmiş 05.03.2002 tarih 8573 sayılı, 07.03.2001 tarih ve 8788 sayılı ve 7.3.2002 tarih 8561 sayılı raporlar ile aynı hastanenin genel cerrahi kliniğince düzenlenmiş 07.03.2002 tarih 235 sayılı raporun incelenmesinde:

Sol koltuk altında iç kısımda dirseğe kadar yaygın ekimozlar, yaklaşık (2-5 gün arası) sağ koltuk altında aynı şekilde ekimozlar olduğu, sol kulak altında yüzünde ödem ve hassasiyet olduğu, çekilen sol mandibıla grafisinde kırık saptanmadığı, ayrıca her iki ayak tabanında ödem ve hassasiyet saptandığı kayıtlı olduğuna,

Kişinin Şube Müdürlüğümüzde tarafımdan yapılan muayenesinde:

Sağ humeral bölge iç yan yüz proksimalde aksiler bölgeye uzanan kısımda 10x5 cm'lik alan içinde farklı boyut ve şekillerde; çevreleri açık yeşil-sarı renk almış resorbsiyonu devam eden 6-8 günlüğe uyan eski ekimotik alanlar, sol humeral bölge iç yan yüz proksimalde aksiler bölgeye uzanan kısımda 7x4 cm'lik alan içinde farklı boyut ve şekillerde; çevreleri açık yeşil-sarı renk almış resorbsiyonu devam eden 6-8 günlüğe uyan eski ekimotik alanlar saptandığı, vücudunun çeşitli bölgelerinde subjektif ağrı şikayeti tarif ettiği ancak vücudun diğer bölgelerinde travmatik lezyon bulgusu saptanmadığı, sistem muayenelerinin doğal bulunduğu; uzuv zaafı ya da uzuv tatili niteliğinde herhangi bir anatomik eksiklik ya da fonksiyonel bir araz saptanmadığına göre,

Yukarıda tarif edilen ekimozlara neden olan travmatik arızasının:

SONUÇ:

Şahsın hayatını tehlikeye maruz kılmadığı,

5 (beş) gün mutad iştigaline engel teşkil edeceği,

Uzuv zaafı ya da uzuv tatili niteliğinde herhangi bir anatomik eksiklik ya da fonksiyonel bir araz tarif ve tespit edilmediği kanaatini bildirir rapordur."

42. Mardin Devlet Hastanesince başvurucu hakkında düzenlenen 21/5/2002 tarihli rapor içeriğine göre "*rektal tuşede saat 12 hizasında*" kronik anal fissür tespit edilmiştir.

43. Mardin Cumhuriyet Başsavcılığının 21/6/2002 tarihli ve 2002/444 Hazırlık sayılı yazısı ile başvurucu Adli Tıp Kurumuna (İstanbul) sevk edilmiştir. Adli Tıp Kurumu tarafından başvurucunun muayenesi yapılarak 27/9/2002 tarihli rapor düzenlenmiştir. Anılan raporun ilgili kısımları şöyledir:

"...

MUAYENE BULGULARI:

1- Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Kurulunun 26.06.2002 tarihli 'kocasının 9 senedir ceza evinde olduğunu, kendisinin üç gün gözaltında kalıp 20 gün tutuklu kaldığını, çıktığında uykularının bozuk olduğunu, kolunun ağrıdığını söylerken çapa yaparak çocuklarını geçindirdiğini söylediği; klinik seviyede psikopatolojik araz tespit edilmediği'ne dair muayene kaydı,

TARTIŞMA VE SONUÇ:

Yukarıda tıbbi belgeler ile adli evrakta belirlenen ve adli psikiyatriyi ilgilendiren hususların değerlendirilmesinden . herhangi bir akıl hastalığı, akıl zayıflığı, post-travmatik stres bozukluğu dahil ağır nöroz arazının tespit edilmediği; dava dosyasının tetkikinde maruz kaldığı iddia edilen olaydan sonra kendisinin herhangi bir ruhsal tedavi gördüğüne dair tıbbi bir belgenin de bulunmadığı hususu göz önüne alındığında Hamdiye Aslan'da 05.03.2002 tarihinde maruz kalmış olduğu iddia edilen fiil sonucu husule gelmiş herhangi bir akli arızanın bulunmadığı oy birliği ile mütalaa olunur."

44. Adli Tıp Kurumu Diyarbakır Şube Müdürlüğünün 24/12/2002 tarihli raporu içeriğine göre başvurucunun anal muayenesinde, saat 12 hizasında travmatik olmayan kanamasız aktif olmayan küçük bir*hemoroit pakesi* tespit edilmiş ancak anal bölgede herhangi bir *fissür* veya geçirilmiş *fissüre* ait olabilecek*skatris* bulunmadığı gibi şahısta anüse cop sokulması ile oluşabilecek yırtık veya geçirilmiş yırtık izi tespit edilmemiştir.

45. Adli Tıp 2. İhtisas Kurulunun 16/9/2005 tarihli raporunda, başvurucunun daha önceki adli muayeneleri ile (bkz. §§ 39 ve 41) tespit edilen *ekimozların*, sert ve künt bir cismin doğrudan havalesi ile oluşabileceği gibi kişinin kollarından ve koltuk altlarından sıkıca kavranarak taşınması sırasında da meydana gelebileceği, ayrıca 7/3/2002 tarihli rapor ile (bkz. § 39) tespit edilen ayak tabanındaki ödemin beş gün sonra Adli Tıp Kurumu Diyarbakır Şube Müdürlüğünde yapılan muayenede tespit edilememesi karşısında ayak tabanlarındaki *ekimoz, hematom* ve *abrazyon* gibi travmatik bulguların da tanımlanmaması dikkate alındığında söz konusu ödemin harici etkenle mi yoksa bünyesel nedenlerle mi meydana geldiğinin tıbben tespit edilemeyeceği bildirilmiştir.

46. Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 20/5/2005 tarihli ve E.2002/29 sayılı yazısına istinaden Mardin Cumhuriyet Başsavcılığının 24/5/2005 tarihli ve E.2003/173 sayılı yazısı ile başvurucunun Adli Tıp Kurumundan, "*iddia edildiği gibi maddi işkenceye veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı, kalmış ise bunun psiko-sosyal bulgularının olup olmadığı*" yönünden rapor düzenlenmesi talep edilmiştir.

47. Anılan talep üzerine Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 21/10/2005 tarihli ve 2753 karar sayılı mütalaasının sonuç kısmı şöyledir:

". mağduresi bulunduğu iddia edilen olay sonucunda maddi işkenceye veya kötü muameleye maruz kalıp kalmadığı, kalmış ise bunun psiko-sosyal bulgularının olup olmadığı sorulan . Hamdiye ASLAN'ın 09.08.2004 tarihinde Kurulumuzda yapılan muayenesinde anüs mukozasında saat kadranına göre 12 hizasında kronik fissür saptandığı, anal mukoza ve sfinkter tonusu normal bulunduğuna, 21.05.2002 tarihli raporunda da aynı bölgede anal fissür tarif edildiği, tarif ve tespit edilen bu kronik fissürün makata yabancı cisim sokulması ile meydana gelebileceği gibi, kabızlık gibi bünyesel sebeple de meydana gelebileceği, bunlar arasında tıbben ayrım yapılamayacağı gibi, 21.05.2002 tarihli raporda belirtilen en az 2 (iki) ay öncesine ait ibaresinin de tıbbi kurallara uygun olmadığı, fissürün yaşının tespit edilemeyeceği oy birliği ile mütala(a) olunur."

48. Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun 30/11/2007 tarihli raporunda, başvurucunun 9/8/2004 tarihinde 4. İhtisas Kurulundaki muayenesi sırasında sergilediği davranışların psikiyatrik bir klinik tanı ile açıklanamayacağı, bu davranışların kendi kişilik yapısından da kaynaklanabileceği bildirilmiştir.

4. İlgili Kamu Görevlileri Hakkındaki Adli İşlem ve Kararlar

49. Mardin Cumhuriyet Başsavcılığının 5/2/2003 tarihli ve E.2003/173 sayılı iddianamesi ile ilgili polis memurları hakkında başvurucuya karşı "sanığa cürmü söyletmek için işkence ve sair kötü muamele yapma" suçunu işledikleri iddiasıyla Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

50. Diğer yandan hakkında kamu davası açılan polis memuru H.Ş.P.nin başvurucuya karşı "ırza geçme" suçunu işlediği iddiası yönünden Mardin Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2004 tarihli ve 2004/547 Hazırlık sayılı kararı ile kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"...

Müşteki, . 05.03.2002 tarihinde göz altında iken sanık tarafından tecavüze uğradığını ve sanığın kendisine cinsel şiddet uyguladığından bahisle şikayetçi olduğu,

müştekinin şikayetine konu aynı olayla ilgili olarak sanık H. Ş. P. ve müştekinin gözaltındaki sorgusuna katılan . hakkındaki 'memurun sanığa cürmü söyletmek için işkence vesair kötü muamele yapmak' suçundan .05.02.2003 tarihinde Mardin Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığı, davanın Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/29 esas numarasında halen derdest olduğu, sanığın cinsiyet itibariyle bayan olduğu, bir bayanın, diğer bir bayanın ırzına geçmesinin ceza hukuku anlamında mümkün olmadığı, sanığın müştekiye yönelik eylemlerinin bir kül halinde 'memurun sanığa cürmü söyletmek için işkence vesair kötü muamele yapmak' suçunu oluşturacağı, bu konuda da açılmış bir davanın bulunduğu; açılan davanın da halihazırda derdest olduğu; müşteki vekillerinin Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/29 sırasında derdest olan dosyada müşteki vekilleri olarak duruşmalara katıldıkları anlaşılmakla;

Aynı olay, aynı müşteki, aynı sanık hakkında daha önceden açılmış dava bulunmuş olması, davanın hali hazırda derdest olması nedenlerinden olayı sanık hakkında takibat yapmaya yer olmadığına, ."

51. Başvurucu, anılan kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı itiraz yoluna gitmiştir.

52. Başvurucunun itirazını inceleyen Midyat Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığının 29/4/2004 tarihli kararı ile "*takipsizlik kararında herhangi bir isabetsizlik görülmediği"* gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

53. Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/2/2008 tarihli ve E.2003/29, K.2008/36 sayılı kararı ile sanıkların "*müsnet suçu işlediklerine dair inkara dayanan savunmaları aksini ortaya koyan mahkumiyetlerine yeterli ve inandırıcı kesin delil elde edilemediği.*" gerekçesiyle beraatlarına karar verilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"...

Suç tarihi itibariyle Mardin Kızıltepe Yüceli köyünde ikamet eden katılan mağdure Hamdiye Aslan'ın, PKK Terör örgütüne kuryelik yapmak suçlaması ile 05/03/2002 tarihinde Kızıltepe Jandarması tarafından eşi A. ve yakınları S., H. E. ile birlikte saat 19.30 sularında ikametlerinden alınarak Mardin Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüne teslim edildiği, bu şekilde gözaltına alınan mağdurenin düzenlenen raporlara göre üzerinde darp ve cebir izi bulunmadığının tespit edildiği, nezarethanede iken rahatsızlıklarından bahseden mağdurenin birkaç (kez) yere yığılıp kaldığı ve sanıklar tarafından koltuk altlarından tutularak kaldırıldığı, akabinde nezarethanenin 2 kişilik koğuşlarından birisine konulduğu, yan koğuşlarda da gözaltına alınan diğer tanıkların bulunduğu, yürütülen soruşturma kapsamında mülakat için çağrıldığında mağdurenin koğuştan çıkmak istemediği,

rahatsızlandığından yakınan mağdurenin aynı gün ve takip eden gün sanıklar tarafından koltuk altlarından tutularak koğuş ve mülakat odasına taşındığı, takip eden gün mülakatta sorulan hiçbir soruya cevap vermeyen mağdurenin kaldığı koğuştaki yataktan kendisini birkaç kez yere attığı, bu olayın hemen akabinde alınan doktor raporuna göre mağdureye konversiyon tanısı konulduğu, sorgu için adliyeye sevk edilen mağdurenin sanıklar tarafından yine koltuk altlarından tutulmak suretiyle taşındığı, sorgusu yapılan mağdurenin Sulh Ceza Mahkemesi tarafından tutuklanarak cezaevine gönderilmesinden sonra şikayet ve iddialar üzerine alınan raporlarda koltuk altlarında ekimoz, ayak altlarında ödem ve makatta kronik fi(s)sür tespit edilen olayda her ne kadar Mardin Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü görevli Emniyet mensupları tarafından, soruşturmaya konu suçla ilgili olarak konuşması için mağdureye işkence yapıldığı iddiasıyla cezalandırılması için kamu davası açılmış ise de;

Aşamalarda değişmeyen ve yek diğerini teyid eden sanık savunmalarının, yeminli tanık anlatımları ve gözaltı sonrasında mağdurda tespit edilen yaralanma ve arazların, koltuk altından sıkıca kavranmak suretiyle taşıma sonrasında oluşabileceği, ayak altındaki ödemler ile makattaki kronik fi(s)sürün bünyesel kaynaklı olabileceği değerlendirmesini taşıyan Adli Tıp Kurumu raporları ile de teyid edilmesi karşısında, gözaltı sırasındaki davranışları nedeniyle konversiyon tanısı konan ve gözaltından sonraki muayenelerinde psikiyatrik bir klinik tanı da konamayan mağdurenin aşamalarda çelişki arz eden iddiaları dışında sanıkların müsnet suçu işledikleri yönünde mahkumiyetlerine yeterli ve inandırıcı kesin delil elde edilemediğinden beraatlerine karar vermek gerekmiş, ."

54. Başvurucunun avukatlarının başvurusu üzerine temyiz incelemesi yapan Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 14/9/2011 tarihli ve E.2008/12990, K.2011/9432 sayılı kararı ile Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin beraat kararının bozulmasına karar verilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"...

Yasadışı örgüte yardım ve yataklık etmek suçundan 05.03.2002 günü gözaltına alınan 1965 doğumlu katılanın 07.03.2002 tarihinde C.Başsavcılığına götürülmesinden önce saat 08.30'da düzenlenen doktor raporunun yeterli ve usulünce muayene yapılmadan düzenlenmesi, C.Savcısı tarafından aynı gün ifadesi alınırken tutanağa geçirilen katılanın dış görünüşü ve kollarını kaldıramadığına ilişkin gözlem, işkence iddiası üzerine yeniden saat 15.50'de alınan doktor raporunda belirlenen bulgulara, aşamalarda değişmeyen katılanın anlatımlarının dosyada mevcut raporlarla doğrulanması, tanık beyanları ile tüm dosya içeriği karşısında işkence fiilinin sabit olduğu gözetilerek sanıkların sorumlulukları belirlenip sonucuna göre mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,

Yasaya aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinden görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi gereğince istem gibi (BOZULMASINA), 14.09.2011 gününde oy birliğiyle karar verildi."

55. Anılan bozma kararı sonrası yapılan yargılama sonucunda Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/1/2013 tarihli ve E.2011/191, K.2013/6 sayılı kararı ile sanıkların, isnat edilen suçu işledikleri sabit görülerek 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinin birinci fıkrası gereğince 10 ay hapis ve kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası ile cezalandırılmalarına ve 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"...

Mağdure Hamdiye Aslan'ın PKK terör örgütüne kuryelik yapmak suçundan 05/03/2002 tarihinde gözaltına alınarak Mardin Emniyet Müdürlüğüne getirildiği ve burada gözaltında iken Mardin Emniye Müdürlüğünde görevli olan sanıkların mağdureye karşı suçunu söyletmek için hortumla soğuk su dökmek, muhtelif yerlerine vurmak, çıplak bırakmak, göğüslerini sıkmak suretiyle iştirak halinde kötü muamelede bulunduklarının anlaşıldığı, katılan mağdurenin tüm aşamalarda birbirini teyid eden beyanları ve bu beyanları ile örtüşen 07/03/2002 tarihinde saat 15.50'de alınan doktor raporundaki bulgular ve tanık olarak beyanı alınan Dr. M. Ç.'ın beyanları ile 07/03/2002 tarihinde saat 15.50'de alınan doktor raporunu teyit eden Adli Tıp Kurumu Diyarbakır Şube Müdürlüğü tarafından düzenlenen 12/3/2002 tarihli rapor birlikte değerlendirildiğinde mağdurenin gözaltındayken kötü muameleye maruz kaldığı sonucuna varıldığı, bu nedenle sanıkların kendilerin(i) suçlamadan kurtarmaya yönelik savunmalarına itibar edilmemesi gerektiği ve sanıkların eylemlerine uyan 5237 sayılı TCK'nun 94. maddesine göre lehlerine olan 765 sayılı TCK'nun 64/1. (m)addesi delaletiyle 234/1. (m)addesi gereğince cezalandırılmalarına karar vermek gerektiği, ancak sanıklara verilen sonuç ceza miktarına göre ve sabıkasız geçmişleri dikkate alınarak yeniden suç işlemeyecekleri hususunda mahkememizde olumlu kanaat oluştuğundan sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Her ne kadar katılan vekili mağdurenin tecavüze uğradığı gerekçesiyle sanıklara verilecek cezada bu hususun da dikkate alınmasını talep etmiş ise de, aldırılan adli raporlarda sanıkların mağdureye co(p) ile tecavüz ettiklerine ilişkin yeterli bulgunun elde edilemediği, dolayısıyla sanıklar hakkında cezayı artırım nedeni bulunmadığından cezalarında artırım yapılmamıştır. Sanık H.'nin akli durumu. ile ilgili aldırılan 15/10/2012 tarihli Adli Tıp (r)aporuna göre, sanığın cezai sorumluluğunun

tam olduğu anlaşıldığından sanık ile ilgili TCK'nun 32. maddesinin uygulanması yoluna gidilmemiş, ."

56. Başvurucunun avukatı, sanıklar hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair anılan karara karşı itiraz yoluna başvurmuştur.

57. Başvurucu 13/3/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

58. İtiraz mercii olan Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 26/3/2013 tarihli ve 2013/137 Değişik İş sayılı kararı ile itirazın reddine karar verilmiştir.

59. Ağır Ceza Mahkemesinin itirazın reddine dair kararı başvurucuya 5/4/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

60. Başvurucu 22/5/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

1. İlgili Ulusal Hukuk

61. 765 sayılı mülga Kanun'un 243. maddesinin birinci fıkrası 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."

62. 5271 sayılı Kanun'un "*Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" kenar başlıklı 231. maddesi şöyledir:

"...

(5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl(2) veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/72 md.) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.)Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Değişik: 23/1/2008 - 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

2. İlgili Uluslararası Hukuk

63. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu'nun (İstanbul Protokolü) Birinci Eki'nin 2. maddesi şöyledir:

"Devletler, işkence ve kötü muamele şikayetleri ve bildirimlerinin, anında ve etkili bir biçimde soruşturulmasını sağlamakla yükümlüdürler. Açık bir şikayetin olmadığı durumlarda bile işkence ve kötü muamele yapıldığına ilişkin belirtiler varsa, soruşturma yapılmalıdır. Soruşturmayı yürütenler, bu tür olayların faili olduğundan şüphelenilen kişiler ve onların hizmet ettiği kurum ve kuruluşlardan bağımsız, soruşturma yürütebilecek vasıfta, tarafsız kişiler olmalıdır. Bu kişilerin tarafsız tıp uzmanlarına veya konuyla ilgili diğer uzmanlara erişim veya bu tür uzmanları çağırma yetkileri olmalıdır. Soruşturmalar yürütülürken, en yüksek profesyonel standartlara uygun yöntemler kullanılmalı ve soruşturma sonuçları kamuya açıklanmalıdır."

64. İstanbul Protokolü'nün Birinci Eki'nin 6. maddesi şöyledir:

"6a) İşkence ve kötü muamele soruşturmalarında çalışan tıp uzmanları her zaman en yüksek etik standartlara uygun biçimde davranmalı ve tıbbi araştırma ve muayeneden önce kişinin bilgilendirilmiş onamını almalıdır. Muayene, tıp biliminin kabul edilmiş standartlarına uygun biçimde yürütülmelidir. Muayene, tıp uzmanın denetimi altında, devlet görevlileri ve güvenlik güçleri mensuplarının mevcut olmadığı bir ortamda, kişinin mahremiyetine saygı göstererek yapılmalıdır.

6b) Tıp uzmanı muayenenin hemen sonrasında doğru bir yazılı rapor hazırlamalıdır. Bu raporda en azından aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:

(i) Görüşme Koşulları: Görüşme yapılan kişinin adı, muayene sırasıda mevcut olanların adları, bu kişilerin muayene yapılan kişiyle olan ilişkileri, görüşmenin

kesin tarihi, saati, görüşme yapılan yerin adresi (uygun olduğu durumlarda görüşme yapılan odanın yeri), görüşme yapılan yerin tanımı (örneğin klinik, cezaevi, ev vb.); görüşme yapıldığı sıradaki koşullar (muayene için geldiğinde veya muayene sırasında kişinin tabii olduğu kısıtlamalar, görüşme sırasında odada güvenlik güçlerinin mevcut olup olmadığı, tutukluya eşlik edenlerin hal ve tavrı, muayeneyi yapan kişiye yönelik tehditkar ifadeler vs.) ve diğer geçerli unsurlar;

(ii) Öykü: Gerçekleştiği iddia edilen işkence ve kötü muamele yöntemleri, işkence ve kötü muamelenin ne zaman gerçekleştiği, bütün fiziksel ve psikolojik semptomlar ve şikayetler de dahil olmak üzere kişinin görüşme sırasında anlattığı öykünün detaylı bir raporu;

(iii) Fiziksel ve Psikolojik Muayene: Uygun tanı koyucu testler ve mümkün olduğu durumlarda bütün yaralanmaların renkli fotoğrafları da dahil olmak üzere klinik muayene sonucunda elde edilen bütün fiziksel ve psikolojik bulguların kaydı.

(iv) Değerlendirme: Fiziksel ve psikolojik bulgular ile işkence ve kötü muamele arasındaki muhtemel ilişkinin değerlendirilmesi. Gerekli tıbbi ve psikolojik tedavi ve/veya yapılması gereken başka tıbbi testler ve muayeneler için görüş ve tavsiyeler;

(v) Yazar: Raporda muayeneyi yapan kişilerin adları açıkça belirtilmeli ve rapor hazırlayanlar tarafından imzalanmalı;

6c) Hazırlanan rapor gizli tutulmalı ve rapor muayene edilen kişiye veya kişinin yasal temsilcisi olarak atadığı kimseye teslim edilmelidir. Muayene edilen kişi veya temsilcisinin muayene süreci hakkındaki görüşleri de sorulmalı ve raporda bu kişilerin görüşlerine de yer verilmelidir. Uygun olduğu durumlarda, işkence veya kötü muamele iddialarını soruşturmakla yetkili olanlara da yazılı rapor verilmelidir. Bu raporun yetkili kişilere güvenli bir biçimde ulaştırılmasını güvenceye almak, Devlet'in sorumluluğudur. Muayene edilen kişinin rızası veya bu tür bir talepte bulunma yetkisi bulunan mahkemenin yetki vermesi istisna olmak üzere, rapor başka kimseye verilmemelidir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

65. Mahkemenin 4/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvurucunun 13/3/2013 tarihli ve 2013/2015 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

66. Başvurucu, gözaltında tutulduğu süre zarfında yasal olmayan ve hukuk dışı biçimde yöneltilen suçlamaları kabul etmemesi nedeniyle çeşitli şekillerde işkence eylemlerine maruz kaldığını, cop kullanılarak ırzına geçildiği-

ni, ilgili kamu görevlilerinin eylemleri nedeniyle sorumluluktan kurtulmak amacıyla tutanaklar tuttuklarını, doktor raporlarının da buna göre alındığını, bir kısım doktorların da görevlerini kötüye kullandıklarını, maruz kaldığı işkence sonucu 11 yıldır manevi olarak tarif edilemez acılar yaşadığını, hayata tekrar bağlanabilmek için bu fiilleri gerçekleştiren görevlilerin cezalandırılmasını beklediğini, buna karşılık Mahkemenin 10 ay gibi hafif bir hapis cezası vermesinin yanı sıra buna ilişkin hükmün açıklanmasını da geri bıraktığını, bu şekilde işkence failleri hakkında sicillerine dahi işlenmeyecek şekilde karar verilmesinin ikinci defa onurunu kırdığını, yargılama sürecinin 11 yıl sürmüş olmasına rağmen etkili ve yeterli bir karar verilmediğini, okuryazar olmamasına rağmen kendisine imzalatılmak istenen evrakları imzalamayı reddetmesi nedeniyle maruz kaldığı insanlık dışı muamelelerin temelinde kadın ve Kürt kökenli olmasının yattığını, eşinin gözü önünde ırza geçme ve işkence eylemlerine maruz kalması sonucu manevi yıkım yaşadığını, bu nedenlerle Anayasa'nın 10., 17., 36. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

67. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16; *M. Aydın Gürül*, B. No: 2012/682, 2/10/2013, § 18). Somut başvuru bakımından temel sorun olan işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında bir inceleme yapılması uygun görülmüş olup diğer şikâyetler yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

68. Başvurucu 5/3/2002 ile 7/3/2002 tarihleri arasında gözaltında tutulduğu süre boyunca psikolojik ve fiziksel işkenceye maruz bırakıldığını ve cinsel dokunulmazlığının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

69. Bakanlık görüş yazısında, Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı olan 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine bireysel başvuruda bulunulabileceği, anılan tarihten önce kesinleşmiş nihai işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilemeyeceği; somut başvuruya konu olan işkence, kötü muamele ve cinsel saldırı iddiaları yönünden yapılan suç ihbarı neticesinde Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, bu karara karşı yapılan itirazın Midyat Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmesi ile 29/4/2004 tarihinde kesinleştiği, bu koşullar dikkate alınarak başvurunun bu kısmının kabul edilebilirliği konusunda takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu bildirilmiştir.

70. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

71. Başvuruya yönelik işkence ve kötü muamelelere ilişkin yargılama sonucunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar, Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 26/3/2013 tarihli ve 2013/137 Değişik İş sayılı itirazın reddine dair karar ile kesinleşmiş olup bu çerçevede, ihlal iddialarına konu olay ve olguların Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi kapsamında yer aldığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

72. 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. Anayasa'nın 17. Maddesinin Maddi Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

73. Somut olayda işkence ve kötü muamele eylemlerinin sorumluları hakkında ceza kovuşturması yürütüldüğü ve 765 sayılı mülga Kanun'un 243. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan suçu işlediklerinin tespit edildiği gözetilerek öncelikle bu durumun başvurucular açısından yeterli ve etkili bir telafi imkânı sunup sunmadığının, 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 görev kapsamında 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 76).

74. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (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 konulan kanunların koruyucuları olarak sorumlu olanlara yaptırım uygulamakta kararlı olmaları ve suçun ağırlık derecesi ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığa izin vermemeleri gerekir. Aksi hâlde devletin, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğü yerine getirilmemiş olacaktır (*Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B. No: 42942/02, 8/4/2008, § 69; *Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 76).

75. 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 hadden hüküm kurması ve anılan mahkûmiyetin, "beş yıl içinde suç işlenmesi" bozucu şartı gerçekleşmediği takdirde hüküm ifade etmemesini sağlayacak şekilde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermesi nedeniyle başvurucuların mağdurluk sıfatlarının ortadan kalkmadığı sonucuna varılmıştır.

i. Genel ilkeler

76. Başvuru konusu olay, devlet gözetimi altında bulunan başvurucunun maruz kaldığı kötü muamelenedeniyle maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edilmesi iddiası ile ilgilidir.

77. Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 80).

78. 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 81).

79. 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 yüklemektedir. 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. (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 82; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Mahmut Kaya/ Türkiye,* B. No: 22535/93, 28/3/2000, § 115).

80. 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 eşiğin aşılıp aşılmadığı somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsi-

yeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır (*Tahir Canan*, § 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 dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 83; *Eğmez/Kıbrıs,* § 53;*Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 104)

81. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin *"işkence"* olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için anılan fıkrada geçen*"eziyet"* ve *"insan haysiyetiyle bağdaşmayan"* muamele kavramları ile işkence 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 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan *"işkence"*,*"eziyet"* ve *"hakaret"* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 84).

82. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin *"işkence"* olarak belirlenmesi mümkündür (*Tahir Canan*, § 22). Muamelelerin ağırlığının yanı sıra İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "işkence" teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırmak amacıyla ya da ayırımcı bir nedenle kasten ağır acı veya ıstırap vermeyi kapsadığı belirtilerek *"kasıt"*unsuruna da yer verilmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 85).

83. 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 İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Sözleşme bakımından 'işkence', 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."

84. Yine anılan Sözleşme'nin 15. maddesinde *"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 verilmiştir.

85. *"İşkence"* seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muameleler*"eziyet"* olarak tanımlanabilir (*Tahir Canan*, § 22). Bu hâllerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak *"eziyet"*te, ıstırap 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; *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 (*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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 88).

86. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise *"insan haysiyetiyle bağdaş-*

mayan" muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (*Tahir Canan*, § 22). Burada *"eziyet"*ten faklı olarak kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 89).

87. 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 yöndeki AİHM kararı için bkz. *Pretty/Birleşik Krallık,* B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 52). Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapılıp yapılmadığı dikkate alınsa da böyle bir amacın belirlenememesi, kötü muamele ihlali olmadığı anlamına gelmeyecektir. (Benzer yöndeki 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 yöndeki AİHM kararı için bkz. *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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 90).

88. 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 91; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gäfgen/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).

89. 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 üçüncü fıkrasında öngörülen yasağın ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 92).

90. AİHM'in birçok kararlarında da ifade edildiği gibi işkence yasağı, demokratik toplumun temel değerleri ile ilgili bir düzenlemedir. AİHS'in normatif maddelerinin çoğunluğunun aksine 3. madde istisna öngörmemekte ve

15. maddenin (2) numaralı fıkrasına göre ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike durumunda bile askıya alınamamaktadır. (*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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 93; *Labita/İtalya,* § 119; *Chahal/Birleşik Krallık,* B. No: 22414/93, 15/11/1996, § 79).

91. AİHM kararlarında, bir kişinin sağlıklı hâldeyken 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 hâllerde Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında açık sorunların ortaya çıkacağı ifade edilmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 94; *Selmouni/Fransa,* § 87; *Ferhat Kaya/Türkiye,* B. No: 12673/05, 25/9/2012, § 33).

92. 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 karinelerden de oluşabilir. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık,* § 161; *Labita/İtalya*, § 121). Bu bağlamda kanıtlar toplanırken tarafların takındıkları tutumlar dikkate alınmalıdır (*Tanlı/Türkiye,* B. No: 26129/95, 10/4/2001, § 109). Ancak bu uygun koşulların tespiti hâlinde bir kötü muamelenin varlığından bahsedilebilir (*Cuma Doygun*, B. No: 2013/394, 6/3/2014, § 28).

93. 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 hâllerde 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 mahkemelerinin

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*, § 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 yöndeki AİHM kararı için bkz. *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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 96; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Klaas/Almanya*, § 30).

ii. Genel ilkelerin Olaya Uygulanması

94. Başvurucu, gözaltında tutulduğu süre zarfında yasal olmayan ve hukuk dışı biçimde yöneltilen suçlamaları kabul etmemesi nedeniyle çeşitli şekillerde işkence eylemlerine maruz kaldığını, cop kullanılarak ırzına geçildiğini, ilgili kamu görevlilerinin bu eylemler nedeniyle sorumluluktan kurtulmak amacıyla tutanaklar tuttuklarını, doktor raporlarının da buna göre alındığını, bir kısım doktorların da görevlerini kötüye kullandıklarını, maruz kaldığı işkence sonucu 11 yıldır manevi olarak tarif edilemez acılar yaşadığını, hayata tekrar bağlanabilmek için bu fiilleri gerçekleştiren görevlilerin cezalandırılmasını beklediğini, buna karşılık Mahkemenin 10 ay gibi hafif bir hapis cezası vermesinin yanı sıra hükmün açıklanmasının da geri bırakılmasına karar verdiğini, eşinin gözü önünde ırza geçme ve işkence eylemlerine maruz kalması sonucu manevi yıkım yaşadığını, bu nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

95. Bakanlık görüş yazısında, AİHM içtihatlarına göre kötü muamelenin 3. madde kapsamına girmesi için asgari seviyede bir şiddete ulaşması gerektiği; bu değerlendirmenin muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal sonuçları, bazı davalarda mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi davanın özel koşullarıyla bağlantılı olduğu, bir kimsenin gözaltında ve polis memurlarının sıkı denetimi altında yaralandığı durumlarda, meydana gelen yaralanmaların güçlü fiilî karinelere yol açacağı, bu yaralanmaların kaynağına ilişkin ikna

edici açıklama yapma külfetinin hükûmete düşeceği, somut olayda Yargıtay Dairesinin bozma ilamı ve Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin başvurucunun işkenceye uğradığına dair 16/1/2013 tarihli kararı göz önünde bulundurularak başvurucunun bu kapsamdaki şikâyetinin değerlendirilmesinde takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu bildirilmiştir.

96. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

97. Başvurucu, terör örgütüne yardım ettiği şüphesiyle 5/3/2002 tarihinde gözaltına alınmıştır. Bakanlık görüş yazısı ile teyit edildiği üzere aynı tarihli gözaltına giriş raporunda başvurucunun vücudunda darp cebir izine rastlanmadığı tespit edilmiştir. 7/3/2002 tarihli gözaltından çıkış raporunda da darp cebir izine rastlanmadığı saptanmıştır. Başvurucunun tutuklanmasını müteakiben cezaevine kabul edilmeden önce alınan raporunda ise "*sol koltuk altında iç kısımda dirseğe kadar yaygın ekimozları, . sağ koltuk altında aynı şekilde ekimozları mevcuttur. Çekilen filminde kırık yoktur. Aynı zamanda her iki ayak tabanında ödem ve hassasiyeti mevcuttur.*" ifadelerine yer verilmiştir. Belirtilen rapor üzerine başvurucunun Adli Tıp Kurumu Diyarbakır Şube Müdürlüğünde muayenesi yaptırılmak istenmiş ise de anılan Şube Müdürlüğünün kapalı olduğu gerekçesiyle muayenesi yaptırılamamıştır. Adli Tıp Kurumu Diyarbakır Şube Müdürlüğünce başvurucu hakkında düzenlenen 12/3/2002 tarihli raporunda "*Sağ humeral bölge iç yan yüz proksimalde aksiler bölgeye uzanan kısımda 10x5 cm'lik alan içinde farklı boyut ve şekillerde; çevreleri açık yeşil-sarı renk almış resorbsiyonu devam eden 6-8 günlüğe uyan eski ekimotik alanlar, sol humeral bölge iç yan yüz proksimalde aksiler bölgeye uzanan kısımda 7x4 cm'lik alan içinde farklı boyut ve şekillerde; çevreleri açık yeşil-sarı renk almış resorbsiyonu devam eden 6-8 günlüğe uyan eski ekimotik alanlar saptandığı, vücudunun çeşitli bölgelerinde subjektif ağrı şikayeti tarif ettiği ancak vücudun diğer bölgelerinde travmatik lezyon bulgusu saptanmadığı, sistem muayenelerinin doğal bulunduğu; uzuv zaafı ya da uzuv tatili niteliğinde herhangi bir anatomik eksiklik ya da fonksiyonel bir araz saptanmadığı.*" ve başvurucunun "*tarif edilen ekimozlara neden olan travmatik arızasının*" başvurucunun yaşamını tehlikeye sokmadığı ve beş gün "*mutad iştigaline*" engel teşkil edeceği ve "*Uzuv zaafı ya da uzuv tatili niteliğinde herhangi bir anatomik eksiklik ya da fonksiyonel bir araz*" bulunmadığı tespit edilmiştir.

98. İlk Derece Mahkemesinin 16/1/2013 tarihli ve E.2011/191, K.2013/6 sayılı kararı ile sanıkların başvurucuya karşı 765 sayılı mülga Kanun'un 245. maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan suçu işledikleri sabit görülerek 10 ay hapis ve kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

99. Diğer yandan İlk Derece Mahkemesi, sanıklara verilen nihai ceza miktarını ve sanıkların sabıkasız oluşlarını dikkate alarak yeniden suç işlemeye-

ceklerine kanaat getirdiğini belirterek 10 ay hapis cezasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir.

100. Başvurucu 7/3/2002 tarihli ilk ifadesinde, emniyet müdürlüğünde kendisine işkence edildiğini, sırtına vurduklarını, üzerine buzlu su döküp pervane çalıştırdıklarını, yatağa giderken üzerine buz sürdüklerini, gözleri kapalıyken dört beş kişi tarafından darp edildiğini beyan etmiştir. Başvurucu, tutuklandıktan sonra avukatlarının dilekçesi üzerine alınan 17/5/2002 tarihli ifadesinde, göz altında bulunduğu süre içinde bir kadın polis memurunun, (başvurucunun) kocasının gözü önünde makatına cop soktuğunu, kanamasının başladığını ve bayılıp yere düştüğünü, bunun üzerine hastaneye götürdüklerini, bilinci yerinde olmadığı için doktorun ne yaptığını hatırlamadığını, savcılıkta verdiği ifadede utandığı için bu olanları söylemediğini, Diyarbakır'daki adli tabibin sadece koltuk altlarına baktığını, anılan şikâyetini belirtmesine rağmen doktorun muayene etmediğini, ilk ifadesinde diğer kötü muamele oluşturan eylemleri anlattığını ifade etmiştir.

101. Mardin Devlet Hastanesinde yapılan 21/5/2002 tarihli muayeneye kadar hiçbir doktorun başvurucunun anal bölgesinin muayenesini yapmadığı anlaşılmaktadır. Başvurucu duruşmadaki beyanında anılan vücut bölgesine ilişkin şikâyetlerini daha önce muayene eden doktorlara ilettiğini ancak muayene etmediklerini ifade etmiştir.

102. Adli Tıp Kurumunun 21/10/2005 tarihli raporunda başvurucuda tespit edilen kronik anal fissürün makata yabancı cisim sokulması ile meydana gelebileceği gibi, kabızlık gibi bünyesel sebeple de meydana gelebileceği, bunlar arasında tıbben ayrım yapılamayacağı, ayrıca hiçbir şekilde fissürün yaşının tespit edilemeyeceği bildirilmiştir.

103. Görüldüğü üzere başvurucunun ilk planda kötü muameleye ilişkin şikâyetlerini dile getirirken cinsel saldırıya ilişkin şikâyetlerini dile getirmemesi, bu kapsamdaki iddialarının ispatını son derece zorlaştırmıştır.

104. İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesinde de başvurucunun "*tecavüze uğradığı*" gerekçesiyle sanıklara verilecek cezanın artırılması talebinin, aldırılan adli raporlarda sanıkların başvurucuya "*cop ile tecavüz ettiklerine ilişkin yeterli bulgunun elde edilemediği, dolayısıyla sanıklar hakkında cezayı artırım nedeni bulunmadığı*" gerekçesiyle reddedilmiş ve sanıkların cezalarında artırım yapılmamıştır.

105. Gözaltında olduğu için dış dünyayla ilişkisi kesilen veya kendisine destek olabilecek ve gerekli kanıtları oluşturabilecek doktor, avukat, aile yakını veya arkadaşlarla görüşmeleri her zaman olanaklı olmayan başvurucunun,

gözaltı sırasında maruz kaldığı kimi kötü muamele davranışları yönünden yaptığı şikâyetleri temellendirmesinin, kanıt toplamanın güçlüğü nedeniyle zor olacağı açıktır. Başvurucunun bu kapsamdaki iddialarına ilişkin olarak ancak dosyadaki tüm verilerin birlikte incelenmesi hâlinde bir sonuca ulaşılması mümkündür.

106. Buna göre başvurucunun aşamalarda, cinsel saldırı eylemine ilişkin olan ve utanma duygusu nedeniyle en başta ileri sürülemediği şeklinde makul bir açıklamaya kavuşturulan şikâyeti haricinde, birbiriyle genel olarak uyumlu ifadeleri, başvurucunun cezaevine kabul edilmeden önce Devlet Hastanesinde ve daha sonra Adli Tıptan alınan doktor raporları ile İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararı, başvurucunun işkence ve kötü muameleye dair iddialarının temelden yoksun olmadığına karine oluşturmuştur. Sağlıklı bir şekilde gözaltına alınan başvurucunun, gözaltından çıkarılmadan önce yaralanmış olduğu ya da fiziksel iz bırakmayan kötü muamele gördüğünün tutarlı ifadeleri ve doktor raporları ile saptanmış olması karşısında, artık bunun kolluk görevlilerinin eylemleri sonucu olmadığına ilişkin ispat yükü, kamu otoritesini temsil eden idare aleyhine yer değiştirmiştir.

107. İlgili kolluk görevlileri savunmalarında, başvurucunun kendisini sürekli yere attığını, ifade vermek için nezarethaneden çıkmadığını, pasif direnişi ve "kilolu" bünyesi nedeniyle başvurucuyu yürütmekte zorlandıklarını ve sürekli koltuk altlarından tutmak zorunda kaldıklarını, başvurucunun nezarethanede de sık sık kendini yataktan yere attığını ifade etmişlerdir. Ancak başvurucunun sadece koltuk altlarındaki yaralara ilişkin olan sanıkların bu açıklamalarının, özellikle başvurucunun ayak altlarındaki şişlikler ve vücudunun diğer bölgelerinde tespit edilen tıbbi bulguların meydana geliş şekli konusunda yeterli düzeyde bir ikna ediciliğe sahip olduğunu söylemek güçtür.

108. Diğer yandan sanıklardan L.B., başvurucunun kendisine zarar vermeye yönelik tüm eylemlerini saat saat tutanağa bağladıklarını ifade etmiş ise de bu tutanakların içeriği ve güvenilirliği konusunda İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararında veya Bakanlık görüş yazısında herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır.

109. Başvurucunun birtakım fiziksel ve ruhsal saldırılara maruz kaldığı, Yargıtayın 14/9/2011 tarihli bozma kararı (bkz. § 54) ve bu karar üzerine İlk Derece Mahkemesince verilen 16/1/2013 tarihli karar (bkz. § 55) ile sabittir. Ancak başvurucunun maruz kaldığı bu eylemlerin Anayasa'nın 17. maddesinde güvenceye bağlanan işkence ve kötü muamele yasağı çerçevesinde, ağırlık düzeyi olarak hangi kategoriye dâhil olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

110. Başvurucu hakkında çeşitli sağlık raporlarında belirtilen tıbbi bulguların tümü ve gözaltı sırasında maruz kaldığı kötü muameleye ilişkin başvurucunun beyanları, birtakım fiziksel acılara maruz kaldığını ortaya koymuştur. İlk Derece Mahkemesi, başvurucunun maruz kaldığı eylemleri kötü muamele olarak nitelendirmiş ise de bu eylemlerin hangi amaçla yapıldığı konusunda bir kabul ortaya koymamıştır.

111. Nitekim somut olaya uygulanan 765 sayılı mülga Kanun'un 243. maddesinin birinci fıkrasındaki "*veya diğer herhangi bir sebeple*" ifadesi, bu Kanun maddesinin uygulanması bakımından, suçun mağduruna yöneltilen eylemlerde belirli bir amaç unsurunu vazgeçilmez kılmamaktadır. Ancak bu durum, İlk Derece Mahkemesinin bu konuyu netliğe kavuşturma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Zira amaç unsuru, bireyin vücut bütünlüğüne yönelik en ağır müdahale şekli olan işkenceyi diğer insanlık dışı muamelelerden ayıran en önemli kriterdir. Bu çerçevede, bireylerin vücut bütünlüklerine yönelik eylemleri önleme ve önlenememiş müdahaleleri etkili bir şekilde cezalandırma yükümlülüğü altında bulunan devletin, işkence ve kötü muamele türünden haksız eylemleri kademelendirmesi ve işkence olarak nitelendirdiği eylemleri, diğer eylemlere nazaran daha ağır şekilde cezalandırması şarttır.

112. Olayların süregelişi, başvurucuya uygulanan acı ve ızdırap verici eylemlerin, kendisine yöneltilen olaylar hakkında itiraf ve/veya beyanda bulunmasını sağlamak, herhangi bir şekilde davranması için gözdağı vermek veya ayrımcılığa dayalı herhangi bir gerekçeyle bilinçli olarak uygulandığını net bir şekilde doğrulamamaktadır. Gerek İlk Derece Mahkemesi kararından, gerekse somut olayın kendine has koşullarından, başvurucuya yönelik eylemlerin belirli bir amaç veya saik doğrultusunda yapıldığı konusunda kuşku bırakmayacak bir çıkarsamaya varılamamıştır. Buna rağmen ortaya çıkarılan fiillerin, başvurucuya fiziksel ve psikolojik acı verme, direncini kırma amacı olan korku, endişe veya aşağılık duygusu oluşturucu nitelikte olduğu anlaşılabilmektedir. Dolayısıyla belirtilen genel ilkeler ışığında başvurucunun maruz kaldığı kötü muamelelerin "*eziyet*" seviyesinde olduğu sonucuna ulaşmak için yeterli düzeyde ciddi kanıt unsuru bulunmaktadır.

113. Her ne suretle olursa olsun, özgürlüğü kısıtlanan bir kişiye -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 olay tarihi itibarıyla sosyoekonomik yönden zayıf durumda olan, okuma yazma bilmeyen ve kendisini Türkçe konuşarak ifade edemeyen bir kadın olması göz önüne alındığında başvurucunun gözaltı sırasında uğradığı tespit edilen şiddetin ortaya çıkardığı olumsuz sonuçlar yadsınamaz.

114. Diğer taraftan gözaltında olduğu için zaten oldukça kırılgan bir durumda olan başvurucunun, pasif direnişi ile orantısız bir şekilde sözlü ve fiziksel saldırıya maruz kalması ve gözaltı süresi devam ederken sevk edildiği hastanelerde düzenlenen doktor raporlarının, kendisine karşı güç kullanan görevlilerin veya bu görevlilerin bağlı bulundukları kolluk biriminin takibi altında olmasının, başvurucunun üzerindeki tehdidin varlığını devam ettirdiği, bunun da insan onuruna bir müdahale oluşturduğu açıktır. Zira başvurucunun doktor raporları alınmak üzere ilgili Hastaneye nakillerinde, gözetimi altında bulunduğu kolluk görevlilerinin nezaret ettiği anlaşılmakla beraber, rapor düzenleyen doktorların tanık sıfatıyla alınan beyanlarında, düzenlenen raporların özellikle ilgili kolluk görevlilerine karşı gizliliğinin sağlanması hususunda herhangi bir önlem alındığına dair bir ifade veya ipucuna rastlanmamıştır. Oysa İstanbul Protokolü'nün Birinci Eki'nin 6c. maddesinde, muayene edilen kişi hakkında hazırlanan raporun gizli tutulması ve muayene edilen kişiye veya kişinin yasal temsilcisi olarak atadığı kimseye teslim edilmesi, bu raporun yetkili kişilere güvenli bir biçimde ulaştırılmasının güvenceye alınmasının devletin sorumluluğunda olduğu, -muayene edilen kişinin rızası veya bu tür bir talepte bulunma yetkisi bulunan mahkemenin yetki vermesi istisna olmak üzere- raporun başka kimseye verilmemesi gerektiği düzenlenmiştir (bkz. § 64).

115. Ayrıca Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası göz önünde tutulduğunda mağdurun eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun kötü muamele yasağının ihlal edilmemesi gerekir. Saikin önem düzeyi ne kadar yüksek olursa olsun en zor koşullarda bile işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yapılamaz. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası gereğince savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde dahi bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Anılan maddelerdeki hakkın mutlak 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.

116. AİHM'e göre de ceza soruşturmasının gereklilikleri ve suçla ve özellikle terör suçları ile mücadelenin doğasında yer aldığı inkar edilemeyen zorluklar, bireyin maddi bütünlüğünün dokunulmazlığına sınır getirilmesi sonucunu doğurmaz (*Tomasi/Fransa*, B. No: 12850/87, 27/8/1992, § 115).

117. Yukarıda ifade edilen ve insan onuru ile bağdaşmayan, bedensel veya ruhsal yönden acı çektiren, algılama veya irade yeteneğini etkileyen, aşağılanmaya yol açan nitelikteki muamelelerin, şiddetli fiziksel ağrı ya da ruhsal acı verilmek suretiyle gerçekleştiği belirlenmiştir. Buna göre başvurucuya uygulanan muamelenin amacı, süresi, fiziksel ve ruhsal etkisi de dikkate alındı-

ğında ve söz konusu fiillerin boyutu ve bu eylemlerin başvurucuya fiziksel ve psikolojik acı verme, direncini kırma, aşağılama amacı olan, korku, endişe ve aşağılık duygusu oluşturucu nitelikte olması göz önünde bulundurulduğunda ve ayrıca bu muamelelerin, başvurucunun vücut bütünlüğünde oluşturduğu etkileri de dikkate alındığında "*eziyet*" olarak nitelendirilmesi mümkün görülmüştür.

118. İlk Derece Mahkemesince sanıklar hakkında, tespit edilen eziyet eylemleri nedeniyle 10 ay hapis cezası verilmiş ve buna ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

119. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi, 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinde düzenlenmiştir. Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülüklere uygun davranılması hâlinde geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının aynı Kanun'un 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan bu özelliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır (*Tahir Canan*, § 30).

120. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması için yapılan yargılama sonucu hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması, sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı maddi zararın, aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tamamen giderilmesi, mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşılması gerekmektedir. Tüm bu koşulların bulunması hâlinde mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve sanık beş yıl süreyle denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulacaktır. Denetim süresi içinde sanığın kasten yeni bir suç işlememesi ve yükümlülüklere uygun davranması hâlinde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesine karar verilecektir. Sanığın denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya yükümlülüklere aykırı davranması hâlinde ise mahkemece açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır (*Tahir Canan*, § 31).

121. Diğer taraftan kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesine karşın sanığın kabul etmemesi hâlinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının son cümlesinde ifade edilmektedir. Bu kapsamda sanığın, yargılama-

nın hukuki kesinliği ifade eden bir hükümle sonuçlanmasını ya da cezaya hükmedilmesi durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını tercih etme imkânı bulunmaktadır (*Tahir Canan*, § 32).

122. 5271 sayılı Kanun'un (12) numaralı fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte denetim süresi içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmesi hâlinde hükmün açıklanmasıyla veya bu süre içinde kasıtlı yeni bir suç işlenmemesi hâlinde düşme kararıyla yargılama nihai olarak sona erdiğinden hüküm niteliği olan bu kararlara karşı kanun yoluna başvurulabilir ve esasa ilişkin itirazlar bu aşamada ileri sürülebilir (*Tahir Canan*, § 33).

123. Bireylerin cezai sorumluluğuna ilişkin hukuki sorunların incelenmesi Anayasa Mahkemesinin görevleri arasında olmayıp konu derece mahkemelerin takdirine bırakılmıştır. Yine bu bağlamda suçlu-suçsuz kararı vermek ya da daha hafif veya ağır ceza belirlemek de Anayasa Mahkemesinin görevleri arasında yer almamaktadır (*Tahir Canan*, § 35).

124. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği gibi cezai yaptırımlara ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir (E.2010/104, K.2011/180, 29/12/2011). Orantılılık ilkesi, mağdurun korunması ile failin cezalandırılması arasında makul bir ilişki olmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle hak yoksunluğu getiren düzenlemelerde hukuka aykırı eylem ile yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır. Ayrıca yaptırımlarda güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılmasıdır. Nitekim Anayasa'nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını belirtirken 5237 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre de suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunması gerekmektedir. AİHM de suçun niteliğinin ve verilen cezaların ağırlığının, yapılan müdahalenin orantılılığı bakımından dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu kaydetmiş ve gerçekleştirilen müdahalenin *"demokratik bir toplum için zaruri"* olması gerektiğini belirtmiştir (*Tahir Canan*, § 36; *Varlı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 38586/97, 19/10/2004).

125. Diğer yandan işkence, eziyet ve kötü muamele niteliğindeki eylemlere müsamahalı yaklaşıldığı izlenimi verilmemesi de bu kapsamdaki fiillere ilişkin cezaların orantılılığı bakımından asgari sınırı teşkil etmektedir.

126. İlk Derece Mahkemesince sabit görülen eylemlerin nitelik ve ağırlığı dikkate alındığında sanıklar hakkında hükmedilen 10 ay hapis cezasının

orantılı olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle -sanıkların deneme süresi içerisinde suç işlememeleri şartıyla- belirtilen hapis cezasının uygulanmamasının ve bu cezanın hiç vaki olmamış sayılarak adli ve memuriyet sicillerine yansımamasının, yasal olmayan bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek düzeyde yeterli caydırıcı bir etki doğurmadığı açıktır. Bu nedenle devletin söz konusu davada başvurucunun fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kanunlar aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği anlaşılmıştır.

127. Açıklanan nedenlerle başvurucunun maruz kaldığı bu eylemlerden dolayı Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

b. Anayasa'nın 17. Maddesinin Usul Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

i. Genel ilkeler

128. 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 51).

129. Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu bu pozitif yükümlülüğün bir de usul boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 110; 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).

130. Buna göre 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 hâlinde Anayasa'nın 17.

maddesi "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmî 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 hâle gelecek ve bazı hâllerde devlet görevlilerinin fiilî dokunulmazlıktan yararlanarak kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 111; *Tahir Canan*, § 25; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Corsacov/Moldova,* B. No: 18944/02, 4/4/2006, § 68).

131. 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 55).

132. 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, başvuruculara üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Perez/Fransa*, B. No: 47287/99, 22/7/2008, § 70) ya da tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi (*Tanlı/Türkiye*, § 111) yüklediği anlamına gelmemektedir(*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 56).

133. Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecekşekilde 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 dayanmamalıdırlar (*Assenov ve diğerleri/Bulgaris-*

tan, 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 114;*Tanrıkulu/Türkiye* [BD], B. No: 23763/94, 8/7/1999, § 104; *Gül/Türkiye,* B. No: 22676/93, 14/12/2000, § 89).

134. 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 açıkolmasıdır. Buna ilaveten her olayda, mağdurların meşru menfaatlerini korumak için bu sürece etkili bir şekilde katılmaları sağlanmalıdır. (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 115; 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).

135. 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 resmî şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmelidirler. Şikâyet yapılmadığında bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli kesin belirtiler olduğunda soruşturma açılması sağlanmalıdır. Bu bağlamda soruşturmanın derhâl başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir (*Tahir Canan*, § 25; *Cezmi Demir ve diğerleri*, § 116;benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Batı ve diğerleri/Türkiye,* §§ 133, 134).

136. 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 (*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, 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 117).

137. Soruşturmayı sağlayacak bir başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması

ve başvurulan makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gereklidir. Başvuru yolunun bir hak ihlali iddiasını önleyebilmesi, devam etmekteyse sonlandırabilmesi veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilmesi ve bunun için uygun bir tazminat sunabilmesi hâlinde 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 (*Tahir Canan*, § 26; *Cezmi Demir ve diğerleri*, § 118; *Aksoy/Türkiye,* § 95; *Ramirez Sanchez/Fransa*, B. No: 59450/2000, 4/7/2006, §§ 157-160).

138. İşkence, eziyet ve 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 119; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Maıorano ve diğerleri/İtalya,* B. No: 28634/06, 15/12/2009, § 124; *McKerr/Birleşik Krallık,* §§ 111, 114; *Opuz/Türkiye*, B. No: 33401/02, 9/6/2009, § 150).

139. Mahkemelerin; özellikle işkence, eziyet 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 kanun dışı eylemlere karışanlara karşı gösterilecek her türlü hoşgörüden kaçınmaya olanak tanır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 120; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Hüseyin Esen/Türkiye*, B. No: 49048/99, 8/8/2006; *Özgür Kılıç/Türkiye*, B. No: 42591/98, 24/9/2002).

140. AİHM, bir devlet görevlisinin işkence, eziyet veya kötü muameleyle suçlandığı durumlarda "etkili başvuru"nun 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 121; *Abdülsamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2/11/2004, § 55).

ii. Genel İlkelerin Olaya Uygulanması

141. Sunulan kanıtlara dayanılarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince devletin, negatif sorumluluğu kapsamında başvurucunun maruz kaldığı kötü muameleden sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır. Ayrıca başvurucu tarafından yapılan şikâyetler etkili soruşturma hakkı kapsamında "kabul edilebilir" olarak görülmüştür. Buna göre yetkililerin yukarıda sıralanan gerekliliklere cevap verecek etkin bir soruşturmayı yürütmesi zorunluluğu bulunduğundan bu zorunluluğa uyulup uyulmadığının tespiti gerekmektedir.

142. Başvurucu, yargılama sürecinin 11 yıl sürmüş olmasına rağmen etkili ve yeterli bir karar verilmediğini, yargılama sonucunda verilen nihai kararın işkence fiilinin faillerinin cezası kalması sonucunu doğurduğunu, bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

143. Bakanlık görüş yazısında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir af veya bağışlama olmadığı, onarıcı adalet anlayışının gereği olarak faillerin hayattan kopmadan rehabilitasyonu, mağdura verilen zararın giderilmesi ve toplumun korunması amaçları doğrultusunda ceza adalet sistemine dâhil olduğu, AİHM içtihatlarına göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının bir cezanın infazının tecil edilmesinden çok daha geniş kapsamlı bir etkiye sahip olduğu, suçluların cezasız kalmasına yol açtığı, suçlu denetimli serbestlik yükümlülüklerine uyduğu taktirde ceza da dâhil olmak üzere kararın tüm hukuki sonuçlarının ortadan kalktığı, ceza ertelendiğinde ise ne karar ne de karara dayalı mahkûmiyetin varlığının sona erdiği, bu tür cezaların ertelenmesinin mahkûmiyet hükümlerinin etkisiz kalmasına yol açtığından "kabul edilemez tedbirler" kategorisine girdiği; hâkimlerin, hukuka aykırı ciddi davranışlara hiçbir şekilde göz yumulamayacağını göstermekten ziyade bu tür davranışların sonuçlarını aza indirmek için kendi takdir yetkilerini kullandıklarını, işkence failleri hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı benzer davalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine hükmedildiği ayrıca AİHM'in, devletlerin usule ilişkin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerini değerlendirirken suçlular hakkındaki yargılamanın süresini, yargılama devam ederken herhangi bir disiplin soruşturması yapılıp yapılmadığını, sorumluların görevden uzaklaştırılıp uzaklaştırılmadıklarını göz önünde bulundurduğu bildirilmiştir.

144. Somut başvuruya ilişkin olarak Bakanlık görüşünde, başvurucunun işkenceye uğradığı iddiasıyla ilgili gerekli soruşturmanın yapıldığı ve suçlular hakkında mahkûmiyet kararı verildiği, bu mahkûmiyet kararının açıklanmasının geri bırakıldığı, 7/3/2002 ile 26/3/2013 tarihleri arasında devam eden yar-

gılamanın yedi yıl üç aylık bölümünün İlk Derece Mahkemesi ve savcılıkta, iki yıl yedi aylık bölümünün ise temyiz merciinde geçtiği, başvurucunun maruz kaldığı eylemi soruşturma makamlarına taşıyabildiği, yargılama faaliyetlerine aktif bir şekilde katıldığı ve yargılama neticesinde verilen karara karşı itiraz yoluna başvurabildiği, başvurucunun kişi dokunulmazlığı hakkının usul yükümlülüğü bakımından ihlal edildiği yönündeki şikâyetinin değerlendirilmesi konusunda takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

145. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

146. Somut olayda başvurucunun şüpheli sıfatıyla alınan ifadesinde, kendisine kötü muamelede bulunulduğunu iddia etmesi üzerine Cumhuriyet Savcısı tarafından 7/3/2002 tarihli tutanak tutularak alınan ifade tutanağının bir sureti eklenmek suretiyle görevliler hakkında soruşturma başlatılmıştır. Başvurucu hakkında gözaltına giriş çıkış raporları haricinde, resen veya başvurucu ve avukatlarının iddiaları üzerine 7/3/2002 ve 21/5/2002 tarihlerinde Mardin Devlet Hastanesinden, 12/3/2002, 12/3/2002 ve 21/12/2002 tarihlerinde Diyarbakır Adli Tıp Şube Müdürlüğünden ve 27/9/2002, 16/9/2005, 21/10/2005 ve 30/11/2007 tarihlerinde Adli Tıp Kurumundan adli muayene raporları alınmıştır.

147. Anılan raporlardaki yaralanmalar nedeniyle Mardin Cumhuriyet Başsavcılığının 5/2/2003 tarihli iddianamesi ile başvurucuya karşı "sanığa cürmü söyletmek için işkence ve sair kötü muamele yapma" suçunu işledikleri iddiasıyla ilgili polis memurları L.B., B.U. ve H.Ş.P. hakkında kamu davası açılmıştır.

148. Diğer yandan hakkında kamu davası açılan polis memuru H.Ş.P.nin başvurucuya karşı "ırza geçme" suçunu işlediği iddiası yönünden Mardin Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2004 tarihli ve 2004/547 Hazırlık sayılı kararı ile kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir.

149. Polis memurları hakkında delil yetersizliği nedeniyle İlk Derece Mahkemesince verilen beraat kararının Yargıtayca bozulması üzerine Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/1/2013 tarihli kararı ile sanıkların başvurucuya karşı işkence suçunu işledikleri sabit görülerek 765 sayılı mülga Kanun'un 243. maddesinin birinci fıkrası gereğince 10 ay hapis ve kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası ile cezalandırılmalarına ve 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

150. Devletin, usul yükümlülüğü çerçevesinde, doğal olmayan her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularını belirlenmelerini ve gerekiyorsa cezalandırılmalarını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütme ödevi

bulunmaktadır. Böyle bir soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının bu saldırılar konusunda hesap verebilirliklerini sağlamaktır. Ayrıca yürütülen soruşturma neticesinde işkence, eziyet ve kötü muamele niteliğindeki eylemlere müsamahalı yaklaşıldığı izleniminin de verilmemesi gerekmektedir.

151. Somut olayda ise sanıklara 10 ay hapis cezası verilmesi ve buna ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılması, soruşturmanın etkililiğini de zedelemiştir. Dahası ilgili kamu görevlileri hakkında herhangi bir disiplin soruşturması yürütüldüğüne dair bir belge veya bilgiye de ulaşılamamıştır.

152. Genel ilkelerde de değinildiği üzere soruşturmayı yapan makamların yanı sıra soruşturmaya katkı sağlayan uzmanların da bağımsız ve tarafsız olmaları, usul yükümlülüğünün tam manasıyla yerine getirilmesi bakımından vazgeçilmezdir. Nitekim ilgili uluslararası hukuk kısmında nakledilen ve AİHM kararlarında da sıkça atıfta bulunulan İstanbul Protokolü'nün Birinci Eki'nin 2. maddesinde soruşturmayı yürütenlerin, işkence ve kötü muamele olayının faili olduğundan şüphelenilen kişiler ve onların hizmet ettiği kurum ve kuruluşlardan bağımsız, soruşturma yürütebilecek vasıfta, tarafsız kişiler olması gerektiği ifade edilmiştir (bkz. § 63).

153. Somut olayda ise Mahkemece 2/6/2003 tarihinde Emniyet Müdürlüğü binasında keşif yapılmış ve kovuşturma kapsamında aynı zamanda tanık olarak bilgisine başvurulan ve hakkında yürütülen soruşturma kapsamında başvurucunun parmak izi ve fotoğraflarının alınmasında görev yapmış olan R.S.ye bilirkişilik yaptırılmıştır. Adı geçen bilirkişi tarafından, "nezarethanedeki yüksek seslerin başka yerlerden rahatlıkla duyulabileceği" yönünde rapor düzenlenmiştir.

154. Adı geçen bilirkişi ile sanıklar, aynı hiyerarşik yapı içerisinde hatta aynı bina içerisinde görev yapan polis memurlarıdır. Ayrıca belirtildiği üzere adı geçen bilirkişi, başvurucunun nezarethanede parmak izi alma ve fotoğraflama işlemlerini de yapmış olup tespit edilen işkence ve kötü muamele iddialarının doğrudan veya dolaylı olarak potansiyel tanığıdır. Bu çerçevede adı geçen bilirkişinin, yürütülen soruşturmaya bir uzman olarak bağımsız ve tarafsız olarak hizmet ettiğini varsaymak oldukça güçtür.

155. Diğer yandan başvurucunun maruz kaldığı kötü muamelelere en yakın zaman diliminde düzenlenmiş olan 7/3/2002 tarihli gözaltı çıkış raporunda, başvurucuda darp cebir izine rastlanmadığı tespitine yer verilmiştir. Anılan raporu düzenleyen doktor, 22/5/2002 tarihinde Cumhuriyet Savcısı tarafından tanık sıfatıyla alınan ifadesinde, 7/3/2002 tarihli rapor altında bulunan

imzanın kendisine ait olduğunu, başvurucuyu hatırladığını, şahsın elbiselerinden tecrit ederek muayene ettiğini, sırtına ve göğsüne baktığını, herhangi bir "şiddet arazı" veya ekimoza rastlamadığını ayrıca şahsa herhangi bir şikâyeti olup olmadığını sorduğunu, sağ tarafının kaburgalarının alt kısmını göstererek ağrıdığını söylediğini, gösterdiği yerde herhangi bir darp cebir izi tespit etmediğini, safra kesesinden kaynaklanabileceğini düşündüğünü ve raporu bu şekilde düzenlendiğini beyan etmiştir.

156. Başvurucunun cezaevine fiilen kabulünden önce Mardin (E) Tipi Kapalı Cezaevi Müdürlüğünün 7/3/2002 tarihli talebi üzerine Mardin Devlet Hastanesi Tabipliğince aynı gün saat 15.50 itibarıyla düzenlenmiş olan muayene raporunda ise "*sol koltuk altında iç kısımda dirseğe kadar yaygın ekimozlar, sağ koltuk altında aynı şekilde ekimozlar, her iki ayak tabanında ödem ve hassasiyet*" mevcut olduğu tespit edilmiştir.

157. Raporlar arası çelişkinin nedeni, 7/3/2002 tarihli gözaltı çıkış raporunu düzenleyen doktora sorulduğunda kendi düzenlediği raporun doğru olduğunu, muayene ettiği sırada şahısta herhangi bir darp cebir izi bulunmadığını, daha sonra olmuş ise de bu konuda bir bilgisinin bulunmadığını ifade etmiştir.

158. Ayrıca aynı gün düzenlenen ikinci rapordaki tıbbi bulguların ilk raporda yer almaması, ilgili doktorun görevini ihmal ettiği şüphesini uyandıran bir durum ise de anılan doktor hakkında herhangi bir adli veya idari soruşturma yürütüldüğüne dair herhangi bir belge veya bilgiye ulaşılamamıştır.

159. İşkence ve kötü muamele iddialarına yönelik soruşturma ve kovuşturmaların hızlı ve etkili biçimde sonuçlandırılması gerekir. Tüm yargılama safahatı değerlendirildiğinde başvurucunun gözaltına alındığı 5/3/2002 tarihinde başlayan soruşturma ve sonrasındaki yargılamaların hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karara karşı itirazın reddedildiği 26/3/2013 tarihinde sonuçlandığı görülmüştür. Böylece yargılama sürecinin 11 yıl 21 gün sürdüğü tespit edilmiştir. Dolayısıyla Derece Mahkemeleri önündeki yargılamanın, makul bir ihtimam gösterilerek gerekli olan süratle sonuçlandırıldığını söylemek mümkün değildir.

160. Makul kabul edilemeyecek derecede uzun süren bir yargılama sonucunda faillere, tespit edilen eylemleri ile orantılı olduğu söylenemeyecek bir ceza (10 ay hapis) verilmesi ve üstelik buna ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile bu caydırıcılıktan uzak sonucun ortaya çıkmasında etkisi olması kaçınılmaz olan süreçteki eksiklikler (bkz. § 152 vd.); soruşturmanın, eziyet fiillerinin önlenmesi ve faillerin cezalandırılması bakımından yeterli bir etki doğurmasını engellemiştir. Dahası işkence, eziyet ve kötü muamele

eylemlerini gerçekleştirdikleri tespit edilen görevlilerle ilgili ulaşılan bu nihai sonuç, bu tür olaylara karışan kamu görevlerine müsamaha ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve dolayısıyla bu tür fiilleri gerçekleştirme temayülü olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyebileceği açıktır.

161. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü, devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

162. 30/3/2011 tarihli ve 6216 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."*

163. Başvuruda, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının maddi ve usul boyutlarıyla ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucu ihlal nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararlarının karşılanmasını talep etmiştir. 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 bulunması gerekir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmayan başvurucunun maddi tazminat talebi reddedilmelidir.

164. Başvurucunun 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 başvurucuya takdiren net 30.000 TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

165. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucunun, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlaline ilişkin şikâyetlerinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi yönden İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından başvurucuya net 30.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

4/11/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

K. A. BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2014/13044)

Karar Tarihi: 11/11/2015

GENEL KURUL

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Cüneyt DURMAZ
Başvurucu	:	K. A.
Vekilleri	:	Av. Abdulhalim YILMAZ
		Av. Ferdi AMCA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hakkında "*kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu*" gerekçesiyle sınır dışı etme kararı alınan ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde idari gözetim altında tutulu bulunan Suriye uyruklu başvurucunun; sınır dışı edilmesi hâlinde öldürülme, işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunması nedeniyle yaşam hakkı ile işkence ve eziyet yasağının; geri gönderme merkezindeki koşullar nedeniyle "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" ceza veya muamele yasağının; idari gözetim kararının çok uzun süre devam ettirilmesi nedeniyle de özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. 2014/13044 numaralı başvuru, 11/8/2014 tarihinde yapılmıştır. 2014/19101 numaralı başvuru ise 5/12/2014 tarihinde yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonu ve İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 13/4/2015 ve 14/4/2015 tarihlerinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. 2014/19101 numaralı bireysel başvuruda başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike olduğu iddiasının ciddi bulunması nedeniyle 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi gereğince 10/12/2014 tarihinde "*tedbir talebinin kabulüne*" karar verilmiştir.

5. 2014/19101 numaralı bireysel başvuru dosyasının "*kişi yönünden hukuki irtibat*" nedeniyle 2014/13044 başvuru numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine, 2014/19101 numaralı bireysel başvuru dosyasının kapatılmasına, incelemenin 2014/13044 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine 15/4/2015 tarihinde karar verilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından 16/4/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvuru belgelerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

7. Bakanlık tarafından başvuru hakkında Anayasa Mahkemesine 15/5/2015 tarihinde sunulan görüş başvurucuya 22/5/2015 tarihinde tebliğ edilmiş; başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 15/6/2015 tarihinde sunmuştur.

8. Başvurucu, 5/2/2015 tarihinde üçüncü kez Anayasa Mahkemesine tedbir talepli olarak bireysel başvuruda bulunmuştur. Anılan başvuru 2015/2243 bireysel başvuru numarası ile kayda alınmış ve başvuru dosyasının "*kişi yönünden hukuki irtibat*" nedeniyle 2014/13044 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine, 2015/2243 numaralı bireysel başvuru dosyasının kapatılmasına, incelemenin 2014/13044 başvuru numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine 4/7/2015 tarihinde karar verilmiştir.

9. İkinci Bölümün 15/10/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

11. 1985 doğumlu ve Suriye uyruklu olan Suriye'nin Kamışlo (Kamışlı) vilayetine bağlı Serekaniye ilçesinde ikamet eden başvurucu, ülkesini; etnik, dinî, siyasi sorunlar; istikrarsız durum, özellikle de iç savaş ortamı nedeniyle 15/12/2013 tarihinde terk ederek Şanlıurfa'nın Viranşehir ilçesi yakınlarındaki bir bölgeden Türkiye'ye bir grup yabancı uyruklu kişi ile birlikte giriş yapmıştır. Başvurucu, Türkiye sınırından geçerken yanındakilerle beraber, jandarma tarafından yakalanarak Viranşehir'e götürülmüş; fotoğrafı çekildikten sonra serbest bırakılmıştır. Başvurucu daha sonra İstanbul'a gitmiştir.

12. Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/1654 Soruşturma sayılı dosyası kapsamında verilen 22/4/2014 tarihli yakalama ve gözaltına alma talimatına dayalı olarak 25/4/2014 tarihinde polis tarafından Zeytinburnu ilçesinde gözaltına alınan başvurucu, adının Mardin Kızıltepe'de yaşanan bir olaya karıştığı iddiasıyla polislerce sorguya alınmıştır.

13. Aynı gün saat 24.00'te Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının talimatı üzerine başvurucunun ifadesi alınarak salıverilmesine karar verilmiş ve bu yönde tutanak tanzim edilmiştir. Ancak başvurucu 26/4/2014 tarihinde saat 02.15'te, Sınırdışı İşlemleri ve Geri Gönderme Merkezi Büro Amirliğince "*eksik evraklar takip edilen ilk iş gününde tamamlanarak . teslim edilmek koşulu*" ile Kumkapı Geri Gönderme Merkezine (Kumkapı GGM/Merkez) teslim edilmiştir.

14. Başvurucu hakkında, İstanbul Valiliği İl Emniyet Müdürlüğünün (Emniyet Müdürlüğü) 28/4/2014 tarihli ve 47909374.52646 Arşiv/Dosya No-

2014/124024 sayılı işlemiyle 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 54. maddesinin (d) bendi uyarınca "*kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturduğu*" gerekçesiyle sınır dışı etme ve 6 ay süreyle idari gözetim altında tutulma kararı verilmiştir.

15. Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığı, 13/6/2014 tarihli ve Soruşturma No: 2014/1654, K.2014/832 sayılı kararıyla, başvurucu hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan delil yetersizliği nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

16. Başvurucunun, idari gözetimin kaldırılmasına ilişkin olarak yaptığı itiraz, İstanbul 11. Sulh Ceza Mahkemesinin 24/6/2014 tarihli ve 2014/329 Değişik İş sayılı kararıyla "*somut olayda istekçi hakkında Valilikçe sınır dışı etme kararı alındığı, istekçinin yabancı uyruklu olması nedeniyle kaçma ve kaybolma ihtimalinin bulunduğu, istekçinin valiliğin sınır dışı etme kararının iptali hususunda idari yargıya müracaat ettiğine dair de belge sunmadığı, bu haliyle yapılan işlemlerde usulsüzlük olmadığı*" gerekçesiyle kesin olarak reddedilmiştir. Bu karar başvurucunun vekiline 10/7/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu, tutulduğu Kumkapı GGM'deki fiziksel koşulların "son derece kötü" olduğundan şikâyet etmektedir. 25/6/2014 tarihinde başvurucunun avukatı, yanında tercüman olduğu hâlde Kumkapı GGM'ye giderek başvurucuyla görüşmüştür. Bu görüşmede başvurucu Kumkapı GGM'nin fiziksel koşulları hakkında -görüşme tutanağında kayda geçildiği şekliyle-; "*tutulduğu 3. katta yaklaşık 6 oda bulunduğunu, her odada 15-16 ranza bulunduğunu, odalardan herhangi birinde kalmadığını, çünkü odalarda çokça uyuşturucu bağımlısı bulunduğunu, her gün kavga ve gürültü çıktığını, bu yüzden 12-13 kişiyle birlikte televizyon odasında yatıp kalktıklarını, yere sünger sermek suretiyle yattıklarını, yemeklerin bazen iyi bazen kötü olduğunu, ilk ay haftada 1 gün (Pazar günü) havalandırmaya çıktığını, ancak son 1 aydır havalandırmaya hiç çıkarılmadıklarını, vücudunda çeşitli yaralar olan insanlarla birlikte kaldıklarını, alerji olduğunu, alerjisinin buna bağlı olabileceğini, doktor yardımı almadıklarını, polislerin arada ilaç dağıttığını ama hiç doktora götürülmediklerini, bugün birisinin iple kendisini asmaya çalıştığını, ip koptuğu için ölmediğini, Cezayirli bir kişinin kendini bıçakladığını, 6 İranlının ağızlarını iğneyle diktiklerini, tutuldukları yerde hayvanın bile yaşamayacağını*" belirtmiştir.

18. Başvurucu, İstanbul Valiliğine sunduğu 25/6/2014 tarihli dilekçe ile uluslararası koruma (mültecilik) başvurusunda bulunmuş ve Kumkapı GGM'den tahliyesini talep etmiştir.

19. İstanbul 3. Sulh Ceza Hâkimliği, 24/7/2014 tarihli ve 2014/169 Değişik İş sayılı müzekkere ile Emniyet Müdürlüğünden, başvurucu hakkında verilen

sınır dışı etme ve idari gözetim altına alma kararlarına ilişkin bilgi ve belgelerin gönderilmesini istemiştir.

20. Başvurucu 11/8/2014 tarihinde, 11. Sulh Ceza Mahkemesinin 24/6/2014 tarihli kararına (bkz. § 16) karşı süresi içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anılan başvuru 2014/13044 bireysel başvuru numarası ile kayda alınmıştır.

21. Başvurucu 19/8/2014 tarihinde, İstanbul Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne, Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği, bu nedenle açtığı dava ve Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvurunun görülmekte olduğundan bahisle Kumkapı GGM'den tahliye edilmesi ve sınır dışı edilmemesine yönelik başvuruda bulunmuştur.

22. Başvurucunun sınır dışı etme işlemine karşı açtığı dava, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 18/9/2014 tarihli ve E.2014/1371, K.2014/1486 sayılı kararıyla reddedilmiştir. Anılan karar 5/11/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucu 11/9/2014 tarihinde, idari gözetim kararına karşı İstanbul Sulh Ceza Hâkimliğine yaptığı ikinci itiraz başvurusunda, Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiğini, uluslararası koruma başvurusunda bulunduğunu, kendisinin geçici koruma altında olduğunu, 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinde yer alan usule dair güvencelerin kendisine uygulanmadığını, Kumkapı GGM'de maruz kaldığı tutulma koşullarının bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, eziyet görmesine ve aşağılanmasına yol açtığını belirterek idari gözetim kararının kaldırılmasına ve derhâl salıverilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

24. Anılan başvuru, İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 17/9/2014 tarihli ve 2014/1058 Değişik İş sayılı kararıyla kesin olarak reddedilmiştir.

25. Başvurucunun daha sonraki tarihlerde üçüncü ve dördüncü defa bu konuda yaptığı itirazlar, İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 2/10/2014 tarihli ve 2014/1503 Değişik İş ile İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 7/11/2014 tarihli ve 2014/2450 Değişik İş sayılı kararlarıyla benzer gerekçelerle kesin olarak reddedilmiştir.

26. Başvurucu, 5/12/2014 tarihinde İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 18/9/2014 tarihli kararına (bkz. § 22) karşı ikinci kez Anayasa Mahkemesine, süresi içinde ve tedbir talepli olarak bireysel başvuruda bulunmuştur. Anılan başvuru 2014/19101 bireysel başvuru numarası ile kayda alınmıştır.

27. Başvurucunun sınır dışı edilme işlemine yönelik tedbir kararı verilmesi istemi, Anayasa Mahkemesinin 10/12/2014 tarihli kararı ile "*başvurucunun ya-*

şamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike olduğu iddiasının bu aşamada ciddi bulunması ve uluslararası bir ilke durumunda bulunan non-refoulment ilkesinin işlerliğinin sağlanması amacıyla, 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi gereğince" kabul edilmiş ve yeniden bir karar verilinceye kadar sınır dışı etme işleminin uygulanmamasına hükmedilmiştir.

28. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen tedbir kararından sonra idari gözetim altında bulundurulmasına ilişkin karara karşı başvurucunun yaptığı itiraz İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 31/12/2014 tarihli ve 2014/3324 Değişik İş sayılı kararı ile kabul edilmiş ve başvurucunun gözetim altında tutulmasına 6/1/2015 tarihinde son verilmiştir. Anılan kararın gerekçesi şöyledir:

". GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

İstanbul Valiliği İl Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesi›ne mahkememizce yazılan müzekkereye verilen 29.12.2014 tarih - 47909374.52645(41261)S1-2014/124024 sayılı cevap yazısında; adı geçen şahıs hakkında ‹Terör Örgütüne Üye Olmak› suçu ile ilgili işlem yapıldığının, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu›nun Sınırdışı Etme Kararı Alınacaklar başlığının 54. Maddesinin (b) bendine istinaden sınırdışı etme kararı verildiğinin, 57/3. Maddesinde ‹ Geri Gönderme Merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez. Ancak bu süre sınırdışı etme işlemlerinin yabancının işbirliği yapmaması, veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanmaması halinde en fazla altı ay daha uzatılabilir' hükmü gereğince 1 ay süreyle idari gözetim kararı verildiğinin bildirildiği görülmüştür.

Dosya ve deliller bir bütün olarak değerlendirildiğinde; Anayasa Mahkemesinin 2014/19101 ve 10.12.2014 tarihli kararı ile sınırdışı işleminin fiilen uygulanmaması kararı verilmiş olup bu durumda idari gözetim kararı işlevsiz hale geldiğinden talebinin kabulüne ve adı geçen şahıs hakkında verilmiş idari gözetim kararının 6458 Sayılı Kanunun 57/6 madde ve fıkrası hükmüne göre kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur."

29. Başvurucu, tahliye işlemi (bkz. § 28) sonrasında bu işleme karşı 5/2/2015 tarihinde -süresi içinde- üçüncü kez Anayasa Mahkemesine tedbir talepli olarak bireysel başvuruda bulunmuştur. Anılan başvuru 2015/2243 bireysel başvuru numarası ile kayda alınmıştır.

B. İlgili Hukuk

30. 6458 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (d) ve (r) bentleri, 4. maddesi, 53. maddesinin (3) numaralı fıkrası, 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi ve (2) numaralı fıkrası ile 55. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi şöyledir:

«Tanımlar

MADDE 3

...

d) Başvuru sahibi: Uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş olan kişiyi,

...

r) Uluslararası koruma: Mülteci, şartlı mülteci veya ikincil koruma statüsünü,

...”

“Geri gönderme yasağı

MADDE 4

(1) Bu Kanun kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.”

“MADDE 53

...

(3) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.»

“MADDE 54

(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:

...

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar

...

(2) Başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğunda

veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabilir."

"MADDE 55

1) 54 üncü madde kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz:

a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar"

31. 6458 sayılı Kanun'un "*Sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi*" başlıklı 57. maddesi şöyledir:

"(1) 54 üncü madde kapsamındaki yabancılar, kolluk tarafından yakalanmaları hâlinde, haklarında karar verilmek üzere derhâl valiliğe bildirilir. Bu kişilerden, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkında, sınır dışı etme kararı valilik tarafından alınır. Değerlendirme ve karar süresi kırk sekiz saati geçemez.

(2) Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür.

(3) Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez. Ancak bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancının iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir.

(4) İdari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı, valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirilir. Gerek görüldüğünde, otuz günlük süre beklenilmez. İdari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetim derhâl sonlandırılır. Bu yabancılara, belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir.

(5) İdari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçları, gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Aynı zamanda, idari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa, kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.

(6) İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Dilekçenin idareye verilmesi hâlinde, dilekçe yetkili sulh ceza hâkimine derhâl ulaştırılır. Sulh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırır. Sulh ceza hâkiminin kararı kesindir. İdari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatı, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurabilir.

(7) İdari gözetim işlemine karşı yargı yoluna başvuranlardan, avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayanlara, talepleri hâlinde 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanır."

32. 6458 sayılı Kanun'un 125. maddesi uyarınca 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe giren aynı Kanun'un "*Geri gönderme merkezleri*" başlıklı 58. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

«İdari gözetime alınan yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar.»

33. 22/10/2014 tarihli ve 29153 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Bu Yönetmelik kapsamında hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.

(2) Genel Müdürlük, ilgili mevzuata göre ülkemizden gönderilmesi gerektiği halde, birinci fıkra kapsamında ülkemizden gönderilemeyecekler hakkında idari tedbirler alabilir."

34. Anılan Yönetmeliğin geçici 1. maddesi şöyledir:

"(1) 28/4/2011 tarihinden itibaren Suriye Arap Cumhuriyeti'nde meydana gelen olaylar sebebiyle geçici koruma amacıyla Suriye Arap Cumhuriyeti'nden kitlesel veya bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ile vatansızlar ve mü1teciler, uluslararası koruma başvurusunda bulunmuş olsalar dahi geçici koruma altına alınırlar. Geçici korumanın uygulandığı süre içinde, bireysel uluslararası koruma başvuruları işleme konulmaz.

(2)Birinci fıkrada belirtilen yabancılardan 28/4/2011 tarihinden önce uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar, talepleri halinde geçici koruma altına alınırlar.

(3)28/4/2011 tarihinden itibaren ikamet izni almış ancak süresi uzatılmamış ya da ikamet izni iptal edilmiş olanlar ile vize süresi veya muafiyeti sonunda koruma talep

edenler, 8 inci madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla geçici koruma kapsamına alınırlar. Bunlardan koruma talep etmeyenler hakkında ise genel hükümler uygulanır.

(4) Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen kimlik belgeleri, 22 nci maddede belirtilen geçici koruma kimlik belgesi düzenleninceye kadar geçici koruma kimlik belgesi yerine geçer. Bu belge sahiplerine, 5490 sayılı Kanun kapsammda yabancı kimlik numarası verilebilir.

(5) Birinci fıkrada belirtilen yabancılar hariç üçüncü ülke vatandaşlarının, Suriye Arap Cumhuriyeti'nden ülkemize girişleri ve ülkemizden Suriye Arap Cumhuriyeti'ne çıkış işlemleri sınır kapılarından genel hükümler çerçevesinde yapılır."

35. 6458 sayılı Kanun'un 124. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile yürürlükten kaldırılan 15/7/1950 tarihli ve 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un (YİSHK) 17. ve 23. maddeleri şöyledir:

"Madde 17 - Siyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancılar ancak İçişleri Bakanlığınca müsaade olunacak yerlerde ikamet edebilirler."

"Madde 23 - Memleket dışına çıkartılmalarına karar verilipte pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye'yi terkedemiyenler İçişleri Bakanlığının göstereceği yerde oturmağa mecburdurlar."

36. 28/7/1951 tarihinde imzalanan, 5/9/1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin "*Sınır dışı veya iade etme yasağı*" kenar başlıklı 33. maddesi şöyledir:

"1. Hiçbir Âkıd Devlet bir mülteciyi, ırkı, dini, vatandaşlığı, muayyen bir içtimai zümreye mensubiyeti veya siyasî fikirleri dolayısiyle hayat veya hürriyetinin tehdit edileceği ülkelerin hudutlarından her ne şekilde olursa olsun sınır dışı veya iade edemez.

2. Bununla beraber, bulunduğu memleketin emniyeti için tehlikeli sayılması hususunda ciddi sebepler mevcut olan, veya bilhassa vahim bir cürümden dolayı katileşmiş bir hükümle mahkûm olduğu için mezkûr memleket topluluğu için bir tehlike teşkil eden bir mülteci işbu hükümden istifadeyi talep edemez."

37. 13/12/1955 tarihinde imzalanan, 12/4/1989 tarihli ve 3527 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunan Avrupa İkamet Sözleşmesi'nin 3. maddesi şöyledir:

"1. Âkit Taraflardan birinin, diğer Âkit ülkesinde yasal olarak ikamet eden uyrukları ancak milli güvenliği tehdit ettikleri veya kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı davrandıkları takdirde sınırdışı edilebilirler.

2. Âkit Taraflardan birinin, diğer herhangi bir Âkit Taraf ülkesinde yasal olarak iki yıldan fazla bir süredir ikamet etmekte olan uyruğu; milli güvenlik açısından kesin zorunluk yoksa, kendisi hakkındaki sınırdışı kararına karşı itirazda bulunmasına ve bu amaçla yetkili makama veya yetkili makamca özel olarak belirlenmiş kişi veya kişilere başvurmasına ve bu organlar önünde temsil olunmasına müsaade edilmeksizin sınırdışı edilemez.

3. Âkit Taraflardan birinin, diğer bir Âkit Taraf ülkesinde on yıldan fazla bir süredir ikamet eden uyrukları, yalnızca milli güvenlik nedeniyle veya bu maddenin birinci bendinde zikredilen diğer nedenlerin, özellikle ciddi bir nitelikte olması hallerinde sınırdışı edilebilir."

38. Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 13. maddesi şöyledir:

«Bu Sözleşme›ye Taraf Devletlerden birinin ülkesinde yasal olarak bulunan bir yabancı, bu ülkeden ancak yasalara uygun olarak verilmiş bir karar uyarınca sınırdışı edilebilir ve ulusal güvenlik bakımından zorunlu nedenler aksini gerektirmedikçe, sınırdışı edilmesine karşı nedenler ileri sürmesine ve durumunun yetkili makamlar ya da yetkili makamlarca özel olarak atanmış kişi ya da kişilerce yeniden gözden geçirilmesine ve bu amaçla yetkili merciler önünde temsil edilmesine izin verilecektir.»

39. Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin (CPT) konu hakkında kabul ettiği standartların (CPT/Inf/E (2002) 1- Rev. 2010, bkz. *http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-standards.pdf*) ilgili kısımları şöyledir:

"48. Açık havada egzersiz yapma konusunun üzerinde özellikle durulmalıdır. Mahkumların (tercihen genel bir faaliyet programının bir parçası olarak) her gün açık havada en az bir saat egzersiz yapabilmesi şartı, temel bir önlem olarak genel kabul görmüştür. CPT, istisnasız bütün mahkumlara (ceza olarak hücre hapsinde olanlar dahil) her gün açık havada egzersiz yapma imkanı verilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir. Açık havada egzersiz yapılacak yerlerin makul büyüklükte ve mümkün olduğunca kötü hava şartlarında koruma sağlayacak biçimde olması gerektiği barizdir.

...

29. CPT'nin bakış açısına göre, kişileri yabancılar mevzuatına göre uzun süreli olarak özgürlüklerinden mahrum bırakmanın gerekli görüldüğü hallerde, bu kişiler özellikle bu amaç için hazırlanmış, hukuki durumlarına uygun bir programa, fiziki koşullara ve uygun nitelikli personele sahip merkezlerde tutulmalıdır. .

Bu tür merkezlerin yeterli donanıma sahip, temiz ve bakımlı olması ve orada kalan kişilere yeterli yaşama alanı sağlaması önemlidir. Ayrıca cezaevi ortamı olduğu izleniminin mümkün olduğu kadar önlenmesi için, mekan düzenlemesine özen gösterilmelidir. Program faaliyetlerine gelince, açık havada egzersiz, gün içinde zaman geçirilebilecek bir odaya, radyo/televizyona, gazete/dergilere ve diğer uygun dinlenme yollarına (örn. kutu oyunlarına, pinpon masalarına) erişimi içermelidir. Bu kişilerin tutuldukları süre ne kadar uzun olursa, onlara sunulan faaliyetler de o kadar kapsamlı olmalıdır.

...

79. Yasa dışı göçmenlere uygulanacak tutukluluk durumu, onların özgürlüklerinin kısıtlanmasının doğasını yansıtıcı, sınırlı kısıtlamalar içeren ve çeşitlendirilmiş etkinlik rejiminden oluşmalıdır. Örneğin, özgürlükten yoksun kılınmış yasa dışı sığınmacılar . tutuldukları kurum içindeki hareket sebestlikleri mümkün olduğunca az sınırlandırılmalıdır."

40. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı kararıyla kabul edilen Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler'in 1. ve 4. maddeleri şöyledir:

"Madde 1- İnsani tarzda muamele yükümlülüğü

Her hangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen bir kimse, insaniyetin ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygının gerektirdiği bir biçimde muamele görür."

"Madde 4- Tutmanın ve diğer tedbirlerin yargısal denetimi

Her türlü tutma veya hapsetme kararı ve tutulan veya hapsedilen bir kimsenin insan haklarını her hangi bir biçimde etkileyen bütün tedbirlere yargısal veya diğer bir makam tarafından karar verilir veya bu tedbirler bu makamların etkili denetimine tabi tutulur."

41. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesinin (UNCHR EXCOM) "*Mültecilerin ve Sığınmacıların Alıkonulması*" konulu 44 No. lu kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Yürütme Komisyonu, Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1951 Sözleşmesi'nin 31. maddesi'ni hatırlatarak

...

(f)Mültecilerin ve sığınmacıların alıkonma koşullarının insani olması gerektiğini vurgulamıştır. Özellikle, mülteciler ve sığınmacılar mümkünse, adi suçlu olarak

tutulmakta olan kişilerin yanında tutulmayacak ve fiziksel güvenliklerinin tehlike altında olduğu yerlerde bulundurulmayacaktır."

42. Türkiye İnsan Hakları Kurumu (İHK) tarafından Kumkapı GGM hakkında Kasım 2014 tarihli İstanbul Geri Gönderme Merkezi Raporu yayımlanmıştır. Rapora esas ziyaret tarihi 2/5/2014 olup başvurucunun Kumkapı GGM'ye alındığı tarih olan 26/4/2014'ten yaklaşık bir hafta sonra gerçekleşmiştir. İHK'nın internet adresinde de yayımlanmış olan raporda (bkz.*http://www.tihk.gov.tr/www/files/5476057c62b42.pdf*), Kumkapı GGM'nin özellikleri ve bu Merkezde kalanlara sunulan hizmetlere ilişkin ayrıntılı bilgi yer almaktadır.

43. Anılan raporda yer alan ve başvuru açısından dikkate alınması gereken bazı bilgiler şöyledir:

"A. MERKEZ YETKİLİLERİNDEN ALINAN BİLGİLER:

13. İstanbul Geri Gönderme Merkezinde, 02.05.2014 tarihi itibarıyla 350 kişi kalmaktadır. 28.04.2014 tarihinde, merkezde tutulan kişi sayısı 228 erkek, 149 kadın ve 7 çocuk olmak üzere toplam 384'tür.

-Merkeze günde ortalama 30-40 kişi gelmekte, aynı miktarda kişi de çıkmaktadır.

-Kişi ülkesine dönmek istemiyorsa ve başvuru yapmışsa iltica prosedürü ortalama 3-4 ay sürmektedir.

- Büyükşehir Belediyesine bağlı Sağlık A.Ş. tarafından iki ayda bir genel temizlik yapılmaktadır. Koğuş temizliği alıkonanlarca yapılmaktadır.

-Haftada bir perşembe günleri doktor gelmektedir. Hastaların ilaçları temin edilmektedir.

- Merkezde 08.00-17.00 saatleri arasında çalışan hemşire mevcuttur. Acil durumlarda 24 saat ambulans gelmektedir.

-Yemek için günlük iaşe bedeli 9 TL olup, yemek, ihaleyi kazanan firma tarafından verilmektedir. Bu bedel İstanbul şartlarında yetersiz kalmaktadır. Öğlen ve akşam yemeğinde sıcak yemek verilmekte ve aylık kalori hesabı dikkate alınmaktadır.

-Havaların iyi olduğu mevsimlerde, saat 17.00'den sonra kişiler havalandırmaya çıkmaktadırlar, ancak kış mevsiminde hasta olmamaları için havalandırmaya çıkartılmamaktadırlar. Bahçe, emniyetten gelen kişiler ve giriş çıkış yapan araçlar için kullanılmaktadır.

...

B. MERKEZDE TUTULAN KİŞİLERDEN ALINAN BİLGİLER

14. İdarenin kullandığı birimlerden demir kapılarla ayrılan mekânda, koğuşlar(üniteler) bulunmaktadır. Koğuş kapıları açıktır. Genel olarak koğuşların bulunduğu mekânın çok pis, bakımsız ve kalabalık olduğu, kadınların kendi çamaşırlarını ellerinde yıkadıkları, yataklarda nevresim ve yastık olmadığı gözlemlenmiştir. Koridor ve yemekhane olarak kullanılan büyük bir salon bulunmaktadır. Koridorda üç adet spor aleti mevcuttur.

C. YAPILAN GÖZLEM VE DEĞERLENDİRMELER

1. Merkezde Tutulanların Açık Havaya Çıkartılmaması

...

16. Merkez Müdürü, yapılan görüşme sırasında, gözetim altındakilerin binanın bahçesinde hava alma imkânını hafta içinde saat 17.00'den sonra günde 45 dakika, hafta sonlarında ise günde 2-3 saat sağlamaya çalıştıklarını, kış aylarında ise soğuktan hastalanabilecekleri endişesiyle açık havaya çıkış izni vermediklerini, zaten gözetim altındakilerin de soğuk nedeniyle çıkmak istemediklerini ifade etmiştir. Ayrıca, Müdür, binada tutulanların güvenli bir şekilde hava alabilecekleri bir mekânın da bulunmadığını ifade etmiştir.

17. İnceleme esnasında görüşülenler ise, belirtilen şekilde hava alma imkânı verilmediğini beyan etmişlerdir. Ziyaret, Mayıs ayında gerçekleşmiştir. Kadın koğuşunda görüşülenler en son iki hafta önce bahçeye çıkartılmıştır. Üç ya da dört aydan beri Merkez'de olduğunu ancak bütün bu süre boyunca sadece iki defa dışarı çıktığını beyan eden ve bir yaşında bebeği bulunan kişiler bulunmaktadır.

...

21. TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun 2012 tarihli raporuna göre de, ". havalandırmaya çıkarılması halinde kaçma şüphesi olacağından dolayı yasadışı göçmenlerin havalandırılma imkanı sunulmayan bir yerde barındırılması uygun görülmemiştir." Raporda, "personel yetersizliği nedeniyle haftanın sadece bir günü kısa süre"yle çıkarılmanın yetersiz olduğu, havalandırmaya çıkmanın yaşam hakkının bir uzantısı olduğu ve haftanın her günü diledikleri zaman yararlanmalarının sağlanması gerektiği" ifade edilmiştir...

23. Buna karşın Merkezde tutulanların bahçeye çıkartılmamalarının ana gerekçesi, yetkililerin "bahçede araç çıkışı olduğu ve güvenlik sağlanamayacağı" ve "kış aylarında çıkartırlarsa hasta olacakları" iddiasıdır.. Merkezin bulunduğu yer itibarıyla mesai saatleri içinde araçların durmasına izin verilmediği ve bu nedenle de park yeri olarak bahçeye ihtiyaç duyulduğu dile getirilmiştir.

24. Merkez yetkilileri bahçeye çıkarılmama konusunda, bahçede güvenlik sorunu olmasını gerekçe göstermektedir. Bahçenin, merkeze gelen araçların giriş çıkışı ve araçların park etmesi için ayrıldığı, bu nedenle kişilerin bahçeye çıkartılmadığı, aksi durumda kaçışlar olabileceği ifade edilmektedir.

...

2. Merkezde Kapasitenin Çok Üstünde Kişinin Barınması

...

29. İstanbul Geri Gönderme Merkezinin normal kapasitesi, 200 erkek, 100 kadın olmak üzere toplam 300 kişidir. Merkezde, incelemenin yapıldığı haftanın ilk günü, 384 kişinin kaldığı tespit edilmiştir. Sivil toplum kuruluşları da, genel olarak 400 ile 500 arasında kişinin tutulduğunu beyan etmişlerdir.

30. 64 metrekarelik bir alanda 40 kişi kalmaktadır. Koğuşlarda yapılan incelemede, ranzaların bitişik nizam şeklinde dizildiği ve mekânın tahammül sınırlarını zorlayacak derece kalabalık olduğu görülmüştür. Ranzalarda yer kalmaması nedeniyle, bazı kişilerin yere battaniye sererek yattığı görülmüştür.

...

31. ... Geri Gönderme Merkezinde 300 kişilik kapasitede bile bir kişiye yaklaşık 3 m2 alan düşmektedir. Bu sonuç CPT standartlarının yarısından daha azına denk gelmektedir. Kaldı ki, ortalama 400-500 kişi civarında kişi kalmaktadır. Dolayısıyla CPT tarafından öngörülen (her bir tutuklu veya hükümlü için asgari 7 m2'lik alan) standardının çok altında olduğu konusunda kuşku yoktur. (CPT standartları, Bkz. CPT/Inf (92)3 §43 http://www.cpt.coe.int/turkish.htm) Nitekim bu konu AİHM'nin Yarashonen Kararında değerlendirilmiş olup "Meclis raporunda tespit edilen 297 erkek tutulan olduğu dikkate alındığında, ayrılan yerin 2.27 m2 olup sadece bu durumun tek başına 3. maddenin ihlali niteliğinde olduğu" ifade edilmiştir(Dipnot 5)."

44. AİHM'in *Yarashonen/Türkiye* (B. No: 72710/11, 24/6/2014, § 18) kararında Türk Hükûmetinin Kumkapı GGM›ye ilişkin verdiği bilgiler şu şekilde özetlenmiştir:

"Hükümet, başvuranın tutulduğu Kumkapı Geri Gönderme Merkezinin 300 kişilik kapasiteye sahip olduğunu ileri sürmüştür. Tutulan kişiler üç katta barındırılmaktadır. İlk iki kat tutulan erkeklere, üçüncü kat ise kadınlara ayrılmıştır. Her katta sırasıyla 50, 58, 69, 76 ve 84 metrekare büyüklüğünde beş yatakhane bulunmaktadır. Tutulan erkeklere ayrılan on odanın her birinde on beş ile yirmi arasında yatak bulunmaktadır ve tüm odalar yeterince havalandırılmaktadır. Ayrıca her katta beş duş ve altı tuvaletin yanı sıra kahvaltı, öğle ve akşam yemeğinin hergün

tüm katlarda servis edildiği 69 metrekarelik bir kafeterya bulunmaktadır. Tutulan kişilerin uygun hava koşulları mevcut olduğunda açık hava egzersizi yapma hakkı bulunmaktadır. Her perşembe günü bir doktor müessesede hazır olmakta ve tutulan kişilerin ayrıca acil durumlarda tıbbi tedaviye erişimi mümkün bulunmaktadır. Tesisteki hijyene gelince, geri gönderme merkezinde tam zamanlı çalışan altı temizlik görevlisi bulunmakta ve bina gerekli olduğu zaman dezenfekte edilmektedir."

45. TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu tarafından 2012 yılı Mayıs ayında Kumkapı GGM'ye resmî bir ziyaret gerçekleştirilmiştir. Ziyaret sonrasında yazılan raporda, Merkez kapasitesinin 300 kişi olduğunun bildirildiği, inceleme sırasında Merkezde 291 erkek, 97 kadın ve 7 çocuk, toplam 395 kişinin tutulduğu bilgisine yer verilmiştir.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

46. Mahkemenin 11/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 11/8/2014 tarihli ve 2014/13044 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

47. Suriye vatandaşı olan ve ilk iki başvuru tarihi itibarıyla Kumkapı GGM'de idari gözetim altında tutulu bulunan başvurucu, terör örgütü üyesi olduğu yönündeki istihbari bilgiye dayalı olarak sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alındığını, hakkındaki sınır dışı edilme işlemine karşı açılan davanın İlk Derece Mahkemesince kesin olarak reddedilmesi nedeniyle sınır dışı edilebilecek kişi durumuna geldiğini, yargılamada idarenin savunması üzerinden hüküm kurulması yoluna gidildiğini, hakkında yapılan ceza soruşturması neticesinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği hâlde Derece Mahkemesince bu durumun dikkate alınmadığını, uluslararası koruma başvurusunda bulunmasına ve geçici koruma statüsüne alınmasına rağmen hukuksuz şekilde idari gözetim altında tutulmaya devam edildiğini, sınır dışı edilmesi hâlinde öldürülme, işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunduğunu, geri gönderme merkezinde maddi ve manevi bütünlüğünü ihlal edecek biçimde, insan onuruna yakışmayan koşullar altında tutulduğunu belirterek yaşam hakkının, işkence ve eziyet yasağının, mülkiyet hakkının, hak arama hürriyetinin ve özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 73. maddesi uyarınca tedbir kararı verilmesi ve tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

48. Başvurucunun hukuki tavsifi ile bağlı olmayan Anayasa Mahkemesince değerlendirme Anayasa'nın 17. ve 19. maddelerinde güvence altına alınan ya-

şam hakkı, işkence ve eziyet yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ve bu haklarla bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı kapsamında yapılmıştır.

1. Sınır Dışı Edilmesi Durumunda Öldürülme, İşkence ve Kötü Muameleye Tabi Tutulma Riskinin Bulunması Nedeniyle Anayasa'nın 17. Maddesinin İhlal Edildiği İddiası

49. Başvurucu 2011 yılından bu yana karışıklıklar yaşanan Suriye'ye sınır dışı edilmesi kararının uygulanması durumunda, öldürülme, işkence ve zulme maruz kalma riski bulunduğunu ileri sürmektedir.

50. Bakanlık görüşünde, bu bölümde ileri sürülen iddialarla ilgili AİHM kararlarına göndermede bulunarak, Sözleşme'ye taraf ülkelerin; yabancıların ülkeye girişleri, ülkede kalmaları ve sınır dışı edilmelerini denetleme hakkı bulunduğu, siyasal sığınma hakkının Sözleşme veya Protokollerde yer almadığı, kural olarak bir Sözleşmeci Devletin, bir yabancıyı ülkeye kabul etmeme, hukuka aykırı olarak ülkeye girmiş olan veya ülkede kalmaya çalışan bir yabancıyı sınır dışı etme veya bulunduğu ülkede suç işlemiş kişiyi geri gönderme; başka bir ülkede suç işlemiş bir yabancıyı o ülkeye geri verme yetkisinin bulunduğu, bununla birlikte devletin bu yetkilerinin, insan haklarını ihlal etme riskiyle sınırlı olduğu, 1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 3. maddesinin, "*bir kimsenin diğer bir devlette işkence tehlikesine maruz kalacağına inanmak için esaslı sebeplerin bulunması halinde, Sözleşmeci Devletin bu kimseyi sınır dışı etmesini, geri göndermesini veya geri vermesini*" yasakladığı, AİHM'in bir kişinin sınır dışı edilmesi hâlinde Sözleşmenin 3. maddesiyle ters düşecek bir muameleye maruz kalma riskiyle karşı karşıya olduğuna inanmak için esaslı nedenler gösterildiği takdirde, söz konusu devletin Sözleşme kapsamında yükümlülüğünün doğabileceğini, böyle bir durumda, Sözleşmenin 3. maddesinin ilgili kişiyi o ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğünü getirdiğini kabul ettiği ifade edilmiştir.

51. Bakanlık görüşünde somut olayla ilgili olarak Suriye'de 15/3/2011 tarihinde başlayan halk ayaklanmasının geçen süre zarfında iç savaşa dönüştüğü, ortaya çıkan istikrarsızlığın Suriyelilerin güvenli bölgeler arayışı içinde zorunlu göçe maruz kalmalarına neden olduğu, Suriyelilerin durumuna ilişkin olarak İçişleri Bakanlığı tarafından yürürlüğe konulan 30/3/2012 tarihli ve 62 sayılı Türkiye'ye Toplu Sığınma Amacıyla Gelen Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşlarının ve Suriye Arap Cumhuriyetinde İkamet Eden Vatansız Kişilerin Kabulüne ve Barındırılmasına İlişkin Yönerge ile Suriyelilerin geçici koruma altında olduklarının kabul edildiği, 6458 sayılı Kanun ve bu Kanun'un 91. maddesine istinaden çıkartılan 13/10/2014 tarihli Geçici Koruma

Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesi uyarınca Suriye Arap Cumhuriyeti'nden 28/4/2011 tarihinden bu yana ülkemize gelen kişilerin statüsünün yasal zemine oturtulduğu, buna göre geçici koruma altında bulunan Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşları ve Suriye Arap Cumhuriyeti'nde ikamet eden vatansız kişilerin sınır dışı edilemeyeceği ancak bu kişilerin bireysel uluslararası koruma başvurularının da işleme konulmayacağı; diğer yandan başvurucunun, tutulduğu süre içerisinde İstanbul Valiliğine, sığınmacı olarak kabulü hususunda 25/6/2014 tarihinde başvuru yaptığı ancak olumlu veya olumsuz bir cevap alamadığını ileri sürdüğü, başvurucunun bu iddiasını, hakkındaki sınır dışı etme işleminin iptali için açtığı davada İstanbul 1. İdare Mahkemesine de bildirdiği, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin iptal talebinin reddine karar verdiği ancak Mahkemece başvurucunun hukuki statüsü (geçici koruma altında olma veya sığınmacı) hakkında araştırma ve değerlendirme yapılmadığının gözlemlendiği ifade edilmiştir.

52. 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 ihmalinden dolayı başvurucunun "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihlalden dolayı kişinin "kişisel olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin "mağdur" olduğunu ileri sürmesidir (*Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42).

53. 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. 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 (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 84).

54. Bu çerçevede, hakkında sınır dışı edilmesi kararı verilen kişiler açısından söz konusu kararın uygulanma kabiliyeti ortadan kalkmış ise artık bu kişilerin mağdur sıfatının devam ettiğinden söz edilemeyecektir. Mağdur statüsünün varlığı için bu kişilerin sınır dışı edilmiş ya da doğrudan sınır dışı edilme riski altında olmaları gerekmektedir. Bu nedenle geri alınmış, geçici ya da sürekli olarak uygulanma kabiliyeti bulunmayan sınır dışı etme işlemleri nedeniyle bir kişinin mağdur olduğundan söz edilemez. Bir sınır dışı etme veya

iade işleminin icrasının belirsiz olması veya hukuki geçerliliğini yitirmesi durumunda da aynı sonuca ulaşılması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *A. D. ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 22681/09, 22/7/2014, §§ 79-80).

55. Başvuru konusu olayda başvurucu hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş ve başvurucunun bu karara karşı idare mahkemesine yaptığı başvuru reddedilmiş olmakla birlikte, Bakanlık görüşünde de belirtildiği üzere, başvurucu 25/6/2014 tarihinde İstanbul Valiliğine uluslararası koruma (mültecilik) başvurusunda bulunmuş ancak bu başvurusu karara bağlanmamıştır. Diğer yandan 22/10/2014 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesi uyarınca Suriye Arap Cumhuriyeti'nden 28/4/2011 tarihinden sonra Türkiye'ye gelen kişilerin geçici koruma altına alındığı, bu kişilerin sınır dışı edilemeyeceği ancak bu kişilerin bireysel uluslararası koruma başvurularının da işleme konulmayacağı kurala bağlanmıştır. Başvurucunun sınır dışı etme işleminin iptali için açtığı davada, İstanbul 1. İdare Mahkemesinin iptal talebinin reddine karar verdiği ancak bu kararda başvurucunun geçici koruma statüsü veya uluslararası koruma başvurusu sahibi olma şeklindeki hukuki durumu hakkında araştırma ve değerlendirme yapılmadığı görülmektedir.

56. 6458 sayılı Kanun'un kabul ettiği sistematik dâhilinde başvurucu, ilk olarak uluslararası koruma başvurusunda bulunduğu 25/6/2014 tarihinden itibaren anılan Kanun'un 54. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereği başvuru sahibi statüsünde bulunmakta olup aynı fıkra gereğince hakkında "*sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduğuna dair ciddi emareler bulunduğunda veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymesi*" hâlinde sınır dışı etme kararı alınabilecektir (bkz. § 30). Suriye uyruklu olan başvurucu, 22/10/2014 tarihinde yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği'nin geçici 1. maddesi uyarınca geçici koruma statüsüne girmiş, kendisinin sınır dışı edilemeyeceği ve bireysel uluslararası koruma başvurusunun da işleme konulmayacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır. Başvurucunun hukuki statüsünde meydana gelen bu değişikliklerin, başvurucunun 54. maddenin (d) bendi uyarınca ilk olarak hakkında sınır dışı kararı verilmesine ve idari gözetim altına alınmasına gerekçe olarak kabul edilen *"kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturması"* gerekçesiyle sınır dışı edilmesini ve dolayısıyla buna bağlı olarak idari gözetim altında tutulmasını ne şekilde etkilediğinin belirlenmesi gerekmektedir. İdare mahkemesinin sınır dışı edilmesi işlemine karşı açılan davada başvurucunun işlem tarihindeki hukuki durumunu dikkate alarak -nihai karar sonrası başvurucunun dâhil olduğu geçici koruma statüsü dikkate alınmaksızın- verdiği kararın ve yine sulh ceza hâkimliklerinin idari gözetim kararına karşı yapılan itiraz başvurularında verdikleri kararların; başvurucunun 6458 sa-

yılı Kanun anlamında, şu anda içinde bulunduğu hukuki durum hakkında belirleyici bir etkileri bulunmamaktadır.

57. Geçici Koruma Yönetmeliği, "geçici koruma"yı ülkesinden ayrılmaya zorlanmış, ayrıldığı ülkeye geri dönemeyen, acil ve geçici koruma bulmak amacıyla kitlesel olarak veya bu kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve uluslararası koruma talebi bireysel olarak değerlendirmeye alınamayan yabancılara sağlanan koruma olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda Türkiye, uluslararası hukuk ve teamüller çerçevesinde Suriye uyruklu yabancılara geçici korumanın aşağıda belirtilen üç temel unsurunu yerine getirerek "geçici koruma" sağlamaktadır: 1. Açık sınır politikası ile ülke topraklarına koşulsuz kabul 2. Geri göndermeme ilkesinin istisnasız uygulanması 3. Gelen kişilerin temel ihtiyaçlarının karşılanması.

58. Birleşmiş Milletler (BM) Mülteciler Yüksek Komiserliği, Türkiye Hükûmeti tarafından yürürlüğe konulan geçici koruma rejiminin bir parçası olarak uluslararası koruma arayan Suriyelilerin, Suriye'den gelen mültecilerin ve vatansız kişilerin Türkiye'ye kabul edildiğini ve istekleri dışında Suriye'ye geri gönderilmeyeceklerini kabul etmektedir.

59. Yukarıda yer verilen tespitler karşısında, son olarak 6458 sayılı Kanun'a dayalı olarak çıkarılan Geçici Koruma Yönetmeliği ile güvenceleri belirlenen geçici koruma statüsünde bulunan başvurucu hakkında uygulanmış veya güncel olarak uygulanma durumu bulunan bir sınır dışı etme kararından söz edilemeyeceği, kendisinin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla yaşam hakkını ya da işkence ve eziyet yasağını ihlal edebilecek bir muameleye maruz kalabilecek olması nedeniyle bu hakların ihlali iddiaları açısından mağdur sıfatının bulunduğunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

60. Nitekim başvurucu hakkında, Anayasa Mahkemesinin verdiği tedbir kararı sonrasında, başvurucunun idari gözetim kararına itiraz başvurusunda İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliği, 31/12/2014 tarihli kararıyla başvurucunun idari gözetim altında bulunma hâlinin sonlandırılmasına ve sınır dışı işlemleri derhâl yapılamıyorsa salıverilmesine karar vermiş ve bu karar doğrultusunda başvurucu, 15 günde bir imzaya gelmesi tebellüğ ettirilerek 6/1/2014 tarihinde salıverilmiştir.

61. Açıklanan nedenlerle başvurucunun sınır dışı etme işlemi nedeniyle yaşam hakkı ile işkence ve eziyet yasağının ihlal edildiği iddialarının, mağdur sıfatının bulunmamasına bağlı olarak *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Sınır Dışı Edilmek Üzere İdari Gözetim Altında Tutulduğu Yerin Koşullarının Elverişsizliği Nedeniyle Anayasa'nın 17. ve 40. Maddelerinin İhlal Edildiği İddiaları

62. Başvurucu, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulduğu Kumkapı GGM'de maddi ve manevi bütünlüğünü ihlal edecek biçimde, insan onuruna yakışmayan koşullar altında tutulduğunu, içinde bulunduğu koşullar açısından etkili bir başvuru yolunun bulunmadığını belirterek Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

63. Bakanlık görüşünde, ulusal hukukumuzdaki başvuru yollarının AİHM'in aradığı standartları taşımaması nedeniyle kanun değişikliği yapılarak 6458 sayılı Kanun'un kabul edildiği, anılan Kanun'un 11/4/2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği ancak söz konusu kanun değişikliklerinin şikâyete konu hükümlerinin bir yıl sonra yürürlüğe gireceğinin de aynı Kanun'da belirtildiği; somut olayda başvurucunun, tutulduğu geri gönderme merkezindeki idari gözetimin sona erdirilmesi için 6458 sayılı Kanun kapsamında iki kez sulh ceza mahkemesine başvuru yaptığı, sınır dışı işleminin iptali için de idare mahkemesinde dava açtığı, başvurucunun sunduğu dilekçe içeriğinden, Kumkapı GGM'de kaldığı süredeki kötü yaşam koşullarının değiştirilmesi için ilgili idari merciye başvuru yapmadığının anlaşıldığı ifade edilmiştir.

64. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında, Kumkapı GGM koşulları ile ilgili şikâyetleri için pratikte idareye başvurunun hiçbir faydası bulunmadığını, değişik tarihlerde farklı kişiler için Emniyet Müdürlüğüne yapılan müracaatlardan bir sonuç alınamadığını, kendisi için bu konuda yapılan yazılı ve şifahi başvuruların cevapsız kaldığını, kaldı ki kendisinin GGM'de rızası dışında tutulduğunu, söz konusu koşulların Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olmasından kaynaklanan sorumluluğun kendisine yüklenemeyeceğini, örnek olarak diş rahatsızlığı için vermiş olduğu 30/10/2014 tarihli dilekçeye herhangi bir yanıt alamadığını maruz kaldığı koşullarla ilgili olarak mevzuatta düzenlenmiş etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığını ileri sürmüştür.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

65. Başvurunun bu bölümünde ileri sürülen iddialar açısından başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğine karar verebilmek için Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkının Anayasa'nın 17. maddesi ile bağlantılı olarak esas yönünden incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığı görülen başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Anayasa'nın 17. Maddesi ile Bağlantılı Olarak Anayasa'nın 40. Maddesinde Düzenlenen Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edildiği İddiası

66. Başvurucu, Geri Gönderme Merkezinde maddi ve manevi bütünlüğünü ihlal edecek biçimde, insan onuruna yakışmayan koşullar altında tutulduğunu, bu konudaki şikâyetleri açısından başvurabileceği etkili bir idari ve yargısal başvuru yolunun bulunmadığını ileri sürmektedir.

67. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin korunması*" kenar başlıklı 40. maddesi şöyledir:

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

Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır."

68. Sözleşme'nin "*Etkili başvuru hakkı*" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

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

69. Anayasa'nın 40. maddesi, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama geciktirilmeden başvurma hakkını güvence altına almaktadır.

70. İhlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için öngörülen ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için de tamamının tüketilmiş olması gereken idari ve yargısal başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında, telafi kabiliyetini haiz olmaları ve tüketildiklerinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanımaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmış olması gerekir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, §§ 28, 29).

71. Kişilerin etkili başvuru hakkı açısından sahip oldukları güvencenin kapsamı, ihlal iddiasına konu edilen hakkın niteliğine göre değişmektedir. Fakat genel olarak ifade edilmelidir ki Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca sağlanması gereken başvuru yolunun hem teoride hem de uygulamada ileri sürülen ihlali önleme, ihlal devam etmekte ise sonlandırma veya gerçekleşip sona ermiş ihlallere yönelik olarak da makul bir tazmin imkânı sunma açısından

etkili olması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ananyev ve diğerleri/Rusya*, B. No: 42525/07 ve 60800/08, 10/1/2012, § 96).

72. Ancak ihlal iddiasına konu edilen hak, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan "işkence", "eziyet" veya "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" ceza veya muameleye tabi tutma yasağı olduğunda, Anayasa'nın öngördüğü mutlak yasak gereği, bu haklar açısından sağlanması gereken başvuru yolunun etkili olmasından söz edebilmek için bu yolun ihlali önleyici ve aynı zamanda tamamlayıcı bir unsur olarak makul bir tazmin imkânını sunan bir yol olması gerekmektedir. Aksi takdirde bu tür ihlaller açısından sadece tazmin yollarının öngörülmüş olması, bu tür muamelelere maruz kalan kişilere yapılanları kısmen/zımnen meşrulaştırmış ve devletin tutma koşullarını Anayasa'nın güvence altına aldığı standartlara yükseltme yükümlülüğünü kabul edilemez bir şekilde azaltmış olacaktır. Bu nedenle somut olayda olduğu gibi "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" koşullarda tutulma şikâyetleri açısından ancak tutulma koşullarının iyileştirilmesi/düzeltilmesi ve ayrıca bu koşullardan kaynaklanan zararların tazmin edilmesini sağlayacak bir başvuru yolunun etkililiğinden söz edilebilir. Elbette ki ihlal iddialarına konu yerden ayrılmış olunması durumunda yapılacak başvurular açısından hâlihazırda gerçekleşmiş olan maddi ve manevi zararlara karşılık gelecek nitelikte tazmin yollarının bulunması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ananyev ve diğerleri/Rusya*, § 98).

73. AİHM de Sözleşme tarafından söz konusu hükme atfedilen özel önemin, devlet tarafından tazmin edici bir hukuk yoluna ilaveten bu tür muamelelerin tamamını süratle sona erdirecek etkili bir mekanizma kurulmasını gerektirdiğini kabul etmektedir (*Yarashonen/Türkiye*, § 61).

74. Somut olaya bakıldığında başvurucunun ilk iki başvurusunu Kumkapı GGM'de bulunduğu sırada yaptığı, son başvurusunu ise Mahkeme kararı üzerine salıverildikten sonra yaptığı görülmektedir. Bu durumda başvurucu açısından kendisinin sahip olması gereken başvuru yolunun, hem hâlihazırda kötü olduğunu ileri sürdüğü GGM'nin koşullarını iyileştirme hem de bu koşullar nedeniyle uğradığı zararların tazminine imkân sağlar nitelikte olması gerekmektedir.

75. 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinde, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancının, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabileceği; öngörülen bu başvuru yolunda sınır dışı etme işlemine yönelik olarak idare mahkemesinin idari işlemlerin unsurları açısından yapacağı genel denetim dışında, hangi özel hususlar açısından bir inceleme yapacağının bu düzenlemede yer almadığı görülmektedir.

76. 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinde; idari gözetimin devamında zaruret olup olmadığının ilgili valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirileceği, idari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetimin derhâl sonlandırılacağı; idari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçlarının gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edileceği; idari gözetim altına alınan kişi, yasal temsilcisi ya da avukatının idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabileceği, ayrıca idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurabileceği kurala bağlanmıştır.

77. Bahsi geçen yasal düzenlemede, tutulma koşullarının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasına uygunluğu açısından denetleme ve herhangi bir aykırılık tespiti durumunda koşulların düzeltilmesi veya tutulmanın sonlandırmasına imkân sağlayacak, tutulma koşullarının standartlarını belirleyen, bu koşulların kontrolünü, gözden geçirilmesini içeren özel nitelikte bir idari veya yargısal başvuru mekanizmasının öngörülmediği görülmektedir. Yargısal bir başvuru yolu olarak öngörülen sulh ceza hâkimliklerine başvuru yolunun, idari gözetim kararının hukukiliğinin incelenmesine yönelik bir yol olduğu, somut olayda başvurucunun anılan hâkimliklere yaptığı başvurularda da sadece bu yönde bir değerlendirme yapıldığı, başvurucunun tutulma koşullarının kötülüğü açısından başvuru dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar yönünden bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir.

78. Somut olayda, Bakanlık tarafından Kumkapı GGM koşullarının iyileştirilmesine imkân sağlayan idari ve yargısal bir başvuru yolu bulunduğuna dair Anayasa Mahkemesine herhangi bir bilgi sunulmamıştır. Bakanlık görüşünde ayrıca başvurucunun tutulma koşullarının iyileştirilmesi ve tutulmanın sonlandırılması yönündeki yazılı taleplerine karşılık verildiğine ilişkin bir bilgi de yer almamaktadır. Başvurucu ise diş tedavisi hizmetinden yararlanma konusunda idareye ilettiği yazılı ve sözlü talepleri ile ilgili olarak kendisine bir dönüş yapılmadığını, tutulu bulunan diğer kişiler açısından da durumun bu yönde olduğu hususunu Anayasa Mahkemesinin dikkatine sunmuştur. Başvurucu ayrıca idari gözetimin devamında zaruret olup olmadığının ilgili valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirileceğini, devamında zaruret görülmeyen idari gözetimin derhâl sonlandırılacağını öngeren düzenlemenin pratikte uygulanmadığına örnek olarak Emniyet Müdürlüğüne, Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne ve Sulh Ceza Hâkimliğine bu konuda başvurularda bulunmasına (bkz. §§ 21-25) rağmen bir cevap alamadığını göstermiştir. Öte yandan yabancıların geri gönderme merkezlerinde tutulma koşullarının incelemeye tabi olduğu varsayılsa dahi, bu tür koşulların hangi standartlara göre değerlendirileceğinin de açık olmadığı görülmektedir.

79. İHK raporunda bu konuda şu yönde tespitler bulunmaktadır: *".(Y)abancıların geri gönderme merkezinde maruz kaldıkları insan hakları ihlallerini pratikte şikâyet etmeleri mümkün değildir. Başvuruculaların yabancı olması, dil bilmemesi, avukata erişimin zor olması nedeniyle Merkezin yargısal denetimi ve memurlar hakkında yapılan şikâyetler çok az sayıdadır. Merkezde tutulanlar genellikle sınır dışı edildiği için bir daha Türkiye'ye dönmesi oldukça zordur. Bu nedenle, şikâyet konusu olaylar, adli mercilere intikal etmemektedir."*

80. Somut olaydakine benzer iddiaları içeren başvurular AİHM tarafından da inceleme konusu yapılmıştır. AİHM, bu konudaki kararlarında davalı devletin; tutulan bir göçmenin önerilen hukuk yollarından faydalanarak haklarını savunabildiğini yani idare mahkemesine veya idari makama yapılan başvurunun tutulma koşullarının iyileşmesiyle ve/veya olumsuz maddi koşullar nedeniyle yaşanan ıstırap için tazminata hükmedilmesiyle sonuçlandığını gösteren herhangi bir adli veya idari karar ibraz etmediğini, niçin edemediğine ilişkin bir açıklamada da bulunmadığını ifade etmişitir (*Yarashonen/Türkiye*, § 63, *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, B. No: 30471/08, 22/9/2009, § 25).

81. Yapılan bu tespitler karşısında, sınır dışı etmek amacıyla gözetim altında tutulu bulunan başvurucu açısından teoride ve pratikte etkili idari ve yargısal bir başvuru yolunun bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

82. Açıklanan nedenlerle somut olayın özel koşullarında, tutulma koşullarından kaynaklanan Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiaları açısından Anayasa'nın 40. maddesinin öngördüğü etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı ve bu hakkın ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

ii. Kumkapı GGM'de Tutulma Koşullarının Anayasa'nın 17. Maddesini İhlal Ettiği İddiaları

83. Başvurucu; Kumkapı GGM'nin çok kalabalık ve pis olduğunu, zaten sıkışık olan yatakhanelerde hiç yer olmadığı için on iki on üç kişi ile birlikte televizyon odasında kaldığını, burada yere serdikleri sünger üzerinde uyuduğunu, yemeklerin belli bir standardının olmadığını, ilk başta haftada bir kez havalandırmadan yararlanırken son dönemde hiç havalandırmaya çıkamadığını, Merkezde kalan kişilerin sorunlu ve hastalıklı kişiler olduğunu, kendisine zarar vermelerinden veya hastalanmaktan endişe duyduğunu, yeterli tedavi hizmeti verilmediğini, yapılan işlemlere ilişkin yargısal denetimin olmadığını, toplamda sekiz aydan fazla kaldığını, tüm bu koşulların gayriinsani ve onur kırıcı olduğunu ve bu suretle Anayasa'nın 17. ve Sözleşme'nin 3. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir (bkz. § 17).

84. Bakanlık görüşünde bu bölümde ileri sürülen iddialarla ilgili, AİHM kararlarına göndermelerde bulunularak devlet tarafından tutulan kişilerin

tutulduğu ortamın aşırı kalabalık olmasının; ısınma, sağlık, uyku, yemek, dinlenme ve dış dünyayla iletişime yönelik hizmetlerin yetersizliğinin insanlık dışı ya da onur kırıcı muameleye neden olabileceği, tutukluluk koşullarını değerlendirilirken söz konusu koşulların kümülatif etkilerinin göz önüne alınması gerektiği, kötü muamele iddialarının uygun kanıtlarla desteklenmesi gerektiği, AİHM'in Kumkapı GGM'nin koşullarını birçok kez incelemeye konu ettiği, başvurucunun Kumkapı GGM'de tutulduğu koşullar hakkında Bakanlığa iletilen evrakın yeterince bilgi içermediği ayrıca Bakanlığın kendisine verilen süre içinde bu hususta yazışma yapılması yoluna gidemediği, açıklanan nedenlerle başvurucunun tutulduğu koşulların Sözleşme'nin 3. maddesi ve Anayasa'nın 17. maddesine aykırı nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde İçişleri Bakanlığının görüşünün dikkate alınmasının daha uygun olduğu değerlendirmelerine yer verilmiştir.

85. Kumkapı GGM'nin, başvurucunun kaldığı dönemdeki koşulları hakkında Bakanlık ve talep edilmesine karşın İçişleri Bakanlığı tarafından bir bilgi sunulmamıştır. Bununla birlikte yukarıda yer verilen İHK'nın Kasım 2014 tarihli raporunda (bkz. §§ 42, 43) başvurucunun kaldığı döneme denk gelecek şekilde Kumkapı GGM'nin kapasitesi ve kalan kişi sayısı, bu Merkezde kalanlara uygulanan havalandırma rejimi, yine bu merkezde kalanlara sunulan temizlik, sağlık ve gıda temini vb. hizmetlere ilişkin oldukça ayrıntılı bilginin yer aldığı görülmektedir. Anılan raporda, rapora esas ziyareti gerçekleştiren ve raporu hazırlayan heyetin İHK üyeleri ve uzmanlarının yanı sıra konu ile ilgili akademisyen, sivil toplum kuruluşu temsilcisi ve avukatlardan oluştuğu, ziyaret sırasında Göç İdaresi Genel Müdürlüğü yetkilisi ve Merkez Müdürü'nün yanı sıra Merkezde tutulanlarla yalnız görüşmeler yapıldığı, Merkezin genel şartları ve hizmetleri hakkında bilgi alındığı, Merkezde bulunan erkek ve kadın koğuşları başta olmak üzere Merkez ünitelerinin gezildiği ve incelendiği ifade edilmiştir.

86. Anayasa Mahkemesi açısından, bu bölümde incelenecek iddialara ilişkin olarak başvurucunun ileri sürdüğü hususlar ile yukarıda değinilen rapordan elde edilen bulgu ve ulaşılan sonuçlar arasında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte başvurucunun Kumkapı GGM'de kaldığı koşulların değerlendirilmesine imkân sağlayacak düzeyde yeterli maddi ve kanıtlayıcı unsurun bulunduğu değerlendirilmiştir.

Genel İlkeler

87. 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 "in-

san haysiyetiyle bağdaşmayan" ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

88. 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 81).

89. 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 eşiğin aşılıp 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 (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 23). Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile ardındaki saik de eklenebilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 83).

90. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin "işkence" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için anılan fıkrada geçen "eziyet" ve "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 84).

91. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (*Tahir Canan*, § 22). Burada "eziyet"ten faklı olarak kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte, küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 89).

92. Yukarıda değinildiği üzere (bkz. § 89), bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olayın kendi özel koşulları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. 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. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapılıp yapılmadığı dikkate alınsa da böyle bir amacın belirlenememesi, kötü muamele ihlali olmadığı anlamına gelmeyecektir. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele olarak ortaya çıkabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 90).

93. Somut olayda olduğu gibi bir kişinin sınır dışı etme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması mümkündür (*Rıda Boudraa*, B. No: 2013/9673, 21/1/2015, § 73). Bu amaçla idari gözetim altına alınan yabancının tutulduğu yerdeki maddi koşulların Sözleşmenin 3. ve Anayasa'nın 17. maddeleri kapsamına girebilmesi için asgari bir eşiğe ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşiğin değerlendirilmesi ise koşullarla ilgili tüm verilerin, özellikle de muamelenin süresine, fiziksel ya da ruhsal etkilerine ve bazen de mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumuna bağlı olarak yapılmalıdır (*Rıda Boudraa*, § 60; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kafkaris/Kıbrıs*, B. No: 21906/04, 12/2/2008, § 95,*Yarashonen/Türkiye*, § 71)

94. Bir muamelenin "insanlık dışı" olarak nitelendirilebilmesi için bunun tasarlanarak uygulanmış olmasının yanında bedensel yaralanma ya da fiziksel veya ruhsal acıya sebebiyet vermesi; diğer taraftan bir muamelenin "aşağılayıcı" olarak nitelendirilebilmesi için mağdurlarını rencide edecek ve küçültecek ölçüde, onlara korku, endişe, aşağılanma gibi duyguları hissettirmesi gerekir (*Rıda Boudraa*, § 61).

95. Bir ceza veya muamelenin, Anayasa'nın 17. ve Sözleşme'nin 3. maddeleri anlamında "aşağılayıcı" olup olmadığını tespit ederken bunların amacının ilgiliyi rencide etme ve aşağılık duruma düşürme olup olmadığının ve etkilerine bakıldığında, söz konusu tedbirin ilgilinin kişiliğini etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekmektedir. Bununla birlikte böyle bir amacın olmaması, kesin olarak bu hükmün ihlal edilmiş olması ihtimalini devre dışı bırakmamakla birlikte bir ceza veya muamelenin "insanlık dışı" ya da "aşağılayıcı" olabilmesi için rencide edilme veya ıstırabın, meşru bir muamele ya da cezanın barındırdığı rencide olma duygusu ve ıstırabın ötesine geçmiş olması gerekmektedir (*Rıda Boudraa*, § 62).

96. Tutulma koşullarının Anayasa'nın 17. maddesi anlamında "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele oluşturup oluşturmadığı incelemesinde bir sonuca ulaşırken bu tür merkezlerde tutulu bulunan kişilere düşen yaşama alanının kısıtlı olması ağırlıklı olarak dikkate alınması gereken bir kriterdir

(Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Yarashonen/Türkiye*, § 72). Başvurucunun da Kumkapı GGM'de tutulma koşullarının gayriinsanî ve onur kırıcı olduğunu ileri sürerken GGM'nin aşırı kalabalık olduğunu, yatakhanede kalamadığını, bunun yerine televizyon odasında uyumayı tercih ettiğini, bu nedenle psikolojisinin ve sağlığının bozulduğunu ifade ettiği görülmektedir.

97. AİHM, bu konuda yaptığı incelemelerde kişi başına düşen 4 m^2 alanın bu konuda asgari standardı oluşturduğuna, kişi başına 3 m^2 den daha az bir alanın düşmesinin de tek başına tutulma koşullarının 3. maddenin ihlali sonucunu doğurmasına neden olacağına karar vermiştir (*Hagyó/Macaristan*, B. No: 52624/10, 23/4/2013, § 45; *Yarashonen/Türkiye*, § 72). Öte yandan, AİHM tutulu bulunan kişilere her gün en az bir saat açık havada egzersiz yapma imkânı verilmesinin bu kişilerin refahı açısından temel bir güvence olduğunu kabul etmektedir (*Ananyev ve diğerleri/Rusya*, § 150).

98. Tutulma koşullarının 17. maddeye uygunluğunun değerlendirilmesinde, kişi başına düşen alan hesabının yanı sıra, tutulu bulunan kişilerin günlük açık havadan yararlanmaları, kapalı mekânların gün ışığı alma ve havalandırılma durumları, kalınan mekânın temizliği ve tutulu bulunan kişilere sunulan sağlık hizmetleri gibi hususların da dikkate alınması gerekmektedir *(Yarashonen/Türkiye*, § 73). CPT'nin "*gözetim altında tutulan göçmenler*" hakkında kabul ettiği standartlarda (bkz. § 39), kişileri yabancılar mevzuatına göre uzun süreli olarak özgürlüklerinden mahrum bırakmanın gerekli görüldüğü hâllerde, bu kişilerin özellikle bu amaç için hazırlanmış hukuki durumlarına uygun bir programa, fiziki koşullara ve uygun nitelikli personele sahip merkezlerde tutulmaları gerektiği; bu tür merkezlerin yeterli donanıma sahip, temiz ve bakımlı olması ile orada kalan kişilere yeterli yaşama alanı sağlamasının önemli olduğu; cezaevi ortamı izleniminin mümkün olduğu kadar önlenmesi gerektiği; programlı faaliyetlerin açık havada egzersiz imkânına, gün içinde zaman geçirilebilecek bir odaya, radyo/televizyona, gazete/dergilere ve diğer uygun dinlenme yollarına erişimi içermesi gerektiği; bu kişilerin tutuldukları süre ne kadar uzun olursa onlara sunulan faaliyetlerin de o kadar kapsamlı olması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kapsamda CPT, istisnasız bütün mahkûmlara -ceza olarak hücre hapsinde olanlar dâhil- her gün açık havada egzersiz yapma imkânı verilmesi ve açık havada egzersiz yapılacak yerlerin makul büyüklükte ve mümkün olduğunca kötü hava şartlarından koruyacak biçimde düzenlenmiş olması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkûmlar açısından kabul edilen bu standardın "*gözetim altında tutulan göçmenler*" açısından evleviyetle geçerli olduğu açıktır.

99. Anayasa Mahkemesi açısından yukarıda yer verilen standartlar (bkz. §§ 96-98) kural olarak bu konuda yapacağı incelemelerde asgari standartları

oluşturmakla birlikte burada yer verilen standartların her bir somut olayın kendi özel koşulları açısından ayrı olarak incelenmesi gerekmektedir.

İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

100. Başvuru dosyasında, başvurucunun Kumkapı GGM'de kaldığı dönemde, Merkezin yaşam koşullarına ve özellikle de tutulu bulunan kişilere düşen yaşam alanına ilişkin net ve kesin bir bilgi yer almamaktadır. Başvurucunun hangi odada kaç kişi ile birlikte kaldığına ilişkin de net bir bilgi ne başvurucu tarafından ne de bu konuda görüşleri sorulan İçişleri Bakanlığı ve Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulmuştur. Anayasa Mahkemesinin elinde bulunan sınırlı bilgi nedeniyle kişi başına düşen yaşam alanının hesaplamasının, Merkezde tutulu bulunan kişilere tahsis edilen alanın, burada kalan kişi sayısına bölünmesi sonucu elde edilecek yaklaşık bir değerin kabul edilmesi suretiyle yapılması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

101. İHK'nın raporunda Merkez yetkililerinin verdiği bilgiye göre Merkezin toplam kapasitesi 300 kişilik olup 28/4/2014 tarihi itibarıyla toplam 384 ve 2/5/2014 tarihi itibarıyla toplam 350 kişi Merkezde kalmaktadır. Yine Merkez yetkililerinin ifade ettiği üzere hergün otuz kırk kişi Merkezden ayrılmakta ve yaklaşık aynı sayıda kişi Merkeze gelmektedir. Başvurucu ve İHK raporunda görüşleri kayda geçirilen STK mensuplarına göre Merkezde 400 ila 500 kişi kalmaktadır. Merkez yetkililerinin vermiş olduğu sayılar ve hergün giriş yapan ve ayrılan kişi sayısının birbirine yakın olduğu dikkate alındığında başvurucunun kaldığı dönem boyunca Merkezde asgari 350-380 kişinin kaldığı bilgisi yaklaşık bir değer olarak kabul edilebilir. Başvurucunun "*yatakhanelerde yer olmadığı için 12-13 kişi televizyon odasında kalıyoruz*" şeklinde ileri sürdüğü hususun, Raporda yer aldığı şekliyle "*64 metrekarelik bir alanda 40 kişi kalmaktadır. Koğuşlarda yapılan incelemede, ranzaların bitişik nizam şeklinde dizildiği ve mekânın tahammül sınırlarını zorlayacak derece kalabalık olduğu . ranzalarda yer kalmaması nedeniyle, bazı kişilerin yere battaniye sererek yattığı"*nıngörüldüğü bilgisi ile teyit edilmekte olduğu ve Merkezde, kapasite olarak esas alınan 300'ün üzerinde, asgari yaklaşık 350 kişinin kaldığı sonucuna ulaşılabileceği kabul edilmiştir.

102. Merkezde tutulu bulunan kişilere tahsis edilen alanın genişliğinin tespitine geçilerek Kumkapı GGM'ye ilişkin hazırlanan rapor ve görüşler (bkz. §§ 42-45) incelendiğinde başvurucunun kaldığı dönem dâhil olmak üzere Merkezin resmî kapasitesinin 300 kişilik olduğunun kabul edildiği, tutulu bulunan kişilere tahsis edilen alanda kayda değer bir değişiklik bulunmadığı görülmektedir. İHK'nın raporunda görüşleri alınan Merkez yetkililerinin de belirttiği üzere şehir merkezinde, yapıların sıkışık olduğu bir alanda bulunan Merkezde tutulu kişilere tahsis edilen alanda esaslı bir değişiklik yapılması da mümkün görünmemektedir. Merkeze ilişkin yukarıdaki veriler (bkz. §§

42-45) birlikte değerlendirildiğinde kadın erkek tüm sakinlere tahsis edilen alanın yaklaşık 1.000 m^2 olduğu ve bu alanın genişliğinin -yine başvurucunun kaldığı dönem dâhil olmak üzere- son dönemde değişmediği anlaşılmaktadır.

103. Bu durumda Merkezde kişi başına düşen alanın yaklaşık azami 3 m^2 olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

104. Bu tür merkezlerde, kişilere tahsis edilen alanın darlığı nedeniyle maruz kaldıkları sıkıntılar, yatakhaneler dışında zaman geçirebilecekleri alanların bulunması suretiyle kısmen azaltılabilecek olup yaşam koşullarının Anayasa'nın 17. maddesi açısından incelenmesinde bir unsur olarak dikkate alınabilir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Yarashonen/Türkiye*, § 78).

105. Bu çerçevede başvurucunun yaşadığı koşullar incelendiğinde, İHK Raporunda ifade edildiğine göre Merkezde idarenin kullandığı birimlerden demir kapılarla ayrılan mekânda, koğuşlar (üniteler) dışında koridor ve yemekhane olarak kullanılan büyük bir salon bulunmaktadır. Koridorda üç adet spor aleti mevcuttur. Yatakhanelerde yer olmaması nedeniyle bir grup insanla birlikte başvurucunun bu mekânlardan biri olan televizyon odasında yattığı bilgisi yer almaktadır. Bu durumda Merkezde kalanların ortak kullanım alanı olarak yararlanabilecekleri mekânların oldukça sınırlı olduğu ve bu mekânların da yatakhanelerde yer olmadığından kalma yeri olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak sadece bitişik nizam ranzaların ve dolapların bulunduğu kalabalık yatakhanelerde kalan sakinlerin Merkez içinde nispeten rahatlayabilecekleri bir ortamın bulunmadığı anlaşılmaktadır.

106. Yukarıdaki değerlendirme unsurlarına ek olarak CPT'nin bu konuda ortaya koyduğu standartlar esas alındığında, tahammül edilemez koşullarda günlük yaşamlarını sürdürmelerine engel olabilecek bir tedbir olarak her gün açık havada en az bir saat egzersiz yapabilme imkânının Merkezde kalan kişilere sağlanması gerekmektedir.

107. İHK'nın raporunda yer verildiğine göre Merkez Müdürü; gözetim altındaki kişilerin binanın bahçesinde hava alma imkânını hafta içinde günde 45 dakika, hafta sonlarında ise günde 2-3 saat sağlamaya çalıştıklarını beyan etmiştir (bkz. § 43). Bu konuda başvurucu, ilk günlerde haftada bir kez havalandırmadan yararlandırılırken son dönemde hiç havalandırmaya çıkarılmadığını (bkz. § 83) ifade etmektedir. Raporda görüşleri alınan tutulu bazı kişiler de başvurucunun ifadelerini teyit eder nitelikte, kendilerine hava alma imkânı verilmediğini hatta içlerinde bazılarının haftalarca bu imkândan yararlanamadıklarını, bazı kişilere ise 3-4 ay boyunca bu imkânın sadece iki defa verildiğini ifade ettiği görülmektedir.

108. Merkez yetkililerince "sağlanmaya çalışıldığı" söylenen açık havaya çıkma imkânının dahi CPT standartlarını taşımaktan uzak olduğu görülmek-

tedir. Dahası Merkez yetkililerinin de bahçeyi araç otoparkı olarak kullanmaları, güvenlik açısından sıkıntılı bulunması ve kış koşulları nedeniyle gözetim altındaki kişileri havalandırma imkânından yararlandıramadıklarını kabul etmelerinin (bkz. § 43) de açıkça ortaya koyduğu üzere, Merkezde tutulu bulunan kişilere fiilen sağlanan açık havadan yararlanma imkânının, CPT standartlarında ortaya konulan asgari düzeyin oldukça altında olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Tutuklu veya mahkûm olmayan bu kişilerin açık havadan yararlanma koşullarının CPT standartlarının altında olmasının kabul edilebilir bir düzey olmadığı açıktır.

109. Bu bölümde yapılan tespitler bir arada değerlendirildiğinde, kişi başına 3 metrekarenin altında bir yaşam alanına karşılık gelebilecek şekilde, Merkezin aşırı kalabalık olmasının, başlı başına başvurucunun Merkezde kaldığı dönemde maruz kaldığı koşulların Anayasa'nın 17. maddesinde yasaklanan "*insan haysiyetiyle bağdaşmayan"* muamele düzeyinin aşılmasına yol açabilecek nitelikte olduğu, Merkez içinde kalma mekânları dışında rahatlamaya imkân sağlayacak ortak kullanım alanlarının yetersiz ve daha da önemlisi, başvurucuya sağlanan açık havadan yararlanma imkânının çok sınırlı olmasının, başvurucunun Merkezde sahip olduğu koşulları kendisi açısından daha da zorlaştırdığı ve başvurucunun bu koşullarda sekiz ayın üzerinde bir süre idari gözetim altında tutulmasının, Anayasa›nın 17. maddesi açısından açık bir ihlal doğurduğu sonucuna ulaşılmıştır.

110. Bu noktaya kadar yapılan incelemede ortaya konulan koşullar, başvurucunun Kumkapı GGM'de maruz kaldığı muamelenin, bir kişinin sınır dışı etme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle şekil ve şartları kanunla gösterilen usule uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulmasının barındırdığı rencide olma duygusu ve ıstırabın ötesine geçmiş olduğunun kabul edilmesi açısından yeterli olduğundan, başvurucunun bu bölümde değerlendirilebilecek şekilde ileri sürdüğü; Merkezin temizliği, sağlık hizmetlerinin ve gıda temininin yetersizliği ve dış dünya ile iletişim sorunları konusunda 17. madde açısından ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

111. Açıklanan nedenlerle somut olayın özel koşullarında, Kumkapı GGM'de tutulma koşullarının "*insan haysiyetiyle bağdaşmayan*" muamele düzeyinde olduğu ve bu suretle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

3. İdari Gözetim Altına Alınması ve Buna İtiraz Edebileceği Etkili Bir Yolun Bulunmaması Nedeniyle Anayasa›nın 19. ve 40. Maddelerinin İhlal Edildiği İddiaları

112. Başvurucu, Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının yürüttüğü bir soruşturma kapsamında gözaltına alındığını, ifadesinin alınarak serbest bırakılma-

sı talimatının verilmesine rağmen Emniyet Müdürlüğünün kendisini serbest bırakmayarak Kumkapı GGM'ye sevk edip idari gözetim altına aldığını, gözaltına alınmasına ya da tutuklanmasına ilişkin adli bir karar olmadığı hâlde sekiz aydan fazla bir süre özgürlüğünün kısıtlanması ve ilk iki başvuru tarihi itibarıyla hâlen "idari gözetim" altında tutulmasının hukuki ve kanuni bir gerekçesi olmadığını, 6458 sayılı Kanun'da, sulh ceza hâkimine başvuru imkânı ve Valilikçe aylık düzenli olarak durum değerlendirmesi (idari gözetim durumunu gözden geçirme) yönünde düzenlemeler yer almış ise de pratikte bu müesseselerin kendisi için tam olarak uygulanmadığını, müracaat ettiği sulh ceza hâkimlerinin, idari gözetim kararının gerekçeleri hakkında esaslı bir değerlendirme yapmadan itirazlarını reddettiğini, soyut iddialarla ve sırf idarenin güvenlikçi endişeleriyle yapılan işlemi (özgürlük kısıtlamasını) anılan hâkimlerin hukuka uygun bulduğunu, bu suretle Anayasa'nın 19. maddesinin birinci, dördüncü, altıncı, yedinci, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları ile 40. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

113. Bakanlık görüşünde, bu bölümdeki iddialar açısından ilk olarak, AİHM'in, Geri Gönderme Merkezinde tutmayı, Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında özgürlüğünden mahrum bırakma olarak değerlendirdiğini, bir tutmanın Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası anlamında hukuki sayılabilmesi için anılan fıkranın (a) ila (f) bentlerinde sayılan istisnalardan birini karşılaması gerektiğini, tutmanın bu anlamda hukuki olduğu anlaşıldıktan sonra Sözleşme'nin, "*kanunda düzenlenmiş bir prosedürün*" izlenip izlenmediği dâhil olmak üzere esas ve usul kurallarına uyma yükümlülüğünü ulusal hukuka bıraktığını, bu konuda keyfîliğin önlenmesi için özgürlüğün kısıtlanmasını düzenleyen ulusal yasaların tamamıyla erişilebilir, açık, net ve uygulamasının öngörülebilir olması gerektiğini, özgürlükten yoksun bırakma hâlinin, ulusal hukuka uygun olmanın yanı sıra kişiyi her türlü keyfî uygulamadan da uzak tutacak nitelikte olması gerektiğini kabul ettiği ifade edilmiştir.

114. Bakanlık görüşünün devamında, bu konudaki yasal boşluğun doldurulması amacıyla kabul edilen 6458 sayılı Kanun'da yabancıların sınır dışı etme işlemleri öncesi tutulmalarına ilişkin ayrıntılı düzenlemenin bulunduğu, başvurucunun bu Kanun'a istinaden idari gözetim altında tutulduğu, idari gözetim kararlarına karşı sulh ceza hâkimliğine iki kez başvuruda bulunulduğu, daha önce değinildiği üzere, iç savaştan kaçan Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşlarının geçici koruma altına alındığı, bu kişilerin sınır dışı edilemeyeceği, 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesi uyarınca ancak haklarında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların idari gözetim altına alınabileceği, bu itibarla yukarıda açıklanan mevzuat hükümleri ile temel ilkeler ışığında başvurucunun özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının

değerlendirilmesinde, başvurucunun hukuki durumunun tespit edilerek idari gözetim altına alınabilecek kişilerden olup olmadığının Mahkemece takdir edilmesinin uygun olacağının değerlendirildiği ifade edilmiştir.

115. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında hürriyeti kısıtlanan kişiler için güvence altına alınan bir yargı merciine etkili başvuru hakkı, Anayasa'nın 40. maddesinin "*Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri her ne suretle olursa olsun ihlal edilen herkes*" açısından güvence altına alınan yetkili bir makama geciktirilmeden başvurma hakkının özel (lex specialis) bir hâlini ifade etmekte olup somut olayda 40. madde açısından ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

116. Başvurucunun, sınır dışı edilmek üzere Kumkapı GGM'de idari gözetim altında tutulmasının kanuni bir dayanağının olmadığı, hakkındaki işlemlerin ve gerekçelerinin usulüne uygun olarak kendisine bildirilmediği ve buna itiraz edebileceği etkili bir yolun bulunmadığı yönündeki iddiaları açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi bu şikâyetler için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle başvurunun bu bölümüne ilişkin kabul edilebilirlik kararı verilerek esasının incelenmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. İdari Gözetim Altında Tutulmanın Hukuki Olmadığı İddiası

117. Başvurucu, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alındığını fakat "idari gözetim" altında tutulmasının hukuki ve kanuni bir gerekçesinin olmadığını; 6458 sayılı Kanun'da, sulh ceza hâkimine başvuru imkânı verilmiş ve Valilikçe aylık düzenli durum değerlendirmesi yapılmasına ilişkin (idari gözetim durumunu gözden geçirme) düzenleme yapılmış ise de pratikte bu müesseselerin kendisi için tam olarak uygulanmadığını ileri sürmüştür.

118. Bakanlık görüşünde, idari gözetim tedbiri ile ilgili olarak AİHM tarafından verilen değişik tarihli kararlara atıfta bulunularak anılan başvuruların Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirildiği belirtilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı eski beyanlarını tekrar etmiş ve yeni bir beyanda bulunmamıştır.

119. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci, ikinci, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları 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.

..

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.

.

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.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."

120. Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendi, (2) numaralı fıkrası, (4) numaralı fıkrası ve (5) numaralı fıkrası şöyledir:

«1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

.

f)Bir kimsenin ülkeye usulüne uygun olmayarak girmekten alıkonulması veya hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması.

.

2. Yakalanan her kişiye, yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama en kısa zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

.

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.

5. Bu madde hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkesin tazminat istemeye hakkı vardır."

121. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konulduktan 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 hâlinde söz konusu olabilir (*Ramazan Aras*, § 43).

122. Aynı maddenin sekizinci fıkrasında ise "*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*" denilmek suretiyle hürriyetin kısıtlanmasına karşı yetkili bir yargı merciine başvurulması hakkına yer verilmiştir. Diğer taraftan Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilerek bu özgürlüğün kısıtlanması hâlinde kısıtlamanın hukuka uygunluğunu değerlendirecek ve hukuki değil ise salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğu düzenlemelerine yer verilmiştir.

123. İdari gözetim altına alma yetkisi Anayasa'nın 19. maddesi ve Sözleşme'nin 5. maddesi ile kabul edilmiş istisnai bir yetkidir. Buna göre bir yabancının sınır dışı edilmesi veya geri verilmesi kararının yürütülmesi sürecinde, şekil ve şartları kanunla gösterilen usule uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması mümkündür (*Rıza Boudraa*, § 73). Bu gibi durumlarda, bir kişinin suç işlemesinin veya kaçmasının önlenmesi gibi gerekçelere ihtiyaç bulunmaksızın sadece bu işlemlerin yürütülmesi sürecine dayanılarak idari gözetim tedbiri uygulanmasına karar verilebilir. Ancak Anayasa'nın 19. maddesi uyarınca sınır dışı etme veya iade işlemleri "gerekli özen" (due diligence) içerisinde yürütülmez ise artık kişi özgürlüğünden ve mahrumiyetin meşruiyetinden söz edilemez (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 3455/05, 19/2/2009, § 164; *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 129).

124. İdari gözetim istisnai bir yol olduğu ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma sonucunu doğurduğu için hukuka uygun olması ve keyfî muamele

teşkil etmemesi gerekmektedir. Bu tedbirin, demokratik hukuk devletinin gerekli ve makul kıldığı ölçüde denetlenebilmesi; koşullarının genel kabul görmüş standartlara uygun olması, küçültücü, aşağılayıcı ve insanlık dışı muamele teşkil etmemesi, idari gözetim altında tutulanlara temel usulî hakların ve güvencelerin sağlanması gerekir. Anılan Anayasa ve Sözleşme hükümleri, esas olarak kişinin özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracak bazı hâllerde bu sınırlamanın şekil ve şartlarının kanunla gösterilmesini isteyerek kişi özgürlüğü açısından daha güvenceli bir hukuki durum ortaya koymayı amaçlamaktadır (*Rıda Boudra*, § 74; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 129; *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 164).

125. Anayasa'nın 19. maddesinin gereklerini karşılamak adına yapılacak yasal düzenlemenin; sınır dışı amacıyla tutma kararı verme işleminin koşulları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye bildirilmesi, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanması gibi usule dair güvenceleri açık bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Aksi takdirde kişilerin maruz kaldığı özgürlükten yoksunluğun keyfîliğe karşı yeterince korunduğundan ve hukuki olduğundan söz edilemez (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia*, § 135).

126. Bakanlık görüşünde de ortaya konulduğu üzere, bu konuda çıkarılan 6458 sayılı Kanun'da, hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan "*kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar*" hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınacağı, geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresinin altı ayı geçemeyeceği; idari gözetimin devamında zaruret olup olmadığının, valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirileceği, gerek görüldüğünde değerlendirme için otuz günlük sürenin beklenilmeyeceği, idari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetimin derhâl sonlandırılacağı; bu yabancılara, belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülüklerin getirilebileceği; idari gözetim kararının, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirme sonuçlarının gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edileceği; idari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatının idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabileceği, sulh ceza hâkiminin incelemeyi beş gün içinde sonuçlandıracağı, yeniden sulh ceza hâkimine başvurulabileceği kurala bağlanmıştır.

127. Anılan Kanun'da öngörülen yasal düzenlemenin sınır dışı işlemlerinin yürütülmesi kapsamında riayet edilecek ve ortaya çıkabilecek keyfîliklere engel olabilecek nitelikte bir usulü, açık bir şekilde ortaya koyduğu görülmektedir. Kanun'da öngörülen bu usulün gerekli özen içerisinde somut olayda yürütülüp yürütülmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

128. Başvuru formu ve eki belgelere bakıldığında başvurucu, 25/4/2014 tarihinde İstanbul Zeytinburnu'nda polis tarafından yakalanmış, gözaltına alınmış, aynı gün saat 24.00'te Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının talimatı üzerine ifadesi alınarak salıverilmesine karar verilmiş ve bu yönde tutanak tanzim edilmiştir. Ancak yine tutanağa bağlandığı üzere başvurucunun 26/4/2014 tarihinde saat 02.15'te, Sınırdışı İşlemleri ve Geri Gönderme Merkezi Büro Amirliğince "*eksik evraklar takip edilen ilk iş gününde tamamlanarak . teslim edilmek koşulu*" ile Kumkapı GGM'ye teslim edilmiş olduğu görülmektedir. Başvurucu hakkında, 28/4/2014 tarihinde Emniyet Müdürlüğünün talebi ve Valilik kararıyla 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca "*kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan"* kişilerden olduğu gerekçesi ile sınır dışı etme kararı ve anılan Kanun'un 57. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca idari gözetim kararı alınmıştır. Başvurucu 19/6/2014 tarihinde idari gözetimin kaldırılması talebiyle Sulh Ceza Mahkemesine, 27/6/2014 tarihinde de İdare Mahkemesine sınır dışı etme işleminin iptali talebiyle başvuruda bulunmuştur.

129. Bu noktaya kadar yürütülen işlemler değerlendirildiğinde, başvurucunun ilk olarak yakalanma ve gözaltına alınma gerekçesinin Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturma olduğu, aynı gün hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından salıverilmesi kararı verilmesine rağmen başvurucunun Kumkapı GGM'ye teslim edildiği, iki gün sonra 28/4/2014 tarihinde İstanbul Valiliğince hakkında verilen sınır dışı etme kararına bağlı olarak idari gözetim kararı verildiği görülmektedir. Bu durumda, başvurucunun salıverildiği tarih olan 25/4/2014 saat 24.00 ile hakkında idari gözetim kararının alındığı, -saati belli olmayan- 28/4/2014 tarihi arasında Kumkapı GGM'de tutulu bulunmasına dayanak yargısal veya idari bir karar bulunmadığı görülmektedir.

130. Başvurucu hakkında 28/4/2014 tarihinde verilen sınır dışı etme işlemine bağlı idari gözetim kararından, başvurucunun 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesinde yer verilen "*kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan"* bir kişi olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda yer verildiği gibi sınır dışı etme işleminin yürütülmesi sürecinde, bir kişi hakkında idari gözetim altına alma tedbirinin uygulanabilmesi için mutlaka ilgili kişinin suç işlemesinin veya kaçmasının önlenmesi gibi bir gerekçeye ih-

tiyaç bulunmamaktadır (bkz. § 123). Dolayısıyla başvurucunun ileri sürdüğü gibi Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının başvurucunun salıverilmesi talimatı vermesi ya da Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturması sonucunda başvurucu hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi, başvurucunun kişi hürriyetinden mahrumiyetini otomatik olarak hukuka aykırı hâle getirmez. Bu çerçevede somut olaydaki gibi idarenin, bir sınır dışı etme işleminin icrası sürecinde olması kaydıyla sahip olduğu bilgiler ve ilgili kişi hakkında yürütülen yargısal soruşturmalara dayanarak (bir ceza soruşturması sürecinde tutuklama işlemi için gerekli olanlara göre daha hafif sayılabilecek) kamu düzeni, kamu güvenliği veya sağlığı açısından risk oluşturması veya kaçma riskinin bulunması gibi gerekçelerle ilgili kişiler hakkında idari gözetim kararı verebilmesi mümkündür. Ancak hukuka uygun olarak verilmiş bir idari gözetim kararının, idareye sınırsız bir şekilde bu tedbiri uygulamaya devam edebilmesi olanağı tanıdığı da söylenemez. İdari gözetim kararının uygulanması aşamasında da bir kanuni düzenlemede açık bir şekilde ortaya konulmuş ve idari gözetim tedbirinin "gerekli özen" kriterine uygun bir biçimde uygulanıp uygulanmadığını denetlemeye imkân veren usule dair güvencelerin bu durumdaki kişiler hakkında keyfîlikten uzak bir şekilde işletilmesi zorunludur.

131. Somut olay, 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinde idari gözetim altına alma süreci için öngörülen usule dair güvenceler açısından değerlendirildiğinde, başvurucuya hangi nedenle Kumkapı GGM'de tutulduğuna ilişkin bir bildirim yapılmadığı, idari gözetim kararının devamını gerektiren koşulların Valilik tarafından aylık olarak incelenmediği, bu konuda bir değerlendirme yapılıp yapılmadığı hususunun belirsiz olduğu, değerlendirme yapılmış ise bu konuda başvurucuya veya vekiline bir bildirimde bulunulmadığı, başvurucunun toplam 8 ay 10 gün idari gözetim altında tutulması sonucunda idari gözetim kararında kanuni sınır olarak öngörülen 6 aylık sürenin aşıldığı ve 6 aylık sürenin hangi gerekçeyle uzatıldığının da başvurucuya bildirilmediği tespit edilmiştir.

132. Somut olay, idari gözetim kararlarına karşı öngörülen sulh ceza hâkimine başvuru yolu açısından incelendiğinde ise başvurucunun sulh ceza hâkimine yaptığı başvurularda, başvuru tarihindeki duruma bağlı olarak Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının ifadesinin alınmasından sonra salıverilmesi talimatına rağmen gerekçesi bildirilmeden 25/4/2014 tarihinde Kumkapı GGM'de idari gözetim altına alındığını; Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığınca hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğini, uluslararası koruma başvurusunda bulunduğunu ve kendisinin geçici koruma altında olduğunu, dolayısıyla sınır dışı edilmesinin ve idari gözetim altında tutulmasının mümkün olmadığını; 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinde yer alan usule dair gü-

vencelerden yararlandırılmadığını; Kumkapı GGM'de maruz kaldığı tutulma koşullarının bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, eziyet görmesine ve aşağılanmasına yol açtığını ve son iki başvurusunda da 6 aylık idari gözetim süresinin aşıldığından bahisle idari gözetim kararının kaldırılmasına ve derhâl salıverilmesine karar verilmesi gerektiğini ileri sürdüğü görülmektedir.

133. Sulh ceza hâkimlerinin, başvurucunun başvuruları üzerine verdikleri kesin nitelikteki kararlarında, dava dosyası kapsamında Yabancılar Şube Müdürlüğünden başvurucu hakkında aldıkları bilgileri esas alarak özetle başvurucu hakkında "terör örgütüne üye olma" suçundan işlem yapıldığı, 28/4/2014 tarihinde hakkında 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (d) bendi uyarınca idari gözetim kararı alındığı ve bu işlemde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığından bahisle başvuruları reddettikleri görülmektedir. Verilen bu kararlarda, idari gözetim kararının temel dayanağı olan sınır dışı etme işleminin uygulanabilirliği açısından önem arz eden ve bu tedbirin devamı açısından belirleyici nitelikte olan başvurucunun uluslararası koruma başvurusu ve geçici koruma statüsüne ilişkin iddiaları ile 6458 sayılı Kanun'da hakkında idari gözetim kararı verilen kişilere sağlanan usule dair güvencelere aykırılıklara ilişkin iddiaları hakkında bir değerlendirme yapılmaksızın karar verildiği görülmektedir.

134. Buna göre özet olarak sınır dışı etme amacıyla kişinin tutulmasına karar vermeye, tutulma süresini uzatmaya ve böyle bir tutulma için bir süre belirlemeye ilişkin usulün açık bir şekilde 6458 sayılı Kanun'da yer aldığı; idari gözetim kararının iki günü aşan bir süre sonrasında alınması hususu hariç olmak üzere başvurucunun da bu düzenlemede yer verilen gerekçeye ve usule uygun olarak sınır dışı etme işleminin yürütülmesi kapsamında idari gözetim altına alındığı görülmektedir. Ancak sınır dışı etme işleminin yürütülebilmesi açısından belirleyici ve başvurucunun daha önceki bir tarihte salıverilmesini ve hakkında 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesinde öngörülen diğer tedbirlerin uygulanmasını gerektirebilecek nitelikteki hukuki durumundaki değişikliklerin (uluslararası koruma başvurusunda bulunması ve geçici koruma kapsamına alınması) ve dolayısıyla ilk kez idari gözetim tedbiri uygulanmasına gerekçe olarak gösterilen hususun bu tedbirin devamına karar verilmesi açısından yeterli olup olmadığının, idari gözetim kararı alan ve aylık olarak bu kararı gözden geçirmesi öngörülen İdare ve bu kararı ilgilinin başvurusu üzerine denetleyen sulh ceza hâkimleri tarafından dikkate alınmadığı, dolayısıyla sınır dışı etme sürecinde uygulanan idari gözetim işleminin "gerekli özen" içinde yürütüldüğünden söz edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Diğer bir ifadeyle somut olayda kişi özgürlüğünden mahrumiyetin keyfîliklere karşı korunduğundan ve buna bağlı olarak "hukuki" olduğundan söz edilemez.

135. Açıklanan nedenlerle başvurucunun bu bölümdeki şikâyetleri açısından Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

ii. İdari Gözetim Altında Tutulma Nedeninin Usulüne Uygun Olarak Bildirilmediği İddiası

136. Başvurucu, Kumkapı GGM'ye gönderildiğinde hangi nedenle tutulduğunun kendisine bildirilmediğini ifade etmiştir. Bakanlık görüşünde, bu konuda bir açıklama yer almamaktadır.

137. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında, yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların herhâlde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak "derhâl" bildirileceği kurala bağlanmıştır.

138. Kişinin yakalanmasına ve tutuklanmasına esas hukuki ve maddi gerekçelerin teknik olmayan basit ve kolaylıkla anlaşılır bir dilde açıklanması, hürriyeti kısıtlanan kişinin, uygun gördüğü takdirde Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın hukuka aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurabilmesine imkân sağlayacaktır. İletilen bilginin içeriğinin ve bilgilendirmenin derhâl yapılıp yapılmadığının her somut olayın özel koşullarına göre değerlendirilmesi gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 136).

139. Bu doğrultuda 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinde, idari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan Valilik değerlendirmelerinin sonuçlarının gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edileceği, idari gözetim altına alınan kişi veya yasal temsilcisi ya da avukatının, bu kararlara karşı sulh ceza hâkimine başvurabileceği kurala bağlanmıştır (bkz. § 76).

140. Başvuru konusu olayda 25/6/2014 tarihli avukat görüşme tutanağında başvurucunun "*Zeytinburnu'nda yolda yürürken göz altına alındığını, polislerce sorgulandığını, sonra da Yabancılar Şube'ye teslim edildiğini, iki aydır Kumkapı'da tutulduğunu ama niçin tutulduğunu bilmediğini*", buna ek olarak, "*Polisler beni göz altına aldıklarında seni iki saat sorguya çekip sonra serbest bırakacağız dediler ama iki ay oldu bırakmadılar. Başımda 7-8 polis vardı(,) bana anlamadığım kağıtlar imzalattılar*." şeklinde bir ifadede bulunduğunun kayda alınmış olduğu görülmektedir.

141. Başvurucu, İdare Mahkemesine sunduğu 27/6/2014 tarihli dava dilekçesinde, kendisi hakkında sınır dışı etme kararı verilmiş olduğunu, avukatının

23/6/2014 tarihinde dosyasında yer alan evrakın fotokopisini talep ettiğinde öğrendiğini, anılan kararın kendisine ve avukatına tebliğ edilmediğini ileri sürmüştür.

142. Başvuru dosyasında yer alan Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılığının talimatı üzerine başvurucunun ifadesi alınarak salıverilmesine ilişkin tutanakta ve başvurucunun Sınırdışı İşlemleri ve Geri Gönderme Merkezi Büro Amirliğince 26/4/2014 tarihinde saat 02.15'te teslim alındığına ilişkin tutanakta bu doğrultuda bir bilgi yer almamaktadır. Sınır dışı edilmesine ve idari gözetim altına alınmasına ilişkin kararın 28/4/2014 tarihli olduğu da dikkate alındığında başvurucunun, Kumkapı GGM'ye teslimi aşamasında tutulmasına ilişkin hukuki ve maddi gerekçelerin bildirilmesinin de mümkün olmadığı görülmektedir.

143. Başvurucu; -avukatının kimlik ve adres bilgileri kendisi hakkında tutulan Valilik dosyasında yer almasına rağmen- aylık olarak idari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı konusunda yapılan değerlendirmelerin de kendisine bildirilmediğini, bu nedenle hangi gerekçeyle tutulma hâlinin devam ettirildiğini öğrenemediğini ayrıca azami 6 aylık sürenin dolması sonrasında hangi gerekçeyle kendisinin tutulma hâlinin uzatıldığını öğrenemediğini ileri sürmüştür.

144. Yukarıda yer verilen bilgilere göre başvurucunun 26/4/2014 tarihinde saat 02.15 itibarıyla Kumkapı GGM'de tutulmaya başlandığı, başvuru dosyası ekinde yer alan tutanak ve belgelerde başvurucuya bu konuda bir bildirim yapıldığını gösterir herhangi bir bilgi olmadığı, Bakanlık ve İçişleri Bakanlığınca başvuru dosyasına bu konuda bir bilgi sunulmadığı, dolayısıyla Kumkapı GGM'de tutulmasının gerekçelerinin başvurucuya bildirildiğini ortaya koyan bir bilginin bulunmadığı anlaşılmıştır.

145. Somut olayda, başvurucunun idari gözetim altına alınmasına ve bu tedbirin devam ettirilmesine ilişkin kararların ve kendisi hakkındaki bilgilerin zamanında kendisine bildirilmediği, dolayısıyla durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlama imkânının da zarar gördüğü sonucuna ulaşılmıştır.

146. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

iii. İdari Gözetim Altında Tutulma İşlemine Karşı Başvurulabilecek Etkili Bir Yolun Bulunmadığı İddiası

147. Başvurucu, 6458 sayılı Kanun'da, sulh ceza hâkimine başvuru imkânı tanınması ve Valilikçe aylık düzenli olarak durum değerlendirmesi yapılması

şeklinde düzenleme yapılmış ise de pratikte bu müesseselerin kendisi için tam olarak uygulanmadığını, müracaat ettiği sulh ceza hâkimlerinin, idari gözetim kararının gerekçeleri hakkında esaslı bir değerlendirme yapmadan itirazlarını reddettiğini, soyut iddialarla ve sırf idarenin güvenlikçi endişeleriyle yapılan işlemi hukuka uygun bulduğunu, bu suretle Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ve 40. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

148. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası şöyledir:

"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."

149. 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."

150. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci ve AİHS'in 5. maddesinin (4) numaralı fıkraları, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişiye, tutuklanmasının veya idari gözetim altına alınmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve tutuklanması veya tutulması hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır. Anılan Anayasa ve AİHS hükümleri esas olarak tutukluluğun veya idari gözetim altına almanın hukukiliğine ilişkin itiraz başvurusu üzerine, bir mahkeme nezdinde yürütülmekte olan davalardaki tahliye talepleri veya bu tedbirlerin uygulanmasına devam ettirilmesi kararlarının incelenmesi açısından bir güvence oluşturmaktadır (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 30).

151. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, başvuru konusu olay açısından bakıldığında, tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya uygunluğunun özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullar ile ilgili olarak yetkili bir yargı merciine başvurma hakkı tanımaktadır. Hürriyeti kısıtlanan kişinin şikâyetleri ile ilgili olarak yetkili yargı merciince yapılacak değerlendirmenin, adli nitelik taşıması ve özgürlükten mahrum bırakılan kişilerin itirazları bakımından uygun olan teminatları sağlaması gerekmektedir (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 64).

152. Söz konusu yargısal denetim, yeri geldiğinde başvuruda bulunan kişinin serbest bırakılmasını temin edebilmelidir. Bu şekilde öngörülen hukuk

yolunun, sadece teoride değil uygulamada da yeterince sonuç alınabilir bir yol olması gerekir. Aksi hâlde söz konusu hükmün amaçları açısından gerekli olan erişilebilirlik ve etkili olma özelliğinden söz edilemez (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 139).

153. Başvurucu hakkında uygulanan idari gözetim altında tutma işleminin Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına uygunluğunun incelendiği bölümde ayrıntılı bir şekilde ortaya konulduğu üzere 6458 sayılı Kanun, açık bir şekilde sınır dışı işlemlerinin yürütülmesi kapsamında riayet edilecek ve ortaya çıkabilecek keyfiliklere engel olabilecek nitelikte bir usulü öngörmüş olmakla birlikte bu başvuru yolunun uygulamada, sınır dışı etme sürecinde uygulanan idari gözetim işleminin "gerekli özen" içinde yürütülmesi açısından bir güvence oluşturacak şekilde işlemediği ve somut olaydaki başvuru yollarının, başvurucunun salıverilmesi sonucunu doğurabilecek gelişmelere ilişkin iddialarını etkili bir şekilde inceleme kapasitesine sahip olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

154. Öte yandan başvurucunun, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının gerekçeleri hakkında usulüne uygun şekilde bilgilendirilmediğine de karar verilmiştir (bkz. §§ 136-146). Başlı başına bu olgu da başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca tutulma işlemine itiraz etmesi hakkından yoksun kalmasına yol açacak niteliktedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 141). Başvurucu bu nedenle zamanında durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın hukuka aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını isteme imkânından da mahrum kalmıştır.

155. Yukarıdaki iki paragrafta ortaya konulduğu üzere 6458 sayılı Kanun'da öngörülen ve başvurucunun hukuki durumunda yaşanan değişikliklere göre yeniden bir değerlendirme yapılarak kendisinin salıverilmesine karar verebilmesi beklenen başvuru yollarının somut olayda etkili bir şekilde işlemediği sonucuna ulaşılmıştır.

156. Açıklanan nedenlerle başvurucunun, Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında güvence altına alınan, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygunluğunun özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullar ile ilgili olarak yetkili bir yargı merciine başvurma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

4. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

157. 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."

158. Başvurucu, temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmiş olması nedeniyle duyduğu manevi acı, ıstırap ve kederin bir nebze de olsa telafisi için 30.000 TL manevi, idari gözetim altında kaldığı dönemde uğradığı gelir kaybı ve zorunlu giderleri için 7.995,93 TL maddi tazminat ve yargılama giderleri kapsamında 2.318 TL ödenmesi talebinde bulunmuştur.

159. Başvuruda, başvurucunun tedbir talebi kabul edilerek sınır dışı edilmesine ilişkin işlemin fiilen uygulanmamasına; başvurucunun idari gözetim altında tutulması işleminin yürütülmesi ve idari gözetim altında tutulma koşulları sonucu Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının, 40. maddesinin ve 19. maddesinin ikinci, dördüncü ve sekizinci fıkralarında güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başvurucunun yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararları karşılığında, somut olayın özellikleri dikkate alınarak başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

160. Başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile ilgili olarak tazminat talebi ile zarar arasında illiyet bağı kurulamamıştır. Başvurucunun maddi tazminat talebinin reddedilmesi gerekir.

161. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine ve karar örneğinin İstanbul 1., 2. ve 4. Sulh Ceza Hakimlikleri ile İstanbul 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Başvurucunun,

1. Sınır dışı etme işlemi nedeniyle yaşam hakkı, işkence ve eziyet yasağının ihlal edildiği iddialarının*kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulduğu yerin koşulları nedeniyle Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerinin ihlal edildiği ve hukuksuz bir şekilde idari gözetim altına alınması ve buna itiraz edebileceği etkili bir yolun bulunmaması nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiği iddialarının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Başvurucunun,

1. Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde tutulma koşullarının "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele düzeyinde olduğu iddiası yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Tutulma koşullarından kaynaklanan Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddialarına karşı etkili başvuru yolunun bulunmadığı iddiası yönünden Anayasa'nın 40. maddesinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

3. İdari gözetim altında tutulmasının "hukuki" dayanağının bulunmadığı iddiası yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE,

4. İdari gözetim altında tutulma nedeninin usulüne uygun olarak bildirilmediği iddiası yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE,

5. İdari gözetim altında tutulması işlemine karşı başvurabileceği etkili bir yolun bulunmadığı iddiası yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince başvurucuya net 10.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, fazlaya ilişkin tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin İstanbul 1., 2. ve 4. Sulh Ceza Hakimlikleri ile İstanbul 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine

11/11/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

METE DURSUN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2012/1195)

Karar Tarihi: 18/11/2015

R. G. Tarih ve Sayı: 30/12/2015-29578

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör Yrd.	:	Melek ŞAHAN
Başvurucu	:	Mete DURSUN
Vekili	:	Av. Savaş AKÇÖLTEKİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumunun koşullarının başvurucunun mevcut hastalığına uygun olmaması ve bu koşulların düzeltilmesi talebinin reddedilmesi nedenleriyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 7/12/2012 tarihinde Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 26/12/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve dosyanın bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Bakanlığın 27/2/2015 tarihli görüş yazısı 10/3/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 24/3/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu, Bakanlık görüşü ve ekleri ile Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler doğrultusunda tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu, başvuru tarihinde hakkında verilmiş olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı dolayısıyla Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda barındırılmaktayken başka ceza infaz kurumlarına nakledilmiş olup hâlihazırda İzmir 2 No.lu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmaktadır.

1. Başvurucunun Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna Nakledilinceye Kadar Yaşadığı Süreç

8. Başvurucu, Aydın E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda barındırılmaktayken 16/2/2011 tarihinde İzmir 1 No.lu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiştir.

9. Başvurucu, İzmir 1 No.lu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmaktayken 8/4/2011 tarihinde Kurum doktorunca yapılan muayene sonucunda *"kronik bronşit, mevsimsel alerjik rinit, sinüzit rahatsızlıkları bulunduğundan ve sık enfeksiyon geçirdiği ve buna bağlı sürekli ilaç kullanmak zorunda kaldığından tek kişilik odada kalmaması"* uygun görülmüştür.

10. Başvurucunun, solunum rahatsızlığı ve alerjik atak şikâyetleri ile aynı Kurum Doktorluğuna başvurması üzerine kendisine çeşitli tedaviler uygulanmış ancak yanıt alınamayınca başvurucu, İzmir Dr. Suat Seren Göğüs Hastalıkları ve Cerrahisi Eğitim ve Araştırma Hastanesine sevk edilmiştir. Bu Hastaneden alınan 7/6/2011 tarihli ve 3302 sayılı heyet raporunda başvurucunun *"alerji yönünden alerji polikliniği bulunan bir kurumda alerji uzmanı tarafından değerlendirilmesi, astım bronşiale tanısı nedeni ile tozlu, dumanlı, rutubetli ortamlarda bulunması sakıncalı olduğu"* tespitine yer verilmiştir. Heyet raporu ve yapılan alerji testlerinde başvurucuda güçlü ev tozu, küf mantarı, ağaç karışımı-ısırgan otu alerjisi ile *altamata* alerjisi tespit edilmiş ve başvurucuya astım *bronşiale* tanısı konmuştur.

11. Kurum doktorunca 10/6/2011 tarihinde verilen raporda bahsi geçen heyet raporu ve yapılan alerji testleri dikkate alınarak başvurucunun *"Söz konusu maruziyetlerden (nem, toz, duman, rutubetli ortam, ağaç ve çiçek polenleri gibi) uzak olması en az uygulanan tedaviler kadar önemlidir. Verilen raporlar göz önüne alındığında, cezaevimiz yerleşiminin ağaçlık bir bölgede olması nedeniyle*

hastanın alerjik durumu ve astım hastalığının da tetiklenmemesi ve ilerlememesi için daha uygun bir cezaevine nakli" uygun görülmüştür. Aynı Kurum doktoru, 18/7/2011 tarihli raporunda ise başvurucuya *astım bronşiale* tanısının konduğunu; bu sebeple tozlu, dumanlı, rutubetli ortamlarda kalmaması, koğuşun havalandırılması, koğuşta hava sirkülasyonunun sağlanması gerektiğini belirtmiştir.

12. Başvurucunun, alınan raporlarını da sunarak hastalık nedeniyle naklini talep etmesi üzerine Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü (Genel Müdürlük) 12/7/2011 tarihinde hastalık nedeniyle ve yol masraflarını ödemesi koşuluyla başvurucunun Nazilli E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmesine karar vermiştir.

13. Başvurucu Nazilli E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmesinden sonra Disiplin Kurulu Başkanlığının 23/8/2011 tarihli kararıyla on gün hücre cezası almış, karar Nazilli İnfaz Hâkimliğinin 26/9/2011 tarihli kararıyla onanmıştır. Başvurucu hücre cezasının infaz edilip edilemeyeceğinin tespiti için Nazilli Devlet Hastanesine sevk edilmiştir. Hastaneden alınan 11/10/2011 tarihli sağlık raporunda *" hastanın mevcut klinik durumu ve verilen heyet raporlarına istinaden ... kişinin hücre ortamında kalması sağlığı açısından sakıncalı olduğu"*nun belirtilmesi üzerine Nazilli E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Disiplin Kurulu Başkanlığının 20/10/2011 tarihli ve 2011/6 sayılı kararıyla başvurucu hakkında daha önceden verilmiş olan on gün hücre cezası yirmi gün ziyaretçi kabulünden men cezasına çevrilmiştir.

14. Yine başvurucu hakkında Nazilli Devlet Hastanesinden alınan 1/12/2011 tarihli sağlık kurulu raporunda *"sağlık sorunundan ötürü başka bir ilde bulunan infaz kurumuna naklinin uygun olduğu"*belirtilmiştir. Başvurucu, çeşitli tarihlerde (28/8-15/11-1/12-4/12/2011, 1/1/2012) yazdığı dilekçelerle Kurumda yakılan kömürün ve Kurum koşullarının, sağlığını olumsuz yönde etkilediğini belirterek naklini talep etmiştir.

15. Mezkûr rapora istinaden başvurucunun 12/1/2012 tarihinde, hastalık nedeniyle ve yol masraflarını ödemesi koşuluyla Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmesine karar verilmiştir.

16. Başvurucuya Nazilli E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Disiplin Kurulu Başkanlığınca 29/12/2011 tarihinde verilen ve Nazilli İnfaz Hâkimliğince 10/2/2012 tarihinde onanan on iki gün hücre cezası, cezayı infaz edecek Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü Disiplin Kurulu Başkanlığınca Nazilli Devlet Hastanesinden alınan 11/10/2011 tarihli sağlık raporu dikkate alınarak yirmi dört gün ziyaretçi kabulünden men cezasına çevrilmiştir.

17. Başvurucu Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktayken Antalya Eğitim ve Araştırma Hastanesinden alınan 1/6/2012 tarihli ve 6733 sayılı sağlık kurulu raporunda *"Hastalığının tedavisi mahalinde yapılabilir. Astım bronşiale krizi halinde acil tedavisi gereklidir."* tespiti yapılmıştır.

18. Başvurucu çeşitli tarihlerde Antalya'nın nem oranının sağlığını olumsuz etkilediğini, Aydın'da olan ailesini bir daha görememek pahasına olsa da İstanbul'da hasta mahkûmlar için açılan Metris R Tipi Ceza İnfaz Kurumuna naklini talep etmiştir.

19. Başvurucu, Genel Müdürlüğün 10/8/2012 tarihli kararına istinaden 18/8/2012 tarihinde güvenlik gerekçesiyle Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiştir.

2. Başvurucunun Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda Yaşadığı Süreç

a. Oda Değişiklikleri

20. Başvurucu, Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledildikten sonra 23/8/2012 tarihine kadar geçici olarak bodrum kat G blok 1. koridor 1. müşahede odasında tutulmuştur.

21. Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü İdari ve Gözlem Kurulu Başkanlığı 23/8/2012 tarihli ve 2012/4105 sayılı kararıyla başvurucunun zemin kat A blok 4. koridor 3 No.lu odaya yerleştirilmesine karar vermiştir.

22. İdari ve Gözlem Kurulu Başkanlığı 23/8/2012 tarihinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olanların bahçe saatlerini görüşmek üzere toplanmış ve 2012/4111 sayılı kararıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olanların ceza sürelerinin fazlalığı nedeniyle topluma kazandırılmaları, sağlıkları ve güvenlikleri açısından bahçe saatlerinin sabah 09.00'da başlayıp 11.00'de bitmesine, öğleden sonra ise yaz aylarında 17.00'de başlayıp 19.00'da bitmesine (kış aylarında 13.30'da başlayıp 15.30'da bitmesine) karar vermiştir.

23. 3 No.lu odada kalan başvurucu ile 1 ve 2 No.lu odalarda kalan hükümlülerin 31/8/2012 tarihinde, anlaşamadıkları ve huzursuzluk yaşadıklarından bahisle havalandırma bahçesine ayrı ayrı çıkmayı talep etmeleri üzerine İdari ve Gözlem Kurulu Başkanlığı 3/9/2012 tarihli ve 2012/4201 sayılı kararıyla 1, 2 ve 3 No.lu odalarda kalan hükümlülerin ayrı ayrı saatlerde havalandırma bahçesine çıkmaları yönünde karar vermişse de aynı Kurul Başkanlığı 24/9/2012 tarihinde yeniden toplanarak 3/9/2012 tarihli ve 2012/4201 sayılı

kararı iptal ederek 1, 2, ve 3 No.lu odalarda kalan hükümlülerin sabah 09.00-11.00, öğleden sonra ise yaz aylarında 17.00-19.00 (kış aylarında 13.30-15.30) saatlerinde havalandırma bahçesini kullanmalarına karar vermiştir.

24. Başvurucunun kaldığı 3 No.lu odanın havalandırmasının üçgen biçiminde olması nedeniyle yetersiz gelmesi, 1 ve 2 No.lu odadaki hükümlülerin sigara içmeleri nedeniyle odasının değiştirilmesini talep etmesi sonucu 5/10/2012 tarihinde İdari ve Gözlem Kurulu Başkanlığı başvurucunun B blok 1. koridor 8 No.lu odaya yerleştirilmesine karar vermiştir.

25. Başvurucunun, 8 No.lu odaya civardaki tavuk çiftliklerinden keskin kokular gelmesinden şikâyet etmesi üzerine 19/10/2012 tarihli karar ile tavuk çiftliğinin tersi istikamette bulunan ve sigara içmeyenlerle birlikte havalandırma bahçesini kullanabileceği C blok 1. koridor 2 No.lu odaya yerleştirilmesine karar verilmiştir.

26. Başvurucunun oda ve koğuşunun değiştirilerek birkaç metrekare daha büyük olan ve yeni boşalan zemin kat C blok 2. koridor 5 No.lu odaya yerleştirilmesini talep etmesi üzerine 20/12/2012 tarihinde toplanan İdari ve Gözlem Kurulu Başkanlığı, talep edilen odanın sağındaki ve solundaki odalarda sigara içiliyor olması ve hükümlünün astım hastası olması sebebiyle sağlığını olumsuz yönde etkileyeceğinden oda değişikliğini uygun görmemiştir.

b. Başvurucunun Sağlık Durumu ve Nakil Talepleri

27. Başvurucu hastalığı nedeniyle Metris R Tipi Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmesini talep etmiştir. Genel Müdürlük talebi değerlendirebilmek için 19/7/2013 tarihli yazısıyla başvurucunun son sağlık durumuna göre tedavi görmesini gerektirir bir rahatsızlığının olup olmadığı, varsa hastalığın sebebi, ne tür bir tedavi uygulanması gerektiği veya önerildiği, tedavisinin mahallinde yapılıp yapılamadığı, yapılamıyorsa nedeninin açıkça belirtilmesinin araştırılması için başvurucu hakkında sağlık raporu düzenlenmesini istemiştir. 31/7/2013 tarihinde Pamukkale Üniversitesinden alınan sağlık kurulu raporunda *"hastanın semptomlarına bakıldığı zaman son bir ayda gece uyanmaları, nefes darlığı ve hırıltı şikayeti haftada üçten fazla olduğu görülmektedir. Solunum fonksiyon testleri normal gözükmesine rağmen bu klinikte astımın kontrol altında olmadığı her an hayatı tehdit edici atak riski altında olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle çevresel koşulların daha uygun (keskin kokular, sigara dumanı, rutubet, hava kirliliği vs bulunmadığı) bir yere naklinin uygun"* olduğu belirtilmiştir.

28. Alınan rapor üzerine Genel Müdürlük 4/9/2013 tarihinde, üstteki paragrafta anılan sağlık kurulu raporunda belirtilen hususları gözönünde bulundurarak gerekli önlemlerin alınmasını ve başvurucunun cezasının infa-

zına bulunduğu Ceza İnfaz Kurumunda devam olunması gerektiği şeklinde karar vermiştir.

29. Başvurucunun, 9/9/2013 tarihli dilekçesiyle hakkındaki raporda hayati risk altında olduğunun ve naklinin öneminin vurgulandığını, bulunduğu Kurumun yanındaki tavuk çiftliğinden, mermer ve taş ocaklarından gelen koku, duman ve tozların astım krizlerine neden olduğunu belirterek astım-immünoloji hastanesinin olduğu bir yere naklini talep etmesi üzerine Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü 10/9/2013 tarihinde tekrar bir sağlık raporu düzenlenmesini istemiştir. Bu raporda Genel Müdürlüğün 19/7/2013 tarihli yazısıyla başvurucunun son sağlık durumuna göre tedavi görmesini gerektirir bir rahatsızlığının olup olmadığı, varsa hastalığın sebebi, ne tür bir tedavi uygulanması gerektiği veya önerildiği, tedavisinin mahallinde yapılıp yapılamadığı, yapılamıyorsa nedeninin açıkça belirtilmesi gerektiği, ayrıca 31/7/2013 tarihli raporda tedavinin Denizli ilinde yapılıp yapılamayacağı, yapılamama nedeninin açıkça belirtilmediği anlaşıldığından Pamukkale Üniversitesinden yeni bir rapor tanzim edilmesi istenmiştir. Bunun üzerine Göğüs Hastalıkları Anabilim Dalı Başkanınca 30/9/2013 tarihli aşağıdaki yazı hazırlanmıştır:

"Astım çeşitli alerjenlere ya da tahriş edici etkenlere bağlı olarak havayollarında yangı ve daralmayla seyreder. Bu daralma geçici olup kendiliğinden veya ilaçlarla düzelebilir. Muayene sırasında hastalık kontrol altında ise solunum fonksiyonlarında herhangi bir bozukluğa rastlanmaz. (...) Astım tam olarak tedavi edilebilir bir hastalık değildir. Bu nedenle sadece Denizli'de dünyanın hiçbir yerinde tam tedaviden bahsetmek mümkün değildir. Ama astımda temel sorun nerede nasıl tedavi edileceğinden ziyade tedavi altındayken bile hastanın hastalığının kontrol altında olup olmamasıdır. (...) Eğer Mete Dursun'un bize bildirdiği gibi şikayetleri varsa tedaviye rağmen hastalıklarının kontrol altında olmadığına karar veririz. Böyle bir durumda öncelikle hastanın yaşadığı ortamın düzeltilmesi gerekir. Aşırı koku, toz sigara dumanı, diğer tahriş edici dumanların olmadığı ve düzenli havalandırılan, soğuk olmayan bir ortamın sağlanması hastalığın kontrolünü sağlamada atılacak ilk adımlar olmalıdır. (...) "

30. Pamukkale Üniversitesinden 3/10/2013 tarihinde alınan sağlık kurulu raporunda da yukarıdaki hususlar aynen tekrar edilmiştir.

31. Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü 13/11/2013 tarihinde, 30/9/2013 tarihli raporda belirtilen sebeplerle başvurucunun naklinin uygun görülmediği ve raporda belirtilen hususlar göz önüne alınarak gerekli önlemlerin alınmasını ve başvurucunun cezasının infazına bulunduğu Ceza İnfaz Kurumunda devam olunması gerektiği şeklinde karar vermiştir. Başvurucunun daha sonra 11/11/2013 ve 27/12/2013 tarihlerinde de astım-immunoloji hastanesinin olduğu İstanbul iline veya daha önce herhangi bir sağlık sorunu yaşamadan

kaldığı Aydın E Tipi veya Yenipazar Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarından birine naklini içeren aynı taleplerde bulunması üzerine 13/11/2013 tarihli ret yazısıyla cevap verilmiştir.

32. Başvurucu hakkında 22/1/2014 tarihinde Pamukkale Üniversitesi sağlık kurulu raporunda önceki tanılara ilave olarak *hiperlipidemi*, *hipertansiyon* tanısı konmuş ve başvurucunun her an için astım atağına girme ihtimalinden dolayı *"Odada tek başına kalması uygun değildir. Odası havadar, sigara içilmeyen, güneş gören geniş bir oda olmalıdır; sigara dumanı, temizlik ve kozmetik ürünler hastalığı alevlendirdiği için böyle ortamların oluşmaması sağlanmalıdır. Tüm bu şartlar sağlanamadığı takdirde başvurucunun çevresel koşulları daha uygun olan başka bir yere sevki uygundur."* denilmiştir.

33. Başvurucunun 10/2/2014 tarihinde hastalık nedeniyle naklini talep etmesine istinaden Genel Müdürlük 21/2/2014 tarihli yazında başvurucunun hastalık nedeniyle ve yol masraflarını ödemesi koşuluyla Ödemiş M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmesine karar vermiştir.

c. Başvurucunun Denizli İnfaz Hâkimliğine Başvurusu Neticesinde Verilen Kararlar

34. Başvurucu 28/8/2012 tarihli dilekçesiyle Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna geldikten sonra sağlık durumunu (astım bronşit, ileri derecede alerji, kalp ritim bozukluğu hastası) Kurum müdürüne anlatarak raporlarını sunmasına ve cezasının sağlığını koruyabilecek şartlarda çektirilmesini istemesine rağmen iki kişinin de sigara içtiği bir üniteye verildiğini, 18 metrekarelik havalandırma bahçesine sigara içen kişilerle birlikte günde toplam dört saat çıkarıldığını, geriye kalan yirmi saati 5 metrekare büyüklüğünde yürüyecek yeri ve havalandırma penceresi olmayan sadece 30x40 cm ebadında tuvalet penceresi olan rutubetli bir odada geçirdiğini ileri sürmüş ve ileri derecede astım hastası olması nedeniyle Ceza İnfaz Kurumunun bu koşullarının iyileştirilmesini Denizli İnfaz Hâkimliğinden talep etmiştir. Denizli İnfaz Hâkimliği 18/9/2012 tarihli ve E.2012/456, K.2012/455 sayılı kararıyla talebin reddine karar vermiştir.

35. Ret kararının gerekçesi şöyledir:

"...

Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun 5/9/2012 tarihli ve 2012/26966 sayılı yazıları ile hükümlü Mete DURSUN' un Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 10/8/2012 tarihli ve 117085 sayılı emirleri ile Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan güvenlik nedeniyle 18/8/2012 tarihinde kurumlarına geldiği, muhtelif suçlardan Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesinin

14/6/2010 tarihli ve 2010/816 sayılı içtima kararı ile ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olduğundan Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazının 25. maddesinin 1. a-b ve devamı fıkraları gereğince "Hükümlü tek kişilik odada barındırılır, hükümlüye günde 1 saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır" hükümleri gereğince hükümlünün tek kişilik oda olan ve üç kişinin aynı havalandırma bahçesini kullandığı zemin A 4/3 nolu odaya verildiği, durumları ve iyi halleri göz önüne alınarak açık havaya çıkma haklarının 2 saate çıkarıldığı, hükümlü Mete DURSUN havalandırma bahçesine yan odasında kalan hükümlülerden ayrı olarak tek başına çıkmak istediğini beyan ettiğinden havalandırma bahçesine tek başına 17.30 -19.30 saatleri arasında çıkartıldığı, Ceza İnfaz Kurumumuz tek kişilik odaların bulunduğu blokların fiziki yapısının bu şekilde olduğu, cezasından dolayı çoklu odaların bulunduğu kısımlara verilemediği, sağlığı yönünden Aile hekimliğimiz tarafından gerekli takiplerinin yapıldığı bildirilmiş olmakla, hükümlünün talep başvurusu yerinde görülmediğinden..."

36. Başvurucunun babası 28/9/2012 tarihinde ileri derecede astım hastası olan oğlu Mete Dursun'un sigara içenlerle aynı üniteye yerleştirilmesi, avlu havalandırmasının çok sınırlı olması, kaldığı odada mutfağın ve pencerenin olmaması sebebiyle sağlığının kötüye gittiğini ileri sürmüş ve Ceza İnfaz Kurumu koşullarının iyileştirilmesi talebiyle Denizli İnfaz Hâkimliğine başvurmuş; Mahkeme, mükerrer talebi 1/10/2012 tarihli ve E.2012/456, K.2012/455 sayılı kararıyla reddetmiştir.

37. Başvurucunun itirazı üzerine Denizli 2. Ağır Ceza Mahkemesi 31/10/2012 tarihli ve 2012/1336 Değişik İş sayılı kararıyla itirazı reddetmiş ve karar aynı tarihte kesinleşmiştir.

38. İtirazın reddi kararının gerekçesi şöyledir:

"Hükümlüye ait İnfaz Hâkimliği dosyasının incelenmesinde hükümlünün 28/8/2012 havale tarihli dilekçe ile sağlık sorunlarına ilişkin raporları eklemek suretiyle Ceza İnfaz Kurumu'nda sağlığını koruyabileceği imkanlarının oluşturulması talebinde bulunması üzerine Denizli İnfaz Hâkimliği'nce hükümlü ile ilgili yapılan işlemlerin araştırılarak bildirilmesi hususunda Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'ne yazı yazıldığı, Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nün 5/9/2012 tarihli cevabı yazısında hükümlünün durumu ve iyi hali gözönüne alınarak açık havaya çıkma hakkının iki saate çıkarıldığı, havalandırma bahçesine diğer hükümlülerden ayrı olarak tek başına çıkarıldığı, hükümlünün cezasının niteliği itibari ile çoklu odaların bulunduğu kısımlara verilemediği, sağlığı yönünden aile hekimliği tarafından gerekli takiplerinin yapıldığının bildirilmesi üzerine Denizli İnfaz Hâkimliği'nin 18/9/2012 tarihli ve E.2012/456, K.2012/455 sayılı kararı ile hükümlünün talebinin yerinde görülmediğinden reddine karar ve-

rildiği, bu kararda usul ve yasaya aykırılık bulunmadığı, hükümlünün babası M. DURSUN tarafından hükümlünün sağlık durumuna göre cezaevi şartlarının düzeltilmesi yönünde talepte bulunulması üzerine aynı doğrultudaki taleple ilgili daha önce İnfaz Hâkimliği'nce karar verilmiş olması nedeniyle mükerrer talebin reddine karar verildiği, bu kararın da usul ve yasaya uygun olduğu anlaşıldığından hükümlünün vaki itirazının reddine karar vermek gerekmiştir."

39. Ret kararının başvurucuya 12/11/2012 tarihinde tebliğ edildiği ve 7/12/2012 tarihli bireysel başvuruda süre aşımı olmadığı tespit edilmiştir.

d. Başvurucunun Kurum Müdürü Hakkında Suç Duyurusunda Bulunması ve Devam Eden Süreç

40. Başvurucu; bireysel başvuru tarihinden sonra 5/9/2013 tarihli dilekçe ile Kurum müdürünün, Bakanlığa yazdığı nakil talepleri ve Cumhuriyet savcısıyla odanın durumu hakkında konuşması nedeniyle kendisine kasten tavır aldığını, sağlık durumu hakkında hiçbir şey yapmadığını, dilekçelerinin ilgili yerlere iletilmediğini, kendi gibi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını infaz eden ve hayati riski olduğuna dair heyet raporu bile olmayan H.K.nın dört kişilik odaya alınmasına, L.B.nin havalandırma kapısının sürekli açık bırakılmasına rağmen kendi taleplerinin dikkate alınmadığını belirterek Kurum müdüründen şikâyetçi olmuştur.

41. Kurum müdürü verdiği yazılı savunmasında başvurucunun talepleri doğrultusunda odasının değiştirildiğinden, havalandırmanın dört saate çıkarıldığından, keskin kokulardan etkilenmeyeceği bir bölüme yerleştirildiğinden ancak traverten taşlarının tozlarından oluşan hava kirliliği ile hükümlü tutuklu odalarındaki rutubetin fiziki yapıdan kaynaklanması nedeniyle alınabilecek bir önlemin olmadığından bahsetmiştir. Kurum müdürü ayrıca başvurucunun "*Cumhuriyet Savcısının verdiği görevleri yerine getirmiyorsunuz, benim sağlığım ile ilgilenmiyorsunuz, Cumhuriyet Başsavcılığına ve Adalet Bakanlığına şikâyet edeceğim."* demesi üzerine ilgili tüzüğe göre Kurum müdürlüğünü sürdürdüğünü, Kurumdaki hükümlü ve tutuklulara ayrı davranmadığını,*"-Kurumu savcı değil, ben yönetirim."* ifadesini kanun, tüzük, yönetmelikler doğrultusunda «*yönetir*" şeklinde ifade ettiğini ve yine K.T. hakkında verilen *"tek başına kalmayacağı bir koğuşta kalması uygun olduğuna"* dair rapor üzerine çoklu odada tutulduğunu, L.B.nin ise şartlı tahliyeden geri alınan cezasının infazı nedeniyle tam gün havalandırma kapısının açık olduğunu, bu cezanın bitmesiyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası için ayrılan bölüme geri alınacağını ve başvurucu hakkında alınabilecek tüm tedbirlerin alındığını belirtmiştir.

42. Başvurucu; Denizli Cumhuriyet Başsavcılığına sunduğu 25/11/2013 ve 27/11/2013 tarihli dilekçeleriyle sağlık kurullarınca verilen raporlara istina-

den başka bir ceza infaz kurumuna nakil talep ettiğini, buna karşın Genel Müdürlüğün sağlık kurulu raporunda belirtilen hususlar göz önünde bulundurularak gerekli önlemlerin alınmasını ve başvurucunun cezasının infazına, bulunduğu Ceza İnfaz Kurumunda devam olunması gerektiği şeklinde cevap vermesine rağmen Kurum müdürünün kasten hiçbir iyileştirme yapmadığını ve nakli için alınması istenen sağlık kurulu raporlarına gerekli açıklıkta üst yazı yazılmadığı için yanlış veya eksik sağlık raporu düzenlenmesine sebep olduğunu belirterek şikâyetçi olmuştur.

43. Başvurucunun yan odasında kalan hükümlü M.Y., 24/12/2013 tarihli dilekçesiyle kaldıkları odaların 8 metrekare olduğunu, kaldıkları Kurumun etrafındaki tavuk çiftliği ile taş ve mermer ocaklarının tozlarına kendilerinin bile zor dayandığını, başvurucu Mete Dursun'un bunlardan korunmak için odasının camını kapatınca havasız kaldığını ve hastalığı nedeniyle sürekli kriz geçirdiğini, aynı blokta kalan dokuz kişiden altısının (yan avluya bakan) sigara içtiğini ve koridordan gelen dumana maruz kaldıklarını, Kurum müdürünün; sağlık kurulunun *"Hayati risk altında olduğundan başka kuruma nakli gerekir."* şeklindeki raporundan tavuk çiftliklerinin ve taş ocaklarının etkisi anlaşılmadığından bu durumun raporda belirtilmesi gerektiği söylenmesine rağmen yeni alınacak doktor raporunda da aynı üst yazıyla sorular sorarak eksik rapor düzenlenmesine neden olduğunu, hiçbir koşulun iyileştirmediğini, yine Kurum müdüründen istenen yardıma rağmen başvurucuyla ilgilenilmediğini, Savcının *"5 No.lu tekli odalara verilsin."* (Her blokta toplam dokuz oda vardır ve 5 No.lu oda dışındaki odalar 8 metrekare iken 5 No.lu oda 14 metrekaredir.) demesine kızıp öfkelendiğini, bir zaman sonra 5 No.lu oda boşaldığında yan odalarında sigara içildiği bahanesiyle başvurucunun bu odaya geçirilmediğini, hâlbuki 4 ve 6 No.lu odalar aynı büyüklükte olduğundan gerekli değişiklikler kolayca yapılabilecekken kasten yapılmadığını, Kurumu savcının değil, kendinin yönettiğini söylediğini, sonuç olarak Kurum müdürünün Mete Dursun'a kasten ve düşmanca hislerle eziyet çektirdiğini belirterek Kurum müdürünün eylemleri hakkında suç duyurusunda bulunmuştur.

44. Denizli Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma kapsamında başvurucu, Kurum müdürü ve Kurum doktorunun ifadeleri alınmıştır. Başvurucu genel olarak maruz kaldığı tutumdan, sigara dumanından korunamamasından, 1. kattaki rutubetsiz odalardan birine veya biraz daha büyük olan 5 No.lu odaya nakledilmemesinden, sonuç olarak bulunduğu Kurumda hastalığı nedeniyle kendisine uygun ortam sağlanmadığından bahsetmiş; sadece sağlığına uygun koşulların oluşturulmasını istemiş, Kurum müdüründen şikâyetçi olmamıştır. Kurum müdürü ise başvurucunun odasının birkaç defa değiştirildiğini, havalandırmaya 4 saat çıkartıldığını, çevre köylerdeki çiftçilerin tarlalarına tavuk gübresi dökmesinden kaynaklanan kokuya

ve mermer ocaklarından kaynaklanan toz ve dumana yapabilecekleri bir şey olmadığını, rutubetsiz olan 1. kattaki odaların dolu olması ve 5 No.lu odaların ise rutubet ile koku durumunun aynı olması nedeniyle başvurucunun buralara yerleştirilmediğini, yan odasında sigara içmeyenlerin olduğunu fakat karşı odalardaki sigara dumanını imkânlar ölçüsünde giderdiklerini ifade etmiştir. Kurum doktoru ise talebi doğrultusunda ve başvurucunun sağlık durumu da dikkate alınarak idarece gerekli önlemlerin alındığını, başvurucunun Kurumda gözlem altında olduğunu ve hayati tehlikesi olmadığını ancak yörenin iklim şartlarının karasal karakteri nedeniyle soğuk ve kuru havanın rahatsızlığı tetikleyeceğini, Kurumun arkasında bulunan tavuk çiftliği ve mermer işletmelerinden gelen koku ve tozun da (Çevre sağlık teknisyenlerinin inceleme için geldikleri gün hava sirkülâsyonu veya başka sebeplerle koku tespit edilememiştir.) rahatsızlığını olumsuz etkileyebileceğini vurgulamıştır.

45. Denizli Cumhuriyet Başsavcılığı toplanan tüm deliller kapsamında 3/1/2014 tarihli ve 2014/122 sayılı karar ile kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Başvurucunun bu karara itirazı üzerine Nazilli 1. Ağır Ceza Mahkemesi 19/2/2014 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir.

46. Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü 2/1/2014 tarihinde Denizli Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğüne yazı yazarak kurum yerleşkesi etrafında bulunan tavuk çiftliğinden gelen keskin kokudan ve mermer ocaklarından gelen traverten taşlarının tozlarından astım hastası olan tutuklu/hükümlülerin etkilendiğini, tavuk çiftliği ve mermer ocaklarına yönelik gerekli ölçümlerin yapılarak Kuruma bildirilmesini istemiştir.

47. Denizli Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğü 7/2/2014 tarihli yazısıyla Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan önceki yıl da bu konuda dilekçeler alınması üzerine yapılan incelemede yakın çevrede herhangi bir tavuk çiftliğine rastlanmadığı ancak Kurum etrafındaki boş arazilere tavuk gübresi döküldüğünün tespit edilmesi üzerine gübrenin ilgili Belediyeye kaldırtıldığı, talep üzerine yapılan son denetimde tavuk çiftliği görülmediği gibi boş arazilere dökülmüş tavuk gübresine de rastlanmadığı ve herhangi bir koku da bulunmadığı, ayrıca denetim esnasında mermer tozuna da rastlanılmadığı ve durumun kendilerince takip altında olduğu belirtilmiştir.

3. Başvurucunun Hastalık Nedeniyle Nakli ve Sonrasında Devam Eden Süreç

48. Başvurucunun 10/2/2014 tarihinde hastalık nedeniyle naklini talep etmesine istinaden Genel Müdürlük tarafından 21/2/2014 tarihli yazıyla başvurucunun hastalık nedeniyle ve yol masraflarını ödemesi koşuluyla Ödemiş M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmesine karar verilmiştir. Baş-

vurucu Ödemiş M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda her ne kadar sağlığı açısından sorun yaşamamışsa da hasımlarının olması ve can güvenliğinin olmaması nedeniyle nakil talep etmiş ve 2/4/2014 tarihinde güvenlik nedeniyle İzmir 2 No.lu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiştir.

49. Bu Kurumun İdare ve Gözlem Kurulu 3/4/2014 tarihinde toplanarak başvurucunun durumunu değerlendirerek kalacağı odanın sürekli güneş gören ve havalandırmasının yeteri kadar açık olabilecek, astım atağına girmesi durumunda ilk yardım müdahalesinin yapılması için ani müdahale birimine yakın, alerji yapabilecek durum ve temaslardan uzak olacak bir oda olması gerektiği fakat Kurumda bulunan tekli odaların bu koşulları sağlamadığı, bu sebeple konumu nedeniyle B-2 Blok 54 No.lu odanın hasta koğuşu olarak geçici olarak tahsisine, bu odada tek kalması uygun olmadığından bu koğuşta kalan hasta hükümlü/tutukluların yanına gönüllülük esasına dayalı hasta bakımını üstlenecek bir hükümlü verilmesine, talepler doğrultusunda odaların sık sık havalandırılmasına ve en az dört saat havalandırılmasına karar vermiştir. Ancak başvurucu bu odada yalnız kalmıştır.

50. Kurumun Psiko-Sosyal Servisi, başvurucuyla yaptığı görüşme ve UYAP üzerinden incelenen dosyaya göre kronik astım hastası olan başvurucunun hastalığının ağır seyrettiğini, hastane ve doktor raporlarına göre bazı maddelere alerjisi olduğunu tespit etmiştir. Kurumun ve sosyal yaşam alanlarının özellikle açık veya kapalı spor salonlarının bu alerjenlerden arındırılması mümkün olmadığından başvurucunun sağlığını riske atmamak için tedbir amacıyla sosyal faaliyetlere başlatılmama kararı alınmıştır.

51. 30/10/2014 tarihinde toplanan İdare ve Gözlem Kurulu, başvurucunun önceden alınan tüm sağlık raporları ve Kurumlarının fiziki yapısı ve konumunu birlikte değerlendirmesi neticesinde Kurumlarının çukur bir konumda bulunması nedeniyle rüzgârla taşınan toz, polen, duman vs.nin başvurucunun sağlık durumunu olumsuz etkilediğini bu nedenle başvurucunun muhtelif zamanlarda beş kez hastaneye sevk edildiğini; Kurumda, raporlarda belirtilen polikliniklerin bulunmadığını, en yakın sağlık kurumunun 18,6 km mesafede olup ulaşımın güç koşullarda sağlandığını, ayrıca ani müdahale gerektiren astım ataklarında 112 acil ekiplerinin Kuruma ulaşmasında ve hastanın hastaneye naklinde yaşanan zorlukların da başvurucu için hayati risk oluşturduğunu, Kurumdaki tek kişilik odaların fiziki yapısı nedeniyle raporlarda belirtilen havalandırma şartlarının yeteri kadar sağlanamadığını ve başvurucunun grup hâlindeki iyileştirme çalışmalarına ve sportif faaliyetlere katılamadığını belirterek müessif bir durumun yaşanmaması, başvurucunun tedavisinin ve infazının birlikte yürütülmesi ve belirtilen risklerin önlenmesi amacıyla başvurucunun R (rehabilitasyon) tipi kapalı ceza infaz kurumların-

dan birine veya bünyesinde sağlık ocağı bulunan ceza infaz kurumu kampüslerine naklinin uygun olacağı anlaşıldığından bu hususta alınan kararın takdir ve gereği için Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesine karar vermiştir.

52. Başvurucunun R (Rehabilitasyon) tipi kapalı ceza infaz kurumuna veya 24 saat sağlık hizmeti veren ceza infaz kurumu kampüslerinden birine naklini talep etmesi üzerine Ceza ve Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü 15/5/2015 tarihinde; başvurucunun Kurumda en uygun odaya yerleştirildiği, hâlen burada tek kaldığı, bu odada aşırı koku, toz, sigara dumanı vs. olmadığı, Kurumun imkânları doğrultusunda düzenli olarak havalandırılan ve soğuk olmayan bir ortamın sağlandığı, gerekli ilaç tedavilerinin uygulandığı, başvurucunun infazının ertelenmesi talebine ilişkin sürecin devam ettiği, daha önceki nakil taleplerinin de reddedildiği, 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun uyarınca Kurum idaresinin hastalık nedeniyle nakil talep etme yetkisinin olmadığı ve tüm hükümlü ve tutukluların sağlık sorunları ile ilgili gerekli tüm tetkik ve tedavilerin özenle yerine getirildiği gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

B. İlgili Hukuk

1. Ulusal Hukuk

53. 5275 sayılı Kanun'un 23. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (g) bentleri şöyledir:

"(1) Hükümlülerin gözlem ve sınıflandırılması aşağıdaki esaslara göre yapılır:

a) Hükümlülerin kişisel özellikleri, bedensel, aklî ve sağlık durumları, (...) belirlenerek, durumlarına uygun infaz kurumlarına ayrılmaları ve bunlara göre saptanacak infaz ve iyileştirme rejimi; gözlem, inceleme ve değerlendirme yöntemiyle çalışan gözlem ve sınıflandırma merkezlerinde veya kapalı ceza infaz kurumlarının bu hizmete ayrılan bölümlerinde yapılır. (...)

g) Gözlem sonunda, gözlem merkezi hükümlüye ait dosyayı görüşü ile birlikte Adalet Bakanlığına gönderir. Gözlem sonucuna göre hükümlünün gönderileceği infaz kurumu Bakanlıkça belirlenir. (...)"

54. 5275 sayılı Kanun'un 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri şöyledir:

"(1) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı rejimine ait esaslar aşağıda gösterilmiştir:"

a) Hükümlü, tek kişilik odada barındırılır.

b) Hükümlüye, günde bir saat açık havaya çıkma ve spor yapma hakkı tanınır.

c) Risk ve güvenlik gerekleri ile iyileştirme ve eğitim çalışmalarında gösterdiği gayret ve iyi hâle göre; hükümlünün, açık havaya çıkma ve spor yapma süresi uzatılabileceği gibi kendisi ile aynı ünitede kalan hükümlülerle temasta bulunmasına sınırlı olarak izin verilebilir.

... "

55. 5275 sayılı Kanun'un 26. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(2) Hükümlü, ceza infaz kurumunun güvenlik ve iyileştirme programlarına tam bir uyum göstermekle yükümlüdür. (...)"

56. 5275 sayılı Kanun'un 34. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendi şöyledir:

"(1) Kapalı ceza infaz kurumlarında oda ve koridor kapıları kapalı tutulur. Kapılar aşağıdaki hâllerde açılır:

(...)

f) Cezaevi idaresince gerekli görülen hâller. (...)"

57. 5275 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (c) bendi şöyledir:

"c) Hücreye koyma cezasına ilişkin disiplin cezalarının infazından önce ve infazı sırasında hükümlü, hekim tarafından muayene edilir. İlgilinin bu cezaya katlanamayacağı anlaşılırsa cezanın infazı sonraya bırakılır veya hekiminin belirleyeceği aralıklarla infaz edilir. Koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlünün iyileşemeyeceğinin tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesi sağlık kurulu raporu ile saptanması hâlinde hücreye koyma cezası infaz edilmez; yerine ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası iki katı süreyle uygulanır. Raporlar infaz dosyasına konulur."

58. 5275 sayılı Kanun'un 57. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

"(5) Hükümlü, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu raporuyla belirlendiği takdirde, başka kurumlara nakledilebilir."

59. 18/6/2012 tarihli ve 151 sayılı Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü Genelgesi'nin İkinci Bölümünün 9. maddesinin (6) numaralı fıkrası ise şöyledir:

"(6)Hükümlü veya tutuklunun sağlık nedeniyle başka kuruma naklinin kurum idaresince talep edilmesi veya hükümlü ve tutuklunun kendi talebi hâlinde, sağlık nedenleriyle bulunduğu kurumda kalmasının uygun olmadığı, kurum hekiminin önerisi ve en üst amirinin isteği üzerine alınacak sağlık kurulu raporuyla belirlendiği takdirde, başka kurumlara nakilleri yapılabilecektir."

60. 5275 sayılı Kanun'un 54. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 18/6/2012 tarihli ve 151 sayılı Genelge'nin İkinci Bölümünün 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri şöyledir:

"(1) Hükümlülerin kendi istekleri ile bulundukları kurumdan başka kurumlara nakledilebilmeleri için;

a) Gitmek istedikleri kurumlardan durumlarına uygun en az üç yeri belirten bir dilekçe vermeleri,

b) Nakil giderlerini peşin olarak ödemeyi kabul etmeleri,

(...)

gerekir. "

61. 5275 sayılı Kanun'un 71. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koğuşlarında tedavi ettirilir."

2. Uluslararası Belgeler

62. Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesinin (CPT) 2. Genel Raporu, 1992; 3. Genel Raporu, 1993; 2 Sayılı Tavsiye Kararına Ek, 2006.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

63. Mahkemenin 18/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 7/12/2012 tarihli ve 2012/1195 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

64. Başvurucu;

i. İleri düzeyde astım ve bronşit hastası olduğunu, hücreye benzer tek kişilik bir odada tutulduğunu, buradaki havalandırmanın yetersiz olduğunu, koğuş

kapısının günde bir defa ve koridora açıldığını hâlbuki 18/7/2011 tarihli Dr. A.O. imzalı raporda *"Koğuş havalandırması sürekli açık tutularak hava sirkülasyonu yapılmalı."* İfadesine yer verildiğini, aynı havalandırmayı kullanan diğer iki koğuştaki hükümlülerin sigara içtiğini ve sürekli sigara dumanına maruz kaldığını, astım krizi hâlinde acil müdahale edilmesi gerekmesine rağmen bu tür durumlarda doktora götürülmesini sağlayacak ya da görevlilere haber verecek kimsenin bulunmadığını, 8/4/2011 tarihinde ve daha sonrasında alınan birçok doktor/sağlık kurulu raporlarında «*tek kişilik odada kalmaması uygun görüldüğü"* hususunun vurgulandığını, aynı zamanda doktoru tarafından *"Tozlu, nemli rutubetli ortam ve polenlerden uzak durması gerekir."* şeklinde rapor verildiğini, raporlara göre barındırıldığı Ceza İnfaz Kurumu koşullarının iyileştirmesini istemesine ve Kurum koşullarının sağlığının günden güne kötüleşmesine sebep olduğunu belirtmesine rağmen talebinin Denizli İnfaz Hâkimliğince haksız olarak reddedildiğini,

ii. Bireysel başvuru yaptıktan sonra da şikâyetlerinin devam ettiğini, 31/7/2013 tarihinde Pamukkale Üniversitesinden alınan sağlık kurulu raporunda *"hayatı tehdit edici risk altında"* olduğunun vurgulandığını, nakil taleplerinin reddedilerek raporlarına göre gerekli önlemler alınmasının emredilmesine rağmen ne kaldığı odanın ne de diğer Kurum koşullarının iyileştirildiğini, direncini iyice yitirdiğini ve acil hastaneye kaldırılma olaylarının sıklaştığını, astımının ilerlediğini ve buna ek olarak hipertansiyon ve hiperlipdemi hastalıklarının başladığını, kasti olarak kendisine kötü davranan Kurum müdürü hakkında işlem yapılmadığını, İzmir (2) No.lu F Tipi Ceza İnfaz Kurumuna nakledildikten sonra alınan raporlarda da tek başına kalmasının hayati risk taşıdığı, sürekli hastalığının saptandığı ve bulunduğu Kurumun yönetimince; Kurum iç ve dış koşullarının yetersiz olduğu (iyileştirme ve sportif faaliyetlere dahi katılamadığı) ve Kurumda ilgili tıbbi servislerin olmadığı, hastanelerin ise uzak olduğu, hayati riskinin bulunduğu belirtilmesine rağmen uygun bir yere nakledilmediğini belirterek Anayasa›nın 17. maddesinde tanımlanan yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlalin tespiti ile ihlalin ortadan kaldırılması için gerekli önlemlerin ve kararların alınması talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

65. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde başvurucunun, ceza infaz Kurumunda hastalığına rağmen maruz bırakıldığı koşullardan şikâyet ettiği ve adli makamlarca koşulların düzeltilmesine ilişkin taleplerde bulunulmasına karşın Kurum yetkililerince yeterli önlemin alınmaması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğü anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı

olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Bu bağlamda başvurunun, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan işkence ve eziyet yasağının ihlali iddiasına yönelik olduğu değerlendirilmiştir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de ceza infaz kurumlarının kötü yaşam koşullarından şikâyetçi olan mahkûmların iddialarını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3. maddesi çerçevesinde incelemektedir. (*Hüseyin Yıldırım/Türkiye*, B. No: 2778/02, 3/5/2007, § 73; *Tekin Yıldız/Türkiye*, B. No: 52/1997/836/1042, 9/6/1998, §§ 70, 71; *Jalloh/Almanya* [BD], B. No: 54810/00, 11/7/2006, § 68).

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

66. Başvurunun incelenmesi neticesinde başvurucunun işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

67. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

"Herkes, . maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

68. Sözleşme'nin 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere tabi tutulamaz."

69. Başvurucu, hakkında verilen doktor raporlarında *"Tek kişilik odada kalamaz; tozlu, nemli rutubetli ortam ve polenlerden uzak durması gerekir, katkı maddeli hazır ve dondurulmuş gıdalar yiyemez ve hayati risk altındadır."* denilmesine rağmen zemin katta nemli, rutubetli ve havalandırması olmayan 5 metrekare büyüklüğünde bir odada barındırıldığını, sigara dumanına maruz bırakıldığını, Kurum müdürünün kendisine husumet beslemesi nedeniyle koşulların düzeltilmediğini ileri sürmektedir.

70. Bakanlık görüşünde başvurucunun; sağlık durumu göz önüne alınarak uygun ceza infaz kurumlarına nakledildiği, Denizli Ceza İnfaz Kurumunda barındırıldığı sürece kaldığı odaların, başvurucunun sağlık durumu gözetile-

rek seçildiğini, odasının yanındaki odalara sigara içmeyenlerin yerleştirildiği ki sigara içenler olsa bile başvurucunun bundan etkilenmeyeceği, bir saatlik açık havaya çıkma hakkının dört saate çıkarıldığı, Kurum Aile Hekimliğinde gerekli müdahalenin vakit kaybetmeksizin yapıldığı, mesai haricinde nöbetçi sağlık memurunun bulundurulduğu, çeşitli amaçlarla birçok kez hastaneye sevkedildiği, kurum çevresinden gelen kötü kokuların önlenmesi için ilgili yerlere yazı yazıldığı ve kokunun kaynağı tespit edilerek belediye tarafından müdahale edildiği belirtilerek, kötü muamele yasağının ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirme ve takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

71. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı sunduğu beyan dilekçesinde başvuru dilekçesindeki iddialarını tekrarlamıştır.

72. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında herkesin *"yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına"* sahip olduğu, Anayasa›nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kimseye *"işkence"*, *"eziyet"* yapılamayacağı ve kimsenin *"insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele ve cezaya"* tabi tutulamayacağı düzenlenmektedir. Bu düzenlemelerin amacı; bir taraftan bireyi kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı korumak, diğer taraftan bireyler arası ilişkilerde de insan onurunun korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını sağlamaktır. Ayrıca bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğü, Anayasa›nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer verilen *"maddi ve manevi varlık"* kapsamında yer almaktadır.

73. 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri,* B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 81).

74. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen hak kapsamında ayrıca 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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri,* B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 51).

75. Anılan koruma yükümlülüğü devlete, söz konusu kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye ma-

ruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yüklemektedir. Anılan yükümlülük, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutunun bir unsurunu, devletin kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Koruma doğrultusunda, yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerektiği bir kötü muamele tehlikesinin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda devletin, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında sorumluluğu ortaya çıkabilecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Mahmut Kaya/Türkiye*, B. No: 22535/93, 28/3/2000, § 115).

76. Anayasa ve Sözleşme tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin "işkence" olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkrada geçen *"eziyet"* ve *"insan haysiyetiyle bağdaşmayan"* muamele kavramları ile işkence 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 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme altına alınmış olan *"işkence"*, *"eziyet"* ve *"hakaret"* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır (*Cezmi Demir*, § 84).

77. Kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin "işkence"; bu seviyeye varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ızdıraba sebep olan insanlık dışı muameleler "eziyet"; mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak belirlenmesi mümkündür (*Tahir Canan*, § 22).

78. 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 eşiğin aşılıp 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 (*Tahir Canan*, § 23). Değerlendirmeye alınacak bu unsurlara muamelenin amacı ve kastı ile

ardındaki saik de eklenebilir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Aksoy/Türkiye*, 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 (*Cezmi Demir*, § 83; benzer yönde AİHM kararları için bkz. *Eğmez/Kıbrıs*, § 53; *Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

79. Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. Bir muamele hem eziyet hem de aşağılayıcı/insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olabilir. Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele, eziyet ya da işkence niteliğinde olmayabilir (*Cezmi Demir*, § 90).

80. Anayasanın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki *"Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."* şeklindeki kural, hükümlü ve tutuklulara yönelik uygulamalar için de geçerlidir. Bu husus, 5275 sayılı Kanun'un *"İnfazda temel ilke"* başlıklı 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında*"Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz."* ve yine Kanun›un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde *"Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir."* şeklinde düzenleme ile açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla verilen bir mahkûmiyet kararının veya tutuklama kararının infazında mahkûmlar için sağlanacak şartlar insan onuruna saygıyı koruyacak nitelikte olmalıdır (*Turan Günana*, B. No: 2013/3550, 9/11/2014, § 36).

81. Anayasa'nın 17. maddesi tutulan kişilere gerekli tıbbi yardımın sağlanmasını da gerektirir. Bu yükümlülük 17. maddenin devlete yüklediği özgürlüklerinden mahrum bırakılmış kişilerin fiziksel bütünlüklerini koruma yükümlülüğünden kaynaklanır. Gerekli tıbbi yardımın olmayışı acil bir tıbbi duruma ya da başvurucunun ağır ve uzun süreli bir acı çekmesine yol açtığı zaman insanlık dışı muamele söz konusu olur.

82. Cezaevlerinde kötü muamele olarak kabul edilecek hususlar birçok farklı şekilde tezahür edebilir. Bunların birçoğu cezaevi idaresi ve görevlilerinin kasıtlı davranışlarından kaynaklanabileceği gibi yönetimsel hatalar veya yetersiz kaynaklar sebebiyle de ortaya çıkabilir (*Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesinin (CPT) 2.Genel Raporu*, 1992, §44).

83. Bu nedenle mahkûmlar için bir cezaevindeki yaşam tüm yönleriyle değerlendirilmelidir. Cezaevlerindeki yaşam; mahkûmlara sunulan aktivitelerin genişliğinden, mahkûmlar ve ceza infaz görevlileri arasındaki ilişkilerin genel durumuna kadar geniş bir alanda değerlendirilmelidir (*CPT Standartları*, 2002). Bu değerlendirmede mahkûmlara karşı yapılan muamele ve uygulanan cezanın, Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca bir ihlal oluşturup oluşturmadığı hususunda yapılacak değerlendirmede AİHM kararları ile birlikte özellikle CPT'nin belirlediği standartlar ve ülkemiz hakkında hazırladıkları raporlar da gözönüne alınmalıdır (*Turan Günana*, § 37).

84. AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesi çerçevesinde cezaevinde tutulma koşullarını değerlendirirken başvurucular tarafından yapılan somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir (*Dougoz/Yunanistan*, B. No: 40907/98, 6/3/2001, § 46). Bu kapsamda, önlemlerin şiddeti, amacı ve bireyler için sonuçları birlikte değerlendirilmelidir (*Van der Ven/Hollanda*, B. No: 50901/99, 4/5/2003, § 51).

85. Tutulma koşulları hem mahkûmların içinde bulunduğu genel koşulları hem de cezaevi rejimi ve mahkûmların bulunduğu spesifik koşulları içerir. Bir mahkûmun içinde bulunduğu ortam veya kendisine empoze edilen koşulların Sözleşme'ye uygun olup olmadığını değerlendirirken mahkûmun koşullarını (yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu, tehlike teşkil edip etmediği ve mahkûmun tutuklu mu yoksa hükümlü mü olduğunu) dikkate almak gerekir. Özel gereksinimi olan bazı mahkûmların ihtiyaçlarının karşılanmaması küçük düşürücü muameleye, sağlık hizmetlerinin yetersiz olması insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele kavramının kapsamına giren durumlara hızla yol açabilir (*CPT'nin, 3. Genel Raporu*, 1993, §30).

86. Nitekim AİHM de ileri derecede özürlü olan bir mahkûmun 7 günlük cezasının infazı için cezaevine gönderilmeden önce nasıl bir yere götürüleceğinin incelenmediği, bu kişinin tüm ihtiyaçlarına cevap verebilecek kolaylıkların sağlanması konusunda hiçbir önlem alınmadığı ve mahkûmun içine konulduğu koşulların onun tıbbi durumu açısından tamamen yetersiz kaldığını tespit ettiği bir davada mahkûmu küçük düşürmek veya alçaltmak için kasıtlı bir niyet olduğuna dair herhangi bir delil olmamakla beraber ileri derecede özürlü olan bir kişinin sağlığı için tehlikeli olacak kadar soğuk bir ortamda tutulmasını, yatağı çok sert veya erişilemez olduğu için bedeninde yara açılması riskinin bulunduğu koşullarda tutulmasını 3. maddeye aykırılık teşkil eden küçük düşürücü muamele olarak değerlendirmiştir (*Price/The United Kingdom*, B. No: 33394/96, 10/7/2001, §§ 23-30).

87. Ceza İnfaz Kurumunda tutulan hükümlü ve tutuklular bakımından Anayasa'nın 17. maddesi devlete, kişilerin insan onuru ile bağdaşır koşullarda

tutulmalarını sağlama ve infazın yöntemi ile infaz sürecindeki davranışların mahkûmları, ceza infaz kurumunda kalma dolayısıyla zorunlu olarak ortaya çıkan sıkıntı ve üzüntü seviyesinden daha fazla bir ızdıraba maruz bırakmama pozitif yükümlülüğünü yüklemektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gülay Çetin/Türkiye*, B. No: 24626/09, 9/10/2012, § 101).

88. Maddi ve manevi olarak ortaya çıkan bir hastalığa bağlı bir acı tek başına, eğer yetkililerin sorumlu tutulabilecekleri tutma şartları ile daha da katlanıyorsa veya katlanma riski varsa bu tutma nedeniyle eylem Anayasa'nın 17. maddesinin uygulama alanına girebilecektir. Bir mahkûmun sağlığı ve rahatlığı için -hapsedilmenin pratik gerekleri de dikkate alınarak ve özellikle gerekli tedavilerin uygulanması yoluyla- uygun tedbirler almak devletin görev ve sorumluluğundadır. Nitekim hasta bir kişinin uygun olmayan fiziki ve tıbbi koşullarda tutulmasının kural olarak Anayasa'nın 17. maddesine aykırı bir muamele olarak kabul edilebileceği açıktır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Hüseyin Yıldırım/Türkiye*, § 73; *Tekin Yıldız/Türkiye*, §§ 70, 71; *Jalloh/Almanya*, § 68).

89. 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 karinelerden de oluşabilir. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, B. No: 5310/71, 18/1/1978, § 161; *Labita/İtalya,* B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 121). Bu bağlamda kanıtlar toplanırken tarafların takındıkları tutumlar dikkate alınmalıdır (*Tanlı/Türkiye,* B. No: 26129/95, 10/4/2001, § 109). Ancak bu uygun koşulların tespiti hâlinde bir kötü muamelenin varlığından bahsedilebilir (*Cuma Doygun,* B. No: 2013/394, 6/3/2014, § 28).

90. Başvuru konusu olayda başvurucu, kendisinin ileri düzeyde astım hastası olduğunu, doktorlar tarafından *"Tek başına kalmaması, tozlu, nemli, rutubetli ortam ve polenlerden uzak durması gerekir."* şeklinde rapor verildiğini, rapora göre Ceza İnfaz Kurumu koşullarında iyileştirme istemesine rağmen talebinin İnfaz Hâkimliği tarafından haksız olarak reddedilmesi nedeniyle Anayasa›nın 17. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

91. Anayasa Mahkemesi, ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların sağlık nedenleriyle yaptıkları başvurularda, başvurucunun ceza infaz kurumunda tutulma koşullarını, uygulanan tedavilerin kalitesini, başvurucunun ceza infaz kurumunda tutulmasının sağlık durumu üzerindeki etkisini ve bu durumun zamanla gösterdiği değişim gibi konuları inceleyerek Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan

hakların ihlal edilip edilmediğini her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir.

92. Belirlenen genel ilkeler ışığında ve somut davanın kendine özgü koşulları dikkate alındığında Anayasa Mahkemesince; başvuranın tutulma koşulları, başvurana uygulanan tedavi kalitesi, başvuranın ceza infaz kurumunda tutulmasının sağlık durumu üzerindeki etkisi ve bu durumun zamanla gösterdiği değişimin incelenmesi gerekecektir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Hüseyin Yıldırım/Türkiye*, § 73).

93. Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/6/2010 tarihli ve 2010/816 sayılı içtima kararı ile muhtelif suçlardan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olan başvurucu, Aydın Ceza İnfaz Kurumunda barındırılmaktayken kapasite doluluğu gerekçesiyle İzmir 1 No.lu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiş; bu Kurumun ağaçlık bir yerde olması ve başvurucunun rahatsızlığı nedeniyle bu durumdan ciddi şekilde etkilendiği sağlık raporlarıyla tespit edilince Nazilli E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiş ve burada da kömür madeninden çıkan gazlardan oluşan "rahatsızlık nedeniyle" Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna gönderilmiş fakat bu ildeki nem oranının sağlığını etkilediği iddiası ile naklini istemiş ve "güvenlik gerekçesiyle" Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiştir. Başvurucunun talep ve şikâyetleri ile doktor raporları dikkate alınarak "hastalık gerekçesiyle" başvurucu tekrar Ödemiş M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna, buradan da "güvenlik gerekçesiyle" İzmir 2 No.lu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiştir. Sonuç olarak başvurucu 16/2/2011 ile 2/4/2014 tarihleri arasında altı farklı ceza infaz kurumunda bulundurulmuştur. Nakillerden doğan masraflar başvurucu tarafından karşılanmıştır. Hâlbuki CPT, tutuklu ve hükümlülerin nakillerinin kamu otoritelerinin kontrolü altında yapılması ve nakil giderlerinin bu otoritelerce karşılanması gerektiğini belirtmiştir (*CPT, 2 Sayılı Tavsiye Kararlarına Ek*, 2006, § 32/3).

94. Başvurucu barındırıldığı Antalya L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan güvenlik nedeniyle 18/8/2012 tarihinde Denizli D Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledildikten sonra ilk yerleştirilmesine kadar bodrum katta müşahede odasında beş gün tutulmuş, daha sonra zemin katta 5 metrekare büyüklüğünde, sadece tuvaletinde 30x40 cm büyüklüğünde bir penceresi olan bir odada 44 gün boyunca barındırılmıştır. Başvurucu 44 gün boyunca üçgen biçiminde ve 17-18 metrekare büyüklüğünde olan havalandırma bahçesinden günde toplam dört saat yararlandırılmıştır. Bu süre zarfında başvurucunun çeşitli defalar yan odalarında kalan ve aynı havalandırma bahçesini kullanan diğer iki hükümlünün sigara içmesinden rahatsız olduğunu belirtmesi üzerine Kurumun İdari ve Gözlem Kurulu 3/9/2012 tarihinde hükümlülerin ayrı

saatlerde havalandırma bahçesine çıkmalarına karar vermişse de 24/9/2012 tarihinde bu karar iptal edilmiş ve başvurucu 13 gün daha sigara içen bu hükümlülerle aynı saatlerde havalandırma bahçesine çıkarılmıştır. Başvurucunun bu odadan şikâyet etmesi ve havalandırmasının yetersiz geldiğinin anlaşılması üzerine odası değiştirilmiş, bu sefer de civarda bulunan tavuk çiftliğinden veya boş arazilere atılan tavuk gübrelerinden gelen keskin kokulardan rahatsızlanan başvurucu, 15 gün de bu odada kaldıktan sonra odası değiştirilerek yine zemin katta bulunan 8 metrekare büyüklüğünde rutubetli bir odaya yerleştirilmiştir. Başvurucunun odası bu tarihten sonra bir daha değiştirilmemiştir.

95. Başvurucu hakkında verilen doktor/sağlık kurulu raporlarında başvurucunun tek kalmaması; toz, rutubet, sigara dumanı, soğuk hava, keskin kokular, hava kirliliği gibi faktörlerden uzak durması gerektiği vurgulanmasına rağmen başvurucu, Denizli Ceza İnfaz Kurumuna geldikten sonra iki ay boyunca havalandırması yetersiz, rutubetli bir odada dışarıdan gelen sigara dumanına ve keskin kokularla taş ve maden tozlarına maruz bırakılmış, mevcut odasından bir buçuk kat büyük bir kişilik bir odanın boşalmış olmasına rağmen buraya yerleştirilmemiş ve bu kurumda bulunduğu süre boyunca birinci kattaki tek kişilik odalara göre rutubet oranı daha yüksek olan zemin kattaki odalarda tutulmuştur.

96. Başvurucu, rahatsızlığının cezaevi şartları veya yetkililerin uygulamalarından kaynaklanan nedenlerle kötüleştiğini ve bu nedenlerle doğal olarak özgürlükten yoksun bırakılma nedeniyle ortaya çıkan ızdırap ve acının ötesinde bir ızdırap ve acıya maruz kaldığını iddia etmektedir. Öncelikle başvurucunun bireysel başvuru yaptığı tarihte bulunduğu Denizli Ceza İnfaz Kurumu müdürünün ve doktorunun belirttiği üzere bu Kurumun zemin katındaki odalarının rutubetli, civardan keskin kokuların ve taş ve mermer ocaklarından tozların geldiği odalar olduğu; yörenin iklim şartlarının karasal karakteri nedeniyle bu odaların soğuk olduğu ve kuru havanın (bkz. §§ 40, 44) söz konusu olduğu sabittir. Pamukkale Üniversitesi Sağlık Kurulundan 31/7/2013 tarihinde alınan raporda başvurucunun astımının kontrol altında olmadığı, her an hayatı tehdit edici atak risk altında olduğu (bkz. § 27) belirtilmesine rağmen başvurucu 2/4/2014 tarihinde başka bir infaz kurumuna nakledilinceye kadar havalandırmanın artırılması veya havalandırma bahçesine çıkış hakkı gibi hiçbir hususta iyileştirme yapılmadan hayatı tehdit edici risk altında tutulmuştur.

97. Başvurucunun daha sonra nakledildiği İzmir 2 No.lu F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun İdare ve Gözlem Kurulu, başvurucunun durumunu değerlendirerek kalabileceği ideal şartları sağlayan odanın bulunmaması nede-

niyle bir odanın geçici süreliğine hasta koğuşu olarak tahsisine, bu odada tek kalmaması için yanına gönüllülük esasına dayalı hasta bakımını üstlenecek bir hükümlü verilmesine, talepler doğrultusunda odaların sık sık havalandırılmasına ve en az dört saat havalandırma izni verilmesine karar vermiştir. Ancak başvurucu bu odada yalnız kalmıştır. Kurumun Psiko-Sosyal Servisi başvurucunun hastalığının ağır seyrettiğini, hastane ve doktor raporlarına göre bazı maddelere alerjisi olduğunu tespit etmiş; Kurumun ve sosyal yaşam alanlarının özellikle açık veya kapalı spor salonlarının bu alerjenlerden arındırılması mümkün olmadığından başvurucunun sağlığını riske atmamak için tedbir amaçlı sosyal faaliyetlere başlatılmama kararı almıştır. İdare ve Gözlem Kurulu, başvurucuyu durumuna uygun ceza infaz kurumuna ayırma kararı almak için toplanmış ve önceden alınan tüm sağlık raporları, Kurumlarının fiziki yapısı ve konumunu birlikte değerlendirmesi neticesinde Kurumlarının çukur bir alanda bulunması nedeniyle rüzgârla taşınan toz, polen, duman vs.nin başvurucunun sağlık durumunu olumsuz etkilediğini, başvurucunun muhtelif zamanlarda beş kez hastaneye sevk edildiğini; Kurumda, raporlarda belirtilen polikliniklerin bulunmadığını, en yakın sağlık kurumunun 18,6 km mesafede olduğunu ve ulaşımın güçlükle sağlandığını ayrıca ani müdahale gerektiren astım ataklarında 112 acil ekiplerinin Kuruma ulaşmasında ve hastanın hastaneye naklinde yaşanan zorlukta başvurucu için hayati risk oluştuğunu, fiziki yapısı nedeniyle havalandırmanın yeteri kadar sağlanamadığını ve başvurucunun grup hâlindeki iyileştirme çalışmalarına ve sportif faaliyetlere katılamadığını belirtmiş ve müessif bir durumun yaşanmaması, başvurucunun tedavisinin ve infazının birlikte yürütülmesi ve belirtilen risklerin önlenmesi amacıyla başvurucunun R (rehabilitasyon) tipi kapalı ceza infaz kurumlarından birine veya bünyesinde sağlık ocağı bulunan ceza infaz kurumu kampüslerine naklinin uygun olacağını vurgulamıştır. Genel Müdürlük bu talebi reddetmiştir. Başvurucu 2012 yılından bu yana Aydın'daki ailesinden uzak kalması pahasına sağlığının korunması gerekçesiyle R (rehabilitasyon) tipi kapalı ceza infaz kurumlarından birine nakledilmeyi talep etmektedir.

98. Başvurucunun ilk kez Aydın E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumlarından İzmir'e sevk edilmesiyle başlayan ve hâlen devam eden hastalığına uygun bir ceza infaz kurumu arayışı, devletin hasta bir mahkûmun nasıl bir yere gönderileceğini incelememesinden, tüm ihtiyaçlarına cevap verebilecek kolaylıkların sağlanması konusunda önlem almamasından ve sağlık durumu açısından gerekli önlemleri almada yetersiz kalmasından kaynaklanmaktadır. Tüm bu tespitler ışığında somut olayda Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında işkence ve kötü muamele yasağı için gerekli olan asgari eşiğin aşıldığı açıktır. Başvurucuyu küçük düşürmek veya aşağılamak için kasıtlı bir niyet olup olmadığına bakılmaksızın ki CPT'nin de belirttiği gibi kötü muamelelerin çoğunun

kasti olmayıp organizasyon eksikliklerinden veya kaynak yetersizliklerinden kaynaklandığı dikkate alındığında başvurucunun ileri düzeyde bir astım hastası için gerekli koşulları sağlayan en uygun ceza infaz kurumuna gönderilmemesi ve böylelikle tedavisiyle infazının birlikte yürütülmesinin sağlanamaması neticesinde insan onurunu zedeleyecek düzeyde acı çekmesine yol açıldığından başvurucunun maruz kaldığı şartlar insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olarak değerlendirilmelidir.

99. İdare ve Gözlem Kurulunun başvurucuyu durumuna uygun ceza infaz kurumuna ayırma kararından da anlaşılacağı üzere başvurucunun tedavi veya kontrollerinin sürdürülmesinde yaşanan zorluklar nedeniyle başvurucu ciddi hayati risk altında tutulmakta, Kurumun fiziksel ve çevresel özellikleri nedeniyle sosyal ve iyileştirme faaliyetlerine katılamamaktadır. Başvurucunun sosyal faaliyetlerin hiçbirine katılamama zorunluluğunu doğuran ve aynı zamanda hayati risk oluşturacak koşullarda barındırıldığı süre ile hak ederek tahliye olacağı tarihe kadar da aynı risklere katlanmak zorunda kalabileceği hususu dikkate alındığında Anayasanın 17. maddesinde yer alan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği tespit edilmiştir.

100. Başvurucunun hastalığı açısından bulundurulacağı ortamın raporlarda belirtilen koşullara uygun olmaması ve ifade edilen diğer tespitler ışığında başvurucunun insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye maruz bırakıldığı kanaatine varmak gerekmektedir.

101. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

102. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."

103. Başvuru konusu olayda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının

ihlal edildiği sonucuna varılmış, başvurucunun tazminat talebinde bulunmadığı dikkate alınarak bu konuda bir değerlendirme yapılamamıştır.

104. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 172,50 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan 1.672,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlaline ilişkin şikâyetlerinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. 172,50 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan 1.672,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

E. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Adalet Bakanlığına gönderilmesine

18/11/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

NURETTİN POLAT BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/9053)

Karar Tarihi: 7/7/2015

R.G. Tarih- Sayı: 17/8/2015-29448

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Nurettin POLAT
Vekili	:	Av. Adnan ŞEKER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir siyasetçinin konuşmalarında sarf ettiği sözler nedeniyle başvurucunun şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 16/6/2014 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, 13/4/2015 tarihinde, 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. Başvurucu, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın 22/12/2013, 25/12/2013 ve 14/1/2013 tarihlerinde yaptığı konuşmaları ile ilgili olarak 20/1/2014 tarihinde

Ankara 25. Asliye Hukuk Mahkemesine manevi tazminat davası açmıştır. İlk Derece Mahkemesi başvurucunun dava dilekçesindeki beyanlarını şu şekilde özetlemiştir:

"...davalının Türkiye Cumhuriyet Başbakanı olup, İstanbul C.Başsavcılığı tarafından yürütülmekte olan ve kamuoyunda 17 Aralık operasyonu olarak bilinen bir soruşturma kapsamında bazı Bakanların 1. derece yakınlarının ve üst düzey devlet görevlilerinin tutuklanması ile sonuçlanan ve halen soruşturması devam eden işlemler sonrası soruşturmaların ve adli işlemlerin kendisine yapılan bir operasyon olduğunu dile getirdiğini ve yapılanları kamuoyunda Gülen Grubu, Gülen Cemaati, Cemaat, Camia olarak bilinen insanların neden olduğunu ileri sürerek açıkça hedef aldığını, davalının birçok konuşmasında isim vermeden bu grubu hedef aldığını, söylemlerinde grup mensuplarını itham ettiğini, davalı tarafça müvekkilinin kişilik haklarının ağır şekilde ihlal edildiğini, cemaat mensupları ile ilgili olarak inlerine gireceğiz, takiyyeci, kokuşmuş, çürümüş, sinsi virüs, gözü dönmüş bir gizli örgüt, haşhaşiler gibi ifadelerin kullanıldığını, söylenen sözlerin kamuoyu tarafından cemaate ve mensuplarına karşı söylendiğinin açıkça anlaşılmakta olduğunu ve halk nazarında küçük düşürüldüğünü ileri sürerek, 1.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir."

6. İlk Derece Mahkemesi davalının beyanlarını ise şu şekilde özetlemiştir:

"...açılan davanın hukuki mesnetten yoksun olduğunu, müvekkili tarafından yapılan konuşmalarda söylenen sözlerin ne doğrudan ne de dolaylı olarak davacının bizzat şahsına, kişiliğine yönelik sözler olmayıp, ifadelerinde matufiyetin varlığından söz edilemeyeceğini, davacının aktif husumet ehliyetinin bulunmadığını, davacının mensubu olduğunu belirttiği yapının somut, hukuki, yasal bir yapı olmadığını, herhangi bir kaydı ya da mensubu bulunulmayan bir yapıdan dolayı hak talep edilmesinde hukuka uyarlılığın bulunamayacağını, yansıma yoluyla kişilik haklarının ihlalinin söz konusu olamayacağını, kaldı ki ifadelerin görünen gerçekliğe uygun olup, kamu yararının bulunduğunu, öz ile biçim arasındaki dengenin muhafaza edildiğini belirterek, davanın reddine karar verilmesini dilemiştir."

7. İlk Derece Mahkemesi, 15/5/2014 tarihli kararı ile davayı reddetmiştir. Mahkeme kararı kesin olarak vermiştir. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesi şöyledir:

"...her ne kadar davacı tarafından davalı aleyhine 17 Aralık Operasyonu olarak bilinen soruşturma kapsamında davalının, davacının mensubu olduğunu belirttiği Gülen Grubu, Gülen Cemaati, Cemaat ve Camia olarak bilinen cemaat ile ilgili olarak 22.12.2013, 25.12.2013, 14.01.2013 tarihli konuşmaları ile davacının ve camia mensuplarının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu ileri sürülerek manevi taz-

minat talebinde bulunulmuş ise de; davalı tarafın konuşmalarının 17 Aralık Operasyonu ile ilgili olduğu ve davacının mensubu olduğunu belirttiği cemaatin tutum ve davranışlarının eleştirildiği, konuşmalarda söylenen ifadelerin her hangi bir bireyi işaret eden, muhatap gösteren veya belirli, müşahhas bir kişiye yöneltilmiş sözler olmadığı ve her hangi bir kişi ismi kullanılmadığı, ifadelerin doğrudan veya dolaylı olarak davacının şahsına yönelik bulunmadığı, .manevi tazminatın koşullarından olan matufiyetin gerçekleşmediği. sabit olmakla, davanın reddine karar verilmesi yönünde Mahkememizde tam ve sağlam bir vicdani kanaat hasıl olmuş[tur]."

8. Başvurucu nihai kararı 15/5/2014 tarihli duruşmada öğrenmiş, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru 16/6/2014 tarihinde yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

9. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "*Sorumluluk*" başlıklı 49. maddesinin 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."

10. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 3/6/2009 tarihli ve E. 2009/4-151, K. 2009/241 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Davacılar, davaya konu ... Gazetesi'nin 22 Ekim 2004 tarihli nüshasında davalı S.K. tarafından kaleme alınan 'Konuşturana, dinleyene yazıklar olsun!' başlıklı yazıda kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu belirterek tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Davalılar, haberin eleştiri niteliğinde ve esprili bir dille kaleme alındığını, güncel ve kamu yararı bulunduğunu, davacılara yönelik matufiyetin bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuşlardır.

Mahkemece, davalı tarafından yazılan yazının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu gerekçesiyle istemin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

...

Davaya konu yazının bütünü incelendiğinde makalenin yayınlandığı günlerde güncelliği olan ve kamuoyunda çok tartışılan "Azınlık Raporu" nun içeriğine eleştiri getirilmektedir. Yazının birinci bölümünde genel olarak Türk aydınının yaşadığı dönüşüm ve ulusal konularda sergilenen yaklaşım sert bir dille eleştirilmekte, davacı B.O.'a yönelik ikinci bölümde ise; davacılar tarafından hazırlanan "Azınlık Rapo-

ru"nda yer alan düşünceler ve davacıların önerileri eleştirilerek bu rapora yönelik kanaat açıklaması yapılmaktadır. Son bölümde yer alan ifadelerin ise davacılara yönelik olmayıp başka kişilere yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bu bölüm bakımından matufiyet unsurunun gerçekleştiği söylenemez. Yazının tamamı incelendiğinde, davacıların kişilik haklarına saldırı amacının bulunmadığı, azınlık raporuna yönelik düşünce açıklaması niteliği taşıdığı, eleştiri sınırının aşılmadığı görülmektedir. Şu durumda tazminat isteminin tümden reddine karar vermek gerekirken, yerinde görülmeyen gerekçeyle kısmen kabul edilmiş olması usul ve yasaya uygun görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

...

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."

11. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 20/9/2011 tarihli ve E. 2011/10191, K. 2011/10603 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

...Ancak, davacı taraf davaya konu . isimli romanda, oturduğu evin konumu, evin alt katında bulunan bakkal ve terziyle babasının adı ve yaşadığı bir kısım olayların anlatıldığını, kendisinin kullandığı (Mişon) müstear adın romanda aynen yer aldığını, romanda kendisinin cinsel yaşantısına dair yanlış bilgiler verildiğini, paranoyak, şiddet yanlısı ve cinsel sapmaları olan biri gibi tanıtıldığını, bunun kişilik haklarına tecavüz olduğunu da ileri sürmüş, davacı tanıkları da romanda bahsedilen kişinin davacı olduğunu, ona ait özel bilgilerin açıklandığını beyan etmişlerdir.

Bu durumda, davaya konu romanı okuyan ve davacıyı tanıyan kişilerin romanda Mişon olarak adı geçen kişinin davacı olduğu kanaatine vardıkları göz önüne alındığında matufiyet unsurunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla, mahkemece, bu hususlar gözetilerek, romanda bahsedilen kişinin davacıyla ilgisinin bulunduğunun kabulüyle romanda yazılan hususların davacının kişilik haklarına saldırı olup olmadığının belirlenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

12. Mahkemenin 7/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 16/6/2014 tarihli ve 2014/9053 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

13. Başvurucu,

i. Kamuoyunda "*hizmet hareketi*", "*cemaat*" ve "*camia*" olarak bilinen sivil toplum organizasyonunun mensubu olduğunu, çevresinde de bu topluluğa aidiyeti ile tanındığını, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın, mensubu olduğu topluluğu küçük düşürücü beyanlarda bulunduğunu, topluluk bireylerini suçlu ilan ettiğini ve düşüncelerinden dolayı kınadığını,

ii. Açtığı manevi tazminat davasında İlk Derece Mahkemesinin delillerini sunma fırsatı vermeden davayı reddettiğini, manevi kişiliğine hakaret edildiğini, düşünce ve kanaatlerinden dolayı küçük düşürüldüğünü, bu konuda etkin bir soruşturma yapılmadığını,

iii. Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devleti ilkesi, 24. maddesinde tanımlanan din ve vicdan özgürlüğü, 25. maddesinde tanımlanan düşünce ve kanaat özgürlüğü ile 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş; maddi ve manevi zararının giderilmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

14. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvurucu İlk Derece Mahkemesinin etkin bir yargılama yapmadığından dolayı Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerinin; düşünce ve kanaatlerinden dolayı küçük düşürülmesi nedeniyle Anayasa'nın 25. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun bu şikâyetlerinin özü, açtığı tazminat davasının reddine karar verilmesi ile devletin, kendisinin şeref ve itibarına saygıyı etkili bir şekilde sağlamaya yönelik tedbirleri almadığı iddiasıdır. Bu itibarla söz konusu şikâyetin Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

15. 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 ihmalinden dolayı, başvurucunun "*güncel bir hakkının ihlal edilmesi*", bu ihlalden dolayı kişinin "*kişisel olarak*" ve "*doğrudan*" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin "*mağdur*" olduğunu ileri sürmesi gerekir (*Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42).

16. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34. maddesinde yer alan*"mağdur"* kelimesi ile ihtilaf konusu eylem ya da ihmalden doğrudan etkilenen kişinin kastedildiğini pek çok kararında belirtmiştir (bkz. *Brumarescu/Romanya* [BD], B. No: 28342/95, 28/10/1999, § 50).

17. Somut olayda çözümlenmesi gereken öncelikli mesele başvurucunun, Cemaate yönelik olarak, davalının söylediğini iddia ettiği "*inlerine gireceğiz, takiyyeci, kokuşmuş, çürümüş, sinsi virüs, gözü dönmüş bir gizli örgüt, haşhaşiler"* sözlerinden dolayı başvurucunun "*kişisel olarak*" ve "*doğrudan*" etkilenmiş olup olmadığının belirlenmesidir.

18. Başvurucu, davalının "*paralel yapı*" ile mücadele adı altında kendisinin mensup olduğu Cemaati hedef alan, tahkir içeren ve küçük düşürücü beyanlarda bulunduğunu belirtmiştir. Başvurucu, kendisinin Cemaate "*aidiyet hissi ile bağlı olduğunu*", Cemaat mensubu olduğunun çevresi tarafından bilindiğini, kişilik haklarına yönelik müdahale nedeniyle açtığı manevi tazminat davasının reddedilmesinin Anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, davalının doğrudan Cemaati hedef alan sözlerinin dolayısıyla kendisini de hedef aldığını iddia etmektedir. Buna karşın İlk Derece Mahkemesi, davalının sözlerinin 17 Aralık soruşturma sürecindeki gelişmelere yönelik değerlendirmeler olduğunu, davalının sözlerinin herhangi bir bireye yöneltilmediğini ve doğrudan başvurucuyu hedef aldığının sabit olmadığını belirtmiş ve "*matufiyet şartının*" gerçekleşmediği gerekçesi ile manevi tazminat davasını reddetmiştir.

19. Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında matufiyet, bir haksız eylemin yöneldiği kişinin kimliğinin açıkça belli edilmediği halde, eylemin bu kişiyle ilgili olup olmadığına ilişkin bir kavram olarak tanımlanmıştır. Haksız eylemlerde matufiyet, "*eylemle kişi arasında irtibat sağlama, bunları ilişkilendirme; eylemin kimi hedeflediğini belirleme*"dir.

20. Matufiyette sorun haksız eylemden dolayı kişinin zarar görüp görmemesi değildir. Haksız eylem bir kişiye yönelmiştir. Fakat kişinin kimliği açıkça verilmemiş, kimliği ele verecek başka açıklamalar yapılmıştır. Bu nedenle haksız eylem nedeniyle bu kişiye karşı sorumluluk doğup doğmayacağı belirsizdir. Kimlik belirgin olarak açıklanmamasına rağmen eylemin o kişiyi kastettiği ya da tarif ettiği anlaşılıyorsa o kişi eylemin doğrudan mağduru yani eylemden doğrudan zarar gören kişidir. O halde matufiyette sorun bu kişinin zarara uğramış olup olmaması değil, haksız eylemin bu kişiyi hedef almış olup olmamasıdır.

21. Haksız eylemin kimi hedef aldığı, hedef aldığı kişiyi yeterli bir şekilde ortaya koyup koymadığı sorunu genellikle bir kurula, bir heyete, bir komis-

yona, bir topluluğa yönelik olan açıklamalarda gündeme gelmektedir. Topluluğa yönelik kişilik hakkına müdahale eden açıklamalarda, topluluğun çevresi belirgin bazı niteliklerle dar tutulur ve yakından nitelendirilirse açıklama bu topluluğun üyeleri açısından matufiyet koşulunu gerçekleştirebilir ve bu durumda bu topluluğun üyelerinin dava açma hakkına sahip olduğu kabul edilebilir.

22. Bir süredir pek çok siyaset çevresinin, sivil toplum örgütlerinin üyelerinin, medya mensuplarının, iş çevrelerinin, sendikalar başta olmak üzere işçi ve işveren örgütlerinin katıldığı ve büyük oranda gazeteler, basın ve yayın araçları ile sosyal medya üzerinden yapılan tartışmalardan tartışmanın tarafları veya başvurucu gibi söz konusu taraflardan birine kendisini yakın hisseden kişiler üzüntüye kapılabilir. Fakat bireylerin üzüntü duymaları, tek başına, söz konusu tartışmaların kamu yararı fonksiyonunu ortadan kaldırmaz.

23. Benzer başvuruların incelenmesi sırasında ilk olarak derece mahkemelerinin, davalının sözlerinin başvurucuyu hedef alıp almadığı yönündeki değerlendirmeleri göz önünde tutulmalıdır. İkinci olarak ise başvurucu, başvuruya konu sözlerin mensubu olduğu ve belirgin bazı nitelikleri olan topluluğa yöneldiğini ve kendisinin de eylemden etkilendiğini yeterince belirgin bir şekilde göstermelidir.

24. Somut davada İlk Derece Mahkemesi davalının başvurucuyu hedef almadığına karar vermiştir. Ayrıca davalının açıklamalarında, başvurucunun mensubu olduğunu ileri sürdüğü topluluğu nitelendirdiği gösterilememiştir. Mevcut davanın koşullarında, başvurucunun, davalının şikâyete konu sözlerinden "*kişisel olarak*" ve "*doğrudan*" etkilendiği söylenemez.

25. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun mağdur sıfatını taşımadığı anlaşıldığından, başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "*kişi yönünden yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

Başvurunun, "*kişi yönünden yetkisizlik*" nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**, yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde bırakılmasına, 7/7/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

FETULLAH GÜLEN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/12225)

Karar Tarihi: 14/7/2015

R.G. Tarih- Sayı: 6/10/2015-29494

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Fetullah GÜLEN
Vekili	:	Av. Nurullah ALBAYRAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet sitesinde yayımlanan röportajda nefret söylemi bulunduğu iddiasıyla Cumhuriyet savcılığına yapılan şikâyet neticesinde ilgililer hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 24/7/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvuruda, Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 30/1/2015 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. 24/6/2015 tarihinde yapılan Bölüm toplantısında başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

6. 17/2/2014 tarihinde "*www.haber10.com*" adlı internet sitesinde, muhabirler Hülya Özkan ve Sevranur Mut tarafından Medeniyet Vakfı Genel Başkan Yardımcısı Kazım Sağlam ile yapılan, "*Sağlam: Gülen'in kullanım süresi doldu*" başlıklı bir röportaj yayımlanmıştır. Söz konusu röportajın içeriği şöyledir:

"17 Aralık operasyonu ile devlet içerisinde paralel bir yapı kuran Gülen grubunun yapısı merak konusu oldu.

Örgütlenme biçimi, sermayesi, medya gücü, etkinliği, dış bağlantıları ve tüm yönleriyle Fethullah Gülen grubunu Medeniyet Vakfı Genel Başkan Yardımcısı, yazar Kazım Sağlam ile konuştuk.

Gülen cemaatinin de Yahudiler gibi mağduriyet edebiyatı yaparak kendilerine bir alan açtığını söyleyen Kazım Sağlam, "Yahudiler soykırım üzerinden mağduriyet edebiyatı yaparak kendilerine bir alan açtılar. Benzerini Gülen hareketi de yaptı. Onların da masumiyeti bitti, yumuşak yüzlerinin altından canavar tarafları açığa çıktı. Tıpkı bebek yüzlü katiller gibi maskeleri düştü." dedi.

İşte Kazım Sağlam ile gerçekleştirdiğimiz o söyleşi:

Gülen hareketinin geldiği noktayı nasıl değerlendiriyorsunuz?

Gülen cemaati, daha doğrusu örgütü, -bu saatten sonra cemaat kelimesini de kullanmak istemem- kendilerini Risale-i Nur'dan geldiklerini söylüyorlar ama bugün

geldiği yer itibariyle Risale-i Nur'dan kopmuş bir hareket. Sosyolojik olarak belki bir cemaat tabiri kullanılabilir ama yaptıkları iş, son zamanlarda takındıkları tavır, cemaati aşan bir tavır, onu zedeleyen bir tavır. Risale-i Nur'un da gidişatına hiç uymayan bir tarz. Risale-i Nur genel olarak müspet tarafları olan bir hareket. Her şeyde müspet görünmeye çalışan, müspeti savunan bir hareket bir tarz, fakat bugün gelinen nokta her şeyden şüphe duyan, müspetliği aşacak kadar bazı konularda aşırı giden bir vakıayla karşı karşıyayız. Said Nursi'nin ötekisi alenî İslam düşmanı olan bir hareket idi. Gülen yapılanmasının farklı olduğunu görüyoruz. Bu yönüyle Risale-i Nur camiasının da kendi geçmişlerine, o geleneğe sahip çıkmaları lazım. Aksi takdirde Risale-i Nur'un cem-i cümlesi töhmet altında kalacaktır.

RİSALE-İ NUR'DAN SAPTILAR

Said Nursi ile Fethullah Gülen'in düşünce ve duruşunun birbirinden ayrıldığı noktalar neler?

Şimdi, Said Nursi, Allah rahmet eylesin, 1. Cihan harbinde savaşa katılmış, Teşkilat-ı Mahsusa'ya girmiş, ehl-i İslam'a saldıran emperyalistlere karşı mücadele etmiş bir din büyüğü. Ama bugün kendisini ona nispet eden Gülen hareketi emperyalistlerle iş tutar hale geldi. Bu yönüyle de Risale-i Nur'dan sapmıştır. Dolayısıyla bu saatten sonra Nurculuk ya da Risale-i Nur demektense, Gülen hareketi demek daha doğru olur. En hafif tabiriyle böyledir. İkinci bir şey, Gülen hareketini birtakım sınıflandırmalara tabi tutuyorum.

ARAZİDE OLANLAR EHL-İ İMANDIR

Nasıl bir sınıflandırma?

Sahada, arazide olanlar ehl-i imandır, ehl-i İslamdır, ehl-i kıbledir, hizmet edenler, Allah rızası için çalışan, koşturan, fedakarlık yapan, halisane koşturanlardır…

KENDİNE HİZMET EDEN TABAKA

İkinci sınıf zengin tabaka… Ticaret yapıyorlar veya bürokraside üst düzey makam mevkii sahipler. Onlar her ne kadar hizmet ehli gibi görünseler de kendilerine hizmet ettiklerini düşünüyorum. Makam-mevkiilerini yükseltirler, uluslararası ticareti sürdürürler, burada da cemaatin sırtından geçinirler. Ticaret yapıyor, imalat yapıyor, yurtdışına açılıyor, cemaatin tabanında çalışan samimi insanların sırtına, omuzlarına basarak yükseliyorlar.

CEMAATİN KURMAYLARI

Üçüncü sınıf, onlar da cemaatin kurmaylarıdır, ama yerli kurmaylar. Bunlar da uluslararası kurum ve kuruluşlarla irtibat kuruyorlar. Bunlar da Gülen'in etrafında ikinci halkadır. Dünyada ve Türkiye'de olup bitenlerin farkındalar. Son olan

olaylarda da Fethullah Gülen hareketinin nereye evirildiğini de biliyorlar. Bir kısmı, yani kökü bu topraklarda olanlar bu durumdan rahatsız. Ama iki taraflı iş tutanlar memnun.

SON OLAYLARI İDARE EDENLER…

Çatışmayı onların körüklediği söyleyebilir miyiz?

Bir kısmı bunun içinde, bir de bizim bilemediğimiz, eserlerinden/yaptıklarından çıkardığımız görülmeyen bir sınıf daha var. Bunlar yerli de olsa yabancı gibidirler. Bir de bu topraklara buraya ait olmayan insanların da olduğuna inanıyorum. Kimdir derseniz bilemem, ama yapıp edilenlere bakılırsa böyle bir tabaka var ve onların önüne bir sis perdesi çekilmiş. Bu saydığım Türkiye'ye ait insanlar onların önüne bir perde çekmişler ve esas son olayları idare edenler de onlardır. Onlar da görünmüyorlar.

Cemaatin kendisi ne kadar şeffaf peki?

Kendileri, istihbarat örgütünün şeffaf olmasını isteyecek kadar şeffaflıktan, görünürlükten, hesap vermekten yana olduklarını söylerken, sır küpü gibi ne yapıyorlar, gelir kaynakları nereden geliyor, ne kadar geliyor kimse bilmez, idare şekli nasıl çalışıyor, başlarında kim var, bilinmez. Bu kadar bilinmezlik içinde katman katman kendini gizleyen bir yapılanmanın şeffaflık istemesi çok akıl işi değil. İkinci bir şey, tenkit ettikleri, şeffaf değil dedikleri yetkililer –diyelim hükümet ve kurumları- bunlar göz önünde olan kurumlardır.

HESAP VERMEZ BİR ÖRGÜTLENME İÇİNDELER

Ak Parti ve Başbakanın yeri belli, konumu belli. Bugün yolsuzlukla üzerine gidiliyor. Diyelim yolsuzluk yaptılar, bugün örterler fakat yarın illa ki hesap verirler. Millet bunu görürse seçim günü hesabını mutlaka alır. Nitekim Allah indinde de hesap vereceğiz. Fethullah Gülen de verecek bizler de. Ama bu tenkit ettikleri grup hesap verebilir bir durumdayken kendileri hesap vermez bir yapılanma ve örgütlenme içindeler. Her yerde hem varlar, hem yoklar. Dolayısıyla mesuliyetleri yok fakat yetkileri çok bir durumdalar. Bu da Allah'ın adaletine terstir. Yani senin yetkin çoksa, mesuliyetinin de olması gerekiyor. Bu şekilde siz başkasını köle gibi kullanıyorsunuz demektir. Şuan Fethullah Gülen'in hükümetten istediği de budur; tüm mesuliyetleri sen üstlen, ama kaymağını ben yiyeyim, yetkilerim sonsuz olsun.

Kavganın temel unsuru bu mu?

Unsurlardan biri budur. Bir de Türkiye'nin siyasi yapılanması, devletin en azından hükümetin siyasetinin değiştiğini de düşünüyorum. Türkiye makas değiştiriyor. 90 yıldır cumhuriyetin kuruluşundan bu yana uluslararası sistem içindeki

yeri, kendi içine kapanması idi. Ülke bunları yavaş yavaş aşıyor bu da birilerini korkutuyor.

Çözüm sürecine de bu sebeplerden dolayı engel olmaya çalıştıklarını söyleyebilir miyiz?

Evet. Biri Kürt sorununun çözüme kavuşturuluyor olmasıdır, diğeri de kendi kabuğundan dışarı çıkması. Türkiye Cumhuriyetinin tarihi boyunca iki kadim meselesi vardı bu topraklarda. Birincisi Müslümanlarla sistemin sıkıntısı diğeri ise Kürtlerle sistemin sıkıntısıdır. Şuanda hükümetin aldığı tedbirler yüzde yüz olmasa da Müslümanlar sistem içinde artık zenci muamelesi görmemeye başladılar. Böyle olunca da bu laik-Müslüman gerilimi problem olmaktan çıktı. Uluslararası sistem bu problemi kaşıyamaz hale geldi. İkinci mesele, Kürtlük meselesi, Kürtleri Türkleştirmek istediler bir sürü plan, program yaptılar tutmadı. Fıtratı değiştiremezsiniz, herkesin dili var örfü var âdeti var, geleneği var. Bu gözünü kapatmak gibi olur. Bu dönemde Ak Parti gözünü kapatmadı, olayları görmeye çalıştı, bundan rahatsız oldular. Fethullah Gülen de bundan, yani çözüm sürecinden rahatsız oldu.

28 ŞUBAT'TA GÜLEN'İN ÖNÜ AÇILDI

28 Şubat sürecini de Fethullah Gülen destekledi. Bunu anlamıyordum ama şimdi çok daha iyi anlıyorum. 28 Şubat'ta Fethullah Gülen'in dışındaki bütün dindarlar başta imam-hatip nesli olmak üzere geri plana itildiler. Devlet kademelerinden kovuldular, toplumdan tecrit edildiler, bir nevi vebalı gibi görüldüler. Arada bir boşluk oldu, 10-15 sene gibi. O boşluğu Fethullah Gülen doldurdu. Dolayısıyla 28 Şubat'ta sanki bir el, Fethullah Gülen'in önünü açmak için çalıştı. Bu kanaate vardım.

AHLAKLARI SIZINTIDIR

Kendilerini sürekli gizlediler. Gizlilik zaten Fethullah Gülen'in özel emridir. Bu yapılanma da böyledir, itikadını bile gizler. Bu şekilde her yere sızdılar, ahlakları sızıntıdır. Bu ahlakları gereği çeşitli yerlere sirayet ettiler.

Son olarak onu ve uluslararası ilişkileri de rahatsız eden Türkiye'nin kabuğundan çıkmasıdır. Zenginlerimiz artık yurtdışına açıldı, kendi kimliklerini sahiplenerek gidiyorlar. Tüm dünyamız sadece Avrupa değil, artık batıya ilave olarak Afrika'dır, Asya'dır, tüm İslam dünyasıdır. Buralara açılınca, tüccar gider ticaret yapar, öğrenci gider kültür alışverişi olur, uluslararası siyasi ilişkiler, devlet ilişkileri sıklaşır. Böylece ne olur, aslında farkında olmadan bir ümmet temeli de atılır. Bu uluslararası sistemi de rahatsız etti, Fethullah Gülen'i de. Gülen'in ötekisi, hasmı sadece Türkiye'deki Ak Parti ve onun dışındaki İslami yapılanmalar değil uluslararası olarak İhvan-ı Müslime karşı bir tavrı var, cemaat-i İslamiye karşı da bir duruşu var, Şia'ya karşı da bir duruşu var, Suud selefilerine karşı da bir duruşu var. Sadece kendi bakış açısına odaklı, onun dışındaki herkes ve her çalışma, onlara göre redde-

dilmesi gereken anlayış ve mücadele tarzıdır. Bu da uluslararası sistemin planıyla örtüşmektedir.

Uluslararası sistem istediği için mi böyle davranıyorlar yoksa böyle davrandıkları için mi sistem onları kullanıyor?

Onu kestiremeyiz, dışarıdan bakınca görülen tablo bu. Dış dünyaya açılınca bir ortak siyaset de arkasından gelmeli. Şunu demek istiyorum, diyelim Mursi iktidarda kalsa ve İhvan-ı Müslim Mısır'da devam etseydi, Tunus-Fas-Libya-Mısır-Ürdün-Suriye-Türkiye ortak bir siyasi tavır takınmış olsalardı dünyadaki emperyalistlerin, en başta İsrail'in işine gelmezdi. Avrupa birliğinin de işine gelmezdi. Amerika'nın da, dolayısıyla Fethullah Gülen'in de işine gelmezdi. Yani kendi adına mı bu tür oluşumlara karşı çıkıyor yoksa onların adına mı, onu kestiremiyorum ama fotoğrafı görüyorum. Sisi'yi destekleyen Nur hareketiyle yaptıkları aynı şeydir. Ama orada bir Sisi var burada yok. Burada da bulsalar herhalde aynı şeyi Türkiye'de de yapacaklar.

İSLAMİ DAMARDAN RAHATSIZ OLDULAR

AK Parti'ye karşı olan yapıları desteklemelerini de bununla açıklayabilir miyiz?

Benim görebildiğim kadarıyla Fethullah Gülen hareketi yeni böyle bir arayış içinde değildir. Yine sınıflandırmayı kullanarak üst tabakayı kastediyorum. Bu hareket bir kere Türkiye'deki İslami damardan her zaman rahatsız olmuştur. Milli Görüş hareketine Fethullah Gülen'in tüm vaazları karşıdır. Daha sonra Turgut Özal ile biraz yakınlaşmıştır fakat sonra ses kayıtları vs. ortaya çıkınca orada da bir rest çekmişti Özal'a. Özal da geri adım atmıştı. Refah Partisine de karşıydı. Şimdi AK Parti'yle bir süre iyi oldu daha sonra bozuldu. Bu gösteriyor ki Fethullah Gülen hareketi gerek siyaseten gerek iktisaden gerek sosyal açıdan daha İslami olan şeylerden kaçıyor.

ONLARIN HOŞGÖRÜSÜ BİZİM MAHALLEYE GELMEZ

Müslümanlık ona göre ona aittir, onun dışındaki her şey bozuktur, yanlıştır. Dolayısıyla bunun yolu da başkasıyla/ İslami olmayan yapılanmalarla iş tutmaktır. Onların hoşgörüsü bizim mahalleye uğramaz. Kim İslam'dan ne kadar uzaksa, onun hoşgörüsüne o kadar yakındır. Sıralarsak Yahudi, Hıristiyan, Türkiye'de Kemalist-laiklere hoşgörüsü daha fazladır. Namaz kılan, siyaseten Müslümanlık gütmeye çalışanlara karşıdır. Bu nedenle AK Parti'ye karşı CHP'yi desteklemesi çok şaşırtıcı değildir. Bu ilişki, bilhassa Sarıgül'le diyalogları yeni değil. Yıllardır devam ediyordu. Bunun içinde Mesut Yılmaz da var Aydın Doğan da var.

İSLAMİ DEĞERLERİ YOK EDEREK SAHNEYE İNDİ

Bir de bu Fethullah Gülen'in son hamlesi, karşı taraf her kimse ağır toplarını piyasaya sürdü. Gezi parkında en baba adamlar sahneye indi. O güne kadar Koç'u

sahnede görmüyorduk, hepsi sahaya indi. Gülen de artık piyon kullanmıyor direk kendi sahneye indi. Sahneye inince de bütün İslami değerleri yok ederek sahneye indi. Çok af edersiniz mahreme indi, pornoculuk yaptı, Allah'ın ve Resulünün uygun görmediği işlerle, yöntemlerle bazı dosyalar elde etti. Elde edemediği zaman uydurdu, montaj yaptı. Manevi yönüyle peygamberi kullandı, Peygambere tweet attırdı, Peygamberi türkü dinlemeye götürdü. Ben kendim olarak o yerde türkü dinlemeyi kendime yediremezdim ama onlar bunu peygambere yakıştırdı. Yetmedi en son peygamberi dizide oynattılar, bu ne oluyor şimdi? Bu nefret, bu kin, bu düşmanlık nedir? Elinden gelse diyecek ki "Allah geldi, AK Parti'ye düşman olun dedi."

ELİNDEKİ İPLERİ KAÇIRDI

En sonunda medyaya yansıdı, siz bu kadar beddua ediyorsunuz fakat halisane beddua etmiyorsunuz, Tayyip de ölmüyor. Bir yandan anlamakta zorlanıyorum bir yandan da zorlanmıyorum. Fethullah Gülen kendisi elindeki iplerle hareket etmiyor. Elindeki ipleri kaçırmış, esir düşmüş ve bunu kabullenmiş. Esir durumundan kurtulması gerekiyor, bunu isterse onu kurtarırız, onu buraya alıp güvenlikli bir yere de koyarız.

BİR İNSAN ÜLKESİNE BU KADAR HAKARET EDEMEZ

Türkiye'ye dönmeme nedeni nedir sizce?

Gelsin memleketine. Burası onun memleketi, orada ülkeden Türkiye'den götürülen toprağı öpüyor ama beri tarafta da Türkiye'yi emperyalistlerle beraber öpüyor. Bir adamın kendi ülkesi aleyhinde bu kadar çalışmasını anlamlandırmakta gerçekten zorlanıyorum. Haşa, Müslümanlığı, dini, bir tarafa bıraksak bile insan kendi ülkesine bu kadar hakaret edemez. Herhalde AK Partiyi bitirebilirse bir muzaffer olarak ülkeye dönecek.

KENDİ KUYULARINI KAZIYORLAR

Fethullah Gülen taraftarlarının bir de şunu bilmeleri lazım AK Parti'yi düşürürlerse- ki inşallah düşüremezler- bilsinler ki yeni gelecek idare şu anki rahatlığı onlara veremeyecek. Hatta ilk önce onların üzerine gidecektir. Kendi kuyularını kazıyorlar bunun farkında değiller. Artık itidalliklerini de kaybettiler. Son kayıtlardan sonra Hz. Peygamber'e yapılan bu hakaret ve saygısızlıktan sonra eğer o mensupları hâlâ kendilerine soru sormayıp ayıkmıyorsa bu çok berbat bir şey. Ne zaman ki daha büyük bir belayla karşılaşacaklar, o zaman ayılacaklar. Bir kısmı efsunlanmış gibi… Ama inşallah kısa zamanda uykudan uyanırlar.

GÜLEN'İN KULLANIM SÜRESİ DOLDU

Peki tabanın bu yapılanlara karşı tavrı ne olacak?

Bence hâlâ birtakım yalanlarla güçlü olduklarını, yakın zamanda hükümeti düşüreceklerine inanıyorlar. Mehdi inancı ile gelecek vaatleri sunuyorlar, şu tarihte mehdi gelecek, kendini halife ilan edecek vs. Bunları iddia ederlerse de artık kaybederler. Fethullah Gülen'in artık kullanım süresi doldu, bitti. Onun miladı 30 Mart'tır. 30 Mart'ta AK Parti yerel seçimden güçlenerek çıkarsa bunlar büyük bir mevzi kaybederler.

SUİKAST GELEBİLİR!

AK Parti birkaç puan düşerse daha başka taktikler sahneye koyarlar. Bu son uzun adamla ilgili söylediklerini de katarsak, bir suikast de gelebilir. Çünkü fena halde kendi adamlarını inandırmışlar. Gerçi kendi aralarında konuşup yazarken baktığımız zaman astronomik rakamlarla da seçimi kazanırsanız size bu ülkeyi idare ettirmeyiz diyorlar.

Ali Bulaç bir yazısında (o psikolojiyi anlamak için söylüyorum) Siz Kürtlerle anlaşarak dünyada siyaset güdemezsiniz, ikinizi de döverler diyor. Sonra sayıyor, Amerika karşı, Avrupa Birliği karşı, Suriye karşı, İran karşı, dolayısıyla hükümet meşruiyetini kaybetti.

Bulaç'a göre meşruiyet kaynağı Amerika, Avrupa, Suriye, İran mı?

Meşruiyet algısına bakar mısınız, meşruiyet Türkiye değil, halk değil, sandık değil, İslami ahlak değil ve edep değil. Meşruiyet kaynağı İsrail'dir, Amerika'dır ve çok uluslu şirketlerdir.

Peki böyle bir mantıkla bakarken, şunu göremiyorlar; iki kutuplu dünya bitti, global bir dünya var. Global dünyanın ve ümmetin ayakta kalmasını sağlayacak olan da İslam birliği ve ümmetidir. Bu birliğin bir unsuru da Kürtler ve Türklerdir. Hem ümmetten dem vuracaksınız hem de Kürt- Türk kardeşliğinden rahatsızlık duyacaksınız bu ne yaman çelişki.

ÜMMET ORTAK HAREKET EDECEK

Kim ne derse desin, ne kadar zorlaştırılırsa zorlaştırılsın bu ümmet ortak hareket etmek durumunda kalacaktır. Ama Fethullah Gülen bunu görmüyor, onlar hâlâ iki kutuplu dünya olduğunu düşünüyor, o bitti. Amerika, AB, çok uluslu şirketler, Siyonist lobi, Türkiye'yi yıpratmaya çalışıyor. Bu da mümkün değil, biliniyor ki Türkiyesiz ne Ortadoğu şekillenir ne Türki Cumhuriyetler ayakta kalabilir ne Balkanlar ne de Kafkaslarda kimse ayakta kalabilir. Türkiye kendi kabuğunu kırmış, uluslararasına açılmış ve buna göre de kendi altyapısını oluşturuyor. İstihbaratını, zenginlerini kendine göre örgütleyip eğitiyor, diplomasisini buna göre kuruyor. Bu arayış, nasıl Libya'sından Mısır'ına her yerde sürüyorsa gün gelir hep birlikte hareket de ederiz. Fethullah Gülen bu hareketin önünü kesmek için yeni bir din, yeni

bir İslam anlayışı öne sürüyor. Gülen hareketinin amacının ne olduğunu da herkes görmeye başladı.

İHANETİ BU KADAR TAHMİN EDİLEMEDİ

AK Parti içinde Fethullah Gülen'e biat edenler dışında hiçbir milletvekili eskisi kadar o ekibe sıcak bakmaz. Çünkü kimse onların bu kadar ihanet edeceğini tahmin etmezdi. Artık soğuk bakacaklardır. Bunu ben neye benzetiyorum, Yahudilerin soykırım üzerinden mağduriyet edebiyatı yaparak kendilerine bir alan açtılar. İsrail devleti kurulunca Hitler'in yaptıklarından daha kötüsünü kendileri yaptılar ve dünya içinde tüm masumiyetleri ortadan kalktı.

BEBEK YÜZLÜ KATİLLLER

Aynı şekilde Gülen hareketinin de masumiyeti bitti, yumuşak yüzlerinin altından canavar tarafları açığa çıktı. Tıpkı bebek yüzlü katiller gibi maskeleri düştü. Bundan sonra da o iş gitmez, Allah'ın izniyle Türkiye'nin önünü kesemezler. Tarih, kader-i ilahi, bu ülkenin İslam dünyasının da kendine gelip tekrar bir sıçrama yapmasını bize lütfettiği, kazandırdığı, dayattığı, tabi bunun bize getireceği mesuliyetler de var bunun farkındayız, İslam dünyası; istense de istenmese de bir araya gelecek, bunda da Türkiye'nin rolü büyüktür. Türkiye insanı ümmetçidir. Ümmetin tüm değerlerini biz muhafaza ederiz. Selefilerle de oturup kalkarız, Şiilerle de oturup kalkarız, İhvanla da ahbap olur dost oluruz. Ama bir Şii bir Selefi ile oturmaz, dünya da bunu görüyor. İsteseler de istemeseler de Allah nurunu tamamlayacaktır."

7. Başvurucu, 17/2/2014 tarihinde, anılan internet sitesinde yayımlanan röportajın hakaret, iftira, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme suçlarını oluşturduğu iddiasıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yetkisizlik kararı verilerek anılan soruşturma dosyası İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

8. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, 15/4/2014 tarihli ve K.2014/21558 sayılı kararı ile kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir:

"Yukarıda belirtilen şikâyet konusu yazı bir bütün olarak okunup incelendiğinde, şüpheli Kazım Sağlam ile yapılan röportajın yayınlandığı, şüphelinin son günlerde gündemde olan ve birçok basın yayın kuruluşunda yayınlanan, birçok kişi ve kurumlar tarafından dile getirilen konular ile ilgili açıklamalarda bulunduğu, müştekiye yönelik hakaret kastıyla yani açıkça aşağılama ve küçültme amacıyla beyanda bulunulmadığı, bu içerikte sözlerin kullanılmadığı, kullanılan sözlerde küçültücü ve hakaret içeren bir sözün bulunmadığı,

AİHM ve Yargıtay'ın birçok kararında belirtilip kabul gördüğü üzere, uzun süreden beri yapılan açıklama ve iddialarla ve ayrıca yapmış olduğu açıklama ve faaliyetlerle sürekli gündemde bulunan, bu nedenle gerek basın yayın yoluyla ve gerekse başka suretle hakkında övgü içeren olumlu görüş ve açıklamalar yapıldığı gibi olumsuz görüş ve açıklamalar ile eleştirilen müştekinin, toplumdaki sade vatandaşlara oranla kendisine yapılan sert ve şok edici eleştirilere daha fazla tahammül etme yükümlülüğü bulunduğu, şöhret sahibi kişilerin diğer vatandaşlardan farklı olarak toplumun gözü önünde yaşanan hayat içerisinde yer aldıklarından, bu kimselerin söz konusu konum itibari ile yaşantı, söz ve davranışları, yapmış oldukları açıklama ve icra ettikleri mesleklerinin toplumda bir merak ve öğrenme isteği kısaca kamu merakının uyanması sonucunu doğurduğu ve bu kamu merakını aydınlatmanın da basına yüklenen hak ve ödev olduğu, açıklamalardaki düşünce ve yorumların müştekiyi aşağılama ve küçültme boyutuna ulaşmadığı, kamu yararı ve toplumsal ilgi yönünden, kişinin kamuya açıldığı oranda ve açıldığı alan çerçevesinde, toplumsal ilgiyi çekeceği ve bu açıdan hakkındaki haberlere hoşgörü göstermesi gerektiği, bu kapsamda müştekinin nasıl kendisi hakkında övgü içeren söz, açıklama ve yayınları kabul ediyor ise kendisi hakkında yapılan olumsuz eleştiri ve açıklamalara da katlanması gerektiği,

İftira suçunun düzenlendiği TCK.nun 267. maddesinde, yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat edilmesi şeklinde gerçekleşen eylemin iftira suçu olarak kabul edilerek yaptırım öngörüldüğü,

Buna göre, İftira suçunun oluşması için, isnadın yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunmak suretiyle ya da basın ve yayın yoluyla yapılması gerektiği, hiç işlenmemiş fiil veya kendisine isnatta bulunulan kişi tarafından işlenmemiş bir fiilin isnat edilmiş olması gerektiği, isnadın belli bir kişiye yönelik olması gerektiği, yapılan isnadın hukuka aykırı olması gerektiği, kendisine hukuka aykırı fiil isnat edilen kişinin bu fiili işlemediğinin bilinmesinin gerektiği, bu nedenle, iftira suçunun, ancak doğrudan kastla işlenebileceği, başka bir deyişle iftira suçunun muhtemel kastla işlenemeyeceği, ayrıca kendisine hukuka aykırı fiil isnat edilen kişi hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak amacıyla hareket edilmesi gerektiği, bu nedenle iftira suçu açısından failde kastın ötesinde belirtilen amacın varlığının gerekli olduğu, bu içerik ve nitelikte bir söz veya beyanın bulunmadığı gibi bu amaçla hareket edilmediği, bu ve benzeri iddiaların birçok basın yayın kuruluşu yayınları ve yapılan açıklamalar ile gündeme geldiği ve gündemde olduğu,

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2007/8-244 E, 2008/92 K. sayılı ve 29/04/2008 tarihli kararında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenlemeye göre suçun

oluşması için "halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesiminin, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik edilmesi" yeterli olmayıp, bunun "kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikeyi" ortaya çıkarması gerektiği,

"Kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike" unsurunun neyi ifade ettiği maddenin gerekçesinde: "...fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç; soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu haline getirilmiştir. Bu suretle, çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanı genişletilmiştir. Bu düzenleme sayesinde "kin ve düşmanlık" ibaresinin anlamı da dikkate alındığında sadece "şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler" madde kapsamında değerlendirilebilecektir. Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hakim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında "açık ve mevcut tehlike" kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez." şeklinde açıklandığı belirtilerek, suçun soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılıp somut tehlike suçu haline getirildiği, kişinin söz ve davranışlarının kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturması ve bunu da somut olgulara dayalı olarak saptanmasının zorunlu olduğunun belirtildiği,

Yine, 765 Sayılı TCK.nun 312. maddesini irdeleyen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2004/8-130 E., 2004/206 K., sayılı, 23/11/2004 tarihli ve 2004/8-201 E, 2005/30 K. sayılı, 15/03/2005 tarihli kararlarında da, suçun unsurlarının oluşması için, Kışkırtmanın; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmesi, yine kışkırtmanın, farklı halk topluluklarını birbirine karşı düşmanlığa ve kin beslemeye sevk etmesi ve fakat bu halin "kamu düzeni" için tehlikeli olabilecek bir şekilde ve yeterlilikte olması, tehlikenin soyut olmayıp somut ve yakın tehlike olması ve Yargıtay 8. Ceza Dairesinin bir çok kararına yansıtıldığı üzere, kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi gerektiği, 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan 5237 sayılı yeni TCY.nun aynı tür suçu düzenleyen 216. maddesinde de suçun olu-

şumunun biraz daha zorlaştırıldığı, "tehlikenin açık ve yakın olması" gerektiğinin kabul edildiği belirtilerek, tahrike yönelmeyen, şiddet çağrısını içermeyen, somut ve yakın tehlike düzeyine de ulaşmamış kışkırtmaların suçun unsurunu oluşturmayacağının belirtildiği, haber içeriğinde yukarıda belirtilen şekilde suçun unsurlarını oluşturacak nitelikte beyan ve açıklamaların bulunmadığı,

İfade özgürlüğünün kısıtlanabileceğini öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. madde 2. fıkrasının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince basın özgürlüğü yönünden yapılan yorumunda, Basının demokratik bir toplumda oynadığı role vurgu yapılarak, basının milli güvenlik veya toprak bütünlüğü gibi devletin çıkarlarının korunmasını sağlamak için belirlenen bazı sınırları aşmamasının gerekli olmasına rağmen, sorumluluk ve yükümlülükleri dahilinde, bölücü olanlar da dahil olmak üzere kamu çıkarını ilgilendiren bütün konular üzerine bilgi verme, görüş bildirme görevi olduğunun belirtildiği (Demirel ve Ateş/Türkiye, no.3 11976/03),

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında ve Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2007/11582 E., 2008/6398 K sayılı kararında da belirtildiği üzere, kişilik haklarının sınırlarının kamu yararı gerektiriyorsa aşılabileceği belirtilirken çarpıcı bir başlık altında haberin okura sunulmasının gazetecilik mesleğinin bir parçası olduğu, başlıkta yer alan birkaç sözcüğün tek başına ele alınmaması gerektiği, başlığın, yazı içeriği ile bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği, okuyucunun ilgisini çekebilmek amacıyla haberi uygun sözlerle süslemek, ilginç biçime getirmek, toplumun değer yargılarına göre yorum yaparak kamuoyunu aydınlatmanın basının hakkı ve görevi olduğu,

Yazının veya konuşmanın içerisinden bazı sözcükler tek tek ele alınarak ve bu sözcüklere olumsuz anlamları açısından bakılarak ve konuşma bütünü değerlendirme dışı bırakılarak sonuca varılamayacağı belirtilen Yargıtay CGK.nun 24.4.1989, 9/63-165 sayılı kararı ile olayın değerlendirilmesi yapılırken, yazının bütünlüğünün bozulmamasının gerektiği belirtilen CGK. 25.01.1993, 8/299-10 sayılı kararı dikkate alınarak, yazının bir bütün olarak ele alınması gerektiği, içerisinden bazı sözcükler tek tek ele alınmak ve bu sözcüklere olumsuz anlamları açısından bakılmak suretiyle sonuca varılmaması gerektiği,

Yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 09/12/2002 tarihli ve 2002/9344 Esas ve 2002/13808 sayılı kararı ile 28/02/2005 tarihli ve 2004/8482 Esas ve 2005/1908 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere, basının somut gerçeği araştırmasının beklenemeyeceği, yayın tarihinde gerçek bilgi ve belgelere uygun olmasının yeterli olduğu, görünürdeki gerçekliğin, somut gerçeklik olarak değil, olayın, haberin verildiği andaki beliriş biçimine uygunluk olarak anlaşılması gerektiği, haberin yapılmasından sonra ortaya çıkan durumun (salt gerçekliğin) farklı oluşunun, basının sorumlu tutulmasını gerektirmeyeceği,

AİHM'nin ifade özgürlüğüne ilişkin Handyside/Birleşik Krallık, Castells/İspanya kararlarında da belirtildiği üzere, kamuoyunu ilgilendiren sorunların kamuya açık olarak tam bir serbestlik içerisinde tartışılabilmesi, şiddeti teşvik eden eylemler hariç, bu tartışmanın boyutlarının devlet organları tarafından maksimuma çıkarılması gerektiği, kamuoyunun bir bölümünün, hatta çoğunluğun hoşuna gitmeyen, ürkütücü, şok edici fikirlerin de sözleşmenin 10. maddesi tarafından korunduğunun belirtildiği,

AİHM.nin Prager ve Oberschlick/Avusturya, Bladet Tromso ve Stensaas/Norveç Kararlarında da belirtildiği üzere, Basın özgürlüğünün bir derece abartmayı, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerdiği, gazetecinin yazısında kullandığı deyimler "polemik" niteliğinde olsa da, bu ifadelerin nesnel bir açıklamayla desteklendiğinde, bunların asılsız kişisel saldırı olarak görülemeyeceği, Aynı şekilde değerlendirmelere yer veren Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.07.2006 tarih ve 2006/4-162 E., 2006/181 K. sayılı kararında da, soruşturma konusu yazıdaki eleştiri ve değer yargılarının bir kısmı sert ve çarpıcı bir üslupla dile getirilse de, esasen, eleştirinin sert bir üslupla gerçekleştirilmesi, kaba olması ve nezaket sınırlarını aşmasının, eleştirenin amacına, psikolojisine, eğitim ve kültür düzeyine bağlı bir olgu olduğu, basın özgürlüğünün, belli ölçülerde abartmayı, hatta kışkırtmaya başvurmayı da içerdiği, gazetecilerin yazılarında kullandıkları deyimlerin "polemik" niteliğinde olsa da, nesnel bir açıklamayla desteklendiğinde, bu ifadelerin asılsız kişisel saldırı olarak görülemeyeceğinin belirtildiği,

İfade özgürlüğünün içeriği yönünden olgular ve değer yargıları arasında farklılık bulunduğu, olguların varlığının kanıtlanabilir olduğu ancak değer yargılarının doğruluğunun kanıtlanmasını istemenin, gerçekleştirilemeyecek bir şeyi istemek olduğu, (Lingens/Avusturya Kararı)Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Dalban/Romanya davasında ortaya koyduğu gibi bir gazetecinin doğruluğunu kanıtlayamadığı sürece değer yargılarını ifade etmesinin engellenmesinin kabul edilemez olduğu, dolayısıyla doğruluğu denetlenebilir olgu veya verilerin yanı sıra doğruluğunun kanıtlanması söz konusu olamayacak fikir, eleştiri ve spekülasyonların dile getirilmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10. maddesi çerçevesinde koruma altına alındığı,

Müşteki veya vekili tarafından gerçek dışı ve kişilik haklarına saldırı olduğu iddia edilen hususlar ile ilgili olarak 5651 Sayılı Kanunun 9.maddesinde belirtilen şekilde talepte bulunularak işlem yapılmasının mümkün olduğu,

Yukarıda belirtilen kararlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında değinilen ve belirlenen ilkeler ile TC. Anayasasının 25. maddesinde düzenlenen düşünce ve kanaat özgürlüğü, 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile 28. maddesinde ve 5187 Sayılı Basın Kanununun 3. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü de dikkate alınarak, uzun süreden beri yapılan açıkla-

ma ve iddialarla ve ayrıca yapmış olduğu açıklama ve faaliyetlerle sürekli gündemde bulunan, bu nedenle gerek basın yayın yoluyla ve gerekse başka suretle hakkında övgü içeren olumlu görüş ve açıklamalar yapıldığı gibi eleştiri içeren olumsuz görüş ve açıklamalar yapılan müştekinin, toplumdaki sade vatandaşlara oranla kendisine yapılan sert ve şok edici eleştirilere daha fazla tahammül etme yükümlülüğü bulunduğu, bu kapsamda müştekinin nasıl kendisi hakkında övgü içeren söz, açıklama ve yayınları kabul ediyor ise kendisi hakkında yapılan olumsuz eleştiri ve açıklamalara da katlanması gerektiği, açıklamalardaki düşünce ve yorumların müştekiyi aşağılama ve küçültme boyutuna ulaşmadığı, demokratik toplumlarda çok önemli bir göreve sahip olan basının toplumu ilgilendiren konularda bilgi vermekle yükümlü olduğu, halkın ise bilgi alma hakkının bulunduğu, Basın Özgürlüğünün belirli bir ölçüde abartmayı hatta tahriki de içerdiği, kamu çıkarını ilgilendiren konularda bu özgürlüğün sınırlandırılmasının ancak çok istisnai olarak kabul edilebilir olduğu, toplumun gözü önünde olan tanınmış kişilerin eleştirilmesinin sınırlarının normal bir bireye kıyasla daha geniş olduğu, söz konusu haberin düşünce açıklama, bilgi verme ve eleştiri sınırları içerisinde kaldığı, açıklanış şekliyle konusu arasında düşünsel bir bağ bulunduğu ve nesnel bir açıklama ile desteklendiği, açıklanmasında kamunun ilgisi ve yararı olduğu, bu hali ile atılı suçların unsurları bakımından oluşmadığı..."

9. Başvurucunun anılan karara yaptığı itiraz, Bakırköy 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/5/2014 tarihli ve 2014/1207 Değişik İş sayılı kararıyla reddedilmiştir. Ret kararı başvurucuya 27/6/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

10. Başvurucu, Anayasa Mahkemesine 24/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

11. 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 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."

12. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 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."

13. 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar*" başlıklı 172. maddesinin bir numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) 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."

14. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan "*nefret söylemi*" konulu 30/10/1997 tarihli ve 97(20) sayılı Tavsiye Kararı'nda "*nefret söylemi*" kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

"Bu ilkelerin uygulanması amacıyla, 'nefret söylemi' ifadesi, ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik, ayrımcılık ve düşmanlıkla ifade edilen hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, tahrik eden, teşvik eden veya haklı gösteren tüm ifade biçimlerini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır."

15. Ulusal, ırkçı veya dinsel nefretin savunulması insan haklarıyla ilgili uluslararası ve bölgesel belgelerde yasaklanmıştır. 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın (R.G., 6092, 24/8/1945) ön sözünün ikinci paragrafında hoşgörülü davranma taahhüdünden bahsedilmiş, 1. maddenin (3) numaralı fıkrasında Birleşmiş Milletlerin amacının "*Ekonomik, sosyal, fikrî ve insani mahiyetteki milletlerarası dâvaları çözerek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine karşı saygıyı geliştirerek ve teşvik ederek, milletlerarası işbirliğini gerçekleştirmek*" olduğu açıklanmıştır. Aynı amaç 55. maddenin (c) bendinde ve 76. maddenin (c) bendinde tekrar edilmiştir.

16. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 1., 2. ve 7. maddelerinde herkesin; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayrım gözetmeksizin söz konusu Beyanname ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanacağı belirtilmiştir.

17. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 16/12/1966 tarihinde kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (R.G., 25175, 21/7/2003) 2. ve 26. maddelerinde ayrımcılık yasağından bahsedilmiş, 20. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise "*Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ay-*

rımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır." denmiştir. Birleşmiş Milletlerin zikredilen belgelerinden başka önemli bir ayrımcılık türü olarak beliren din ve inanç temelli ayrımcılığa ise 1981 tarihli Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri'de dikkat çekilmiştir.

18. Bölgesel düzeyde İnter-Amerikan İnsan Hakları İhtisas Konferansı'nda 22/11/1969 tarihinde kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin "*Düşünce ve İfade Özgürlüğü*" kenar başlıklı (5) numaralı fıkrasında şöyle denmiştir:

"Her türlü savaş propagandası ve ırk, renk, din, dil, ya da milli köken temelinde bir gruba ya da bir insanlar grubuna yönelik hukuksuz şiddete ya da benzeri herhangi bir eyleme tahrik eden herhangi bir ulusal, ırkçı veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından cezalandırılabilecek suçlar olarak değerlendirilir."

19. İnsan haklarıyla ilgili uluslararası belgelerde, belirli nefret söylemi biçimlerine özel olarak dikkat çekilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 21/12/1965 tarihinde kabul edilen Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (R.G., 24721, 9/4/2002) 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "*ırk ayrımcılığı*" deyimi şöyle açıklanmıştır:

"Bu Sözleşmede, "ırk ayrımcılığı" terimi, siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayrım, dışlama, kısıtlamaya da tercih anlamındadır."

20. "*Irk ayrımcılığı*" ifadesi; ırk, renk, soy veya ulusal ya da etnik kökene dayalı tüm ayrımcılık, dışlama, kısıtlama veya üstün tutma eylemlerini kapsayacak biçimde kullanılmıştır. Nitekim Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 4. maddesinde de bazı nefret söylemi biçimleri ayrıntılı olarak tanımlanmıştır:

"Taraf Devletler bir ırkın veya belli bir renge veya etnik kökene mensup bir grubun üstünlüğü fikirlerine ya da teorilerine dayanan ya da her ne şekilde olursa olsun ırkçı nefreti ve ayrımcılığı haklı çıkarmaya ya da yüceltmeye çalışan tüm propaganda ve tüm örgütleri kınarlar ve bu tür ayrımcılık faaliyetleri ile ayrımcılığı teşviki ortadan kaldırmaya yönelik acil ve olumlu önlemler almayı üstlenirler ve bu amaçla însan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde yer alan ilkelere ve bu Sözleşme'nin 5 inci maddesinde açıkça sıralanan haklara saygı göstermek kaydıyla, diğer önlemler arasında,

a) Irkçı üstünlüğe ya da nefrete dayalı tüm fikirlerin yayılmasını, ırk ayrımcılığını teşviki, herhangi bir ırka ya da başka bir renk ya da etnik kökene mensup bir gruba yönelik şiddet eylemlerini ya da bu tür eylemleri teşviki ve ayrıca ırkçı eylemleri finanse etmek dahil bu eylemlere her türlü yardım sağlamayı yasayla cezalandırılacak suç olarak ilan edeceklerdir.

b) Irk ayrımcılığım destekleyen ya da bu tür ayrımcılığa teşvik eden tüm örgütleri ve ayrıca örgütlü ve diğer tüm propaganda faaliyetlerini yasa dışı ilan edecek ve yasaklayacaklar ve bu tür örgütlere ya da faaliyetlere katilimi yasayla cezalandırılacak bir suç olarak ilan edeceklerdir.

c)Yerel veya ulusal kamu kurum ve yetkililerinin ırk ayrımcılığım desteklemesine ya da ırk ayrımcılığına teşvik etmesine izin vermeyeceklerdir."

21. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 12/2/2004 tarihli Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi, siyasi tartışma özgürlüğünün; ırkçı fikirleri veya nefreti, yabancı düşmanlığını, Yahudi düşmanlığını ve herhangi bir hoşgörüsüzlük biçimini kışkırtan görüşleri içermediğini vurgulamaktadır. Metinde ayrıca siyasi şahsiyetler ve kamu görevlileri hakkındaki bilgi ve görüşlerin yayımlanması konusunda bazı ilkelere dikkat çekilmiştir:

"I. Medya kuruluşları aracılığıyla ifade ve bilgi edinme özgürlüğü

Kamuoyunun kamuyu ilgilendiren konularda bilgilendirilmesi çoğulcu demokrasinin ve siyasi ifade özgürlüğünün bir gereğidir. Bu özgürlük, medya kuruluşlarının siyasi şahsiyetler ve kamu görevlileri hakkında olumsuz bilgiler ve eleştiri niteliğinde görüşler yayınlama hakkı ile kamunun bu tür görüş ve bilgileri öğrenme hakkını da kapsar.

…

III. Siyasi şahsiyetler hakkında kamuoyunda tartışma ve bunların kamuoyunca denetimi

Siyasi şahsiyetler kamuoyundan güven talep etmişler, kamuoyu bünyesinde açık tartışma konusu olmayı, kamuoyunun titiz bir denetimine tabi tutulmayı, buna bağlı olarak da görevlerini yerine getiriş tarzları konusunda kendilerine gereğinde şiddetli eleştiriler yöneltilebileceğini peşinen kabul etmişlerdir.

…

VIII. Medya kuruluşlarının ihlallerine karsı başvurular

Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlileri, medya kuruluşları tarafından yapılan hak ihlallerine karşı sıradan vatandaşların sahip oldukları hukuki başvuru yollarının

aynılarına sahip olmalıdırlar. İtibar zedelemesi veya hakaret nedeniyle tazminat veya para cezası verildiği takdirde bunlar, medya kuruluşları tarafından gönüllü olarak verilerek ilgili kimseler tarafından kabul edilen gerçek ve uygun tazminatlar da göz önünde bulundurularak, hak ihlali ve itibar zedelenmesiyle orantılı olmalıdır. Hak ihlalinin veya itibar zedelemesinin vahameti ışığında ve özellikle medyada yayınlanan itibar zedeleyici ifadelerin veya hakaretlerin, nefret içeren ifadeler örneğinde olduğu gibi, başka temel özgürlükleri de önemli ölçüde ihlal ettiği ve cezanın kesin olarak gerekli ve ihlalin vahameti ile orantılı olduğu haller dışında itibar zedelemesi veya hakaret hapis cezasına yol açmamalıdır."

22. Avrupa Konseyi; görevi, daha geniş bir Avrupa'da ırkçılıkla ve ırk ayrımcılığıyla insan haklarının korunması bakış açısı temelinde mücadele etmek olan Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu'nu (ECRI) kurmuştur. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu, 13/12/2002 tarihli Irkçılık ve Irksal Ayrımcılıkla Mücadelede Ulusal Yasalarla İlgili 7 No. lu Genel Tavsiye Kararı'nda ırkçılığı ve ırkçı söylem tarzını şu şekilde ifade etmiştir:

"… Tavsiye kararlarında kullanılan "ırkçılık" terimi, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlüğü içerecek biçimde geniş anlamı ile anlaşılmalıdır. Irkçılık, doğrudan ve dolaylı ırk ayrımcılığı tanımlarının temelleri hakkında (Tavsiye kararları Paragraf 1), ırkçılık ve ırk ayrımcılığı ile mücadelede genellikle yasal ölçütler tarafından kapsanan ırk, renk, etnik veya milli köken ayrımcılıklarının yanı sıra, tavsiye kararları dil, din ve milliyeti de kapsamaktadır. Irkçılık ve ırk ayrımcılığı ile ilgili olarak bu temellerin de kapsanması, ECRI'nin ırkçılık, ırk ayrımcılığı, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlükle mücadelede ECRI'nin Tavsiye kararlarına dayanmaktadır. ECRI'ye göre, zaman içinde değişen bu kavramlar, günümüz için, belirli bir kişi ya da kişileri, ırk, renk, dil, din etnik veya milli köken temelinde hedef alan ifadeleri karşılamaktadır. Sonuç olarak, Tavsiye kararlarında kullanılan "ırkçılık" ve "ırk ayrımcılığı" kavramları ECRI kararlarında yer alan bütün fenomeni içermektedir…"

23. Genel olarak ECRI, şu fiillerin kasten gerçekleştirilmesi durumunda cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır: Şiddetin, nefretin veya ayrımcılığın alenen kışkırtılması, aleni aşağılama ve karalama; bir kişinin veya bir grup insanın ırk, renk, dil, din, milliyet veya ulusal veya etnik köken gerekçesiyle tehdit edilmesi; bir grup insanı ırk, renk, dil, din, milliyet veya ulusal veya etnik köken gerekçesiyle üstün gören veya hor gören veya aşağılayan bir ideolojinin ırkçı amaçlar doğrultusunda alenen ifade edilmesi; soykırım suçlarının, insanlığa karşı işlenen suçların veya savaş suçlarının ırkçı amaçlar doğrultusunda alenen inkâr edilmesi, önemsizleştirilmesi, haklı gösterilmesi veya hoşgörülmesi.

24. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından 29/6/1983 tarihinde kabul edilen 10 Sayılı Genel Yorum'da Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 19. ve 20. maddeleri arasındaki ilişki hakkında aşağıdaki yorum kabul edilmiştir:

"Sözleşmenin 20'nci maddesi, her türlü savaş propagandasının ve ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti kışkırtan her türlü ulusal, ırkçı veya dinsel nefret savunusunun kanunla yasaklanacağını belirtmektedir. Komite'nin görüşüne göre talep edilen bu yasaklamalar, 19'uncu maddede yer alan ve kullanımı özel görev ve sorumlulukları beraberinde getiren ifade özgürlüğü hakkı ile tümüyle uyumludur. 1' inci fıkra kapsamında yer alan yasaklar, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne aykırı olacak şekilde saldırganlık tehdidi içeren veya saldırganlıkla veya barış koşullarının ihlal edilmesiyle sonuçlanan her türlü propaganda biçimlerini kapsarken, 2'nci fıkra, ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti kışkırtan her türlü ulusal, ırkçı veya dinsel nefret savunusunu hedef almaktadır; propaganda veya savununun ilgili Devlete içsel veya ona dışsal amaçlar taşıyıp taşımadığının bir önemi bulunmamaktadır. ... 20'nci maddenin tümüyle etkin hale gelebilmesi için, bu maddede tanımlanan propaganda ve savununun kamu politikasına aykırı olduğunu kesin bir dille gösteren ve ihlal edilmesi durumunda uygulanacak uygun yaptırımları öngören bir yasanın mevcut olması gerekir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 14/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 24/7/2014 tarihli ve 2014/12225 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

26. Başvurucunun iddiaları şunlardır:

i. Başvurucu, internet sitesinde yayımlanan röportajda haksız ve mesnetsiz olarak suçlandığını, bir soruşturma ya da kovuşturma konusu olmayan iddialarla açıkça suçlu ilan edilerek masumiyet karinesinin çiğnendiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, Anayasa'nın 38. maddesinin devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklediğini; bu kapsamda üçüncü kişilerin, masumiyet karinesine müdahale eden davranışlarına karşın devletin bireyi koruma yükümlülüğü bulunduğunu ancak Cumhuriyet Savcılığının kovuşturmaya yer olmadığına karar vererek söz konusu pozitif yükümlülüğe uymadığını, bu sebeple Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan "*suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz*" ve "*ceza sorumluluğu şahsidir*" ilkelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

ii. Başvurucuya göre röportajda kullanılan söylem tarzı nefret söylemi boyutundadır ve bu sebeple ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez.

Başvurucu, söz konusu iddiaların doğru olmamasına ve engellenmesi gerektiğinin açık olmasına rağmen kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddiasıyla ilgililer hakkında yapmış olduğu şikâyetin, Cumhuriyet Savcılığı ve itiraz mercisi tarafından, söz konusu yayının basın özgürlüğü kapsamında olduğu gerekçesi ile reddedilmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "*adil yargılanma hakkı*"nı ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

iii. Başvurucu şikâyete konu yayında söylenen sözlerin nefret söylemi boyutuna ulaştığını iddia etmektedir. Başvurucu, 97(20) sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararı'nı hatırlatmıştır. Başvurucuya göre söz konusu kararda nefret söyleminin, hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade etme biçimi ile muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsayacağı belirtilmiştir. Yine başvurucu, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 20. maddesinde "*ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması"*nın hukuk dışı ve yasak olduğunun belirtildiğini, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi'nde siyasi tartışma özgürlüğünün; ırkçı fikirleri veya nefreti, yabancı düşmanlığını, herhangi bir hoşgörüsüzlük biçimini kışkırtan görüşleri kapsamadığının ifade edilmesi suretiyle nefret söyleminin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğinin belirtildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, şikâyet konusu iddiaların yer aldığı röportajın basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğini ve nefret söylemi de içermesi nedeniyle Savcılık ve Mahkeme tarafından talebinin reddedilmesinin güncel ve kişisel hakkının zedelenmesine neden olduğunu ileri sürmüş, hak ihlalinin tespitine ve ihlalin giderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

27. Başvurucu, 2/10/2014 tarihli ek beyan dilekçesinde, basında yer alan ifadeler sebebiyle maddi ve manevi varlığının zedelendiğini, şeref ve itibarına yönelik saldırıların devlet tarafından önlenmediğini belirterek Anayasa'nın 17. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Söz konusu dilekçe, başvuru süresi geçirildikten sonra Anayasa Mahkemesine sunulduğundan değerlendirmelerde dikkate alınmaması gerekir.

B. Değerlendirme

28. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvurucu, kişilik haklarının saldırıya uğradığı iddiasıyla ilgililer hakkında yapmış olduğu şikâyetin Cumhuriyet Savcılığı ve itiraz mercisi ta-

rafından reddedilmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "*adil yargılanma hakkı*"nı ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun bu şikâyetlerinin özü, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ile devletin, kendisinin şeref ve itibarına saygıyı etkili bir şekilde sağlamaya yönelik tedbirleri almadığı iddiasıdır. Bu itibarla söz konusu şikâyetin Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

29. Başvurucu ayrıca, söz konusu röportajda kendisi hakkında dile getirilen iddialar ve suçlamalar nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesinde koruma altına alınan masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. 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 (*Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 27).

30. Öte yandan, Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu nedenle Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası, yürütülmekte olan bir ceza soruşturması hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini engellemez. Ancak masumiyet karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğundan Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası, bilginin gereken bütün dikkat ve ihtiyat gösterilerek verilmesini gerekli kılar (bkz. *Kadir Sağdıç*, § 28; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Allenet de Ribemont/Fransa*, B. No: 15175/89, 10/02/1995, § 41).

31. Yargılanan kişilere yönelik olarak devlet görevlilerinin ifadeleri veya kışkırtmasına dayanan basın ve yayın organlarındaki yazılar veya bazı küçük düşürücü ifadeler nedeniyle masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir. Buna karşın kamu menfaatine ilişkin konularda basın ve yayın organlarında yazılar yayımlanması ile haberlere ve yorumlara yer verilmesinin, beklenmesi gereken bir olgu olduğu göz önünde bulundurulmalıdır (bkz. *Kadir Sağdıç*, § 29; *.X./Norveç*, B. No: 3444/67, 16/07/1970).

32. Somut olayda başvurucu, başvuruya konu röportajda dile getirilen iddialar nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Buna karşın başvurucu, bu şekilde yayınlar yapılması nedeniyle kamu gücünü kullanan herhangi bir organ veya yetkili hakkında şikâyetçi olmamıştır. Başvurucu genel olarak yayınların yapılması sırasında ve daha sonra devletin, itibarını korumadığından şikâyetçi olmuştur. Bu çerçevede, başvuruya konu röportajda dile getirilen iddialar ve kullanılan üslup nedeniyle başvurucunun

suçlu olduğu inancı yansıtılmış olsa bile söz konusu haber ve yorumların devlet yetkililerinin açıklamalarına dayandığı veya bunların söz konusu haber ve yorumların yapılmasına neden oldukları yönünde bir şikâyette de bulunulmadığı göz önüne alınmalıdır. Bu itibarla masumiyet karinesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyetin de Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında incelenmesi gerekmektedir (*Kadir Sağdıç*, § 30, 31).

33. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "*manevi varlık*" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireylerin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Ancak devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak üçüncü kişilerce yapılan müdahalelere karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesindeki 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 iddiasıyla hukuk davası açarak da bir giderim sağlaması mümkündür (*Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35).

34. Bir ihlal iddiasına ilişkin olarak başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda, kural olarak başvurucunun aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamını tüketmesi beklenemez (bkz. *S.S.A.*, B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 30; *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*, B. No: 2013/577, 30/6/2014, § 28). Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin, yerleşik hâle gelen içtihatları uyarınca üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahalelerle ilgili olarak yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olması Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için şart olan tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği anlamına gelmez (*Adnan Oktar (3)*, § 36).

35. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına yönelik uyuşmazlıklar açısından, hukuki tazmin yolu daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yoludur (bkz. *S.S.A.*, § 31; *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*, § 29).

36. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin *Sinem Hun* kararında ifade ettiği gibi hoşgörünün ve bütün insanların onuruna aynı düzeyde saygının; demokratik, çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturduğu gerçeğinden hareketle "*forma-*

liteleri", "*koşulları*", "*kısıtlamaları*" veya "*müeyyideleri*" izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini önlemek ve hatta bunları cezalandırmak gerekli görülebilir (*Sinem Hun,* B. No: 2013/5356, 8/5/2014, § 32; benzer yöndeki AİHM kararı için ayrıca bkz. *Gündüz/Türkiye*, B. No: 35071/97, 4/12/2013, § 40).

37. Bu nedenle, nefret söylemi kullanılarak hakaret edildiği iddiasını içeren başvurular açısından, başvuruya konu olayın kendine özgü koşulları da dikkate alınmak kaydıyla, bireysel başvuru öncesinde hukuk yoluna gidilmeksizin sadece ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olması yeterli görülebilir (*Sinem Hun,* § 32). O hâlde mevcut başvuruda yapılması gereken ilk iş, başvuru yollarının tüketilip tüketilmediğinin tespiti için başvurucunun şikâyet ettiği röportajda yer alan ve kendisine yönelik olarak dile getirilen sözlerin nefret söylemi oluşturup oluşturmadığını tespit etmektir.

38. "*Nefret söylemi*" *(hate speech)* ifadesinin genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Nefret söylemi olarak sınıflandırılabilecek düşünce açıklamalarının tespit edilmesi, bu tür açıklamaların sadece "*nefret*" ifadeleri veya duygusu aracılığıyla dışa vurulmaması nedeniyle oldukça zor görünmektedir. Nefret söylemi, ilk bakışta mantıklı veya normal görünebilecek ifadelerde de saklı olabilmektedir. Bununla birlikte, onur kırıcı nitelikte olsalar bile ifade özgürlüğü hakkının tümüyle koruması altında bulunan ifadelerin, nefret söylemi sayılabilecek ve bu sebeple böylesi bir korumadan faydalanmayan ifadelerden ayırt edilmesini sağlayacak ölçütlerin, konuyla ilgili olarak yürürlükte bulunan uluslararası metinlerden ve AİHM'in veya diğer mahkemelerin içtihatlarından hareketle ortaya konması mümkündür (§ 13-23).

39. "*Nefret söylemi*" kavramının çok sayıda durumu kapsadığı söylenebilir. Bununla birlikte ilk olarak ırkçı nefretin veya başka bir deyişle kişilere veya gruplara yönelik nefretin belirli bir ırka ait olmaları nedeniyle kışkırtılmasının nefret söylemi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. İkinci olarak dinsel nedenlerle nefretin ve inananlar ile inanmayanlar arasındaki ayrıma dayalı nefretin kışkırtılması da aynı şekilde nefret söylemi kabul edilmelidir. Bunlardan başka, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin "*nefret söylemi*" üzerine Tavsiye Kararı'ndaki ifadelerine odaklanılırsa "*saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik*" şeklinde ifadesini bulan hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret türlerinin kışkırtılması da nefret söylemi kapsamında sayılmalıdır.

40. Bu kapsamda ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik nefret saikli ifadeler de nefret söylemi türlerinden kabul edilmelidir. Sonuç olarak henüz ulusla-

rarası belgelerde ve mahkeme içtihatlarında yeterince ele alınmamış olsa bile cinsel yönelim temelli söylem gibi AİHM'in ifade ettiği şekliyle "*hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi*" (*Gündüz/Türkiye*, § 40; *Erbakan/Türkiye*, B. No: 59405/00, 6/7/2006, § 56; *Sürek/Türkiye (no1)*, B. No: 26682/95, 8/7/1999, § 62) nefret söylemi olarak değerlendirilmelidir.

41. Bu anlamda "*nefret söylemi*" muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır. Nefret söyleminin saikinin ise salt o kişiye ilişkin bir aidiyet olgusundan ibaret bulunması gerekir. Bir gruba veya bir grubun üyelerine yönelik ifade, nefreti teşvik ediyorsa ve bu teşvikin sözde geçerli nedeni o gruba isnat edilen özelliklerse, bir grubun üyeleri sırf bu gruba üye oldukları için aşağılanıyor, genel çoğunluktan farklı görülüyor, toplumsal olumsuzlukların faili sayılıyorsa ya da bu grupların veya üyelerinin aşağılanmaları ve haklarından mahrum edilmeleri, maruz kaldıkları dışlama, baskı veya şiddet meşru gösteriliyor ise söz konusu düşünce açıklamasının nefret söylemi içerdiği kabul edilebilir. Nefret söyleminde, belirli bir gruba ait bulunduğu için hedef seçilmek suretiyle esasında kendisini o grupta tanımlayan tüm bireyler yönünden barış ve huzur içinde yaşama hakkına müdahale edilmektedir.

42. Somut olayda başvurucu, ulusal yayın yapan bir internet haber sitesinde yer alan röportajda kendisi hakkında ayrımcı ve nefrete dayalı hakaret içerikli ifadelerle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu ve zedelenen hakları nedeniyle devletin etkili soruşturma yapmayarak failleri cezasız bıraktığı iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmaktadır. Başvurucu bir bütün olarak röportajda yer alan sözlerin ve söylem tarzının nefret söylemi olduğunu ileri sürmüştür.

43. Söz konusu röportaj incelendiğinde röportajı veren Medeniyet Vakfı Genel Başkan Yardımcısı Kazım Sağlam, 2013 yılı sonlarında hükûmetten bazı bakanların da adının karıştığı adli soruşturmalardan sonra yaşananları 17-25 Aralık süreci olarak isimlendirmekte ve yaşananların asıl sorumlusu olarak "*Fetullah Gülen Cemaati*" olarak isimlendirdiği grubu göstermektedir. Kazım Sağlam'a göre Gülen Cemaati, kendilerini Risale-i Nur talebesi olarak göstermekle birlikte Said Nursi'nin öğretilerinden ayrılmışlardır. Sağlam'a göre bu Cemaat, emperyalistlerle iş birliği yapmakta, yüksek bürokrasi ve sermaye sınıfından kendisine yandaşlar bulmakta ve topluma değil, kendilerine hizmet etmektedir. Sağlam, bu eleştirisini dile getirirken Cemaatin tamamını hedef almamakta, sıradan Cemaat mensupları ile kurmay olarak adlandırdığı mensuplar arasında ayrım yapmaktadır. Sağlam, pek çok eleştirinin yanında Gülen Cemaatinin gizli bir yapılanmasının olduğunu, çözüm sürecine karşı olduğunu, dünyanın pek çok ülkesindeki İslami oluşumlara ve aynı şekilde

Türkiye'deki İslami oluşumlara da karşı tavırları olduğunu iddia etmekte ve eleştirmektedir. Sağlam'a göre Fetullah Gülen, İslami değerleri de kendi menfaati için kullanmaktadır ve Gülen'in asıl amacı AK Parti hükûmetinin düşürülmesidir. Kamuoyunda tartışılan ve Gülen Cemaatine atfedilen son zamanlarda yaşanan olayları referans göstererek Cemaatin masumiyetinin bittiğini, yumuşak yüzlerinin altından olumsuz tarafların ortaya çıktığını ifade etmek için "*tıpkı bebek yüzlü katiller gibi maskeleri düştü*" şeklinde sert sözlerle Cemaati eleştiren Sağlam, Cemaatin Yahudiler gibi mağduriyet edebiyatı yaptığını da iddia etmektedir.

44. Şikâyet konusu röportaj, bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde röportajı veren kişinin, kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan ve kamuoyunun bir kısmı tarafından "*hükûmete darbe girişimi*", diğer bir kısmı tarafından ise "*yolsuzluk soruşturmaları*" olarak adlandırılan, hükûmet ile Gülen Cemaatinin birbirlerini suçladıkları sert tartışmalara konu olan "*17-25 Aralık Soruşturmaları*" olarak bilinen adli soruşturmalar sonrası yaşanan olayları kendi zaviyesinden yorumladığı ve Gülen Cemaatini eleştirdiği anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle Sağlam'ın başvurucu hakkındaki olumsuz söylemleri, onun aidiyetine ilişkin bir motivasyondan kaynaklanmamakta, kamuoyunda onun liderliğini yaptığı bir harekete atfedilen tartışmalı bazı olaylara dayanmaktadır.

45. Başvurucunun şikâyet ettiği ve bir bütün olarak başvurucuya ve "*Fetullah Gülen Cemaati*"ne yönelik olarak söylenen sözler ve iddialar (§ 6) nedeniyle başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan kişisel itibarının korunması hakkına müdahale edildiği kabul edilmelidir. Buna karşın şikâyet konusu sözlerin ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezcilik, engellilik, ayrımcılık ve düşmanlık şeklinde ifadesini bulan İslamofobi (anti-Muslim sentiment), antisemitizim gibi dinsel hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı başka nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran ifadeler olmadığı gibi başvurucuya yönelik sözlerin de yalnızca belirli bir grubun üyesi olması nedeniyle söylenmediği dolayısıyla "*nefret söylemi*" olarak nitelendirilemeyeceği değerlendirilmiştir.

46. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, 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 gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 19-20;

Güher Ergun ve diğerleri, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 26).

47. Başvuruya konu olayda başvurucu tarafından, bir internet sitesinde yayımlanan röportajda hakkında sarf edilen sözler nedeniyle hakaret, iftira ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme suçlarından ilgililer hakkında işlem yapılması talebiyle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyette bulunulmuştur. Yürütülen soruşturma sonucunda ilgililer hakkında bu suçlar yönünden kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği ancak başvurucunun, somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma yoluna gitmediği anlaşılmaktadır.

48. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde, üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler ile ilgili olarak başvurucu tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu ve somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan hukuk davası açma imkânı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunulduğu nazara alındığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez (*Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*, § 32; *Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, § 19-20).

49. Açıklanan nedenlerle, başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin"*başvuru yollarının tüketilmemesi*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun "*başvuru yollarının tüketilmemiş olması*" nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde bırakılmasına,

14/7/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

AHMET ACARTÜRK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2084)

Karar Tarihi: 15/10/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 18/12/2015-29566

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Celal Mümtaz AKINCI
Raportör	:	Şermin BİRTANE
Başvurucu	:	Ahmet ACARTÜRK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yanlış tedavi uygulandığından bahisle açılan tazminat davasının reddi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve 36. maddesinde yer alan adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 25/3/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış, başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 25/11/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 12/12/2013 tarihinde kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığına (Bakanlık) başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvurunun bir örneği görüş için gönderilmiştir. Bakanlığın 13/2/2014 tarihli görüş yazısı 25/2/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, cevabını 10/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

7. Başvurucu, eşiyle birlikte İstanbul'da bulunan A. Hastanesinde (özel hastane) tüp bebek tedavisi görmüş; tedavi sonucunda bir çocukları olmuştur.

8. Başvurucu, Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği şikâyet dilekçesiyle tedavi sırasında 12/4/2004 tarihinde geçirdiği sperm arama amaçlı yapılan Mikro TESE (Micro Dissection - Testicular Sperm Extraction, biyopsi işleminin özel tasarlanmış bir mikroskop düzeneği altında yapılmasıdır.) operasyonu sonrasında bazı rahatsızlıklarının ortaya çıktığını, bu operasyon sırasında tüm spermlerinin alındığını ve vücudunun kendi kendine testosteron hormonu üretemez hâle geldiğini ve bu şekilde sakatlandığını ileri sürerek ameliyatı gerçekleştiren doktorun cezalandırılmasını talep etmiştir.

9. Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığınca 2006/19362 sayılı soruşturma dosyası açılmış; 30/4/2009 tarihli ve K.2009/4830 sayılı kararda, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 23/2/2009 tarihli raporuna göre başvurucuya uygulanan Mikro TESE operasyonunun tıp kurallarına uygun olduğu, şikâyete neden olan testosteron düşüklüğünün Mikro TESE ameliyatından önce iki kez uygulanmış olan Makroskobik TESE ameliyatlarına bağlı olabileceğinin bildirildiği, buna göre kamu davası açılması için yeterli şüphe elde edilemediği gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir.

10. Başvurucunun anılan karara yaptığı itiraz, Bakırköy 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/10/2009 tarihli ve 2009/729 Değişik İş sayılı kararıyla reddedilmiştir.

11. Ret kararı 10/11/2009 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

12. Başvurucu 23/8/2006 tarihinde A. Hastanesi aleyhine Beyoğlu 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davada, azosperm hastası olması yani sperm sayısının az olması ve doğal yollardan tahliye edilmemesi nedeniyle davalı Hastaneye tüp bebek tedavisi amacıyla başvurduğunu, ameliyatla spermlerinin alındığını, operasyonda yapılan hatalar nedeniyle ameliyat sonrasında testosteron hormonu salgılayamama, kemik erimesi, cinsel isteksizlik, iş gücü kaybı gibi rahatsızlıklar hissettiğini, ömür boyu ilaç kullanmak zorunda kaldığını, bir daha çocuk sahibi olamayacağından üzüntü duyduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

13. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) 19/7/2007 tarihli kararıyla Beyoğlu 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin faaliyetinin durdurulmasına karar verilmiş ve dava dosyası 26/7/2007 tarihinde Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesine devredilmiştir.

14. Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 27/4/2010 tarihli ve E.2007/344, K.2010/120 sayılı kararıyla dava reddedilmiştir. Karar gerekçesi şöyledir:

"Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun 23/2/2009 tarihli raporu incelendiğinde, taraflarca sunulan ve toplanan davacı Ahmet Acartürk'e ait A. Hastanesinde düzenlenen hasta müşahade evrakları ve hasta dosyası, .nın incelendiği, davacının 13/2/2009 tarihinde kurullarınca yapılan muayenesi sonucunda 6. Adli Tıp İhtisas Kurulu üyesi Üroloji uzmanı Prof .Dr. H.Ö.'nın da katılımı ile tüm adli ve tıbbi belgelerin heyetçe değerlendirilmesi sonucunda: Ahmet Acartürk'e .yapılan Mikro TESE operasyonunun Tıp kurallarına uygun olduğu, şikayete neden olan testesteron düşüklüğünün Mikro TESE ameliyatından önce iki kez uygulanmış olan makroskobik TESE ameliyatına bağlı olabileceği, bunun mikro TESE ameliyatında görülen fibrozis ile de desteklendiğinin oybirliği ile mütalaa olunduğu belirlenmiştir.

...

Davacılar vekili dosyaya sunduğu yazılı beyanında, Adli Tıp Kurulu 3. İhtisas Kurulunun 23/2/2009 tarihli raporunu kabul etmediklerini, dosyanın mahkemece üniversitelerden seçilecek üç kişilik bilirkişi heyetine tevdii ile yeniden rapor alınmasını beyan etmiş, davalı vekili ise, zapta geçen beyanında Adli Tıp Kurulu 3. İhtisas Kurulunun sunduğu raporun gerekçeli ve açık olduğunu dolayısıyla davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Bu durumda dosya muhtevası ve toplanan deliller nazara alındığında, Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun 23/2/2009 tarihli raporunun, içlerinde Üroloji, Genel Cerrahi, Ortopedi ve Travmatoloji ve Nöroloji Uzmanları ile üç ayrı Adli Tıp Uzmanından oluşan toplam yedi kişilik heyetçe düzenlendiği, başvurucunun gerek davalıya ait hastaneden, gerekse daha önce tedavi gördüğü diğer hastanelerden celbolunan hasta müşahade evrakları ile laboratuvar sonuçlarının ayrıntılı bir şekilde irdelendiği ve başvurucunun bizzat muayenesinin yapılarak söz konusu raporun tanzim olunduğu anlaşılmakla davacıların davalarının reddine karar vermek gerekeceği sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır."

15. Temyiz üzerine Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14/11/2011 tarihli ve E.2011/1385, K.2011/16528 sayılı kararıyla dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde olmayan tüm temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına karar verilmiştir.

16. Karar düzeltme istemi, Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 3/10/2012 tarihli ve E.2012/15293, K.2012/21964 sayılı ilamıyla reddedilmiştir.

17. Karar 21/2/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 25/3/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

19. 11/1/2011 tarihli 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."

20. 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."

21. 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir."

22. 29/5/1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılanması ve nakli bu kanun hükümlerine tabidir."

23. 2238 sayılı Kanun'un 2. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.

Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir."

24. 2238 sayılı Kanun'un 6. maddesi şöyledir:

"Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur."

25. 1/2/1999 tarihli Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesi şöyledir:

"Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.

Hasta vermiş olduğu aydınlatılmış onamı dilediği zaman geri alabilir."

26. 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 8/5/2014 tarihli değişiklikten önceki hâliyle 15. maddesi şöyledir:

"Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbî işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbî müdahale usûlleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçlan ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir.

Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi, bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere bir başkasına da yetki verebilir. Gerek görülen hallerde yetkinin belgelendirilmesi istenilebilir."

27. Yönetmelik'in 22. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."

28. Yönetmelik'in 8/5/2014 tarihli değişiklikten önceki hâliyle 24. maddesi şöyledir:

"Tıbbî müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

Kanunî temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbî müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medenî Kanunu'nun 272 nci ve 431 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Kanunî temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayatî organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz.

Üçüncü fıkrada belirtilen ve hayatı veya hayatî organlardan birisini tehdit eden acil haller haricinde, rızanın her zaman geri alınması mümkündür. Rızanın geri alınması, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına gelir.

Rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, ancak tıbbî yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır."

29. Yönetmelik'in 29. maddesi şöyledir:

"18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınamaz. Bu şartları tamam olanlardan teşhis, tedavi ve bilimsel amaçlar ile organ veya doku alınması, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un 6 ncı maddesinde öngörülen yazılı şekil şartına tabidir. Ölüden organ ve doku alınma şartı ve cesetlerin bilimsel araştırma için muhafazası hususunda 2238 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesi hükümleri saklıdır."

30. Yönetmelik'in *"Rızanın Kapsamı"* başlıklı, 8/5/2014 tarihli değişiklikten önceki hâliyle 31. maddesi şöyledir:

"Rıza alınırken hastanın veya kanunî temsilcisinin tıbbî müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın, uygulanacak tıbbî müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği sair tıbbî işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbî işlemlerin uygulanmasında, bu Yönetmelik'te ve diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlâl edilmemesi için azamî ihtimam gösterilir."

31. Yönetmelik'in *"Müracaat, Şikayet ve Dava Hakkı"* başlıklı 42. maddesi şöyledir:

"Hastanın ve hasta ile ilgili bulunanların, hasta haklarının ihlali halinde, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikayet ve dava hakları vardır."

32. Yönetmelik'in *"Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu"* başlıklı 43. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir."

33. Yönetmelik'in *"Kamu Görevlisi Olmayan Personelin Sorumluluğu"* başlıklı 47. maddesi şöyledir:

"Hasta haklarının Devlet memuru veya diğer kamu görevlisi olmayan personel tarafından herhangi bir şekilde ihlali halinde uygulanacak müeyyideler aşağıda gösterilmiştir:

a) Kamu görevlisi olmayan personel; hakları ihlal edilen hastanın doğrudan vaki olacak şikayeti üzerine veya bu fiillerin başka şekilde tespiti halinde Bakanlık veya başka kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan bildirim üzerine, bunların özel kanunlara göre kurulmuş olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları haysiyet divanlarınca disiplin cezaları ile cezalandırılabilir.

b) Kamu görevlisi olmayan personelin hasta haklarını ihlallerinden doğan hukuki sorumlulukları, genel hükümlere göre doğrudan doğruya kendilerine veya bunları çalıştıran kurum ve kuruluşlara karşı veya hem kendilerine ve hem de çalıştıranlara karşı birlikte dava açılarak ileri sürülebilir.

c) Kamu görevlisi olmayan personel hakkında, ceza hukukuna göre suç teşkil eden fiilleri sebebiyle cezai müeyyideler tatbik edilmesi, genel hükümlere göre doğrudan doğruya cumhuriyet savcılıklarına yapılacak ihbar veya şikâyet yoluyla gerçekleştirilebilir."

34. Başvuru konusu olay tarihinde yürürlükte bulunan 21/8/1987 tarihli ve 19551 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği'nin 20. maddesi şöyledir:

"Kurul'un uygun tavsiye kararına göre İVF ve ET uygulanacak evli karı kocanın örneği Ek 4'de verilen izin belgesini doldurmaları zorunludur."

35. 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu uyarınca hazırlanan 27/3/2002 tarihli ve 24708 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Özel Hastaneler Yönetmeliği'nin 1/7/2014 tarihli değişiklikten önceki hâliyle 62. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Özel hastaneler; şikâyet üzerine yapılan inceleme ve soruşturma ile Bakanlıkça Komisyona yaptırılan veya Bakanlık Müfettişleri tarafından yapılan olağan ve olağan dışı denetimler hariç olmak üzere; müdürlük ekipleri tarafından, Ek-2'de yer alan Özel Hastaneler Denetim Formuna göre altı ayda bir rutin olarak denetlenir."

36. Yargıtayın konu ile ilgili bazı içtihatları şöyledir:

"Bir davada dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK.76.maddesi gereği doğrudan hakimin 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 temeli 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 durumlarda, 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 tutularak, 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.(Hukuk Genel Kurulunun 13/4/2011 tarihli, E.2010/13-717, K.2011/129 sayılı kararı)."

"Dava, desteğin yanlış tedavi sonucu öldüğü iddiasına dayalı tazminat istemine 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 açmıştır.

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.(Hukuk Genel Kurulunun 1/2/2012 tarih ve E. 2011/4-592, K.2012/25 sayılı kararı)."

"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 kaçınmalı, 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.'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.(13. Hukuk Dairesinin 16/2/2012 tarihli, E.2011/19947, K.2012/3097 sayılı kararı)."

"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 durumlarda 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 kaçınılmak 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. Önemli bir diğer düzenleme de Avrupa Biyotıp Sözleşmesidir. Bu sözleşme 9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

(...)Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde "Rıza" konusu düzenlenmiş ve ...'sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir.' düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve 'Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir.' şeklinde bir de-

ğerlendirmede bulunulmuştur (Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 1/11/2013 tarihli, E.2013/19631, K.2013/26901 sayılı ilamı. Benzer şekilde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 11.09.2013 tarihli, E.2012/26593, K. 2013/21129 sayılı; 28/10/2013 tarihli, E.2013/17027, K.2013/26132 ilamları).

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 15/10/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 25/3/2013 tarihli ve 2013/2084 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

38. Başvurucu,

i. Tüp bebek tedavisi için kendisinden sperm alındığını, operasyon sonrasında testosteron hormonu salgılayamama, kemik erimesi, cinsel isteksizlik, iş gücü kaybı gibi rahatsızlıklarının oluştuğunu ve bahsedilen rahatsızlıkların, ameliyatı yapan doktorun hatalı operasyonu nedeniyle meydana geldiğini belirtmiştir. Ameliyat öncesi mikro TESE konusunda yeterince aydınlatılmadığını, bilgilendirilmesi hâlinde tüp bebek uygulamasından vazgeçebileceğini, vücut bütünlüğünün müdahale sonrası bozulduğunu, sağlıklı yaşama hakkının ortadan kaldırıldığını ifade ederek Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini,

ii. Hastanenin kusuruna dayalı olarak Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açtığını, aynı zamanda Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığına ameliyatı yapan doktor hakkında şikâyette bulunduğunu, Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığınca Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun raporu dikkate alınarak kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesince, Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığının talebine istinaden alınan Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun raporu doğrultusunda davanın reddine karar verildiğini belirtmiştir. Ayrıca bilirkişi incelemesinin yeniden yapılmasını belirten taleplerine rağmen yeniden rapor alınmadığını, yargılamanın altı yıl sürdüğünü, bu sürede Adli Tıp Kurumu raporunun incelenmesi dışında hiçbir işlem yapılmadığını, Mahkemece uzun süre suç duyurusu sonucunun beklendiğini, bu sürenin somut dava bakımından makul olmadığını ve bu şekilde Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olan "makul sürede yargılanma" haklarının ihlal edildiğini,

iii. Mahkemelerce yapılan incelemenin özensiz ve yetersiz olduğunu, Mahkeme kararlarının gerekçelerinin yetersiz olduğunu, testosteron hormonu salgılayamamasının nedenlerinin incelenmediğini, Yargıtay sürecinde talepleri-

nin gerekçesiz olarak reddedildiğini, Yargıtay kararının çok kısa ve gerekçesiz olduğunu belirterek Anayasa'nın 2., 17., 36., 37., 40., 41. ve 56. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

39. Başvurucu tarafından Anayasa'nın 2., 17., 36., 37., 40., 41. ve 56. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği ileri sürülmüş ise de bu iddiaların özü; tıbbi bir uygulama nedeniyle fiziki bütünlüğünde zarar meydana geldiği ve açtığı tazminat davasından bir sonuç alamadığı, yargılamanın uzun sürdüğü hususu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvurucunun iddiaları Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ve 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

40. Başvurucunun hatalı operasyona dayalı olarak vücut bütünlüğünün zarar gördüğü iddiası nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile yargılamanın uzun sürmesi, mahkeme kararlarının gerekçelerinin yeterli olmaması nedenleriyle adil yargılanma hakkının 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

a. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

41. Başvurucu, tüp bebek tedavisi için ameliyatla spermlerinin alındığını, operasyon sonrasında testosteron hormonu salgılayamama, kemik erimesi, cinsel isteksizlik, iş gücü kaybı gibi rahatsızlıklarının oluştuğunu, ameliyatı yapan doktorun hatalı operasyonu nedeniyle bunların meydana geldiğini, ameliyat öncesi mikro TESE konusunda yeterince aydınlatılmadığını, bilgilendirilmesi hâlinde tüp bebek uygulamasından vazgeçebileceğini, vücut bütünlüğünün müdahale sonrasında bozulduğunu, sağlıklı yaşama hakkının ortadan kaldırıldığını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

42. Bakanlık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına göre tıbbi hata konusunda özel kişilerin hayatlarına veya vücut bütünlüklerine yapılan

ve kasti olmayan müdahale durumlarında, ceza veya hukuk mahkemelerinde dava açma imkânı tanıması hâlinde sorumluların belirlenmesi amacıyla oluşturulacak adli sistemin yerine getirilmiş olacağının belirtildiğini bildirmiştir.

43. Başvurucu, Bakanlık görüşüne verdiği cevapta önceki iddialarını tekrar etmiştir.

44. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

45. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"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."

46. Özel hayat geniş bir kavram olup kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bununla beraber bu kavram, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, ismi, cinsel yönelimi, cinsel yaşamı gibi unsurları korumaktadır.

47. 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 (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30).

48. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan devredilmez ve vazgeçilmez haklarındandır. Anayasa Mahkemesince belirtildiği gibi yaşam ve vücut bütünlüğü üzerindeki temel hak, devletlere pozitif ve negatif yükümlülük yükleyen haklardandır (AYM, E.2007/78, K.2010/120, 30/12/2010; *İlker Başer ve diğerleri*, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, § 41).

49. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı esas olarak bireylerin maddi ve manevi varlığına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfî müdahalelerin ön-

lenmesidir. Devletin ayrıca vücut ve ruhsal bütünlüğe yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler, şeref ve itibarı etkileyen saldırılar karşısında kişilerin maddi ve manevi varlığını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır (*Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32)

50. 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 (*İlker Başer ve diğerleri*,§ 44).

51. Devlet, bireylerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruma hakkı kapsamında, ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin, sağlık hizmetlerini, hastaların yaşamları ile maddi ve manevi varlıklarının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (*Nail Artuç*, B. No: 2013/2839, 3/4/2014, § 35)

52. Devletin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin bir yönü de bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, kişinin maddi ve manevi varlığının zarar görmesine sebep olan olaylar ile doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, kişilerin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlıklarını koruyan hakların etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda, bunların sorumlulukları altında meydana gelen ölümler ile bireylerin maddi ve manevi varlığına verilen zararlar için hesap vermelerini sağlamaktır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 54).

53. Buna göre fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise "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 (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*,§ 59).

54. 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 (*Nail Artuç*, § 38).

55. Bu ilkeler, kural olarak Sözleşmenin 8. maddesi ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında, tıbbi ihmal sonucu meydana geldiği ileri sürülen ölüm olayları ile maddi ve manevi varlığa verilen zarar hâlleri için de geçerlidir (*Trocellier/Fransa* (k.k.), B. No: 75725/01, 5/10/2006; *Nail Artuç*, § 37).

56. Bireylerin maddi ve manevi bütünlükleri, kendilerine sağlanan tıbbi tedavinin seçimine katılmaları ve bu konuda rızalarının alınması ve maruz kalabilecekleri sağlık risklerini değerlendirebilmeleri için gerekli bilgiyi edinebilmeleri Sözleşme'nin 8. maddesi ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında bulunankişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamına girer. Tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde rızasının alınmaması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkına bir müdahale oluşturabilir. İstisnai hâller dışında tıbbi müdahale, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip özgür rızası alındıktan sonra yapılabilir. Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş olmalıdır. Bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında, hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır (*Trocellier/Fransa*; *Şerif Gecekuşu/Türkiye,* B. No: 28870/05, 25/5/2010; *Besen/Türkiye*, B. No: 48915/09, 19/6/2012, §§ 43, 44; *V.C./Slovakya*, B. No: 18968/07, 8/11/2011, §§ 105, 112).

57. Bu bağlamda ilk olarak başvurucunun, tıbbi bir uygulama nedeniyle fiziki bütünlüğünde meydana geldiğini ileri sürdüğü zararın giderilmesinde sorumluların belirlenmesi amacıyla etkili yargısal korumadan yararlanıp yararlanmadığı hususu incelenmelidir.

58. Mağdurların kendi inisiyatifleri ile hukuk veya idare mahkemesinde açtıkları dava yollarının sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulan makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gereklidir. Başvuru yolunun ancak bir hak ihlali iddiasını önleyebilmesi, devam etmekteyse sonlandırabilmesi veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilmesi ve bunun için uygun bir giderim sunabilmesi hâlinde etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 26; *Filiz Aka*, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, § 39).

59. Ancak "etkili bir yargısal sistem kurma" yönündeki pozitif yükümlülüğünün, sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğü olması, her soruşturmada başarılı olunması veya mağdurların olay-

larla ilgili beyanlarıyla bağdaşan bir sonuca varılması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bununla beraber kural olarak soruşturma, olayın gerçekleştiği koşulları belirleyecek ve iddiaların doğruluğunun kanıtlanması hâlinde sorumlularının tespit edilerek uygun telafi imkânlarını sağlayacak nitelikte olmalıdır (*Nail Artuç*, § 45).

60. Başvuru konusu olayın koşullarına bakıldığında başvurucu, Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği şikâyet dilekçesiyle tedavi sırasında 12/4/2004 tarihinde geçirdiği Mikro TESE operasyonu sonrasında bazı rahatsızlıklarının ortaya çıktığını ve vücudunun kendi kendine testosteron hormonu üretemez hâle gelmesi nedeniyle sakatlandığını ileri sürerek ameliyatı gerçekleştiren doktorun cezalandırılmasını talep etmiştir.

61. Ceza soruşturmasına ilişkin süreç incelendiğinde başvurucunun şikâyeti üzerine Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığınca 2006/19362 sayılı soruşturma dosyası açılmıştır. Başsavcılık tarafından şüpheli doktorun savunmasının alındığı, başvurucunun A. Hastanesinde gördüğü tedaviden önce hangi hastanede sperm verdiğinin araştırıldığı, bu doğrultuda başvurucuya ait geçmiş kayıtlar da dâhil olmak üzere tüm tıbbi belge ve bilgilerin getirtildiği, bu belgelerin ve soruşturma dosyasının Adli Tıp Kurumu Başkanlığına gönderildiği ve başvurucunun şikâyet bulgularının operasyonu yapan kişinin kusur ya da dikkatsizliğinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının sorulduğu görülmektedir. Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunca başvurucunun 13/2/2009 tarihinde muayene edilmesinden sonra hazırlanan 23/2/2009 tarihli raporda, başvurucuya uygulanan Mikro TESE operasyonunun tıp kurallarına uygun olduğu, şikâyete neden olan testosteron düşüklüğünün Mikro TESE ameliyatından önce iki kez uygulanmış olan Makroskobik TESE ameliyatlarına bağlı olabileceği, bunun Mikro TESE ameliyatında görülen fibriozis ile de desteklendiğinin mütalaa edilmesi üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, 30/4/2009 tarihli ve K.2009/4830 sayılı kararla kamu davası açılması için yeterli şüphe elde edilemediği gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği anlaşılmıştır. Başvurucu tarafından, anılan karara ve kararın dayanağı olan Adli Tıp Kurumu raporuna itiraz edildiği ancak Bakırköy 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/10/2009 tarihli ve 2009/729 Değişik İş sayılı kararıyla itirazın reddedildiği görülmüştür.

62. Tazminat davasına ilişkin süreç incelendiğinde başvurucunun 23/8/2006 tarihinde Beyoğlu 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davada, davalıya ait Hastanede yapılan ameliyat sırasında tüp bebek tedavisi amacıyla spermlerinin ameliyatla alındığını, operasyon sonrasında testosteron hormonu salgılayamama, kemik erimesi, cinsel isteksizlik, iş gücü kaybı gibi rahatsızlıklar hissettiğini, ömür boyu ilaç kullanmak zorunda kaldığını, bir daha çocuk

sahibi olamayacağından üzüntü duyduğunu, bahsedilen rahatsızlıklarının ameliyatı yapan doktorun hatalı operasyonundan kaynaklandığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talep ettiği görülmüştür. HSYK'nın 19/7/2007 tarihli kararıyla bu Mahkemenin faaliyetinin durdurulmasına karar verildiği ve dava dosyasının 26/7/2007 tarihinde Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesine devredildiği anlaşılmıştır. Anılan mahkemenin 26/3/2009 tarihli duruşmasında, konuyla ilgili Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığının 2006/19362 sayılı soruşturmasının sonuçlanmasının beklenmesine karar verilmiştir. Soruşturmanın sonuçlanmasının ardından Mahkemece 27/4/2010 tarihli karar ile Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulunun 23/2/2009 tarihli raporu esas alınarak davanın reddedildiği, bu kararın Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14/11/2011 tarihli ilamı ile onandığı, karar düzeltme isteminin aynı Dairenin 3/10/2012 tarihli ilamı ile reddedildiği belirlenmiştir.

63. Bu açıklamalara göre bilirkişi raporu ve Mahkeme kararlarında, başvurucunun Mikro TESE ameliyatından kaynaklandığını ileri sürdüğü şikâyetlerinin başvurucuya daha önce başka sağlık kuruluşlarında yapılan işlemlerden kaynaklanmış olabileceği, A. Hastanesinde yürütülen Mikro TESE ameliyatının tıp kurallarına uygun şekilde gerçekleştiğini ifade edilmektedir. Başvurucunun yaşadığı sorunun ilgili doktorun tıbbi hatasından ya da ihmalinden kaynaklandığına dair bir tespit bulunmamaktadır. Başvurucu, sadece Adli Tıp Kurumunun raporuna dayanılmasının yanlış olduğunu, yeniden bilirkişi incelemesi yapılması talebinin reddedildiğini belirtse de Anayasa Mahkemesinin görevi herhangi bir davada bilirkişi raporu veya uzman mütalaasının gerekli olup olmadığına karar vermek değildir. Bilirkişi raporu benzeri delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları derece mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. *S.N./İsveç*, B. No: 34209/96, 2/7/2002, § 44; *Selahattin Özek*, B. No: 2014/6978, 26/2/2015, § 21). Derece Mahkemesi başvurucunun bilirkişi raporuna yönelik itirazlarını incelemiş ve gerekçeli kararında bu itirazları karşılamıştır. Bu durumda başvurucunun delillerini ve iddialarını sunma fırsatı bulamadığına, yargılamaya etkin olarak katılma imkânının elinden alındığına ve yargılamadaki konumunun bir zarar gördüğüne dair bir bulgu tespit edilmemiştir. Başvurucunun tıbbi bir uygulama nedeniyle fiziki bütünlüğünde meydana geldiğini ileri sürdüğü zararın giderilmesinde sorumluların belirlenmesi amacıyla etkili yargısal korumadan yararlanmadığı dolayısıyla devletin pozitif yükümlülüğünün yerine getirilmediği de söylenemez.

64. İkinci olarak başvurucunun söz konusu tıbbi müdahaleden önce gerektiği şekilde rızasının alınıp alınmadığı hususunun incelenmesi gerekmektedir.

65. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde hekimin hastasını; sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı

ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatacağı; yapılacak aydınlatmanın hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olması, bilgilerin hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmesi gerektiği, sağlıkla ilgili her türlü girişimin kişinin özgür ve aydınlatılmış rızası ile yapılabileceği, hastanın vermiş olduğu aydınlatılmış olma onayını her zaman geri alabileceği belirlenmiştir. 3359 sayılı Kanun ve Özel Hastaneler Yönetmeliği'nde de Sağlık Bakanlığının denetim yükümlülüğü düzenlenmiştir.

66. Bu açıklamalara ve yukarıda "İlgili Hukuk" kısmında yer verilen mevzuat hükümlerine göre hukukumuzda hasta hakları, tıbbi işlemlerden önce kişilerin bu işlemler ve sonuçları hakkında aydınlatılması yükümlülüğü ve Sağlık Bakanlığının tıbbi hizmetler sunan kurumlar üzerindeki denetim görevi konusunda oldukça ayrıntılı ve yeterli düzenlemelerin mevcut olduğu anlaşılmaktadır.

67. Somut olayda Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 27/4/2010 tarihli ve E.2007/344, 2010/120 sayılı kararına konu dava dosyasının incelenmesinden, başvurucu ve eşinin A. Hastanesinde, 12/4/2004 tarihinde invitro fertilizasyon ve embriyo transferi (IVF-ET) işlemine izin verdiklerine dair bir belge imzaladıkları, bu belgede IVF-ET işleminin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonlarının başvurucu ve eşine anlatıldığı, ayrıca kadın açısından yapılacak işlemler ve gelişebilecek risklerin belirtildiği görülmüştür. Anılan belgede başvurucuya uygulanan Mikro TESE operasyonu hakkında hiçbir bilgilendirme veya açıklama bulunmamaktadır.

68. 12/4/2004 tarihli "Poliklinik Muayenesi" isimli belgede, başvurucunun daha önce iki kez TESE ameliyatı olduğu, üçüncü kez olacağı bu TESE ameliyatında başvurucuya ameliyat hakkında bilgi verildiği, sperm çıkmama olasılığının bulunduğu konusunda ve komplikasyonlar hakkında kendisine bilgi verildiği belirtilmiştir. Ancak bu belgede başvurucunun belgeyi okuduğu, anlatılanları anladığı ve uygulanacak işlemlere onay verdiği yönünde beyanı veya imzası bulunmamaktadır.

69. Aynı tarihli ameliyat raporunda, genel anestezi altında gerekli ameliyat hazırlığı ve temizliğini takiben bilateral TESE yapılarak her iki tarafta spermatozooa bulunduğu, bir dahaki sperm aramanın riskli olduğu belirtilmiştir. Aynı tarihli gözlem formunda *"hasta yatağında görüldü. Operasyonda her iki testiste fibrozis olduğu ve çok az bölgede .* (Belge, el yazısı ile yazılmış olduğundan bu kısım okunamadı.) *yapı saptandığı ve sperm elde edildiği bildirildi. Operasyon sonrası kontrollere çağrıldı"* ifadeleri yazılmıştır.

70. Bu durumda somut olayda başvurucu ve eşinin 12/4/2004 tarihinde IVF-ET ve embriyo transferi işlemine izin verdiklerine dair bir belge imzaladıkları, bu belgede IVF-ET işleminin tıbbi sonuçları ve muhtemel komplikasyonlarından bahsedildiği ayrıca kadın açısından yapılacak işlemler ve gelişebilecek risklerin belirtildiği görülmüştür. Ancak anılan belgede başvurucuya uygulanan Mikro TESE operasyonu hakkında hiçbir bilgilendirme veya açıklama bulunmamaktadır. Hastalara uygulanacak her bir işlem ve tedavi yönünden hastanın aydınlatıldığını ve rızasının bulunduğunu ispatlama yükümlülüğünün hekim ya da hastanede olduğuna kuşku bulunmayıp başvurucunun, Mikro TESE operasyonunun tıbbi sonuçları, sağlığı için taşıdığı riskler ve doğuracağı olası istenmeyen durumlar hakkında aydınlatıldığına dair rızasını içeren bir belgenin adı geçen Mahkeme dosyasına sunulmadığı anlaşılmıştır. Bunun yanı sıra Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesinin, 27/4/2010 tarihli ve E.2007/344, 2010/120 sayılı kararı incelendiğinde başvurucunun anılan operasyon hakkında bilgilendirilmediği iddiası hakkında hiçbir değerlendirme ve gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Anılan kararı onayan Yargıtay ilamında da bahsedilen iddiaya yönelik bir değerlendirme yer almamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun operasyona özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat verdiğinden söz edilemez.

71. Açıklanan nedenlerle başvurucunun, geçirdiği Mikro TESE ameliyatının tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmediği anlaşıldığından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

i. Gerekçeli Karar Hakkının İhlal Edildiği İddiası

72. Başvurucu, Derece Mahkemesince yapılan incelemenin özensiz ve yetersiz olduğunu, Mahkeme kararının gerekçesinin yetersiz olduğunu, testosteron hormonu salgılayamamasının incelenmediğini, Yargıtay sürecinde taleplerinin gerekçesiz olarak reddedildiğini, Yargıtay kararının çok kısa ve gerekçesiz olduğunu belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

73. Bakanlık, görüşünde adil yargılanma hakkına ilişkin iddialara yönelik herhangi bir beyanda bulunmamıştır

74. Başvurucunun Mikro TESE operasyonunun tıbbi sonuçları ve muhtemel riskleri konusunda tamamen bilgilendirilmediği gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını ko-

ruma hakkının ihlal edildiğine kanaatine varılmış olduğundan ve bu konuda yeniden yargılama yapılması gerekeceğinden gerekçeli karar hakkına yönelik iddialar bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir (*Kamil Uzun/Türkiye*, B. No: 37410/97, 10/5/2007, § 64).

ii. Makul Sürede Yargılanma Yapılmadığı İddiası

75. Başvurucu, Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde açtığı davada makul sürede yargılama yapılmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

76. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün olmayıp (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18) 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 birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve 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 (*Güher Ergün ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 38, 39).

77. 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 (*Güher Ergün ve diğerleri*, §§ 41-45).

78. Anayasa'nın 36. maddesi ve Sözleşme'nin 6. maddesi uyarınca medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin uyuşmazlıkların makul sürede karara bağlanması gerekmektedir. Başvuru konusu olayda kişinin vücut bütünlüğüne verildiği ileri sürülen zarardan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davasının söz konusu olduğu görülmektedir. Ayrıca 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun'da yer alan usul hükümlerine göre yürütülen somut yargılama faaliyetinin, medeni hak ve yükümlülükleri konu alan bir yargılama olduğuna da kuşku yoktur (*Güher Ergün ve diğerleri*, § 49).

79. 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 tarihtir. Somut başvuru açısından bu tarih 23/8/2006'dır.

80. Sürenin bitiş tarihi ise çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde, yargılamanın sona erme tarihidir (*Güher Ergün ve diğerleri*, § 52). Bu kapsamda somut yargılama faaliyeti açısından sürenin bitiş tarihinin, başvurucunun karar düzeltme talebinin Yargıtay 13. Hukuk Dairesince reddedildiği 3/10/2012 tarihi olduğu anlaşılmaktadır.

81. Başvuruya konu olan yargılama sürecinin incelenmesinde yargılamanın konusunun, maddi ve manevi tazminat istemi olduğu, davanın 28/3/2006 tarihinde Beyoğlu 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde açıldığı ancak HSYK'nın 19/7/2007 tarihli kararıyla bu mahkemenin faaliyetinin durdurulmasına karar verildiği ve dava dosyasının 26/7/2007 tarihinde Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesine devredildiği anlaşılmıştır. Anılan Mahkemenin 26/3/2009 tarihli duruşmasında, konuyla ilgili Beyoğlu Cumhuriyet Başsavcılığının 2006/19362 sayılı soruşturmasının sonuçlanmasının beklenmesine karar verilmiştir. Bu soruşturmanın sonuçlanması ile birlikte Mahkemenin 27/4/2010 tarihli kararı ile davayı reddettiği, bu ret kararının Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 14/11/2011 tarihli ilamı ile onandığı, karar düzeltme isteminin ise aynı Dairenin 3/10/2012 tarihli ilamı ile reddedildiği, böylece İlk Derece Mahkemesi kararının kesinleştiği belirlenmiştir.

82. 6100 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 özellikle yargılamada sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin nazara alınmadığı göz önünde bulundurularak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir (*Güher Ergün ve diğerleri*, §§ 34-64).

83. Başvuruya konu tazminat davasının incelenmesinde hukuki meselenin çözümündeki güçlük, yargılamanın niteliği, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı gibi kriterler dikkate alındığında davanın karmaşık olmaktan uzak olduğu anlaşılmıştır. Başvurucunun tutum ve davranışlarıyla ve usule dair haklarını kullanırken özensiz davranmasıyla yargılamanın uzamasına sebep olduğu da söylenemez. Dolayısıyla somut başvuru açısından daha önce verilen kararlar dışında farklı karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı, söz konusu 6 yıl 7 ay süren (28/3/2006-3/10/2012) yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

84. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

85. Başvurucu, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ve 36. maddesinde yer alan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesi nedeniyle yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini, bunun mümkün olmaması hâlinde ise 120.000 TL maddi ve 120.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

86. 30/3/2011 sayılı ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."*

87. Tespit edilen, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlali bir mahkeme kararından kaynaklanmaktadır. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

88. Başvurucu tarafından maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlaline ilişkin 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 başvurucunun tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

89. Başvurucunun tarafı olduğu uyuşmazlığa ilişkin yaklaşık yedi yıllık yargılama süresi nazara alındığında yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya takdiren net 6.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

90. Dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine ve karar örneğinin ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun;

1. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvurucunun;

1. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

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

C. Tespit edilen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali yönünden ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Beyoğlu 3. Asliye Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucu tarafından, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber yeniden yargılama yapılmak üzere kararın ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. Başvurucuya, yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle net 6.500 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

F. 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

15/10/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

HALİME SARE AYSAL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/1789)

Karar Tarihi: 11/11/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 24/12/2015-29572

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Başvurucu	:	Halime Sare AYSAL
Temsilcisi	:	Mustafa AYSAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, velayet altında bulunan başvurucuya bebeklik dönemi aşılarının uygulanması ebeveyn tarafından kabul edilmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 26/2/2013 tarihinde Sivaslı İcra Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön inceleme neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 7/11/2013 tarihli toplantıda, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığına (Bakanlık) başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru belgelerinin bir örneği görüş için gönderilmiştir. Bakanlığın 27/12/2013 tarihli görüş yazısı 7/1/2014 tarihinde başvurucu temsilcisine tebliğ edilmiş olup başvurucu tarafından Bakanlık görüşüne karşı 21/1/2014 tarihli beyan dilekçesi ibraz edilmiştir.

6. Birinci Bölüm tarafından 14/10/2015 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğünce 2/11/2012 havale tarihli dilekçe ile başvurucu çocuğun bebeklik dönemi aşılarının anne ve babası tarafından yaptırılmadığından bahisle çocuk hakkında 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi uyarınca sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

9. Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesinin 5/11/2012 tarihli ve E.2012/319, K.2012/235 sayılı kararıyla "Genişletilmiş Bağışıklama Programı"nda yer alan aşıların önemiyle alakalı olarak yapılan açıklama ve eğitime rağmen ebeveynleri tarafından aşı uygulanmasına izin verilmeyen çocukların 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiğinden bahisle çocuk hakkında, belirtilen Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi gereğince sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir.

10. Başvurucu tarafından, verilen tedbir kararı aleyhine yapılan itiraz Uşak Aile Mahkemesinin 7/1/2013 tarihli ve E.2013/15, K.2013/5 sayılı kararı ile reddedilmiş; ret kararı 30/1/2013 tarihinde başvurucu temsilcisine tebliğ edilmiştir.

11. 26/2/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

12. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğü tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 7/7/2015 tarihli yazı ekinde yer alan ve başvurucuya tatbikine karar verilen sağlık tedbirinin infazı kapsamında tutulan 24/6/2014 tarihli tutanakta, söz konusu sağlık tedbirinin uygulanması kapsamında başvurucu temsilcisi ile yapılan görüşme sırasında, ilgili tedbir hakkında bireysel başvuruda bulunulduğunun belirtildiği, bunun üzerine durumun yetkili halk sağlığı şube müdürlüğüne bildirildiği, yapılan görüşme sonrasında bireysel başvuruya ilişkin başvuru evrakı ile birlikte tutulan tutanağın gönderilmesinin talep edilmesi üzerine durumun tutanağa bağlandığı belirtilmiştir.

13. Sağlık Bakanlığı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu (Halk Sağlığı Kurumu) tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 7/7/2015 tarihli yazıda -zorunlu aşı uygulamasının ve Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesinin kanuni dayanağı bağlamında- 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 1., 2. ve 3. maddeleri çerçevesinde Bakanlığa verilen yetkilerden bahsedilmiş; söz konusu Genelgenin uygulamaya konulduğu tarihte yürürlükte bulunan 13/12/1983 tarihli ve 181 sayılı mülga Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile hâlihazırda yürürlükte bulunan 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden söz edilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi, bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevinin Halk Sağlığı Kurumuna verildiği belirtilmiştir. Söz konusu yazıda ayrıca, 1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinde yer alan "*Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum ve aşı tatbiki*" ifadesini içeren hükümle zorunlu aşı uygulamasının 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde belirtilen hastalıklardan birinin zuhuru veya zuhurundan şüphelenilmesi durumunda alınacak tedbirler arasında sayıldığı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, 1593 sayılı Kanun'un 64. maddesi uyarınca 57. maddede belirtilen hastalıklardan başka bir hastalığın istilai şekil alması veya böyle bir tehlikenin baş göstermesi durumunda da ilgili hastalığa karşı 1593 sayılı Kanun'da yer alan tedbirlerin alınması vazifesinin de Sağlık Bakanlığına verildiği, söz

konusu düzenleme karşısında 57. maddede belirtilen hastalıklar haricinde olmakla birlikte diğer bulaşıcı ve salgın hastalıkların da zorunlu aşı uygulaması kapsamında değerlendirilebilmesi imkânı bulunduğu belirtilmiştir.

B. İlgili Hukuk

14. 5395 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda,

1. Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu,

İfade eder."

15. 5395 sayılı Kanun'un "*Koruyucu ve destekleyici tedbirler*" başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi şöyledir:

"(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

.

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

Yönelik tedbirdir."

16. 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin ilk cümlesi şöyledir:

"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar."

17. 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesi şöyledir:

"Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalı-

ğı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir."

18. 1593 sayılı Kanun'un 64. maddesi şöyledir:

"57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrü ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkür tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır."

19. 1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendi şöyledir:

"57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

...

2 - Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbikı."

20. 1593 sayılı Kanun'un 88-94. maddeleri.

21. 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "*İlkeler*" kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkransın (d) bendi şöyledir:

"Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyulması şarttır:

...

d) Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz."

22. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "*Rızası olmaksızın tıbbi ameliyeye tabi tutulmama*" kenar başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."

23. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "*Hastanın rızası ve izin*" kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.

Hastanın rızasının alınamadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur."

24. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "*Tedaviyi reddetme ve durdurma*" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uy-

gulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz."

25. 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (c) bentleri şöyledir:

"Sağlık Bakanlığının görevleri şunlardır:

...

(b) Bulaşıcı, salgın ve sosyal hastalıklarla savaşarak koruyucu, tedavi edici hekimlik ve rehabilitasyon hizmetlerini yapmak,

(c) Ana ve çocuk sağlığının korunması ve aile planlaması hizmetlerini yapmak,

..."

26. 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri şöyledir:

"Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

(a) Toplum sağlığını ilgilendiren her türlü koruyucu sağlık hizmetinin verilmesini sağlamak, bu hizmetlere halkın katkı ve iştirakini temin etmek,

(b) Bulaşıcı, salgın, sosyal ve dejenatif hastalıklarla mücadele ile aşılama ve bağışıklık hizmetlerini yürütmek,

..."

27. 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (a) bendi şöyledir:

"(1) Bakanlığın görevi; herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde hayatını sürdürmesini sağlamaktır.

(2) Bu kapsamda Bakanlık;

(a) Halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi,

...

İle ilgili olarak sağlık sistemini yönetir ve politikaları belirler."

28. 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 26. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (a) ve (c) bentleri şöyledir:

"(1) Bakanlık politika ve hedeflerine uygun olarak, temel sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli, Bakanlığa bağlı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu kurulmuştur.

(2) Kurumun görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır;

(a) Halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek,

(c) Bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıkla ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, sürveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bununla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, belirlenen hedefler doğrultusunda plan ve programlar hazırlamak, uygulamaya koymak, denetlenmesini sağlamak, değerlendirmek, gerekli önlemleri almak, bu konuda politika ve düzenlemelerin oluşturulması için Bakanlığa teklifte bulunmak,

..."

29. 3/12/2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanun ile uygun bulunarak, Onay Kanunu 20/4/2004 tarihinde yürürlüğe giren Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (Biyotıp Sözleşmesi) "*Genel kural*" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir.

İlgili kişi, muvafakatını her zaman, serbestçe geri alabilir."

30. Biyotıp Sözleşmesi'nin "*Muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunması*" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"1) Muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, aşağıdaki 17 ve 20'nci maddelere uygun olarak, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.

2) Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.

Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır.

3) Bir yetişkin, yasal olarak akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip değilse, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.

İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmalıdır.

4) Madde 5'de belirtilen bilgiler, benzer koşullarda yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen temsilci, yetkili makam, kişi veya kuruma da verilmelidir.

5) Yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin menfaatine daha uygun olacaksa her zaman geri çekilebilir."

31. Biyotıp Sözleşmesi'nin "*Acil durum*" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir."

32. Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı konulu Genelgesi.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 11/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 26/2/2013 tarihli ve 2013/1789 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

34. Başvurucu temsilcisi, velayeti altında bulunan başvurucu çocuğa bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasını kabul etmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verildiğini, Anayasa'nın 17. maddesi uyarınca tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını, belirtilen bu zorunlu hâllerin ise 1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinin atfıyla 57. maddesinde yer verilen hastalıklardan birinin söz konusu olması hâlinde gündeme gelebileceğini, somut olayda böyle bir durum bulunmamasına rağmen çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulandığını, ayrıca başvurucu çocuk 5395 sayılı Kanun kapsamında korun-

maya muhtaç çocuk durumunda olmadığı hâlde bu kapsamda kabul edilerek Mahkemece hukuka aykırı şekilde hatalı yorum yapıldığını, hukuki isabet bulunmayan tedbir kararı nedeniyle başvurucunun vücut bütünlüğünün ihlal edildiğini beyan ederek Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*" başlıklı 46. maddesinde bireysel başvuru hakkına sahip olabilecek süjeler açıkça belirtilmiş olup bireysel başvuruda bulunulabilmesi için başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı başvurucunun güncel bir hakkının ihlal edilmesi ve bu ihlalden dolayı başvurucunun kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olması koşullarının mevcudiyeti aranmaktadır.

36. Kamu makamlarının başvurucu aleyhine belirli adımlar atmaya karar verdiği ve müdahalenin yalnızca kararın icrasından ya da infazından ibaret olacağı durumlarda, ilgili temel hakka yönelik işlemden doğrudan etkilenme tehdit veya tehlikesiyle karşı karşıya olunduğu açıktır.

37. Somut başvuru açısından da Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğünce başvurucu çocuğun bebeklik aşılarının anne ve babası tarafından yaptırılmadığı belirtilerek çocuk hakkında sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesinin talep edildiği, Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesinin 5/11/2012 tarihli kararıyla "Genişletilmiş Bağışıklama Programı"nda yer alan aşıların önemiyle alakalı açıklama ve eğitime rağmen ebeveynleri tarafından aşı uygulanmasına izin verilmeyen çocukların korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiğinden bahisle çocuk hakkında sağlık tedbiri ve bu bağlamda bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına karar verildiği görülmektedir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğü tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 7/7/2015 tarihli yazı ekinde yer alan ve başvurucuya tatbikine karar verilen sağlık tedbirinin infazı kapsamında tutulan 24/6/2014 tarihli tutanakta, söz konusu sağlık tedbirinin uygulanması kapsamında başvurucu temsilcisi ile yapılan görüşme sırasında, ilgili tedbir hakkında bireysel başvuruda bulunulduğunun belirtildiği, bunun üzerine durumun yetkili halk sağlığı şube müdürlüğüne bildirildiği, yapılan görüşme sonrasında bireysel başvuruya ilişkin başvuru evrakı ile tutulan tutanağın birlikte gönderilmesinin talep edilmesi üzerine durumun tutanağa bağlandı-

ğının belirtildiği ve bu kapsamda başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik müdahalenin fiilen gerçekleşmemiş olduğu anlaşıldığından sağlık tedbiri uygulamasına ilişkin kesinleşen karar ile birlikte başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik söz konusu müdahaleden doğrudan etkilenme tehdit veya tehlikesiyle karşı karşıya olduğu ve devam eden süreçte karşılaşılacak işlemin kararın icrasından ibaret olacağı görüldüğünden başvurucunun, söz konusu kamusal işlem nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiği, dolayısıyla başvuruya konu ihlal iddiasının Anayasa Mahkemesinin *kişi bakımından yetkisi* kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

38. Başvurunun incelenmesi neticesinde açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

39. Başvurucu temsilcisi, velayeti altında bulunan başvurucu çocuğa rızası olmaksızın aşı uygulanmasına ilişkin karar nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

40. Bakanlık görüş yazısında kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan tıbbi müdahalelerin de özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek benzer konularda AİHM tarafından incelenen dava ve karar örneklerine yer verilmiş, başvuruya konu uygulamanın 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ve 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi kapsamında, benimsenen sağlık politikası çerçevesinde küçük yaştaki çocukların ve dolayısıyla toplumun sağlığını koruma şeklindeki meşru amaca dayanarak gerçekleştirildiği, söz konusu aşıların doğan her çocuğa yapıldığı, çocukların gelişme çağında karşılaşabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olan müdahalenin bu yönüyle gerekli olduğu ifade edilmiştir.

41. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı sunduğu beyan dilekçesinde, özellikle başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olduğu noktasındaki tespitlere karşı çıkmış; ne 5395 sayılı Kanun'un korunmaya muhtaç çocuklara sağlık tedbiri uygulanması konusunda genel nitelikteki düzenlemesinin ne de 1593 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin zorunlu aşı uygulamasına mesnet olacağını belirtmiş ve dilekçe ekinde aynı yönde tespitler içeren uzman görüşü ile aşı uygulaması kapsamında 5395 sayılı Kanun uyarınca sağlık tedbiri uygulanması yönündeki taleplerin, zorunlu aşı uygulamasının kanuni dayanağı bulunmadığından bahisle reddine dair derece mahkemesi karar örnekleri ibraz etmiştir.

42. 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 protokollerin kapsamına 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 (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

43. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci ve fıkraları şöyledir:

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

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz."

44. 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."

45. Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavram olup özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkıdır. Bu hak kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak özel hayata etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da özel hayata saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 26; *Ercan Kanar*, B. No: 2013/533, 9/1/2014, § 52;*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 31; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, §§ 23, 24, 27).

46. Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen "özel yaşam" kavramı AİHM tarafından da oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır (*Koch/Almanya*, B. No: 497/09, 19/7/2012, § 51). Bununla birlikte Sözleşme'nin denetim organlarının içtihatlarında, "bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi" 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 hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu bağlamda kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin hukuksal çıkarı da özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınmaktadır.

47. Özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarlar Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınmakla birlikte söz konusu hukuksal çıkarların Anayasa'nın farklı maddelerinin koruma alanına girdiği görülmektedir. Bu bağlamda 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 ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmek suretiyle fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı açısından özel bir güvence hükmüne yer verilmiştir.

48. Özel yaşam fiziksel ve ruhsal özerkliği de kapsamakta, bu hak bireyleri gerek kamusal makamların gerek özel hukuk kişilerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik saldırılarına karşı korumakta ve söz konusu hukuksal çıkar, tıbbi müdahaleyi ret hakkını da içermektedir.

49. Tıbbi müdahaleyi ret hakkı kapsamında fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik müdahaleler Sözleşme organlarının içtihadına da sıklıkla konu olmuş, bu kapsamda kişinin alkollü olup olmadığına yönelik kan ve nefes testleri, babalığın tespitine yönelik tahliller, suç faillerinin tespitine yönelik kan ve tükürük örneği temini, bulaşıcı hastalık riskine karşı yapılan kan testleri ve alınan röntgenler, jinekolojik muayene, psikiyatrik muayene ve tedavi, fiziksel tedavi ve ilaç tedavisi gibi kişiye rızası olmaksızın uygulanan tıbbi muameleler, fiziksel ve ruhsal özerkliğe bir müdahale olarak değerlendirilmiştir (*Schmidt/Almanya*, B. No. 32352/02, 5/1/2006; *X./Avusturya*, B. No: 8278/78, 13/12/1979, § 4; *Glass/Birleşik Krallık*, B. No: 61827/00, 9/3/2004, § 70; *Y.F./Türkiye*, B. No: 24209/94, 22/7/2003, § 34).

50. Söz konusu değerlendirmelerde AİHM'in, fiziksel ve ruhsal bütünlüğün özel yaşamın en mahrem ve sıkı koruma gerektiren yönünü oluşturduğunu ve zorunlu tıbbi müdahalelerin -söz konusu müdahalenin boyutu ne kadar küçük olursa olsun- belirtilen hakka müdahale teşkil edeceğini belirttiği görülmektedir (*Solomakhin/Ukrayna*, B. No: 24429/03, 15/3/2012, § 33; *Y.F./Türkiye*, § 33).

51. Anayasa'nın 17. maddesi hükmü genel olarak fiziksel ve ruhsal bütünlüğü güvence altına almakla birlikte, ikinci fıkra düzenlemesi tıbbi zorunluluklar veya kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını belirtmek suretiyle tıbbi müdahaleyi ret hakkına ve kişilerin kendi bedenleri üzerinde karar verme yetkisi olduğuna, istisna tanımak suretiyle açıkça işaret etmektedir.

52. Tıbbi müdahale; hastalıkların teşhisi, tedavisi veya önlenmesi amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerdir. Bu kapsamda, birtakım hastalıklara karşı bağışıklık sağlamak için o hastalığın mikrobuyla hazırlanmış eriyik olarak tanımlanan maddelerin vücuda verilmesi şeklindeki aşı uygulamasının da müdahalenin boyutundan bağımsız olarak vücut bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğu açıktır.

53. Somut başvuru açısından, ebeveyni tarafından bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına muvafakat edilmeyen başvurucu hakkında, bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının, başvurucunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

54. Zorunlu aşı uygulamalarının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında AİHM içtihadına da konu edildiği ve Mahkemece, uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiği görülmektedir. Mahkemece ele alınan ve kanunilik şartını sağladığı tespit edilen müdahaleler açısından genel olarak, söz konusu uygulamanın bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç nazara alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedildiği görülmektedir (*Boffa ve diğerleri/San Marino*, B. No: 26536/95, 15/1/1998, § 4; *Solomakhin/Ukrayna*, B. No: 24429/03, 15/3/2012, §§ 33-38).

55. Tıbbi müdahalelere ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörmekte, velayet veya

vesayet altındaki küçük yaştaki çocuklara veya kısıtlılara uygulanacak müdahaleler açısından da kanuni temsilcilerin rızası söz konusu tıbbi muamele sujesinin rızası yerine ikame edilmekte ve rıza şartına istisna getirilebilecek hâller genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk hâlleri ile kanunda belirtilen durumlarla sınırlandırılmaktadır (§§ 15, 20-26).

56. Hastanın rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu sağlayan hâllerden biri olarak kabul edilen tıbbi zorunluluk kavramının ise genel olarak hastanın rızasının alınmasının mümkün olmadığı, ancak müdahalede bulunulmaması durumunda telafisi güç zararların doğacağı ve çoğu zaman hastanın yaşamını yitirmesinin söz konusu olacağı durumları ifade etmek üzere kullanıldığı görülmektedir.

57. Anayasa'nın 17. maddesinde de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede özel sınırlama sebepleri öngörülmemiş olmakla birlikte kanun ile düzenleme hükmüne yer verilmiş olup bu kapsamda yapılan müdahalelerin meşruluğunun denetlenmesinde, Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütlerinin dikkate alınması zorunludur.

58. 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."*

59. 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 sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, § 35).

60. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında 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 temelinin mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki*, § 36).

61. 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 hâlinde Sözleşmenin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır (*Y.F./Türkiye*, § 44).

62. Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin kanunilik şartını sağladığının kabulü için de müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zaruridir. Bununla birlikte temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Kanunilik ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada kanunun niteliği önem kazanmaktadır. Kanunla sınırlama ölçütü, sınırlamanın erişilebilirliğini, öngörülebilirliğini ve kesinliğini ifade etmekte; böylece uygulayıcının keyfî davranışlarının önüne geçtiği gibi kişinin hukuku bilmesine de yardımcı olmakta, bu yönüyle hukuk güvenliği teminatı sağlamaktadır.

63. Kanunun, bu gerekliliklere uygun olduğunun söylenebilmesi için yeterince ulaşılabilir olması yani vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi, ayrıca ilgili normun keyfîliğe karşı uygun bir koruma sağlaması, yetkili makamlara verilen yetkinin genişliğini ve icra edilme biçimlerini yeterli bir netlikte tanımlaması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 25/3/1983, §§ 86-88; *Malone/Birleşik Krallık*, B. No: 8691/79, 2/8/1984, §§ 66-68; *Rotaru/Romanya* [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000, § 55).

64. Hukukun kendisi, beraberinde getireceği idari pratiğin dışında, söz konusu işlemin meşru amacını da göz önünde tutarak keyfî müdahalelere karşı bireyi korumak için yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamını yeterince açık bir şekilde göstermelidir. Hukuk sistemi vatandaşlara, kamu makamlarına hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde vücut bütünlüğüne yönelik olan ve potansiyel olarak özel yaşama karşı tehlike oluşturabilecek müdahalelerde bulunma yetkisi verdiğini, yeterince açık ifadelerle gösterecek nitelikte olmalı ve bu bağlamda ilgili müdahalenin muhataplarının müdahaleye zemin hazırlayan koşullar ile müdahalenin sonuçları açısından bir öngörüde bulunabilmeleri imkânı tanımalıdır.

65. Bununla birlikte her ihtimale çözüm getiremeyecek olan yasal mevzuatın sağladığı koruma seviyesi büyük ölçüde ilgili metnin düzenlediği alan ve içeriğiyle birlikte muhataplarının niteliği ve sayısıyla yakından bağlantılıdır. Bu nedenle kuralın karmaşık olması ya da belirli ölçülerde soyutluk içermesi

ve buna bağlı olarak hukuki yardım ile tam olarak anlaşılabilir hâle gelmesi tek başına hukuken öngörülebilirlik ilkesine aykırı görülemez. Bu kapsamda hak ya da özgürlüğe müdahale eden kural belirli ölçülerdeki takdir alanını elbette uygulayıcıya bırakabilir. Fakat bu takdir alanının sınırlarının da yeterli açıklıkta belirlenmesi ve kuralın asgari bir kesinlik içermesi zaruridir.

66. Bu kapsamda ilgili kanuni düzenlemenin, söz konusu sınırlamaya ilişkin temel çerçeveyi ortaya koymakla birlikte özellikle uygulama koşulları ve usule ilişkin ayrıntıları düzenleyici işlemlere bırakması mümkündür. Ancak bu ihtimalde de söz konusu düzenleyici işlemin, yine muhataplarınca ulaşılabilir olması ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelik ve açıklıkta olması gerekmektedir.

67. Başvuruya konu idari ve yargısal süreçte, başvurucuya aşı uygulaması yapılması hususundaki talep ve kararların, 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi ve 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi temelinde oluşturulduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerde bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuklar korunmaya muhtaç çocuk olarak tanımlanmakta ve çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik olarak sağlık tedbiri uygulanabileceği belirtilmektedir. Somut başvuru açısından da başvurucuya bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasının ebeveyn tarafından reddi üzerine, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Uşak İl Müdürlüğü tarafından ebeveynlerince aşı uygulamasına izin verilmeyen çocukların korunmaya muhtaç çocuk olarak kabulü gerektiği belirtilerek 5395 sayılı Kanun kapsamında sağlık tedbiri uygulanması talebinde bulunulduğu, ilgili İlk Derece Mahkemesi tarafından da aynı gerekçeyle sağlık tedbiri uygulanmasına hükmedilerek kararın itiraz kanun yolundan geçerek kesinleştiği, bu bağlamda başvurucunun, söz konusu uygulamanın yasal temeli olmadığı ve idari düzenlemelerle bir sınırlama öngörüldüğü noktasındaki itirazlarının da yargı mercilerince dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

68. Zorunlu aşı uygulaması ebeveyn tarafından reddedilen çocukların, 5395 sayılı Kanun kapsamında korunmaya muhtaç çocuk olarak değerlendirilmesi noktasında da kamu makamları ve başvurucu arasında görüş birliği bulunmamakla birlikte, esasen uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine

işaret eden söz konusu düzenlemenin, somut başvuruda olduğu gibi doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması olanaklı değildir. Aksinin kabulü hâlinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde, rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemeldir.

69. Bu kapsamda somut başvuru açısından 5395 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin, başvuruya konu müdahalenin kanuni temelinin ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımadığı anlaşıldığından Anayasa'nın 17. maddesi anlamında müdahalenin meşruiyet unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.

70. Zorunlu aşı uygulamasının kanuni temeli bağlamında Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve başvurucu tarafından da tartışma konusu yapılan 1593 sayılı Kanun'un 57. ve 72. maddeleri ile Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/4 sayılı Genelgesinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

71. 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde belirli hastalık türleri sayılmış, 72. maddede ise 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bir kısım tedbirlere başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması şeklindeki tedbire de yer verilmiştir. İlgili Genelgede ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dâhilinde bazı aşıların uygulanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta, başvurucuya tatbikine hükmedilen HepB, DaBT, İPA, Hib ve KPA türündeki aşıların da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün, başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

72. Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun'da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları nazara alınarak Kanun'un 88-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki aşı uygulamasının Bakanlığın ilgili Ge-

nelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

73. Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının kanuni dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi; bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır.

74. Yukarıda yer verilen tespitler uyarınca başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

75. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

76. Başvurucu, ihlalin tespiti ile uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

77. 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."

78. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği tespit edildiğinden ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama

yapılmak üzere kararın Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

79. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

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

11/11/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrası "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz." hükmünü taşımaktadır. Bu düzenlemenin gerekçesinde ise "Maddenin ikinci fıkrası işkence, eziyet yahut insan hürriyetiyle bağdaşmayan ceza ve muamele yasağı koymaktadır. Uzun açıklamalara gerek yoktur ki işkence, eziyet yahut insan hürriyetiyle bağdaşmayan ceza veya muamele, bugün ulaşmış bulunduğumuz uygarlık düzeyinde, hem insani duyguları rencide eder niteliktedir; hem de kişinin vücut bütünlüğüne bir tecavüzdür." denilmektedir. Anayasa'nın 56. maddesinde de **"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak;** insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek**amacıyla** sağlık kuruluşlarını tek elden plânlayıp hizmet ver-

mesini düzenler." hükmü yer almakta; maddenin gerekçesinde ise "Vatandaşın korunmuş çevre şartlarında **beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamak Devletin ödevidir."** denilmektedir.

Anayasayla Devlete verilen, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmeyi sağlamak görevinin yasal bazda yansıması 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda ana hatlarıyla yer almaktadır. Nitekim, anılan Kanun'un 1. maddesinde **"Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindendir."-** denilmek suretiyle, halkın sağlığının korunması ve gelecek nesillerin sağlıklı biçimde yetişmesi için gerekenlerin yapılması Devlete bir görev olarak verilmiş bulunmaktadır. Aynı Kanun'un 2-4. maddelerinde de Sağlık Bakanlığı'nın bu konudaki görevleri detaylı biçimde sayılmış, bu meyanda ülkedeki her tür ateşli, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadelenin bu Bakanlığın görevleri arasında olduğuna işaret edilmiştir. Kanun'un 57. maddesinde kolera, veba, lekeli humma vb. hastalıklar tek tek sayılmak suretiyle belirtilmiş ve Kanun'un 72. maddesinde bu bulaşıcı ve salgın hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde alınacak tedbirler arasında **"Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki de"** sayılmıştır. Ne var ki yine Kanun'un 64. maddesinde **"57nci madde de zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık** istilai şekil aldığı **veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde,** o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrü ilana ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmına tatbika **Sıhhat ve İçtimai muavenet Vekaleti Salahiyettardır."** denilmek suretiyle, 57. maddede sayılanların dışındaki hastalıklar yönünden de 72. madde de sayılan tedbirleri almaya **(bu meyanda aşı tatbikine)** Sağlık Bakanlığı'nın yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısiyle, önleyici mahiyetteki genel ve zorunlu aşı uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı, belirlilik ilkesinin yokluğu nedeniyle kanunilik şartının gerçekleşmediği yolundaki değerlendirmeye katılmaya imkân yoktur. Anayasa'nın belirtilen hükümleri ve gerekçeleri ile 1593 sayılı Kanun'un işaret edilen düzenlemelerin açıklığı karşısında, Devletin sağlıklı bir nesil yetiştirme ve toplum sağlığını koruma görevinin bir parçası olarak, genel ve zorunlu aşı programı uygulamasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Konunun, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesinde ise 18 yaşını doldurmamış, bedensel, zihinsel, ahlâki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen çocukların (bu meyanda bebeklik çağındakilerin) **"korunma ihtiyacı olan ço-**

cuk" olarak değerlendirildiği, bu gruba girenlerin üstün yararları gözetilerek, Kanunda bir takım "koruyucu ve destekleyici tedbirler" öngörüldüğü, bu meyanda "sağlık tedbiri"nin de sayıldığı, bu tedbirlerin alınması için yetkili mahkemelere (Çocuk Hâkimi, Aile Mahkemesi) başvuru usulü ve şartlarının ve başvurmaya yetkili kişilerin Kanunda ayrıntılı biçimde düzenlendiği, yetkili kurum olarak görevlendirilen Aile Sosyal ve Politikalar Bakanlığı İl Müdürlükleri'nin "genişletilmiş bağışıklama programı"nda yer alan zorunlu aşıların uygulanması esnasında ebeveynlerce buna izin verilmemesi halinde, aşı uygulanacak çocuğu (bebeğin) "korunmaya muhtaç çocuk" olarak nitelendirilerek, mahkemelere başvurulduğu ve "sağlık tedbiri" talebinde bulunulduğu görülmektedir. Başvurunun somutunda da, bu yoldaki sağlık tedbiri talebi mahkemece kabul edilmiş; bu karara karşı vaki itiraz da İtiraz Mahkemesince reddedilmiştir. Uygulamada derece mahkemelerinin, ebeveynlerin rızasının şart olduğuna dair verdiği bazı kararlar olduğu gibi; bu başvuruda olduğu gibi, çocuğun üstün yararı gözetildiğinde sağlığın korunmasında bu rızanın gerekmediği yolunda verilen kararlarında bulunduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bir kararında ".Ana babanın çocuklarla ilgili karar alırken onların menfaatlerini de üstün yararlarını göz önünde tutmaları asıldır. **Çocuğun yasal temsilcileri uygulanacak aşı ile ilgili aydınlatıldıkları halde, hiçbir haklı gerekçe ileri sürmeksizin buna rıza göstermiyorlarsa, çocuğun menfaatine aykırı bu tavra hukuki sonuç bağlanamaz, çocuğun üstün yararına açıkça aykırı ise rıza aranmaz."** demektedir.

5395 sayılı Kanun'un 3/1-a ve 5/1-d maddeleri gözetildiğinde, çocuğun (bebeğin) korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilerek hakkında bebeklik dönemi koruyucu aşılarının yapılması yolunda mahkeme kararıyla başvurulan "sağlık tedbiri"nin çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalede "kanunilik" şartını bu yönü itibariyle de sağladığı açıktır. Ayrıca, bu müdahalenin benimsenen sağlık politikası çerçevesinde, küçük yaştaki çocukları ve toplum sağlığını koruma amacına yönelik olduğu, sağlık politikası gereği bu tür uygulamaların yapılmasının, kamu düzeni ve toplum sağlığı gözetildiğinde zorunlu ve gerekli bulunduğu, ülkemizde bulunan üç milyona yakın mültecinin taşıyabileceği hastalık tehlikesi gözetildiğinde ve ülkemizin dünyaya örnek gösterilen zorunlu aşı uygulamasının sonuçları dikkate alındığında ebeveynlerin küçük çocuklarına aşı yapılmasına izin vermemelerinin kamu düzeni ve toplum sağlığı açısından büyük risk oluşturabileceği, dolayısıyla başvurucunun çocuğuna aşı yapılması yolundaki müdahalenin (sağlık tedbirinin) "acil bir sosyal ihtiyaç" teşkil ettiği ve çocukların gelişme sürecinde karşılaşabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bu müdahalenin (aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının) ölçülü ve orantılı olduğu, Anayasa'nın işaret edilen maddeleriyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/2

nci maddesine ve AİHM'nin içtihatlarına uygun düştüğü (*Olsson/İsveç*, B. No: 10465/83, 24.3.1988, § 67) anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, başvurucu yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edilmediği ve başvurunun reddi gerektiği kanaatine vardığımdan; ihlâlin mevcudiyeti sonucuna ulaşan çoğunluk kararına katılamadım.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI (MD. 19)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

RIDA BOUDRAA BAŞVURUSU

Başvuru Numarası: 2013/9673

Karar Tarihi: 21/1/2015

R.G. Tarih- Sayı: 16/6/2015-29388

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Serruh KALELİ
Üyeler	:	Burhan ÜSTÜN
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Zühtü ARSLAN
Raportör	:	Esat Caner YILMAZOĞLU
Başvurucu	:	Rıda BOUDRAA
Vekili	:	Av. Abdulhalim YILMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, sığınmacı statüsü verilmesi için Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğine (BMMYK) yaptığı başvurunun sonucu beklenmeksizin, pasaportu bulunmadığı gerekçesi ile sınır dışı edilmesine ilişkin işlem nedeniyle iade edileceği ülkesinde yaşam hakkının ihlal edilme ve işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunduğunu, sınır dışı edilmek üzere 68 gün boyunca Yalova Yabancılar Şube Müdürlüğünde tutularak özgürlüğünden yoksun bırakıldığını, anılan süreçteki idari gözetim koşullarının kötü olduğunu iddia ederek Anayasa'nın 17., 19., 20., 40. ve 41. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 27/12/2013 tarihinde Bakırköy 6. Asliye Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 27/12/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm tarafından, başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike olduğu iddiasının ciddi bulunması

nedeniyle Bölüm, 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesinin (5) numaralı fıkrası ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi gereğince tedbir talebinin kabulüne, Mahkemece yeniden bir karar verilinceye kadar başvurucunun Cezayir'e sınır dışı edilmesine ilişkin idari işlemin uygulanmamasına, ara karar gereğinin ivedi olarak ifası için İçişleri Bakanlığına bildirilmesine 30/12/2013 tarihinde oy çokluğu ile karar vermiştir.

5. Bölüm tarafından 20/1/2014 tarihinde başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

6. Başvuru konusu olay ve olgular 21/6/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 18/7/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 29/7/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu Adalet Bakanlığı cevabına karşı beyanlarını yasal süresi içerisinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile Adalet Bakanlığı görüşünde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu Cezayir vatandaşı olup 2001-2003 yılları arasında kaçak olarak Türkiye'de yaşamış, 2003 yılında pasaportsuz seyahat ettiği gerekçesi ile yakalanarak ülkesi Cezayir'e sınır dışı edilmiştir.

9. Başvurucu 2010 yılında Tunus'ta başlayan ve kamuoyunca *"Arap Baharı"* olarak isimlendirilen gelişmeler sırasında ülkesi Cezayir'de kurulan siyasi nitelikteki "*Reshad Hareketi*" *(Rachad Movement)* isimli oluşuma katılmış, yapılan bir barışçıl protesto eylemine liderlik ettiği gerekçesi ile polis tarafından gözaltına alınmış ve kendi beyanına göre gözaltı sırasında gördüğü işkence sonrasında ayağı kırılmıştır.

10. Anılan gösterilerin sona ermesinin ardından sık sık hakkında ceza soruşturmaları açılan başvurucu siyasi nedenlerle tekrar hapsedileceği endişesiyle ülkesini terk ederek Suriye'ye gitmiş, anılan dönemde bu ülkede yaşanan iç kargaşa sebebiyle pasaport ve resmi belgelerini alamadan Hatay ili, Cilvegözü sınır kapısından pasaportsuz olarak Türkiye'ye giriş yapmıştır.

11. Başvurucu, Türkiye'ye daha önce yasal yollarla giriş yapan eşi ve çocuklarının bulunduğu Yalova iline giderek ailesiyle birlikte bu ilde yaşamaya başlamış, yaşadıkları konutta, komşusunun gürültü yaptıkları şikayeti üzeri-

ne yapılan kontrol esnasında pasaportu bulunmadığı gerekçesi ile 3/11/2013 tarihinde gözaltına alınarak Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğünde idari gözetim altına alınmıştır.

12. Başvurucu, polise verdiği ifadesinde siyasi nedenlerle önce Suriye'ye ve bu ülkede yaşanan kargaşa nedeniyle pasaportunu ve diğer resmi belgelerini yanına alma imkânı bulamadan pasaportsuz olarak Türkiye'ye geldiğini belirterek sığınma talebinde bulunmuştur. İdarece başvurucu hakkında sığınma talep formu doldurularak ekli belgeler ile birlikte karar verilmek üzere İçişleri Bakanlığına gönderilmiştir.

13. İçişleri Bakanlığı tarafından dosya üzerinde gerekli değerlendirme yapılarak sığınma başvurusunun reddedildiğine ilişkin karar 6/12/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilerek 72 saat içerisinde bu karara itiraz edilebileceği bildirilmiştir.

14. Başvurucu, sığınma talebinin reddine ilişkin karara usul ve esasa ilişkin nedenlerle, ayrıca itiraz süresinin çok kısa olduğunu ve avukatı ile görüşerek ek bir itiraz dilekçesi vermek istediğini belirterek itiraz etmiştir.

15. Başvurucunun avukatı, 17/12/2013 tarihinde BMMYK'ya iltica başvurusunda bulunmuştur.

16. Başvurucunun avukatı 23/12/2013 tarihinde BMMYK'ya yapılan iltica başvurusunun örneğini de ekleyerek idareye yeni bir itiraz dilekçesi vermiş, başvurunun sonucunun beklenmesi ve başvurucunun serbest bırakılmasını talep etmiştir.

17. 25/12/2013 tarihli ve 17:30 saatli cevabi yazı ile sığınma başvurusunun nihai olarak reddedildiği ve Cezayir'e sınır dışı edileceği bildirilmiş, başvurucu bu konudaki tebligat evrakını imzalamaktan imtina etmiştir.

18. Başvurucu 3/11/2013 tarihinde pasaportu olmadığı için gözaltına alınarak Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğünde alıkonulduğunu, 18/11/2013 tarihinde iltica-sığınma mülakat formu doldurarak sığınma talebinde bulunduğunu, İçişleri Bakanlığı tarafından sığınma başvurusunun reddedilmesine ilişkin kararın 5/12/2013 tarihinde kendisine tebliğ edildiğini, bu karara karşı 72 saat içerisinde itiraz edebileceğinin bildirilmesi üzerine 6/12/2013 tarihinde karara itiraz ettiğini, bu arada durumu avukatına bildirmesi üzerine başvurucu avukatının 17/12/2013 tarihinde BMMYK'ya iltica başvurusunda bulunduğunu, bu durumun belirtilerek avukatı aracılığıyla 23/12/2013 tarihinde İçişleri Bakanlığı ve Yalova Emniyet Müdürlüğüne başvurarak sığınma talebinin reddine ilişkin karara itiraz etmesine rağmen BMMYK'nın kararı beklenmeksizin başvurusunun 25/12/2013 tarihinde nihai

olarak reddedildiğini ve sığınma dosyası kapatılarak sınır dışı edilmesine karar verildiğini belirtmiştir.

19. Başvurucunun avukatı, 27/12/2013 tarihli başvuru dilekçesinde "…*Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü yetkilileri ile yaptığı görüşme neticesinde başvuranın pasaportu bulunmadığından 27/12/2013 Cuma günü İstanbul'daki Cezayir Konsolosluğuna götürüleceği, Cezayir'e gönderilmesi için seyahat belgesi (travel document) düzenlendikten sonra uçakla ülkesine gönderileceği, açılacak bir davada mahkeme kararı verilmesini veya BMMYK kararını bekleyemeyecekleri, İçişleri Bakanlığından bir talimat gelmediği sürece en kısa sürede şahsı ülkesine göndermek zorunda olduklarının (şahsın pasaportu bulunmadığından istediği –güvenli üçüncü- bir ülkeye gönderemeyeceklerini) ifade edildiğini"* belirtmiştir.

20. Başvurucu, Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğünde sınır dışı edilmek üzere bekletilmekte olduğu sırada Anayasa Mahkemesine tedbir talepli olarak yaptığı başvuruda, Mahkeme yeniden bir karar verilinceye kadar başvurucunun Cezayir'e sınır dışı edilmesine ilişkin idari işlemin uygulanmamasına 30/12/2013 tarihinde oyçokluğu ile karar vermiştir.

21. Başvurucu vekili tarafından 20/2/2014 tarihinde Bakırköy Nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesi Başkanlığı aracılığı ile Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilen dilekçede "*Yüksek Mahkemenin 30/12/2013 tarihli tedbir ara kararına bağlı olarak, Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından verilen sığınma talebinin reddi ve sınır dışı edilmesi kararının askıya alındığı, başvurucunun 7/1/2014 tarihinde serbest bırakıldığı ve yabancılara mahsus ikamet tezkeresi verildiği, başvurucunun salıverildiği sırada, her hafta Cuma günü düzenli olarak Yalova Yabancılar Polisine imza vermesi gerektiği bildirilmesi nedeniyle, düzenli olarak Emniyete imza vermekte olduğu*" belirtilmiştir.

22. Başvurucu hakkında sınır dışı edilme işlemi askıya alınarak yabancılara mahsus ikamet tezkeresi düzenlenerek kendisine verilmiş, bu süreçte 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 125. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca bu Kanun'un Resmî Gazetede yayımlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe gireceği belirtilen maddeleri ve bu kapsamda "*Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez"* şeklindeki 53. maddesinin (3) numaralı fıkrası 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

B. İlgili Hukuk

23. 11/4/2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Kanun'un aynı Kanun'un 125. maddesi uyarınca 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe giren 53. maddesi şöyledir:

"(1) Sınır dışı etme kararı, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır.

(2) Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.

(3) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."

24. 6458 sayılı Kanun'un aynı Kanun'un 125. maddesi uyarınca 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe giren *"Geri gönderme merkezleri"* başlıklı 58. maddesi birinci fıkrası şöyledir:

"İdari gözetime alınan yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar."

25. 6458 sayılı Kanun'un 124. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile yürürlükten kaldırılan 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un (YİSHK) 17. ve 23. maddeleri şöyledir:

"Madde 17 - Siyasi sebeplerle Türkiye'ye sığınan yabancılar ancak İçişleri Bakanlığınca müsaade olunacak yerlerde ikamet edebilirler."

"Madde 23- Memleket dışına çıkartılmalarına karar verilipte pasaport tedarik edemediklerinden veya başka sebeplerden dolayı Türkiye'yi terkedemiyenler İçişleri Bakanlığının göstereceği yerde oturmağa mecburdurlar."

26. 13/12/1955 tarihinde imzalanan ve 12/4/1989 tarihli ve 3527 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan *"Avrupa İkamet Sözleşmesi"* nin 3. maddesi şöyledir:

"1. Akit Taraflardan birinin, diğer akit ülkesinde yasal olarak ikamet eden uyrukları ancak milli güveliği tehdit ettikleri veya kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı davrandıkları takdirde sınır dışı edilebilirler.

2. Akit taraflardan birinin, diğer herhangi bir akit taraf ülkesinde yasal olarak iki yıldan fazla bir süredir ikamet etmekte olan uyruğu; milli güvenlik açısından kesin zorunluk yoksa, kendisi hakkındaki sınır dışı kararına karşı itirazda bulunmasına ve bu amaçla yetkili makama veya yetkili makamca özel olarak belirlenmiş kişi veya kişilere başvurmasına ve bu organlar önünde temsil olunmasına müsaade edilmeksizin sınır dışı edilemez.

3. Akit Taraflardan birinin, diğer bir Akit Taraf ülkesinde on yıldan fazla bir süredir. İkamet eden uyrukları, yalnızca mili güvenlik nedeniyle veya bu maddenin birinci bendinde zikredilen diğer nedenlerin, özellikle ciddi bir nitelikte olması hallerinde sınır dışı edilebilir."

27. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 13. maddesi şöyledir:

"Bu Sözleşme'ye Taraf Devletlerden birinin ülkesinde yasal olarak bulunan bir yabancı, bu ülkeden ancak yasalara uygun olarak verilmiş bir karar uyarınca sınır dışı edilebilir ve ulusal güvenlik bakımından zorunlu nedenler aksini gerektirmedikçe, sınır dışı edilmesine karşı nedenler ileri sürmesine ve durumunun yetkili makamlar ya da yetkili makamlarca özel olarak atanmış kişi ya da kişilerce yeniden gözden geçirilmesine ve bu amaçla yetkili merciler önünde temsil edilmesine izin verilecektir."

28. Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi Yabancı Uyruklu Kişilerin Tutulma Koşullarına İlişkin Standartlarının ilgili kısımları şöyledir:

"… CPT'ye göre, yabancıların mevzuat uyarınca kişilerin uzun süre boyunca özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının gerekli görüldüğü durumlarda, bu amaca özel olarak tasarlanmış, yasal durumlarına uygun maddi koşullar, uygun bir sistem sunan ve uygun niteliklere sahip personelin görev aldığı merkezlerde barındırılmaları gerekmektedir.

Bu tür merkezlerin yeterli mobilyaya sahip, temiz, tamire ihtiyacı bulunmayan ve içerdiği kişi sayısına yeterli yaşam alanı sunacak bir barınma yeri sağlaması gerektiği açıktır. Ayrıca, bir cezaevi ortamı izlemini uyandırmayı mümkün olduğunca çok engellemek için binaların tasarımına ve planına dikkat gösterilmesi gerekmektedir. Sistemsel faaliyetler ise açık havada egzersiz, dinlenme odasına ve radyo/televizyon ile gazete/dergilere erişimin yanı sıra diğer uygun boş zaman değerlendirme faaliyetlerini (örneğin masa oyunları, masa tenisi) içermelidir. Kişilerin tutulduğu süre ne kadar uzun olursa, kendilerine sunulan faaliyetlerin de o kadar fazla gelişmiş olması gerekmektedir.

…

79. Düzensiz göçmenlerin tutulma koşulları, özgürlüklerinden yoksun bırakılmalarının niteliğini, sınırlı kısıtlamalar ile ve çeşitli etkinlikleri kapsayan sistemiyle yansıtmalıdır. Örneğin, tutulan düzensiz göçmenlerin … tutuklu yerleşkesi içerisindeki hareket serbestilerinin mümkün olduğunca az kısıtlanması gerekmektedir."

29. Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı kararıyla kabul edilen Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler'in 1. ve 4. maddeleri şöyledir:

*"**Madde 1-İnsani tarzda muamele yükümlülüğü***

Her hangi bir biçimde tutulan veya hapsedilen bir kimse, insaniyetin ve insanın doğuştan sahip olduğu insanlık onuruna saygının gerektirdiği bir biçimde muamele görür."

*"**Madde 4- Tutmanın ve diğer tedbirlerin yargısal denetimi***

Her türlü tutma veya hapsetme kararı ve tutulan veya hapsedilen bir kimsenin insan haklarını her hangi bir biçimde etkileyen bütün tedbirlere yargısal veya diğer bir makam tarafından karar verilir veya bu tedbirler bu makamların etkili denetimine tabi tutulur."

30. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği Yürütme Komitesinin *"Mültecilerin ve Sığınmacıların Alıkonulması"* konulu 44 nolu kararın 1. ve 2. fıkrası ile 4. fıkrasının (f) bendi şöyledir:

"Yürütme Komisyonu, Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1951 Sözleşmesi'nin 31.Maddesi'ni hatırlatarak

...

(f)Mültecilerin ve sığınmacıların alıkonma koşullarının insani olması gerektiğini vurgulamıştır. Özellikle, mülteciler ve sığınmacılar mümkünse, adi suçlu olarak tutulmakta olan kişilerin yanında tutulmayacak ve fiziksel güvenliklerinin tehlike altında olduğu yerlerde bulundurulmayacaktır."

31. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin 33. maddesi şöyledir:

"1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tâbiiyeti, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatı ya da özgürlüğü tehdit altında olacak ülkelerin sınırlarına, her ne şekilde olursa olsun geri göndermeyecek veya iade etmeyecektir.

2. Bununla beraber, bulunduğu ülkenin güvenliği için tehlikeli sayılması yolunda ciddi sebepler bulunan veya özellikle ciddi bir adi suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümle mahkum olduğu için söz konusu ülkenin halkı açısından bir tehlike oluşturmaya devam eden bir mülteci, işbu hükümden yararlanmayı talep edemez."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 21/1/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 27/12/2013 tarihli ve 2013/9673 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

33. Başvurucu,

i. Sığınmacı statüsü verilmesi için BMMYK'ya başvurarak yapmış olduğu başvurunun sonucu beklenmeksizin, pasaportu bulunmadığı gerekçesi ile sınır dışı edilmesine ilişkin karar nedeniyle iade edileceği ülkesinde, daha önce *"Reshad Hareketi (Rachad Movement)"* isimli oluşum bünyesinde protesto eyleminde liderlik ettiği gerekçesi ile polis tarafından gözaltına alındığını, işkence ve kötü muameleye tabi tutulduğunu, hapis yattığını, halihazırda muhalif siyasi hareket kurucularından olması nedeniyle ülkesi Cezayir'de takibat altında olduğunu, arandığını ve gıyabında ceza yargılamasının sürdüğünü, sınır dışı edilmesi durumunda hakkında idam cezası verilmesinin olası olduğunu, yaşam hakkının ihlal edilme ve işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunduğunu, Türk Hükümeti tarafından Cezayir'e zorla gönderilmesi halinde bu durumun Türkiye'nin de taraf olduğu Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesinde tanımlanan *"zulüm tehlikesi altında olduğu yere geri göndermeme (non-refoulment*)" ilkesinin ve Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali sonucunu doğuracağını, ayrıca sınır dışı etme işlemine karşı iç hukukta etkili bir yolun bulunmadığını, eşinin ve çocuklarının Yalova'da yaşıyor olmaları nedeniyle aile bütünlüğünün sona ereceğini ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 13. ve Anayasa'nın17., 40. ve 41. maddelerinin,

ii. Hakkında herhangi bir yargısal makamın gözaltı emri veya tutuklama kararı olmaksızın 3/11/2013 tarihinde pasaportu olmadığı için gözaltına alınarak Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğünde idari gözetim altına alındığını ve 7/1/2014 tarihine kadar burada kaldığını, bu sırada kamu görevlilerinden hiçbir şekilde kötü muamele veya fiziksel şiddet görmemesine karşılık havasız, gürültülü, doğrudan gün ışığı almayan, sigara içilen bir mekanda tutulduğunu, sağlıklı tedavi hizmetinin sunulamadığını, açık havaya çıkartılmadığını, egzersiz imkanı tanınmadığını, kötü fiziksel koşullara maruz kaldığını, sırf yabancı olması nedeniyle ve pasaportu olmadığı gerekçesi ile götürüldüğü Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü Nezarethanesinde geçirdiği 68 gün boyunca özgürlüğünün kısıtlandığını, Türk hukukunda yabancı kişilerin idari gerekçelerle özgürlüğünün kısıtlanması halinde bunun yargısal makamlarca gözaltı veya tu-

tuklama sayılmaması nedeniyle bir tazminat talep edilmesinin de mümkün olmadığını, *"idari gözetim"* altında tutulmasına ilişkin yasal bir denetimin söz konusu olmadığını, gözaltında tutulmasının nedenleri hakkında derhal veya daha sonra bilgi verilmediğini ve belirsiz bir durumda tutulduğunu, gözaltına alınmasının ardından bu karara karşı itiraz edilebilecek bir merciin bulunmadığını belirterek Sözleşme'nin 3., 5., 13., Anayasa'nın 17., 19., 20., maddelerinin,

ihlal edildiğini iddia etmiş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

34. Başvurucu her ne kadar Anayasa'nın 17., 19., 20., 40. ve 41. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de başvurucunun hukuki tavsifi ile bağlı olmayan Anayasa Mahkemesince değerlendirme Anayasa'nın 17. ve 19. maddeleri kapsamında yapılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Sınır Dışı Etme İşlemine Karşı Etkili Bir Başvuru Yolu Bulunmadığı, Sınır Dışı Edilmesi Durumunda İşkence ve Kötü Muameleye Tabi Tutulma Riskinin Bulunduğu ve Sınır Dışı Edilmek Üzere İdari Gözetim Altında Tutulduğu Yerin Maddi Koşullarının Elverişsizliği Nedenleriyle Anayasa'nın 17. Maddesinin İhlal Edildiği İddiaları

35. Başvurucu, sınır dışı edilme işlemine karşı yürütmeyi durdurma talepli olarak açılacak bir davanın yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe sınır dışı etme işlemini otomatik olarak askıya almadığını, kaldı ki yürütmeyi durdurma kararı verilinceye kadar işlemin icrasının söz konusu olabileceğini, dolayısıyla etkili bir yolun bulunmadığını ileri sürmüştür.

36. Adalet Bakanlığı, başvuru dilekçesinde ileri sürülen bu iddialara karşı başvurucunun bu yöndeki şikâyetinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Sözleşme'nin 3. maddesi ile 5. maddesinin (4) numaralı fıkraları çerçevesinde incelendiğini belirtmiştir.

37. Başvurucu, başvuru formundaki iddialarını tekrarlamış ve bu konuda yeni bir beyanda bulunmamıştır.

38. 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.

39. Başvurucunun, 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).

40. Somut olayda başvurucunun iddialarının özü, sınır dışı edilme işlemine karşı yürütmeyi durdurma talepli olarak açılacak bir davanın yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe sınır dışı etme işlemini otomatik olarak askıya almaması, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alındığı yerin fiziki koşullarının kötü olduğu ve ülkesine sınır dışı edilmesi halinde işkence ve kötü muameleye tabi tutulacağına ilişkindir. Başvurucunun bu iddialarının Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerekir.

41. 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, Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabileceği hükmüne yer verilmiştir.

42. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

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

43. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir.

44. 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).

45. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna gidilmesinin bireysel başvuru konusu işlem ve kararların uygulanmasına herhangi bir etkisi yoktur. Ancak bir işlem ya da kararın uygulanması halinde bireyin anayasal hak-

larının ihlali yönünde ciddi bir tehlike ortaya çıkacaksa, 6216 sayılı Kanun ile Mahkemeye bu tehlikeyi önlemek amacıyla tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır. Bu yönüyle tedbir yetkisi istisnai bir yetki olup, ancak işlem veya kararın uygulanması halinde yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir risk doğacaksa tedbire başvurulabilir.

46. Diğer taraftan bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvurucunun 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. Ancak başvuru yolunun tüketilmesinin başvurucunun hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa, başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi halinde başvurucunun haklarına yönelik ciddi ve geri dönülmesi imkansız bir tehlike ortaya çıkacaksa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir (B. No: 2013/1243, 16/4/2013, § 24).

47. Başvuru konusu olayda, başvurucu sınır dışı edilmesi halinde Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının tehlikeye girme, işkence ve kötü muameleye tabi tutulma riski bulunduğunu ileri sürerek, tedbir kararı verilmesini talep etmiş, Bölüm tarafından tedbir talebinin değerlendirilmesi sonucu 6458 sayılı Kanun'un 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe girecek olması nedeniyle henüz otomatik askıya alma mekanizmasının söz konusu olmadığı dikkate alınarak ve başvurucunun ülkesi Cezayir'e sınır dışı edilmesi halinde bu ülkede yaşamına ya da maddi ve manevi varlığına yönelik risk bulunduğu iddiaları ciddi görüldüğünden, 30/12/2013 tarihinde oy çokluğu ile tedbir talebinin kabulüne karar verilmiştir.

48. Bölüm tarafından tedbir talebinin kabulüne karar verilmesinin ardından 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesi 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe girmiş ve anılan maddenin (3) numaralı fıkrası ile *"…yabancının rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez…"* şeklindeki düzenleme ile otomatik askıya alma mekanizması harekete geçirilmiştir.

49. Yasa koyucu tarafından 6458 sayılı Kanun'la, idari bir işlem olduğu hususunda şüphe bulunmayan sınır dışı etme işleminin tesis edilmesi halinde, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması durumunda yargıla-

ma sonuçlanıncaya kadar yabancıların sınır dışı edilemeyeceğine ilişkin Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme'nin 33. maddesi ile de güvence altına alınmış uluslararası hukuk metinleri ile uyumlu bir koruma mekanizması yürürlüğe konulmuştur.

50. Anılan Kanun'un hayata geçtiği 11/4/2014 tarihinden önce de sınır dışı etme işlemine karşı idare mahkemelerine başvurarak yürütmenin durdurulması talebinde bulunulması ve talebin kabulü halinde sınır dışı etme işleminin en azından yürütmeyi durdurma kararına karşı yapılacak itirazın kabulüne kadar ya da itirazın reddi halinde esas hakkında hüküm verilinceye kadar askıya alınabileceği söylenebilecek ise de burada temel hak ve özgürlüğün korunmasına yönelik bir mekanizma otomatik olarak hayata geçmemekteydi. Buna karşılık 11/4/2014 tarihinden sonra sınır dışı etme işlemine karşı dava açma süresi içerisinde ve yargı yoluna başvurulması durumunda yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancıların sınır dışı edilememesi prosedürü temel hak ve özgürlüklerin korunması bakımından daha güvenli bir mekanizmayı otomatik olarak hayata geçirmiştir.

51. Kural olarak bireysel başvurunun yapılmasının ardından başvuru konusu ihlali gidermeye yönelik yeni bir hukuki yolun ihdas edilmesi, normal koşullar altında başvuranın bu yeni hukuki yolu tüketmesini gerektirmez ise de başvurucunun ihlal iddiasına dayanak teşkil eden şikâyetlerinin daha etkili başka bir mekanizma ile çözüme kavuşturulması imkânı sağlanmış ise Mahkemece buna ilişkin başvuru yollarının tüketilmesi istenilebilir.

52. Tedbir kararının ardından 11/4/2014 tarihinde yürürlüğe giren 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancının sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin düzenleme ile sınır dışı etme işlemine karşı daha etkili, hızlı, ön koşul gerektirmeyen ve başvurucunun temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına daha etkin bir şekilde hizmet edebilecek şekilde ve yapısal bir soruna çözüm getirecek nitelikte bir başvuru yolunun iç hukukta kanun koyucu tarafından hayata geçirildiği anlaşılmaktadır.

53. 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesi uyarınca dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancının sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin düzenleme ile prensip olarak sınır dışı etme işlemine karşı etkili bir mekanizma kurulduğu anlaşılmaktadır.

54. Kaldı ki başvurucunun tedbir talepli olarak yapmış olduğu bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesinin 30/12/2013 tarihli tedbir ara kararı dikkate alınarak başvurucunun 7/1/2014 tarihinde serbest bırakıldığı ve kendisine 6/1/2014- 6/7/2014 tarihleri arasında geçerli yabancılara mahsus ikamet tezkere-

si verildiği, anılan tezkerenin 7. sayfasında *"İş bu tezkerenin sahibi ve refakat hanesinde yazılı olanlar kanun ve nizam dairesinde Türkiye'de oturabilirler"* ibaresinin bulunduğu ve başvurucunun anılan bu ikamet tezkeresi sayesinde Türkiye'de ikamet etmesine engel bir durumun bulunmadığı, ikamet tezkeresinin süresinin uzatılmaması ya da herhangi bir sebeple geçersiz sayılmasına yönelik bir işleme karşı idari yargıda dava açma imkanı bulunduğu gibi, idarece başvurucunun sınır dışı edilmesine ilişkin yeni bir işlemin tesis edilmesi durumunda ise yukarıda (§ 34,35) ayrıntılarına yer verilen süreç izlenerek bir koruma ve otomatik askıya alma mekanizmasının harekete geçirilmesi mümkündür.

55. Bu durumda her ne kadar bireysel başvuruda bulunulmasının ardından ihdas edilmiş ise de başvurucunun temel hak ve özgürlüklerinin korunması için daha etkili, kullanılabilir ve başvurucunun şikâyetlerini giderme imkânı sunacak şekilde ulaşılabilir, hızlı ve etkin bir çözüm sunan bir başvuru yolunun kanun koyucu tarafından oluşturulduğu görülmektedir. Diğer taraftan bu yolun temel hak ve özgürlüklerin korunması hususunda etkisizliğini gösterecek bir idari/yargısal pratiğin bulunduğu da söylenemez. Sınır dışı etme yönünde yeni bir işlem tesis edilmesi ya da fiilen bir sınır dışı etme durumu da söz konusu olmadığından başvurunun bu kısmının *"açıkça dayanaktan yoksunluk"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

56. Başvurucu, Türkiye'ye ilk giriş yaptığı 2003 yılında yakalanarak ülkesi Cezayir'e gönderilmesi sonrası bu ülkede bulunan Sirkaci (Serkadj), El- Heraş, El-Belide ve Berhaviye hapishanelerinde ayağının kırılması ile sonuçlanan işkence ve kötü muameleye tabi tutulduğunu, ülkesine sınır dışı edilmesi halinde yeniden işkence ve kötü muamele göreceğini iddia etmiştir.

57. Başvurucu geçmişte ülkesinde gördüğü bu işkencenin ispat edilebilmesi için Türkiye İnsan Hakları Vakfı İstanbul Temsilciliğine başvurmuş, anılan Vakfın yönlendirmesi sonucu İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı tarafından hazırlanan 20/6/2014 tarihli ve 2014.045 R protokol numaralı raporda *"…başvurucunun İnsan eliyle oluşturulmuş tramvaya maruz kaldığı ve Dünya Sağlık Örgütü Uluslararası Hastalık Sınıflandırması, ICD 10 kapsamında Y07.3 kodu ile belirtilen işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiği"* bulgularına yer verilmiştir.

58. Başvurucu tarafından anılan bu rapora dayanılarak sınırdışı edilmesi halinde yeniden işkence göreceği veya kötü muameleye tabi tutulacağı iddia edilmekte ise de halihazırda başvurucunun sınır dışı edilmesine ilişkin bir işlemin bulunmaması ve idarece gelecekte böyle bir işlemin yapılması halinde ise yukarıda yer verilen koruma mekanizmasının harekete geçirilebilecek olması karşısında başvurucunun bu yöndeki şikayetinin de *"açıkça dayanaktan yoksunluk"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

59. Diğer taraftan başvurucu sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulduğu Yalova Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şube Müdürlüğü Nezarethanesinin havasız, gürültülü, doğrudan gün ışığı almayan, sigara içilen, sağlıklı tedavi hizmeti sunulamayan, açık havaya çıkma imkânı olmayan ve egzersiz imkânı tanımayan kötü fiziksel koşullara sahip olması nedeniyle sağlığının bozulduğunu ve psikolojik olarak olumsuz etkilendiğini eskiden var olan astım ve bronşit rahatsızlığının ağırlaştığını ileri sürerek Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

60. Başvurucunun somut olayda olduğu gibi sınır dışı etme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle şekil ve şartları kanunla gösterilen usule uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması mümkündür. Bu amaçla idari gözetim altına alınan yabancının tutulduğu yerdeki maddi koşulların Sözleşme'nin 3. ve Anayasa'nın 17. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari bir eşiğe ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşiğin değerlendirilmesi ise koşullarla ilgili tüm verilerin, özellikle de muamelenin süresine, fiziksel ya da ruhsal etkilerine ve bazen de mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumuna bağlı olarak değerlendirilmelidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Kafkaris/Kıbrıs*, B.No: 21906/04, 12/2/2008, § 95).

61. Bir muamelenin *'insanlık dışı'* olarak nitelendirilebilmesi için, bunun tasarlanarak uygulanmış olmasının yanında bedensel yaralanma ya da fiziksel veya ruhsal acıya sebebiyet vermesi; diğer taraftan bir muamelenin *'aşağılayıcı'* olarak nitelendirilebilmesi için ise mağdurlarını rencide edecek ve küçültecek ölçüde, onlara, korku, endişe, aşağılanma gibi duyguları hissettirmesi gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz.*Kudła/Polonya*, B.No: 30210/96, 26/10/2000, § 92).

62. Bir ceza veya muamelenin, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında *'aşağılayıcı'* olup olmadığını tespit ederken, bunların amacının ilgiliyi rencide etme ve aşağılık duruma düşürme olup olmadığının ve etkilerine bakıldığında, söz konusu tedbirin, Anayasa'nın 17. ve Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı şekilde, ilgilinin kişiliğini etkileyip etkilemediğinin araştırılması gerekmektedir. Bununla birlikte, böyle bir amacın olmaması, kesin olarak, bu hükmün ihlal edilmiş olması ihtimalini devre dışı bırakmamakla birlikte, bir ceza veya muamelenin, '*insanlık dışı'* ya da *'aşağılayıcı'* olabilmesi için rencide edilme veya ıstırabın, meşru bir muamele ya da cezanın barındırdığı rencide olma duygusu ve ıstırabın ötesine geçmiş olması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ramirez Sanchez/Fransa*, B.No. 59450/00, 4/7/2006, § 157).

63. Başvurucu idari gözetim altına alınmasının ardından eskiden var olan sağlık sorunlarının ağırlaştığını iddia etmekte ise de hastalanması üzerine, başvurucunun hastaneye sevkinin yapılarak gerekli tıbbi bakımın yapılma-

sının sağlandığı ve bu yolla idari gözetim altındaki kişinin fiziksel ve ruhsal sağlıklarını koruması gerekliliğine uygun hareket edildiği anlaşılmaktadır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz.*Mouise/Fransa*, B. No: 67263/01, 14/11/2002, §40; *Keenan/Birleşik Krallık*, B.No: 27229/95, 3/4/2001, § 111).

64. Sonuç olarak mevcut olayın koşulları açısından yapılan değerlendirme neticesinde, başvurucunun idari gözetim altına alınması nedeniyle maruz kaldığı durumun, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilmesi için gereken asgari ağırlık eşiğine ulaşmadığı kanaatine varılmış olması nedeniyle, başvurucunun bu yöndeki iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. İdari Gözetim Altına Alınması ve Buna İtiraz Edebileceği Etkili Bir Yolun Bulunmaması Nedeniyle Anayasa'nın 19. ve 40. Maddelerinin İhlal Edildiği İddiaları

65. Somut olayda başvurucu sınır dışı edilmek üzere Yalova Yabancılar Şube Müdürlüğü Nezarethanesinde idari gözetim altında tutulmasının kanuni bir dayanağının olmadığını ve buna itiraz edebileceği etkili bir yolun bulunmadığını iddia etmiştir. Başvurucunun bu iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci ve sekizinci fıkraları çerçevesinde incelenmesi gerekir.

66. Başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci ve sekizinci fıkralarının ihlal edildiği yönündeki şikâyeti 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

67. Başvurucu, idarece sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alındığını fakat idari gözetimin sebepleri, süresi, gözden geçirilmesi vb. hususlarda herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığını ileri sürmüştür.

68. Adalet Bakanlığı görüşünde, idari gözetim (tutma) tedbiri ile ilgili olarak AİHM'ce verilen değişik tarihli kararlara atıfta bulunarak anılan başvuruların Sözleşme'nin 5. maddesinin 1., 2. ve 4. fıkraları kapsamında değerlendirildiğini belirtmiştir.

69. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşüne karşı, eski beyanlarını tekrar etmiş ve yeni bir beyanda bulunmamıştır.

70. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci, ikinci ve sekizinci fıkraları 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.

….

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."

71. Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendi ve (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

…

f)Bir kimsenin ülkeye usulüne uygun olmayarak girmekten alıkonulması veya hakkında sınır dışı etme ya da geri verme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle usulüne uygun olarak gözaltına alınması veya tutulması.

…

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."

72. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu, ikinci fıkrasında şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi şartıyla kişi özgürlüğü ve güvenliğinin hangi nedenlerle sınırlanabileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin sekizinci fıkrasında ise *"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" denilmek suretiyle hürriyetin kısıtlanmasına karşı yetkili bir yargı merciine başvurulması hakkına yer verilmiştir. Diğer taraftan Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci ve dördüncü fıkralarında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilerek bu özgürlüğün kısıtlanması halinde kısıtlamanın hukuka uygunluğunu değerlendirecek ve hukuki değil ise salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkına sahip olduğu düzenlemelerine yer verilmiştir.

73. İdari gözetim altına alma yetkisi Sözleşme'nin 5. ve Anayasa'nın 19. maddesi ile kabul edilmiş istisnai bir yetkidir. Buna göre yabancının sınır dışı etme işleminin yürütülmekte olması nedeniyle şekil ve şartları kanunla gösterilen usule uygun olarak yakalanması veya tutulu durumda bulundurulması mümkündür.

74. İdari gözetimin istisnai bir yol olduğu ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma sonucunu doğurduğu için, hukuka uygun olması ve keyfi muamele teşkil etmemesi gerekmektedir. Ayrıca bu tedbirin, demokratik hukuk devletinin gerekli ve makul kıldığı ölçüde denetlenebilmesi, koşullarının genel kabul görmüş standartlara uygun olması, küçültücü, aşağılayıcı ve insanlık dışı muamele teşkil etmemesi, idari gözetim altında tutulanlara temel usulî hakların ve güvencelerin sağlanması gerekir. Anılan Anayasa ve Sözleşme hükümleri esas olarak, kişinin özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuracak bazı hallerde bu sınırlamanın şekil ve şartlarının kanunla gösterilmesini isteyerek kişi özgürlüğü açısından daha güvenceli bir hukuki durum yaratmak istemiştir.

75. Somut uyuşmazlık bakımından değerlendirildiğinde başvurucunun özgürlüğünün belirsiz bir süre ile kısıtlanması sonucunu doğuran idari gözetime ilişkin mevzuatta açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı ve başvurucu hakkında verilmiş bir mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen özgürlüğünden yoksun bırakıldığı anlaşılmaktadır.

76. Anayasa'nın 16. maddesine göre yabancıların temel hak ve hürriyetleri milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. O halde kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma sonucunu doğuran idari gözetimin kanun ile düzenlenmesi; kanun ile getirilen usul ve esasların da milletlerarası hukuka uygun olması gerekmektedir. Başvuruya konu olay tarihinde idari gözetimin kanuni dayanağı olarak Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun'un (YİSHK) 23. maddesi gösterilmekte ise de bu maddede idari gözetimden söz edilmemiş; idari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanmaya ilişkin

hususular düzenlenmemiştir. Diğer taraftan idari gözetim kişinin özgürlüğünden yoksun kalması sonucunu doğurmasına rağmen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında *"tutuklama"* sayılmadığından, bu karara karşı etkili bir itiraz yolu öngörülmemiştir.

77. Bu durumda idari gözetim uygulamasının kanuni dayanağının bulunmaması ve idari gözetim altında tutulduğu süreçte yürürlükte olan ilgili mevzuat hükümlerinden 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 4. maddesi ile YİSHK'nın 23. maddesinin elinde kimlik belgesi olmayan ve Türkiye'ye yasa dışı yollardan giren yabancıların idarenin göstereceği yerde oturmasıyla ilgili olduğu, bunun dışında anılan hükümlerle idareye yabancıyı idari gözetim altında tutma yetkisi verilmediği anlaşılmaktadır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz.*Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye,* B.No: 30471/08, 22/9/2009; *ZNS/Türkiye*, B. No: 21896/08, 28/6/2010;*Charahili/Türkiye*, B. No: 46605/07, 13/4/2010; *Keshmiri/Türkiye,* B. No: 22426/10, 17/4/2012; *Dbouba/Türkiye*,B. No: 15916/09, 13/10/2010; *Ahmadpour/Türkiye* B. No: 12717/08, 22/11/2010; *Ranjbar ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 37040/07, 13/7/2010).

78. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının birinci bendinde 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 kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağı hüküm altına alınmış olup, kanuni şartların varlığı halinde bir kişinin usulüne uygun olarak yakalanması ve tutulu durumda bulundurulması mümkündür. Ancak kişinin özgürlüğünden bu tarzda bir yoksun bırakılmasının bir temel hak ve özgürlük ihlaline yol açmaması için sınırlandırmanın şekil ve şartlarının kanunda gösterilen ve tanımlanan usule uygun olması gerektiği tartışmasızdır. Somut olay bakımından hakkında pasaportu olmadığı için sınır dışı edilme kararı alınan başvurucunun idari gözetim altına alınmasına ilişkin açık bir kanuni düzenlemenin olmadığı dikkate alındığında idari gözetimin *"kanuni"* olmasından söz edilmesi mümkün değildir.

79. Açıklanan nedenlerle başvurucunun *"idari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanmasına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı"* yönündeki şikayeti yönünden Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci ve sekizinci fıkralarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

80. Başvurucu, özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğini belirterek maruz kaldığı manevi zararın giderilmesi için 30.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

81. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucuların tazminat talebine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

82. 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."

83. Başvurucu manevi tazminat talebinde bulunmuş olup, başvurucunun özgürlük ve güvenlik hakkının ihlali tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında takdiren net 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

84. 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.

85. Kararın birer örneğinin İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne ve Yalova Emniyet Müdürlüğüne gönderilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun;

1. *"Sınır dışı etme işlemine karşı etkili bir başvuru yolu bulunmadığı, sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altında tutulduğu yerin fiziki koşullarının elverişsizliği ve sınır dışı edilme halinde maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiği/edileceği"* yönündeki iddialarının *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. *"İdari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanmasına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı"* yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. *"İdari gözetim şartları, süresi, sürenin uzatılması, ilgiliye tebliği, idari gözetim kararına karşı başvuru yolları, idari gözetim altına alınan kişinin avukata erişimi, tercüman yardımından yararlanmasına ilişkin açık bir kanuni düzenleme bulunmadığı"* yönündeki şikayetleri bakımından Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci ve sekizinci fıkralarının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 5.000,00 TL MANEVİ TAZMİNAT ÖDENMESİNE, fazlaya ilişkin tazminat talebinin reddine,

D. 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,

E. Kararın birer örneğinin İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne ve Yalova Emniyet Müdürlüğüne gönderilmesine,

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,

21/1/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

HİKMET KOPAR VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/14061)

Karar Tarihi: 8/4/2015

R.G.Tarih- Sayı: 8/7/2015-29410

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Serruh KALELİ
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Burhan ÜSTÜN
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Şükrü DURMUŞ
Başvurucular	:	1.Hikmet KOPAR
		2. Tolga GÜZELTAŞ
		3. Muhammed Ali IKLI
		4. Mesut YILMAZ
		5. Abdulhalim SÖNMEZ
		6. Muhammed İkbal KAYADUMAN
		7. Ali Fuat YILMAZER
		8. Ali İhsan TEZCAN
		9. Metin CANBAY

10. Erol DEMİRHAN
11. Hayati BAŞDAĞ
12. Harun AYDIN
13. Hasan Hüseyin DANACI

Vekilleri : Av. Hüseyin ATAOL
14. Osman Özgür AÇIKGÖZ
15. Mehmet ÖRS
16. Yurt ATAYÜN
17. Erhan KÖRTEK
18. Ensar DOĞAN
19. Yunusemre UZUNOĞLU
20. Ali Fuat ALTUNTAŞ
21. Muhammed KAYA
2. Şahin AKDENİZ
23. Aytekin KOÇAK
24. Ömer KÖSE
25. Abdulkadir AĞIR
26. Kürşat DURMUŞ
27. Ramazan BOLAT
28. Erkan ÜNAL
29. Serdar BAYRAKTUTAN

Vekilleri : Av. Ömer TURANLI
30. Selahattin ERGİN
31. Erkan PALAS

Vekilleri : Av. Murat İNCEKARA
32. Ramazan Orkun ALTINIŞIK

Vekili : Av. Fatih ŞAHİNLER
33. İsmail TORLAR

Vekili	:	Av. Deniz ATMACA
		34. Şeref BOLAT
Vekili	:	Av. Suphi BAT
		35. Mehmet DİLAVER
		36. Fatih KINCIR
Vekilleri	:	Av. Osman YALÇIN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, haklarında kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmaksızın doğal hakim ilkesine aykırı olarak kurulmuş, tarafsız ve bağımsız olmayan bir mahkeme tarafından tutuklandıklarını, tutuklama ve tutuklamaya itiraz üzerine verilen kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığını, tutuklama kararına karşı etkili başvuru yolu bulunmadığını, gözaltı süresinin aşıldığını, kanuna aykırı delillerin kullanıldığını, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığını ve masumiyet karinesinin ihlal edildiğini belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği, 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 27/8/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Yapılan incelemede; 2014/14072, 2014/14073, 2014/14074, 2014/14075, 2014/14076, 2014/14077, 2014/14078, 2014/14079, 2014/14080, 2014/14081, 2014/14082, 2014/14083, 2014/14085, 2014/14087, 2014/14088, 2014/14089, 2014/14090, 2014/14092, 2014/14094, 2014/14095, 2014/14096 ve 2014/14097 numaralı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte olmaları nedeniyle 2014/14061 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 15/9/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Birinci Bölüm Başkanı tarafından 19/9/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş

için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

6. Adalet Bakanlığı Serdar Bayraktutan başvurusu dışındaki diğer başvurularla ilgili görüşünü 22/10/2014, anılan başvuruyla ilgili görüşünü ise 17/11/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvuruculara 27/10/2014-7/11/2014 tarihleri arasında tebliğ edilmiştir. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 11/11/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuşlardır.

8. Birinci Bölüm tarafından 30/12/2014 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

9. Başvuru formu ve ekleri, Bakanlık görüş yazısı ile UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

10. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) tarafından, başvurucular hakkında iki ayrı soruşturma yürütülmektedir.

1. 2014/69722 Sayılı Soruşturma

11. 2014/69722 sayılı soruşturma, İstanbul Emniyet Müdürlüğü İstihbarat Şube Müdürlüğü bünyesinde yapılan önleyici amaçlı iletişime müdahale işlemlerinin usulsüz olduğu iddiasına ilişkindir. Bu soruşturma kapsamında, başvurucular Hikmet Kopar, Tolga Güzeltaş, Muhammed Ali Iklı, Muhammed İkbal Kayaduman, Mesut Yılmaz, Ali Fuat Yılmazer, Ali İhsan Tezcan, Metin Canbay, Erol Demirhan, Hasan Hüseyin Danacı, Hayati Başdağ, İsmail Torlar, Harun Aydın, Şeref Bolat, Fatih Kıncır, Erkan Palas, Ramazan Orkun Altınışık, Selahattin Ergin, Abdülhalim Sönmez ve Mehmet Dilaver 22/7/2014 tarihinde gözaltına alınmışlardır.

12. Başvurucular Şeref Bolat, Erkan Palas, Selahattin Ergin, Ramazan Orkun Altınışık, İsmail Torlar, Mesut Yılmaz, Fatih Kıncır ve Mehmet Dilaver İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 25/7/2014 tarihli ve 2014/42 sorgu sayılı kararı ile "*resmi belgede sahtecilik, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*" suçlarından tutuklanmışlardır. Karar gerekçesinde özetle İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliğinin 4/8, 4/17 ve 4/18 sayılı raporlarına

göre şüphelilerin, siyasetçi, hakim, gazeteci, emniyet mensubu, öğretim görevlisi, iş adamı, yazar, kamu görevlisi ve emekli asker olan çok sayıda kişiyi "*Ergenekon soruşturması*" veya organize suç örgütü kapsamında illegal alanda faaliyet gösteren şahıslarla irtibatlı göstererek dinledikleri belirtildikten sonra şu ifadelere yer verilmiştir:

". şüphelilerin iletişime müdahale karar talep evraklarındaki bilgileri bilerek gerçeğe aykırı düzenledikleri ve uzatma karar talepleri de dikkate alındığında gerçeğe aykırı belge düzenlemeye devam ettikleri, kod adı ile ve İMEİ numarası üzerinden yapılan dinlemelerin 2008-2009 yıllarında yoğunlaştığı, 2010 yılında azaldığı, istihbarat programları kullanarak rahatlıkla İMEİ numaralarında kullanılan iletişim ve abone bilgilerine ulaşılabildiği halde mahkeme hakiminden gerçek kişinin kimliğini gizlemek sureti ile yargıyı yanıltma amacı güttükleri, bu şahıslara ait bilgileri bilen şüphelilerin kişilerin gerçek kimliklerini gizlemek ya da eksik ve yanlış bilgi vermek sureti ile içeriği itibariyle sahte oluşturulmuş belgeler ile temin edilen dinleme kararlarını icra ederek amaç dışı kullandıkları, bu işlemlerin yaygın sistemli ve organize bir şekilde yapıldığı anlaşılmakla,

Şüphelilerin üzerlerine atılı resmi belgede sahtecilik, kişilerin arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçlarını işledikleri yönünde kuvvetli suç şüphesi altında bulundukları, yüklenen suçun yasada öngörülen ceza miktarı, işlendiği iddia edilen suçun önemli ve ciddi sayılan suçlardan olması nedeniyle tutuklama nedenin var sayıldığı, nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ve 6352 sayılı Yasa ile değişik 5271 sayılı CMK'nun 100 ve devam eden maddeleri uyarınca şüphelilerin tutuklanmasına engel bir hallerinin (tutuklama yasağı ve yargılama engeli bulunmaması hali gibi) bulunmadığı, almaları muhtemel ceza göz önüne alındığında kaçma şüphelerinin bulunduğu, soruşturmanın henüz tamamlanmaması nedeniyle şüphelilerin delilleri yok etme, gizleme, tanık ve mağdurlar üzerinde baskı oluşturma şüphesinin bulunduğu, işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik önlemi değerlendirildiğinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 13. maddesinde ifade olunun "ölçülülük" ilkesi uyarınca, daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbiri uygulamasının bu aşamada soruşturmaya konu suç ve şüpheliler açısından "yetersiz" kalacağı ve amaca hizmet etmeyeceği kanaatine varılarak şüpheliler ve şüpheliler müdafilerinin serbest bırakılma istemlerinin REDDİ ile şüphelilerin üzerlerine atılı suçlarından 5271 sayılı CMK'nın 100 ve devamı maddeleri uyarınca ayrı ayrı TUTUKLANMALARINA [karar verilmiştir.]"

13. Aynı soruşturma kapsamında İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 26/7/2014 tarihli ve 2014/52 sorgu sayılı kararıyla başvuruculardan Ali Fuat Yılmazer ve Erol Demirhan "*suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği ve kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları kayıt*

*etmek"*suçlarından; Hikmet Kopar, Tolga Güzeltaş, Muhammed Ali Iklı, Abdulhalim Sönmez, Muhammed İkbal Kayaduman, Ali İhsan Tezcan, Metin Canbay, Hayati Başdağ, Harun Aydın ve Hasan Hüseyin Danacı ise "*kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği ve kişiler arasındaki aleni olmayan konuşmaları kayıt etmek"*suçlarından tutuklanmışlardır. Karar gerekçesinde, Hakimliğin 2014/42 sorgu sayılı kararının gerekçe bölümünde yer verilen usulsüz dinlenme iddialarına ilişkin bilgiler ve tutuklama nedenleri belirtilmiştir (bkz. § 12).

14. Başvuruculaın tutuklama kararına itirazları İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 7/8/2014 ve 8/8/2014 tarihli kararlarıyla reddedilmiştir. Kararların gerekçesi şöyledir:

"Şüpheliler ... hakkında İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğince CMK.100 ve devamı maddeleri gereğince verilen kararın usul ve yasaya uygun bulunduğu[ndan] ve hukuka aykırı bir yön bulunmadığından şüpheliler müdafilerince yapılan İTİRAZLARIN REDDİNE[karar verilmiştir.]"

2. 2014/41637 Sayılı Soruşturma

15. 2014/41637 sayılı soruşturma, 2011/762 sayılı "*Selam-Tevhid Kudüs Ordusu*" isimli iddia edilen terör örgütünü konu alan soruşturmadaki usulsüzlük iddialarına ilişkindir. Bu soruşturma kapsamında, başvurucular Erhan Körtek, Aytekin Koçak, Ömer Köse, Erkan Ünal, Ali Fuat Altuntaş, Abdülkadir Ağır, Ensar Doğan, Şahin Akdeniz, Osman Özgür Açıkgöz, Mehmet Örs, Yurt Atayün, Yunusemre Uzunoğlu, Muhammed Kaya, Serdar Bayraktutan, Kürşat Durmuş ve Ramazan Bolat 22/7/2014 tarihinde gözaltına alınmışlardır.

16. Bu soruşturma kapsamında gözaltına alınan başvurucuların sorgudan önce gözaltı sürelerinin aşıldığı ileri sürülmüştür. Bu konuya ilişkin Başsavcılığın 26/7/2014 tarihli ve 2014/41637 soruşturma sayılı tutanağının ilgili kısmı şöyledir:

"Cumhuriyet Başsavcılığımızca yürütülen 2014/41637 sayılı soruşturma dosyası kapsamında 22/7/2014 tarihinde gözaltına alınan şüphelilerin 25/7/2014 tarihi itibariyle Başsavcılığımıza ifade alma işlemleri için getirildikleri, ifadelere saat 09/10 itibariyle başlandığı [anlaşılmış olup], şüphelilerden Erkan Ünal'ın ifadesi alınma işlemine saat 15:37 itibariyle başlan[ması] ve ifadenin uzun sürmesi sebebiyle 26/7/2014 tarih ve 01:25 saatinde sona ermesi ve UYAP'taki teknik arıza sebebiyle şüphelilerin tutuklamaya sevk işlemleri saat 02:05 itibariyle yapılabilmiş[tir.] "

17. Başsavcılığın 4/8/2014 tarihli ve 2014/41637 soruşturma sayılı itiraz konulu yazısında ise başvurucuların saat 02:05 itibariyle tutuklanmaları talebiy-

le mahkemeye sevk edildikleri tekrar edilmiş, bununla birlikte gözaltı süreleri ile ilgili olarak şu ayrıntılı bilgilere yer verilmiştir:

Sıra No	Başvurucu	Yakalama Tarihi	Yakalama Saati	Yakalama Yeri	Yol ve Cumhuriyet Savcılığına Gidiş Süresi
1	Yurt Atayün	22/7/2014	06:00	Teslim Oldu	45 Dakika
2	Ömer Köse	22/7/2014	05:00	Ataşehir	45+45=90 Dakika
3	Osman Özgür Açıkgöz	22/7/2014	02:17	Küçükçekmece	45+45=90 Dakika
4	Kürşat Durmuş	22/7/2014	02:00	Fatih	10+45=55 Dakika
5	Muhammed Kaya	22/7/2014	04:50	Çorum	12 Saat 45 Dakika
6	Erkan Ünal	22/7/2014	15:45	Muş	16 Saat
7	Ramazan Bolat	22/7/2014	08:55	Erzurum	13 Saat
8	Yunusemre Uzunoğlu	22/7/2014	12:30	Hakkari	18 Saat
9	Ensar Doğan	22/7/2014	01:30	Eyüp	30+45=75 Dakika
10	Aytekin Koçak	22/7/2014	05:09	Eskişehir	9 Saat
11	Abdülkadir Ağır	22/7/2014	03:15	Esenler	20+30=50 Dakika
12	Erhan Körtek	22/7/2014	04:00	Muş	16 Saat
13	Mehmet Örs	22/7/2014	04:50	Antalya	10 Saat 30 Dakika
14	Şahin Akdeniz	22/7/2014	04:30	Nusaybin	15 saat
15	Ali Fuat Altuntaş	22/7/2014	02:00	Bakırköy	30+45=75 Dakika
16	Serdar Bayraktutan	22/7/2014	05:10	Van	11 Saat

18. İstanbul 1.Sulh Ceza Hakimliğinin 26/7/2014 tarihli ve 2014/53 sorgu sayılı tutanağında ise gözaltı süresinin aşılıp aşılmadığıyla ilgili tartışmalar kapsamında sorgu sırasında yaşanan olaylara ilişkin şu ifadelere yer verilmiştir:

"İstanbul 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2014/53 sorgusunda şüpheli müdafilerinin sorgu yapmaya imkan vermedikleri için sorgu salonunun güvenliğinin sağlan-

ması amacıyla emniyete haber verildiği, bu sırada diğer şüphelilerin 5.katta kalması için talimat verildiği, ancak şüpheli avukatları [tarafından] . "gözaltı süreleri doldu, serbestsiniz" denilmek suretiyle şüpheliler[in] tahrik edil[diği,] Adliye'nin 5. katından -3. kattaki Atrium bölümüne kaça[n şüphelilerin] burada polisler tarafından zorla durdurulduğu, Atriumda oturma eylemi yaptıkları ve güvenliği zorladıkları [anlaşılmış olup], sorgunun güvenliğinin sağlanması amacıyla 49 şüphelinin adliye nezarethanesinde muhafaza altına alınmasına, sorgunun güvenliği sağlandıktan sonra tek tek sorgu katına alınmalarına ilişkin tutulan tutanak imza altına alındı."

19. İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 29/7/2014 tarihli ve 2014/53 sorgu sayılı ifade sorgu zaptında, 2014/41637 soruşturma sayılı dosyasında tutuklanma talebiyle hakimliğe sevk edilen şüphelilerle ilgili olarak sorgu işlemine 26/7/2014 günü saat 13:00 itibari ile başlandığı, 29/7/2014 günü saat 14:14'e kadar devam edildiği, bu süre zarfında sevk edilen 49 şüpheliden 32'sinin sorgusunun yapıldığı, 17 şüphelinin ise sorgusunun yapılamadığı belirtilmiştir. Hakimlik, aynı sorguda başvurucular Erhan Körtek, Serdar Bayraktutan, Yurt Atayün, Aytekin Koçak, Abdülkadir Ağır, Ensar Doğan, Yunusemre Uzunoğlu, Şahin Akdeniz, Muhammed Kaya, Mehmet Örs ve Ali Fuat Altuntaş'ın "*devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve resmi belgede sahtecilik*" suçlarından tutuklanmasına karar vermiştir.

Karar gerekçesinde, soruşturma kapsamında çok sayıda siyasetçi, akademisyen, gazeteci, yazar, iş adamı, devlet kurumlarındaki görevli, vakıf, dernek vb. kuruluşların başkan ve görevlilerinin soruşturmaya dahil edildiği, soruşturma kapsamında 238 kişi hakkında iletişimin tespiti kararının alındığı, bazı şüpheliler ile 13 adet vakıf, dernek, kültür merkezi, sosyal tesisler, cami ve TV kanalı olmak üzere çeşitli yerler hakkında teknik araçlarla izleme kararı alındığı, bazı kurumlara ait telefonların hedef şahıs üzerinden iletişimin tespitinin yapıldığı ve yapılan soruşturma sonucunda şüphelilerin terör ile ilişkilendirilebilecek herhangi bir faaliyetlerinin olmadığı için takipsizlik kararı verildiği belirtilmiştir.

Gerekçede, soruşturma kapsamında Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı (Başbakan) baş müşaviri olarak görev yapan S.T.'nin kullandığı telefonların iletişim takibinin yapıldığı, bu kapsamda S.T.'nin kullandığı telefonla 26/11/2013-3/12/2013 tarihleri arasında Başbakan'ın bazı yabancı ülke Cumhurbaşkanları,Başbakanları ve çok sayıda üst düzey devlet yöneticileriyle yaptığı görüşmeler, S.T.'nin 25/11/2013-6/12/2013 tarihleri arasında Başbakan ve bakanlarla yaptığı görüşmeler, Başbakan'ın danışmanı olarak görev yapan M.V.'nın kullandığı telefondan 25/11/2013-29/11/2013 tarihleri arasında Başbakan ile bazı şahısların görüşmeleri ve 23/11/2013-1/12/2013 tarihleri arasında M.V.'nin bakanlar ve üst düzey kamu görevlileriyle yaptığı ve devlet

politikası açısından önem arz ettiği düşünülen bir takım görüşmelerin tespit edilerek kayıt altına alındığı belirtilmiştir.

Gerekçede devamla, eski siyasetçi işadamı F.K.'nın kullandığı telefonlarının soruşturma kapsamında dinlendiği, bu şahsın bir bakan, MİT Müsteşarı ve MİT Müsteşarının Özel Kalem Müdürü ile olan iletişimlerinin tespit edilerek kayıt altına alındığı, bunların bir kısmının ise tape dökümleri yapılmak suretiyle yazılı hale getirildiği, bu dökümlerde MİT Müsteşarının terör örgütü üyesi gibi gösterilerek "*Emin*" kod adının verildiği belirtilmiştir.

Gerekçenin devamında şu ifadelere yer verilmiştir:

". [Ş]üpheliler tarafından bilinçli olarak iletişime müdahale edilmek suretiyle gerçeğe aykırı olarak kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınmasının sağlandığı, ayrıca bu konuda gerçeğe aykırı belge düzenledikleri, bu belgelerin resmi belge niteliğinde oldukları, zira görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgenin sahte olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgenin başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi ile resmi belgede sahtecilik suçunun oluşacağı, bu dinlemeler kod adı verilmek suretiyle yapıldığı, bu dinlemeler sonucunda elde edilen verilerin içeriklerinin devlet güvenliği açısından önem arz ettiği ve gizli kalması gereken bilgiler olduğu, bu haliyle bu bilgilerin temini ile siyasal ve askeri casusluk suçunun oluşacağı, zira ülke Başbakanı'nın diğer ülke Cumhurbaşkanı ve başbakanları ile onlarca dakika görüşmelerinin dinlenmesinin ve kayıt altına alınmasının tesadüf olamayacağı, bu dinlemeler [kapsamında şüphelilerin] gerçek kişilerin kimliklerini mahkemelerden sakla[mak suretiyle] yargıyı yanılttıkları, eksik ve yanlış bilgi verilmek suretiyle yapılan dinlemeleri amaç dışı kullandıkları, bizzat dinlemeyi yapan kişilerin dinlemelerinin içeriği ve hangi amaç için kullanacağı konusunda bilgilerinin olmayabileceği, ancak sorumluluk noktasında rütbeli görevlilerin ham dinlemelerin hangi kısmının çıkarılıp hangi kısmının çıkarılmayacağına karar verdikleri, bu noktada içeriğine vakıf oldukları anlaşılmakla,

Şüphelilerin üzerlerine atılı devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve resmi belgede sahtecilik suçları yönünden şüphelilerin emniyette rütbeli oldukları, uzun süre çalıştıkları, çok sayıda dinleme ve takip kararının altın[d]a imzalarının bulunduğu, dolayısıyla içeriklerinden haberdar olmamalarının olası olmadığı, böylece suç işledikleri yönünde kuvvetli suç şüphesinin var olduğu, tutuklama verilen suçlar için yasada öngörülen ceza miktarı, suçun nitelikli ve önemli suçlardan olduğu, devlet sırlarına karşı suçlardan sayıldığı, bu sebeple tutuklama nedeninin var olduğu, söz konusu suçlar için kanunda düzenlenen cezanın alt ve üst miktarları göz önüne alındığında kaçma şüphelerinin bulunduğu, soruşturmanın devam ettiği, delillerin yok edilme, gizleme, tanık ve mağdurlar üzerinde baskı oluşturma şüphelerinin bulunduğu, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik önlemi değerlendirildiğinde adli kontrol tedbiri uygulamasının

bu aşamada soruşturmaya konu suçlara şüpheliler açısından yetersiz kalacağı kanaatine varılarak şüpheliler ve müdafilerinin SERBEST BIRAKILMALARI isteminin REDDİ ile şüphelilerin üzerlerine atılı suçlardan 5271 sayılı CMK.'nın 100 ve devamı maddeleri uyarınca ayrı ayrı TUTUKLANMALARINA [karar verilmiştir.]"

20. Kararda, başvurucu Kürşat Durmuş'un üzerine atılı devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme suçunu işlediğine dair tutuklamayı gerektirir sorumluluk noktasında yeterli delil bulunmadığı, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetmek, özel hayatın gizliliğini ihlal etmek, resmi belgede sahtecilik ve suç uydurma suçları için yasada öngörülen cezanın alt ve üst miktarları, delil durumu, suç vasfının değişme ihtimali gözetilerek bu başvurucu yönünden tutuklama tedbirinin reddine karar verilmiştir.

21. Başvurucular Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz ve Erkan Ünal adli kontrol tedbiri ile serbest bırakılmışlardır. Kararın gerekçesi şöyledir:

"... üzerlerine atılı Devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve resmi belgede sahtecilik suçlarını işledikleri yönünde dosyada yeterli delil var ise de; bu şüphelilerin yukarıda gerekçesi anlatıldığı şekilde hakimlikçe sorguları yapılmadığından TUTUKLAMA TEDBİRİNİN REDDİ ile SERBEST BIRAKILMALARINA [karar verilmiştir.]"

22. Başsavcılık serbest bırakma kararına 4/8/2014 tarihinde itiraz etmiştir. İtiraz talebi şöyledir:

" ... Şüphelilerin atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunması nedeniyle, delillerin toplanmaya devam edilmesi, karartılma ihtimali, suça dair yasada yazılı cezanın üst haddi dikkate alınarak kaçma şüphesi ilgi kararın kaldırılmasına ve ... şüpheliler hakkında TUTUKLAMAYA YÖNELİK YAKALAMA EMRİ DÜZENLEMESİNE karar verilmesi kamu adına itirazen talep olunur."

23. İtiraz talebi üzerine İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği 8/8/2014 tarihli ve 2014/749 Değişik İş sayılı kararla başvurucular hakkında yakalama kararı çıkartmıştır. Karar gerekçesi şöyledir:

"İstanbul 1 Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/53 sorgu evrak ve eklerinin ayrıntılı olarak incelenmesinde; şüphelilerin sorgusuna 26/7/2014 tarih saat 13:00 itibari ile başla[n]dığı, 29/7/2014 saat 14:14'e kadar devam edildiği, bu süre zarfında otuz iki şüphelinin sorgu ve savunmaları, şüpheliler müdafilerinin talep ve beyanlarının tespit edildiği, on yedi şüphelinin ise savunmalarının oluşturulan fiili durum ve sulh ceza hakimliğince sağlıklı ve güvenli sorgu ortamı kalmadığından sorgusunun

tamamlanmadığı, sorgu zaptının genel incelenmesinde, şüpheliler müdafilerince savunma hakkının kısıtlanmama ilkesine atıfta bulunularak [yapılan] sorgu, savunmayla ilgisi olmayan talep ve beyanlar ve sorgu, savunmayla ilgisi olmayan üçüncü kişilerin sorguya dahil olma çabaları nedeni ile sorgunun yapılamaz hale getirildiği, buradaki ana gayenin şüphelilerin sorgusunun yapılmaması [olduğu bu] yönünde bilinçli ve birlikte hareket edildiği gözlemlenmiştir.

T.C. Anayasası'nın 6,9,10, 138 ve 140. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; ... fiili durum oluşturarak hiçbir kimsenin mahkeme ve hakimlerin görevlerini yapamaz hale getirme yetki ve salahiyetinin bulunmadığı bilinmesi gereken temel gerçektir.

Bu bağlamda; İstanbul 1 Sulh Ceza Hakimliği'nin 2014/53 sorgu esnasında sorguyu yapamaz hale getirerek fiili durum ve fiili usul hukuku oluşturmaya yönelik girişimlerin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nca sorguya sevk talebinin sorgu yapılamaması nedeni ile değerlendiremez hale getirilmesi[nin] ve sağlıklı sorgu neticesinde şüpheliler hakkında verilecek tedbir kararlarından şüphelilerin bağışık tutulmasının sağlanması[nın] hukuk devletinde yerinin olmadığı ve kabul edilemez olduğu bilinmesi gereken bir gerçektir.

Yapılan incelemeler neticesinde, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nca sorguya sevk edilen ve savunmaları tespit edilemeyen şüpheliler .... Erkan Ünal, Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz, Kürşat Durmuş'un İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliği'nin 2014/53 sorgu sayılı kararı ile serbest bırakılmalarına ilişkin karara yapılan itirazın yukarıda belirtilen gerekçelerle kabulüne ve CMK.94/1 maddesi gereğince yakalandıklarında sorgularının yapılarak hukuki durumlarının değerlendirilmesi için haklarında yakalama kararı çıkartılmasına karar verilm[iştir.]"

24. Bu karara yapılan itiraz ise İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 11/8/2014 tarihli ve 2014/428 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

25. Başvuruculardan Ramazan Bolat, İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 16/8/2014 tarihli ve 2014/69 sorgu sayılı kararı ile "*özel hayatın gizliliğini ihlal etmek*" suçundan tutuklanmıştır. Karar gerekçesi şöyledir:

"Şüphelilerden Ramazan Bolat'ın üzerine atılı özel hayatın gizliliğini ihlal etmek suçunu işlediği yönünde dosyada kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunduğu, eylemin TCK.134/2 fıkrasında düzenlenen suç şekline uyduğu, zira dosyada birden fazla kişilerin suç ile alakası bulunmayan tamamen özel hayatlarına ilişkin görüntü ve ses kayıtlarının dosyaya delil olarak sunulduğu, özellikle de . ait görüntü kayıtlarının ve ekli görüşmelerin atılı suçlarla hiçbir alakası olmamasına rağmen deşifre edilerek dosyaya konul[duğu], dosyadaki mağdur sayısının birden fazla olduğu, suçun 134/2 maddesindeki suç şekline uyduğu, suçun bu şekilde işlenmesi nedeni ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan CMK. 100 ve devamı maddeleri uyarınca TUTUKLANMASINA [karar verilmiştir.]"

26. Başvuruculardan Ömer Köse, İstanbul 4. Sulh Ceza Hakimliğinin 20/8/2014 tarihli ve 2014/64 sorgu sayılı kararı ile *"devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal ve askeri casusluk amacıyla temin etmek"* suçundan tutuklanmıştır. Kararda; "*Şüphelinin [başvurucunun] çalışmış olduğu TEM şubesinde dosyaya ilişkin yönetici konumu, uzun süre söz konusu şubeye nezaret etmiş olması ve devletin üst yöneticileri olan Başbakan, bazı bakanlar, TBMM Başkanı danışmanlarının ve MİT müsteşarının sekreterlerinin çeşitli kademelerdeki devlet yöneticilerinin belli bir süre sistematik ve koordineli bir şekilde danışmanlar üzerinden dinlenmesi, yine bu kişilerin danışmanları ile olan birebir görüşmelerinin ve bu danışmanlarının telefonlarından yaptıkları devletlerarası görüşmelerin koordineli ve sistematik bir şekilde dinlenmiş olması, şüphelinin müdürlük konumu gereğince bunları biliyor olması ve dinleme kararlarına ilişkin taleplerde imzasının olması, ayrıca İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/53 sorgu sayılı tutuklama gerekçeleri somut delil kabul edilerek başvurucunun delilleri karartma ihtimali ve delillerin henüz toplanmamış oluşu* gerekçe gösterilmiştir".

27. Başvuruculardan Osman Özgür Açıkgöz, İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 15/8/2014 tarihli ve 2014/64 sorgu sayılı karar ile "*devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal ve askeri casusluk amacıyla temin etmek suçundan"* tutuklanmıştır. Kararda, başvurucunun üzerine atılı suç ile ilgili olarak kuvvetli suç şüphesine ilişkin değerlendirme yapılmış ve tutuklama nedeni olarak "*. [S]uça ilişkin yasada öngörülen ceza miktarı dikkate alındığında tutuklama nedenlerinin var olduğu, devam eden soruşturmada delillerin yok edilmesi, gizlenmesi, değiştirilmesi, tanık veya mağdurlar üzerinde baskı kurulması şüphesinin halen devam ettiği, suça ilişkin verilmesi muhtemel ceza veya güvenlik tedbirleri değerlendirildiğinde adli kontrol tedbiri uygulamasının bu aşamada yetersiz kalacağı"* gösterilmiştir.

28. Başvuruculardan Erkan Ünal, İstanbul 4. Sulh Ceza Hakimliğinin 19/8/2014 tarihli ve 2014/41 sorgu sayılı karar ile "*devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal ve askeri casusluk amacıyla temin etmek"*suçundan tutuklanmıştır. Karar gerekçesinde şu ifadelere yer verilmiştir:

"Siyasal ve askeri casusluk amacı ile devletin gizli kalması gereken bilgileri temin etme suçundan şüphelinin çalışmış olduğu terörle mücadele şubesinde dosyaya ilişkin konumu, uzun süredir büroda çalışıyor olması ve şüphelinin devletin üst yöneticileri olan sayın Başbakan, Adalet Bakanı, TBMM başkanı danışmanları ve MİT Müsteşarı'nın özel sekreterinin ve milletvekillerinin uzun süre ve koordineli şekilde dinlenmesi ve dinlemelere ilişkin kayıtların yöneticilik konumu gereğince biliyor olması ve dosyada çok sayıda dinleme kararına ilişkin talep ve sunum yazılarında imzasının olması, ayrıca 29/7/2014 tarihli 2014/53 sorgu sayılı İstanbul 1.Sulh Ceza Hakimliği'nin tutuklama gerekçelerini de kapsayarak somut deliller olduğu kabul edilerek ve ayrıca atılı isnadın yasada öngörülen alt ve üst sınırı nazara alınarak

delillerin tamamının toplanmamış oluşu ve kararlılma ihtimalinin de bulunuşu gözetilerek CMK 100 maddesi uyarınca TUTUKLANMASINA [karar verilmiştir.]"

Başvurucu Kürşat Durmuş, Cumhuriyet savcılığı tarafından 12/8/2014 tarihinde saat 12:56'da sorguya sevk edilmiş, sorgu işlemini yapacak hakimlikçe yoğunluk gerekçesiyle dosya saat 22:20 de incelemeye alınmış, dosyanın kapsamlı olması nedeniyle sorgu işleminin 13/8/2014 tarihine bırakılmasına ve başvurucunun adliye nezarethanesinde tutulmasına karar verilmiştir. İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 14/8/2014 tarihli ve 2014/30 sorgu sayılı zaptın ilgili bölümleri şöyledir: "*. adliyede yalnız 6. Sulh Ceza işlerine bakan hakimin bulunduğu, bunlardan 3 nün izinli olduğu, diğer bir hakimin değişik iş nöbetçisi olduğu, bir hakimin bu hafta normal işleri ile görevli olduğu, gün boyu mahkememizin sorgu talebi ile dosyaların geldiği, iş bu dosyaya kapsamlı olduğu bu nedenle son dosya olarak ele alındığı ancak diğer sorgu dosyalarının uzaması ve devam eden süreçte de sık sık dosyaların gelmesi nedeniyle dosya ancak saat 22:20 itibariyle ele alındı.. Dosyanın yaklaşık 8 klasörden oluştuğu, gün içerisinde dosyanın 12:56 da uyap ekranına düştüğü fiziki olarak da takriben 14:00 civarında dosyanın hakimliğimize ulaştırıldığı, bu esnada hakimliğimizce diğer sorgu dosyalarının yapıldığı, bu nedenle de sorgu işlemlerinin yapıldığı sırada gelen 8 klasörün incelenmesinin mümkün olmadığı, dosyanın yukarıda belirtildiği üzere ancak saat 22:20 civarında ele alındığı, gelinen saat itibariyle dosyanın incelenebilecek durumda olmadığı, zaten taraf vekillerinin de sözlü olarak bu saatten sonra sağlıklı bir sorgulamanın bir sonraki güne makul bir süreye bırakılmasını talep ettikleri görüldü ..."* Anılan gerekçe ile sorgu işleminin 13/8/2014 tarihinde saat 14:00'da başlamak üzere ara verilmesine, başvurucu dahil şüphelilerin nezarethanede gözaltında bulundurulmasına karar verilmiştir.

13/8/2014 tarihinde başlayan sorguda başvurucu, 14/8/2014 tarihli ve 2014/30 sorgu sayılı kararla "*devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal ve askeri casusluk amacıyla temin etmek"* suçundan tutuklanmıştır. Karar gerekçesi şöyledir:

"Şüpheli Kürşat Durmuş'un üzerine atılı devletin gizli kalması gereken bilgilerin siyasal-askeri casusluk amacı ile temin etme suçundan suç tarihi itibariyle yapmış olduğu görev, çalıştığı birimdeki görev süresi, birçok dinleme ve takip talebi yazılarının altında imzasının bulun[ması], görevi nedeni ile dinlemelerin ve teknik takiplerin içeriklerinden haberdar ol[ması], denetlemekle görevli olduğu görevlilerin eylemlerinden haberdar olmamasının hayatın olağan akışına aykırı ol[ması,] bu suretle atılı suçun işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin var olduğu, bu suça ilişkin yasada öngörülen ceza miktarı dikkate alındığında tutuklama nedenlerinin var ol[ması], devam eden soruşturmada delillerin yok edilmesi, gizlenmesi, değiştirilmesi, tanık veya mağdurlar üzerinde baskı kurulması şüphesinin halen devam ettiği, suça

ilişkin verilmesi muhtemel ceza veya güvenlik tedbirleri değerlendirildiğinde adli kontrol uygulamasının bu aşamada yetersiz kalacağı anlaşıldığından CMK 100 ve devamı maddeleri gereğince TUTUKLANMASINA [karar verilmiştir.]"

29. Başvurucular Erhan Körtek, Aytekin Koçak, Abdülkadir Ağır, Ensar Doğan, Yunusemre Uzunoğlu, Şahin Akdeniz, Mehmet Örs, Serdar Bayraktutan, Muhammed Kaya, Ali Fuat Altuntaş ve Yurt Atayün'ün itirazları İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 7/8/2014 tarihli ve 2014/596 Değişik iş sayılı kararı ile reddedilmiştir. Karar gerekçesi şöyledir:

"Şüpheliler ... hakkında İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğince CMK.100 ve devamı maddeleri gereğince verilen kararın usul ve yasaya uygun bulunduğu[ndan] ve hukuka aykırı bir yön bulunmadığından şüpheliler müdafilerince yapılan İTİRAZLARIN REDDİNE [karar verilmiştir.]"

30. Başvurucu Erkan Ünal'ın itirazı İstanbul 5. Sulh Ceza Hakimliğinin 25/8/2014, başvurucu Ömer Köse'nin itirazı ise aynı Hakimliğin 2/9/2014 tarihli kararlarıyla reddedilmiştir. Kararlarda kuvvetli suç şüphesine ilişkin gerekçeler belirtildikten sonra itirazın reddi kararına gerekçe olarak "*Atılı suçun yasada ön görülen cezasının üst sınırı, delillerin tamamının henüz toplanmamış olması, karartılma ihtimalinin bulunduğu da göz önünde tutulduğunda, bu aşamada adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı ve umulan faydayı sağlamayacağı, tutuklamanın kaldırılmasını gerektirir şartların oluşmadığı, yeni herhangi bir delilinde elde edilmediği*" gösterilmiştir.

31. Başvurucular Kürşat Durmuş, Ramazan Bolat ve Osman Özgür Açıkgöz'ün itirazları İstanbul 3. Sulh Ceza Hakimliğinin 27/8/2014 tarihli kararları ile reddedilmiştir. Kararların gerekçesi şöyledir:

"[İ]snat edilen suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması göz önüne alındığında, İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin . sayılı karar[lar]ında, usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmadığı [anlaşılmıştır.]".

32. İtirazın reddi kararları 11/8/2014 ve 18/8/2014 tarihlerinde başvuruculara tebliğ edilmiş, başvurucular 27/8/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

33. 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesi uyarınca yapılan tutukluluk incelemesinde başvurucu Ramazan Bolat İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 15/10/2014 tarihli kararıyla tahliye edilmiştir. Kararın gerekçesinde, isnat edilen suçun vasıf ve mahiyeti, öngörülen cezanın alt ve üst sınırı ve tutuklu kalınan süre dikkate alındığında şüphelinin tutuklu kalmasının makul ve orantılı olmadığı belirtilmiştir.

34. 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesi uyarınca yapılan tutukluluk incelemesinde başvurucular Ali Fuat Altıntaş, Erhan Körtek, Şahin Akdeniz ve Abdülkadir Ağır İstanbul 6. Sulh Ceza Hakimliğinin 24/10/2014 tarihli kararıyla tahliye olmuşlardır. Kararın gerekçesinde, mevcut delil durumu, şüphelilerin tutuklulukta geçen süreleri ve yapılan soruşturmadaki sorumluluk durumları gösterilmiştir.

35. Başvurucular hakkındaki soruşturmalar henüz sonuçlanmamıştır.

B. İlgili Hukuk

36. 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Polis Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.

(Ek fıkra: 03/07/2005-5397 S.K./1.mad) Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

...

(Ek fıkra: 03/07/2005-5397 S.K./1.mad) Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tesbite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usûlle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

...

(Ek fıkra: 03/07/2005-5397 S.K./1.mad) Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

...

(Ek fıkra: 03/07/2005-5397 S.K./1.mad) Bu maddede belirlenen usûl ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

... "

37. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 133. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleyen veya bunları bir ses alma cihazı ile kaydeden kişi, (Değişik ibare: 02/07/2012-6352 S.K./80.md.) iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

38. 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine İlişkin Kanun'un 80. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"5237 sayılı Kanunun 133 üncü maddesinin;

a) Birinci fıkrasında yer alan "iki aydan altı aya kadar hapis" ibaresi "iki yıldan beş yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiştir."

39. 5237 sayılı Kanun'un 204. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

40. 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suç-

ları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir."

41. 5237 sayılı Kanun'un 328. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin eden kimseye onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir."

42. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Yukarıdaki Maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. (Değişik cümle: 25/05/2005-5353 S.K./8.mad) Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. (Ek cümle: 25/05/2005-5353 S.K./8.mad) Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz.

(2) Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bir suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin varlığına bağlıdır.

(3) Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir.

...

(5) Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz.

(6) Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur."

43. 5271 sayılı Kanun'un 98. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(Değişik fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./10.mad) Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir. Ayrıca, tutuklama isteminin reddi kararına itiraz halinde, itiraz mercii tarafından da yakalama emri düzenlenebilir."

44. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin ilgili kısmı 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:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

...

(4) (Değişik fıkra: 02/07/2012-6352 S.K./96.md.) Sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez."

45. 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.

(2) (Değişik fıkra: 02/07/2012-6352 S.K./97.md.) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususlaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a) Kuvvetli suç şüphesini,

b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,

c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir."

46. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

...

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

...

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

47. 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

48. Mahkemenin 8/4/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruculaların 27/8/2014 tarihli ve 2014/14061 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculaların İddiaları

49. Başvurucular, Başsavcılığın yürüttüğü 17 Aralık ve 25 Aralık 2013 tarihli adli soruşturmalardan sonra ifade edilen "*paralel yapı*" iddiaları kapsamında haklarında soruşturma başlatıldığını, devam eden süreçte Başbakan'ın 22/6/2014 ve 20/7/2014 tarihli beyanlarında belirtildiği üzere önce sulh ceza hakimliklerinin kurulduğunu, İstanbul'da kurulan 6 adet hakimliğe atanan üç hakimin 17 ve 25 Aralık 2013 tarihli soruşturmalarda şüpheliler lehine karar verdiğini, bir hakimin ise kendisine ait *facebook* hesabında Başbakan hakkında *"ömrün uzun olsun uzun adam"* şeklinde mesaj yazdığı yönünde basında haberler çıktığını belirtmişlerdir.

50. Başvurucular, 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 46., 47., 48., 49., 71., 74., 83., ve 84. maddeleri ile yapılan düzenlemeler sonucu soruşturmaya ilişkin esaslı savcılık işlemlerine karşı mahkeme güvencesinin ortadan kaldırılmış olması nedeniyle anılan kanun değişikliklerinin Anayasa'nın 10., 19. ve 37. maddelerine aykırı olduklarını ve bu nedenle söz konusu kanun maddelerinin iptali için Genel Kurula başvurulmasını talep etmişlerdir.

51. Başvurucular devamla:

i. Haklarında başlatılan soruşturmalardan sonra sulh ceza hakimliklerinin kurulması, 5237 sayılı Kanun'un 277. maddesinde yapılan değişiklikle soruşturmalara müdahalenin suç olmaktan çıkartılması, Cumhuriyet savcılığının bu hakimliklerin kurulması aşamasına kadar hiçbir işlem yapmayarak yeni mahkemeler kurulduktan hemen sonra gözaltıların başlatılması, söz konusu soruşturmalardan önce ve soruşturmalar sırasında yönlendirici siyasi söylemlerde bulunulması ve sulh ceza hakimliklerine atanan hakimlerin daha önce 17 ve 25 Aralık 2013 tarihlerinde başlatılan soruşturmalardaki şüpheliler lehine kararlar vermiş olmaları nedeniyle kendileri hakkında tutuklama kararı veren Sulh Ceza Hakimliklerinin doğal hakim ilkesine aykırı olduklarını, bağımsız ve tarafsız olmadıklarına ilişkin yeterli kuşkunun mevcut olduğunu,

ii. 2014/41637 soruşturma sayılı dosyada sevk edildikleri Sulh Ceza Hakimliğinde bir kısım başvuruculların sorguları yapılmadan serbest bırakıldıklarını, bu karara yapılan itiraz üzerine yeni bir delil olmamasına rağmen haklarında yakalama kararı çıkartıldığını ve akabinde tutuklandıklarını,

iii. Tutuklama ve itiraz üzerine verilen kararların gerekçelerinin yetersiz olduğunu, tutuklama yönünde kişiselleştirme yapılmadığını, kaçma ve delil karartma durumlarının olmamasına rağmen tutuklandıklarını,

iv. 5237 sayılı Kanun'un 133. maddesinde "*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*" suçunun cezanın üst sınırı iki yılın altında iken, 2/7/2012 tarihli değişiklikle artırıldığını, isnat olunan suçların tamamının değişiklikten önceki tarihli olduğunu, dolayısıyla 2014/69722 sayılı soruşturma kapsamında tutuklama yasağı olan bir suçtan tutuklama kararı verildiğini,

v. Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığını,

vi. Cumhuriyet savcılığı aşamasındaki kanuni gözaltı süresinin aşıldığını, yine tutuklamaya sevk edildikten sonraki sorgu sürecinde de 3 gün süreyle gözaltında kaldıklarını,

vii. Tutuklama kararlarına karşı, belli bir amaç için kuruldukları yönünde çok sayıda emare bulunan sulh ceza hakimliklerine başvurulmaya mecbur ve üst dereceli mahkeme tarafından tutukluluk halinin değerlendirilmesi imkânından yoksun bırakıldıklarını,

belirtmek suretiyle Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

52. Başvurucular, 2559 sayılı Kanun'un ek 7. maddesine göre, önleme dinlemesi ile ilgili bilgi ve belgelerin delil olarak kullanılamayacağını ve bunların ifşasının suç olduğunu belirtmişler, ifşa suçu işlenerek elde edilen belgelerin delil olarak kabul edilmesi ve basında aleyhlerine gerçek dışı kampanya yürütülmesi nedenleriyle Anayasa'nın 38. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

53. Başvurucular, soruşturma dosyalarındaki önleyici ve adli dinleme faaliyetlerinin tamamının hakim kararıyla yapılmasına rağmen, hakim kararlarının müfettiş tarafından usulsüz olarak nitelendirilmesinin idari bir denetim olması nedeniyle Anayasa'nın 138. maddesine aykırı olduğunu belirtmişlerdir.

B. Değerlendirme

54. Başvurucuların;

i. Doğal hakim ilkesine aykırı, tarafsız ve bağımsız olmayan bir mahkeme tarafından tutuklanmaları, serbest bırakılma sonrası yeni bir delil bulunmadan tekrar haklarında yakalama kararı çıkartılması ve tutuklanmaları, tutuklama kararları gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmaması, tutuklama yasağı olan bir suçtan tutuklanmaları, soruşturma dosyasına erişimlerinin kısıtlanması ve makul sürede savunma hakkı tanınmaması, gözaltı süresinin aşılması ve sorgu sürecinde geçen sürenin uzun olması ile tutuklama kararına karşı etkin başvuru yolu bulunmaması yönündeki şikâyetlerinin Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı,

ii. Kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kabul edilmesi ve Mahkeme kararlarının idari denetime tabi tutulması yönündeki şikâyetlerinin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı,

iii. Masumiyet karinesinin ihlali yönündeki şikâyetlerinin ise Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası,

kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

1. Adil Yargılanma Hakkının İhlali İddiası

55. Başvurucular, kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak

kabul edildiğini ve mahkeme kararlarının idari denetime tabi tutulduğunu iddia etmişlerdir.

56. Adalet Bakanlığı görüşünde özetle; başvurucuların bu şikâyetlerinin özü itibariyle "*kuvvetli suç şüphesi*" bulunmadan haklarında tutuklama kararı verildiği iddiası kapsamında incelenebileceği belirtilmiştir.

57. Başvurucular Adalet Bakanlığı'nın görüşlerine karşı başvuru formundaki beyanlarını tekrar etmişlerdir.

58. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

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

59. 30/3/2011 tarihli 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. "

60. 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 (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

61. 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, başvurucunun 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 (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, § 17).

62. Somut olayda, başvurucular hakkındaki soruşturmanın sonuçlanmadığı, adil yargılanma hakkı kapsamında ileri sürülen iddiaların yargılama sürecinde ve kanun yolunda incelenmesi imkânının bulunduğu anlaşılmaktadır.

63. Buna göre, kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların delil olarak kullanılması ve mahkeme kararlarının idari denetime tabi tutulması sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak yargısal başvuru yollarının tüketilmediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının tüm başvurucular yönünden *"başvuru yollarının tüketilmemesi"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlali İddiaları

a. Gözaltı Süresinin Aşıldığı İddiası

64. 2014/41637 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucular kanuni gözaltı süresi dolmasına rağmen serbest bırakılmadıklarını, daha sonra sevk edildikleri Sulh Ceza Hakimliğinde hukuka aykırı olarak yaklaşık üç gün fazladan gözaltında tutulduklarını, ayrıca başvurucu Kürşat Durmuş'un yakalama kararı üzerine teslim olmasından sonra bir gün süreyle daha adliye nezarethanesinde tutulduğunu iddia etmişlerdir.

65. Adalet Bakanlığı bu şikâyetle ilgili görüş sunmamıştır.

66. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için öngörülen idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekir (bkz. §§ 60-61).

67. Ancak tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında, telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanımaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerekir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29)

68. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 15/5/2012 tarihli ve E.2011/20114, K.2012/12183 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir: "*5271 sayılı CMK'nın; "Tazminat istemi" başlıklı 141. maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığı dolayısıyla bu nedenlere dayalı istemlerde, davanın sonuçlanmasına gerek bulunmadığı yasal düzenlemeden açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin,* ***gözaltı süresi*** *yasada açıkça belirtilmiş olup, yasadaki bu süre içinde hakim önüne çıkarılıp, çıkarılmadığının saptanmasının davanın esasıyla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi bu konudaki talep konusunda karar verilmesi için davanın esası hakkında*

karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır." Buna göre kanuni gözaltı süresinin aşılması durumunda asıl davanın sonuçlanması beklenmeden 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi hükümlerine göre tazminat talep edilmesi mümkündür.

69. Bir suç isnadıyla gözaltına alınan ve daha sonra tutuklanan kişinin, yasal gözaltı süresinin aşıldığı iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda ihlal sonucunun kişisel durumuna bir etkisi olması mümkün görünmemektedir. Zira gözaltı süresi aşılmış olsa dahi, kişi hakim tarafından tutuklandığından gözaltı süresinin aşıldığı yönündeki bir tespit ve ihlal kararı "*tutuklu*" kişinin serbest kalmasına tek başına imkan vermeyecektir. Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamında verilecek muhtemel bir ihlal kararı, ancak başvurucular lehine tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurabilecektir.

70. Kanuni gözaltı süresinin aşılıp aşılmadığı ve sorgu sürecinde geçen sürenin kanuni olup olmadığı 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada da incelenebilir. Nitekim Yargıtay içtihadı bu kapsamdaki taleplerle ilgili olarak davanın esasının sonuçlanmasına gerek olmadığı yönündedir. Bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla yasal gözaltı süresinin aşıldığı tespit edildiğinde tazminata da hükmedilebilecektir.

71. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvuruculaların durumlarına uygun telafi kabiliyetini haiz etkili bir hukuk yolu olduğu ve bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvuruların incelenmesinin *ikincillik* ilkesi gereği mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

72. Açıklanan nedenlerle başvurunun gözaltı süresinin aşıldığına ilişkin kısmının "*başvuru yollarının tüketilmemesi*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

73. Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

b. Kuvvetli Suç Şüphesi ve Tutuklama Nedeni Bulunmadığı Halde Tutuklama Kararı Verildiği ve İtirazların Gerekçesiz Olarak Reddedildiği İddiaları

74. Başvurucular, haklarındaki suç isnatları ile ilgili olarak kuvvetli suç şüphesi ile tutuklama nedenlerinin bulunmadığını, tutuklama ve tutuklamaya itiraz sonucu verilen kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığını iddia etmişlerdir.

75. Adalet Bakanlığı görüşünde özetle; somut olayda soruşturma sürecinin halen devam ettiği, delillerin toplanma aşamasının henüz tamamlanmadığı ve kamu davasının açılmadığı, başvuruculaların tutuklandıkları suçlar bakı-

mından kuvvetli suç şüphesini gösteren delillerin ilgili sorgu tutanaklarında gösterildiği, somut soruşturma dosyaları kapsamında çok sayıda şüpheli hakkında soruşturma yürütüldüğü, soruşturma dosyasının bir çok bilgi ve belge ihtiva ettiği ve isnat edilen suçların çok sayıda mağdur ve müştekisinin olduğu, bunların bir kısmının ifadelerinin henüz alınmadığı belirtilmiştir.

76. Başvurucular Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında özetle; tutuklama kararlarının gerekçelerinde yer alan ifadelerin bir kısmının kanuna aykırı olduğunu, soruşturmadan haberleri olmasına karşın kaçmadıklarını, bir kısmının ise kendilerinin teslim olduğunu, görevlerinden el çektirildiklerini ve isnat edilen suçlara ilişkin delillerin soruşturma makamlarında bulunması nedeniyle delil karartma ihtimalinin olmadığını, Başbakan, Bakanlar ve MİT Müsteşarının telefonlarının dinlenmediğini, başvurucu Ramazan Bolat'ın, siyasal ve askeri casusluk suçlamasına ilişkin olarak Başbakan'a ait telefon görüşmelerinin gerçekleştiği tarihte İstanbul Emniyeti TEM şube müdürlüğünde görevli olmadığı gerekçesiyle tutuklanma talebi reddedilirken benzer durumdaki başvurucular Yurt Atayün, Serdar Bayraktutan, Mehmet Örs ve Erhan Körtek'in de aynı tarihlerde aynı birimde görevli olmamalarına rağmen söz konusu suçtan tutuklandıklarını, yine Ramazan Bolat'ın tutuklanma karar gerekçesinde tutuklama nedenlerinin varlığına yer verilmediğini belirtmişlerdir.

77. 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 (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 43).

78. 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 suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır.

79. 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 (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 73).

80. 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 oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar bir liste halinde belirtilmiştir.

81. Diğer yandan, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna 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 (*Ramazan Aras*, § 49).

82. Somut olayda başvurucular, haklarında yürütülen soruşturmalar kapsamında 22/7/2014 tarihinde gözaltına alınmış, 25/7/2014-20/8/2014 arasında farklı tarihlerde tutuklanmışlardır. Tutuklama kararlarının gerekçesi olarak isnat edilen suçlamalara ilişkin dinleme kayıtları gösterilmiştir. Başvurucular suçlamaları kabul etmemişlerdir.

83. Başvuruculara isnat edilen eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığı, yapılacak yargılama sonucunda toplanan delillere göre davayı görecek olan mahkemece belirlenebilir. Keza bu belirlemenin hukuka uygun olup olmadığı kanun yollarında incelenebilir. Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlar ile delillerin takdirinde açıkça keyfilik halinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren durumlar hariç olmak üzere, isnat edilen eylemlerin suç oluşturup

oluşturmadığı, tutuklamaya ilişkin olanlar da dahil kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır. Başvurucular hakkındaki tutuklama kararlarının gerekçeleri dikkate alındığında, başvurucuların suç işlemiş olabileceklerinden şüphelenilmesi için kuvvetli belirtiler bulunmadığı halde tutuklandıkları iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

84. Öte yandan somut olayda başvurucular tutuklama kararına karşı tutuklama nedeni bulunmadığı ve kararların gerekçelerinin yetersiz olduğu iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuşlardır. İlk tutuklamaya ilişkin yargısal denetimde kişinin bir suç işlemiş olabileceğine dair inandırıcı nedenlerin bulunup bulunmadığıyla ve özgürlükten yoksun bırakmanın bu bağlamda hukukiliğiyle sınırlı bir inceleme yapılmaktadır. Bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı ilk tutma bakımından yeterli olabilir.

85. Somut olaydaki soruşturmaların bu aşamasında mahkemelerin tutuklama ve itiraz üzerine verdikleri kararların gerekçeleri incelendiğinde (bkz.§§ 12-31) kuvvetli suç şüphesinin ve tutuklama nedenlerinin bulunmadığı söylenemez.

86. Açıklanan nedenlerle başvurucuların kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmadığı halde tutuklama kararı verildiği ve itirazların gerekçesiz olarak reddedildiğine ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

87. Tutuklama nedeni bulunmadığı ve itirazların gerekçesiz olarak reddedildiğine ilişkin şikâyetlerle ilgili olarak Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN tüm başvurucular yönünden, tutuklama nedeni bulunmadığı şikâyetine ilişkin olarak ise Hasan Tahsin GÖKCAN başvurucu Ramazan Bolat yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

c. Tutuklama Yasağının İhlali İddiası

88. 2014/69722 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucular, tutuklamaya dayanak alınan suçlardan olan 5237 sayılı Kanun'un 133. maddesinde düzenlenen suçun cezanın üst sınırı altı ay hapis cezası iken 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle artırıldığını, isnat edilen suçların tamamının 2/7/2012 tarihli kanun değişikliğinden öncesine ilişkin olduğunu, suç tarihinde üst sınırı altı ay hapis olan bir suçla ilgili tutuklama kararı verildiğini iddia etmişlerdir.

89. Adalet Bakanlığı görüşünde özetle; somut olayda başvuruculardan hiçbirinin sadece kişiler arasında aleni olmayan konuşmaların dinlenilmesi ve

kayıt edilmesi suçundan tutuklanmadığı, bu suçtan hakkında tutuklama kararı verilen başvurucuların tamamı hakkında kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği suçundan da tutuklama kararı verildiği belirtilmiştir.

90. Başvurucular, Adalet Bakanlığının görüşüne karşı beyanlarında özetle başvuru formundaki beyanlarını tekrarlamışlardır.

91. 5271 Sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Hapis cezasının üst sınırından maksat, suça ilişkin kanun maddesindeki ceza düzenlemesindeki üst sınırdır.

92. Somut olayda, başvurucuların tutuklanmalarına esas gösterilen suçlardan biri 5237 sayılı Kanun'un 133. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen "*Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*" suçudur. Başvurucuların devam eden bir süreç içinde çok sayıda kişinin iletişimini usulsüz olarak dinleyip kayıt altına aldıkları iddia edilmektedir. Tutuklama yasağı olduğu iddia edilen ve belli bir süre devam etmiş suçun kanun değişikliğinden önce tamamlanmış olup olmadığı ancak yargılama sonunda ortaya çıkabilecektir.

93. Öte yandan somut olayda başvuruculardan hiçbiri sadece "*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması"* suçundan tutuklanmamıştır. Bu suçtan hakkında tutuklama kararı verilen başvurucular hakkında ayrıca "*kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği"* suçundan da tutuklama kararı verildiği anlaşılmaktadır.

94. Açıklanan nedenlerle, başvurunun tutuklama yasağı iddiasına ilişkin kısmının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

95. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

d. Yeni Delil Olmaksızın Yakalama Kararı Çıkartıldığı İddiası

96. Başvuruculardan Kürşat Durmuş, Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz ve Erkan Ünal, haklarında yeni bir delil olmaksızın yakalama kararı çıkarıldığını ve bu yakalama kararına bağlı olarak verilen tutuklama kararının kanuna aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.

97. Adalet Bakanlığı bu konuda görüş sunmamıştır.

98. Sulh ceza hâkiminin serbest bırakma kararının itiraza tabi olması ve Cumhuriyet savcısının serbest bırakmaya itirazı üzerine, itiraz merci tarafından şüpheliler hakkında yakalama emri çıkartılmasının 5271 sayılı Kanun'un

91. maddesinin (5) numaralı fıkrasıyla ilgisi bulunmamaktadır. İtiraz mercinin emriyle gerçekleşen yakalama, gözaltına almayla başlamış olan yargısal sürecin bir parçasıdır. Aksi halde itiraz kanun yolunun bir anlamı ve etkisi olmaz. Bu uygulama, kanun yolu incelemesinin niteliğinin doğal bir sonucu olmakla birlikte 5271 sayılı Kanun'un 98. maddesinde de açıkça düzenlenmiştir.

99. Açıklanan nedenlerle, başvurunun yeni delil olmaksızın yakalama kararı çıkartıldığı iddiasına ilişkin kısmının *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

100. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır**.**

e. Doğal Hakim, Tarafsız ve Bağımsız Hakim İlkelerinin İhlali İddiası

101. Başvurucular, tutuklama kararı veren Sulh Ceza Hakimlerinin "*doğal hakim"* ilkesine aykırı olduğunu, ayrıca haklarındaki soruşturmaların başlatılması, bu süreçte yapılan yasal düzenlemeler, kurulan sulh ceza hakimliklerine yapılan hakim atamaları ve siyasi söylemler nedeniyle bu hakimliklerin bağımsız ve tarafsız olmadıkları yönünde yeterli kuşkunun mevcut olduğunu iddia etmişlerdir.

102. Adalet Bakanlığı görüşünde özetle; doğal hakim ilkesinin katı bir şekilde yargılamaya konu olaylardan önce kurulmuş mahkeme olarak yorumlanması durumunda her yeni kurulan mahkemenin kaçınılmaz olarak kurulduğu tarihe kadar meydana gelen adli olayların zamanaşımı süresince tabii hâkim ilkesine aykırı olacağı, doğal hâkim ilkesi açısından asıl önemli olanın somut olaydan sonra salt o olaya özgü olağanüstü mahkemelerin kurulmaması ve olaydan sonra o olaya özgü hakimlerin atanmaması olduğu, yapılan kanun değişikliğinin gerekçesinden tüm ülke çapında koruma tedbirleri bakımından uzmanlaşma ve standardizasyonu sağlama maksadıyla bu hakimliklerin kurulduğunun anlaşıldığı, atanan hakimlerin Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından kariyer, ehliyet ve liyakatleri gözetilerek atandığı, somut olayda bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışılan Sulh Ceza Hakimliklerinin savcılığın taleplerinin aksine şüpheliler lehine verdikleri kararların da bulunduğu belirtilmiştir.

103. Başvurucular Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında özetle; daha önceden Adana ve Ankara illerinde yapılan başka adli soruşturmalarda gözaltına alınan polislerin serbest bırakılmasına Başbakan'ın 15/4/2014 tarihli grup toplantısında ve 23/6/2014 tarihli ulusal bir gazeteye verdiği beyanatta tepki gösterdiğini, bu şekilde başvuranlar lehine karar verebilecek bütün yargı mercileri hakkında en baştan "*paralel yargı*" nitelendirmesi yapılarak kamuoyunda

yoğun bir propaganda süreci işletildiğini, HSYK 1. Dairesinin yapısında Adalet Bakanının talebi doğrultusunda gerçekleştirilen değişiklik sonrası atanan ve tutuklamalara karar veren hakimlerden birisinin Başbakan'ı övücü ifadeleri *Facebook'ta* paylaşmış olduğunu ve aynı hakimin 27/7/2014 tarihli sorgu duruşmasına ara verdiği sırada odasında emniyetçilerle toplantı yaptığını, 17 Aralık 2013 tarihli soruşturmanın Hükümete karşı bir darbe olduğunun Başbakan tarafından sürekli iddia edildiğini ve bu soruşturmada tutuklu sanıklar hakkında tahliye kararı veren hakimlerin yeni kurulan hakimliklere atanmış olduklarını belirterek, hakimlerin tarafsız ve bağımsız olmadığını iddia etmişlerdir.

104. Suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecek yargı yerinin belirlenmiş olması şeklinde tanımlanan doğal yargıç kavramı, adil yargılanma hakkının en önemli öğesi olan *"kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma"* hakkının temelini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen *doğal yargıç* ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına ya da yargıcın atanmasına engel oluşturur; sanığın veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermez. İlkeyle suçun işlenmesinden sonra çıkarılacak bir yasa ile oluşturulacak mahkeme önüne davanın götürülmesi ve böylece *"kişiye"* ya da *"olaya"* özgü mahkeme kurulması yasaklanmıştır (AYM, E.2009/52, K.2010/16, K.T. 21/1/2010).

105. Ceza yargılaması usulüne ilişkin yasaların kamu düzeni ile ilgili olmaları nedeniyle yürürlüğe girmelerinin ardından taraf iradelerinden bağımsız olarak derhal uygulanmaları gerektiğinden her yargılama işleminin yapıldığı tarihte yürürlükte olan yasaya göre yürütülmesi zorunludur. Yargılama hukuku normlarının zaman bakımından uygulanmasında dikkate alınması gereken konu, yeni yasanın yürürlüğe girdiği tarihte muhakemenin sona ermiş olup olmadığıdır. Yargılama henüz kesin olarak bitmemişse, yeni yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren yapılacak yargılama işlemlerinde kural olarak yeni yasanın uygulanması gerekir (AYM, E.2009/52, K.2010/16, K.T. 21/1/2010).

106. Bu kapsamda, bir kuralın belirli bir suçun işlenmesinden sonra bu suça ilişkin davayı görecek yargı yerini belirlemeyi amaçlamaması, yürürlüğü müteakip kapsamına giren tüm davalara uygulanması hâlinde, doğal hakim ilkesine aykırılık söz konusu olamaz (AYM, E.2009/52, K.2010/16, K.T. 21/1/2010). Nitekim Anayasa Mahkemesi, 6545 sayılı Kanun'un başvuruya konu sulh ceza hakimliklerinin kurulmasına ilişkin hükümlerini doğal hakim ilkesine aykırı bulmamış ve iptal istemini reddetmiştir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

107. Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ve Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, ikinci fıkrasında ise hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı belirtilerek hukuk devleti olmanın zorunlu bir gereği olan mahkemelerin bağımsızlığı teminat altına alınmıştır.

108. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinde açıkça, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından söz edilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde ise mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber, Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca, bu hak da adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Ayrıca, mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu nazara alındığında, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Tahir Gökatalay*, B. No. 2013/1780, 20/3/2014, § 60).

109. Bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı bağımsız olup olmadığının belirlenmesinde; üyelerinin atanma şekli ve onların görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir (*Yaşasın Aslan*, B. No. 2013/1134, 16/5/2013, § 28).

110. Tarafsızlık ise, 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. Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (*Tahir Gökatalay,* §§ 61-62).

111. Somut olayda bağımsız ve tarafsız olmadıkları iddia edilen Sulh Ceza Hakimliklerinin Cumhuriyet savcısının taleplerini reddederek, şüpheliler lehine kararlar verdikleri de görülmektedir.

112. Tutukluluk veya tutukluluğa itiraz incelemelerinde görev yapan hakimlerin başvurucularla ilgisi olmayan konularda daha önce görevleri kapsamında verdikleri kararlardan hareketle tarafsız olmadıklarını söylemek mümkün değildir.

113. Bu kapsamda hakimin geçmişte kimi davalarda/uyuşmazlıklarda kullandığı oylar, tamamen hâkimin yargısal görevine ilişkindir. Hâkimin geçmiş-

te verdiği kararlar ve kullandığı oyların tarafsızlığından şüphe duyulmasına neden olacak olgular olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla bunun hakimi red sebebi olarak kabul edilemeyeceği açıktır (AYM, E.2011/139, K.2012/205, K.T. 27/12/2012).

114. Somut olayda genel bir kanuni düzenlemeye dayanılarak ve HSYK tarafından yapılan atama sonucunda ilgili hâkimlerin anılan görevleri yaptıkları anlaşılmaktadır. Bu nedenle, gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, siyasi tartışmalarda ortaya konulan değerlendirme ve yorumlardan hareketle, başvuruculara yönelik somut önyargılı bir işlem ve tutum gösterilmeksizin, ilgili hâkimlerin siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmek mümkün değildir.

115. Açıklanan nedenlerle başvuruların doğal hakim, tarafsız ve bağımsız hakim ilkelerinin ihlali iddiasının "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

116. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

f. Soruşturma Dosyasına Erişim İmkânı ve Savunma İçin Makul Süre Verilmediği İddiası

117. Başvurucular, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığını ve makul sürede savunma hakkı tanınmadığını iddia etmişlerdir.

118. Bakanlık görüşünde özetle; soruşturma dosyası örneğinin devlet yetkililerinin ulusal-uluslararası görüşme kayıtları ve mağdurların özel hayatlarına ilişkin ses ve görüntü kayıtları hariç olmak üzere, isteyen her şüpheli ve avukatına verildiği, ulusal güvenlik ve insanların özel hayatının mahremiyeti gereği, ulusal güvenliği ve özel hayatı ilgilendiren ses ve görüntü kayıtların şüpheli avukatlarına verilmediği ifade edilmiştir.

119. 2014/69722 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucular Adalet Bakanlığının görüşüne karşı beyanlarında özetle; Bakanlık görüşünde belirtilen CD nin gözaltı işlemleri esnasında ve kolluk ifadesi anında verildiğini, bu CD nin, 16 klasör ve 4585 sayfadan oluştuğu, klasör ve sayfa sayısı göz önüne alındığında bunların 4 günlük gözaltı süresi içinde tasnif edilmesi ve ayıklanmasının mümkün olmadığını ve soruşturma esnasında suçlamaların temelini oluşturan talep yazılarının kendilerine gösterilmediğini belirtmişlerdir.

120. 2014/41637 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucular ise Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında özetle; müfettişler tarafından düzenlenen 1292 sayfalık raporun gözaltında iken kendilerine CD içerisinde teslim

edildiğini, yapılan incelemede raporun yaklaşık 200 sayfasının gizlenerek/kapatılarak verildiğini, talep edilmesine rağmen halen emniyet fezlekesi, şüphelilerinin emniyet ve savcılık ifadesi, mağdur olarak ifadesi alınan kişilerin ifadeleri, müfettiş raporunun imzalı sureti, 1292 sayfalık raporun tam hali, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından gönderildiği anlaşılan rapor, yakalama gözaltı gibi usul işlemlerine ait evraklar ve 2011/762 sayılı dosyanın ayrılan kısmının kendilerine verilmediğini belirtmişlerdir.

121. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası, yakalanan veya tutuklanan kimseye yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirimin mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda ise en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesini öngörmektedir.

122. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre yakalanan bir kimseye, yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı ve böylece kişi, eğer uygun görürse, yakalanmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Sözleşme'nin 5. maddesinin (2) numaralı fıkrası, verilen bilgilerin yakalanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesini gerektirmemektedir (*Bordovskiy/Rusya,* B. No: 49491/99, 8/2/2005, § *56; Nowak/Ukrayna,* B. No: 60846/10, 31/3/2011, § 63)

123. Somut olayda 2014/69722 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvuruculara soruşturmaya ilişkin belgelerin taranmış olarak CD içerisinde verildiği, ayrıca başvuruculara emniyet, Cumhuriyet savcılığı ve sorgu sürecinde alınan savunmaları incelendiğinde haklarındaki suç isnadına temel teşkil eden belge ve bilgilere sahip olarak müdafileriyle birlikte ayrıntılı şekilde savunma yaptıkları görülmektedir.

124. 2014/41637 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvuruculara müdafilerine soruşturma dosyasının tutmaya esas teşkil eden kısımlarının verildiği anlaşılmaktadır. İçişleri Bakanlığı Müfettişlerince düzenlenen 1292 sayfalık raporun başvurucular gözaltında iken kendilerine CD içerisinde teslim edildiği, ancak*raporun yaklaşık 200 sayfasının ulusal güvenlik ve kişilerin özel hayatının gizliliği gereği* şüphelilerin müdafilerine verilmediği anlaşılmaktadır. Suçlamaya esas teşkil eden hususlar anılan raporda ayrıntılı olarak yer aldığından, bunun haricinde, emniyet fezlekesi, mağdur beyanları, müfettiş tevdii raporunun imzalı sureti, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından gönderildiği iddia edilen rapor, yakalama/gözaltı gibi çoğu usuli işlemlere ait evrakın verilmemesinin, soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun kalma olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

125. Suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın *ilk aşamasında* yapılan yargısal denetimin kapsamı ile suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvuruculara veya müdafilerine bildirilmiş ve başvuruculara bunlara itiraz etme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığı ve savunma için makul süre verilmediği iddiasının dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.

126. Açıklanan nedenlerle, başvurucuların soruşturma dosyasına erişim imkânı ve savunma için makul süre verilmediğine ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

127. Başsavcılığın 2014/41637 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucular yönünden Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

g. Etkili Başvuru Hakkının İhlali İddiası

128. Başvurucular, tutuklama kararlarına karşı, belli bir amaç için kuruldukları yönünde çok sayıda emare bulunan sulh ceza hakimliklerine başvurulmasına mecbur ve üst dereceli mahkeme tarafından tutukluluk halinin değerlendirilmesi imkânından yoksun bırakıldıklarını iddia etmişlerdir.

129. Adalet Bakanlığı görüşünde özetle; sulh ceza hakimliklerinin kararlarına yapılan itiraz yasa yolu incelemesine benzer usullerin daha önce mevcut olan 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesi, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi ile kurulan Ağır Ceza Mahkemeleri ile halen yürürlükte olan 19/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 353. maddesinde benimsenen usul olduğu, Anayasa Mahkemesinin hukuk devleti ilkesi ve adil yargılanma hakkını zedelemediği gerekçesiyle 2004 sayılı Kanun'daki düzenlemenin iptal istemini reddettiği (AYM, E.2011/64, K.2012/168, K.T. 1/11/2012), bu durumda itiraz mercii olarak sulh ceza hakimliklerinin görevlendirilmiş olmasının kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu, bu hakimliklerin Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası bakımından gerekli güvenceleri sağlayacak niteliklere sahip oldukları belirtilmiştir.

130. Başvurucular Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında özetle başvuru formundaki beyanlarını tekrarlamışlardır.

131. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, 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 Söz-

leşme 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 (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 30).

132. 6545 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre kurulan sulh ceza hakimliklerinin kararlarına karşı itirazların incelenmesi, 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi gereğince aynı yerde birden fazla sulh ceza hakimliğinin bulunması halinde numara olarak kendisini izleyen hakimliğe aittir.

133. Somut olayda başvuruculların tarafsız ve bağımsız hakim ilkelerinin ihlali iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir (bkz. § 115). Bu nedenle başvuruculların, aynı gerekçelere dayalı olarak ileri sürdükleri tutuklama kararlarına karşı itiraz mercii olarak tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları konusunda şüpheler bulunan sulh ceza hakimliklerine başvurulmasına mecbur ve üst dereceli mahkeme tarafından tutukluluk halinin değerlendirilmesi imkânından yoksun bırakılmaları iddialarının da açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

134. Açıklanan nedenlerle, etkili başvuru haklarının ihlal edildiği iddiasının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

135. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

3. Masumiyet Karinesinin İhlali İddiası

136. Başvurucular, basında aleyhlerine birçok haksız ve gerçek dışı haber yapılarak adeta basın üzerinden yargılandıklarını, siyasi iktidarın müdahalesinin sadece yürütme alanında kalmadığını, yürütme gücüyle birlikte yasama gücünü de kullanarak yargının yeniden dizayn edildiğini, kendileri lehine karar verebilecek bütün yargı mercileri hakkında en baştan "*paralel yargı*" nitelendirilmesi yapıldığını, Başsavcının dinlenen kişi sayısının 2280 olduğunu belirten 25/2/2014 tarihli açıklaması ve Başbakan'ın 28/2/2014 tarihli ifadelerinin, daha gözaltı aşamasında iken kendilerini doğrudan suçlu olarak yansıttığını ve masumiyet karinelerinin yok sayıldığını iddia etmişlerdir.

137. Adalet Bakanlığı görüşünde bu şikâyetle ilgili görüş sunmamıştır.

138. Masumiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence al-

tına 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 (*Kürşat Eyol*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, § 26).

139. AİHM'e göre Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından teminat altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası, yürütülmekte olan cezai bir soruşturma hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini önlemez; ancak masumiyet karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğunda, bilginin tam bir dikkat ve ihtiyatla verilmesi gerekir (bkz. *Allenet de Rıbemont/ Fransa, B.no:15175/89,* 10/2/19955, § 38).

140. Başvuruculaların tutuklanmalarına karar verilen suçlarla ilgili *isnadın yapılmadığı aşamada*, kendisinin ve aile fertlerinin dinlendiği iddiası nedeniyle suçun mağduru konumunda olabilecek olan Başbakan, kamuoyunun da gündeminde olan siyasi tartışmalar kapsamında başvuruculaların isimleri zikredilmeksizin genel olarak yasadışı/usulsüz dinlemelerle ilgili beyanlarda bulunmuştur. Anılan tarihlerde gerçekleşen mahalli idareler seçimi öncesinde yoğun siyasi tartışmaların yapıldığı ve bir kısım telefon/ortam dinlemelerinin internet üzerinden kamuoyuna aktarıldığı bilinmektedir.

141. Bu kapsamdaki tartışmaların güncel konulara ilişkin olması nedeniyle ortaya çıkan kamusal yarar dikkate alındığında, Başbakan'ın beyanlarının bağlam ve şartları göz önüne alınmadan sadece görevinden hareketle değerlendirilmesi mümkün değildir.

142. *Başvuruculara bir suç isnadının yapılmadığı aşamada* dinlemelerle ilgili olarak Başsavcılık 25/2/2014 tarihinde kamuoyunun tanıdığı birçok kişiyi doğrudan ilgilendiren güncel tartışmalar nedeniyle başvuruculaların isimlerini veya görevlerini belirtmeksizin açıklama yapmıştır. Tartışmalara konu soruşturmayla ilgili yetkili makam olan Başsavcılığın bu kapsamdaki açıklamasının, yapıldığı aşama ve içerik itibarıyla başvurucularla doğrudan ilgi kurulmasını sağlayacak nitelikte olmadığı görülmektedir.

143. Açıklanan nedenlerle başvurunun masumiyet karinesinin ihlal edildiği yönündeki kısmının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

144. Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvuruculaların,

1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının "*başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, **OY BİRLİĞİYLE,**

2. Yasal gözaltı süresinin aşıldığına ilişkin iddialarının "*başvuru yollarının tüketilmemiş olması"*nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN'ın karşı oylarıyla, **OY ÇOKLUĞUYLA,**

3. Kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmadığı ve itirazların gerekçesiz olarak reddedildiğine ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN'ın tutuklama nedeni bulunmadığı ve itirazların gerekçesiz olarak reddedildiğine ilişkin şikâyetle ilgili olarak tüm başvurucular yönünden, Hasan Tahsin GÖKCAN'ın tutuklama nedeni bulunmadığı şikâyeti ile ilgili olarak başvurucu Ramazan Bolat yönünden karşı oylarıyla, **OY ÇOKLUĞUYLA,**

4. Tutuklama yasağı kapsamında olan suçtan tutuklama kararı verildiğine ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN'ın karşı oylarıyla, **OY ÇOKLUĞUYLA,**

5. Serbest bırakılma sonrasında yeni delil olmaksızın yakalama emri çıkartıldığına ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN'ın karşı oylarıyla, **OY ÇOKLUĞUYLA,**

6. Doğal hakim ilkesine aykırı, tarafsız ve bağımsız olmayan yargı merciince tutuklandıklarına ilişkin iddialarının *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN'ın karşı oylarıyla, **OY ÇOKLUĞUYLA,**

7. Soruşturma dosyasına erişim imkânı ve savunma için makul süre verilmediğine ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, 2014/69722 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucular yönünden OY BİRLİĞİYLE, 2014/41637 sayılı soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucular yönünden Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN'ın karşı oylarıyla, **OY ÇOKLUĞUYLA,**

8. Etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"*nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**,** Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN'ın karşı oylarıyla, **OY ÇOKLUĞUYLA,**

9. Masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"*nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, Alparslan ALTAN ve Erdal TERCAN'ın karşı oylarıyla, **OY ÇOKLUĞUYLA,**

B. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde bırakılmasına, **OY BİRLİĞİYLE,**

8/4/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

Başvurucular, 2014/41637 soruşturma sayılı dosyada kanuni gözaltı süresinin dolmasına rağmen, mahkemeye sevk ya da serbest bırakma yönünde bir karar verilmediğini belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğinin ileri sürmüşlerdir.

Mahkememiz, iddianın kabul edilebilirlik incelemesinde, yapılan bireysel başvuruda bulunabilecek bir ihlal sonucunun kişisel duruma bir etkisi olmayacağı, tutuklu kişiyi serbest bıraktırmayacağı, sorgu sürecinde geçen sürenin kanuna uygun olup olmadığı açılacak bir tazminat davasında tespit edilip karşılanabileceği nedenleri ile denenmemiş bir hukuk yolunun varlığını esas gösterip başvuru yollarının tüketilmediği nedeni ile şikayeti kabul edilemez bulmuştur.

Görüldüğü üzere, mahkemece ulaşılan sonuç; tüketildiğinde başvurucunun şikayetini gidermede makul bir başarı şansı ve telafi kabiliyeti olan olası bir davanın varlığına bırakılmaktadır.

Başvurucunun şikayetine konu eylem kanunen öngörülmüş sınırların dışına çıkmış ve bu bir hak ihlali oluşturmuş olsa bile, mahkemece bu temel hukuksuzluğun tespitinden kaçınarak onun telafi edilebilir oluşu ve ihtimali hak ihlalinin giderimi olarak değerlendirilmiştir.

Uğradığı hukuka aykırılığın varlığının tespitinin bile başvurucu açısından kimi durumlarda yeterli tatmin aracı olabileceğini öteleyen bu görüş kişi hürriyeti ve güvenlik hakkına demokratik bir hukuk devletinde, ölçüsüz bu müdahale ile verilen zararın hak ihlalinin, parayla telafi edilebileceğini, giderilebileceğini öngörmektedir.

Ülkemizde gün para cezalarının 20-100 TL arasında olduğu bir ortamda

dört gün fazla tutulmanın karşılığı açılacak bir tazminat davasında elde edilecek tazminatın hukuksuzluğu telafi ve vicdanları tatmin kabiliyeti yoktur.

Mahkememize bireysel başvuruda kabul edilebilirlik kriterlerinden biride "mağdur" statüsüdür. Bu sıfatın kullanılması için şikayet konusunun başvurucuyu doğrudan etkilemesi gerekmektedir. Gözaltında geçen sürelerin kanuna uygun olmadığı konusunda dosya kapsamındaki açık bilgilere rağmen mağduriyeti bir tazminat davası yolu ile giderebilme imkanı var demek olan çoğunluk görüşü bireysel başvuru hakkı önüne getirilmiş haksız bir engeldir.

Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

"(Değişik ilk cümle: 03/10/2001 - 4709 S.K./4. md.) 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 hakim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir."

Gözaltı, kişinin suç işlediği kuşkusuyla özgürlüğünden yoksun bırakıldığı an başlayıp, savcı tarafından salıverildiği veya tutuklanması talebiyle hakim önüne çıkarıldığı ana kadar devam eden bir dönemi kapsar.

Anayasa'nın 19. ve 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinde belirtilen azami gözaltı süreleri kesin süreler olup uzatılması mümkün değildir. Azami gözaltı süresinin önceden belirlenmiş olması nedeniyle gözaltı işlemini yapan makamlar, izin verilen sürenin aşılmaması için gerekli bütün tedbirleri almakla yükümlüdürler.

Somut olayda başvurucular kanuni gözaltı sürelerinin sona erdiği 26.07.2014 saat 01:30 dan sonra saat 02:05 de tutuklanma talebiyle Sulh Ceza hakimliğine sevk edilmiş hakim önünde sorgu 26.07.2014 saat 13:00 da başlamıştır.Anayasa'nın 19.maddesinin 5.fıkrası yakalanan kişinin en geç azami gözaltı süreleri içinde hakim önüne çıkarılmasını düzenlemektedir. "Hakim önüne çıkma" sevk işlemi hukuken yapılmış kişinin hakim tarafından sorgusuna başlanılmış olması anıdır.

Öte yandan Kanun'da öngörülen gözaltı sürelerin tamamının her olayda azami şekilde kullanılması gerekli değildir. Her somut olayın özellikleri ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına saygı ilkesi gözetilerek mümkün olan en kısa sürede gözaltındakilerin hakim önüne çıkarılması gerekir. Bu kapsamda susma hakkını kullanan veya gözaltında tutulma gerekçesi kalmayan kişi bekletilmeyip serbest bırakılmalı veya hakime sevk edilmelidir. Zira Anayasa'nın 19. maddesi çerçevesinde belirlenen gözaltı süreleri, bireyin hürriyetini tahdit etmek amacıyla değil, şüphelinin üzerinde yoğunlaşan suç işleme

şüphesinin yoğunluğunu ve ağırlığını tespit edip delilleri karartılmadan ele geçirilmesini sağlamak amacına hizmet eder.

AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında güvence altına alınan özgürlük hakkının istisnalarının sınırlı sayıda olduğunu ve kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun kalmamasını sağlamak için bu istisnaların dar yorumlanmasının, 5.maddenin amacına uygun olduğunu, bu kapsamda iç hukukta 12 saat olarak düzenlenen gözaltı süresinin kanunla düzenlenmiş olması nedeniyle mutlak olduğunu, bu sürenin 45 dakika aşılmış olmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) nolu fıkrasının (c) bendinin ihlali olduğuna karar vermiştir *(Bkz.K.F./Almanya*, B.no:25629/94, 27/11/1997, §66-72) .

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).

Gözaltındaki kişilerin hakimliğe sevk edilmesi üzerine sorgu süresince tutulmaları, bir gözaltı olmayıp sevke bağlı geçici hürriyet tahdidi olarak tanımlanmalıdır.

Anayasa ve 5271 sayılı Kanun'da gözaltındaki kişilerin sorgu için mahkemeye sevk edilmeleri sonrasında sorguda geçecek süre ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de özgürlük hakkının istisnalarının sınırlı sayıda olması ve kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun kalmamasını sağlamak için bunun dar yorumlanması ve sorgunun makul süre içerisinde tamamlanması gerekir. Bu kapsamda adli makamların bu hususları göz önüne alarak yapılan soruşturmanın kapsamına göre organizasyon çalışması ve yeterli oranda personel görevlendirmesi yapmaları gerekir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrası yakalanan veya tutulan bir kimsenin derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılmasını öngörmektedir. AİHM'e göre "*derhalliğin*" değerlendirilmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı ve gayesi ışığında yapılmalıdır. Bu madde, bireyin özgürlük hakkının devletin keyfi müdahalelerine karşı korunması gibi, temel bir insan hakkını içermektedir. Bireyin özgürlük hakkına idarenin yaptığı müdahalelerin yargısal denetimi, keyfilik riskini asgariye indirmeyi amaçlayan Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki güvencelerin temel bir unsurudur. Derhallik her bir olayda, o olayın özelliklerine göre değerlendirilmekle birlikte, bu özelliklere atfedilen önem

hiçbir zaman, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında güvence altına alınan hakkın özünü zedeleme, yani devletin derhal salıverme veya derhal yargısal makam önüne çıkarma yükümlülüğünü ortadan kaldırma noktasına getirmemelidir *(Bkz. Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.no: 11209/84, 29/11/1988, § 58, 59).*

Somut olayda 2014/41637 soruşturma sayılı dosyada tutuklanmaları talebiyle hakimliğe sevk edilen başvurucularla ilgili olarak sevk tarihi ve saatinin 26/7/2014 günü saat 02:05, sorguya başlama tarihi ve saatinin 26/7/2014 günü saat 13:00, sorgunun bitim tarihi ve saatinin ise 29/7/2014 saat 14:14 olduğu, bu süre boyunca başvurucuların adliye binasında tutuldukları anlaşılmıştır.

Başvurucuların sorguya sevk edilme anından itibaren ancak 11 saat sonra sorgunun başlaması ve sorgu sürecinin toplamda 3 gün 12 saat sürmesi Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen *derhal*kavramına yüklenen anlam karşısında makul kabul edilemez. Başvurucuların sorguya sevk edilmelerine kadar geçen süre de dikkate alındığında sorgu işlemi sırasında başvurucuların hürriyetlerinin kanuna aykırı olarak kısıtlandığı sonucu daha açık hale gelmektedir. Buna göre başvurucuların bu şekilde üç gün boyunca adliye nezarethanesinde haklarında tutuklama kararı olmaksızın tutulmalarının kanuni dayanağı bulunmamaktadır.

Ayrıca başvurucu Kürşat Durmuş hakkında çıkartılan yakalama kararı sonrası 12/8/2014 tarihinde kendisi teslim olmasına karşın, sorguyu yapacak hakimin yoğunluğu gerekçesiyle sorgu işlemine ancak 13/8/2014 tarihinde başlandığı ve bu süreye kadarda başvurucunun adliye nezarethanesinde tutulduğu anlaşılmıştır. Başvurucunun bu şekilde nezarethanede tutulmasının kanuni dayanağı bulunmadığı gibi kendi iradesiyle sorgulanmak üzere teslim olmuş olması hususu dikkate alındığında Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının koşulları kapsamında gerekli ve ölçülü bir tedbir olarak da kabul edilemez.

Bu belirlemeler karşısında 2014/41637 sayılı soruşturma dosyasında kanuni gözaltı süresinde hakim önüne çıkarılmadan tutuldukları, hakim önünde de ayrıca sorgu adı ile üç gün ve başvurucu Kürşat DURMUŞ için 4 günü bulan tutulma sürelerinin açıkça Anayasa'nın 19. maddesinin 5. fıkrasının ihlal edebilirliği karşısında açıkça dayanaktan yoksun olmayan başvuruculaların şikayetini, kabul edilebilir bulmayan çoğunluk görüşüne anılan nedenlerle katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucular, haklarında kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmaksızın doğal hakim ilkesine aykırı olarak kurulmuş, tarafsız ve bağımsız olmayan bir mahkeme tarafından tutuklandıklarını, tutuklama ve tutuklamaya itiraz üzerine verilen kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığını, tutuklama kararına karşı etkili başvuru yolu bulunmadığını, gözaltı süresinin aşıldığını, kanuna aykırı delillerin kullanıldığını, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığını ve masumiyet karinesinin ihlal edildiğini belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği, 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

2. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, yasal gözaltı süresinin aşıldığına ilişkin iddialarının "*başvuru yollarının tüketilmemiş olması"*; kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmadığı ve itirazların gerekçesiz olarak reddedildiğine, tutuklama nedeni bulunmadığı ve itirazların gerekçesiz olarak reddedildiği, tutuklama yasağı kapsamında olan suçtan tutuklama kararı verildiğine, serbest bırakılma sonrasında yeni delil olmaksızın yakalama emri çıkartıldığına, doğal hakim ilkesine aykırı, tarafsız ve bağımsız olmayan yargı mercince tutuklandıklarına, soruşturma dosyasına erişim imkânı ve savunma için makul süre verilmediğine, etkili başvuru hakkının ve masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialarının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"*nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. Aşağıda belirtilen gerekçelerle Mahkememiz çoğunluğunun bu görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

a. Gözaltı Süresinin Aşıldığı Şikâyeti

3. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/41637 soruşturma sayılı dosyasında tutuklanan başvurucular kanuni gözaltı süreleri dolmasına rağmen serbest bırakılmadıklarını, daha sonra sevk edildikleri Sulh Ceza Hakimliğinde hukuka aykırı olarak dört gün fazladan gözaltında tutulduklarını; başvurucılardan Kürşat Durmuş, ayrıca hakkındaki yakalama kararı üzerine teslim olmasından sonra sevk edildiği hakimlikçe bir gün daha adliye nezarethanesinde tutulduğunu, bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

4. Bu şikayetlerle ilgili olarak, Çoğunluk görüşü doğrultusunda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen tazminat yolunun bu şikayetler bakımından etkili bir tazmin yolu olmasına rağmen başvurucuların bu yola başvurmadan bireysel başvuruda bulundukları gerekçesiyle *"başvuru yollarının tüketilmemesi"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

5. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen tazmin yolunun etkili olup olmadığına ilişkin değerlendirme bakımından başvurucunun durumu ve talepleri büyük önem taşımaktadır. Halen tutuklu bulunan ve serbest bırakılmayı isteyen başvurucunun durumu ile tutukluluk durumu sona ermiş olan ve aykırılığın tespiti ile tazminata karar verilmesini isteyen başvurucunun durumu aynı değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 2.7.2013 tarih ve 2012/239 sayılı Ramazan Aras kararında konuyla ilgili yaptığı değerlendirme aynen şöyledir:

"(26.) 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."

(27.) 6216 sayılı Kanun'un 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."

(28.) Anılan Anayasa ve Kanun hükümleri uyarınca Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için öngörülen idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekir. Bireysel başvurunun ikincil nitelikte bir hak arama yolu olması nedeniyle, asıl olan hak ve özgürlüklere kamu otoritelerince saygı gösterilmesi ve olası bir ihlal durumunda bunun idari ve/veya yargısal olağan yollarla giderilmesidir. Bu nedenle bireysel başvuru yoluna ancak kanunda öngörülen olağan yollar tüketilmesine rağmen ihlalin ortadan kaldırılamadığı durumlarda gidilebilir.

(29.)Ancak tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olmaları yanında, telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiklerinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanımaları gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduklarının gösterilmesi ya da en azından etkili olmadıklarının kanıtlanmamış olması gerekir.

(30.)Adalet Bakanlığının görüşünde işaret edildiği üzere 5271 sayılı Kanun'un tazminat isteminin düzenlendiği 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilenler ile kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen kişilerin, maddî ve manevî her türlü zararlarını Devletten isteyebileceklerine ilişkin hükümlerin bu hususta bir başvuru mekanizması öngördüğü görülmektedir.

Ancak, aynı Kanun'un tazminat isteminin koşullarının düzenlendiği 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde" tazminat isteminde bulunulabileceği ifade edilmiştir.

(31.)Somut olayda beş yıllık azami tutukluluk süresinin dolması nedeniyle tutukluluğun yasal dayanağının kalmadığı ve tutukluluğun makul süreyi aştığı iddia edilmektedir. Buna göre, yasal olarak mümkün olmadığı hâlde tutukluluğun devamına karar verilmiş ise madde kapsamında bunun mağduru maddi ve/veya manevi tazminat istemiyle dava açabilecektir. Aynı şekilde makul süreyi aşan tutukluluk da tazminat istemi nedenlerinden biridir.

(32.)Ancak başvurucunun başvuru tarihi itibariyle istemi tazminat değildir. Başvurucu, Kanun'da öngörülen azami tutukluluk süresinin dolmuş olduğunun tespitiyle tahliyesine karar verilmesini talep etmektedir. Bundan başka uzun süren tutukluluk hâlinden de şikâyetçidir.

(33.)5271 sayılı Kanun'un koruma tedbirleri nedeniyle tazminata dair düzenlemelerine bu açıdan bakıldığında, başvurucunun şikâyetiyle ilgili bir çözüm getirilmediği görülmektedir. Başvurulması hâlinde bu yol yalnızca maddi ve manevi zararların giderilmesini teminat altına almakta, fakat hukuka aykırı tutulduğu tespit edilse dahi kişiye serbest bırakılma konusunda bir imkân sunmamaktadır. Bireysel başvurunun esastan incelenmesinden önce tutukluluk hâli sona ermediği sürece, kişinin bu yola gitmesi somut talebi açısından etkili sayılamaz, dolayısıyla tüketilmesi gerekmez.

(34.)Bununla birlikte başvurucu hakkındaki davanın karara bağlanmış olması nedeniyle tutukluluk halinin hükmen tutukluluğa dönüştüğü, dolayısıyla her ne kadar başvuru anındaki talebi tahliye ise de, kararla birlikte bunun mümkün olamaması dikkate alındığında şikâyet konusu anayasal hakların ihlaline dair bir tespit ve tazminata hükmedilmesi hâlinde ihlalin giderilmesi mümkündür. Bu durumda 5271 sayılı Kanun'un 141. vd. maddelerinde belirtilen yola öncelikle başvurulmasının zorunlu olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

(35.)Bakanlık, bu yola öncelikle gidilmesi gerektiğini bir kısım kararlara atıfla ileri sürmüştür. Bakanlığın görüşünde bahsettiği Yargıtay kararları belli durumlarda tazminat talebi için asıl hükmün kesinleşmesinin aranmadığını göstermektedir (Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 4/4/2012 tarih ve E. 2011/15700, K. 2012/9187; 15/5/2012 tarih ve E. 2011/20114, K.2012/12183 sayılı kararları). Tutukluluk süresinin verilen cezadan fazla olması nedeniyle makul görülmediği, bu nedenle tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirten kararlara rastlamak da mümkündür (Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 17/12/2012 tarih ve E. 2012/20277, K.2012/27572; 3/1/2013 tarih ve E.2012/24083, K. 2013/1 sayılı kararları). An-

cak bu örneklerin hiçbiri somut olay açısından bahse konu yolun etkili olduğuna örnek teşkil etmemektedir.

(36.) Açıklanan nedenlerle Bakanlığın başvuru yollarının tüketilmediği yönündeki görüşü kabul edilemez. Başvurucunun iddiaların dayanaktan yoksun olmadığı, ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir".

6. Söz konusu başvurunun esası incelenerek Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü ve yedinci fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

7. Anılan kararda da belirtildiği üzere kural olarak bireysel başvuru yoluna ancak kanunda öngörülen olağan yollar tüketilmesine rağmen ihlalin ortadan kaldırılamadığı durumlarda gidilebilir. Bununla birlikte AİHM'nin de kabul ettiği yaklaşım doğrultusunda başvuru yollarının tüketilmesi kuralının bir dereceye kadar esneklikle ve aşırı şekilcilikten uzak biçimde uygulanması gerekir. Başvuru yollarının tüketilmesi kuralı mutlak olmadığı gibi otomatik olarak uygulanabilir nitelikte bir kural da değildir. Bu kurala uyulup uyulmadığının denetlenmesi sırasında her bir olayın özel şartlarına dikkat edilmesi gerekir. Yani bu kurala uyulup uyulmadığı denetlenirken başka şeylerin yanında, hukuk sistemindeki biçimsel hukuk yollarının varlığı değil, aynı zamanda bu yolların işlerlik kazandıkları genel hukuki ve siyasal bağlam ve ayrıca başvurucunun kişisel durumu da gerçekçi bir biçimde dikkate alınmak zorundadır (*Akdıvar ve Diğerleri/ Türkiye*, B.No: 21893/93, 16/9/1996, § 69). Başvuruculların tazminat değil tahliyeyi sağlamayı amaçladığı başvurularda başvuru yollarının tüketilmesi kuralının, insan haklarının gerçekten etkili korunması amacıyla esnek olarak yorumlanması gerekir.

8. AİHM'e göre tutulma konusunda, yöntemine uygun başvuruyla yapılan serbest bırakılma talebi etkili ve yeterli bir başvuru olup başvuranın, tutulma halinin devamının yasallığının adli denetimi ve serbest bırakılmayı sağlayacak diğer başvuru yollarını da yerine getirmek gibi bir sorumluluğu bulunmamaktadır*(Wojik-Polonya, başvuru no:26757/95, 7 Temmuz 1997 tarihli Komisyon kararı ve Pezone-İtalya, başvuru no: 42098/98, 18 Aralık 2003)*. AİHM, ayrıca *"yasada belirlenen yollar"* haricinde tutulmama hakkının, tutulma nedeniyle tazminat alma hakkından farklı olduğunu kabul etmektedir. Zira, AİHS'nin 5. maddesinin 1. paragrafı sözü edilen ilk hakka, 5. paragrafı ise ikinci hakka dairdir *(Bkz, Değerli ve diğerleri-Türkiye, başvuru no: 18242/02, 5 Şubat 2008)*. Mevcut davada, tutulmasının kanuna aykırı olduğuna itiraz etmek ve özgürlüğüne kavuşmak için yapmış olduğu başvurular göz önüne alındığında başvuran, özü itibariyle aynı amacı taşıyan hatta daha yüksek başarı şansı da sunmayan Hükümet'in ifade ettiği hukuki yolları kullanmamakla suçlanamaz (*Şahin Karataş/ Türkiye*, B.No: 16110/03, 17/6/2008).

9. Eldeki işte başvurucular haklarında yürütülen soruşturma aşamaları boyunca gerçekleştirilen yakalama, nezaret, gözaltına alma, sorgu, tutuklama gibi işlemlerin tamamının temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiğini ve yapılan bu hukuka aykırılıklara rağmen halen tutuklu bulunmalarının ihlali ağırlaştırdığını ileri sürmüşlerdir. Bu durumda önceki aşamada gerçekleşen tüm ihlal iddiaları için etkili olup olmadığı tartışmalı olan Ceza Muhakemesi Kanununun 141. maddesine göre tazminat yolunun tüketilmesi yolunun gösterilmesi bireysel başvurunun temel hakların etkili biçimde korunması işleviyle de bağdaşmaz. Kanuni süre dışına çıkan göz altı durumu sonrasında kişiler serbest kalmış olsa idi artık geçmişte kalan bir ihlalin giderilmesi amacıyla anılan yolun tüketilmesi gerektiği söylenebilirdi. Çünkü böyle bir durumda ilgililer hali hazırda serbest olarak, kanuna aykırılığı bir mahkeme kararıyla tespit ettirebilirler ve talepleri halinde tazminat elde edebilirlerdi. Ancak somut olayda yakalama ile başlayıp halen devam eden bir hürriyetten mahrumiyet söz konusu olup, başvurucuların devam eden bu süreçle bağlantılı daha başka şikayetleri de mevcuttur. Bu nedenle incelemenin, bu şikayet ayıklanarak bir başka yasa yoluna bırakılması yerine, bütünlük içinde yapılması gerekir.

10. Nitekim, kanunda belirtilen azami tutukluluk sürelerinin aşıldığı şikayetleriyle ilgili olarak Mahkememiz istikrarlı kararlarında başvuruları, başka bir yol göstermeden kabul edilebilir bulmuş ve kanunda belirtilen azami tutukluluk süresinin aşılmış olduğunun tespit edildiği durumlarda ihlal kararları vermiştir (Bkz. B.No: 2012/239, 2/7/2013; 2013/1782, 17/7/2014; 2013/1420, 17/7/2014; 2013/496, 3/4/2014; 2013/776, 20/3/2014; 2013/843, 3/4/2014). Hatta bu başvurularda bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibariyle başvurucuların derece mahkemelerince tahliye edilmiş olmaları ve dolayısıyla Mahkememizce verilecek bir ihlal kararının başvurucunun tahliyesi konusunda hukuki durumunda bir değişiklik yaratmayacak olan durumlarda dahi Mahkememizce başvurunun kabul edilebilirliği sorun olarak görülmemiş ve başvurular kabul edilebilir bulunmuştur. Somut başvurudaki gözaltı süresinin aşıldığına ilişkin şikayetin, kanuni tutukluluk süresinin aşılmasına ilişkin şikâyetlerden bir farkı yoktur.

11. Gözaltı, kişinin suç işlediği kuşkusuyla özgürlüğünden yoksun bırakıldığı an başlayıp, savcı tarafından salıverildiği veya tutuklanması talebiyle hakim önüne çıkarıldığı ana kadar devam eden bir dönemi kapsar.

12. Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrasına ve 5271 sayılı Kanun'un 91.maddesine göre gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye

gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz. Toplu olarak işlenen suçlarda ise delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Buna göre gözaltı süresi, bir veya iki şüphelinin yakalandığı durumda şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için gerekli yol süresi hariç yirmi dört saat; aynı soruşturma kapsamında üç veya daha fazla şüphelinin yakalandığı hallerde ise azami dört gündür. 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (3) nolu fıkrasında öngörülmediği için, toplu işlenen suçlarda azami dört günlük gözaltı süresine ayrıca yol süresi ilave edilemez. Gözaltına alınan kişi serbest bırakılmazsa en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilmesi gerekir.

13. Anayasa'nın 19. ve 5271 sayılı Kanunun 91. maddesinde belirtilen azami gözaltı süreleri kesin süreler olup uzatılması mümkün değildir. Azami gözaltı süresinin önceden belirlenmiş olması nedeniyle gözaltı işlemini yapan makamlar, izin verilen sürenin aşılmaması için gerekli bütün tedbirleri almakla yükümlüdürler.

14. 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. maddesinin 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, kanunun hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 45).

15. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında güvence altına alınan özgürlük hakkının istisnalarının sınırlı sayıda olduğunu ve kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun kalmamasını sağlamak için bu istisnaların dar yorumlanmasının 5. maddenin amacına uygun olduğunu, bu kapsamda iç hukukta 12 saat olarak belirlenen gözaltı süresinin kanunla düzenlenmiş olması nedeniyle mutlak olduğunu, bu sürenin *"45 dakika"* aşılmış olmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) nolu fıkrasının (c) bendinin ihlali

olduğuna karar vermiştir *(Bkz.K.F./Almanya,* B.no:25629/94, 27/11/1997, § 66-72) . AİHM 16 Nisan 2015 tarihli *Gal/Ukrayna* (B. No: 6759/11, § 24, 28) kararında ise başvurucunun 72 saatlik yasal gözaltı süresinden sadece 10 dakika geç yetkili hakim önüne çıkarılmasını Sözleşmenin 5. maddesinin 1 ve 3. fıkralarının ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu açıdan AİHM adı geçen kararla ulusal hukukta yasa ile belirlenen gözaltı veya tutukluluk sürelerine kesin olarak uyulması gerektiğini, bu konuda herhangi bir mazeretin kabul edilemeyeceğini çok açık olarak ifade etmiştir. Nitekim AİHM aynı kararda yasal gözaltı süresinin aşılmasını hem yasaya aykırılık hem de keyfilik olarak nitelemiştir. AİHM'e göre iç hukuka uygun olsa dahi, bilhassa soruşturma makamlarının kötü niyet veya hileli davranışlarda bulunması (*Mooren/Almanya* [BD], B. No: 11364/03, 9/7/2009, §§ 72, 77 ve 78) ya da duruma göre böyle bir uygulamanın gerekli olmaması gibi hallerde (*Nesťák/Slovakya*, B. No: 65559/01, 27/2/2007, § 74) özgürlükten bırakma hali keyfî ve böylece Sözleşmeye aykırı olabilir.

16. Somut olayda Başsavcılık 2014/41637 soruşturma sayılı dosyasında gözaltına alınan başvurucularla ilgili 3. gözaltı uzatma kararında gözaltı süresinin 26/7/2014 günü saat 01:30'a kadar uzatılmasına karar vermiştir. Başsavcılık ayrıca gözaltına alınan başvurucuların ifade alma işleminin 26/7/2014 tarih ve 01:25 saatinde sona erdiğini ve UYAP'taki teknik arıza sebebiyle şüphelilerin tutuklamaya sevk işlemlerinin saat 02:05 itibariyle yapıldığını belirtmiştir.

17. Başsavcılığın üçüncü gözaltı uzatma kararına göre 2014/41637 soruşturma numaralı dosya kapsamında gözaltına alınan başvurucular Erhan Körtek, Aytekin Koçak, Ömer Köse, Erkan Ünal, Ali Fuat Altuntaş, Abdülkadir Ağır, Ensar Doğan, Şahin Akdeniz, Osman Özgür Açıkgöz, Mehmet Örs, Yurt Atayün, Yunusemre Uzunoğlu, Serdar Bayraktutan, Muhammed Kaya, Kürşat Durmuş ve Ramazan Bolat'ın gözaltı süreleri 26/7/2014 günü saat 01:30'da sona ermiştir.

18. Bu belirlemelere göre azami dört günlük gözaltı süresi bu başvurucular yönünden mahkemeye sevk edilmeden sona ermiştir. İddia edildiği şekilde UYAP sisteminde arıza olması da gözaltı süresinin aşılmasını meşru kılmaz. Zira Anayasa'nın 19. maddesinde bu konuda herhangi bir istisnaya yer verilmediği gibi UYAP sisteminde teknik arıza olması da sevk işleminin sistem dışı yapılmasına engel değildir. Ayrıca 5271 sayılı Kanun'un 38/A maddesinin (7) numaralı fıkrasındaki düzenlemede bu hususa çözüm getirmektedir. Madde düzenlemesi şöyledir; *"Zorunlu nedenlerle fiziki olarak düzenlenmiş belge veya kararlar, yetkili kişilerce taranarak UYAP'a aktarılır ve gerektiğinde ilgili birimlere elektronik ortamda gönderilir."*

19. Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası yakalanan veya tutuklanan kişinin en geç azami gözaltı süreleri içinde hakim önüne çıkarılmasını düzenlemek-

tedir. Maddede geçen*"hakim önüne çıkarılır"* ifadesinin anlamı, sevk edilen kişinin hakim tarafından Cumhuriyet savcısının sevk talebi kapsamında sorgusunun yapılması işlemidir. Amacı da keyfilik riskini asgariye indirmektir. Bu nedenle hakim denetimi maddenin en önemli güvencelerinden biridir. Bu kapsamda sevk işlemi hukuken yapılmış olmakla birlikte fiili olarak hakim tarafından sorgu işleminin başlamaması hakim önüne çıkarılma olarak kabul edilemez. Zira Anayasa'nın 19. maddesi özgürlüğünden mahrum bırakılan bireylere teorik ve soyut değil, ancak gerçek ve fiilen elde edilebilen bir güvence sağlamaktadır.

20. Somut olayda başvurucular kanuni gözaltı süresi 26/7/2014 günü saat 01:30'da sona erdikten sonra saat 02:05 tutuklanmaları talebiyle sulh ceza hakimliğine sevk edilmiş olmakla birlikte başvurucuların hakim önünde sorgu işlemi ancak 11 saat sonra 26/7/2014 günü saat 13:00 başlamıştır. Başvurucular bu süre boyunca polis gözetiminde adliye nezarethanesinde tutulmuşlardır. Anayasanın 19. maddesinin beşinci fıkrasında azami dört günlük süre geçtikten sonra bir kimsenin hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılması kesin bir dille yasaklanmıştır. Buna göre 26/7/2014 günü saat 1:30 ilâ sorgu işleminin başladığı 13:00 arasında başvurucuların hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarının kanuni bir dayanağı bulunmadığı gibi, bilakis Kanun ve Anayasa'ya açıkça aykırıdır. (Aynı yönde bkz. AİHM, *Zervudacki/Fransa,* B.No:73947/1, 27/7/2006, Corbet vd/Fransa, 7494/11, 7493/11, 7989/11, B.No:19/3/2015) .

21. Öte yandan başvurucuların sulh ceza hakimliğindeki yaklaşık dört gün süren sorgu süreci boyunca başvurucuların tutulmalarının da Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

22. Anayasa ve 5271 sayılı Kanun'da gözaltındaki kişilerin sorgu için mahkemeye sevk edilmeleri sonrasında sorguda geçecek süre ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de özgürlük hakkının istisnalarının sınırlı sayıda olması ve kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun kalmamasını sağlamak için bunun dar yorumlanması ve sorgunun makul süre içerisinde tamamlanması gerekir. Bu kapsamda adli makamların bu hususları göz önüne alarak yapılan soruşturmanın kapsamına göre organizasyon yapması ve yeterli oranda personel görevlendirmesi gerekir.

23. Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrası yakalanan veya tutulan bir kimsenin derhal bir yargıç veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılmasını öngörmektedir. AİHM'e göre "*derhalliğin*" değerlendirilmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı ve gayesi ışığında yapılmalıdır. Bu madde, bireyin özgürlük hakkının devletin keyfi müdahalelerine karşı korunması gibi, temel bir insan hakkını içermektedir. Bireyin özgürlük hakkına idarenin yaptığı müdahalelerin yargısal denetimi, keyfilik riskini asgariye indirmeyi amaçlayan Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki güvencelerin

temel bir unsurudur. "Derhallik" her bir olayda, o olayın özelliklerine göre değerlendirilmekle birlikte, bu özelliklere atfedilen önem hiçbir zaman, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında güvence altına alınan hakkın özünü zedeleme, yani devletin derhal salıverme veya derhal yargısal makam önüne çıkarma yükümlülüğünü ortadan kaldırma noktasına getirmemelidir *(Bkz. Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B.no: 11209/84, 29/11/1988, § 58, 59).*

24. Somut olayda 2014/41637 soruşturma sayılı dosyada tutuklanmaları talebiyle hakimliğe sevk edilen başvurucularla ilgili olarak sevk tarihi ve saatinin 26/7/2014 günü saat 02:05, sorguya başlama tarihi ve saatinin 26/7/2014 günü saat 13:00, sorgunun bitim tarihi ve saatinin ise 29/7/2014 saat 14:14 olduğu, bu süre boyunca başvuruculaların adliye binasında tutuldukları anlaşılmıştır.

25. Başvuruculaların sorguya sevk edilme anından itibaren ancak 11 saat sonra sorgunun başlaması ve sorgu sürecinin toplamda 3 gün 12 saat sürmesi Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen*derhal* kavramına yüklenen anlam karşısında makul kabul edilemez. Başvuruculaların sorguya sevk edilmelerine kadar geçen süre de dikkate alındığında sorgu işlemi sırasında başvuruculaların hürriyetlerinin kanuna aykırı olarak kısıtlandığı sonucu daha açık hale gelmektedir. Buna göre başvuruculaların bu şekilde üç gün boyunca adliye nezarethanesinde haklarında tutuklama kararı olmaksızın tutulmalarının kanuni dayanağı bulunmamaktadır.

26. Ayrıca başvurucu Kürşat Durmuş hakkında çıkarılan yakalama kararı sonrası 12/8/2014 tarihinde kendisi teslim olmasına karşın, sorguyu yapacak hakimin yoğunluğu gerekçesiyle sorgu işlemine ancak 13/8/2014 tarihinde başlandığı ve bu süreye kadar da başvurucunun adliye nezarethanesinde tutulduğu anlaşılmıştır (Bkz.§ 52). Başvurucunun bu şekilde nezarethanede tutulmasının kanuni dayanağı bulunmadığı gibi kendi iradesiyle sorgulanmak üzere teslim olması hususu dikkate alındığında Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının koşulları kapsamında gerekli ve ölçülü bir tedbir olarak da kabul edilemez.

27. Açıklanan gerekçelerle başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığından işin esasının incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle çoğunluğun başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna yönelik görüşüne katılmıyorum.

b. Tutuklama Nedeni Bulunmadığı, Tutuklama ve Tutuklamaya İtiraz Sonucu Verilen Kararların Gerekçelerinin İlgili ve Yeterli Olmadığı İddiası

28. Başvurucular, kaçma ve delil karartma şüphesi bulunmadığı halde tutuklandıklarını, haklarında soruşturma yapılacağı hususunda sosyal medya-

da haberler çıkmasına rağmen hiçbirinin kaçmadığını, hatta bazılarının bizzat emniyete giderek teslim olduklarını, yine haklarındaki soruşturmaların görevleri kapsamında yaptıkları adli ve önleme dinlemelerine ilişkin olduğu ve bu konuda müfettişlerin raporları üzerine soruşturma yapıldığını dolayısıyla soruşturma ile ilgili delillerin adli makamlarda olduğunu bu nedenle delil kararma durumunun söz konusu olmadığını, ayrıca tutuklama ve tutuklamaya itiraz sonucu verilen kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığını, tutuklama tedbirinin kişiselleştirilmediğini, kanunda bulunmayan bir ayrımın tutuklamaya dayanak gösterildiğini, müfettiş raporlarının sorgulanmaksızın tutuklama gerekçesi yapıldığını, itiraz üzerine verilen ret kararlarının gerekçelerinde ise sadece tutuklama kararlarının usul ve yasaya uygun bulunduğu ibaresi ile yetinildiğini, adli kontrol tedbirine neden başvurulmadığının somut olgulara dayalı olarak gerekçelendirilmediğini iddia etmişlerdir.

29. 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 suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır.

30. Kanuna uygun tutuklamanın koşulları olan kuvvetli suç şüphesi, kaçma ve delil karartma olasılığının bulunması şeklindeki tutuklama nedenlerinin tutukluluk durumunun her aşamasında birlikte bulunması gereken zorunlu koşullardır. AİHS sisteminden farklı olarak ulusal mevzuatımızda bu konuda ilk tutuklama kararı ile sonraki tutukluluk incelemeleri arasında herhangi bir ayırım öngörülmemiştir.

31. 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesine göre tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, kaçma ve delil karartma olasılığını, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin *somut olgularla* gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerekir. Ancak gerekçe sayesinde tutuklamanın yasal nedenlerle yapılıp yapılmadığı anlaşılabileceği gibi; sanığın ve müdafiin tutuklamanın nedeni konusunda bilgi edinerek savunmasını hakkıyla yapabilmesi, itiraz merciinin ise buna göre inceleme yapabilmesi yine gerekçe sayesinde mümkün olacaktır.

32. Gerekçe, kararın akla uygun, çelişkisiz ve inandırıcı biçimde açıklaması demektir. Bu nedenle, sadece tutuklama nedeninin, yani kaçma veya delille-

ri karartma şüphesi bulunduğunun belirtilmiş olması, kanundaki terimlerin tekrarlanması kararın gerekçeli olduğu anlamına gelmez. Tutuklama kararı verilirken, isnat olunan suçların niteliğinin yanında, kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi de bir zorunluluktur.

33. Öte yandan, tutuklama nedenleri 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde tahdidi olarak sayılmış olup bunlar kıyas yoluyla genişletilemez.

34. Somut olayda İstanbul 1.Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/42 ve 2014/52 sorgu sayılı tutuklama kararlarında kullanılan gerekçelerden biri "*işlendiği iddia edilen suçların önemli ve ciddi sayılan suçlardan olması nedeniyle tutuklamanın varsayıldığı*", aynı hakimliğin 2014/53 sorgu sayılı tutuklama kararında ise*"suçun nitelikli ve önemli suçlardan olduğu, devlet sırlarına karşı suçlardan sayıldığı, bu nedenle tutuklama nedeninin var olduğu"* ifadesidir.

35. Tutuklama nedenlerinin gösterildiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde bu şekilde bir tutuklama nedeni yer almamaktadır. Bu nedenle tutuklama kararlarında kullanılan "*işlendiği iddia edilen suçların önemli ve ciddi sayılan suçlardan olması nedeniyle tutuklamanın varsayıldığı*" ifadesi kanunda sayılan tutuklama nedenlerinden değildir.

36. Ayrıca 2014/53 sorgu sayılı kararda belirtilen ve 5237 sayılı Kanun'un 328. maddesinde düzenlenen siyasal veya askeri casusluk suçu 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sayılan ve tutuklama nedeninin var sayılabilir kabul edildiği suçlar arasında sayılmadığından, bu suçla ilgili olarak "*devlet sırlarına karşı suçlardan sayıldığı, bu nedenle tutuklama nedeninin var olduğu"* gerekçesi de Kanun'a uygun bir gerekçe değildir.

37. Başvurucu Ramazan Bolat'ın tutuklanmasına ilişkin kararda ise sadece suç şüphesine ilişkin gerekçenin bulunduğu, kanunda belirtilen tutuklama nedenlerine ilişkin herhangi bir gerekçenin bulunmadığı tespit edilmiştir. Oysa suç şüphesi kuvvetli olsa bile bu tek başına tutuklama için yeterli değildir.

38. İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği'nin 2014/30 ve 69 sorgu sayılı kararlarında *casusluk* suçlamasına ilişkin dinlemelerin 2013 yılı Aralık ayında yapıldığı belirtilerek bu tarihte dinlemeleri yapan Emniyet biriminde görevli olmayan şüphelilerin tutuklanma taleplerinin reddine karar verilmesine karşın, başvurucular Erhan Körtek ve Yurt Atayün siyasal ve askeri casusluk suçu iddiasına dayanak gösterilen Başbakan'a ait olduğu iddia edilen görüşmelerin gerçekleştiği tarihte İstanbul Terörle Mücadele Şubesinde görevli olmadıklarını beyan etmelerine rağmen söz konusu suçtan tutuklanmışlardır. Tutuklama kararı ve bu karara yapılan itirazın reddi kararında da bu konuda bir gerekçe gösterilmemiştir.

39. Ayrıca başvurucular Muhammed Ali Iklı, Ali Fuat Yılmazer, Ali İhsan Tezcan, Metin Canbay, Erol Demirhan, Hayati Başdağ, Hasan Hüseyin Danacı ve Harun Aydın tutuklama kararına yönelik itirazlarında tutuklanmalarına esas suçlardan olan "*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması"* suçuna ilişkin olarak dinleme taleplerinin 2/7/2012 tarihi öncesi olması nedeniyle tutuklama yasağı bulunduğunu ifade etmelerine rağmen itiraz mercii bu konuda bir değerlendirme yapmadan itirazı reddetmiştir.

40. Başvurucuların kaçma ve delil gizleme şüpheleri ile ilgili olarak ise; kaçma tehlikesinin varlığına işaret eden unsurlardan biri, mahkûmiyet halinde kişinin alabileceği hapis cezasının ağırlığıdır. AİHM'e göre, bir yerel mahkemenin tutukluluğun devamına dair kararında "*suçun niteliği*"ne atıfta bulunması, aslında isnat edilen suçun ağırlığına ve dolayısıyla kaçma tehlikesinin varlığına dair bir karineye atıfta bulunduğu şeklinde anlaşılabilir. İsnat edilen suç için öngörülen hapis cezasının ağırlığı, adli makamlara, kişinin salıverilmesi halinde kaçacağını düşündürebilir. Ancak isnat edilen suça verilecek "*cezanın ağırlığı*" önemli olmakla birlikte, bu salıverme talebinin reddedilmesi için bağımsız bir neden değildir. Bir başka deyişle isnat edilen suça verilebilecek cezanın ağırlığı, kendiliğinden sanığın kaçma tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle tutukluluğun devamını haklı kılmaz. Kaçma tehlikesiyle ilgili olarak sanığın karakteri, ahlaki durumu, ikametgahı, mesleği, malvarlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülkedeki bağlantıları, tutukluluğa karşı gösterdiği tepki, bir başka ülkeye gerçekten kaçmayı planlayıp planlamadığı, kaçmayı planladığı ülkeyle bağlantıları gibi unsurlar, incelenmesi gereken diğer unsurlardır (*Bkz. Yağcı ve Sargı/Türkiye*, B.no:16419/90, 16426/90, 8/6/1995, § 51;*Neumeister/Avusturya*, B.no:1936/63, 27/6/1968, *hukuki gerekçe bölümü § 10; Mamedova/Rusya*, B.no:7064/05, 1/6/2006, § 76; *W./İsviçre*, B.no:14379/88, 26/1/1993, §33).

41. Özellikle *Yağcı ve Sargın/Türkiye* davasında AİHM, başvurucuların Türkiye'ye tamamen kendi istekleriyle dönmüş olduklarını ve cezai soruşturmaya uğrayacaklarını bilmiyor olmalarının mümkün olmadığını kaydederek, başvurucuların kaçma tehlikesi bulunduğu düşüncesiyle tutukluluklarının devamı konusunda karar verilmesini eleştirmiştir (*Bkz.anılan karar § 52*). Aynı şekilde AİHM, *Pantea/Romanya*davasında da başvurucunun, ifade vermek üzere savcının daveti üzerine geldiği ve koridorda bekletilmesine karşın, soruşturulmaktan kaçındığı gerekçesiyle tutuklanmasını "*hukukun öngördüğü usule*" uyulmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) fıkrasının (c) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Bkz.Pantea/Romanya*, B.no:33343/96, 3/6/2003, § 221-223).

42. Somut olayda başvurucular, haklarında adli soruşturma yapılacağını önceden bilmelerine karşın kaçmadıklarını ifade etmişler ve buna karşı başvuru

dosyası kapsamında farklı bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Buna göre başvuruculaların önemli bir kısmı ikametlerinde teslim olmuş, bir kısmı kendisi bizzat giderek emniyette teslim olmuş (Yurt Atayün) bir kısmı ise (Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz, Erkan Ünal ve Kürşat Durmuş) göz altına alınıp serbest bırakıldıktan sonra haklarında yakalama kararları çıkmasına ve aynı suçlama ile ilgili bazı başvuruculaların daha önce tutuklandığını bilmelerine rağmen kaçmayarak kendileri teslim olmuşlardır. Buna karşılık "*kaçma şüphelerinin bulunduğu*" gerekçesinin yer aldığı tutuklama kararlarında başvuruculaların kaçma şüphesi olasılığı somut bir olgu veya durumla ilişkilendirilmeksizin gerekçe olarak kararlarda yer almıştır.

43. Delil karartma şüphesiyle ilgili olarak, kişinin muhakemenin işleyişini engelleme tehlikesine soyut olarak dayanılamaz. Bu tehlikenin varlığı maddi delillerle desteklenmelidir. Hakkında soruşturmanın başladığını bilen bir kişinin, bir süre serbest bulunduktan sonra, delillere müdahale edebileceği düşüncesiyle tutuklanması veya tutukluluğunun devam ettirilmesi, ikna edici gerekçelerle temellendirilmelidir.

44. Somut dosyada, isnat edilen suçlar konusunda düzenlenen müfettiş raporlarının Cumhuriyet savcılığına sunulmasından hemen sonra başvurucular gözaltına alınmışlardır. Dolayısıyla soruşturma ile ilgili delillerin soruşturma makamlarının elinde olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Bakanlık görüş yazısı ekindeki Başsavcılık yazısında "*Dosya kapsamında başvuruculaların da içerisinde olduğu hiçbir şüphelinin ikametgahı veya iş yerinde arama yapılmamış olup, bu şekilde elde edilen herhangi bir delil yoktur.*"şeklindeki ifade de soruşturma ile ilgili delillerin esasen soruşturma makamlarında olduğunu teyit etmektedir.

45. Öte yandan başvurucular isnat edilen suçların işlendiği dönemdeki görevlerinden alınmışlardır. Yine gözaltına alınmadan önce haklarında adli soruşturma yapıldığının farkında olan ve ayrıca 29/7/2014 tarihinde savunmaları alınmadığı gerekçesiyle serbest bırakılan ve daha sonra haklarında tekrar yakalama kararı çıkarılan başvuruculaların serbest oldukları bu dönemlerde herhangi bir delil karartma eyleminde bulunduklarına dair tutuklama kararlarında bir ifade geçmediği gibi başvuru dosyası kapsamında da bu konuda bir bilgi bulunmamaktadır.

46. Somut olayda tutuklama kararlarında başvuruculaların *delil karartma şüphesi olasılığının* somut bir olgu veya durumla ilişkilendirilmeksizin yer alması, tutuklama için Anayasa ve Kanun'da aranan şartların yerine getirildiğini göstermez.

47. Tüm bu belirlemelere göre somut olayda başvuruculaların, tutuklama nedeni bulunmadığı ve tutuklama ve tutuklamaya itiraz sonucu verilen karar-

ların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığı yönündeki şikayetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı açıkça görülmektedir. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

c. Tutuklama Yasağının İhlali İddiası

48. Başsavcılığın 2014/69722 soruşturma sayılı dosyasında tutuklanan başvurucular, tutuklamaya dayanak alınan suçlardan olan 5237 sayılı Kanun'un 133. maddesinde düzenlenen *kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunda* cezanın üst sınırı altı ay hapis cezası iken 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle artırıldığını, isnat edilen suçların tamamının 2/7/2012 tarihli kanun değişikliğinden önceki döneme ilişkin olduklarını, suç tarihinde üst sınırı altı ay hapis olan bir suçla ilgili yasak olmasına rağmen tutuklama kararı verildiğini iddia etmişlerdir.

49. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) nolu fıkrası şöyledir:

"(Değişik fıkra: 02/07/2012-6352 S.K./96.md.) Sadece adlî para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez."

50. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Bu iki durum, tutuklama yasağı olarak da adlandırılabilir. Hapis cezasının üst sınırından maksat, suça ilişkin kanun maddesindeki ceza düzenlemesindeki üst sınırdır.

51. Somut olayda Başsavcılığın 2014/69722 soruşturma sayılı dosyası kapsamında tutuklanan başvurucularla ilgili İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/42 ve 2014/52 sorgu sayılı tutuklama karar gerekçelerinde İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliğinin 4/8, 4/17 ve 4/18 sayılı raporlarında belirtilen iletişimin tespiti istemlerine dayanılmıştır. Söz konusu raporların incelenmesinde 4/8 sayılı raporda incelenen tüm dinlemelerin 2008-2011 yıllarına ait olduğu, 4/17 ve 4/18 sayılı raporlarda incelenen dinlemelerin ise 2008-2013 yıllarına ait olduğu tespit edilmiştir.

52. 4/17 ve 4/18 sayılı raporlarda incelenen iletişimin tespiti dinlemelerinde 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesinin yürürlük tarihi olan 5/7/2012 ve sonrasında yapılan iletişimin tespiti önleme dinlemeleri belgelerinde başvurucular dan Hikmet Kopar, Tolga Güzeltaş, Mesut Yılmaz, Abdülhalim Sönmez, Muhammed İkbal Kayaduman, Ramazan Orkun Altınışık, İsmail Torlar, Erkan Palas, Selahattin Ergin, Şeref Bolat, Mehmet Dilaver ve Fatih Kıncır'ın isimlerinin bulunduğu, buna karşın aynı soruşturmada "*kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*" suçundan tutuklanan diğer başvuru-

cular Muhammed Ali Iklı, Ali Fuat Yılmazer, Ali İhsan Tezcan, Metin Canbay, Erol Demirhan, Hayati Başdağ, Hasan Hüseyin Danacı ve Harun Aydın'ın isimlerinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

53. Ceza usul hukukuna ilişkin kuralların lehe-aleyhe değerlendirmesi yapılmayıp derhal uygulanacağı, buna karşılık maddi ceza hukukuna ilişkin kuralların ise lehe-aleyhe değerlendirmesi yapılarak kişinin lehine olan kanun hükümlerinin uygulanacağı bilinen ceza hukuku ilkeleridir.

54. 2014/14061 sayılı dosyada tutuklamaya esas alınan suçlardan olan TCK. 133. maddesinin (1) numaralı fıkrası 2/7/2012 tarihli kanunla değişikliğe uğrayarak değişiklik öncesi var olan altı aylık hapis cezası üst sınırı beş yıla çıkarılmıştır. Başvuruculların bir kısmının eylemleri 2/7/2012 tarihi öncesi olduğu için yargılama sonucu isnat edilen bu suçtan mahkum olsalar bile alacakları ceza en fazla kanundaki üst sınır olan 6 ay hapis cezası olacaktır. 6 ay hapis cezasının infaz kanununa göre çekilmesi gereken süresi ise 4 aydır. 22/7/2014 tarihinde gözaltına alınan ve sonrasında tutuklanan başvuruculların bir kısmı açısından bu süre dolmuştur.

55. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasında değişiklik yapan 6352 sayılı Kanun'un Adalet Komisyonu raporunda şunlar ifade edilmiştir: "*Alt Komisyonca, sanığın yargılanması sonucunda verilecek cezanın iki yıl veya altında olması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün olduğundan tutukluluk kararı verilebilmesi için gerekli olan alt sınırın bir yıldan iki yıla çıkarılmasına ilişkin yapılan düzenleme çerçeve 95'inci madde olarak Komisyonumuzca aynen kabul edilmiştir.*"

56. Yukarıda belirtilen kanun değişikliği gerekçesine göre de tutuklama kararı verilirken müsnet suçla ilgili olarak yargılama sonucu verilebilecek kanun maddesindeki cezanın üst sınırının dikkate alınması ve 2 yılın altında olması halinde tutuklama kararı verilmemesi gerekmektedir. Çünkü 2 yılın altında kalan hapis cezalarının koşullarına göre erteleme, para çevirme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi tedbirlere çevrilmesi imkanları bulunmaktadır.

57. Buna göre 5/7/2012 tarihi ve sonrasındaki önleyici amaçlı dinleme taleplerinde isimleri bulunmayan başvurucular hakkındaki "*Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması*" suçundan verilen tutuklama kararı 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasına ve dolayısıyla Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen kanunla öngörülme ilkesine aykırı olması nedeniyle bu şikayetin kabul edilebilir olduğu görüşündeyim. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

d. Yeni Delil Olmaksızın Yakalama Kararı Çıkarıldığı İddiası

58. 2014/41637 soruşturma sayılı dosyada tutuklanan başvuruculardan Kürşat Durmuş, Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz ve Erkan Ünal, haklarında yeni bir delil olmaksızın yakalama kararı çıkarılmasının 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasına aykırılık teşkil ettiğinden bu yakalama kararına bağlı olarak verilen tutuklama kararının hukuka aykırı ve yok hükmünde olduğunu iddia etmişlerdir.

59. 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) ve (6) fıkraları şöyledir;

"(5) Gözaltı süresinin dolması veya sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz.

(6) Gözaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafii de hazır bulunur."

60. 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (6) nolu fıkrasına göre tutuklama talebi ile sevk edilen bir kişinin sorgusunun yapılması ve bu kapsamda Cumhuriyet Savcısının sevk talebinin değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekir.

61. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un (5) nolu fıkrasına göre sulh ceza hakiminin kararı üzerine serbest bırakılan bir kişi hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamaz. Bu düzenlemelerle gözaltına alma işleminde kişilerin tutulabileceği azami sürelere işaretle, yeniden yakalama kararı verilebilmesi için yeni ve yeterli delil şartı getirilerek kişilerin keyfi tutulmalara karşı korunması yasal güvence altına alınmıştır. Bu çerçevede idarenin buna uygun şekilde organize olması gerekmektedir.

62. Somut olayda Başsavcılığın 2014/41637 soruşturma sayılı dosyasında tutuklamaya sevk edilen başvurucularla ilgili olarak İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliği 2014/53 sorgu sayılı kararla başvurucular Kürşat Durmuş, Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz ve Erkan Ünal'ın sorguları yapılmadan serbest bırakılmalarına karar vermiştir. Başsavcılığın bu karara itirazı üzerine İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği 8/8/2014 tarih ve 2014/749 D.İş kararla itirazın kabulü ile başvurucular hakkında yakalama kararı çıkarmıştır. Hakimliğin gerekçesinde 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) nolu fıkrasında öngörülen "*yeni ve yeterli delil elde edilmesi"* koşuluna dair herhangi bir ifade bulunmamaktadır.

63. Buna göre başvurucular Kürşat Durmuş, Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz ve Erkan Ünal'ın tutuklanmaları talebiyle hakimliğe sevk edilmelerinden sonra sorguları yapılmadan serbest bırakılmaları ve daha sonra isnat olunan suçla ilgili olarak "*yeni ve yeterli delil edildiği*" gösterilmeksizin haklarında itiraz üzerine yakalama kararı çıkarılması ve bu karar üzerine sevk edildikleri hakimlikçe tutuklanmaları 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) ve (6) nolu fıkralarına aykırı olması nedeniyle aynı zamanda tutuklamanın kanuniliğini öngören Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasına da aykırıdır.

64. Somut olayda olduğu üzere hakimlik tarafından sorgu işlemi yapılmaksızın kişinin serbest bırakılması ve sonrasında yeni bir delil elde edilmemesine karşın kişi hakkında yakalama kararı çıkarılmasının kabul edilmesi, kişilerin herhangi bir sınırlama olmaksızın keyfi olarak kamu makamlarınca özgürlüklerinden alıkonulmalarına sebebiyet verecektir.

65. Yukarıdaki açıklamalar ışığında başvurucuların bu şikayetinin kabul edilebilir olduğu görüşündeyim. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

e. Tabii Hakim, Tarafsız ve Bağımsız Hakim İlkesinin İhlali İddiası

66. Başvurucular, tutuklama kararı veren sulh ceza hakimlerinin Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen *doğal hakim* ilkesine aykırı olduğunu, öncelikle siyasi iktidar tarafından suçlandıkları, sonrasında bu mahkemelerin kurulduğu ve bu hakimliklere tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları konusunda şüpheler bulunan hakimlerin atandığı, bu hakimlerce tutuklandıklarını, bu nedenle doğal hakim ilkesine aykırı, tarafsız ve bağımsız olmayan hakimlerce tutuklanmış olmaları nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

67. Anayasa'nın 37. maddesinde hiç kimsenin kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı ve bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağı belirtilerek tabi hakim ilkesi düzenlenmiştir.

68. Tabi hakim ilkesi Mahkememizin bir kararında şöyle tanımlanmıştır:

" Doğal hâkim güvencesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biridir. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da doğal hâkim kavramı, suçun işlenmesinden veya davanın doğmasından önce davayı görecek yargı yerini kanunun belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal hâkim ilkesi, yargılama makamlarının uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra kurulmasını veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasını engeller.

...

Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibariyle hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, "kanuniliğin" yanı sıra "önceden belirlenmiş" olmaya da yer verilmiştir."(Bkz. AYM 17/7/2013 tarih, E.2012/146, K.2013/93)

69. AİHS'nin 13. maddesinde de, *"ulusal bir makama etkili başvuru yapabilme hakkının"* altı çizilmiştir. AİHM etkili başvuru yolunu, *"teorik ve hayali değil, fiilen ve gerçekten mevcut bulunan, yani sonuç doğurabilir nitelikte bir başvuru yolu*" olarak değerlendirmektedir. Buna göre, bireylerin başvurmaları halinde haklarının korunması açısından etkili sonuç alamayacakları, yeterli denetim güvencelerine sahip bulunmayan ve görünürde mevcut olan bir başvuru yolunun Anayasa ve Sözleşme anlamında etkili bir başvuru yolu olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun yoluna başvurma hakkının etkili bir şekilde sağlanabilmesi için kanun yolu merciinin, iç ve dış bağımsızlığa sahip, incelenen kararı gerektiğinde değiştirme yetkisi olan ve başvurucuya etkili denetim imkanı sağlayan bir konum ve yapıya sahip bulunması gerekir.

70. AİHM'e göre 5/4 fıkrası kapsamında yapılacak denetimde, denetimi gerçekleştiren adli merciin her şeyden önce yasayla yetkili kılınmış, bağımsız, tarafsız, hukuka uygunluk denetimi yapabilen ve hukuka uygunluk sağlanmadığı takdirde kişileri salıverme yetkisiyle donatılmış bir organ olması gerekir. Bu anlamda AİHM'e göre 5/4 fıkrası kapsamında yapılan denetim hem topluma hem de özel olarak ceza soruşturmalarında şüpheliye/sanığa güven vermelidir. AİHM'e göre söz konusu güvenin sağlanabilmesi için 5/4 fıkrası (habeas corpus güvencesi) kapsamında denetim yapan adli merciin bazı niteliklerinin bulunması zorunludur. AİHM kararları incelendiğinde, bu türden bir başvuru yolunda ve talebi inceleyecek yargı organında bulunması gereken nitelik ve özellikler, 5/1-c de dahil her türlü özgürlükten mahrum bırakma durumunda, şöyle sıralanabilir; *"Habeas corpus güvencesi yargısal bir nitelik taşımalı ve somut olayın koşullarına uygun güvenceler sunmalıdır; denetim hukuka uygunluk (lawfulness - régularité) denetimi olmalı, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun bir yargılama yapılmalı, yargılama makul aralıklarla tekrarlanmalı ve kısa sürede sonuçlandırılmalıdır; Sözleşme'nin 5 § 1 c) hükmü kapsamındaki (ceza soruşturmaları çerçevesindeki) tutuklamalarda, tutuklu olan kişi makul aralıklarla dinlenilmeli ve hakkında verilen kararlar gerekçeli olmalıdır. Talebi inceleyen organ, her ne kadar adil yargılanma hakkını koruma altına alan AİHS'nin*

6. maddesindeki güvencelerin tamamına sahip olmak zorunda olmasa da, bağımsızlık ve tarafsızlık ile, kanunla kurulmuş olma (doğal hâkim güvencesi) gibi temel yargısal niteliklerle donatılmış olmalıdır. Söz konusu yargılamada mahkemeye erişim hakkı, avukat yardımından yararlanma hakkı, tanık dinletebilme ve tanığı sorguya çekebilme hakkı gibi güvenceler koruma altına alınmalıdır; yargı organı sadece tavsiye niteliğinde görüş açıklama yetkisiyle donatılmış olmamalı, hukuka aykırılık halinde kişinin serbest bırakılmasına karar verme yetkisine de sahip olmalıdır. Sonuç olarak, ilgili, hâkim tarafından etkili bir şekilde dinlenilmeli, habeas corpus yargılaması kişiye teori ve pratikte makul bir başarı şansı ya da ümidi sunmalıdır; aksi halde söz konusu başvuru yolu etkili ve tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olarak değerlendirilmeyecektir"(Mehmet Öncü,*"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Tutuklama(1): Tutuklulukta Makul Süre"*, Haşim Kılıç'a Armağan, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 1, Ankara 2015 s.1596-1598). Sözkonusu nitelikler belirtilmek suretiyle gözetilen amaç, diğer istisnai haller de dahil olmak üzere Sözleşme'nin 5/1/c kapsamında özgürlüğünden mahrum bırakılan bireylere etkili bir denetim yolu sunmaktır.

71. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının içerdiği en temel özelliklerden birinin, keyfilik riskini en aza indirmeyi ve hukukun üstünlüğünü korumayı amaçlayan yargısal denetim olduğunu belirtmiştir. Yargısal denetime ilişkin şartlara uygun usulleri geliştirmek yargı makamlarının görevidir; ancak, bu usuller aynı zamanda Sözleşme ile uyumlu olmalıdır. Yargısal denetim, Sözleşme'nin 5.maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre "*yargıç"* veya "*adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli*" tarafından gerçekleştirilmelidir. Maddede belirtilen yargıç, her biri yakalanan kişi için bir teminat oluşturan belli şartları karşılamalıdır. Söz konusu şartların en önemlilerinden biri, onun yürütmeden ve taraflardan bağımsız olmasıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) nolu fıkrası bakımından bağımsız ve tarafsız sayılmayacak Devlet Güvenlik Mahkemesi'ndeki askeri hakimin, tutuklama kararı verebilecek bağımsız hakim statüsüne de sahip olmadığı ve Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Bkz. Bülbül/Türkiye,* B.no.47297/99, 22/5/2007, § 23-24*).*

72. Genel olarak tarafsızlık ise, 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. Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (B. No. 2013/1780, 20/3/2014, § 61-62). Bu kapsamda hakim ön yargılı olamayacağı gibi yargıladığı kişilere ve topluma tarafsız olduğu görünümünü vermekle de yükümlüdür. Bu nedenle adaletin yerine ge-

tirilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda tarafsız biçimde yerine getirildiğinin yargılanan taraflarca görülmesi ve buna inanılması da gerekir.

73. AİHM, nesnel tarafsızlık testinde önemli olanın, demokratik bir toplumda mahkemelerin halkta ve ceza davalarında yargılanan sanıklarda oluşturacağı güven duygusu olduğunu vurgulamıştır. Nesnel tarafsızlık incelenirken, mahkemenin tarafsız olmadığını iddia eden tarafın görüşü önemli ama sonuca etkili değildir. Mühim olan, tarafsızlıkla ilgili şüphelerin nesnel olarak haklı gösterilip gösterilmediğidir. Şayet hâkimin tarafsızlığına yönelik meşru bir şüphe varsa o hâkim davadan çekilmelidir (bkz. *Hauschildt/Danimarka, B No. 10486/83, 24/5/1989, § 48).* Bunun için hakimin gerçekten taraflı veya önyargılı davranmış olması gerekmez. Ancak, belirli bir uyuşmazlıkta 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.

74. Yargıtay, görevli olduğu mahkemede yargılanan sanık hakkında daha önce yazmış olduğu kitapta olumsuz değerlendirmelerde bulunan hakimin tarafsız olamayacağı hususundaki sanığın şikayetinin haklı olduğuna karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir; ". *Yansız, adil, yasa ve yöntemine uygun bir yargılama beklentisi sanık için en doğal hak, bu beklentinin gerçekleştirilmesi de yargılama makamları açısından yasal bir zorunluluktur.*

Anılan kitaptaki olumsuz bakış açısının, mahkeme başkanının yargılamada yansız kalamayacağı yönünde sanıkta endişe oluşturması haklı bir gerekçedir ve aksinin düşünülmesi yani hakimin yansız olması da bu gerçeği değiştirmeyecektir." (Yargıtay 7.CD., 27/6/2007, E.2007/2099, K.2007/5107)

75. Hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birbirlerinden farklı olmalarına karşın, aynı zamanda birbirleriyle iç içe bulunan kavramlardır. Gerçekten, bağımsız olmayan bir hakimden tarafsız bir hüküm beklenemez. Çünkü bağımsız olmayan, baskılara maruz kalan bir hakimin, hukuka ve vicdanına göre değil de baskı uygulayan güçlerin talepleri doğrultusunda karar verme olasılığı yüksektir.

76. Kuvvetler ayrılığı sistemi içinde eğer yürütme, bir mahkeme önündeki davayı etkilemek amacıyla müdahale ederse nesnel tarafsızlık ihlal edilmiş olur. Nitekim *Sovtransavto Holding/ Ukrayna* davasında başvurucu Rus şirketinin Ukrayna'da açtığı dava devam ederken, Ukrayna Cumhurbaşkanı, Yüksek Tahkim Kurulu'nun dikkatini devletin menfaatlerini koruma gerekliliğine çekmiştir. AİHM, Cumhurbaşkanı'nın bu ifadesinin, davanın sonucunu

etkileyip etkilemediğine bakmaksızın, Tahkim Kurulu'nun bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili meşru bir şüphe yarattığına hükmetmiştir *(Bkz. Sovtransavto Holding/Ukrayna, B. No:48553/99, 25/7/2002).*

77. Tarafsızlık ilkesi ile bağlantılı olarak doğal hakim ilkesi gereği; bir suçun işlendiği tarihten sonra kurulan mahkemelerin, yargılanan kişide kendisini cezalandırmak üzere kurulduğu ve dolayısıyla tarafsız olmadığı şeklinde meşru bir kuşku uyandırması doğaldır.

78. Başvurucular başvuru formu ve eklerinde, doğal hakim ilkesine aykırı, tarafsız ve bağımsız olmayan yargı merciince tutuklandıklarına yönelik ihlal iddialarını aşağıda belirttikleri vakıalara dayandırmışlardır:

"İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının yürüttüğü 17 Aralık 2013 ve 25 Aralık 2013 tarihli soruşturmalar başta Başbakan olmak üzere hükümet ve iktidar partisi yetkilileri tarafından hükümete yönelik darbe girişimi olarak nitelendirilmiştir.

Yine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının yürüttüğü "Selam-Tevhid Kudüs Ordusu terör örgütü" konulu soruşturma ile ilgili olarak aralarında Başbakan'ın danışmanları da olmak üzere pek çok kişinin dinlendiği bu kapsamda Başbakan'ın görüşmelerinin de kayıt altına alındığı belirtilerek bu soruşturmada görev alan başvurucular resmi belgede sahtecilik ve devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme suçlarından tutuklanmışlardır.

Başbakan tarafından darbeye teşebbüs olarak nitelendirilen soruşturmalarda görev alanların mensubu olduklarını iddia ettiği paralel yapı ile ilgili adli işlemlerin yapılacağı müteaddit defalar beyan edildiği ulusal basına yansıyan haberlerden anlaşılmaktadır. Bu kapsamda örnek olarak 15/4/2013 tarihinde meclis grup toplantısında yaptığı konuşmada ".Ama biz yılmadan, vazgeçmeden, asla boyun eğmeden ve geri adım atmadan bu çetenin üzerine gideceğiz.. MİT'e ait TIR'ların hukuksuzca durdurulması, Dışişleri'ndeki toplantının dinlenmesi ve diğer hukuksuz dinlemeleri yakından takip ediyoruz. Adana'da bir vatansever savcı çıktı. Hem casusluk faaliyetleri hem de hukuksuz dinlemeler konusunda soruşturma başlattı. Bazı zanlılar, gözaltına alındı ve tutuklandı. Aradan birkaç gün geçmeden o paralel çetenin mensupları devreye girdiler. Soruşturmaya müdahale ettiler. Paralel yapının medyası manşet atıyor, paralel yapının yargıdaki uzantıları adeta talimat almışçasına zanlıları serbest bırakıyor. Haklarında güçlü deliller bulunan zanlıları serbest bırakılması gerçekten düşündürücüdür.. Bakın Adana'da casuslar lehine, hainler lehine karar alınabiliyor.,",

23/6/2014 tarihinde ". Şimdi yaptığımız bazı yasal düzenlemeler Cumhurbaşkanı'nın önünde. Onaylanınca, hızlı adımlar atılacak. İçeride, dışarıda olanlar var. Kaçmış olanlar var. Kırmızı bültenler yayımlamaktan dava açmaya kadar her şey

*olacak. Onlar nasıl bize yüzlerce dava açtı, biz de onlara yüzlerce, binlerce dava açacağız. O zaman olay farklı gelişecek. .. **Bir proje geliştiriyoruz. O bitince süreç hızlanacak**",*

*21/7/2014 tarihinde gazetecilerin sorusu üzerine "HSYK'nın elinde olanlar çok sınırlı. Zaten şimdi yargı süreci başlıyor. **Sulh Ceza hâkimleri bu süreci götürecek**. Bugüne kadar toplanan tüm deliller, paralel yapı olgusunu şayiadan vakaya dönüştürdü. ..."*

*23/7/2014 tarihli Adana mitinginde "Adana'daki ihanet izah edilemez. Bu Pensilvanya'nın hakimleri, savcıları, emniyet içindeki uzantıları, asker içindeki uzantıları Adana'da çok alçakça bir ihanet girişiminde bulundular. İşte şu anda bunların hesabı soruluyor, **İstanbul operasyonu budur**. Şimdi hesap soruluyor, şimdi ortaya neler çıkacak, neler.."*

Sulh ceza hakimlerinin göreve başladıkları ilk gün başvurucular hakkında arama el koyma kararı ve gözaltına alınma kararı verildiği gibi, yine aynı gün "Kudüs Tevhid Ordusu" konulu soruşturma ile ilgili kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir.

Bakanlık görüş yazısı ekindeki İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının yazısında "soruşturma dosyasına telefonları dinlenen Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarının şikayet dilekçeleri mevcuttur" denilmiştir.

Ayrıca başvuru formuna ekli 26/7/2014 tarihli ve bir milletvekili ile avukatların imzalarının bulunduğu tutanakta başvuruculaların sorgu için İstanbul Adliyesinde bekledikleri sırada sorguyu yapacak hakimin odasında hakim haricinde başsavcı vekili, emniyet müdürü ve iki kişinin daha görüldüğü, avukatlardan Ö.K.'nın diğer şahısların kim olduğunu öğrenmek istemesi üzerine Hakim İ.Ç.'nin "Kaç İsmail demesi" üzerine söz konusu şahsın odadan hızlı bir şekilde kaçtığı, bu sırada İl Emniyet Müdür Yardımcısı M.Ç.'nin "kaçan şahsı tanıyorum, benim elemanımdır" dediği belirtilmiştir."

79. Çoğunluk gerekçesinde, gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, siyasi tartışmalarda ortaya konulan değerlendirme ve yorumlardan hareketle, başvuruculara yönelik somut önyargılı bir işlem ve tutum gösterilmeksizin, ilgili hâkimlerin siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmenin mümkün olmadığı belirtilerek başvuruların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmış ise de, başvurucuların iddialarına göre yukarıda belirtilen olayların gelişim süreci dikkate alındığında;

-İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının yürüttüğü 17 ve 25 Aralık 2013 tarihli soruşturmaların Başbakan tarafından hükümete darbeye teşebbüs olarak ni-

telendirilip, bu soruşturmaları yapanlar hakkında işlem yapılacağının müteaddit defalar beyan edilmesi,

-Kanun değişikliği yapılarak Sulh Ceza hakimliklerinin kurulması ve bu hakimliklere İstanbul Adliyesinde mevcut bulunan 38 sulh ceza mahkemesi hakimleri arasından atanan 6 hakimden 2'sinin Başbakan'ın hükümete yönelik darbeye teşebbüs olarak nitelendirdiği soruşturmada şüpheliler lehine karar veren hakimler olması, bu hakimlerden birinin ayrıca kamuya açık sosyal paylaşım hesabında Başbakan hakkında olumlu ifadeler kullanması,

-Başvurucular hakkındaki gözaltı işleminin atanan hakimlerin göreve başladıkları ilk gün yapılması, başvurucuların sorgu için bekledikleri sırada sorguyu yapacak hakimin odasında emniyet mensuplarının bulunduğu yönünde tutulan tutanak, başvurucuların tarafsızlık ve bağımsızlıkları konusunda şikayetçi oldukları hakimlerin soruşturma kapsamında verilen tutuklama, yakalama ve itiraz kararlarında görev almış olmaları,

-Benzer durumlara ilişkin olarak yukarıda belirtilen AİHM ve Yargıtay kararları,

Bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucuların, tutuklama ve bu kararlara yapılan itirazlara bakmakla görevli sulh ceza hakimliklerinin, kendilerinin aleyhlerinde kararlar vermek üzere kuruldukları; atanan hakimlerin tarafsız ve bağımsız olmadıkları, özellikle soruşturma dosyasına şikayet dilekçesi veren ve dolayısıyla soruşturmaya taraf konumuna gelen Başbakan hakkında kamuya açık sosyal paylaşım hesabında olumlu düşüncelerini ifade ettiği belirtilen hakimin soruşturmada görev alması nedeniyle kendilerinin aleyhlerine taraflı davranacakları konusundaki şüphelerin yarsiz olduğunun söylenemeyeceği, nesnel tarafsızlık kapsamında "*adaletin sağlandığına ilişkin görünümün*" sağlanamadığı, bu nedenle bu hakimliklerin somut soruşturmalar koşullarında doğal hakim ilkesine aykırı olarak kuruldukları, tarafsız ve bağımsız olmadıkları hususunda başvuranlar ve üçüncü kişiler nezdinde şüpheler oluşturduğu ve bu nedenle de başvurucuların bu şikayetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olarak değerlendirilemez. Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

f. Soruşturma Dosyasına Erişim İmkânından Yoksun Kalma ve Savunma İçin Makul Süre Verilmediği İddiası

80. Başvurucular, iddia konusu suçlar konusunda emniyet, savcılık ve hakimlik aşamalarında atılı suçlarla ilgili hiçbir belge gösterilmediğini, gözaltı ve tutuklamaya dayanak müfettiş raporunun savcılık ve sorgu aşamasında hiç gösterilmemesine karşın bu rapor üzerinden suçlama yapıldığını, yine yıl-

lar önce kendileri tarafından hazırlandığı iddia edilen tutanaklar dahi kendilerine verilmeyerek savunma yapmalarının beklendiğini, gazetelerde manşetten yayımlanan bilgilere soruşturma dosyasında ulaşamadıklarını ve makul sürede savunma hakkı tanınmadığını beyan etmişlerdir.

81. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir;

"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 hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir."

82. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası yakalanan veya tutuklanan kimseye yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirimin mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda ise en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesini öngörmektedir.

83. AİHM'e göre Sözleşme'nin 5. maddesi anlamındaki "*mahkeme*" kavramının taşıması gereken temel yargısal niteliklerden biri *çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği* ilkelerine uygun yargılama (*Nikolova/Bulgaristan* [BD], B.No: 31195/96, 25/3/1999, § 58; *Altınok/Türkiye*, B.No; 31610/08, 29/2011, § 45) yapılmasıdır.

84. 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 başvurucular, davanın karşı tarafına tanınan bir avantajın kendisine zarar vermiş olduğunu veya bu durumdan olumsuz etkilendiğini ispat etmek zorunda değildirler. Taraflardan birine tanınan, diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır (B. No: 2013/6428, 26/6/2014,§ 70).

85. 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. 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 (B. No: 2013/1780, 20/3/2014,§ 25).

86. AİHM, müdafinin dosya içeriğini incelemesinden mahrum bırakılmasını silahların eşitliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirmiştir; "*Sözleşmenin 5.*

maddesinin 4. paragrafı uyarınca tutukluluğa itirazı değerlendiren mahkemede tarafların, yani savcı ve sanığın eşitliğini teminen tarafların davaya katılma hakkına itina gösterilmesi gerekir. Eğer müdafi, müvekkilinin tutukluluğunun hukukiliğine etkili biçimde itiraz edebilmesi için önem arz eden dosya içeriğini inceleme hakkından mahrum bırakılıyorsa, tarafların eşitliği sağlanmamış demektir" (*Ceviz/Türkiye*, B.no:8140/08, 17/7/2012, § 41), "*AİHM, AİHS'nin 5/4 maddesi uyarınca tutukluluğa itiraz için başvuruda bulunulan mahkeme önünde yürütülen bir duruşmanın çekişmeli olması ve iddia makamı ile sanık arasında "silahların eşitliği" ilkesini temin etmiş olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Şayet, avukatın, müvekkilinin tutukluluk halinin yasallığına etkili bir biçimde itiraz edebilmesi için büyük önem taşıyan dosya unsurlarına erişimi reddedilmişse silahların eşitliği ilkesi temin edilmemiştir*" (*Erkan Ekin/Türkiye*, B.no:13176/05, 23/2/2010), "*Savcı dosyanın tamamına hakim olduğu halde uygulanan usul, başvurucuya, tutukluluğun devamını haklı göstermek için dayanılan gerekçelere gereği gibi itiraz etme imkânı vermemiştir. Bu usul, silahlarda eşitliği sağlamadığından, tamamıyla çekişmeli bir usul değildir. O halde, Sözleşme'nin 5(4). fıkrası ihlal edilmiştir*" (*Lamy/Belçika*, B.no:10444/83, 30/3/1989, § 29).

87. Somut olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. 153. maddenin mülga (2) numaralı fıkrası soruşturma evresinde müdafiin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek almasını, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise kısıtlanabilmesine olanak tanımakta iken 21/2/2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 19.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. 6526 sayılı Kanun'un konuya ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesinde şunlar ifade edilmiştir; "*Silahların eşitliği ilkesine göre iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması gerekmektedir. Bu durum, savunma hakkının gerçekten hakkıyla yapılmasının zorunlu bir gereğidir. Soruşturma aşamasında müdafiin dosya içeriğini incelemesinin engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunun 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün kaldırılması suretiyle, müdafiin soruşturma dosyasını incelemesi yönündeki sınırlandırma kaldırılmaktadır*". Buna göre somut olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre müdafi, herhangi bir sınırlama olmaksızın soruşturma dosyası içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini alabilir.

88. Somut olayda Adalet Bakanlığının görüşüne ekli İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 13/10/2014 tarih ve 2014/41637 soruşturma sayılı yazıda başvuruculaların iddiaları ile ilgili olarak şöyle denilmiştir; "*Cumhuriyet Başsavcılığımızın 29 Eylül 2014 tarihli basın açıklamasında da belirtildiği üzere başvuruculaların da içerisinde bulunduğu şüpheliler hakkında "Siyasal ve Askeri Casusluk, Özel*

Hayatın Gizliliğini İhlal Etmek, Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi, Resmi Belgede Sahtecilik ve Suç Uydurma" suçlarından yürütülen soruşturma dosya örneği, devlet yetkililerinin ulusal-uluslararası görüşme kayıtları ve mağdurların özel hayatlarına ilişkin ses ve görüntü kayıtları hariç olmak üzere isteyen her şüpheli ve avukatına verilmiştir. (Ek-9) Ulusal güvenlik ve insanların özel hayatının mahremiyeti gereği, ulusal güvenliği ve özel hayatı ilgilendiren ses ve görüntü kayıtlarının şüpheli avukatlarına verilmesi TCK'nun 134 ve 327/1. maddeleri uyarınca mümkün değildir. Bu nedenle başvuruculaların "savunma hakkının kısıtlandığına" ilişkin iddiaları gerçeği yansıtmamaktadır ...".

89. Somut olayda 2014/41637 soruşturma sayılı dosyada tutuklanan başvuruculaların müdafilerine soruşturma dosyasının tamamının örneğinin savcılık tarafından verilmediği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet savcılığının bu uygulamasının 5271 sayılı Kanun'un somut olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 153. maddesi gereğince kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca başvurucular, savcılığın kendilerine vermediği bu belgeleri düzenlemek ve bu belgelerde isimleri geçen şahısları usulsüz bir şekilde dinlemekle suçlanmaktadırlar. Başvuruculaların ifade alma ve sorguda savunmalarını gereği gibi yapabilmeleri için haklarındaki suç isnatlarına dayanak gösterilen bu belgelere erişimlerinin sağlanması gerekir. Suçlamaya temel dayanak belgeler başvuruculara gösterilmediği için başvuruculaların savunma yapma imkanları kısıtlanmıştır. Bu açıklamalar ışığında şikayetin kabul edilebilir olduğu görüşündeyim. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

g. Etkili Başvuru Hakkının İhlali İddiası

90. Başvurucular, tutuklama kararlarına karşı, belli bir amaç için kuruldukları yönünde çok sayıda emare bulunan sulh ceza hakimliklerine başvurulmasına mecbur bırakılması ve üst dereceli mahkeme tarafından tutukluluk halinin değerlendirilmesi imkânından yoksun bırakılmaları nedeniyle etkin başvuru haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

91. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası şöyledir:

"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."

92. 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 mahkemede yü-

rütülmekte olan davalardaki tahliye talepleri veya tutukluluğun uzatılması kararlarının incelenmesi açısından bir güvence oluşturmaktadır (B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 30).

93. 6545 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre kurulan sulh ceza hakimliklerinin kararlarına karşı itirazların incelenmesi, 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi gereğince aynı yerde birden fazla sulh ceza hakimliğinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen hakimliğe aittir.

94. Somut olayda başvuruculaların tarafsızlık ve bağımsızlıklarından şüphe duydukları hakimler, başvurucular hakkında tutuklama ve bu kararlara yapılan itirazlarda da görev almışlardır.

95. Başvuruculaların tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından tutuklanmadıkları yönündeki şikayetleri ile ilgili olarak yapılan incelemede belirtilen gerekçeler etkili başvuru hakkına yönelik iddialar bakımından da aynen geçerlidir.

96. Bu kapsamda, somut olayda tutuklama kararlarına yapılan itirazlarında başvuruculaların tarafsız ve bağımsız olmadığı yönünde kaygı taşıdıkları Sulh Ceza hakimleri tarafından incelenerek reddine karar verildiği, başka üst bir mercie itiraz hakkı da bulunmadığı, bu nedenle somut olayda söz konusu itiraz yasa yolunun tutuklama kararlarına karşı yapılan itirazlar açısından etkisiz olduğu, bu nedenle de, etkili başvuru haklarının ihlal edildiği iddiası ile ilgili şikayetin kabul edilebilir olduğu görüşündeyim. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

h. Masumiyet Karinesinin ihlali

97. Başvurucular basında aleyhlerine birçok haksız ve gerçek dışı haber yapılarak adeta basında yargılanmaları ve haklarında olumsuz kampanya yürütülmesi nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

98. Masumiyet (suçsuzluk) 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).

99. Masumiyet karinesi korumasının başlangıcı konusunda AİHS'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında suç isnadının varlığı aranırken, Anaya-

sa'nın 38. maddesinde bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine göre herhangi bir suç isnadı olmayan hallerde de, resmi makamlarca kişilere suçlu muamelesi yapılması söz konusu karinenin ihlali anlamına gelecektir.

100. Masumiyet karinesinin etkisi, sadece ceza davasının sonucu ile sınırlı değildir. Suçlama anından itibaren yargılama faaliyetinin tüm aşamalarında ve tüm resmi makamlar önünde geçerlidir. Bu nedenle, bu ilke yalnızca görevli yargı organlarını değil aynı zamanda diğer resmi makamları da bağlamaktadır. Fakat bu durum resmi makamların kamuoyunu bilgilendirmesine engel değildir. Buna göre, ceza soruşturması ile ilgili şüphe sebepleri, yakalanma ve suç itirafı gibi bilgiler kamuoyuna duyurulabilir; ancak resmi makamlar açıklamalarında kişiyi suçluymuş gibi göstermekten kaçınmalıdır.

101. AİHM'e göre Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından teminat altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası, yürütülmekte olan cezai bir soruşturma hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini önlemez; ancak masumiyet karinesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğunda, bilginin tam bir dikkat ve ihtiyatla verilmesi gerekir (Bkz.*Allenet de Rıbemont/ Fransa, B.no:15175/89,* 10/2/19955, § 38). Yargısal kararlarda ve kamu otoritesi kullanan kişilerin ifadelerinde, bir kişinin bir suçun şüphelisi olduğunu beyan etmeleriyle, bu kimsenin suçlu olduğunu yansıtmış olmaları arasında çok temel bir fark bulunmaktadır. Yetkili kişiler, ifadelerinde kullanacakları kelimeleri seçerken bu ayırıma dikkat etmek zorundadırlar (*Ilgar Mammadov/Azerbeycan* B. no.15172/13, 22/5/2014, § 126). Masumiyet karinesi, hiçbir devlet temsilcisinin bir mahkeme tarafından mahkûm edilmeden bir kişinin suçlu olduğunu ifade etmemesini gerektirir. Ayrıca, masumiyet karinesi sadece bir hakim ya da bir mahkeme tarafından değil, başka resmi makamlar tarafından da ihlal edilebilir (*Bkz.Karadağ /Türkiye*, B.no: 12976/05, 29/6/2010, § 60).

102. Öte yandan AİHM, kendisi hakkında henüz resmi bir suçlamada bulunulmamış ve bu kapsamda ifadesi alınmamış bir kişi hakkında başsavcılık makamı tarafından yapılan basın açıklamasında kullanılan "*başvurucunun eylemlerinin hukuk dışı olduğu, aynı zamanda başvurucunun yerel halkı kolluk görevlilerine direnmeye ve yola barikat kurmaya çağırdığının tespit edildiği*" şeklindeki ifadelerin başvurucuya karşı açılan dava ile "*doğrudan ilişkisini*" dikkate alarak, bu açıklamaların, henüz suçluluğu kanıtlanmamış başvurucunun suçluluğu hususunda halkı yönlendirecek olması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Bkz. *Ilgar Mammadov/Azerbeycan*, § §121, 128)

103. AİHM *Gutsanovi/Bulgaristan* kararında ise kamu makamlarının soruşturma ile ilgili açıklamalarını kamuoyunu bilgilendirme ve masumiyet ka-

rinesi bağlamında değerlendirmiştir. Mahkeme, bölge savcısının; polisin bir çok kişiyi gözaltına aldığı, başvurucunun da içinde bulunduğu bir çok kişinin evinde ve bürolarında arama yapıldığı ve bu kişiler hakkında iddianame düzenlendiği, bu kişilerin suçlandıkları fiiller ve bunların ceza kanunundaki karşılıklarına ilişkin açıklamalarının, devam eden sürece ve süreç sonunda mahkûmiyet durumunda alınabilecek cezaya ilişkin teknik bilgiler olduğunu ve bu açıklamaların masumiyet karinesini ihlal etmediğine karar vermiştir (*Gutsanovi/Bulgaristan*, B.no:34529/10,15/10/2013, §197)

104. Buna karşılık anılan kararda; İçişleri Bakanının yaptığı açıklamada soruşturmada elde edilen bazı somut bilgileri ifşa etmesi, bu kapsamda paraların aynı kişilerin hesaplarında toplandığı ve başvurucu ve diğer bir şüpheli arasında özel ilişkileri olduğunu ifade etmesi, bu açıklamanın başvurucunun gözaltına alınmasının ertesi günü ancak mahkeme önündeki diğer tüm işlemlerin öncesinde ve soruşturmaya karşı kamuoyu ilgisinin en yoğun olduğu bir zamanda yapılmış olması, bu açıklamaların doğrudan operasyonun gidişatına ilişkin olması ve İçişleri Bakanının, yürütme erkinin sorumlu bir yüksek görevlisi olması hususlarını dikkate alan Mahkeme, İçişleri Bakanının, soruşturmanın yürütülmesi ve sonuçları hakkında kafa karışıklığına sebep olacak durumlardan kaçınması gerektiğini, bu açıklamanın içeriğinin basit bir bilgilendirme faaliyetinin çok ötesinde olduğu ve kamuoyunun büyük bir çoğunluğunda başvurucunun bu ekibin beyin takımından biri olduğu izlenimini uyandırdığını, bu nedenle sözlerin başvuranın masumiyet karinesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, bir açıklamada masumiyet karinesini ihlal niyetinin olmayışının Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ihlal edilmemiş sayılması için yeterli olmadığına karar vermiştir (*Gutsanovi/Bulgaristan*, § 199-201).

105. Somut olayda 17 Aralık 2013 tarihli adli soruşturma sonrasında başvuruculaın resmi görevleri gereği görev aldıkları bazı önleme dinlemelerinin ve soruşturmaların farklı amaçlar içerdiği, devletin varlığı ve bütünlüğüne yönelik tehdit içerdiği, hükümeti hedef aldığı iddiaları hükümet mensupları tarafından ifade edilmiştir.

106. Bu kapsamda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen ve bir kısım başvurucuların adli süreçte görev aldıkları "*Selam-Tevhid Kudüs Ordusu terör örgütü"* konulu soruşturma olarak bilinen 2011/762 sayılı soruşturma ile ilgili olarak 24/2/2014 tarihinde 2 ulusal gazetede 7000 kişinin dinlendiği yönünde haber çıkmıştır. Aynı gün Başsavcılık usulsüz dinleme iddiaları ile ilgili rapor hazırlanması için İstanbul Emniyet Müdürlüğüne talimat vermiştir.

107. 25/2/2014 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 2011/762 soruşturma sayılı dosyası ile ilgili olarak basın açıklaması yapmıştır. açıklamada;

*".. yapılan ön incelemede, herhangi bir silahlı terör eylemi ya da terör planlaması olmadığının görülmesine rağmen 3 yıldan fazla bir süredir bir çok kişi hakkında iletişimin denetlenmesi ve kayda alınması ile fiziki ve teknik takip kararları alındığı", "suçla ilgisi olmayan görüşmeleri dahi kayıt altına alınmak suretiyle dosyaya dahil edildiği", "soruşturmayla ilgisi bulunmayan birçok görüşme kayıtlarının dosyaya dahil edildiği, böylece dosya kapsamında doğrudan veya dolaylı olarak telefonları dinlenen ve kayıt altına alınan şahıs sayısının 2280 olduğu anlaşılmıştır. Halen Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünce yapılan çalışmalar devam etmekte olup bu sayının artacağı değerlendirilmektedir"*şeklinde ifadeler kullanılmıştır.

108. İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/53 sorgu sayılı belgede ise soruşturma kapsamında 238 kişi hakkında iletişimin tespiti kararının alındığı belirtilmiştir.

109. Başsavcılığın basın açıklaması, masumiyet karinesi ve kamuoyunu bilgilendirme bağlamında değerlendirildiğinde, bir kısım başvurucuların usulsüz dinleme yapmakla suçlandıkları, Başsavcılığın 2011/762 soruşturma sayılı dosya derdest iken bu soruşturmada görev alan başvurucuların usulsüz işlemler yaptıklarının belirtildiği, ayrıca mahkeme sorgu tutanağında söz konusu soruşturmada 238 kişi hakkında iletişimin tespiti kararı alındığı belirtmesine karşın Başsavcılığın basın açıklamasında doğrudan ve dolaylı olarak dinlenen kişi sayısının 2280 kişi olduğu ifade edilerek söz konusu soruşturmada görev alanların çok sayıda kişiyi dinledikleri yönünde beyanlar içermektedir.

110. Başvurucular 28.2.2014 tarihindeki seçim mitinginde Başbakanın, ". *3 bine yakın kişinin telefonlarını dinlemişler, Selam Örgütü kurmuşlar, kendileri dışında ne kadar kişi varsa dinlemişler. Benim oğlumla ilgili de aynı iftirayı atmışlar. . Sipariş üzerine de bunlar aynı şeyi yaptılar. En mahrem, en gizli görüntüleri yaydılar, dinlediler. Düşün beni dinliyor, Başbakan'ı. Bizim güvenli hatlarımız var, bunları dinlemişler. Biz uluslararası görüşmeler yaptık bunu dinlemişler, bunun hukuki, İslami yönü olmaz.*", 11/3/2014 tarihinde bir başka seçim mitinginde "*Mersin'de 123 kişinin uydurma soruşturmalarla dinlendiğini, Vali, korumaları, hakimler, memurlar, AK Parti'nin, CHP'nin, MHP'nin, BDP'nin il başkanlıkları, emniyet müdürleri, bürokratlar keyfice dinlenmişler. Bunun dışında 'Selam Örgütü' diye bir örgüt uydurmuşlar. 3 bine yakın kişiyi, 3 yıl dinlemişler. CHP'nin Genel Merkezini dinlemişler, MHP'yi dinlemişler ama hiçbirinde ses yok, tık yok. Gazetecileri, sanatçıları dinlemişler .",* 20/7/2014 günü "*zaten şimdi yargı süreci başlıyor. Sulh ceza mahkemeleri götürecek. Bugüne kadar toplanan tüm deliller paralel yapı olgusunu şayiadan vakıaya dönüştürdü*" ifadelerini kullandığını, bu beyanların dinlemeyi yapanları suçlayıcı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

111. Başbakan'ın bu beyanlarının başvurucular iddia edilen suçları işledikleri hususunda kamuoyu oluşması ve bu suçları soruşturmak ve yargılamakla

görevli makamları etkileme olasılığı göz ardı edilemez. Zira Başbakan yürütmenin icra yetkisine sahip en etkili kamu otoritesi konumundadır.

112. Somut olayda haklarında ceza soruşturması yürütülen başvurucuların, haklarında kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmadığı halde açıkça veya ima yoluyla suçlu gösterildikleri yönündeki iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu söylenemez. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

KARŞI GÖRÜŞ

Başvurucular, haklarında kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmaksızın doğal hakim ilkesine aykırı olarak kurulmuş, tarafsız ve bağımsız olmayan bir mahkeme tarafından tutuklandıklarını, tutuklama ve tutuklamaya itiraz üzerine verilen kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığını, tutuklama kararına karşı etkin başvuru yolu bulunmadığını, gözaltı süresinin aşıldığını, kanuna aykırı delillerin kullanıldığını, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlandığını ve masumiyet karinesinin ihlal edildiğini belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği ve 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakları ile 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkememiz çoğunluğu, başvurucuların ileri sürdüğü ihlal iddialarını kabul edilemez bulmuştur. Aşağıda belirtilen gerekçelerle, ileri sürülen ihlal iddialarının kabul edilebilir nitelikte olduğu kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

I - TUTUKLAMA KARARLARINA İLİŞKİN İDDİALAR

Başvurucular, kaçma ve delilleri karartma şüphesi bulunmadığı halde tutuklandıklarını, haklarında soruşturma yapılacağına dair sosyal medyada haberler çıkmasına rağmen herhangi bir kaçma girişiminde bulunmadıklarını, bazılarının da bizzat emniyete giderek teslim olduklarını belirtmişlerdir. Başvurucular ayrıca, haklarındaki soruşturmaların, görevleri kapsamında yaptıkları adli ve önleme dinlemelerine ilişkin olduğunu, soruşturma ile ilgili delillerin adli makamlarda olduğunu belirterek delil karartma ihtimallerinin de bulunmadığını ifade etmişlerdir.

Başvurucuların, bunlara ek olarak, tutuklama ve tutuklamaya itiraz sonucu verilen kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığını, tutuklama tedbiri uygulanırken gerekli kişiselleştirmelerin yapılmadığını, kanunda bulunmayan bir ayrımın tutuklamaya dayanak gösterildiğini, haklarında düzenlenen müfettiş raporlarının sorgulanmaksızın tutuklamaya gerekçe yapıldığını, tutukluluk durumuna yaptıkları itiraz üzerine verilen ret kararlarının gerekçesinde sadece tutuklama kararlarının usul ve yasaya uygun bulunduğu ibaresi ile yetinildiğini, adli kontrol tedbirine neden başvurulmadığının somut olaylara dayalı olarak açıklanmadığı hususlarını da ileri sürmüşlerdir.

Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konulduktan 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).

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 şüphe bulunmasına bağlıdır. Bu, tutuklama tedbiri için aranan olmazsa olmaz unsurdur. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır. Bu kapsamda kuvvetli şüphe hakimlerin sübjektif duygu ve düşüncelerine değil; mutlaka objektif maddi olgulara dayanmalıdır.

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanun'un 100. maddesine 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 oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar bir liste halinde belirtilmiştir.

Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması da derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olmakla beraber 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).

Başlangıçtaki 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 (B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 53).

Çoğunluk görüşünde; isnat edilen suçlamalara ilişkin dinleme kayıtlarının tutuklama kararlarının gerekçesi olarak gösterildiği, başvuruculara isnat edilen eylemlerin suç oluşturup oluşturmadığının, yapılacak yargılama sonucunda toplanan delillere göre davayı görecek olan mahkemece belirlenebileceği, bu belirlemenin hukuka uygun olup olmadığının kanun yollarında incelenebileceği, tutuklamaya ilişkin olanlar da dahil kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisinin kapsamında olduğu, tutuklama kararlarının gerekçeleri dikkate alındığında başvuruculara suç işlemiş olabileceklerinden şüphelenilmesi için kuvvetli belirti bulunmadığı yönündeki iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.

Çoğunluk görüşünde ayrıca, ilk tutuklamaya ilişkin yargısal denetim sırasında, kişinin bir suç işlemiş olabileceğine dair inandırıcı nedenlerin bulunup bulunmadığı ve özgürlükten yoksun bırakmanın bu bağlamda hukuki olup olmadığı konularıyla sınırlı bir inceleme yapıldığı, bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine dair ciddi belirtilerin varlığının ilk tutma bakımından yeterli olabileceği, ancak suçlamanın ciddiyeti ve cezanın ağırlığının tek başına "uzun tutukluluğu" haklı kılmayacağı, bu nedenle "tutukluluğun devamına" ilişkin olarak, masumiyet karinesine rağmen kişilerin özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı gösterecek kamu yararına dayanan olayla ilgili ve yeterli bir neden gösterilmesi gerektiği, somut olaydaki soruşturmanın bu aşamasında derece mahkemelerinin tutuklama ve itiraz üzerine verdikleri kararların gerekçeleri incelendiğinde bu gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu sonucuna varıldığı ifade edilmiştir.

Tutuklama tedbirinin Kanuna uygun kabul edilebilmesi için kuvvetli suç şüphesi ile birlikte tutuklama nedenlerinden en az birinin tutukluluğun her aşamasında birlikte mevcut olması zorunludur. 5271 sayılı Kanun'un 101.

maddesine göre tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararların gerekçelerinde, kuvvetli suç şüphesinin, tutuklama nedenlerinin varlığının ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin *"somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi"* gerekir.

Özgürlük hakkının temel amacı bireyin keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılmamasını garanti altına almaktır (Benzer yöndeki AİHM yaklaşım için bkz: *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 3/10/2006, § 30). Bu açıdan istisnai durumlarda ve yalnızca kısıtlamayla ilgili ikna edici bir gerekçe bulunması durumunda özgürlük ve güvenlik hakkına getirilecek kısıtlamalara müsaade edilmesi mümkündür. Gerekçe, kararın akla uygun, çelişkisiz, inandırıcı dayanağı demektir. Bu nedenle, somut olayda olduğu gibi, sadece tutuklama nedeninin, yani kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunduğunun belirtilmiş olması, kararın gerekçeli yazılması anlamına gelmez. Bu kapsamda tutuklama tedbirine başvurulmazsa kaçma ve delilleri karartmanın mümkün olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek maddi bilgi ve belgelerin karar gerekçesinde açıklanması gerekir.

Adli makamlarca verilen tutuklama kararlarında herhangi bir gerekçenin bulunmaması, Anayasa'nın 19. maddesi çerçevesinde tutmanın keyfi olmaması prensibine açıkça aykırılık teşkil eder (Benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Stasaitis/Litvanya*, B. No: 47679/99, 21/03/2002, §§ 66-67). Benzer şekilde aşırı şekilde kısa yada sadece tutmaya izin veren yasal düzenlemeye atıfta bulunan bir tutuklama kararı, kişiyi keyfilikten yeterli ölçüde koruyamaz.

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. maddesinin 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 (B. No: 2013/1137, 2/7/2013, § 44).

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 bulunmadığı hususu "kanunilik şartı" olarak nitelendirilebilir. Bu düzenleme, Sözleşme'nin 5. maddesindeki düzenleme ile uyum içindedir (Benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], B No: 3394/03, 29/3/2010, § 79).

Tutuklama nedenleri 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sınırlı olarak

sayılmış olup, bu nedenlerin genişletilmesi mümkün değildir (Benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Khayredinov/Ukrayna*, B. No: 38717/04, 14/10/2010, § 26). Mevcut olayda İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 2014/42 ve 2014/52 sorgu sayılı tutuklama kararlarında "*... işlendiği iddia edilen suçların önemli ve ciddi sayılan suçlardan olması nedeniyle tutuklamanın varsayıldığı ...*", aynı hâkimliğin 2014/53 sorgu sayılı tutuklama kararında "*... suçun nitelikli ve önemli suçlardan olduğu, devlet sırlarına karşı suçlardan sayıldığı, bu nedenle tutuklama nedeninin var olduğu ...*" ifadeleri tutuklamanın gerekçesi olarak gösterilmiştir.

5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi incelendiğinde, "*işlendiği iddia edilen suçların önemli ve ciddi sayılan suçlardan olması*" veya "*suçun nitelikli ve önemli suçlardan olduğu, devlet sırlarına karşı suçlardan sayıldığı, bu nedenle tutuklama nedeninin var olduğu*" şeklindeki tutuklama gerekçelerinin kanuni dayanağının olmadığı açıktır. Ayrıca 2014/53 sorgu sayılı tutuklama kararında yer alan, 5237 sayılı Kanun'un 328. maddesinde düzenlenen siyasal veya askeri casusluk suçu, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sayılan ve tutuklama nedeninin mevcut olduğunun kabul edildiği suçlar arasında sayılmamaktadır. İddia olunan bu suçla ilgili olarak "*devlet sırlarına karşı suçlardan sayıldığı, bu nedenle tutuklama nedeninin var olduğu*" gerekçesinin de kanuni herhangi bir dayanağı bulunmamaktadır.

Diğer taraftan başvurucu Ramazan Bolat'ın tutuklanmasına ilişkin karar incelendiğinde; başvurucunun sadece "suç şüphesi" ile tutuklandığı ve Kanun'da belirtilen herhangi bir "tutuklama nedeni"ne dayanılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, başvurucunun, sadece "suç şüphesi" ile tutuklanması ve tutuklama kararında herhangi bir tutuklama nedeninden bahsedilmemiş olması açıkça Kanun'a aykırı olup "tutuklamanın hukukiliği"ne ilişkin genel şartla bağdaşmaz. Bir kişinin, sadece "suç şüphesi" gerekçesiyle özgürlüğünden mahrum bırakılması, hukuk sistemimizde kabul edilemez. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, bir tutuklama kararı verilirken, isnat olunan suçların niteliğinin yanında, kişinin içinde bulunduğu somut durumunun dikkate alınarak, tutukluluk kararlarının gerekçelerinin "kişiselleştirilmesi" de ayrı bir zorunluluktur. Bir tutuklama kararının hukuki ve meşru kabul edilebilmesi ancak bu şartları karşılaması durumunda söz konusu olabilir.

Başvuru dosyasının incelenmesinden, İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliği'nin 2014/30 ve 2014/69 sorgu sayılı kararlarında "casusluk" suçlamasına ilişkin iletişim tespitlerinin 2013 yılı Aralık ayında yapıldığı belirtilerek bu tarihte iddia edilen dinlemeleri yapan emniyet biriminde görevli olmayan şüphelilerin serbest bırakılma yönündeki taleplerinin reddedildiği görülmüştür. Ancak, başvuruculardan Erhan Körtek ve Yurt Atayün, siyasal ve askeri casusluk su-

çunu işledikleri iddiasına dayanak gösterilen ve Başbakan'a ait olduğu iddia edilen görüşmelerin gerçekleştiği tarihte, İstanbul Terörle Mücadele Şubesinde görev yapmadıklarını beyan etmelerine rağmen, bahsi geçen suçtan tutuklandıkları görülmektedir. Tutuklama kararı ve bu karara yapılan itirazın reddi kararının gerekçeleri incelendiğinde, tutuklama kararının esasını temelden etkileyen bu yöndeki savunmaların gerekçede hiçbir şekilde karşılanmadığı ve bu konuda herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın adı geçen başvuruculaların itirazlarının reddedildiği belirtilmelidir.

Başvurucular Muhammed Ali Iklı, Ali Fuat Yılmazer, Ali İhsan Tezcan, Metin Canbay, Erol Demirhan, Hayati Başdağ, Hasan Hüseyin Danacı ve Harun Aydın, tutuklama kararına yönelik itirazlarında, tutuklanmalarına esas suçlardan olan "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçuna ilişkin olarak, dinleme taleplerinin 2/7/2012 tarihi öncesine ait olduğunu ve bu dönemde tutuklama yasağı bulunduğunu ifade etmişler, ancak itiraz mercii tutuklama kararının esasını temelden etkileyen bu yöndeki savunmalar hakkında da herhangi bir değerlendirme yapmaksızın söz konusu itirazları reddetmiştir.

Dolayısıyla, sadece "suç şüphesi"ne dayanılarak ve somut bir tutuklama nedenine yer verilmeksizin alınan tutuklama kararlarının Kanuna uygun olduğunu söylemek mümkün değildir. Bahsi geçen başvuruculaların özgürlük ve güvenlik hakkı Kanun'a aykırı bir şekilde kısıtlanmıştır.

Başvuruculaların tutuklanmalarına gerekçe olarak gösterilen hususlardan biri de kaçma şüphesidir. Kaçma şüphesinin varlığına işaret eden unsurlardan biri, mahkûmiyet halinde kişinin alabileceği hapis cezasının ağırlığıdır. AİHM'e göre, ulusal bir mahkemenin, tutukluluğun devamına dair kararında "suçun niteliği"ne atıfta bulunması, aslında isnat edilen suçun ağırlığına ve dolayısıyla kaçma tehlikesinin varlığına dair bir "karine"ye atıfta bulunduğu şeklinde anlaşılabilir. İsnat edilen suç için öngörülen hapis cezasının ağırlığı, salıverme talebinin ret edilmesi için bağımsız bir neden olarak gösterilemez. İsnat edilen suça verilebilecek cezanın ağırlığının, kendiliğinden sanığın kaçma tehlikesi bulunduğu gerekçesiyle tutukluluğun devamını haklı kılmayacağı açıktır. Kaçma tehlikesiyle ilgili olarak sanığın karakteri, ahlaki durumu, ikametgahı, mesleği, malvarlığı, aile bağları, kovuşturulduğu ülkedeki bağlantıları, tutukluluğa karşı gösterdiği tepki, bir başka ülkeye gerçekten kaçmayı planlayıp planlamadığı, kaçmayı planladığı ülkeyle bağlantıları gibi unsurlar, kaçma şüphesi hususunda incelenmesi gereken diğer unsurlardır (Bkz: *Yağcı ve Sargın/Türkiye*, B. No: 16419/90 ve 16426/90, 8/6/1995, § 51).

Özellikle *Yağcı ve Sargın/Türkiye* davasında AİHM, başvuruculaların Türkiye'ye tamamen kendi istekleriyle dönmüş oldukları ve cezai soruşturmaya

uğrayacaklarını bilmiyor olmalarının mümkün olmadığını belirterek, başvuruculaların kaçma tehlikesi bulunduğu düşüncesiyle tutukluluklarının devamına karar verilmesini eleştirmiştir (*Yağcı ve Sargın/Türkiye*, B. No: 16419/90 ve 16426/90, 8/6/1995, § 52). Aynı şekilde AİHM,*Pantea/Romanya* davasında da başvurucunun, ifade vermek üzere savcının davetine uyarak geldiği ve mahkeme koridorunda beklemesine rağmen soruşturulmaktan kaçındığı gerekçesiyle tutuklanmasını "hukukun öngördüğü usule" uyulmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) fıkrasının (c) bendinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (Bkz: *Pantea/Romanya*, B. No: 33343/96, 3/6/2003, §§ 221-23).

Adli makamların, suç işlediğinden şüphelendikleri bir kişinin hemen erişebilecekleri bir yerde bulundurulmasını istemelerinin esas nedeni, soruşturma ve kovuşturmanın gereği gibi yapılabilmesinin sağlanması ve eğer bu kişi mahkûm edilecek olursa cezasının infaz edilebilmesi için mevcudiyetine ihtiyaç duyulmasıdır. Kaçma tehlikesi, sadece kişinin alabileceği cezanın ağırlığına göre değerlendirilemez. Kaçma tehlikesinin varlığını doğrulayan ya da bu tehlikenin tutuklu yargılamayı haklı kılacak diğer ilgili faktörlere bağlı bir değerlendirme yapılması gerekir (benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Panchenko/Rusya*, no. 45100/98, 8/02/2005, § 106).

Somut olayda başvurucular emniyet mensubu olduklarını, haklarında adli soruşturma yapılacağını önceden bilmelerine rağmen herhangi bir kaçma girişiminde bulunmadıklarını belirtmişlerdir. Bakanlık görüşünde bu hususa değinilmemiştir. Başvuruculaların büyük bir kısmı ikametlerinde teslim olmuş, biri emniyete teslim olmuş (Yurt Atayün) bir kısmı ise (Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz, Erkan Ünal ve Kürşat Durmuş) gözaltına alınıp serbest bırakıldıktan sonra haklarında yakalama kararları çıkarılmasına ve aynı suçlama ile ilgili bazı başvuruculaların daha önce tutuklanmış olduğunu bilmelerine rağmen herhangi bir kaçma girişiminde bulunmayarak kendileri teslim olmuşlardır. Tutuklama kararında ise, "kaçma şüphelerinin bulunduğu" yönünde gerekçeye yer verilmesi, bu bağlamda kaçma şüphesine ilişkin hiçbir somut olgunun ortaya konulmaması veya kaçma şüphesine başvuruculaların somut durumlarıyla ilişkilendirilmeksizin gerekçede yer verilmesi, somut tutuklamanın Kanun'a aykırı olduğunu göstermektedir.

Başvuruculaların tutuklanmalarına son olarak delil karartma şüphesi gerekçe gösterilmiştir. Kişinin, soyut olarak, muhakemenin işleyişini engelleme tehlikesine dayanılarak tutuklanması kabul edilemez (Benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Becciev/Moldova*, B. No: 9190/03, 4/10/2005, § 59). Söz konusu tehlikenin varlığının maddi delillerle desteklenmesi gerekir. Hakkında soruşturma başlatıldığından haberdar olan bir kişinin, bir süre serbest bulunduktan sonra, delillere müdahale edebileceği düşüncesiyle tutuklanması veya

tutukluluğunun devamına karar verilmesi, ikna edici gerekçelerle ve somut bulgulara dayalı olarak temellendirilmelidir.

Somut dosyada isnat edilen suçlar önceki yıllarda yapılan dinleme kararlarına ilişkindir. Başvurucular, düzenlenen müfettiş raporlarının Cumhuriyet savcılığına sunulmasından kısa bir süre sonra gözaltına alınmışlardır. Buna göre, soruşturma kapsamındaki tüm delillerin, tutuklama tarihi itibariyle, soruşturma makamlarının elinde olduğu görülmektedir. Ayrıca Bakanlık'ın görüş yazısının ekinde yer alan Başsavcılık yazısında "*Dosya kapsamında başvuruculaın da içerisinde olduğu hiçbir şüphelinin ikametgâhı veya iş yerinde arama yapılmamış olup, bu şekilde elde edilen herhangi bir delil yoktur"* şeklindeki belirlemeden de, soruşturma ile ilgili delillerin, tutuklama tarihi itibariyle, soruşturma makamlarında olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Tutuklama kararlarının incelenmesinden ve Bakanlık görüşünden, haklarında başlatılan soruşturma sonrasında başvurucuların, atılı suçların işlendiği dönemdeki görevlerinden alındıkları, gözaltına alınmadan önce haklarında adli soruşturma yapıldığını bildikleri, 29/7/2014 tarihinde savunmaları alınmadığı gerekçesiyle serbest bırakıldıkları, takip eden süreçte haklarında tekrar yakalama kararı çıkarıldığı, serbest oldukları dönemlerde herhangi bir delil karartma girişiminde ya da eyleminde bulunduklarına dair hiçbir ibarenin söz konusu kararlarda yer almadığı görülmektedir. Somut olaydaki tutuklama kararlarının gerekçelerinde "delil karartma şüphesi"nin somut olgularla desteklenmemesi ve başvurucuların içinde bulundukları fiili durumla ilişkilendirilmeyerek kişiselleştirilmemesi tutuklama için Anayasa ve Kanun'da aranan şartlar yerine getirilmediğinden, hukuka aykırıdır.

Bu belirlemelere göre, başvurucuların tutuklama nedeni bulunmadığı, tutuklama ve tutuklamaya itiraz sonucu verilen kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığı yönündeki şikâyetlerinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan; Mahkememiz çoğunluğunun, söz konusu başvuruların "açıkça dayanaktan yoksun olması" sebebiyle kabul edilemeyeceği yönündeki görüşüne, AİHM ve Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanmış içtihatlarına aykırı olması sebebiyle katılmam mümkün olmamıştır.

II - KANUNİ GÖZALTI SÜRESİNİN AŞILDIĞI İDDİASI

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/41637 soruşturma sayılı dosyası kapsamında tutuklanan başvurucular, kanuni gözaltı süresinin dolmasına rağmen serbest bırakılmadıklarını, ardından sevk edildikleri Sulh Ceza Hâkimliğinde hukuka aykırı olarak dört gün fazladan gözaltında tutulduklarını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculardan Kürşat Durmuş ayrıca hakkındaki

yakalama kararı üzerine teslim olmasının ardından sevk edildiği hâkimlikçe bir gün daha adliye nezarethanesinde tutulduğunu, bu nedenle kişi hürriyeti güvenliği haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Mahkememiz çoğunluğunun görüşünde, bir suç isnadıyla gözaltına alınan ve ardından tutuklama kararıyla gözaltı hali sona ermiş bir kişinin, yasal gözaltı süresinin aşıldığı iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda ihlal sonucunun, kişinin durumuna bir etkisi olmasının mümkün olmadığı, zira gözaltı süresi aşılmış olsa dahi, kişi hâkim tarafından tutuklandığından gözaltı süresinin aşıldığı yönündeki bir tespit ve ihlal kararının "tutuklu" kişinin serbest kalmasına imkân vermeyeceği, bireysel başvuru kapsamında bu nitelikte bir başvurunun incelenmesinin ve ihlal kararı verilmesinin, talep edilmesi halinde ancak tazminat verilmesine imkân sağlayabileceği, gözaltı süresinin aşılıp aşılmadığı ve sorguda geçen sürenin kanuni olup olmadığının 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada da incelenebileceği, Yargıtay içtihadının bu kapsamdaki taleplerle ilgili olarak davanın esasının sonuçlanmasına gerek olmadığı yönünde olduğu, bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla yasal gözaltı süresinin aşıldığı tespit edildiğinde, bu nedenle tazminata hükmedilebileceği, bu dava yolunun başvuruculaların durumlarına uygun telafi kabiliyetini haiz etkili bir hukuk yolu olduğu ve bu olağan başvuru yolu tüketilmeden bireysel başvuruların incelenmesinin ikincillik ilkesi gereği mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut olayda olduğu gibi, soruşturma aşamasında gözaltı süresinin dolup, sorgusu yapılmak üzere yargı organına sevk edilen kişilerin sorgusu yapılmadan yahut sorgusu yapılmak üzere, tekrar uzunca bir süre nezarethanede bekletilmesi, daha önce karşılaşılan bir durum değildir. O nedenle de, kişi güvenliği ve özgürlüğü açısından bu durumun, bireysel başvuru üzerine Mahkememizce incelenmesi ve değerlendirilmesi, hem teorik hem de pratik açıdan büyük bir önem arzetmektedir. Daha önce Mahkememizin böyle bir duruma ilişkin olarak vermiş olduğu karar da bulunmamaktadır. O nedenle konunun bu aşamada Anayasa Mahkemesince değerlendirilip karara bağlanmasında yarar vardır.

Diğer taraftan, Mahkememiz çoğunluğunun kabul ettiği gerekçe, somut olay bağlamında insan hak ve özgürlüklerini koruma amacından uzak olduğu gibi, tehlikeli sonuçlar doğmasına da neden olabilir. Bu gerekçeye göre soruşturma makamları, kişileri, haklarında tutuklanmaları için yetecek kadar delil elde edinceye kadar göz altında tutabilecekler, bundan sonra da tutuklama kararı verildiği için ilgili sadece tazminata talebinde bulunabilecektir. Somut olayda göz altı süresinin aşılıp aşılmadığı konusunda tereddüt söz konusu değildir. Başvurucular yasal göz altı süresi dolduktan sonra sorguya sevk edilmişler,

bundan sonraki aşmada da bir o kadar süre ayrıca geçmiş ve toplamda 8 gün süreyle hakim kararı olmaksızın özgürlüklerinden yoksun kalmışlardır. Dolayısıyla tüm bu sürecin bir bütün olarak ayrıntılı olarak incelenmesi gerekir. Sevk sırasında mevcut olmayan suç şüphelerine ya da tutuklama nedenlerine bu süreç içerisinde eklemeler yapılmış ya da gerekçeler bulunmuş ise bunların tespiti halinde tutma hali tümden kanuna aykırı hale gelebilir.

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. maddesinin 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, söz konusu kanunun hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olup olmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir (B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 45).

Öte yandan başvuruculara sulh ceza hâkimliğindeki yaklaşık dört gün süren sorgu süresince tutulmalarının da Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yakalanan veya tutulan bir kimsenin derhal bir hakim veya hukuken yargılama yetkisine sahip diğer bir görevlinin önüne çıkarılması öngörülmüştür. AİHM'e göre "derhal" ibaresinin anlamı ve kapsamı, Sözleşme'nin 5. maddesinin amacı ışığında belirlenmelidir. Bu madde, bireyin özgürlük hakkının devletin keyfi müdahalelerine karşı korunması gibi, temel bir insan hakkını içermektedir. Bireyin özgürlük hakkına idarece yapılan müdahalelerin yargısal denetimi, keyfilik riskini asgariye indirmeyi amaçlayan Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki güvencelerin temel unsurudur. Derhallik her bir olayda, o olayın özelliklerine göre değerlendirilmekle birlikte, bu özelliklere atfedilen önem hiçbir zaman, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında güvence altına alınan hakkın özünü zedeleme, yani devletin derhal salıverme veya derhal yargısal makam önüne çıkarma yükümlülüğünü ortadan kaldırma noktasına getirmemelidir (Bkz: *Brogan ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 11209/84, 29/11/1988, §§ 58-59). Kötü muamelelerin tespit edilebilmesi ve kişi-

nin özgürlüğüne yapılabilecek her türlü haksız müdahalenin asgari düzeyde tutulabilmesi için, yakalanan bir kimsenin ilk kez mahkemeye çıkarılmasına ilişkin yargısal denetimin "derhal" gerçekleştirilmesi çok büyük önem taşımaktadır (Benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], no. 3394/03, 29/3/2010, §§ 120-21). Bu şartın getirdiği zaman kısıtlaması esnek bir şekilde yorumlanamaz.

Başvuru dosyasının incelenmesinden, 2014/41637 soruşturma sayılı dosyada tutuklanmaları talebiyle hâkimliğe sevk edilen başvurucuların göz altı süresinin 26/7/2014 günü saat 1:30 olduğu, sorguya sevk saatinin aynı gün saat 02:05, sorguya başlama saatinin 13:00, sorgunun bitim tarihi ve saatinin ise 29/7/2014 saat 14:14 olduğu, bu süre boyunca başvurucuların adliye binasında tutuldukları anlaşılmaktadır. Başvurucular kanuni göz altı süresi dolduktan sonra sorgu için sulh ceza hakimliğine sevkedilmişler ve sorguları da yaklaşık 12 saat sonra yapılmaya başlanmıştır. Buna göre sorgusu yapılan ilk şüpheli açısından yaklaşık 12 saatlik tutma halinin kanuni hiçbir dayanağı bulunmamaktadır. Bu durum her bir başvurucu açısından sorgunun başladığı ana göre uzamaktadır. Oysa Anayasa ve Kanun'da öngörülen süreler azami sınırı işaret eden sürelerdir. Kolluk ile adli makamların bu sınırları aşmayacak önlemleri almış olmaları gerekir. Aksi halde *"derhal"* hakim huzuruna çıkarılmaya dair güvencenin hiçbir işlevi kalmayacaktır.

Diğer yandan, başvuruculların sorgu sürecinin toplamda üç gün on iki saat sürmesi, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen "derhal" kavramına yüklenen anlam açısından makul olarak değerlendirilemez. Buna göre başvuruculların bu şekilde üç gün boyunca adliye nezarethanesinde haklarında tutuklama kararı olmaksızın tutulmalarının kanuni dayanağı bulunmamaktadır.

Başvuru dosyasının incelenmesinden, hakkında çıkartılan yakalama kararı sonrasında başvuruculardan Kürşat Durmuş'un 12/8/2014 tarihinde bizzat teslim olmasına rağmen, sorguyu yapacak hakimin yoğunluğu gerekçe gösterilerek, sorgu işlemine ancak 13/8/2014 tarihinde başlandığı ve bu tarihe kadar başvurucunun adliye nezarethanesinde tutulduğu görülmektedir. Başvurucunun, bu koşullar altında nezarethanede tutulmasının hiçbir kanuni dayanağı bulunmamaktadır.

Diğer taraftan gözaltı, kişinin suç işlediği kuşkusuyla yakalandığı an başlayıp, savcı tarafından salıverildiği veya tutuklanması talebiyle hâkim önüne çıkarıldığı ana kadar devam eden bir dönemi kapsar.

Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrasına ve 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesine göre gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahke-

meye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki saatten fazla olamaz. Toplu olarak işlenen suçlarda ise delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Buna göre gözaltı süresi, bir veya iki şüphelinin yakalandığı durumda şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için gerekli yol süresi hariç yirmi dört saat; aynı soruşturma kapsamında üç veya daha fazla şüphelinin yakalandığı hallerde ise azami dört gündür. Dolayısıyla, gözaltına alınan kişi serbest bırakılmadığı takdirde, en geç bu sürelerin sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilmesi gerekir.

Anayasa'nın 19. ve 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinde belirtilen azami gözaltı süreleri kesin süreler olup uzatılması mümkün değildir. Kişinin gözaltında tutulabileceği süreler, Anayasa ve yasalar ile önceden belirlenmiş olduğundan, gözaltı işlemini yapan makamların, izin verilen kanuni sürenin aşılmaması için gerekli tüm tedbirleri alma yükümlüğü bulunmaktadır.

AİHM, *K.F./Almanya* kararında, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında güvence altına alınan özgürlük hakkının istisnalarının sınırlı sayıda olduğunu ve kimsenin özgürlüğünden keyfi bir şekilde yoksun kalmamasını sağlamak için bu istisnaların dar yorumlanmasının 5. maddenin amacına uygun olduğunu, bu kapsamda iç hukukta on saat olarak düzenlenen gözaltı süresinin kanunla düzenlenmiş olması nedeniyle "mutlak" olduğunu, bu sürenin *"45 dakika"* aşılmış olmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinin ihlali olduğuna karar vermiştir (Bkz: *K.F./Almanya*, B. No: 25629/94, 27/11/1997, §§ 66-72). AİHM'in, kanuni gözaltı süresinin aşılması konusunda verdiği birçok ihlal kararı bulunmaktadır (örneğin bkz: *Rüzgar/Türkiye*, B. No: 9246/00, 4/5/2006; *Zeynep Avcı/Türkiye*, B. No: 37021/97, 6/2/2003; *Sarı ve Çolak/Türkiye*, B. No: 42596/98 ve 42603/98, 4/4/2006).

Somut olayda Cumhuriyet Başsavcılığı 2014/41637 soruşturma sayılı dosya kapsamında, gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin üçüncü kararıyla sürenin 26/7/2014 günü saat 01:30'a kadar uzatılmasına karar vermiştir. Başsavcılık ayrıca, gözaltına alınan başvurucuların ifade alma işleminin 26/7/2014 tarihinde saat 01:25'de sona erdiğini ve UYAP sistemindeki teknik arıza sebebiyle şüphelilerin tutuklamaya sevk işlemlerinin saat 02:05 itibariyle yapıldığını belirtmiştir.

Başsavcılığın, gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin üçüncü kararında, 2014/41637 soruşturma numaralı dosya kapsamında gözaltına alınan başvurucular Erhan Körtek, Aytekin Koçak, Ömer Köse, Erkan Ünal, Ali Fuat

Altuntaş, Abdülkadir Ağır, Ensar Doğan, Şahin Akdeniz, Osman Özgür Açıkgöz, Mehmet Örs, Yurt Atayün, Yunusemre Uzunoğlu, Serdar Bayraktutan, Muhammed Kaya, Kürşat Durmuş ve Ramazan Bolat'ın gözaltı sürelerinin 26/7/2014 günü saat 01:30'da sona erdiği belirtilmiştir.

Buna göre, Anayasa ve Kanun'da belirlenen azami dört günlük gözaltı süresinin, adı geçen başvurucular yönünden, mahkemeye sevk edilmeden önce sona erdiği görülmektedir. Anayasa'nın 19. maddesinde, gözaltı süresinin aşılabileceği hususunda herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir. UYAP sisteminde arıza oluştuğu yönündeki gerekçe, Anayasa ve Kanun'da belirlenen azami gözaltı süresinin aşılmasını Kanun'a uygun hale dönüştürmez ve bu uygulamaya meşruiyet kazandırmaz. Zira AİHM'inde isabetle belirttiği gibi bu tür durumlarda idari veya yargısal makamlar usule ilişkin süreleri önceden bilmektedir ve dolayısıyla da sürecin kanunlara uygun şekilde ilerlemesini sağlamak için her türlü tedbiri alma imkanına sahiptir (Bkz: K. F./Almanya, B. No. 25629/94, 27/11/1997, § 72). Bu nedenle de bu gibi, ani gelişen olayların söz konusu olmadığı durumlarda yapısal veya teknik sorunlar mazeret olarak kabul edilemez. İdari ve yargısal makamlar yasalarda öngörülen sürelerin işletilmesi konusunda her türlü tedbiri almakla yükümlüdür. Bu kapsamda organizasyon eksikliğinden veya teknik sıkıntılardan kaynaklanan sorunların külfeti bireylere özgürlükten mahrumiyet olarak yükletilemez. Aksi takdirde, UYAP sistemindeki arızanın giderilmesine kadar, kişiler belirsiz bir süre özgürlüklerinden yoksun bırakılmış olmaktadır. Bu durum hukuk devletinde kabul edilebilecek bir durum değildir.

Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrasında, yakalanan veya tutuklanan kişinin en geç azami gözaltı süreleri içinde hâkim önüne çıkarılması gerektiği hükme bağlanmıştır. Maddede geçen "hâkim önüne çıkarılır"ifadesinin anlamı, savcılıkça sevk edilen kişinin hâkim tarafından cumhuriyet savcısının sevk talebi kapsamında sorgusunun yapılması işlemidir. Bu bakımdan, savcılık tarafından sevk işlemi hukuken yapılmış olmakla birlikte, fiili olarak hâkim tarafından sorgu işleminin başlamaması hâkim önüne çıkarılma olarak kabul edilemez. Zira bireysel başvuruda öngörülen güvenceler teorik veya soyut anlamda değil, gerçekte fiilen sağlanan güvencelere işaret etmektedir. Bu kapsamda kurallarda yer verilen güvencelerin fiilen de işletilmesi gerekir.

Somut olayda başvurucular kanuni gözaltı süresi sona erdikten sonra 26/7/2014 günü saat 02:05'te tutuklanmaları talebiyle sulh ceza hâkimliğine sevk edilmiş, hâkim önündeki sorgu işlemi ancak sevk edilmelerinden on bir saat sonra 26/7/2014 günü saat 13:00'te başlamıştır. Başvurucular, hakim huzuruna çıkana kadar geçen süre boyunca, polis gözetiminde adliye nezarethanesinde tutulmuşlardır. Bakanlık görüşünde, bu hususa ilişkin olarak farklı

bir beyan yer almamaktadır. Bu belirlemeler karşısında, gözaltı süresi sona ermesine rağmen başvurucuların sorgu işleminin başladığı 26/7/2014 günü saat 13:00'e kadar tutulmalarının hiçbir kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Söz konusu tutulma süresi Anayasa ve Kanun'a aykırı olup kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ağır ihlali niteliğindedir (Benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Zervudacki/Fransa,* B. No:73947/1, 27/7/2006) .

Ayrıca başvurucu Kürşat Durmuş hakkında çıkartılan yakalama kararı sonrası 12/8/2014 tarihinde kendisi teslim olmasına karşın, sorguyu yapacak hakimin yoğunluğu gerekçesiyle sorgu işlemine ancak 13/8/2014 tarihinde başlandığı ve bu süreye kadar da başvurucunun adliye nezarethanesinde tutulduğu anlaşılmaktadır. Başvurucunun bu şekilde nezarethanede tutulmasının kanuni dayanağı bulunmadığı gibi, kendi iradesiyle sorgulanmak üzere teslim olması dikkate alındığında, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının koşulları kapsamında gerekli ve ölçülü bir tedbir olarak da kabul edilemez.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, Mahkememiz Çoğunluğunun, başvurunun bu kısmının kabul edilemez olduğu yönündeki görüşüne katılmadım.

III - YENİ DELİL OLMAKSIZIN YAKALAMA KARARI ÇIKARILDIĞI İDDİASI

2014/41637 soruşturma sayılı dosyada tutuklanan başvuruculardan Kürşat Durmuş, Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz ve Erkan Ünal, haklarında yeni bir delil olmaksızın yakalama kararı çıkarılmasının 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasına aykırılık teşkil ettiğini ve bu yakalama kararına dayanılarak verilen tutuklama kararının hukuka aykırı ve yok hükmünde olduğunu iddia etmişlerdir.

Çoğunluğun görüşünde, sulh ceza hâkiminin serbest bırakma kararının itiraza tabi olması ve cumhuriyet savcısının serbest bırakmaya itirazı üzerine, itiraz merci tarafından şüpheliler hakkında yakalama emri çıkartılmasının, 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasıyla bir ilgisinin bulunmadığı, itiraz merciinin emriyle gerçekleşen yakalamanın, gözaltına almayla başlamış olan yargısal sürecin bir parçası olduğu, aksi halde, itiraz kanun yolunun bir anlam ve etkisinin olmayacağı, 5271 sayılı Kanun'un 98. maddesinde, itiraz sonrasında yapılan yakalamanın nedeninin tek başına fiilden kaynaklanan suç şüphesi değil, bu kapsamda yapılan itirazın kabulü üzerine hâkim tarafından verilen yakalama emri olduğu ifade edilmiştir.

5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan bir kişi hakkında yakalamaya ne-

den olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmedikçe ve Cumhuriyet savcısının kararı olmadıkça bir daha aynı nedenle yakalama işlemi uygulanamayacağı; aynı maddenin (6) numaralı fıkrasına göre ise tutuklama talebi ile sevk edilen bir kişinin sorgusunun yapılması ve bu kapsamda Cumhuriyet savcısının sevk talebinin değerlendirilerek bir karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Somut olayda, İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/53 sorgu sayılı kararıyla başvurucular Kürşat Durmuş, Ramazan Bolat, Ömer Köse, Osman Özgür Açıkgöz ve Erkan Ünal'ın sorguları yapılmadığından serbest bırakılmalarına karar verilmiştir. Başsavcılığın bu karara itiraz etmesi üzerine İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliği 8/8/2014 tarih ve 2014/749 Değişik İş sayılı kararı ile itirazı kabul ederek başvurucular hakkında yakalama kararı çıkartmıştır. Yakalama kararının gerekçesi incelendiğinde, 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (5) numaralı fıkrasında öngörülen "yeni ve yeterli delil elde edilmesi" koşulunun bulunduğuna ilişkin herhangi bir ifadenin bulunmadığı görülmektedir.

Anayasa'nın 19. maddesinin 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 özgürlüğünden yoksun bırakılması ancak "kanuni" dayanağı bulunduğu taktirde söz konusu olabilir. Kanunun özgürlükten yoksun kılmaya izin verdiği hâllerde ise, hukuk devleti ilkesi gereği, keyfiliği önlemek için, uygulanmasında yeterli ölçüde erişilebilir, kesin ve öngörülebilir olması zorunludur.

Somut olaydaki uygulama Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "tutuklamanın kanuniliği" ilkesine aykırıdır. Sorgu işlemi yapılmaksızın serbest bırakılan ve sonrasında yeni bir delil elde edilmemesine rağmen yakalama kararı çıkarılmasının kabul edilmesi, tüm bireylerin, Kanun'da yeri olmayan keyfi bir biçimde kamu makamlarınca özgürlüklerinden alıkonulmalarına sebebiyet verebilir. 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesi gereğince, sulh ceza hâkiminin kararı üzerine serbest bırakılan başvurucuların, hakkında yakalamaya neden olan fiille ilgili yeni ve yeterli delil elde edilmemesine rağmen aynı nedenlerle yakalanmaları, başvurucuların özgürlüklerinin Kanun'a aykırı bir uygulama ile kısıtlanması sonucunu ortaya çıkarmıştır.

Bu belirlemeler karşısında, sorgu işlemi yapılmaksızın serbest bırakılan ve sonrasında yeni bir delil elde edilmemesine rağmen hakkında yakalama kararı çıkarılan başvurucuların şikâyetlerini, herhangi bir neden belirtmeksizin "açıkça dayanaktan yoksun" olması nedeniyle kabul edilemez bulan çoğunluk görüşüne, bu tür bir uygulamanın Kanun'a aykırı ve keyfi olması nede-

niyle katılmıyorum. Başvurucuların, bu şikâyetlerinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

IV - TUTUKLAMA YASAĞININ İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2014/69722 soruşturma sayılı dosyası kapsamında tutuklanan başvurucular, "Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçundan tutuklandıklarını, 5237 sayılı Kanun'un 133. maddesinde düzenlenen bu suç için öngörülen cezanın üst sınırının altı ay hapis cezası olduğunu, 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesiyle bu ceza miktarının artırıldığını, atılı suçların tamamının 2/7/2012 tarihli kanun değişikliğinden önceki tarihe ait olduğunu, suç tarihi itibariyle üst sınırı altı ay hapis cezası olan bir suçtan tutuklandıklarını ileri sürmüşlerdir.

Mahkememiz Çoğunluğunun görüşünde, kişiye isnat olunan suçla ilgili ceza bakımından lehe kanun hükümlerinin uygulanması ile tutuklama tarihi itibarıyla aynı suçla ilgili tutuklama yasağı olması hususlarının farklı hukuki konular olduğu, bu kapsamda tutuklama tarihi itibarıyla anılan suçla ilgili tutuklama yasağının bulunmadığı, aksi halde bir suçun değişik zamanlarda işlenmesiyle ilgili olarak aynı anda o suçla ilgili tutuklama yasağı olması veya olmaması şeklinde sonuçların ortaya çıkabileceği, somut olayda başvurucular dan hiçbirinin sadece "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçundan tutuklanmadığı ifade edilmiştir.

5271 Sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez. Bu durumlar, "tutuklama yasağı" olarak da adlandırılabilir. Hapis cezasının üst sınırından maksadın, suça ilişkin kanun maddesindeki cezanın üst sınır olduğu açıktır.

Somut olayda, İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 2014/42 ve 2014/52 sorgu sayılı tutuklama kararlarında, İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliğinin 4/8, 4/17 ve 4/18 sayılı raporlarında belirtilen iletişimin tespiti dinlemeleri tutuklama nedeni olarak gösterilmiştir. Söz konusu raporlarının incelenmesinde, 4/8 sayılı raporda incelenen tüm dinlemelerin 2008-2011 yıllarına ait olduğu, 4/17 ve 4/18 sayılı raporlarda incelenen dinlemelerin ise 2008-2013 yıllarına ait olduğu görülmektedir.

İçişleri Bakanlığı Mülkiye Müfettişliğinin 4/17 ve 4/18 sayılı raporlarında inceleme konusu yapılan iletişimin tespiti dinlemelerinde, 6352 sayılı Kanun'un 80. maddesinin yürürlüğe girdiği 5/7/2012 tarihi ve sonrasında yapılan iletişimin tespiti önleme dinlemeleri belgelerinde, başvuruculardan Hikmet Kopar, Tolga Güzeltaş, Mesut Yılmaz, Abdülhalim Sönmez, Muhammed İkbal Kayaduman, Ramazan Orkun Altınışık, İsmail Torlar, Erkan Palas, Selahattin

Ergin, Şeref Bolat, Mehmet Dilaver ve Fatih Kıncır'ın adlarının yer aldığı, ancak aynı soruşturmada "Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçundan tutuklanan diğer başvurucular Muhammed Ali Iklı, Ali Fuat Yılmazer, Ali İhsan Tezcan, Metin Canbay, Erol Demirhan, Hayati Başdağ, Hasan Hüseyin Danacı ve Harun Aydın'ın isimlerinin bulunmadığı görülmektedir.

Ceza usul hukukuna ilişkin kuralların lehe ya da aleyhe olduğu konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın derhal uygulanacağı, buna karşılık maddi ceza hukukuna ilişkin kuralların ise lehe ya da aleyhe değerlendirmesine tabi tutularak kişinin lehine olan kanun hükümlerinin uygulanacağı temel ceza hukuku ilkeleridir.

Tutuklamaya esas alınan suçlardan olan 5237 sayılı Kanun'un 133. maddesinin (1) numaralı fıkrası 2/7/2012 tarihli kanunla değiştirilmiş ve altı ay olan hapis cezasının üst sınırı, beş yıla çıkarılmıştır. Başvurucuların bir kısmının eylemleri 2/7/2012 tarihi öncesine ait olduğundan, yargılama sonucunda isnat edilen bu suçtan mahkum olsalar dahi alacakları ceza en fazla kanunda öngörülen üst sınır olan altı ay hapis cezası olacaktır. Altı ay hapis cezasının infaz kanununa göre çekilmesi gereken süresi ise dört aydır. 22/7/2014 tarihinde gözaltına alınan ve sonrasında tutuklanan başvurucuların bir kısmı açısından bu süre, karar tarihi itibariyle dolmuş görünmektedir. Bilindiği üzere tutuklama tedbiri, ceza niteliğinde olmayıp sadece soruşturma ve kovuşturmanın sağlıklı bir şekilde yapılmasına hizmet etmektedir. Oysa çoğunluk görüşü geçerli olduğunda şüpheli veya sanıklar yasada öngörülen hapis cezalarından daha fazla tutuklu olarak kalabileceklerdir. Bu durumda tutuklama koruma tedbirinin fiiliyatta bir cezaya dönüştüğü görülmektedir.

5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasında değişiklik yapan 6352 sayılı Kanun'un Adalet Komisyonu raporunda "*Alt Komisyonca, sanığın yargılanması sonucunda verilecek cezanın iki yıl veya altında olması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün olduğundan tutukluluk kararı verilebilmesi için gerekli olan alt sınırın bir yıldan iki yıla çıkarılmasına ilişkin yapılan düzenleme çerçeve 95'inci madde olarak Komisyonumuzca aynen kabul edilmiştir.*" hususuna değinilmiştir. Kanun değişikliğinin gerekçesi incelendiğinde de tutuklama kararı verilirken müsnet suçla ilgili yargılama sonucunda verilebilecek cezanın üst sınırının dikkate alınması ve bu cezanın iki yılın altında olması halinde tutuklama kararı verilmemesi gerektiği belirtilmiştir. İki yılın altında kalan hapis cezalarının, duruma göre ertelenme, paraya çevirme ve HAGB gibi tedbirlere çevrilmesi imkânı bulunmaktadır.

5271 Sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan, sadece adli para cezasını gerektiren veya hapis cezasının üst sınırı iki yıldan

fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemeyeceği şeklindeki hüküm, ceza hukukunun yukarıda belirtilen temel kuralı, Adalet Komisyonunun raporu ve madde gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde, çoğunluk görüşünde ifade edilen gerekçenin isabetli olduğunu söylemek güçtür.

Bu belirlemeler karşısında, 5/7/2012 tarihi ve sonrasındaki önleyici amaçlı dinleme taleplerinde isimleri bulunmayan başvuruculaların "Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması" suçundan tutuklandıkları yönündeki şikâyetlerini, herhangi bir neden belirtmeksizin "açıkça dayanaktan yoksun" olması nedeniyle kabul edilemez bulan çoğunluk görüşüne, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (4) numaralı fıkrasına ve dolayısıyla Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen kanunilik şartına aykırı olması nedeniyle katılmıyorum. Başvuruculaların, bu şikâyetlerinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

V - SORUŞTURMA DOSYASINA ERİŞİM İMKÂNINDAN YOKSUN KALMA ve SAVUNMA İÇİN MAKUL SÜRE VERİLMEDİĞİ İDDİASI

Başvurucular, kendilerine isnat edilen suçlara ilişkin olarak, emniyet, savcılık ve hâkimlik aşamalarında söz konusu suçları işlemiş olduklarına ilişkin hiçbir belge ortaya konulamadığını, gözaltı ve tutuklamaya dayanak müfettiş raporunun savcılık ve sorgu aşamasında kendilerine hiçbir şekilde gösterilmemesine karşın bu rapor üzerinden suçlamada bulunulduğunu, uzun süre önce kendileri tarafından hazırlandığı iddia edilen tutanakların dahi kendilerine verilmeyerek savunma yapmalarının beklendiğini, gazetelerde manşetten yayımlanan bilgilere soruşturma dosyasında ulaşamadıklarını ve savunmalarını yapabilmeleri için makul bir süre verilmediğini ileri sürmüşlerdir.

Çoğunluğun görüşünde, gözaltına alınan kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasının ilk ve zorunlu yargısal denetimin sınırları dikkate alındığında, suçlamaya dayanak delil ve olgulara erişim koşullarının, adil yargılanma hakkı ilkelerinin bütünüyle uygulandığı kovuşturma aşamasındaki şartlarla aynı biçimde değerlendirilemeyeceği, tutuklanan başvuruculara ilişkin müfettiş raporlarının ve iletişimin dinlenmesine ilişkin belgelerinin taranmış olarak CD içerisinde verildiği, ayrıca aynı soruşturma dosyasında tutuklanan başvuruculaların emniyet, Cumhuriyet savcılığı ve sorgu sürecinde alınan savunmaları incelendiğinde haklarındaki suç isnadına temel teşkil eden belge ve bilgilere sahip olarak müdafileriyle birlikte ayrıntılı şekilde savunma yaptıkları, bu bilgi ve belgelere itiraz etme imkânına sahip oldukları ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 19. maddesinin 8 ve Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkraları, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişiye tutuklanması-

nın 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). Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında ise yakalanan veya tutuklanan kimseye yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirimin mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesini öngörmektedir.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 5. maddesi anlamındaki "mahkeme"nin taşıması gereken temel yargısal niteliklerden birisi "çelişmeli yargılama" ve "silahların eşitliği" ilkelerine uygun yargılama yapılmasıdır (Bkz:*Nikolova/Bulgaristan* [BD], B. No: 31195/96, 25/3/1999, § 58; *Altınok/Türkiye*, B. No: 31610/08, 29/2011, § 45). Silahların eşitliği ilkesinin en önemli sonuçlarından biri, soruşturma dosyasına ulaşabilme hakkıdır (Bkz: *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 51776/08, 29/11/2009, § 204). Hangi yöntem seçilirse seçilsin, bu yöntemde savunma tarafının dosyaya giren beyanlardan haberdar olması ve bu beyanlara karşı yorumda bulunabileceği gerçek bir fırsata sahip bulunması gerekir (Bkz: *Altınok/Türkiye*, B. No: 31610/08, 29/11/2011, § 59). Tutuklamaya dayanak belgelerin, kişilere yöneltilen suçlamalara uygun bir şekilde itiraz etmeleri için yetersiz olması, Sözleşme'nin ihlalini oluşturur (Bkz: *A. ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 51776/08, 29/11/2009, §§ 212-24). Benzer şekilde, belirleyici nitelikteki bir delilin savunma tarafına verilmemesi Sözleşme'yi ihlal eder (Bkz: *Garcia Alva/Almanya*, B. No: 23541/94, 13/02/2001, §§ 42-43).

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 başvurucular, davanın karşı tarafına tanınan bir avantajın kendisine zarar vermiş olduğunu veya bu durumdan olumsuz etkilendiğini ispat etmek zorunda değildirler. Taraflardan birine tanınan, diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır (B. No: 2013/6428, 26/6/2014,§ 70).

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. 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 (B. No: 2013/1780, 20/3/2014,§ 25).

AİHM, müdafiinin dosya içeriğini incelemesinden mahrum bırakılmasını silahların eşitliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca tutukluluğa itirazı değerlendiren mahkemede tarafların, yani savcı ve sanığın eşitliğini sağlamak için tarafların davaya katılma hakkına itina gösterilmesi gerekir. Eğer müdafi, müvekkilinin tutukluluğunun hukukiliğine etkili biçimde itiraz edebilmesi için önem arz eden dosya içeriğini inceleme hakkından mahrum bırakılıyorsa, tarafların eşitliği sağlanmamış demektir (Bkz: *Ceviz/Türkiye,* B. No: 8140/08, 17/7/2012, § 41). AİHM ayrıca, Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca tutukluluğa itirazı inceleyen mahkeme önünde yürütülen bir duruşmanın çelişmeli olması ve iddia makamı ile sanık arasında silahların eşitliğinin temin edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Şayet, avukatın, müvekkilinin tutukluluk halinin yasallığına etkili bir biçimde itiraz edebilmesi için büyük önem taşıyan bilgi ve belgelere erişimi reddedilmişse, silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olur (Bkz: *Erkan Ekin/Türkiye*, B. No: 13176/05, 23/2/2010). Savcı dosyanın tamamına hakim olduğu halde, başvurucuya tutukluluğun devamını haklı göstermek için dayanılan gerekçelere gereği gibi itiraz etme imkânı verilmemesi silahların eşitliği ilkesine aykırıdır (*Lamy/Belçika*, B. No: 10444/83, 30/3/1989, § 29). Nitekim Anayasa Mahkemesi de birçok kararında, savcılık beyanlarının başvurucuya bildirilmemesini, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırı bulmuştur.

Somut olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre müdafiinin, soruşturma evresinde dosya içeriğini incelemesi ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alması mümkündür. Maddenin mülga (2) numaralı fıkrası, soruşturma evresinde müdafiinin dosya içeriğini incelemesini veya belgelerden örnek almasını, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise kısıtlanabilmesine imkân tanımakta iken bu düzenleme 21/2/2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

6526 sayılı Kanun'un konuya ilişkin Adalet Komisyonu gerekçesinde "*Silahların eşitliği ilkesine göre iddia ve savunma makamlarının eşit haklardan yararlanmaları, taraflardan birine tanınan hakların, diğerine de aynen tanınması gerekmektedir. Bu durum, savunma hakkının gerçekten hakkıyla yapılmasının zorunlu bir gereğidir. Soruşturma aşamasında müdafiin dosya içeriğini incelemesinin engellenmesi savunma hakkının kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi*

Kanunun 153 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükmün kaldırılması suretiyle, müdafiin soruşturma dosyasını incelemesi yönündeki sınırlandırma kaldırılmaktadır" denilmiştir. Buna göre somut olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan mevzuat hükümlerine göre müdafiinin, herhangi bir sınırlama olmaksızın soruşturma dosyası içeriğini incelemesi ve istediği belgelerin bir örneğini alması mümkündür.

Başvuru dosyasının incelenmesinde, Adalet Bakanlığının görüşüne ekli İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 13/10/2014 tarih ve 2014/41637 soruşturma sayılı yazısında, başvurucuların iddiaları ile ilgili olarak *"Cumhuriyet Başsavcılığımızın 29 Eylül 2014 tarihli basın açıklamasında da belirtildiği üzere başvuruculaların da içerisinde bulunduğu şüpheliler hakkında "Siyasal ve Askeri Casusluk, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Etmek, Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi, Resmi Belgede Sahtecilik ve Suç Uydurma" suçlarından yürütülen soruşturma dosya örneği, devlet yetkililerinin ulusal-uluslararası görüşme kayıtları ve mağdurların özel hayatlarına ilişkin ses ve görüntü kayıtları hariç olmak üzere isteyen her şüpheli ve avukatına verilmiştir. (Ek-9) Ulusal güvenlik ve insanların özel hayatının mahremiyeti gereği, ulusal güvenliği ve özel hayatı ilgilendiren ses ve görüntü kayıtlarının şüpheli avukatlarına verilmesi TCK'nun 134 ve 327/1. maddeleri uyarınca mümkün değildir. Bu nedenle başvuruculaların "savunma hakkının kısıtlandığına" ilişkin iddiaları gerçeği yansıtmamaktadır. ..."* ifadelerine yer verildiği görülmüştür.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının bu ifadelerinden, tutuklanan başvuruculara müdafilerine soruşturma dosyasının tamamının örneğinin, savcılık tarafından verilmediği açıkça anlaşılmaktadır. Cumhuriyet savcılığının bu uygulaması, 5271 sayılı Kanun'un somut olay tarihi itibariyle yürürlükte bulunan 153. maddesi gereğince açıkça kanuni dayanaktan yoksundur. Başvuruculara, savcılığın kendilerine vermediği bu belgeleri düzenlemek ve bu belgelerde isimleri geçen şahısları usulsüz bir şekilde dinlemekle suçlandıkları göz önüne alındığında, savunmalarını gereği gibi yapabilmeleri için haklarındaki suç isnatlarına dayanak gösterilen bu belgelere erişimlerinin sağlanmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim AİHM, kişilerin özel hayatının korunması veya kamu yararının gerekli kıldığı durumlarda dosyaya erişimin kısıtlanabileceği, ancak bu istisnanın geçerli olabilmesi için, ilk olarak bu konudaki zorunluluğun kesin surette ortaya konulması, ikinci olarak da bu gibi durumlarda bireylere savunmalarını yapabilecekleri alternatif usuli güvencelerin sağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Oysa somut olayda, başvuruculara, dosyaya erişimin kısıtlanması karşısında savunmalarını yapabilecekleri alternatif usuli güvencelerin sağlanmadığı görülmektedir. Bu kapsamda başvuruculara erişemedikleri bilgi ve belgelere karşı savunma yapabilmelerinin ve tutukluluk durumlarına etkili bir itiraz da bulunabilmelerinin mümkün olmayacağı açıktır. Bu nedenle somut olayda yargılamanın

temel güvencelerinden olan "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkeleri ihlal edilmiştir.

Diğer taraftan çoğunluğun görüşünde, gözaltına alınan kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasının ilk ve zorunlu yargısal denetimin sınırları dikkate alındığında, suçlamaya dayanak delil ve olgulara erişim koşullarının, adil yargılanma hakkı ilkelerinin bütünüyle uygulandığı kovuşturma aşamasındaki şartlarla aynı biçimde değerlendirilemeyeceği ileri sürülmektedir. Oysa soruşturma aşaması ceza yargılaması açısından temel öneme sahiptir. Zira yargılamanın kovuşturma aşaması büyük oranda soruşturma aşamasında elde edilen bilgi ve belgelere göre şekillenmektedir. Dolayısıyla soruşturma aşamasında şüpheliler aleyhine gerçekleşen adil yargılanma hakkının unsurlarındaki bir eksikliğin, kovuşturma aşamasında sanık aleyhine telafi edilmesi güç zorluklar doğurması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle de özellikle ceza yargılaması söz konusu olduğunda adil yargılanma hakkının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama gibi temel güvencelerinin daha en başta soruşturma aşamasında şüphelilere tanınması gerekir. Aksi bir durum kovuşturma aşaması da dahil yargılamanın tümünü hakkaniyete uygun yargılama ilkesi açısından sorunlu hale getirir.

Yapılan bu açıklamalar doğrultusunda, başvurucuların soruşturma dosyasına erişim imkânı ve savunma için makul süre verilmediğine ilişkin iddialarını "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez bulan çoğunluk görüşüne, yargılamanın temel güvencelerinden olan "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkeleri ihlal edildiğinden katılmıyorum. Başvuruculaın, bu şikâyetlerinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI - DOĞAL HÂKİM, TARAFSIZ ve BAĞIMSIZ HÂKİM İLKESİ İLE ETKİN BAŞVURU HAKKININ İHLALİ İDDİASI

Başvurucular, tutuklama kararı veren sulh ceza hâkimlerinin Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen "doğal hâkim" ilkesine aykırı olduğunu, siyasi iktidar tarafından suçlanmalarının ardından sözkonusu hakimliklerin kurulduğunu, buralara tarafsızlıkları ve bağımsızlıkları konusunda şüpheler bulunan hâkimlerin atandığını, bu hâkimlerce tutuklandıklarını, böylece doğal hâkim ilkesine aykırı, tarafsız ve bağımsız olmayan hâkimlerce tutuklanmış olmaları nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca, tutuklama kararlarının denetimi için, belli bir amaçla kuruldukları yönünde çok sayıda emare bulunan sulh ceza hâkimliklerine başvurulmasına mecbur bırakılmaları ve üst dereceli mahkeme tarafından tutukluluk halinin değerlendirilmesi imkânından yoksun bırakılmaları nedeniyle etkin başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Mahkememiz çoğunluk görüşünde, başvurucuların söz konusu iddialarıyla ilgili olarak, sulh ceza hâkimliklerinin Cumhuriyet savcısının taleplerini reddederek, şüpheliler lehine de karar verdiklerinin görüldüğü, tutukluluk veya tutukluluğa itiraz incelemelerinde görev yapan hakimlerin başvurucularla ilgisi olmayan konularda daha önce görevleri kapsamında verdikleri kararlardan hareketle tarafsız olmadıklarını söylemenin mümkün olmadığı, somut olayda genel bir kanuni düzenlemeye dayanılarak ve yetkili kurul tarafından yapılan atama sonucunda ilgili hâkimlerin anılan görevleri yaptıkları, bu nedenle, gerçekliği ve niteliği kesin olarak tespit edilemeyen olgulardan, siyasi tartışmalarda ortaya konulan değerlendirme ve yorumlardan hareketle ve bu tartışmaların arka planını ve kamusal yararı göz ardı ederek, başvuruculara yönelik somut önyargılı bir işlem ve tutum gösterilmeksizin, ilgili hâkimlerin siyasal veya kişisel nedenlerle bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmenin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

Doğal hakim ilkesi, Mahkememizin verdiği 17/7/2013 tarih, E.2012/146, K.2013/93 sayılı kararında şöyle tanımlanmıştır:

"Doğal hâkim güvencesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biridir. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da doğal hâkim kavramı, suçun işlenmesinden veya davanın doğmasından önce davayı görecek yargı yerini kanunun belirlemesi olarak tanımlanmaktadır. Başka bir anlatımla, doğal hâkim ilkesi, yargılama makamlarının uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra kurulmasını veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasını engeller.

..

Bir yargı yerinin, kuruluş, görev, işleyiş ve izleyeceği yargılama usulü itibariyle hukuki yapılanmasının, doğal hâkim ilkesine uygunluğunun sağlanabilmesi için, bu alana ilişkin belirlemenin kanunla yapılmış olması tek başına yetmez. Ayrıca sözü edilen belirlemenin, yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce yapılmış olması da gerekir. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesinin bünyesinde, "kanuniliğin" yanı sıra "önceden belirlenmiş" olmaya da yer verilmiştir."

AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının içerdiği en temel özelliklerden birinin, keyfilik riskini en aza indirmeyi ve hukukun üstünlüğünü korumayı amaçlayan yargısal denetim olduğunu belirtmiştir. Yargısal denetime ilişkin şartlara uygun usulleri geliştirme yargı makamlarının görevidir, ancak bu usuller aynı zamanda Sözleşme ile uyumlu olmalıdır. Yargısal denetim, Sözleşme'nin 5.maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre "hakim" veya "adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli" tarafından gerçekleştirilmelidir. Maddede belirtilen hakim, her biri, yakalanan kişi için bir teminat oluşturan belli şartları karşılamalıdır. Söz konusu şartların

en önemlilerinden biri, onun yürütmeden ve taraflardan bağımsız olmasıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası bakımından bağımsız ve tarafsız sayılmayacak Devlet Güvenlik Mahkemesi bünyesinde görev yapan askeri hakimin, tutuklama kararı verebilecek bağımsız hakim statüsüne de sahip olmadığını belirterek Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (Bkz: *Bülbül/Türkiye*, B. No: 47297/99, 22/5/2007, §§ 23-24).

Genel olarak tarafsızlık ise, davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması ve davanın tarafları karşısında ve onların leh veya aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder. Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup, bu kapsamda hâkimin birey olarak, mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (B. No. 2013/1780, 20/3/2014, §§ 61-62). Bu kapsamda hâkim ön yargılı olamayacağı gibi, yargıladığı kişilere ve topluma tarafsız olduğu görünümünü vermekle de yükümlüdür. Bu nedenle salt olarak adaletin yerine getirilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda tarafsız biçimde yerine getirildiğinin yargılanan taraflarca görülmesi ve buna inanılması da gerekir.

AİHM, nesnel tarafsızlık testinde önemli olanın, demokratik bir toplumda mahkemelerin halkta ve ceza davalarında yargılanan sanıklarda oluşturacağı güven duygusu olduğunu vurgulamıştır. Nesnel tarafsızlık incelenirken, mahkemenin tarafsız olmadığını iddia eden tarafın görüşü önemli ama sonuca etkili değildir. Mühim olan, tarafsızlıkla ilgili şüphelerin nesnel olarak haklı gösterilip gösterilmediğidir. Şayet hâkimin tarafsızlığına yönelik meşru bir şüphe varsa o hâkim davadan çekilmelidir (Bkz: *Hauschildt/Danimarka*, B. No: 10486/83, 24/5/1989, § 48). Bunun için hâkimin gerçekten taraflı veya önyargılı davranmış olması gerekmez.

Yargıtay görevli olduğu mahkemede yargılanan sanık hakkında daha önce yazmış olduğu kitapta olumsuz değerlendirmelerde bulunan hâkimin tarafsız olamayacağı hususundaki sanığın şikâyetinin haklı olduğuna karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir: *". Yansız, adil, yasa ve yöntemine uygun bir yargılama beklentisi sanık için en doğal hak, bu beklentinin gerçekleştirilmesi de yargılama makamları açısından yasal bir zorunluluktur... Anılan kitaptaki olumsuz bakış açısının, mahkeme başkanının yargılamada yansız kalamayacağı yönünde sanıkta endişe oluşturması haklı bir gerekçedir ve aksinin düşünülmesi yani hakimin yansız olması da bu gerçeği değiştirmeyecektir. "* (Bkz: Yargıtay 7.CD., 27/6/2007, E.2007/2099, K.2007/5107).

Hakimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, birbirlerinden farklı olmalarına karşın, aynı zamanda birbirleriyle iç içe bulunan hukuki kurumlardır. Gerçekten,

bağımsız olmayan bir hâkimin tarafsız hüküm vermesi beklenemez. Zira bağımsız olmayan, birtakım baskılara maruz kalan bir hâkimin, hukuka ve vicdanına göre değil de baskı uygulayan güçlerin talepleri doğrultusunda karar verme olasılığı yüksektir. Bu anlamda bağımsızlık kurumsal bir araç olarak tarafsızlığa hizmet etmektedir.

Kuvvetler ayrılığı sisteminin geçerli olduğu bir yönetim sisteminde yürütmenin, bir mahkeme önündeki davayı etkilemek amacıyla müdahale etmesi açıkça nesnel tarafsızlık ilkesini ihlal eder. Nitekim *Sovtransavto Holding/Ukrayna* davasında AİHM, başvurucu Rus şirketinin Ukrayna'da açtığı dava devam ederken, Ukrayna Cumhurbaşkanı'nın Yüksek Tahkim Kurulunun dikkatini devletin menfaatlerini korumanın gerekliliğine çekmesini, davanın sonucunu etkileyip etkilemediğine bakmaksızın, Tahkim Kurulunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı ile ilgili meşru bir şüphe oluşturduğuna hükmetmiştir (Bkz: *Sovtransavto Holding/Ukrayna*, B. No: 48553/99. 25/7/2002).

Bu noktada doğal hakim ilkesine aykırı bir şekilde kurulan yargı mercilerinin bağımsız ve tarafsız olamayacakları açıktır. Zira politik kurumların yargıya müdahale etmek ve onu yönlendirmek amacıyla doğal hakim ilkesine aykırı olarak kurdukları yargı mercilerinin, kendilerini kuran irade doğrultusunda karar alacakları, en azından yargılanan şahıslarda ve toplumda bu yönde güçlü bir görünüm bırakacağı kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla da bir suçun işlendiği tarihten sonra kurulan mahkemeler, yargılanan kişide kendisini cezalandırmak üzere kurulduğu ve dolayısıyla tarafsız olmadığı yönünde haklı bir şüphe uyandırabilir. Bu aşamada bu mahkemelerin somut olarak tarafsızlığı ihlal eden kararlar vermesi gerekmez. Tarafsız karar alamayacaklarına ilişkin şüphelerin nesnel olarak desteklenmesi yeterlidir.

Başvuru dosyasının incelenmesinden, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının yürüttüğü 17 Aralık 2013 ve 25 Aralık 2013 tarihli soruşturmalar, Başbakan, hükümet ve iktidar partisinin diğer yetkilileri tarafından hükümete yönelik darbe girişimi olarak nitelendirilmiştir. Aynı savcılıkça yürütülen "Selam-Tevhid Kudüs Ordusu terör örgütü" konulu soruşturmada, aralarında Başbakan'ın danışmanlarının da bulunduğu pek çok kişinin dinlendiği ve bu kapsamda Başbakan'ın görüşmelerinin de kayıt altına alındığı belirtilmiş, bu soruşturmada görev alan başvurucular, resmi belgede sahtecilik ve devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etmek suçlarından tutuklanmışlardır.

Darbe teşebbüsü olarak nitelendirilen soruşturmalarda görev alanların mensubu oldukları iddia edilen "paralel yapı" ile ilgili adli işlemler yapılacağı, Başbakan tarafından müteaddit defalar beyan edildiği ulusal basına yansıyan haberlerden anlaşılmaktadır. Bu kapsamda örnek olarak 15/4/2013

tarihinde meclis grup toplantısında Başbakan'ın yaptığı konuşmada ". *Ama biz yılmadan, vazgeçmeden, asla boyun eğmeden ve geri adım atmadan bu çetenin üzerine gideceği. ... MİT'e ait TIR'ların hukuksuzca durdurulması, Dışişleri'ndeki toplantının dinlenmesi ve diğer hukuksuz dinlemeleri yakından takip ediyoruz. Adana'da bir vatansever savcı çıktı. Hem casusluk faaliyetleri hem de hukuksuz dinlemeler konusunda soruşturma başlattı. Bazı zanlılar, gözaltına alındı ve tutuklandı. Aradan birkaç gün geçmeden o paralel çetenin mensupları devreye girdiler. Soruşturmaya müdahale ettiler. Paralel yapının medyası manşet atıyor, paralel yapının yargıdaki uzantıları adeta talimat almışçasına zanlıları serbest bırakıyor. Haklarında güçlü deliller bulunan zanlıları serbest bırakılması gerçekten düşündürücüdür. Bakın Adana'da casuslar lehine, hainler lehine karar alınabiliyor. .*"; 23/6/2014 tarihinde ". *Şimdi yaptığımız bazı yasal düzenlemeler Cumhurbaşkanı'nın önünde. Onaylanınca, hızlı adımlar atılacak. İçeride, dışarıda olanlar var. Kaçmış olanlar var. Kırmızı bültenler yayımlamaktan dava açmaya kadar her şey olacak. Onlar nasıl bize yüzlerce dava açtı, biz de onlara yüzlerce, binlerce dava açacağız. O zaman olay farklı gelişecek. .. Bir proje geliştiriyoruz. O bitince süreç hızlanacak"*; 21/7/2014 tarihinde gazetecilerin sorusu üzerine "*HSYK'nın elinde olanlar çok sınırlı. Zaten şimdi yargı süreci başlıyor. Sulh Ceza hâkimleri bu süreci götürecek. Bugüne kadar toplanan tüm deliller, paralel yapı olgusunu şayiadan vakaya dönüştürdü. ..*"; 23/7/2014 tarihli Adana mitinginde *"Adana'daki ihanet izah edilemez. Bu Pensilvanya'nın hâkimleri, savcıları, emniyet içindeki uzantıları, asker içindeki uzantıları Adana'da çok alçakça bir ihanet girişiminde bulundular. İşte şu anda bunların hesabı soruluyor, İstanbul operasyonu budur. Şimdi hesap soruluyor, şimdi ortaya neler çıkacak, neler ...*" şeklinde beyanlarda bulunduğu, başvuru dosyasından görülmektedir.

Sulh ceza hâkimlerinin göreve başladıkları ilk gün, başvurucular hakkında arama el koyma kararı ve gözaltına alınma kararı verilmiş, yine aynı gün "Kudüs Tevhid Ordusu" konulu soruşturmada da ilgili kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Bakanlık'ın görüş yazısı ekindeki İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının yazısında "*... soruşturma dosyasına telefonları dinlenen Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarının şikayet dilekçeleri mevcuttur"* denildiği; başvuru formuna ekli 26/7/2014 tarihli ve bir milletvekili ile avukatların imzalarının bulunduğu tutanakta başvurucuların sorgu için İstanbul Adliyesinde bekledikleri sırada sorguyu yapacak hâkimin odasında hakim haricinde başsavcı vekili, emniyet müdürü ve iki kişinin daha görüldüğü, avukatlardan Ö.K.'nin diğer şahısların kim olduğunu öğrenmek istemesi üzerine Hakim İ.Ç.'nin "Kaç İsmail" demesi üzerine söz konusu şahsın odadan hızlı bir şekilde kaçtığı, bu sırada İl Emniyet Müdür Yardımcısı M.Ç.'nin "kaçan şahsı tanıyorum, benim elemanımdır" dediği görülmüştür.

Başvurucuların tarafsız ve bağımsızlıklarından şikayetçi oldukları hakimlerin somut soruşturmalarda tutuklama ve itiraz süreçlerinde görev aldıkları ilgili kararların incelenmesinden anlaşılmaktadır.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının yürüttüğü 17 ve 25 Aralık 2013 tarihli soruşturmaların Başbakan tarafından hükümete darbeye teşebbüs olarak nitelendirilip, bu soruşturmaları yapanlar hakkında işlem yapılacağının müteaddit defalar beyan edildiği; Başbakan'ın 2014/41637 soruşturma sayılı dosyasına şikayet dilekçesi verdiği, dolayısıyla söz konusu soruşturmaya taraf olduğu; Kanunda değişiklik yapılarak Sulh Ceza Hâkimliklerinin kurulduğu ve bu hâkimliklere İstanbul Adliyesinde mevcut bulunan 38 sulh ceza mahkemesi hâkimleri arasından atanan altı hâkimden ikisinin Başbakan'ın hükümete yönelik darbeye teşebbüs olarak nitelendirdiği soruşturmada şüpheliler lehine karar veren hakimler olduğu, bu hakimlerden birinin ayrıca kamuya açık sosyal paylaşım hesabında Başbakan hakkında övücü ifadeler kullandığı, başvurucular hakkındaki gözaltı işleminin atanan hakimlerin göreve başladıkları ilk gün yapıldığı, başvurucuların sorgu için bekledikleri sırada sorguyu yapacak hakimin odasında emniyet mensuplarının bulunduğu yönünde tutanak tutulduğu, başvurucuların tarafsızlık ve bağımsızlıkları konusunda şikayetçi oldukları hakimlerin soruşturma kapsamında verilen tutuklama, yakalama ve itiraz kararlarında görev almış oldukları, benzer durumlara ilişkin olarak yukarıda belirtilen AİHM ve Yargıtay kararı, bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucuların, tutuklama ve bu kararlara yapılan itirazlara bakmakla görevli sulh ceza hakimliklerinin, kendilerinin aleyhlerinde kararlar vermek üzere kuruldukları, atanan hakimlerin tarafsız ve bağımsız olmadıkları, özellikle soruşturma dosyasına şikayet dilekçesi veren ve dolayısıyla soruşturmaya taraf konumuna gelen Başbakan hakkında kamuya açık sosyal paylaşım hesabında olumlu düşüncelerini ifade ettiği belirtilen hakimin soruşturmada görev alması nedeniyle kendilerinin aleyhlerine taraflı davranacakları konusundaki şüphelerin nesnel ve haklı dayanağının bulunduğu, nesnel tarafsızlık kapsamında "tarafsızlığın ve adaletin sağlandığına ilişkin görünümün" gerçekleştirilemediği, bu nedenle sözkonusu hakimliklerin somut soruşturmaların koşullarında "doğal hakim" ilkesine aykırı olarak kuruldukları, tarafsız ve bağımsız olmadıkları hususunda başvuranlar ve üçüncü kişiler nezdinde haklı şüpheler oluştuğu ve bu nedenle de başvuruculara bu şikayetlerinin kabul edilebilir olduğu görüşündeyim.

Başvurucular ayrıca, tutuklama kararlarının denetimi amacıyla, belli bir amaç için kuruldukları yönünde çok sayıda emare bulunan sulh ceza hâkimliklerine başvurulmasına mecbur bırakılmaları ve üst dereceli mahkeme tarafından tutukluluk halinin değerlendirilmesi imkânından yoksun bırakılmaları nedeniyle etkin başvuru hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Çoğunluk görüşünde, başvurucuların tarafsız ve bağımsız hâkim ilkelerinin ihlali iddiaları ile ilgili olarak iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verildiği, bu nedenle başvurucuların, söz konusu iddialarının da açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 19. maddesinin 8 numaralı 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).

6545 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre kurulan sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı itirazların incelenmesi, 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi gereğince aynı yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe aittir.

Somut olayda başvurucuların tarafsızlık ve bağımsızlıklarından şüphe duydukları hâkimler, başvurucular hakkında tutuklama ve bu kararlara yapılan itirazlarda da görev almışlardır. Başvurucuların tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından tutuklanmadıkları yönündeki şikayetleri ile ilgili olarak yapılan incelemede tutuklama ve bu kararlara yapılan itirazlar sürecinde görev alan hakimlerin tarafsız ve bağımsız olmadıkları hususunda başvuranlar ve üçüncü kişiler nezdinde haklı şüpheler oluştuğu hususları yukarıda açıklanmıştı.

Bu kapsamda, somut olayda tutuklama kararlarına yapılan itirazların da, başvurucuların tarafsız ve bağımsız olmadığı yönünde kaygı taşıdıkları sulh ceza hâkimleri tarafından incelenerek reddine karar verildiği, başka üst bir mercie itiraz hakkı da bulunmadığı, bu nedenle somut olayda söz konusu itiraz yasa yolunun tutuklama kararlarına karşı yapılan itirazlar açısından etkisiz olduğu, bu nedenle de, etkin başvuru haklarının ihlal edildiği iddiası ile ilgili şikâyetin de kabul edilebilir olduğu kanaatinde olduğumdan, Çoğunluk görüşüne bu açıdan da katılmam mümkün olmamıştır.

VII - MASUMİYET KARİNESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

Başvurucular, resmi mercilerce aleyhlerine beyanlarda bulunulması ve basında aleyhlerine haksız ve gerçek dışı haberler yapılarak, adeta basında yar-

gılanmaları ve haklarında olumsuz kampanya yürütülmesi nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Masumiyet (suçsuzluk) 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).

Masumiyet karinesi korumasının başlangıcı konusunda Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında suç isnadının varlığı aranırken, Anayasa'nın 38. maddesinde bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine göre herhangi bir suç isnadı olmayan hallerde de, resmi makamlarca kişilere suçlu muamelesi yapılması durumunda söz konusu karinenin ihlali sonucu doğabilir. Bu bakımdan Sözleşmedeki düzenleme, Anayasadaki masumiyet karinesi düzenlemesinden daha dar kapsamlıdır.

Masumiyet karinesinin etkisi, sadece ceza davasının sonucu ile sınırlı değildir. Suçlama anından itibaren yargılama faaliyetinin tüm aşamalarında ve tüm resmi makamlar önünde geçerlidir. Bu nedenle, bu ilke yalnızca görevli yargı organlarını değil aynı zamanda diğer resmi makamları da bağlamaktadır. Fakat bu durum resmi makamların kamuoyunu bilgilendirmesine engel değildir. Buna göre, ceza soruşturması ile ilgili şüphe sebepleri, yakalama ve suç itirafı gibi bilgiler kamuoyuna duyurulabilir; ancak resmi makamlar açıklamalarında kişiyi suçluymuş gibi göstermekten kaçınmalıdır.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından teminat altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu nedenle Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrası, yürütülmekte olan cezai bir soruşturma hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini engellemez. Ancak masumiyet karinesine saygı söz konusu olduğunda, bilginin tam bir dikkat ve ihtiyatla verilmesi gerekir (Bkz: *Allenet de Rıbemont/ Fransa*, B. No: 15175/89, 10/2/19955, § 38). Yargısal kararlarda ve kamu otoritesini kullanan kişilerin ifadelerinde, bir kişinin bir suçun şüphelisi olduğunu beyan etmesiyle, bu kimsenin suçlu olduğunu ifade etmeleri arasında çok temel bir fark bulunmaktadır. Yetkili kişiler, ifadelerinde kullanacakları kelimeleri seçerken bu ayırıma dikkat etmek zorundadırlar (Bkz: *Ilgar Mammadov/ Azerbeycan*, B. No: 15172/13, 22/5/2014, § 126). Masumiyet karinesi, hiçbir devlet temsilcisinin bir mahkeme tarafından mahkûm edilmeden önce bir kişinin suçlu olduğunu göstermemesini gerektirir. Ayrıca, masumiyet karinesinin sadece bir hâkim ya da bir mahkeme tarafından değil, başka resmi

makamlarca da ihlal edilmesi mümkündür (Bkz: *Karadağ /Türkiye*, B. No: 12976/05, 29/6/2010, § 60).

AİHM, kendisi hakkında henüz resmi bir suçlamada bulunulmamış ve bu kapsamda ifadesi alınmamış bir kişi hakkında başsavcılık makamı tarafından yapılan basın açıklamasında kullanılan *"başvurucunun eylemlerinin hukuk dışı olduğu, aynı zamanda başvurucunun yerel halkı kolluk görevlilerine direnmeye ve yola barikat kurmaya çağırdığının tespit edildiği"* şeklindeki ifadelerin başvurucuya karşı açılan dava ile "doğrudan ilişkisini" dikkate alarak, söz konusu açıklamaların, henüz suçluluğu kanıtlanmamış başvurucunun suçluluğu hususunda halkı yönlendirecek olması nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Bkz:*Ilgar Mammadov/Azerbeycan*, B. No: 15172/13, 22/5/2014, §§121 ve 128).

Gutsanovi/Bulgaristan kararında ise kamu makamlarının soruşturma ile ilgili açıklamalarını kamuoyunu bilgilendirme ve masumiyet karinesi bağlamında değerlendiren AİHM, bölge savcısının; polisin bir çok kişiyi gözaltına aldığı, başvurucunun da içinde bulunduğu bir çok kişinin evinde ve bürolarında arama yapıldığı ve bu kişiler hakkında iddianame düzenlendiği, bu kişilerin suçlandıkları fiiller ve bunların ceza kanunundaki karşılıklarına ilişkin açıklamalarının, devam eden sürece ve süreç sonunda mahkûmiyet durumunda alınabilecek cezaya ilişkin teknik bilgiler olduğunu belirterek bu açıklamaların masumiyet karinesini ihlal etmediğine karar vermiştir (Bkz: *Gutsanovi/Bulgaristan*, B. No: 34529/10,15/10/2013, § 197). Ancak aynı kararda, içişleri bakanının yaptığı açıklamada soruşturmada elde edilen bazı somut bilgileri ifşa etmesi, bu kapsamda paraların aynı kişilerin hesaplarında toplandığı ve başvurucu ve diğer bir şüpheli arasında özel bir ilişki olduğunu ifade etmesi, bu açıklamanın başvurucunun gözaltına alınmasının ertesi günü, mahkeme önündeki diğer tüm işlemlerin öncesinde ve soruşturmaya karşı kamuoyu ilgisinin en yoğun olduğu bir zamanda yapılmış olması, bu açıklamaların doğrudan operasyonun seyrine ilişkin olması ve içişleri bakanının, yürütmenin sorumlu bir yüksek görevlisi olması hususlarını dikkate alan AİHM, içişleri bakanının, soruşturmanın yürütülmesi ve sonuçları hakkında kafa karışıklığına sebep olacak durumlardan kaçınması gerektiğini, bu açıklamanın içeriğinin basit bir bilgilendirme faaliyetinin çok ötesinde olduğunu, kamuoyunun büyük bir çoğunluğunda başvurucunun bu ekibin beyin takımından biri olduğu izlenimini uyandırdığını belirterek bu ifadelerin başvurucunun masumiyet karinesini ihlal ettiğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, bir açıklama yapılırken, açıklama yapan kimsede masumiyet karinesini ihlal niyetinin olmamasının, Sözleşme'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ihlal edilmemiş sayılması için yeterli olmadığına karar vermiştir (Bkz:*Gutsanovi/Bulgaristan*, B. No: 34529/10, 15/10/2013, §§ 199-201).

Somut olayda 17 Aralık 2013 tarihli adli soruşturma sonrasında başvuruculaların resmi görevleri gereği yer aldıkları bazı önleme dinlemelerinin ve soruşturmaların farklı amaçlar içerdiği, devletin varlığı ve bütünlüğüne yönelik tehdit içerdiği, hükümeti hedef aldığı yönündeki iddialar hükümet mensuplarınca ifade edilmiştir.

Bu kapsamda İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen ve bir kısım başvuruculaların adli süreçlerinde görev aldıkları "Selam-Tevhid Kudüs Ordusu terör örgütü" konulu soruşturma olarak bilinen 2011/762 sayılı soruşturma ile ilgili olarak, 24/2/2014 tarihinde iki ulusal gazetede 7000 kişinin dinlendiği yönünde haberler çıkmıştır. Aynı gün başsavcılık usulsüz dinleme iddiaları ile ilgili rapor hazırlanması için İstanbul Emniyet Müdürlüğüne talimat vermiştir.

25/2/2014 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 2011/762 soruşturma sayılı dosyası ile ilgili olarak basın açıklaması yapmıştır. Açıklamada: "*... yapılan ön incelemede, herhangi bir silahlı terör eylemi ya da terör planlaması olmadığının görülmesine rağmen 3 yıldan fazla bir süredir bir çok kişi hakkında iletişimin denetlenmesi ve kayda alınması ile fiziki ve teknik takip kararları alındığı*", "*suçla ilgisi olmayan görüşmeleri dahi kayıt altına alınmak suretiyle dosyaya dahil edildiği*", "*soruşturmayla ilgisi bulunmayan birçok görüşme kayıtlarının dosyaya dahil edildiği, böylece dosya kapsamında doğrudan veya dolaylı olarak telefonları dinlenen ve kayıt altına alınan şahıs sayısının 2280 olduğu anlaşılmıştır. Halen Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünce yapılan çalışmalar devam etmekte olup bu sayının artacağı değerlendirilmektedir...*" ifadelerine yer verilmiştir.

İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/53 sorgu sayılı belgesinde ise soruşturma kapsamında 238 kişi hakkında iletişimin tespiti kararının alındığı belirtilmiştir.

Başbakan, 28/2/2014 tarihli konuşmasında "*. 3 bine yakın kişinin telefonlarını dinlemişler, Selam Örgütü kurmuşlar, kendileri dışında ne kadar kişi varsa dinlemişler. Benim oğlumla ilgili de aynı iftirayı atmışlar. . Sipariş üzerine de bunlar aynı şeyi yaptılar. En mahrem, en gizli görüntüleri yaydılar, dinlediler. Düşün beni dinliyor, Başbakan'ı. Bizim güvenli hatlarımız var, bunları dinlemişler. Biz uluslararası görüşmeler yaptık bunu dinlemişler, bunun hukuki, İslami yönü olmaz.*"; 11/3/2014 tarihinde bir başka seçim konuşmasında "*Mersin'de 123 kişinin uydurma soruşturmalarla dinlendiğini, Vali, korumaları, hakimler, memurlar, AK Parti'nin, CHP'nin, MHP'nin, BDP'nin il başkanlıkları, emniyet müdürleri, bürokratlar keyfice dinlenmişler. Bunun dışında 'Selam Örgütü' diye bir örgüt uydurmuşlar. 3 bine yakın kişiyi, 3 yıl dinlemişler. CHP'nin Genel Merkezini dinlemişler, MHP'yi dinlemişler ama hiçbirinde ses yok, tık yok. Gazetecileri, sanatçıları dinlemişler.*"; 20/7/2014 günü "*zaten şimdi yargı süreci başlıyor. Sulh ceza mahkemeleri götü-*

recek. Bugüne kadar toplanan tüm deliller paralel yapı olgusunu şayiadan vakıaya dönüştürdü" ifadelerini kullanmıştır.

Başsavcılığın yukarıda verilen açıklaması, masumiyet karinesi ve kamuoyunu bilgilendirme bağlamında değerlendirildiğinde, bir kısım başvuruculların usulsüz dinleme yapmakla suçlandıkları, Başsavcılığın 2011/762 soruşturma sayılı dosyası derdest iken bu soruşturmada görev alan görevlilerin usulsüz işlemler yaptıklarının belirtildiği, ayrıca yukarıda değinilen mahkeme sorgu tutanağında söz konusu soruşturmada 238 kişi hakkında iletişimin tespiti kararı alındığı belirtilmesine karşın Başsavcılığın basın açıklamasında doğrudan ve dolaylı olarak dinlenen kişi sayısının 2280 kişi olduğu belirtilerek, söz konusu soruşturmada görev alanların çok sayıda kişiyi dinledikleri yönünde kamuoyunun oluşmasına sebebiyet verildiği, bu nedenle Başsavcılığın basın açıklamasının kamuoyunu bilgilendirmenin ötesinde, masumiyet karinesini ihlal edece şekilde, başvuruculları itham etme niteliğinde olduğu görülmektedir.

Başbakan'ın yukarıda belirtilen beyanları aynı bağlamda değerlendirildiğinde, kendisinin ve aile fertlerinin dinlendiğinden şikayet etmesi nedeniyle iddia edilen dinleme fiillerinin mağduru olduğu kabul edilse bile, aynı zamanda yürütmenin başı olarak Başbakan sıfatını haiz, yani kamu otoritesi olduğunun da dikkate alınması gerekir. Başbakan'ın yukarıda verilen beyanları, dinlemeleri yapanları suçlayıcı ifadeler içermektedir. Başbakan'ın bu beyanlarının, başvuruculların iddia edilen suçları işledikleri hususunda, kamuoyunun oluşması ve bu suçları yargılamakla görevli makamları etkileme olasılığı göz ardı edilemez. Etkili bir kamu otoritesi olarak Başbakanın suçluluğu henüz hükmen sabit olmayan kişilerin sahip olduğu masumiyet karinesine özen göstermesi gerekir.

Her ne kadar gerek başsavcılığın basın açıklamasında ve gerekse Başbakan'ın beyanlarında itham edilen kişilerin kimlikleri konusunda bir ifade geçmemekte ise de Başsavcılığın basın açıklamasından bir gün önce konu ile ilgili rapor hazırlanması için İstanbul Emniyet Müdürlüğüne talimat vermiş olması da dikkate alındığında söz konusu iletişimin dinlenmesi işlemlerini yapan görevlilerin kastedildiği ve bunlar hakkında işlem yapılacağı anlaşılmaktadır. Nitekim başvuruculların bir kısmı bu iddialar nedeniyle daha sonra tutuklanmışlardır.

Somut olayda, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının basın bildirisindeki ve Başbakan'ın yapmış olduğu konuşmalardaki ifadeleri incelendiğinde, başvurucular hakkında henüz ceza soruşturmasının yürütüldüğü, kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmadığı halde resmi makamlarca yapılan açıklama ve konuşmalarla suçlu gösterildikleri ve o yolla masumiyet karinesinin ihlal

edildiği, bu duruma bağlı olarak, başvurucuların sözkonusu şikayetlerinin kabul edilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne bu açıdan da katılmam mümkün olmamıştır.

Üye
Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Ramazan Bolat adlı başvurucu dışındaki diğer başvurucular bakımından, tutuklama nedeninin bulunmadığı iddiası konusunda açıkça dayanaktan yoksunluk yönündeki çoğunluk görüşüne iştirak etmekteyim. Ancak İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/69 sorgu sayılı sorgulama tutanağında başvuran Ramazan Bolat hakkında verilen tutuklama kararı, tutuklamaya ilişkin kanuni gerekleri karşılamamaktadır.

Bilindiği üzere 5271 sayılı CMK'nın 100. maddesi uyarınca bir kişinin tutuklanabilmesi için; 1- kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin, 2- tutuklama nedenlerinin bulunması gerekmektedir. Tutuklama nedenleri ise aynı maddenin 2 ve 3. fıkralarında; şüphelinin kaçma şüphesi ya da delilleri karartma veya tanık, mağdur gibi kişiler üzerinde baskı yapılması şüphesinin varlığı veya müsnet suçun katalog suçlardan olması şeklinde açıklanmıştır.

İstanbul 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 2014/69 sorgu sayılı sorgulama tutanağında başvurucu (şüpheli) Ramazan Bolat hakkındaki tutuklama kararı gerekçesi şöyledir : *"Şüphelilerden Ramazan Bolat'ın üzerine atılı özel hayatın gizliliğini ihlal etmek suçunu işlediği yönünde dosyada kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunduğu, eylemin TCK 134/2. fıkrasında düzenlenen suç şekline uyduğu, zira dosyada birden fazla kişilerin suç ile alakası bulunmayan tamamen özel hayatlarına ilişkin görüntü ve ses kayıtlarının dosyaya delil olarak sunulduğu, özellikle Y. D. ve V. Ç.'e ait görüntü kayıtlarının ve ekli görüşmelerin atılı suçlarla bir alakası olmamasına rağmen deşifre edilerek dosyaya konulması, dosyadaki mağdur sayısının birden fazla olduğu, suçun 134/2. maddesindeki suç şekline uyduğu, suçun bu şekilde işlenmesi nedeni ile şüphelinin özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan CMK 100 ve devam maddeleri uyarınca tutuklanmasına ..."*

Görüldüğü üzere tutuklama kararında yalnızca isnat edilen suçun ne olduğu ve bu suçla ilgili kuvvetli suç şüphesinin varlığına dair açıklamalara yer verilmesine karşın, herhangi bir tutuklama nedeni gösterilmemiştir. Bu

nedenle anılan başvurucunun tutukluluk kararının kanunilik ilkesi bakımından hukuka aykırı olduğu düşüncesindeyim. Açıkladığım hukuki nedenlerle, başvurucu Ramazan Bolat yönünden başvurunun kabul edilebilir bulunması gerektiği görüşüyle çoğunluktan farklı oy kullanmış bulunmaktayım.

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

YAVUZ PEHLİVAN VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2312)

Karar Tarihi: 4/6/2015

R.G.Tarih- Sayı: 9/7/2015-29411

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Şükrü DURMUŞ
Başvurucular	:	1. Yavuz PEHLİVAN
Vekili	:	Av. Uğur KOÇAK
	:	2. Burhan KAHRAMAN
		3. İdris ACARTÜRK
		4. Merdin KIŞKAN
		5. Erdal ÖZKAN
		6. Ergün ÖZKAN
Vekilleri	:	Av. Aykanat KAÇMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tutuklanmanın kanuni olmaması, tutukluluk süresinin makul olmaması ve dava dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; isnat olunan suçun terör suçu olmamasına rağmen özel yetkili mahkemede yargılanma nedeniyle kanuni hakim ilkesinin ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurucu Yavuz Pehlivan'ın başvurusu (2013/2312), 27/3/2013 tarihinde Kuşadası 1. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla, diğer başvurucular İdris Acartürk (2013/7073), Merdin Kışkan (2013/7074), Burhan Kahraman (2013/7075), Ergün Özkan (2013/7076) ve Erdal Özkan'ın (2013/7077) başvuruları ise 19/9/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 23/1/2014 tarihinde 2013/7076 numaralı başvurunun, Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca 29/1/2014 tarihinde 2013/7074 numaralı başvurunun ve 31/1/2014 tarihinde 2013/2312 numaralı başvurunun, Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca 29/1/2014 tarihinde 2013/7077 numaralı başvurunun, İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 29/1/2014 tarihinde 2013/7073 numaralı başvurunun ve 30/1/2014 tarihinde 2013/7075 numaralı başvurunun, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyaların Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm tarafından 18/2/2014 tarihinde 2013/7076 numaralı başvurunun, 6/3/2014 tarihinde 2013/7074 ve 2013/7077 numaralı başvuruların ve 13/3/2014 tarihinde 2013/2312 numaralı başvurunun, İkinci Bölüm tarafından 13/3/2014 tarihinde 2013/7075 numaralı başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığı 2013/7074 ve 2013/7077 numaralı başvurular ile ilgili görüşünü 7/4/2014 tarihinde, 2013/2312 ve 2013/7075 numaralı başvurular ile ilgili görüşünü ise 14/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvuruculara 14/4/4014-22/4/2014 tarihleri arasında tebliğ edilmiştir. Başvurucular, bu görüşe karşı beyanlarını süresi içinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. İkinci Bölüm tarafından 20/5/2014 tarihinde yapılan toplantıda 2013/7075

numaralı başvurunun, Birinci Bölüm tarafından 21/5/2014 tarihinde yapılan toplantıda ise 2013/2312 ve 2013/7074 numaralı başvuruların, nitelikleri itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

8. Yapılan incelemede; 2013/2312, 2013/7073, 2013/7074, 2013/7075, 2013/7076 ve 2013/7077 sayılı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2013/2312 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

1. Başvurucuların Tutuklanması

10. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının (12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesi ile yetkili) 2010/640 sayılı soruşturması kapsamında başvurucu Erdal Özkan 13/6/2012 tarihinde gözaltına alınması sonrası İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/6/2012 tarihli ve 2012/8 sayılı kararıyla "*suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma ve devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin etme*" suçlarından tutuklanmıştır. Kararın ilgili bölümleri şöyledir:

> *"... suçlarını işlediklerine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, atılı suçların niteliği, delillerin henüz tam olarak toplanmamış olması, atılı suçlar için yasada öngörülen ceza miktarları, şüphelilerin kaçma ve delilleri karartma şüphelerinin bulunması, adli kontrol kararının yetersiz kalacağı ve TCK.nun 327/1. maddesindeki suçun üst sınırı dikkate alındığında adli kontrol kararının uygulanmayacağı anlaşılmıştır."*

11. Başvurucu Ergün Özkan 13/6/2012 tarihinde gözaltına alınması sonrası İzmir 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 17/6/2012 tarihli ve 2012/9 sayılı kararıyla "*suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma ve devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin etme*" suçlarından aynı gerekçe (bkz. § 10) ile tutuklanmıştır.

12. Başvurucu Merdin Kışkan 2/7/2012-5/7/2012 tarihlerinde gözaltında kaldıktan sonra serbest bırakılmış, 6/7/2012 tarihinde tekrar gözaltına alınması sonrası başvurucular Yavuz Pehlivan ve İdris Acartürk ile birlikte, İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/7/2012 tarihli ve 2012/27 sayılı kararıyla "*suç işle-*

mek amacıyla kurulan örgüte üye olma ve devletin güvenliğine ilişkin belgeleri temin etme" suçlarından tutuklanmışlardır. Kararın ilgili bölümleri şöyledir:

"... suç örgütü lideri ve yöneticileri olduğu iddia edilen kişilerin ev ve iş yerinde yapılan aramada çok sayıda devletin güvenliğine ilişkin belge ve bilgilerin ele geçmesi, kişisel verilerin şantaj amaçlı kullanıldığının değerlendirilmesi, yine kişilerin özel hayatına ilişkin çok sayıda görüntülü kayıt ve belgeler ele geçmesi, örgütün Türkiye çapında yayıldığının ve faaliyet gösterdiğinin değerlendirilmesi, şüphelilerin örgüte bilgi ve belge aktardığı konusunda kanaat oluşması dikkate alındığında şüphelilerin iddia edilen suçu işlediği hususunda kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu ve tutuklama nedenlerinin bulunduğu, örgütün Türkiye çapında faaliyet göstermesi, şüphelilerin konumları dikkate alındığında delilleri karartma şüphelerinin bulunması, üzerlerine atılı suçun cezasının üst sınırı örgütün kapsamı dikkate alındığında adli kontrolün yetersiz kalacağı, mevcut delil durumu, delillerin henüz tamamı ile toplanmamış olması, delilleri yok etme, gizleme ile mağdur ve tanıklar üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunulması şüphesi ile atılı suçların kanunda öngörülen ceza miktarları nazara alınarak 5271 sayılı CMK.nun 100/(1),(2-a,b,1,2), (3-a), (4), 101/(1),(2), 102/(2) ve devamı maddeleri uyarınca ayrı ayrı TUTUKLANMALARINA (karar verilmiştir.)".

13. Başvurucu Burhan Kahraman, aynı soruşturma kapsamında 2/7/2012-5/7/2012 tarihlerinde gözaltında kaldıktan sonra serbest bırakılmış, 7/7/2012 tarihinde tekrar gözaltına alınması sonrası "*suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma ve devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme*" suçlarını işlediği iddiasıyla İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 8/7/2012 tarihli ve 2012/28 sayılı kararıyla tutuklanmıştır. Kararın gerekçesinde Mahkemenin 2012/27 sayılı kararında (bkz. § 12) belirtilen hususlara yer verilmiştir.

2. Başvurucular Hakkında Dava Açılması

14. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı, başvuruculardan da aralarında bulunduğu 357 şüpheli hakkında 6/1/2013 tarihli iddianame ile kamu davası açmıştır. İddianamede müşteki sayısı 196, mağdur sayısı ise 831 kişi olarak gösterilmiştir.

15. Başvurucu Yavuz Pehlivan'ın "*suç işlemek için kurulan örgüte üye olma, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme ve yasak bilgileri temin etme*" suçlarından cezalandırılması talep edilen iddianame de başvurucu ile ilgili şu değerlendirmede bulunulmuştur:

"Şüphelinin örgüt adına kişilerle ilgili kişisel verileri toplayıp kaydettiği tespit edilmiştir. Şüphelinin örgüte kazandırdığı bilgi ve belgelerin niteliği için Genelkurmay Başkanlığına yazılan yazıya verilen cevapta, 7 adet bilgi/belgenin TCK 334/1 md. kapsamında olduğunun, 1 adet bilgi/belgenin gizli bilgi içermediğinin belirtildiği görülmüştür."

16. İddianamede "*suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydetme ve yasak bilgileri bilgileri temin etme*" suçlaması yapılan başvurucu Burhan Kahraman ve "*suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma ve devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme*" suçlaması yapılan başvurucular İdris Acartürk, Ergün Özkan ve Merdin Kışkan ile ilgili şu değerlendirme yapılmıştır:

" ... Şüpheli(lerin), örgüt yöneticisi C.B. koordinatörlüğünde örgüt adına faaliyette bulunduğu, kişilerle ilgili fişleme yaptığı, yukarıda belirtilen bilgi ve belgeleri örgüte kazandırdığı, bu suretle örgüte üye olma, kişisel verileri kaydetme ve yasaklanan bilgileri temin suçlarını işlediği toplanan deliller ve tüm evrak kapsamından anlaşılmıştır."

17. "*Suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma ve yasak bilgileri bilgileri temin etme*" suçlaması yapılan başvurucu Erdal Özkan ile ilgili iddianamede şu değerlendirme yapılmıştır:

"Şüphelinin örgüte kazandırdığı bilgi ve belgelerin niteliği için Genelkurmay Başkanlığına yazılan yazıya verilen cevapta, 2 adet bilgi/belgenin TCK 334/1 md. kapsamında olduğunun belirtildiği görülmüştür.

...

Sonuç olarak; Şüphelinin, yukarıda belirtilen bilgi ve belgeleri örgüt üyesi H.K. aracılığıyla örgüt yöneticisi E.Ç. üzerinden örgüte kazandırarak örgüt adına faaliyette bulunduğu, bu suretle örgüte üye olma ve yasaklanan bilgileri temin suçlarını işlediği toplanan deliller ve tüm evrak kapsamından anlaşılmıştır."

3. Başvurucular Hakkındaki Tutukluluğun Devamına, Tutukluluğa İtiraza ve Dava Dosyasına Erişime İlişkin Kararlar

18. Yargılamanın yapıldığı İzmir 12. Ağır Ceza Mahkemesi E.2013/9 sayılı dosyası kapsamında 29/1/2013 tarihli kararla arasında başvurucuların da bulunduğu tutuklu sanıkların tutukluluk hallerinin devamına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde şunlar ifade edilmiştir:

"Tutuklu sanıkların devletin güvenliğine ilişkin muhtelif dereceli gizli askeri bilgi ve belgeleri temin etme amacıyla kurulduğu iddia olunun suç örgütünün faaliyetleri kapsamında muhtelif dereceli gizli askeri bilgi ve belgeleri temin ettiklerine dair iddia bulunduğu, bu bağlamda soruşturma dosyası içinde usulüne uygun olarak mahkeme kararlarına istinaden yapılan aramalarda elde edilen bilgisayarlar ve içeriğindeki özellikle pandora adı verilen veri tabanında bulunan bilgi ve belgeler bulunduğu, devletin güvenliğine ilişkin gizli bilgi ve belgeler olduğuna dair yetkili kurumlardan alınan yazı cevapları, iletişim tespit tutanakları, yapılan aramalarda

ele geçirilen diğer belge ve dokümanların yüklenen suçların, burada tekrarına yer ve zaman darlığı nedeniyle gerek görülmeyen atıflarla sanıklarca atılı suçlamaların işlendiğine dair kuvvetli şüphe sebeplerini oluşturduğu, bazı belgelerin nitelik değişikliği ile tutuklama sevk maddelerinde öngörülenlerden daha düşük dereceli nitelik arzettiği, ancak henüz tüm delillerin toplanmadığı, bir kısım şifrelerin henüz çözülmediği ancak C.Savcılığı adına çalışmaların sürdürüldüğü, elde edilenlerin yönü ile yapılacak yargılama sürecinde henüz sanıkların da savunmalarının alınmamış olduğu, aleyhlerine yeni bir delil elde olunamadığı takdirde, açılan dava kısmına münhasır bir kısım sanıkların yönü ile tecziye sevk maddelerine göre bihhakın veya adli kontrol yöntemlerinden birisi ile tahliyelerinin devam eden aşamalarda gerekebileceği, ancak aşama itibariyle bir kısım delillerin henüz toplanılmamış (ve) sanık savunmalarının henüz alınmamış ol(duğu), duruşmanın henüz tensip aşamasında bulun(duğu anlaşılmış, sanıkların tutukluluk hallerinin devamına karar vermek gerekmiştir.)"

19. Aynı kararın 9 numaralı bendinde tutuksuz olarak yargılanan 38 sanıkla ilgili olarak şunlar ifade edilmiştir:

" ... tutuksuz bulunsalar da sanıklar . haklarında aynı konumdaki tutuklu sanıklara, haklarında iddianamesindeki sevk maddelerine ve eylemlerinin içeriğine nazaran bu aşamada tutuklama kararı verilmesi mağduriyetlerine neden olabileceğinden, takdiren üzerlerine atılı suçlamaların vasıf ve mahiyetine, mevcut delil durumuna, tutuklamanın tedbir mahiyetine nazaran ve takdiren 5271 SK.nun 6352 SK.m.97 ile değişik ve ekli m.101/2 uyarınca kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri var ise de; tutuklama tedbiri ile davaya devam ölçülü olmadığından; 5271 SK.m.110/3 del.ile 109/1-3-(a) bendi uyarınca (YURT DIŞINA ÇIKMAMAK SURETİYLE) ADLİ KONTROL TEDBİRİNİN TATBİKİNE (karar verilmiştir.)"

20. Mahkeme ayrıca dava dosyasındaki bilgi ve belgelere erişimle ilgili olarak aynı tarihli tensip tutanağında şu ara kararları vermiştir:

"291-Sanıkların . bilirkişi rapor ve eklerinin CMK. 153/3 maddesi uyarınca tarafına verilmesini talep eden dilekçesi doğrultusunda isteminin kısmi kabul kısmi reddi ile; bilirkişi raporunun tarama sonrası örneğini alabileceğine, eklerinin ise tensipte zikredilen niteliği itibariyle mahkeme heyeti dışındaki şahıslarca incelenemeyecek ve örnek alınamayacak belgelerden olduğunun belirtilmesine,

...

294-... bb- B.Ö.'nın evinde ele geçen dijital verilerin suç teşkil eden sair kırılamamış aşamalı kısımların çalışması C.Başsavcılığınca sürdürüldüğünden ve veri tabanı dahilinde dosyanın verilimini engelleyen ara kararındaki nitelikte belgeler ayrımsız bulunduğundan bu yollu istemin reddine,

...

299- ... CMK.m.125/2 maddesi kapsamı ile "Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belge" olarak dosyası dahilinden çıkartılarak KASA DAHİLİNDE ve gerektiğinde yalnızca mahkememiz heyeti veya görevlendireceği hakim üye tarafından incelenebilmek üzere SAKLANILMASINA (karar verilmiştir.)"

21. Başvurucu Yavuz Pehlivan, tutukluluğun devamı kararına itiraz etmiş, ancak itirazı Bursa 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 12/3/2013 tarihli ve 2013/332 Değişik İş sayılı kararıyla reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde kuvvetli suç şüphesi olarak dosya kapsamında ele geçirilen "*pandora*" isimli dijital materyalin içeriği, bilgisayar kayıtları, iletişimin tespiti tutanakları, elde edilen belgeler konusunda devletin güvenliğine ilişkin yetkili kurum ve kuruluşlardan alınan yazı cevapları, sanıkların ve mağdurların soruşturma evresindeki ifadeleri ile dosya içindeki birçok belge içeriği belirtilmiştir. Kararda, tutuklama nedeni olarak ise henüz şifreleri çözülemeyen ve teknik çalışmaları devam eden dosyaların bulunması ve bu dosyaların içeriğine göre isnat olunan suçların sanıklar aleyhinde vasfının değişme ihtimalinin bulunması, delillerin henüz yeterince toplanmamış olması ve bu nedenle delilleri karartma şüphesinin bulunması gösterilmiş ve adli kontrol tedbirinin yetersiz kalacağı ifade edilmiştir. Söz konusu karar 22/3/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

22. Başvurucu Yavuz Pehlivan, 27/3/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

23. Mahkeme, 3/5/2013 tarihli oturumda bir kısım sanıklar müdafiinin dijital verilerden imaj verilmesi talebini şu gerekçelerle reddetmiştir:

"185-... Pandora veri tabanından ortaya çıkan verilerin hazırlık soruşturmasında yapılan incelemelerine nazaran; kişisel nitelikli ifşaı suç teşkil eden bilgiler/veriler, müstehcen içerikli kişisel ve ifşaı suç teşkil eden görüntüler, devletin güvenliğine veya iç veya dış siyasal yararlarına ilişkin belge, bilgi veya vesika, yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlerine göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgiler/belgeler içeren hususlardan olmasına, bir kısmının devlet sırrı niteliği ile tensiben ayrılarak CMK.m.125 uyarınca kasaya konularak saklanılmasına karar verilen bilgi içeren belgelerden bulunmasına, diğer kısımlarının dijital veri tabanından tek tek her bir sanık açısından kendi ilgisine göre silinip hazırlanmasının 357 sanıklı bir davada olanaklı bulunmamasına, dava açılmış olmasına rağmen süreçte verilip dağıtılmasının da kanunen ayrıca suç teşkil edecek bulunmasına, iddianamesinde sanıkların üzerlerine atılı suçlamanın açıkça anlatılmış olup, taranarak yanlara verilen 330 klasörlerinde savunma yapmaya yetecek verinin var ve yeterli bulunmasına, CMK.m.125 hükmü-

nün açıkça CMK.m.134 ve 153/4 hükümlerinin istisnasını teşkil ettiğinin maddenin metin ve gerekçesinden anlaşılmasına ve atfedilen suçlamalar açısından bilgi/belgelerin içeriğinin değil "temin edilme neden ve şeklinin" değerlendirilmesinin gerekmesine nazaran sanıkların müdafilerinin emanetteki veri tabanından dijital veri kopyalanarak tamamının veya devlet sırrı olarak nitelenen dışındakilerin verilmesi İSTEMLERİNİN REDDİNE, Tensibin 299. bent hükümlerinin aynen geçerli bulunduğuna (karar verilmiştir.)"

24. Mahkemenin 5/7/2013 tarihli oturumunda da bir kısım sanıkların dijital verilerin imajlarının verilmesi talebi üzerine Mahkeme, dijital veri tabanı üzerinde ileriki aşamada bilirkişi incelemesi yaptırılacağını ifade ederek talebi reddetmiştir.

25. Mahkeme aynı oturumda sanıklarda ele geçirilen dijital materyallerde bulunan belge ve bilgilerin kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular niteliğinde olduğu, delillerin henüz tam olarak toplanmadığı ve delil karartma şüphesinin varlığı ve adli kontrol tedbirinin uygulanmasının yetersiz kalacağı gerekçesiyle başvuruculardan da aralarında bulunduğu tutuklu sanıkların tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. Başvurucular bu karara itiraz etmiş, ancak itirazları Bursa 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 17/7/2013 tarihli ve 2013/629 Değişik İş sayılı kararıyla reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde kuvvetli suç şüphesi olarak dosya kapsamında ele geçirilen "*pandora*" isimli dijital materyal içeriği, bilgisayar kayıtları, iletişimin tespit tutanakları, bu aşamada elde edilen belgeler konusunda devletin güvenliğine ilişkin yetkili kurum ve kuruluşlardan alınan yazı cevapları, sanıkların ve mağdurların soruşturma evresindeki ifadeleri ile dosya içindeki birçok belge içeriği belirtilmiştir. Kararda, tutuklama nedeni olarak ise delillerin henüz yeterince toplanmamış olması ve karartılma şüphesinin bulunması ile isnat olunan suçların sanıklar aleyhinde vasfının değişme ihtimalinin bulunması gösterilmiş ayrıca adli kontrol tedbirinin uygulanmasının yetersiz kalacağı ifade edilmiştir.

26. Anılan karar başvuruculara 29/8/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Yavuz Pehlivan dışındaki başvurucular 19/9/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

27. 2/8/2013 tarihli oturumda, ele geçirilen dijital materyaller üzerinde sahtecilik konusunda Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumundan (TÜBİTAK) rapor alınacağından sanıklar ve müdafilerinin bir sonraki oturuma kadar, bilirkişi kurulunun raporda yanıtlamasını istedikleri hususları belirtmelerine, tutuklu sanıkların aynı gerekçelerle (bkz. § 25) tutukluluk hallerinin devamına; 27/9/2013 tarihli oturumda ise sanıkların taleplerinin değerlendirilerek değerlendirmeye esas soruların belirlenmesine, 25/12/2013 tarihinde bilirkişi raporu tanzimi için dosyanın bilirkişilere teslimine karar verilmiştir.

TÜBİTAK tarafından hazırlanan raporun 10/6/2014 tarihinde Mahkemeye teslim edildiği görülmüştür.

28. Başvurucu Burhan Kahraman, İzmir 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 27/9/2013 tarihli kararıyla tahliye edilmiştir. Karar gerekçesi olarak isnat edilen suçun niteliği ve toplanan delillerin durumu gösterilmiştir.

29. Mahkeme, 16/1/2014 tarihli ara kararında tutuklu diğer başvuruculaların tutukluluk durumunu değerlendirmiş ve tutukluluk hallerinin devamına karar vermiştir. Mahkeme kararında, sanıklarda ele geçirilen taşınabilir bellek ve hard disklerde devletin güvenliği, iç ve dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken evraklar, birçok kamu görevlisinin özel hayatına ilişkin bilgiler ile askeri harita ve krokilerin bulunması hususları kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olgular olarak belirtilmiştir. Kararda ayrıca şu gerekçelere yer verilmiştir:

"... Ele geçirilen gizlilik dereceli bilgi/belgeler hakkında Genelkurmay Başkanlığı'ndan ayrıntılı değerlendirme raporunun alınması zaruretinin olduğu ve bu amaçla merciinden düzenlenecek raporların beklenildiği, sanık B.Ö.'nın evinde ele geçirilen harici harddiskte bulunan pandora adlı veri tabanı ile sanıklarda ele geçirilen dijital materyaller üzerinde TÜBİTAK'tan kapsamlı bilirkişi raporunun istenildiği ve rapor dönüşünün beklendiği, hazırlanacak rapor neticelerinin beklenilmesinin yargılamanın gereği olduğu ve bu anlamda delillerin tam olarak toplanmamış olduğu,

Öte yandan iddia olunan suç örgütünün yapısı, işleyiş şekli, faaliyetleri ve etki alanı ile sanıkların konumları dikkate alındığında, serbest bırakılmaları durumunda hazırlanacak rapor ve değerlendirmelerin sağlıklı bir şekilde yapılmasını engelleme ihtimalinin bulunduğu, bu şekilde delilleri karartma ihtimalinin olduğu, bu bağlamda CMK 100/(2-b)/1 ve 2'de belirtilen tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin tutukluluk tedbiri konusundaki yerleşik karar ve gerekçelerinde, kişinin adaletin işleyişine müdahale etme riski olan hallerde tutukluluk tedbirinin uygulanabileceğinin belirtilmiş olduğu, dava dosyasında AİHM'in belirttiği bu kriter ve ölçütlerin yukarıda belirtildiği şekilde gerçekleştiği, tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde tutuklamanın bu aşamada ölçülü olduğu ve tutuklamadan beklenen gayenin adli kontrol hükümleri ile sağlanamayacağı (anlaşılmıştır.)"

30. Başvurucular Yavuz Pehlivan, Erdal Özkan, Ergün Özkan, İdris Acartürk ve Merdin Kışkan'ın 16/1/2014 tarihli tutukluluğun devamı kararına karşı yaptıkları itiraz üzerine Bursa 6. Ağır Ceza Mahkemesi, 23/1/2014 tarihli ve 2014/26 Değişik iş sayılı kararı ile başvurucular Ergün Özkan ve Merdin Kışkan'ın itirazlarının reddine karar vermiştir. Mahkemenin karar gerekçesinde başvurucular Ergün Özkan ve Merdin Kışkan ile ilgili olarak

isnat olunan suçlara ilişkin olarak kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu, suç vasıfları ve sevk maddelerine göre bu aşamada tutuklama tedbirine ilişkin kriter ve ölçütlerin mevcut olduğu ve adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağı belirtilmiştir.

31. Aynı kararda Mahkeme, başvurucular Yavuz Pehlivan, Erdal Özkan ve İdris Acartürk'ün ise yurt dışına çıkmamak adli kontrol tedbiri ile tahliyesine karar vermiştir. Tahliye kararı gerekçesinde isnat olunan suçların daha ağır cezayı gerektiren vasfa dönüşme ihtimalinin bulunmadığı ve isnat olunan suçların sevk maddelerinde gösterilen ceza miktarları ile tutuklu kalınan süre dikkate alındığında tutukluluk halinin devamının mağduriyetlere neden olabileceği ifade edilmiştir.

32. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı 13/2/2014 tarihli ve 2014/14 sayılı iddianame ile İzmir 12. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2013/9 sayılı dosyası ile birleştirilmek üzere toplam 134 sanık hakkında kamu davası açmıştır. Mağdur sayısının 1272, müşteki sayısının ise 317 kişi olduğu iddianamenin, 9/5/2012 tarihinde başlayıp devam eden aramalar neticesinde şüphelilerin ev ve iş yerlerinden ele geçirilen fiziki ve dijital materyallerden elde edilen ve 2013/1 sayılı iddianamenin tanziminden sonra kurumlardan gelen bilgi ve belgeler ile tespit edilen müşteki ve mağdurlara ilişkin olarak düzenlendiği belirtilmiştir. İzmir 12. Ağır Ceza Mahkemesi 24/2/2014 tarihli ve E.2014/20, K.2014/10 sayılı kararla dava dosyasının Mahkemenin E.2013/9 sayılı dosyası ile birleştirilmesine karar vermiştir.

33. Başvurucular hakkındaki dava, 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle özel yetkili mahkemelerin görevlerinin son bulması üzerine İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesine devredilmiş olup, Mahkemenin E.2014/100 sayısına kaydedilmiştir.

34. Mahkeme, 11/4/2014 tarihli kararla başvurucular Ergün Özkan ve Merdin Kışkan'ın tahliyesine karar vermiştir.

35. İzmir 5. Ağır Ceza Mahkemesi 21/1/2015 tarihli oturumda dijital materyaller üzerinde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına, bilirkişi olarak üniversite öğretim üyelerinin belirlenmesine karar vermiş, ancak görevlendirilen bilirkişilerin mazeretleri nedeniyle 25/5/2015 tarihli oturumda yeni görevlendirme yapılmasına karar vermiştir. Oturum zabıtlarının incelenmesinden ilgili dijital materyallerin 21/1/2015 tarihi itibariyle halen sanıkların müdafilerine verilmediği tespit edilmiştir.

36. Başvurucular hakkındaki dava halen ilk derece mahkemesinde derdesttir.

B. İlgili Hukuk

37. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

38. Aynı Kanun'un 220. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

39. Aynı Kanun'un 327. maddesi şöyledir:

"(1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiil, savaş sırasında işlenmiş veya Devletin savaş hazırlıklarını veya savaş etkinliğini veya askerî hareketlerini tehlikeye koymuşsa müebbet hapis cezası verilir."

40. Aynı Kanun'un 334. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

41. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin ilgili kısmı 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,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa."

42. Aynı Kanun'un 125. maddesi şu şekildedir:

"(1) Bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz.

(2) Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgeler, ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilir.

(3) Bu Madde hükmü, hapis cezasının alt sınırı beş yıl veya daha fazla olan suçlarla ilgili olarak uygulanır."

43. 6526 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 3713 sayılı Kanun'un 10. maddesinin ilgili kısmı 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 adlî yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

...

Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),

dolayısıyla açılan davalar, birinci fıkra hükmüne göre görevlendirilen mahkemelerde görülür. Üçüncü fıkranın (d), (e), (f) ve (h) bentleri hariç olmak üzere, bu madde hükümleri, bu suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

44. Mahkemenin 4/6/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucuların 2013/2312 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

45. Başvurucu Yavuz Pehlivan, suç örgütüne üye olduğuna ilişkin hangi delilin bulunduğunu bilmediğini, hakkındaki iddiaların kaynağının üçüncü bir

şahıstan ele geçirilen ve kimin yazdığı belli olmayan dijital bilgilere dayandığını, bu dijital verinin ilk ve son kaydedeninin kendisi olmadığını, sadece "*dosyanın yolu*" bölümünde isminin geçtiğini, bu yolun ise kolayca değiştirilebileceğini ve herkesin isminin yazılabileceğini, dijital verilerin güvenilir olmadığını, kendi evinde yapılan aramada herhangi bir suç delili bulunmadığını, yine kendisi hakkında yapılan fiziki ve teknik takip sonucunda aleyhine bir delil elde edilemediğini, kaçma ve delil karartma şüphesinin bulunmadığını ve tutukluluk konusunda ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürmüş, tahliye ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

46. Diğer başvurucular, yargılandıkları suçun bir terör suçu olmamasına rağmen terörle mücadele maksadıyla kurulan savcılık ve hakimliklerce soruşturulması ve özgürlüğü kısıtlayıcı kararların alınması nedeniyle Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen kanuni hakim güvencesinin ihlal edildiğini, kuvvetli suç şüphesi, kaçma ve delil karartma şüphesi bulunmadığı halde tutuklandıklarını, kaçma şüphesinin basmakalıp gerekçelere dayandığını, adli kontrol tedbirinin niçin yetersiz kalacağının mahkeme kararlarında açıklanmadığını, bütün delillerin adli makamların elinde olduğunu, suç vasfının değişme ihtimalinin tutuklamanın gerekçesi olamayacağını, aynı dosya kapsamında müsnet eylemleri müebbet hapis cezası gerektiren 12 sanıktan beşinin tutuklu olduğunu, bu nedenle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini, ayrıca dosyadan suret alma yetkisinin kısıtlanmasının savunma haklarını zedelediğini ve silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüş, tahliye ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

47. Başvuruculara tutuklamanın kanuni olmadığı yönündeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası, tutukluluk süresinin makul olmadığı yönündeki iddialarının aynı maddenin yedinci fıkrası, dava dosyasına erişim kısıtlaması iddialarının aynı maddenin sekizinci fıkrası, kanuni hakim ilkesinin ihlali iddialarının ise Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası ile bağlantılı olarak 37. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Başvuruculara eşitlik ilkesinin ihlali yönündeki şikâyetleri, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağlantılı olması nedeniyle bu hak kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Tutuklamanın Kanuni Olmadığı İddiası

48. Başvurucular, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmadığı halde tutuklandıklarını iddia etmişlerdir.

49. Adalet Bakanlığı görüşünde özetle, başvurucular hakkında verilen tutuklama kararlarında isnat edilen suçlara ilişkin kuvvetli suç şüphesini gösteren deliller ve delillerin karartılması ihtimalinin bulunduğunun ifade edildiği, yine iddianamede başvurucular hakkındaki delillerin ayrıntılı olarak açıklandığı belirtilmiştir.

50. Başvurucular Bakanlık görüşüne karşı cevaplarında, genel olarak önceki beyanlarını tekrar etmişlerdir.

51. 30/3/2011 tarihli 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 fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

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

52. 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 (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

53. 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 suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 46).

54. 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 aşama-

larında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (*Hanefi Avcı*, § 47).

55. 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 oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar bir liste halinde belirtilmiştir (*Hanefi Avcı*, § 48).

56. Diğer yandan, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece derece mahkemelerinin kararlarındaki kanunun yorumuna 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 (*Murat Narman*, § 48).

57. Somut olayda başvurucular hakkında verilen tutuklama kararlarında kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların mevcudiyeti ve delillerin henüz tamamen toplanmamış olması nedeniyle kaçma ve delil karartma şüphesinin varlığı gösterilmiştir (bkz.§§10-13).

58. Başsavcılıkça, 6/1/2013 tarihinde başvurucular hakkında kamu davası açılmıştır. İddianamede, başvuruculara isnat olunan suçlara ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir (bkz.§§15-17).

59. Bu durumda başvurucuların, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmadığı halde tutuklandıkları iddiasının yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Tutukluluğun devamına dair kararların *ilgili* ve*yeterli* olup olmadığı meselesinin ise tutukluluğun makul olup olmadığının incelenmesi sırasında ele alınması gerekir.

60. Açıklanan nedenlerle başvurunun tutuklamanın kanuni olmadığı kısmının "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Kanuni Hakim İlkesinin İhlali İddiası

61. Başvurucular yargılandıkları suçun bir terör suçu olmamasına rağmen terörle mücadele maksadıyla kurulan savcılık ve hakimliklerce soruşturulmaları ve özgürlüğü kısıtlayıcı kararların alınması nedeniyle Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen kanuni hakim güvencesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

62. Adalet Bakanlığı görüşünde özetle, bu şikayetin adil yargılanma hakkı kapsamında olduğu ve başvuru yollarının tüketilmediğini ifade etmiştir.

63. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı bu iddiaları ile ilgili cevap vermemişlerdir.

64. Anayasa'nın 37. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz.

Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz."

65. Suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görecek yargı yerinin belirlenmiş olması şeklinde tanımlanan kanuni hakim kavramı, adil yargılanma hakkının en önemli öğesi olan *"kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma"* hakkının temelini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen kanuni hakim ilkesi, yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına ya da yargıcın atanmasına engel oluşturur; sanığın veya davanın taraflarına göre yargıç atanmasına olanak vermez. İlkeyle suçun işlenmesinden sonra çıkarılacak bir yasa ile oluşturulacak mahkeme önüne davanın götürülmesi ve böylece *"kişiye"* ya da *"olaya"* özgü mahkeme kurulması yasaklanmıştır (AYM, E.2009/52, K.2010/16, K.T. 21/1/2010).

66. Ceza yargılaması usulüne ilişkin yasaların kamu düzeni ile ilgili olmaları nedeniyle yürürlüğe girmelerinin ardından taraf iradelerinden bağımsız olarak derhal uygulanmaları gerektiğinden, her yargılama işleminin, yapıldığı tarihte yürürlükte olan yasaya göre yürütülmesi zorunludur. Yargılama hukuku normlarının zaman bakımından uygulanmasında dikkate alınması gereken konu, yeni yasanın yürürlüğe girdiği tarihte muhakemenin sona ermiş olup olmadığıdır. Yargılama henüz kesin olarak bitmemişse, yeni yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren yapılacak yargılama işlemlerinde kural olarak yeni yasanın uygulanması gerekir (AYM, E.2009/52, K.2010/16, K.T. 21/1/2010).

67. Kanuni hâkim güvencesi, sadece mahkemelerin yargı yetkisi içinde yer alan konuların belirlenmesini değil, her bir mahkemenin kuruluşu ve yer bakımından yargı yetkisinin belirlenmesi de dâhil olmak üzere mahkemelerin organizasyonlarına ilişkin tüm düzenlemeleri ifade etmekte, mahkemelerin görev ve yetki alanlarının açık ve anlaşılır biçimde tespit edilmesi gereğini ortaya koymaktadır (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 80).

68. Somut olayda başvurucuların tutuklanmalarına ve haklarında dava açılmasına esas gösterilen suçlardan olan 5237 sayılı Kanun'un 327. ve 334. maddesinde düzenlenen suçlar, 6526 sayılı Kanun'un 19. maddesi ile yürürlükten kaldırılan 3713 sayılı Kanun'un 10. maddesinde sayılan suçlardandır. Dolayısıyla başvurucuların yargılanmasına konu suçlardan bir kısmının konu bakımından 3713 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında bulunması nedeniyle başvurucular hakkındaki soruşturma ve kovuşturma usulünün bu kanun hükümlerine göre yapıldığı görülmektedir.

69. Açıklanan nedenlerle başvurucuların kanuni hakim ilkesinin ihlali iddiasının "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Diğer Şikâyetler

70. Başvurucuların tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin yetersiz olduğuna, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmadığı halde tutukluluk durumunun sürdürüldüğüne ve dava dosyasına erişimin kısıtlandığına 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

71. Başvurucular,

i. İzmir 12. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı ile dosyadaki evrakı incelemelerinin ve suret almalarının yasaklanmasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğunu, ayrıca davadaki delillerin tamamına yakınının bulunduğu "*Pandora*" isimli veri tabanı üzerinde teknik inceleme yaptırma ve bu bağlamda savunma yapma haklarını kullanamadıklarını;

ii. tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin yetersiz olduğunu, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedeni bulunmadığı halde tutukluluk durumunun sürdürüldüğünü ve adli kontrolün hangi somut nedenlerle yetersiz kalacağının kararlarda açıklanmadığını iddia etmişlerdir.

72. Adalet Bakanlığı görüş yazısında özetle;

i. 5271 sayılı Kanun'un 125. maddesinde devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgelerin ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebileceğinin hüküm altına alındığı, somut olayda İzmir 12. Ağır Ceza Mahkemesinin davaya konu "*Pandora*" veri tabanının şifresinin kırılmasına ilişkin işlemlerin devam etmesi nedeniyle örnek alma taleplerini reddettiği, bir kısım belgelerin devlet sırrı olduğu gerekçesiyle kasada saklanmasına ve sadece mahkeme veya görevlendireceği hakim tarafından incelenmesine karar verdiği, ayrıca başvuruculaların savcılık sorgusu esnasında hakkındaki suçlamalarla ilgili olarak bilgilendirildikleri ve bazı belgeleri incelemelerine izin verildiği,

ii. soruşturma ve yargılama aşamasında tutukluluğun devamına dair verilen ara kararlarda tutuklamadan beklenen gayenin adli kontrol hükümleri ile sağlanamayacağının ifade edildiği, ayrıca Mahkemenin tutuklu olarak yargılanan bazı sanıkların hukuki durumlarını değerlendirerek adli kontrol şartıyla tahliyelerine karar vermesinin bu kişiler arasında ayrım yapıldığı anlamına gelmediğinin düşünüldüğü,

ifade edilmiştir.

73. Başvurucu Yavuz Pehlivan Bakanlık görüşüne karşı beyanında özetle, tutuklu kaldığı sürenin 1 yıl 6 ay olması nedeniyle 4 yıllık infazı karşılayacak oranda tutuklu kaldığını, isnat olunan suçların kanunda yazılı ceza miktarlarına göre tutukluluk süresinin infaza dönüştüğünü ve bu nedenle makul olmadığını, isnat olunan suça ilişkin tek delil olan "*Pandora*" isimli bilgisayar verisinin baştan itibaren yargılama makamlarının elinde olmasına rağmen Mahkemenin delil karartma şüphesiyle tutukluluğun devamına karar verdiğini, dosya kapsamında tutuklu ve tutuksuz olan tüm sanıklar için delil durumunun aynı olduğunu, buna rağmen kendisinin tutuklu olarak yargılandığını, ayrıca "*Pandora*" isimli dijital delilin de hukuka aykırı olarak ele geçirildiğini belirtmiştir.

Başvurucular Merdin Kışkan, Erdal Özkan ve Burhan Kahraman ise Bakanlık görüşüne karşı beyanında özetle, yargılama sona ermediği için adil yargılanma hakkının ihlali ile ilgili bir taleplerinin olmadığını, isnat olunan suçlardan 5237 sayılı Kanun'un 220. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ve 334. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenenler bakımından Kanun'da yazılı hapis cezası sürelerinin 5237 sayılı Kanun'da öngörülen erteleme, adli para cezası, tedbire çevirme ve 5271 sayılı Kanun'da düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında bulunmasına rağmen 1 yıl 6 ay tutuklu kaldıklarını ifade etmişlerdir.

74. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkraları 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.

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."

75. Anayasa'nın anılan hükümleri 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. Fıkrada öngörülen bu prosedürde adil yargılanma hakkının bütün güvencelerini sağlamak mümkün değil ise de, iddia edilen tutmanın koşullarına uygun somut güvencelerin yargısal nitelikli bir kararla sağlanması gerekir (*Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 122-123).

76. Tutukluluk halinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde "*silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargı"* ilkelerine riayet edilmesi gerekir (*Hikmet Yayğın*, B. No: 2013/1279, 30/12/2014, § 30). 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. Taraflardan birine tanınan, diğerine tanınmayan avantajın, fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır (*Bülent Karataş,* B. No: 2013/6428, 26/6/2014, § 70).

77. 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. 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 (*Bülent Karataş*, § 71).

78. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), müdafiinin dosya içeriğini incelemesinden mahrum bırakılmasını silahların eşitliği ilkesinin ihlali olarak değerlendirmektedir (*Ceviz/Türkiye,* B.No:8140/08, 17/7/2012, § 41). Ancak

AİHM'e göre, milli güvenlik, suçların araştırılmasına ilişkin polisiye yöntemlerin gizli kalma gerekliliği ya da üçüncü bir kişinin temel haklarının ve kamu düzeninin korunması için gerektiği ölçüde çelişmeli dava hakkı kısıtlanabilir. Bununla birlikte, savunmanın haklarının kısıtlanmasıyla sebep olunan zorlukların yargılama sırasında yeteri kadar giderilmesi gerekir (bkz. *A.ve Diğerleri/Birleşik Krallık*,B.No:3455/05, 19/2/2009, § 205).

79. AİHM, ifadesi alınırken başvurucuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş ve başvurucunun tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda, başvurucunun tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğuna, içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip olduğuna ve bu nedenle de tutukluluk halinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkanını elde ettiğine karar vermektedir (bkz. *Ceviz/Türkiye*, § 43; *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye*, B. No: 15048/09, 28/10/2014, § 62). Ancak suçlamalara dayanak olan başlıca delillerin başvurucuda bulunan deliller değil, üçüncü kişilerde bulunan ve erişim kısıtlaması kararı verilen bilgisayar belgeleri ve dosyaları olması, başvurucu ve müdafisinin tutukluluğun yasallığına itiraz edebilmek için temel öneme sahip bu belgelerin içeriği ile ilgili yeterli bilgiye sahip olmaması ve erişim kısıtlaması kararının gerekçelerinin yeterli olmaması halinde AİHM, erişimi kısıtlama kararının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ihlaline yol açtığına karar vermiştir (Bkz. *Nedim Şener/Türkiye*, B. No: 38270/11, 8/7/2014, §§ 83-86).

80. Somut olayda başvuruculara isnat edilen suçlamalara dayanak olarak gösterilen deliller, başvuruculardа bulunan deliller değil, üçüncü kişilerde ele geçirilen dijital materyaller olup, soruşturma ve kovuşturma sürecinde yargılama makamlarının tutuklu yargılanan başvuruculara tutuklu bulundukları süre boyunca bu delilleri incelemelerine ve teknik inceleme yaptırmalarına izin vermedikleri görülmektedir. Başvuruculаrın, tutukluluğun yasallığına etkili bir şekilde itiraz edebilmek için temel öneme sahip dijital materyaller ve belgelerin içeriği ile ilgili yeterli bilgiye ve ayrıca ilgili dijital materyaller hakkında teknik inceleme yapma imkânına sahip olmadıkları ve bu nedenle de silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

81. Öte yandan tutukluluk süresinin makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Anayasanın 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. Masumiyet karinesine rağmen tutukluluğun devamı, ancak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına nazaran daha ağır bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir. Bu ne-

denle bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını gözetmek, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla, belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi ile serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir (*Murat Narman*, §§ 61- 62). Ayrıca tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin suçlamaya esas olgulara/delillere dayanması ve bu olguların kararlarda gerekçeleriyle açıklanması bir zorunluluktur.

82. Tutuklama tedbirine, kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de busüre 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 (*Murat Narman*, § 63).

83. Diğer taraftan özgürlük hakkı, adli makamlarla güvenlik görevlilerinin özellikle organize suçlarla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek biçimde yorumlanmamalıdır(*Hanefi Avcı*, § 69).

84. Ayrıca hukuka uygun olarak tutuklanan bir kişinin, suç işlediği yönünde kuvvetli belirti ve tutuklama nedeninin varlığı devam ettiği sürece ilke olarak belli bir süreye kadar tutukluluk halinin makul kabul edilmesi gerekir (*Murat Narman*, § 65).

85. 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 (*Murat Narman*, § 66).

86. Somut olayda başvurucu Burhan Kahraman'ın tutulma süresi 1 yıl 2 ay 23 gün, başvurucu Yavuz Pehlivan'ın 1 yıl 6 ay 16 gün, başvurucu Merdin Kışkan'ın 1 yıl 9 ay 8 gün, başvurucu İdris Acartürk için 1 yıl 6 ay 21 gün, başvurucu Ergün Özkan'ın 1 yıl 9 ay 28 gün, başvurucu Erdal Özkan'ın ise 1 yıl 7 ay 10 gündür. Bu süre boyunca suçlamanın temelini oluşturan esaslı delillere başvuruculaın erişiminin sağlanamadığı anlaşılmaktadır. Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğinden, somut başvuru yönünden başvuruculaın tutuklu kaldıkları sürelerin makul olup olmadığının, dolayısıyla mahkeme kararlarında tutukluluğun devamına ilişkin ilgili ve yeterli gerekçe gösterilip göste-

rilmediğinin, suçlamanın temelini teşkil eden esaslı delillere ulaşılamaması durumu dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekir.

87. Üçüncü kişilerden ele geçirilmiş ve suçlamanın temelini teşkil eden esaslı delillere ulaşılamamasıbelli bir süreye kadar makul karşılanabilir. Bununla birlikte böyle durumlarda, diğer tutukluluk durumlarına kıyasla tutukluluğun devam ettirilmesi yönünden daha özenli davranılması gerekir. Zira, suçlamaya dayanak olgulardan yeterince bilgi sahibi olunmadığı ve bunları sorgulama imkanı bulunmadığında, başvuruculaların serbest bırakılmayı isteme haklarını etkili bir şekilde kullanmaları oldukça zorlaşacaktır.

88. Somut olayda, başvuruculaların, üçüncü kişilerden ele geçirilmiş ve suçlamanın temelini teşkil eden esaslı delillere ulaşamadıkları, dolayısıyla etkili şekilde serbest bırakılma taleplerini iletemedikleri bir ortamda yaklaşık 1 yıl 2 aydan 1 yıl 9 aya kadar değişen sürelerle tutuklu bırakılmaları makul bir süre olarak kabul edilemez. Tutuklamanın devamı ve itiraz üzerine verilen kararlarda belirtilen gerekçeler, somut olayın yukarıda yer verilen niteliği dikkate alındığında, anılan sürelerde tutmayı haklı kılacak derecede ilgili ve yeterli değildir.

89. Açıklanan nedenlerle, başvuruculaların tutukluluk süresinin makul olmadığı yönündeki iddiası ile ilgili olarak Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkralarının *ihlal edildiğine* karar verilmesi gerekir.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesinin Uygulanması

90. 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.

91. Başvuruda Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucular hakkında tahliye kararı verilmekle tutukluluk hali sona ermiştir. Bu durumda, ihlalin tespiti dışında sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gereken bir husus bulunmadığı anlaşılmaktadır.

92. Başvurucu Yavuz Pehlivan 500.000,00 TL. maddi ve manevi, diğer başvurucular ise 50.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmişlerdir.

93. Başvurucu Yavuz Pehlivan, uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmamıştır. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için, başvurucunun uğradığı-

nı iddia ettiği maddi zarar ile tazminat talebi arasında illiyet bağı kurulması gerekir. Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmayan başvurucunun maddi tazminat talebinin reddi gerekir.

94. Başvuruculaların özgürlük ve güvenlik hakkına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle telafi edilemeyecek ölçüdeki manevi zararları karşılığında somut olayın özelliklerini dikkate alarak her bir başvurucuya ayrı ayrı net 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

95. Başvurucular tarafından aşağıda dökümü yapılan yargılama giderlerinin başvuruculara ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun,

1. Tutuklamanın kanuni olmadığı iddiası ile ilgili olarak "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" sebebiyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

2. Kanuni hakim ilkesinin ihlali iddiası ile ilgili olarak "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" sebebiyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

3. Tutukluluk süresinin makul olmadığı ve dava dosyasına erişimin kısıtlanması iddiaları ile ilgili olarak **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

4. Tutukluluk süresinin makul olmadığı ve dava dosyasına erişimin kısıtlanması iddiaları ile ilgili olarak Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkralarının **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

B. Başvuruculara ayrı ayrı net 5.000,00 TL manevi tazminat **ÖDENMESİNE** ve tazminata ilişkin diğer taleplerinin **REDDİNE,**

C. Başvurucu Yavuz Pehlivan 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 anılan başvurucuya **ÖDENMESİNE**,

D. Başvurucular; Burhan Kahraman tarafından 2013/7075 numaralı başvuru için, İdris Acartürk tarafından 2013/7073 numaralı başvuru için, Merdin Kışkan tarafından 2013/7074 numaralı başvuru için, Erdal Özkan tarafından 2013/7077 numaralı başvuru için, Ergün Özkan tarafından 2013/7076 numaralı başvuru için yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harcın ayrı ayrı, 1.500,00 TL vekâlet ücretinin ise müştereken başvurucular Burhan Kahraman, İdris Acartürk, Merdin Kışkan, Ergün Özkan ve Erdal Özkan'a **ÖDENMESİNE,**

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuruculların 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,

4/6/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

İZZETTİN ALPERGİN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/385)

Karar Tarihi: 14/7/2015

R.G. Tarih- Sayı: 23/10/2015-29511

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Hüseyin TURAN
Başvurucu	:	İzzettin ALPERGİN
Vekili	:	Av. Murat YILMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tutuklama kararının hukuki şartlarının oluşmadığı, tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçesiz olduğu, dosyaya ilişkin gizlilik kararı bulunması nedeniyle etkin bir savunma yapılamadığı ve is-

nat edilen suç hakkında geç bilgilendirilme ve müdafiden yararlandırılmama nedenleriyle kişi özgürlüğü ve güvenliği ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 4/1/2013 tarihinde Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi aracılığıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve başvuruda, Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 27/1/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına ve dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 6/3/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvurunun belgelerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 6/3/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 16/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 28/4/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı 6/5/2014 tarihinde beyanda bulunmuştur.

7. Birinci Bölüm tarafından 24/6/2015 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

9. Başvurucu, devlet memuru olup aynı zamanda Kamu Emekçileri Sendikasına (KESK) bağlı Tüm-Bel-Sen Genel Sekreteri'dir.

10. Başvurucu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında yasa dışı PKK/KCK örgütü yapılanması çerçevesinde hareket ettiği iddia edilen Demokratik Emek Platformu (DEMEP) içerisinde faaliyette bulunduğu iddiasıyla 25/6/2012 tarihinde gözaltına alınmıştır. Aynı gün başvurucunun evinde arama yapılmıştır.

11. Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi, 21/6/2012 tarihli ve 2012/653 Değişik İş sayılı kararıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereğince itiraz yolu açık olmak üzere soruşturma dosyası hakkında gizlilik kararı vermiştir.

12. Başvurucu, Ankara 12. Ağır Ceza Mahkemesindeki sorgusu sırasında soruşturma dosyası hakkında verilen gizlilik kararının kaldırılmasından sonra savunma yapmak istediğini belirtmiş; Mahkeme, soruşturmanın devam etmekte olduğunu ve talebin soruşturmanın akıbetini etkileyebilecek nitelikte olması nedeniyle 28/6/2012 tarihli ve 2012/24 Sorgu sayılı ara kararıyla bu talebi reddetmiştir.

13. Başvurucu, 21 şüpheli ile birlikte 27-28/6/2012 tarihlerinde Cumhuriyet savcısı tarafından ifadesi alındıktan sonra Ankara 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/6/2012 tarihli ve 2012/24 Sorgu sayılı kararıyla*"üzerlerine atılı suçların vasfı ve mahiyeti, atılı suçların CMK 100/3. maddesinde yazılı suçlardan olması, atılı suçlardaki ceza üst sınırına göre şüphelilerin delilleri karartma ve kaçma şüphelerinin bulunması"* gerekçe gösterilerek silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmıştır.

14. Başvurucunun tutuklama kararına karşı itirazı, Ankara 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 10/7/2012 tarihli ve 2012/376 Değişik İş sayılı kararıyla "*itiraza konu kararda usul ve yasaya aykırılık görülmediği*" gerekçesiyle kesin olarak reddedilmiştir.

15. Başvurucunun, 5271 sayılı Kanun'da 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonrasında 20/7/2012 tarihli dilekçesi ile tahliye talepli başvurusu Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 10. maddesiyle görevli Ankara (2) No.lu Hâkimliğinin 20/7/2012 tarihli ve 2012/8 Değişik İş sayılı kararıyla "*Şüphelilerin üzerine atılı silahlı terör örgütüne üye olma suçunun niteliği, bu suçla ilgili kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, teknik takip evraklarının mahiyeti, delillerin tamamen toplanmamış olması nedeniyle karartılma ve kaçma tehlikesinin bulunması, suçların CMK 100/3. maddesinde sayılan suçlardan olması, şüphelinin tutuklanmasını gerektiren sebeplerde ve delillerde değişiklik olmaması, dosyaya şüpheliler lehine yeni bir delil girmemiş olması, adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı"*gerekçeleriyle reddedilmiş ve tutukluluk hâlinin devamına karar verilmiştir

16. Başvurucunun itirazı üzerine TMK'nın 10. maddesiyle görevli Ankara (2) No.lu Hâkimliğinin 9/8/2012 tarihli ve 2012/37 Değişik İş sayılı kararıyla "*itiraza konu kararda usul ve yasaya aykırılık görülmediği*" gerekçesiyle itiraz kesin olarak reddedilmiştir.

17. Başvurucunun 10/10/2012 tarihli tahliye talebi, TMK'nın 10. maddesiyle görevli Ankara (1) No.lu Hâkimliğinin 15/10/2012 tarihli ve 2012/135 Değişik İş sayılı kararıyla *"Şüphelilerin üzerine atılı suçlama ile haklarında yapılan soruşturmada atılı suç ile ilgili kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, delillerin tamamen toplanmamış olması nedeniyle karartılma ve kaçma tehlikesinin bulunması, suçların CMK 100/3. maddesinde sayılan suçlardan olması, şüphelilerin tutuklanmasını gerektiren sebeplerde ve delillerde değişiklik olmaması, dosyaya şüpheliler lehine yeni bir delil girmemiş olması, adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı"* gerekçeleriyle reddedilmiştir.

18. Başvurucu, ret kararını 6/12/2012 tarihinde öğrendiğini beyan etmiştir.

19. Başvurucu 4/1/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

20. Başvurucunun da aralarında olduğu 72 sanık hakkında, isnat edilen suçla ilgili olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 28/1/2013 tarihli ve 2011/1268 Soruşturma sayılı iddianamesiyle Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2013/14 sayılı dosyasında kamu davası açılmıştır.

21. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 28/1/2013 tarihli iddianamesinde suç örgütünün amacı, faaliyetleri, işleyişi ve yapısı ayrıntılı olarak anlatılmıştır:

"Terör örgütü üye ve sempatizanları sivil toplum örgütleri ve siyasi partiler şeklinde örgütlenirken, Kamuda çalışan sempatizanların örgütlenme zorluğu nedeniyle sendikal faaliyetler, yasal kamuflaj olarak kullanılarak örgütlenme faaliyetleri bu alanda da sürdürülmüştür. Sendikalar vasıtasıyla sendika üyelerinin kontrol altına alınarak başta seçimlerde örgüt ile ilişkili siyasi partinin oy oranının artırılması olmak üzere siyasi alanda örgütsel taleplerin kabulü bakımından elinde grev silahı bulunan işçi memur yapısı baskı unsuru olarak kullanılmak istenmektedir.

DEMEP, çeşitli iş kollarında çalışan kesimlerin sendikal haklarının takipçisi olmaktan ziyade, bu kesimlerin örgütsel faaliyetlerin içine çekilerek terör örgütü güdümünde devlete karşı baskı yaratmak amacıyla kurulmuş bir terör örgütü yapılanmasıdır.

Memurlar ile birlikte işçi sınıfının örgütlenmelerinin yasal düzenlemesinin bulunması nedeniyle, yasaların sağlamış olduğu haklar istismar edilerek örgütsel faaliyetlerde kullanılması amaçlanmakta, yasal olarak kurulmuş sendikaları terör örgütünün hizmetinde kullanmak için KESK'e bağlı sendikalar içerisinde örgütlenildiği ve faaliyet gösterildiği anlaşılmaktadır. Nitekim geçmiş dönemde KESK ve bağlı sendikalar hiç bir şekilde terör örgütü ile ilişkili siyasi parti veya sivil toplum örgütlerinin düzenlediği etkinliklere kurum olarak katılmamışken, bu soruşturmada aşağıda açıklanacak eylemlerde şüphelilerin çok sayıda örgütsel toplantı ve et-

kinliklere terör örgütü KCK'nın talimatları doğrultusunda katıldıkları veya bizzat düzenledikleri tespit edilmiştir.

Soruşturma kapsamında yapılan teknik takip ve teknik izlemelerde şüphelilerin KESK'e bağlı olan EĞİTİM SEN, SES, TÜMBEL-SEN, BES, ESM, TARIMORKAM-SEN, HABER-SEN, YAPIYOL-SEN, BTS, KÜLTÜRSANAT-SEN ve DİVES olmak üzere KESK'e bağlı iş kollarına ait sendikalarda, terör örgütü KCK'nın nihai amacını benimseyen, tüzüğünde (madde 6 ilkeler) "faaliyetlerini KKK (Kürdistan Demokratik Konfederalizmi) sistemi esas alarak tüm çalışmaları bu anlayış ve yaklaşımla yürütür" şeklinde belirtilen nihai amacına ulaşmak amacıyla oluşturulan siyasi ve sosyal alanda faaliyet gösteren ve kendisini DEMEP yani KCK/TM-DEMEP yapılanması içinde yer alarak faaliyet gösterdikleri anlaşılmıştır.

Şüpheliler her ne kadar sadece sendikal faaliyet yürüttüklerini belirtmişler ise de, KESK'in tüzüğünde DEMEP veya DEKAB adlı her hangi bir organının bulunmadığı, diğer yandan tamamı kamu çalışanı olan şüphelilerin maddi gelirlerinin belli olması, gün içerisindeki mesailerinin dışında örgütsel çalışma için yoğun mesai harcamak zorunda kalmaları, haklarında soruşturma yapılması halinde işlerini kaybetme risklerinin bulunduğunu bilmelerine rağmen büyük bir örgütsel disiplinle faaliyetlerine devam etmelerinin KCK-TM/DEMEP yapılanmasının KCK içerisindeki en organize örgütsel ideolojiye en sadık ve niteliği itibariyle en tehlikeli birimlerden biri olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Aşağıda şüphelilerin eylemleri kısmında açıklanacak DEMEP faaliyetleri incelendiğinde örgütün ne kadar iyi organize olduğu net olarak ortaya çıkacaktır." şeklinde değerlendirmeler yer almaktadır. Her şüpheli yönünden isnada dayanak teşkil eden eylemlere ve delillere iddianamenin devamında yer verilmiştir.

22. İddianamede, başvurucu hakkında "*Şüphelinin PKK/KCK terör örgütü TM yapısına bağlı olarak, çalışma alanında örgütün yerleşmesi ve yayılması amacıyla oluşturulan KCK/DEMEP yapılanması üyesi olduğu tespit edilmiştir. KCK/DEMEP yapısı içinde aşağıdaki eylem ve etkinliklere katılmış, eylemler aynı tarihli teknik izleme tutanaklarıyla tespit edilmiştir. Şüphelinin atılı terör örgütü üyesi olmak eylemi aşağıda açıklanan, dosyada mevcut delillerle sabit olmuştur*." şeklinde iddiada bulunulmuştur (bkz. iddianame 6. Bölüm s.49).

23. Başvurucunun 15/4/2012 tarihinde 10.00-18.30 saatleri arasında EĞİTİM-SEN Genel Merkezinde yapılan KCK/DEMEP Türkiye Meclisi Toplantısı'nda "*…Ben de arkadaşları selamlıyorum. Açıkçası gündem ile ilgili şöyle bi eleştiri var. Ben de yerinde buluyorum bu eleştiriyi. Bugünkü toplantıyı, toplantının ardından ben salonda bulunduğumu söylemek istiyorum. Çalıştay yapmak… bundan sonra ilk defa teknik anlamda çok da iyi iş yapmışlar. Arkadaşlara teşekkür etmek lazım. Ama biz çalıştay yapıyorsak, bunun altyapısını da hazırlayalım. Buraya hazırlıklı gelelim. Ankara'da yaşayan biri olarak söylüyorum. Bu iletişimimizin kopuk olduğu-*

nu düşünüyorum. Şimdi açıkçası bütün arkadaşlar şöyle bir, ben şuna da bağlıyorum. ÖNDERLİĞİN (KCK/TM mensuplarının aralarında PKK/KCK terör örgütünden bahsederken PARTİ, ÖRGÜT ve HAREKET şeklinde isimler kullandıkları, örgütün hükümlü elebaşı Abdullah Öcalan'dan bahsederken ise ÖNDERLİK ifadesini kullandıkları bilinmektedir) uzun süre eleştirilerinden biriydi, "herşey benim üzerimden ve herşey benden bekleniyor." (teröristbaşının avukatları ile yaptığı görüşmelerde geçen konuşması) söylemi gerçek bir söylem. 8 aydır bir tecrit yaşanıyor ve ordan görüşme notları veya herhangi başka bir yazı gelmediği için biz eğitimleri yarıda bıraktık. Ve ordan beslenemediği için mecbur biraz bir bütün olarak emek hareketi için de geçerli başka alanlar için de geçerli ben biraz muğlâklık yaşandığını düşünüyorum ve bu eleştirinin bugün daha da anlamlaştığını düşünüyorum…" şeklinde konuşma yaptığı tespit edilmiştir.

24. İddianamede, yapılan değerlendirme neticesinde başvurucunun da aralarında bulunduğu şüphelilerin *"…PKK/KCK-TM-DEMEP yapılanmasında faaliyet yürüten ve toplantıya katılan şahısların esas amacının DEMOKRATİK ÖZERKLİK olduğu ve bu yönde çalışmaların yapılması konusunda görüş alışverişinde bulunup özellikle eğitim ve sağlık konusunda örgüt elemanları yetiştirip bu elemanların sayesinde halka demokratik özerkliğin anlatılmasını sağlama çalışmalarının olması gerektiğini belirtikleri, PKK/KCK terör örgütünün nihai hedefi olan bağımsız Kürdistan hedefinin yapılacak olan demokratik özerklikten geçtiğini belirttikleri, PKK/KCK terör örgütünden HAREKET olarak, terör örgütü elebaşısı Abdullah Öcalan'dan ÖNDERLİK ve ÖNDERLERİ olarak bahsettikleri, Devletin yapmış olduğu çalışmalardan dolayı kendilerinin ve PKK/KCK terör örgütünün rahatsız olduğunu, bunun karşısında yapılanma içerisinde faaliyet yürüten şahısların daha fazla mücadele etmeleri şeklinde konuşma yaptıkları, PKK/KCK terör örgütünün amaç ve ideolojileri doğrultusunda kurmak istedikleri sözde Kürdistan için silahlı mücadeleden önce halkın her alanda örgütlenmesinin gerektiğini belirttikleri, PKK/KCK terör örgütünün elebaşısı Abdullah Öcalan'ın avukatları ile görüştürülmemesini protesto etmek için açlık grevlerine destek vermeleri gerektiğini belirttikleri, PKK/KCK terör örgütüne yönelik ülke genelinde düzenlenen operasyonlara karşı eylemlerin yapılmasını belirttikleri"*nin anlaşıldığı ifade edilmiştir (bkz. iddianame 6. Bölüm s.53).

25. Suçlamaya ilişkin deliller olarak iddianamede, *teknik takip ve teknik izleme tutanakları, arama el koyma tutanakları, fotoğraflı görüntü ve ses kaydı çözüm tutanakları, el konulan CD, DVD, Flash Bellek inceleme tutanakları, el konulan yazılı örgütsel doküman içeriği, şüphelilerin örgütsel faaliyetlerine ilişkin elde edilen elektronik doküman içeriği ve dosya kapsamı* belirtilmektedir (bkz. iddianame 6. Bölüm s.49-63).

26. Başvurucu, Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2013/14 sayılı dosyası kapsamında 10/4/2013 tarihinde yapılan ilk duruşma sonunda "*atılı suçun niteliği, tutuklu kaldıkları süre ve dosya kapsamına göre tutukluluklarının devamını*

gerektirir nedenler bulunmadığı" gerekçeleriyle tahliye edilmiştir.

27. Başvurucu hakkındaki dava, 6526 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler nedeniyle Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesine devredilmiştir. Dava, anılan Mahkemenin E.2014/147 sayılı dosyasında görülmektedir.

B. İlgili Hukuk

28. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesi

29. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. ve 101. maddeleri şöyledir:

"Madde 100 – (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,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(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),

…"

Madde 101 – (1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından, kovuşturma evresinde sanığın tutuklanmasına Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilir. Bu istemlerde mutlaka gerekçe gösterilir ve adlî kontrol uygulamasının yetersiz kalacağını belirten hukukî ve fiilî nedenlere yer verilir.

(2) (Değişik: 2/7/2012-6352/97 md.) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu hususstaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

a) Kuvvetli suç şüphesini,

b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,

c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.

…"

30. 5271 sayılı Kanun'un 150. maddesi şöyledir:

"(Değişik madde: 6/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 21.md)

(1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

31. 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (1), (2), ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"Madde 153- (1) Müdafi, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

(2) Müdafiin 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 iliksin tutanaklar hakkında, ikinci fıkra hükmü uygulanmaz."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 14/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 4/1/2013 tarihli ve 2013/385 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

33. Başvurucu, suçla ilgili inandırıcı nedenler bulunmadığı hâlde sadece sendikal faaliyetleri nedeniyle tutuklandığını, hakkında verilen tutuklama kararının hukuki şartlarının oluşmadığını, tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçesiz olduğunu, dosyaya ilişkin gizlilik kararı bulunması nedeniyle etkin bir savunma yapamadığını, soruşturmadaki gizlilik kararının makul olmayan bir süredir devam ettiğini, kendisine isnat edilen suçlar hakkında karar verecek olan mahkemeye çıkartılması için gereken makul sürenin de aşıldığını, yakalanması ve evinin aranması esnasında kendisine isnat edilen suçlar hakkında bilgilendirilmediğini, avukatlarına ulaşmasının engellendiğini, isnat edilen suçlardan ancak yakalanmasından dört gün sonra sorgusu esnasında haberdar olduğunu belirterek Anayasa'nın 19. ve 36. maddelerinde tanımlanan, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş, tutukluluk hâlinin sona erdirilmesi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik

a. Tutuklamanın Hukuki Olmadığı İddiası

34. Başvurucu, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı hâlde özgürlüğünden mahrum bırakıldığını iddia etmiştir.

35. Bakanlık görüş yazısında, başvurucu hakkında verilen ilk tutuklama kararında suçun vasıf ve mahiyeti, suçun kanunda öngörülen cezasına göre delilleri karartma ve kaçma şüphesinin bulunmasına vurgu yapıldığı, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan iddianame ile kamu davası açıldığı, iddianamede başvurucu hakkındaki delillerin ayrıntılı olarak açıklandığının göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiştir.

36. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşüne katılmadığını belirtmiştir.

37. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuk-

lamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir."

38. 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."

39. 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 hâlinde söz konusu olabilir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 43).

40. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin; ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri hükme bağlanmıştır. Buna göre bir kişinin tutuklanabilmesi öncelikli olarak suç işlediği hususunda kuvvetli belirti bulunmasına bağlıdır. Bu unsur, tutuklama tedbiri için olmazsa olmaz niteliktedir. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 46).

41. Buna bağlı olarak yakalama veya tutuklama anındaki deliller, kişinin suçla itham edilebilmesini sağlayacak düzeyde olmayabilir. 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 yürütmek ve ilerletmektir. Buna göre suç isnadına esas teşkil edecek şüpheye dayanak oluşturan olgular ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkûmiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 73).

42. Tutuklamaya ve tutukluluğun devamına ilişkin hususlar 5271 sayılı Kanun'un 100. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre kişi ancak hakkında suç işlediğine dair kuvvetli şüphenin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabilir. Mad-

dede 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 oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Düzenlemede ayrıca, işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması hâlinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar belirtilmiştir.

43. 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 keyfîlik bulunması hâlinde hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet veren bu tür kararların bireysel başvuruda incelenmesi gerekir. Aksinin kabulü bireysel başvurunun getiriliş amacıyla bağdaşmaz (*Ramazan Aras*, § 49).

44. Aynı soruşturma dosyasında tutuklu bulunan *Mehmet Sıddık Akın ve diğerleri* başvurusunda Mahkeme, kuvvetli suç şüphesi bulunmadığı hâlde tutuklama kararı verildiğine ilişkin başvurunun "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (bkz. *Mehmet Sıddık Akın ve diğerleri*,B. No: 2013/97, 11/12/2014).

45. Somut olayda başvurucu, yürütülen soruşturma kapsamında 25/6/2012 tarihinde gözaltına alınmış ve 21 şüpheli ile birlikte silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmıştır. Tutuklama kararının gerekçelerinde isnat edilen suçlamaya ilişkin suçun vasfı ve mahiyeti, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yazılı suç kapsamında kalması, suç için öngörülen ceza miktarına göre şüphelilerin delilleri karartma ve kaçma şüphelerinin bulunması gösterilmiştir. Başvurucu ise atılı suçlamayı kabul etmemiştir. Ayrıca başvurucuya isnat edilen suçla ilgili deliller iddianamede; *teknik takip ve teknik izleme tutanakları, arama el koyma tutanakları, fotoğraflı görüntü ve ses kaydı çözüm tutanakları el konulan CD, DVD, Flash Bellek inceleme tutanakları, el konulan yazılı örgütsel doküman içeriği, şüphelilerin örgütsel faaliyetlerine ilişkin elde edilen elektronik doküman içeriği* olarak belirtilmiştir. Bu deliller kapsamında Cumhuriyet savcısı ve hâkim tarafından başvurucunun ifadesi alınmış ve isnat edilen suç kapsamında tutuklanmasına karar verilmiştir.

46. Başvurucunun, suçla ilgili inandırıcı nedenler bulunmadığı hâlde sadece sendikal faaliyetleri nedeniyle tutuklandığı iddiasının yerinde olmadığı, gös-

terilen deliller ve tutuklama kararlarında yer alan gerekçeler dikkate alındığında tutuklamanın kuvvetli şüphe olgusunu karşıladığı, böylece tutuklama nedenlerinin oluştuğu, isnat edilen suça ilişkin somut olgular olmadan tutuklama kararı verildiğine yönelik şikâyetinin de dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.

47. Açıklanan nedenlerle, başvurunun bu kısmının "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Soruşturma Dosyasına Erişim İmkânından Yoksun Bırakılma İddiası

48. Başvurucu, soruşturma dosyasında gizlilik kararı bulunması nedeniyle etkin bir savunma yapamadığını iddia etmiştir.

49. Bakanlık görüş yazısında, başvurucu hakkında Ankara 6. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen 2104/137 sayılı dosya içerisinde soruşturmaya ilişkin herhangi bir gizlilik kararının bulunmadığı ifade edilmiştir.

50. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşüne katılmadığını, dosyada gizlilik kararının bulunduğunu, buna ilişkin belgenin Bakanlık görüşüne cevap dilekçesinde ibraz edildiğini ifade etmiştir.

51. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"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 hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir."

52. Sözleşmenin 5. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Yakalama veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar vermesi ve yasaya aykırı görülmesi halinde, kendisini serbest bırakması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

53. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası, yakalanan veya tutuklanan kimseye yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların hemen yazılı olarak bildirilmesini, yazılı bildirimin mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhâl, toplu suçlarda ise en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilmesini öngörmektedir.

54. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre yakalanan bir kimseye, yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri, teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dille açıklanmalı ve böylece kişi, eğer uygun görürse yakalanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesi-

nin (4) numaralı fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Sözleşme'nin 5. maddesinin (2) numaralı fıkrası, verilen bilgilerin yakalanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesini gerektirmemektedir (*Bordovskiy/Rusya,* B. No: 49491/99, 8/2/2005, § 56; *Nowak/Ukrayna,*B. No: 60846/10, 31/3/2011, § 63).

55. Tutuklama işlemiyle sonuçlanan durumlarda, savcı ve sorgu hâkiminin ifade alması sırasında kişiye temel deliller açıklanmış ve müdafisi tarafından tutukluluğa yapılan itirazda, bu delillere atıfta bulunulmuş olması hâlinde dosyada salt gizlilik kararının varlığı Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ihlalini doğurmaz (bkz. *Ceviz/Türkiye*, B. No: 8140/08, 17/7/2012, § 43). Böyle bir durumda kişi, tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahiptir.

56. Başvurucu ve diğer şüpheliler hakkında 28/1/2013 tarihinde Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmış ve 10/4/2013 tarihinde yapılan ilk duruşmada başvurucu aynı gün tahliye edilmiştir.

57. Başvurucunun sorgu sürecinde alınan savunması incelendiğinde Emniyet ve Cumhuriyet Savcılığında alınan ifade sırasında, yaptıkları işlemlerin kendisine sorulduğu ve bu şekilde hakkındaki suç isnadına temel teşkil eden belge ve bilgilerden haberdar olarak müdafisiyle birlikte ayrıntılı şekilde savunma yaptıkları görülmektedir. Yine başvurucunun tutukluluğuna yapılan itirazda suça konu konuşmaların kaydedildiği toplantıya bilhassa atıfta bulunulmuştur. Dolayısıyla başvurucunun ve müdafisinin tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

58. Suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın ilk aşamasında yapılan yargısal denetimin kapsamı ile suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvurucuya veya müdafisine bildirilmiş ve başvurucuya bunlara itiraz etme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında salt kısıtlılık kararı nedeniyle (bkz. § 11) soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakıldığı iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.

59. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun, soruşturma dosyasına erişim imkânı verilmediğine ilişkin iddiasının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Yakalama ve Arama Sırasında Müdafi Yardımından Yararlandırılmama ve Suçlamadan Haberdar Edilmeme İddiası

60. Başvurucu, yakalanması ve evinin aranması esnasında kendisine isnat edilen suçlar hakkında bilgilendirilmediğini ve avukatlarına ulaşmasının engellendiğini iddia etmiştir.

61. Bakanlık görüş yazısında, başvurucunun yakalanması sırasında suçlamanın kendisine anlatıldığı ve başvurucunun müdafi yardımından yararlandığı ifade edilmiştir.

62. Başvurucu, Adalet Bakanlığının bu görüşüne cevap verme gereği duymadığını belirtmiştir.

63. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvurucunun şikâyeti, yakalanması ve evinin aranması esnasında kendisine isnat edilen suçlar hakkında bilgilendirilmediği ve avukatlarına ulaşmasının engellendiği iddiası ile ilgilidir. Bu nedenle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

64. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

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

65. 30/3/2011 tarihli 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."

66. 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 (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

67. 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 başvurucunun 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 zaman-

da bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, § 17).

68. Somut olayda başvurucu hakkındaki yargılamanın henüz sonuçlanmadığı, dolayısıyla adil yargılanma hakkı kapsamında ileri sürülen bu iddiaların yargılama sürecinde ve kanun yolunda incelenmesi imkânının bulunduğu anlaşılmaktadır.

69. Buna göre başvurucunun yakalanması ve evinin aranması esnasında kendisine isnat edilen suçlar hakkında bilgilendirilmemesi ve avukatlarına ulaşmasının engellenmesi sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası ile ilgili olarak yargısal başvuru yollarının tüketilmediği anlaşıldığından başvurunun bu kısmının "*başvuru yollarının tüketilmemesi"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

d. Tutukluluk Süresinin Makul Olmadığı İddiası

70. Başvurucu, kuvvetli suç şüphesi bulunmadığı hâlde gerekçesiz olarak tutukluluğun devamına karar verildiğini ve tutuklu kaldığı sürenin makul olmadığını iddia etmiştir.

71. Bakanlık görüş yazısında, başvurucu hakkında verilen tutukluluğun devamına ilişkin ara kararlarda yeterli gerekçenin gösterildiği belirtilmiştir.

72. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşüne katılmadığını belirtmiştir.

73. Başvurucunun şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığından başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

74. 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."

75. Bu hükümle, bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları güvence altına alınmıştır.

76. Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Anayasanın 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. Masumiyet karinesine rağmen tutukluluğun devamı, ancak kişi hürriyetine nazaran daha ağır bir kamu yararının mevcut olması durumunda haklı görülebilir. Bu nedenle bir davada tutukluluğun makul süreyi aşmamasını gözetmek, öncelikle derece mahkemelerinin görevidir. Bu amaçla belirtilen kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından değerlendirilmesi ile serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 61- 62).

77. Tutuklama tedbirine, kişilerin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunmasının yanı sıra bu kişilerin kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla başvurulabilir. Başlangıçtaki tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutmanın devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir (*Murat Narman*, § 63).

78. Diğer taraftan kişi özgürlüğü, 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 üzere suçlulukla etkili olarak mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye sebep olabilecek biçimde uygulanmaması gerektiğini vurgulamaktadır (*Hanefi Avcı*, § 69).

79. Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurucunun daha önce yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda gözaltına alındığı tarih, doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı tarihtir (*Murat Narman*, § 66).

80. Aynı soruşturma dosyasından tutuklu bulunan *Mehmet Sıddık Akın ve diğerleri* başvurusunda Mahkeme, tutukluluk süresinin makul olmadığına ilişkin başvurunun kabul edilebilir olduğuna ancakAnayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilmediğine karar vermiştir (bkz. *Mehmet Sıddık Akın ve diğerleri*, § 42).

81. Somut olayda başvurucu 25/6/2012 tarihinde gözaltına alınmış ve daha sonra 28/6/2012 tarihinde tutuklanmıştır. Başvurucu, 10/4/2013 tarihinde yapılan ilk duruşma sonunda serbest bırakılmıştır. Bu durumda makul süre açısından dikkate alınması gereken tutukluluk süresi 9 ay 15 gündür.

82. Başvurucuya isnat edilen suçun niteliği, hakkında soruşturma yürütülen kişi sayısı, soruşturma konusunun kapsamı, tutukluluk sürecinin sadece

soruşturma aşamasında ve davanın ilk duruşmasına kadar devam etmesi ile isnat edilen suçla ilgili şüphenin varlığını objektif olarak ortaya koyan deliller ve tutukluluğun devam ettiği süreler dikkate alınarak Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

83. Açıklanan nedenlerle, kuvvetli suç şüphesi bulunmadığı hâlde gerekçesiz olarak tutukluluk hâlinin devamına karar verildiği yönündeki şikâyet bakımından Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

84. Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun,

1. Tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin kısmının "*açıkça dayanaktan yoksun olması*",

2. Soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakılma iddiasına ilişkin kısmının "*açıkça dayanaktan yoksun olması"*,

3. Yakalama ve arama sırasında müdafi yardımından yararlandırılmama ve suçlamadan haberdar edilmeme iddiasına ilişkin kısmının "*başvuru yollarının tüketilmemiş olması*",

nedenleriyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,

4. Tutukluluk süresinin makul olmadığı iddiasına ilişkin kısmının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,

5. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının İHLAL EDİLMEDİĞİNE, Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM ve Erdal TERCAN'ın karşı oylarıyla, OY ÇOKLUĞUYLA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde bırakılmasına, OY BİRLİĞİYLE,

14/7/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu'na (KESK) bağlı Tüm-Bel-Sen Genel Sekreteri olan başvurucu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nca

yürütülen soruşturma kapsamında yasa dışı PKK/KCK terör örgütü yapılanması çerçevesinde hareket ettiği iddia edilen Demokratik Emek Platformu (DEMEP) içerisinde faaliyette bulunduğu iddiasıyla gözaltına alınmış ve daha sonra silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmıştır. Tutukluluğuna ve tutukluluğun devamına yönelik yaptığı itirazları mahkemece reddedilmiş olan başvurucu hakkında, 28/1/2013 tarihli iddianame ile dava açılmıştır. Başvurucu, 10/4/2013 tarihinde yapılan ilk duruşmada tahliye edilmiştir.

2. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında tutuklanan kişilerin, yargılamanın makul sürede bitirilmesini ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip olduğu güvence altına alınmıştır. 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 (*Mustafa Ali Balbay*, B.No: 2012/1272, 4/12/2013, § 103).

3. Mahkememizin yerleşik içtihatlarında vurgulandığı üzere, yakalama veya tutuklama anındaki delil düzeyi ile ilerleyen aşamalarda kişinin suçla itham edilebilmesi, tutukluluk halinin devamı ve nihayet mahkumiyeti için gerekli delil düzeyi aynı değildir. Başka bir ifadeyle, suç isnadına esas teşkil edecek şüpheye dayanak oluşturan olgu ile ceza yargılamasının sonraki aşamalarında tartışılacak olan ve mahkumiyete gerekçe oluşturacak olguların aynı düzeyde değerlendirilmemesi gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, § 73). Nitekim, somut başvuruda Mahkememiz çoğunluğu, başvurucunun inandırıcı nedenler ve suça ilişkin somut deliller bulunmadan tutuklandığına dair şikayeti oybirliğiyle açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur (§ 46, 47).

4. Tutuklamanın başlangıcındaki nedenler 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 (*Murat Narman*, B.No: 2012/1137, 2/7/2013, § 63).

5. Başvurucunun 10/12/2012 tarihli tahliye talebi, ilgili mahkeme tarafından "*şüphelilerin üzerine atılı suçlama ile haklarında yapılan soruşturmada atılı suç ile ilgili kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunması, delillerin tamamen toplanmamış olması nedeniyle karartılma ve kaçma tehlikesinin bulunması, suçların CMK/3 maddesinde sayılan suçlardan olması, şüphelilerin tutuklanmasını gerektiren sebeplerde ve delillerde değişiklik olmaması, dosyaya şüpheliler lehine yeni bir delil girmemiş olması, adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı*" gerekçeleriyle reddedilmiştir. Görüldüğü üzere, derece mahkemesi

başvurucunun kişisel durumunu hiç bir şekilde dikkate almadan, genel ifadelerle tahliye talebini reddetmiştir.

6. Başvurucunun tutukluluğu 9 ay 15 gün sürmüştür. İsnat edilen suçun niteliği ve soruşturma konusunun kapsamı gibi gerekçeler bu kadar uzun bir süre tutukluluğu tek başına haklı gösteremez. Nitekim, başvurucu daha ilk duruşmada, tutukluluğunun devamına neden olan bu gibi gerekçelerin haklılığını sorgulatacak şekilde, "*atılı suçun niteliği, tutuklu kaldıkları süre ve dosya kapsamına göre tutukluluklarının devamını gerektirir nedenler bulunmadığı*" gerekçeleriyle tahliye edilmiştir.

7. Tutukluluk sürelerinin makul olup olmadığı değerlendirilirken, söz konusu tedbirin kişilerin sendikal faaliyetler ve gazetecilik gibi kamusal yönü de olan faaliyetlerine olumsuz etkileri de dikkate alınmalıdır. Başvurucu, memur sendikacılığı içinde yer alan ve muhalif eylem ve söylemleriyle bilinen bir sendikada yönetici konumundadır. Başvurucunun 9 ay 15 gün süre ile tutuklu kalması sendikal faaliyetlere katılımını engellemiştir.

8. Bilindiği üzere, demokratik bir toplumsal düzenin kurulması ve sürdürülmesinde hayati bir işleve sahip olan sivil toplumun en önemli örgütlenmelerinden biri de sendikalardır. Sendikalar sadece üyelerinin iktisadi hak ve çıkarlarını koruyan ve geliştiren dar kapsamlı meslek örgütleri değildir. Başta siyasi tartışmalar olmak üzere üyelerini ve toplumu ilgilendiren çeşitli konularda faaliyetlerde bulunmak, görüş açıklamak ve eylem yapmak sendikal hareketin doğasında vardır. Şiddet içermeyen ve şiddeti teşvik etmeyen ama içinde son derece radikal ve muhalif fikirler barındıran siyasi bir söylem veya eylem sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilebilir.

9. Sendika üye ve yöneticileri, gerçekleştirdikleri faaliyetlerin, siyasi içerikli konuşma, açıklama ve eylemlerin makul olmayan bir süre devam edebilecek tutuklama riski doğuracağını düşünürlerse, bu gibi faaliyetlere katılmaktan veya bunları düzenlemekten kaçınma eğilimine gireceklerdir. Bu da demokratik toplum düzeninin yerleşmesine zarar verecek şekilde caydırıcı etki yaratacaktır.

10. Başvurucunun 9 ay 15 gün süre ile tutuklu kalmasının kendisini sendikal faaliyetlerden alıkoyduğu ve bu kadar uzun süren tutukluluğun kişiler açısından sendikal faaliyetler üzerindeki olası caydırıcı etkisi de dikkate alındığında, tahliye talebinin reddine ilişkin gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olduğu, dolayısıyla tutukluluk süresinin makul olduğu söylenemez.

Bu gerekçelerle Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilmediği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, kuvvetli suç şüphesi bulunmadığı halde sadece sendikal faaliyetler nedeniyle tutuklandığını, hakkında verilen tutuklama kararının hukuki şartlarının oluşmadığını, tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçesiz olduğunu ve tutuklu kaldığı sürenin makul olmadığını iddia etmiştir.

2. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, makul süre açısından dikkate alınması gereken tutukluluk süresinin 9 ay 15 gün olduğu belirtildikten sonra, başvurucuya isnat edilen suçun niteliği, hakkında soruşturma yürütülen kişi sayısı, soruşturma konusunun kapsamı, tutukluluk sürecinin sadece soruşturma aşamasında ve davanın ilk duruşmasına kadar devam etmesi ile isnat edilen suçla ilgili şüphenin varlığını objektif olarak ortaya koyan deliller ve tutukluluğun devam ettiği süreler dikkate alınarak Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

3. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak belirtildikten sonra, ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüklerinden 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).

4. 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 suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır. Bu kapsamda kuvvetli şüphe yargılama makamlarının sezgilerine, korkularına, ideolojik, dini, siyasi veya ahlaki önyargılarına dayanamaz, mutlaka objektif maddi olgularla desteklenmelidir.

5. Kanuna uygun tutuklamanın koşulları olan kuvvetli suç şüphesi, kaçma ve delil karartma olasılığının bulunması şeklindeki tutuklama nedenleri tutukluluk durumunun her aşamasında birlikte varlığı gereken zorunlu koşullardır. Tutuklama nedenleri ile ilgili bu koşulların da her bir şüpheli açısından somut olarak değerlendirilmesi ve gerekçeye yansıtılması gerekir. AİHS sisteminden farklı olarak ulusal mevzuatımızda bu konuda ilk tutuklama kararı ile sonraki tutukluluk incelemeleri arasında herhangi bir ayırım öngörülmemiştir.

6. 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesine göre tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesini, kaçma ve delil karartma olasılığını, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin *somut olgularla*gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi gerekir. Ancak gerekçe sayesinde tutuklamanın yasal nedenlerle yapılıp yapılmadığı anlaşılabileceği gibi; sanığın ve müdafiin tutuklamanın nedeni konusunda bilgi edinerek savunmasını hakkıyla yapabilmesi, itiraz merciinin de buna göre inceleme yapabilmesi yine gerekçe sayesinde mümkün olacaktır.

7. Gerekçe, kararın akla uygun, çelişkisiz ve inandırıcı biçimde açıklaması demektir. Bu nedenle, sadece tutuklama nedeninin, yani kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunduğunun belirtilmiş olması, kanundaki terimlerin tekrarlanması kararın gerekçeli olduğu anlamına gelmez. Tutuklama kararı verilirken, isnat olunan suçların niteliğinin yanında, kişinin özel durumunun dikkate alınması, tutuklama yerine uygulanabilecek alternatif koruma tedbirlerinin ölçülülük ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi de bir zorunluluktur.

8. 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 oluşturuyorsa tutukluluk kararı verilebilecektir. Kuralda ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması halinde tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlar bir liste halinde belirtilmiştir.

9. Bir koruma tedbiri olan tutuklama bir kimsenin suçluluğu hakkında kesin karar verilmesinden önce özgürlüğünün geçici olarak kaldırılmasıdır. Bu özelliğiyle geçici bir tedbir olan tutuklamanın bir ceza olmadığı, cezalandır-

ma maksadıyla kullanılamayacağı, asıl olanın tutuksuz yargılama olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

10. Cezalandırmada olduğu gibi koruma tedbirlerinin uygulanmasında da ölçülülük ilkesi önemli bir işleve sahip olmalıdır. Ölçülülük ilkesi, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran koruma tedbirlerinin hafiften ağıra doğru giden sıralama içinde uygulama yapılmasını gerektirir. Ceza muhakemesinin amacına daha hafif bir tedbirle ulaşılması mümkün ise öncelikle o tedbirin uygulanması gerekir. Aksi takdirde kişi özgürlüğüne yapılan müdahale ölçülülük ilkesine aykırı bir uygulama olacaktır.

11. Tutukluluk konusundaki kanun hükümlerinin yorumu ve somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında olmakla beraber kanun veya Anayasa'ya bariz şekilde aykırı yorumlara dayalı uygulamalar yapılması veya delillerin takdirinde açıkça keyfiliğin bulunması 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).

12. Somut olayda başvurucu devlet memuru olup, aynı zamanda Kamu Emekçileri Sendikası'na (KESK) bağlı Tüm-Bel-Sen Genel Sekreteridir.

13. Başvurucu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında yasadışı PKK/KCK örgütü yapılanması çerçevesinde hareket ettiği iddia edilen Demokratik Emek Platformu (DEMEP) içerisinde faaliyette bulunduğu iddiasıyla 25/6/2012 tarihinde gözaltına alınmıştır. Aynı gün başvurucunun evinde arama yapılmış ve buna ilişkin arama ve el koyma tutanağı tanzim edilmiştir.

14. Başvurucu, 21 şüpheli ile birlikte 27-28/6/2012 tarihlerinde Cumhuriyet savcısı tarafından ifadesi alındıktan sonra Ankara 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/6/2012 tarihli ve 2012/24 Sorgu sayılı kararıyla*"üzerlerine atılı suçların vasfı ve mahiyeti, atılı suçların CMK 100/3. maddesinde yazılı suçlardan olması, atılı suçlardaki ceza üst sınırına göre şüphelilerin delilleri karartma ve kaçma şüphelerinin bulunması"* gerekçe gösterilerek, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmıştır. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 28/1/2013 tarihli iddianamesinde, suç örgütünün amacı, faaliyetleri, işleyişi ve yapısı ayrıntılı olarak anlatılmıştır:

"Terör örgütü üye ve sempatizanları sivil toplum örgütleri ve siyasi partiler şeklinde örgütlenirken, Kamuda çalışan sempatizanların örgütlenme zorluğu nedeniyle sendikal faaliyetler, yasal kamuflaj olarak kullanılarak örgütlenme faaliyetleri bu alanda da sürdürülmüştür. Sendikalar vasıtasıyla sendika üyelerinin kontrol altına

alınarak başta seçimlerde örgüt ile ilişkili siyasi partinin oy oranının artırılması olmak üzere siyasi alanda örgütsel taleplerin kabulü bakımından elinde grev silahı bulunan işçi memur yapısı baskı unsuru olarak kullanılmak istenmektedir.

DEMEP, çeşitli iş kollarında çalışan kesimlerin sendikal haklarının takipçisi olmaktan ziyade, bu kesimlerin örgütsel faaliyetlerin içine çekilerek terör örgütü güdümünde devlete karşı baskı yaratmak amacıyla kurulmuş bir terör örgütü yapılanmasıdır.

Memurlar ile birlikte işçi sınıfının örgütlenmelerinin yasal düzenlemesinin bulunması nedeniyle, yasaların sağlamış olduğu haklar istismar edilerek örgütsel faaliyetlerde kullanılması amaçlanmakta, yasal olarak kurulmuş sendikaları terör örgütünün hizmetinde kullanmak için KESK'e bağlı sendikalar içerisinde örgütlenildiği ve faaliyet gösterildiği anlaşılmaktadır. Nitekim geçmiş dönemde KESK ve bağlı sendikalar hiç bir şekilde terör örgütü ile ilişkili siyasi parti veya sivil toplum örgütlerinin düzenlediği etkinliklere kurum olarak katılmamışken, bu soruşturmada aşağıda açıklanacak eylemlerde şüphelilerin çok sayıda örgütsel toplantı ve etkinliklere terör örgütü KCK'nın talimatları doğrultusunda katıldıkları veya bizzat düzenledikleri tespit edilmiştir.

Soruşturma kapsamında yapılan teknik takip ve teknik izlemelerde şüphelilerin KESK'e bağlı olan EĞİTİM_SEN, SES, TÜMBEL-SEN, BES, ESM, TARIMORKAM-SEN, HABER-SEN, YAPIYOL-SEN, BTS, KÜLTÜRSANAT-SEN ve DİVES olmak üzere KESK'e bağlı iş kollarına ait sendikalarda, terör örgütü KCK'nın nihai amacını benimseyen, tüzüğünde (madde 6 ilkeler) "faaliyetlerini KKK (Kürdistan Demokratik Konfederalizmi) sistemi esas alarak tüm çalışmaları bu anlayış ve yaklaşımla yürütür" şeklinde belirtilen nihai amacına ulaşmak amacıyla oluşturulan siyasi ve sosyal alanda faaliyet gösteren ve kendisini DEMEP yani KCK/TM-DEMEP yapılanması içinde yer alarak faaliyet gösterdikleri anlaşılmıştır.

Şüpheliler her ne kadar sadece sendikal faaliyet yürüttüklerini belirtmişler ise de, KESK'in tüzüğünde DEMEP veya DEKAB adlı her hangi bir organının bulunmadığı, diğer yandan tamamı kamu çalışanı olan şüphelilerin maddi gelirlerinin belli olması, gün içerisindeki mesailerinin dışında örgütsel çalışma için yoğun mesai harcamak zorunda kalmaları, haklarında soruşturma yapılması halinde işlerini kaybetme risklerinin bulunduğunu bilmelerine rağmen büyük bir örgütsel disiplinle faaliyetlerine devam etmelerinin KCK-TM/DEMEP yapılanmasının KCK içerisindeki en organize örgütsel ideolojiye en sadık ve niteliği itibariyle en tehlikeli birimlerden biri olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Aşağıda şüphelilerin eylemleri kısmında açıklanacak DEMEP faaliyetleri incelendiğinde örgütün ne kadar iyi organize olduğu net olarak ortaya çıkacaktır." şeklinde değerlendirmeler yer almaktadır. Her şüpheli yönünden isnada dayanak teşkil eden eylemlere ve delillere iddianamenin devamında yer verilmiştir.

15. İddianamede, başvurucu hakkında "*Şüphelinin PKK/KCK terör örgütü TM yapısına bağlı olarak, çalışma alanında örgütün yerleşmesi ve yayılması amacıyla oluşturulan KCK/DEMEP yapılanması üyesi olduğu tespit edilmiştir. KCK/DEMEP yapısı içinde aşağıdaki eylem ve etkinliklere katılmış, eylemler aynı tarihli teknik izleme tutanaklarıyla tespit edilmiştir. Şüphelinin atılı terör örgütü üyesi olmak eylemi aşağıda açıklanan, dosyada mevcut delillerle sabit olmuştur*." şeklinde iddiada bulunulmuştur (bkz. iddianame, 6. Bölüm, s.49).

16. Tutuklama tedbirinin kanuna uygun kabul edilebilmesi için kuvvetli suç şüphesi ile birlikte tutuklama nedenlerinden en az birinin tutukluluğun her aşamasında birlikte mevcut olması zorunludur. 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesine göre tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin kararların gerekçelerinde, kuvvetli suç şüphesinin, tutuklama nedenlerinin varlığının ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin *"somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilmesi"*gerekir.

17. Özgürlük hakkının temel amacı bireyin keyfi bir şekilde özgürlüğünden mahrum bırakılmamasını garanti altına almaktır (Benzer yöndeki AİHM yaklaşım için bkz: *McKay/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 543/03, 3/10/2006, § 30). Bu açıdan istisnai durumlarda ve yalnızca kısıtlamayla ilgili ikna edici bir gerekçe bulunması durumunda özgürlük ve güvenlik hakkına getirilecek kısıtlamalara müsaade edilmesi mümkündür.

18. Gerekçe, kararın akla uygun, çelişkisiz, inandırıcı açıklaması demektir. Bu nedenle, somut olayda olduğu gibi, sadece tutuklama nedeninin, yani kaçma veya delilleri karartma şüphesi bulunduğunun belirtilmiş olması, kararın gerekçeli yazıldığı anlamına gelmez. Bu kapsamda tutuklama tedbirine başvurulmazsa kaçma ve delilleri karartmanın mümkün olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek maddi bilgi ve belgelerin karar gerekçesinde açıklanması ve gerekli kişiselleştirmelerin yapılması gerekir. Diğer bir ifadeyle kaçma ve delilleri karartma şüphesi ile bunu doğrulayan bilgi ve belgeler arasında mantıklı ve ikna edici bağlantı kurulması gerekir.

19. Adli makamlarca verilen tutuklama kararlarında herhangi bir gerekçenin bulunmaması, Anayasa'nın 19. maddesi çerçevesinde tutmanın keyfi olmaması prensibine açıkça aykırılık teşkil eder (Benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Stasaitis/Litvanya*, B. No: 47679/99, 21/03/2002, §§ 66-67). Benzer şekilde aşırı şekilde kısa ya da sadece tutmaya izin veren yasal düzenlemeye atıfta bulunan bir tutuklama kararı, kişiyi keyfilikten yeterli ölçüde koruyamaz.

20. 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. maddesinin 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 (B. No: 2013/1137, 2/7/2013, § 44).

21. 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 bulunmadığı hususu *"kanunilik şartı"* olarak nitelendirilebilir. Bu düzenleme, Sözleşme'nin 5. maddesindeki düzenleme ile uyum içindedir (Benzer yöndeki AİHM yaklaşımı için bkz: *Medvedyev ve Diğerleri/Fransa* [BD], B No: 3394/03, 29/3/2010, § 79).

22. Tutuklama nedenleri 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, bu nedenlerin genişletilmesi mümkün değildir (Sınırlı sayım konusundaki AİHM yaklaşımı için bkz:*Khayredinov/Ukrayna*, B. No: 38717/04, 14/10/2010, § 26).

23. Anayasa Mahkemesinin sendika hakkını geniş olarak değerlendirdiği 18.9.2014 tarihli ve 2013/8463 sayılı Tayfun Cengiz kararında şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

"(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 öz-

gürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görülmektedir (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."

24. 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 paralelliği 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).

25. 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 ara-

sındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 94).

26. 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. 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).

27. 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).

28. 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 (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.

29. Tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin olarak verilen kararlarda davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi bir zorunluluktur. Özellikle kişi hakkında uygulanan tutuklama tedbiri ile birlikte özgürlük ve güvenlik hakkı yanında ifade özgürlüğü, seçilme ve

milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı, sendika hakkı gibi genel katılım içeren temel hak ve özgürlüklere de sınırlama getirildiği hallerde tedbirin ölçülü olup olmadığı ve gerekçelerin ilgili ve yeterli bulunup bulunmadığı hususları üzerinde hassasiyetle durulması gerekmektedir. Zira diğer koruma önlemlerine göre daha ağır sonuçlar doğuran tutuklama tedbirine yoğun ve geniş kapsamlı olarak başvurulmasının anılan temel hak ve özgürlüklerin içini boşaltabileceği ve işlevsiz hale getirebileceği göz ardı edilmemelidir.

30. Eldeki işte başvurucunun da aralarında bulunduğu kişiler hakkında düzenlenen iddianamede başvurucuyla ilgili bir isnada yer verilmemiş, genel olarak şüphelilerce yürütülen sendikal faaliyetlerin terör örgütünün amacına yönelik faaliyetler olduğu iddiasına dayanılmıştır. Devlet memuru olup, aynı zamanda Kamu Emekçileri Sendikasına(KESK) bağlı Tüm-Bel-Sen sekreteri olarak görev yapan başvurucuya isnad edilen eylem yasadışı PKK/KCK örgütü yapılanması çerçevesinde hareket ettiği iddia edilen Demokratik Emek Platformu(DEMEP) içerisinde faaliyette bulunmaktır.

31. Her ne kadar 25.6.2012 tarihinde gözaltına alınarak 28.6.2012 tarihinde tutuklanan başvurucu 10.4.2013 tarihinde yapılan ilk duruşmada serbest bırakılmış ise de, yapılan uygulamanın özgürlük ve güvenlik hakkı ile birlikte sendika hakkına bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Başvurucu ile ilgili olarak verilen tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda somut olayın bu özelliklerinin göz ardı edildiği, kanuni ifadelerin tekrar edildiği ve bu anlamda gerekçelerin ilgili ve yeterli bulunmadığı görülmektedir.

32. Çoğunluk gerekçesinde başvurucunun şikayeti soyut olarak özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında makul süre yönünden değerlendirilmiş ve tutuklama işlemi ile başvurucunun sendika hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığı göz ardı edilmiştir.

33. AİHM de sendikal faaliyet kapsamında verilen hafif cezaların dahi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan sendikal faaliyetlere katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahip olduğunu kabul etmektedir (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). İfade hürriyetinin kullanımına yapılan müdahalenin ölçülülük değerlendirmesinde, uygulanan yaptırımın ağırlık ve niteliğinin de dikkate alınması gerekir. AİHM, uygulanan yaptırım hafif olmasına rağmen eğer başvurucu üzerinde caydırıcı bir etki meydana getiriyorsa bunu sorunlu görmektedir. Anılan yaptırımın AİHM'e göre yukarıda belirtilen kriterler bağlamında haklı kılınmış olması gerekir (*Axel Springer AG/Almanya* [BD], B. No: 39954/08, 7/2/2012, § 95).

34. Kişilerin ceza kanunlarına aykırı davranışları söz konusu olduğunda kural olarak eylemi gerçekleştiren şahsın kimliği, mesleği ve özel nitelikleri önemli değildir. Ceza kanunları kanunda öngörülen istisnalar dışında herkese eşit olarak uygulanır. Tutuklama tedbiri bakımından da aynı açıklamalar geçerlidir. Ancak, kişi özgürlük ve güvenliği hakkını doğrudan etkileyen bu tedbire başvurulurken, uygulanan tedbir ile hakkında tedbir uygulanan kişinin veya olayın özelliğine göre özgürlük ve güvenlik hakkı yanında başka temel hak ve özgürlüklerin de sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması sözkonusu olacaksa somut olayın özellikleri de gözetilmek suretiyle tedbir ile temel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurulmalıdır.

35. Nitekim Anayasa Mahkemesi Mustafa Ali Balbay (B.No:2012/1272, 4.12.2013) ve Mehmet Haberal (B.No:2012/849, 4.12.2013) kararlarında başvurucuların milletvekili sıfatı taşımaları nedeniyle tutukluluğun devamı kararlarında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının da gözetilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Her iki kararda tekrarlanan gerekçenin ilgili bölümü şöyledir;

"Anayasa'nın 83. maddesinde 14. maddeye atıfla getirilen istisna, Anayasa'nın 67. maddesindeki seçilme hakkı da dikkate alındığında dar ve özgürlük lehine yorumlanmalıdır. Bu nedenle tutukluluğunun devamı hakkında karar verilen kişi milletvekili olduğu takdirde, çatışan değerlere bir yenisi eklenmekte ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında, seçilmiş milletvekilinin tutuklu olması nedeniyle yasama faaliyetine katılamaması sonucu mahrum kalınan kamu yararının da dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede mahkemelerin milletvekili seçilen kişilerin tutukluluğunun devamına karar verirken hem kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından hem de seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan korunacak bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. Bunun sonucu olarak makul sürenin aşılıp aşılmadığı incelenirken, başvurucunun milletvekili seçilmesiyle birlikte ileri sürmüş olduğu iddiaların tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine de bakılmalıdır. Dolayısıyla, başvurucunun seçilmiş bir milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma ve temsil hakkı ile davanın tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü bir denge kurulduğu takdirde, tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir.

Bu nedenle, seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasa'nın 14. maddesi kapsamındaki bir suç isnadıyla yargılanan bir milletvekilinin tutukluluk halinin incelenmesi sırasında, bu koruma tedbirinin seçilme hakkını işlevsiz hale getirebileceği göz ardı edilmemelidir. Bütün Milleti temsil etmek üzere belli bir süre için seçilen milletvekilinin, şayet varsa, bu hakkını kullanmasına engel olmayacak koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği üzerinde özenle durulmalıdır.

5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinin (3) numaralı fıkrasında buna imkân tanıyan hükümlere yer verildiği, maddede 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonucunda bunların sayısının artırıldığı görülmektedir.

Tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi bir zorunluluktur. Başvurucunun tahliye taleplerini inceleyen mahkemeler, bu talepleri reddederken gerekçelerini yeterince kişiselleştirmemiş, aynı zamanda milletvekili seçilmiş olan başvurucunun kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya koyamamıştır."

36. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun bu kararlarında benimsediği yaklaşım esas alındığında tutukluluğunun devamı hakkında karar verilen kişi bir milletvekili olduğu takdirde, çatışan değerlere bir yenisi eklenmekte ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanında, kişinin siyasi faaliyette bulunma ve temsil hakkını kullanamaması sonucu mahrum kalınan kamu yararının da dikkate alınması gerekmektedir. Aynı yaklaşım ifade ve örgütlenme özgürlüğünün başka bir alanını kapsayan sendika özgürlüğü bakımından geçerlidir.

37. Bu çerçevede mahkemelerin sendikal faaliyetlerle ilgili konularda tutukluluğun devamına karar verirken hem kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından hem de sendika ve ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yararlardan çok daha ağır basan korunacak bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. Dolayısıyla, başvurucunun sendika ve ifade özgürlüğünü kullanması ile davanın tutuklu sürdürülmesindeki kamu yararı arasında ölçülü bir denge kurulduğu takdirde, tutukluluğun devamına ilişkin gerekçelerin ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir.

38. Bu nedenle, bir suç isnadıyla yargılanan bir sendika üye veya temsilcisinin tutukluluk halinin incelenmesi sırasında, bu koruma tedbirinin sendika ve ifade özgürlüğünü işlevsiz hale getirebileceği göz ardı edilmemelidir. Öngörülen tedbir ile sınırlanması veya ortadan kaldırılması söz konusu olan temel hak ve özgürlük arasında yapılacak dengelemede, kişinin bu hak ve özgürlüğünü kullanmasına engel olmayacak diğer koruma tedbirlerinin uygulanabilirliği üzerinde özenle durulmalıdır. Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100. maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebileceğini öngören 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 109. maddesinde buna imkân tanıyan hükümlere yer verildiği, maddede 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler sonucunda bunların sayısının artırıldığı görülmektedir.

39. Başvuru konusu olayda, tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun

dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi bir zorunluluktur. Başvurucunun tahliye taleplerini inceleyen mahkemeler, bu talepleri reddederken gerekçelerini yeterince kişiselleştirmemiş, diğer alternatif koruma tedbirlerinin uygulanmasını ölçülülük açısından değerlendirmemiş, bir devlet memuru olup, aynı zamanda Kamu Emekçileri Sendikası'na (KESK) bağlı Tüm-Bel-Sen Genel Sekreteri olan başvurucunun kaçacağına ya da delilleri karartacağına dair inandırıcı somut olgular ortaya koyamamışlardır.

40. Belirtilen nedenlerle, başvurucunun bu başlık altında dile getirdiği şikâyetlerinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerektiğini düşündüğümüzden, çoğunluğun *"başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğu yönündeki görüşüne katılmadık

Başkanvekili	Üye
Alparslan ALTAN	Erdal TERCAN

ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİNİ İSTEME HAKKI (MD. 20)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

SERAP TORTUK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/9660)

Karar Tarihi: 21/1/2015

R.G. Tarih- Sayı: 3/6/2015-29375

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Serruh KALELİ
Üyeler	:	Burhan ÜSTÜN
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Zühtü ARSLAN
Raportör	:	Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Başvurucu	:	Serap TORTUK
Vekili	:	Av. Cavit ÇALIŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu cinsel içerikli bazı görüntülerinin internette yayınlandığı duyumu üzerine hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası almış olması nedeniyle Anayasa'nın 2., 13., 20., 21., 22., 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürerek, ihlalin tespitiyle yeniden yargılama yapılmasına, yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmemesi durumunda uğradığı maddi ve manevi zararın tazminine karar verilmesini talep etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 26/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 25/4/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 11/7/2014 tarihinde, 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 13/8/2014 tarihli görüş

yazısı 26/8/2014 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiş olup, başvurucu vekili tarafından Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanda bulunulmamıştır.

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 Gülhane Askeri Tıp Akademisi (GATA) Sağlık Meslek Yüksek Okulundan mezun olduktan sonra sivil memur hemşire olarak GATA'da görev yapmakta iken bir sosyal paylaşım sitesinde başvurucu adına açılmış olan bir kullanıcı hesabı üzerinden başvurucuya ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli görüntünün yer aldığı duyumu üzerine, hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır.

8. Soruşturma aşamasında temin edilen Jandarma Kriminal Daire Başkanlığının 1/11/2011 tarihli uzmanlık raporunda, başvurucuya ait vesikalık fotoğraf ve internette yer alan görüntülerin mukayesesi neticesinde, söz konusu şahısların aynı kişi olduğu kanaatine varıldığı, aynı birim tarafından düzenlenen 8/12/2011 tarihli raporda ise, ilgili görüntülerin çözünürlüğünün düşük olması nedeniyle, başvurucunun savunmasında belirttiği ve geçirdiği bir tıbbi müdahale neticesinde vücudunda oluştuğu belirtilen dikiş izi ve deri deformasyonu şeklindeki bulguların tespitine yönelik gerekli detayı elde etmenin teknik olarak mümkün olmadığı belirtilmiştir.

9. Milli Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 27/6/2012 tarih ve MÜT-11-5470-J dosya numaralı kararıyla, başvurucunun görüntülerin hukuka aykırı olarak yayınlandığı ve belirtilen görüntülerin rızası ile yayınlanmasının hayatın olağan akışına aykırı olacağı savunması karşısında, her ne kadar facebook sayfasında söz konusu cinsel içerikli görüntülerin hukuka aykırı olarak elde edilip yayınlandığı değerlendirilebilecek ise de, idare hukukunda her türlü delil ile disiplin soruşturması yapılabileceğinin yerleşik yargısal uygulamalarla sabit olduğu, bu kapsamda başvurucunun fiilinin memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak şeklinde değerlendirildiği, 14/7/1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 232 ve 233. maddelerinde Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurlarına uygulanacak özel kanunların hüküm altına alındığı; dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet memurlarına disiplin hukuku bakımından daha katı kuralların uygulanmasına yasalarca imkan tanındığı ve başvurucunun şahsi dosyasında ödül veya başarı belgesi bulunmadığı gibi eylemin niteliğinin Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını derinden sarsacak nitelikte olduğu belirtilerek, başvurucuya 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin

birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendi ve 11/3/1983 tarihli Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin 13. maddesinin beşinci fıkrasının (g) alt bendi uyarınca devlet memurluğundan çıkarma cezası verilmiştir.

10. Başvurucu tarafından, verilen disiplin cezasının yürütmesinin durdurulması ile iptal edilmesi talebiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açılmış ve dava dilekçesi ile aşamalarda verilen dilekçelerde, söz konusu görüntülerin kendisi adına açılan bir facebook hesabında yayınlandığı, belirtilen hesabın kim tarafından açıldığının bilinmediği, görüntülerin kendisine ait olmadığı ve bahsedilen görüntülerin kendi adı ile açılan bir hesap üzerinden kendisi tarafından paylaşılmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu, söz konusu görüntülerin kendisine ait olduğu kabul edilse dahi, gizlice çekilen ve ev ortamında kaydedildiği anlaşılan görüntülerin tamamen özel hayat alanına ait eylemleri içerdiği, bu yönüyle kurum içerisinde veya görevi ile bağlantı kurulacak şekilde kayda alınan görüntüler olmaması nedeniyle kurum içerisindeki düzen ve disiplinin bozulması üzerinde etkili olmasının söz konusu olamayacağı ve idarenin özellikle bir alt ceza uygulanması noktasındaki takdir yetkisini doğru kullanmayarak hizmetin gerekleri ve kamu yararı ile kişisel yarar arasındaki dengeyi tesis edemediği iddia edilmiştir.

11. Davalı idare savunmasında, her ne kadar söz konusu cinsel içerikli görüntülerin hukuka aykırı olarak yayınlandığı değerlendirilebilecek ise de, kamu görevlilerinin hizmete başlarken ilgili mevzuatın öngördüğü kurallara uymayı kabul ettikleri ve başvurucunun disiplin soruşturmasına konu eylemleri memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici eylemler olduğundan, savunmasında belirttiği hususların hukuki bir geçerliliği bulunmadığı ifade edilmiştir.

12. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Nöbetçi Daire Başkanlığının 23/8/2012 tarih ve E.2012/419 sayılı kararı ile yürütmenin durdurulması talebinin reddine hükmedilmiştir.

13. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcılığının 10/12/2012 tarih 2012/2862 sayılı düşüncesinde, ev ortamında çekilen ve özel hayatın gizliliği kapsamında kalması gereken görüntülerin kim tarafından ve ne şekilde facebook sayfasına konulduğunun ve ne kadar süre ile bu sayfada kaldığının tespit edilemediği, bu görüntülerin kim tarafından ve ne şekilde ele geçirildiğinin idare savunmasında açıklanamadığı, dolayısı ile kriminal raporu ile başvurucuya ait olduğu belirtilen görüntülerin başvurucunun rızası dışında ve hukuka aykırı olarak ele geçirilmiş ve yayınlanmış olduğu kanaatine varıldığı, bu kapsamda idarenin takdir yetkisini objektif kıstaslara bağlı kalarak ve kamu yararı ile kişi yararı arasında bir denge gözeterek ölçülülük ilkesi ek-

seninde kullandığından bahsedilemeyeceği belirtilerek, dava konusu işlemin iptaline hükmedilmesi yönünde görüş bildirilmiştir.

14. Yargılama sırasında temin edilen Jandarma Kriminal Daire Başkanlığının 22/3/2013 tarihli uzmanlık raporunda, görüntülerin niteliği gereği, başvurucunun vücudunda yer aldığını iddia ettiği dikiş izi ve deri deformasyonunu tespitinin mümkün olmadığı bildirilmiştir.

15. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesinin 24/4/2013 tarih ve E.2012/721, K.2013/516 sayılı kararı ile, kamu hizmetinin gerekli saygınlığını yitirmiş ajanlar eliyle yürütülmesinin bireylerin idareye olan güven duygularının sarsılmasına neden olabileceği, 657 sayılı Kanun uyarınca disiplin soruşturmasının ceza kovuşturmasından ayrı olduğu, dolayısıyla devlet memurluğundan çıkarma cezası gerektiren eylemin mutlaka ceza hukuku anlamında yüz kızartıcı suç olması gerekmediği bu nedenle "*memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı hareket*" kavramının 657 sayılı Kanunun 48. maddesinde belirtilen yüz kızartıcı suçlardan daha geniş kapsamlı olduğu, bahse konu cinsel içerikli görüntülerin başvurucunun kendisi tarafından kaydedilerek bilgisayar vasıtası ile başka birisine aktarıldığının anlaşıldığı, dolayısı ile görüntülerin başvurucu tarafından internet ortamında başkalarının erişimine açık hale getirildiği ve ilgili görüntülerin kendisine ait bir kullanıcı hesabı sayfasından alındığı, bu kapsamda söz konusu delilin yasa dışı yollardan elde edilmiş sayılamayacağı belirtilerek iptal davası reddedilmiştir.

16. Başvurucu tarafından yapılan karar düzeltme talebi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Daire Başkanlığının 4/12/2013 tarih ve E.2013/961, K.2013/1431 sayılı kararı ile reddedilerek, karar 18/12/2013 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

17. 26/12/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

B. İlgili Hukuk

18. 657 sayılı Kanun'un "*Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller*" kenar başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendi şöyledir:

"Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

…

E - Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır.

Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

….

g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak."

19. 657 sayılı Kanun'un "*Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller*" kenar başlıklı 125. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Geçmiş hizmetleri sırasındaki çalışmaları olumlu olan ve ödül veya başarı belgesi alan memurlar için verilecek cezalarda bir derece hafif olanı uygulanabilir."

20. 11/3/1983 tarihli Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin 13. maddesinin beşinci fıkrasının (g) alt bendi şöyledir:

"Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

…

5 - Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır.

Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

….

g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

21. Mahkemenin 21/1/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 26/12/2013 tarih ve 2013/9660 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

22. Başvurucu, kendisine ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli görüntülerin rızası hilafına internette yayınlanması üzerine hakkında disiplin soruşturması başlatılarak soruşturma neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırıldığını, ilgili görüntülerin kendisine ait olmadığını ancak, bu görüntülerin kendisine ait olduğu varsayılsa dahi özel yaşam alanında gerçekleşen ve görevi sırasında vuku bulmayan ya da görevi ile ilgili

olmayan bir özel yaşam eyleminden dolayı cezalandırıldığını, kendisine ait olduğu iddia edilen görüntülerin nasıl ve kim tarafından çekildiğinin, ne zaman ve kim tarafından internet ortamında paylaşımının yapıldığının belli olmadığını, dolayısıyla rızası ve bilgisi dışında yayınlanan görüntülerin yasa dışı yollarla elde edilmiş delil niteliğinde olmasına rağmen hakkındaki idari tahkikat ve yargılamada nazara alındığını, söz konusu görüntülerin şahsına ait olduğu ve kendisi tarafından kayda alındığı düşünülse dahi bu görüntülerin kendisi tarafından internet ortamında paylaşılmasının hayatın olağan akışına aykırı olacağını, bu nedenle bahsi geçen görüntülerin internet ortamında paylaşımının yapılmasının da hukuka aykırı olduğunu ve bu hali ile yasa dışı delil sayılması gerektiğini, belirtilen görüntülerin yüz ile çıplak bayan figürünün bir araya getirilmesi yoluyla fotomontaj yapılarak elde edilmiş olması ihtimalinin mevcut olduğunu ve bu şüphenin giderilmesi gerektiği yönündeki talebin yargılama aşamasında karşılanmadığını, bir sosyal paylaşım sitesinde yayınlanarak olayın aleniyet kazanması sonucuna sebebiyet verecek şekilde cinsel içerikli görüntülerinin çekilmesine izin vermek türünde bir fiil nedeniyle devlet memurluğundan çıkarma cezasına maruz kaldığını fakat, disiplin yargılamasına konu fiillerin memuriyete alınmadan önceki döneme ilişkin olabileceği ve 657 sayılı Kanunun 48. maddesinde memuriyete alınmaya engel haller arasında müstehcen görüntülerinin yayınlanması gibi bir nedenin bulunmadığını, dolayısıyla yargılama konusu fiillerin memuriyet öncesi sürece ait olabileceği ihtimali karşısında, memuriyetten çıkarma cezasına temel teşkil edemeyeceğini ve bu hali ile anılan işlemin sebep unsuru yönünden sakat olduğunu, ayrıca eylemin bu hali ile disiplin soruşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi açısından zamanaşımına uğramış olabileceğini, disiplin cezasının yasal dayanağı olarak görülen 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendinde yer alan "*yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler*" ibaresinin aynı Kanunun devlet memurluğuna alınacaklarda aranacak genel ve özel şartları belirleyen 48. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (5) alt bendinde sayılan suçlar ile sınırlı olduğunu ve bu kapsamın yorumla genişletilemeyeceğini, bu bağlamda Kanunun 48. maddesinde belirtilen suçlar arasında yer almamakla birlikte gerçekleşen eylemlerin memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak şeklinde değerlendirilerek şahsı hakkında memuriyetten çıkarma cezası verilmesinin yasal olarak mümkün olmadığını ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığını, eylemine karşılık uygulanan disiplin cezasının ölçülülük ilkesine uygun olmadığını ve hükme esas alınan bazı belgelerin tarafına tebliğ edilmemesi nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığını belirterek Anayasa'nın 2., 13., 20., 21., 22., 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

23. Başvurucu tarafından Anayasa'nın 2., 13., 20., 21., 22., 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Somut başvuruda, ihlal iddialarının mahiyeti gereği Anayasa'nın 20., 36. ve 38. maddeleri açısından değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

24. Başvurunun incelenmesinde, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

25. Başvurucu, cinsel içerikli görüntülerinin internette yer aldığı duyumu üzerine hakkında başlatılan disiplin soruşturması neticesinde devlet memurluğundan çıkarma cezası almış olması nedeniyle Anayasa'nın 20., 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

26. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi ile Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan birinin de "*mahremiyet hakkı*" olduğu ve bu hakkın bireyin kendisiyle ilgili bilgileri kontrol edebilmesini de kapsadığı, bu nedenle bireye ait herhangi bir bilginin kendi rızası olmaksızın açıklanması ve yayılmasının mahremiyet hakkının ihlaline neden olacağı ancak, başvurucu hakkındaki disiplin uygulamasının bağlı bulunduğu kurum tarafından sosyal bir gerçekliği karşılayan ihtiyaca binaen yapıldığı ve başvurucuya devlet memurluğundan çıkarma cezası uygulanırken şahsi dosyasında ödül veya başarı belgesi bulunmadığı gibi eylemin niteliğinin Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını derinden sarsacak nitelikte olduğu kabul edilerek bir alt ceza verilmesinin uygun görülmemesinin, orantılılık hususunun değerlendirilmesinde nazara alınması gerektiği yönünde beyanda bulunulmuştur.

27. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/11/2011 tarihli 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 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).

28. Başvurucunun ihlal iddiasına konu özel hayatın gizliliği hakkı, Anayasa'nın 20. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenmiştir.

29. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

30. 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."

31. Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlık olup, bu koruma bir taraftan herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etse de, diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve

dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesi özel bir sosyal hayat sürdürmeyi güvence altına almaktadır (B. No. 2013/1614, 3/4/2014, § 31).

32. Özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp, bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin, kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir (AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, K.T. 18/5/2011; E. 1986/24, K. 1987/7, K.T. 31/3/1987).

33. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, Devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır. Bireyin mahremiyet hakkının mekânı, kural olarak özel alandır. Ancak özel yaşamın korunması hakkı bazı durumlarda kamusal alana da genişleyebilir. Zira meşru beklenti kavramı, bireylerin mahremiyetlerinin kamusal alanda da bazı koşullar altında korunmasını mümkün kılmaktadır (B. No. 2013/1614, 3/4/2014, §§ 33-34).

34. Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen "*özel yaşam*" kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından da oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır (*Koch/Almanya*, B. No.497/09, 19/7/2012, § 51).

35. Bununla birlikte, Sözleşme'nin denetim organlarının içtihatlarında, "*bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi*" 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 hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Ancak özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur.

36. Anayasa'nın 20. maddesinde, herkesin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ve özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen özel hayatın gizliliği hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında gü-

vence altına alınan hakka karşılık gelmektedir. Bireyin mahremiyet alanının ve bu alanda cereyan eden eylem ve davranışlarının da kişinin özel yaşamı kapsamında olduğu açıktır. Mahremiyet hakkı ve bu alana ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunması Anayasa Mahkemesi tarafından da, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir (AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, K.T. 18/5/2011; E. 1986/24, K. 1987/7, K.T. 31/3/1987).

37. Somut başvuru açısından, başvurucunun devlet memurluğundan meslekî nedenlerle yürütülen bir disiplin soruşturması neticesinde çıkarılmamış olduğu açıktır. Disiplin soruşturması sürecinden, devlet memurluğundan çıkarma kararından ve derece mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere, başvuruya konu süreçte özellikle başvurucunun özel hayatı kapsamındaki davranışları belirleyici olmuştur. Bu şartlar altında, özel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek verilen devlet memurluğundan çıkarma kararının, başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

38. Anayasa'nın 20. maddesinde, özel hayatın gizliliği hakkı açısından, bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmakta, ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

39. 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."*

40. 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 sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasanın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 35).

41. Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında 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 temelinin mevcut olup olmadığıdır (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 36).

42. Başvuruya konu disiplin uygulaması ve devam eden yargısal sürecin 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendi ile, Türk Silahlı Kuvvetlerinde Görevli Devlet Memurları Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Yönetmeliğinin 13. maddesinin beşinci fıkrasının (g) alt bendi temelinde yürütüldüğü anlaşılmaktadır.

43. Disiplin yaptırımlarının, bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildikleri açıktır. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı, kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içerisinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır. 657 sayılı Kanun'un 124. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile ...*" ifadesi de, disiplin cezalarının belirtilen amacını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, disiplin hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin işlem ve eylem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi belirtilen meşru temellere dayanmaktadır.

44. Ancak belirtilen meşru temellere rağmen, bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesinde, bu orantının değerlendirilmesi noktasında nazara alınmak üzere, demokratik toplumda gereklilik, hakkın özü ve ölçülülük unsurlarına riayet edilmesi şeklinde üç ayrı güvence ölçütüne daha yer verilmiştir.

45. Başvurucu, özel hayatı hakkında yürütülen soruşturmanın ve bunun sonucunda devlet memurluğundan çıkarılmasının, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğunu iddia etmekte, hakkında başlatılan disiplin soruşturması dosyasında yer alan belgelerden de anlaşılacağı üzere, bu soruşturmanın görevi kapsamındaki faaliyetleri kapsamadığını, söz konusu soruşturmanın temelinde mahremiyet alanında gerçekleştiği iddia edilen cinsel içerikli eylemler gibi, özel hayata ilişkin unsurlar bulunduğunu belirtmektedir. Bu yönüyle söz konusu soruşturmanın doğrudan özel hayatını konu aldığını, ayrıca kendisine uygulanan idari yaptırımın türünün, yani devlet memurluğundan çı-

karılmasının fazlasıyla ağır bir ceza teşkil ettiğini ve bir alt ceza uygulanması seçeneğinin de göz ardı edildiğini belirtmektedir.

46. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir.

47. 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. Özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında da, bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da, temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesini deyimleyen oranlılık unsurlarını içermektedir (AYM, E.2012/100, K.2013/84, K.T. 4/7/2013).

48. Bu noktada, belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapılıp yapılmadığının tespiti için, müdahale teşkil ettiği ve özel hayatın gizliliği hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve gözetilen genel 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, özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasında da göz önünde bulundurulmalıdır. Özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile, sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı,

sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir (B. No. 2013/1614, 3/4/2014, § 49).

49. Kamusal makamların bir hakkın sınırlandırılması sürecinde iki ayrı aşamada takdir yetkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sınırlama ölçütünün seçimidir. İkincisi ise, ilgili sınırlama ölçütü çerçevesinde izlenen meşru amacı gerçekleştirmek üzere yapılan sınırlamanın gerekliliğidir. Ancak kamusal makamlara tanınan bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp, ihlal iddiasına konu önlemin anayasal temel hak ve özgürlüklerle bağdaşır olması, yani müdahaleyi meşrulaştırmak üzere kullanılan argümanların elverişli, zorunlu ve orantılı olması gerekir.

50. Belirtilen takdir yetkisi, her bir vakıa özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak, bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemektedir.

51. Mahremiyet alanına ait ya da bireyin varlığına veyahut kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda, takdir yetkisi daha dardır. Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda, takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmekte olup, bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Dudgeon/Birleşik Krallık*, B. No. 7525/76, 22/10/1981, § 52). Zira kişinin mahremiyet alanının gizliliği ve bu alana saygı gösterilmesi hakkının, bireyin kişisel güvenliği, varlığı ve kimliği için gerekli ve en temel haklardan biri olduğu açıktır.

52. Öte yandan personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda, özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip, bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında, özellikle kamu görevlilerinin meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de, diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi, asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Özpınar/Türkiye*, B. No. 20999/04, 19/10/2010). Özellikle bireyin temel haklarından biri olan özel yaşamın gizliliği hakkı ile kamu hizmetinin yukarıda belirtilen temellere uygun yürütülmesini gözetmek konusundaki meşru menfaat arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının göz önünde bulundurulması zorunludur.

53. Başvuruya konu disiplin işleminin yukarıda belirtilen meşru temellere dayandığı açık olmakla birlikte, başvurucunun özel hayatına bir müdahale teşkil ettiği anlaşılan sınırlamanın, belirtilen hakkın özüne dokunarak, onu anlamsız kılacak ölçüde olmaması gerekmektedir. Bu noktada, somut başvuru özelinde başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesindeki bireysel yararı ile kamunun yararı ya da yine bir başka bireyin yararı arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı incelenmelidir.

54. Başvuruya konu idari ve yargısal sürecin değerlendirilmesinden, başvurucu adına açılmış olan bir kullanıcı hesabı üzerinde başvurucuya ait olduğu iddia edilen cinsel içerikli görüntünün yer aldığı duyumu üzerine hakkında disiplin soruşturmasına başlanıldığı, disiplin soruşturması sürecinde alınan bilirkişi raporunda, ilgili görüntüler ile başvurucunun vesikalık fotoğrafının karşılaştırılması sonucunda görüntü ve fotoğraftaki şahısların aynı kişi olduğu yönünde kanaat bildirildiği ancak, başvurucunun vücut hatları ve vücudunda yer aldığını iddia ettiği izler nazara alınarak ayrıntılı şekilde tetkik yapılması talebi kapsamında temin edilen bilirkişi raporunda, çözünürlüğü az olan görüntülerin niteliği nedeniyle ayrıntılı bir tetkik yapmanın teknik olarak olanaklı olmadığı tespitine yer verildiği, Milli Savunma Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulunun 27/6/2012 tarihli kararı ile, her ne kadar facebook sayfasında söz konusu görüntülerin hukuka aykırı olarak elde edilerek yayınlandığı değerlendirilebilecek ise de, idare hukukunda her türlü delil ile disiplin soruşturması yapılabileceğinin yerleşik yargısal uygulamalarla sabit olduğu, bu kapsamda başvurucunun fiilinin memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak şeklinde değerlendirildiği belirtilerek, başvurucunun devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırıldığı görülmektedir.

55. Başvurucu tarafından ilgili işlemin iptali talebiyle açılan dava kapsamında sunulan Başsavcılık düşüncesinde, özellikle bahse konu görüntülerin başvurucunun rızası hilafına elde edilerek yayınlandığı kanaatine varıldığı ve söz konusu görüntülerin ev ortamında kaydedilen özel yaşam eylemlerine ilişkin olduğu tespitlerine yer verildiği, davalı idare savunmasında da, her ne kadar söz konusu cinsel içerikli görüntülerin hukuka aykırı olarak yayınlandığı değerlendirilebilecek ise de, kamu görevlilerinin hizmete başlarken ilgili mevzuatın öngördüğü kurallara uymayı kabul ettikleri ve başvurucunun disiplin soruşturmasına konu eylemleri memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici eylemler olduğundan, savunmasında belirttiği hususların hukuki bir geçerliliği bulunmadığının ifade edildiği, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin İkinci Dairesinin 24/4/2013 tarihli kararında ise, bahse konu görüntülerin başvurucunun kendisi tarafından kaydedilerek bilgisayar vasıtası ile başka birisine aktarıldığının anlaşıldığı, dolayısı ile gö-

rüntülerin başvurucu tarafından internet ortamında başkalarının erişimine açık hale getirildiği ve ilgili görüntülerin kendisine ait bir kullanıcı hesabı sayfasından alındığı, bu sayede delilin yasa dışı yollardan elde edilmiş sayılamayacağı belirtilerek başvurucunun talebinin reddedildiği ve yapılan karar düzeltme talebinin de kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

56. Mahremiyet hakkı öncelikle mekânsal bir alana tekabül etmekte olup, bu alan da bireyin konutu ve müştemilatıdır. Bu mekân dışında bireyi etkileyen önlemlerin, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ele alınıp alınmayacağının, birtakım ölçütler ışığında değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan, Anayasa'nın 20. maddesinin güvence kapsamında bulunan mahremiyet hakkı kural olarak kamusal alana kadar uzanmamaktadır. Birey bir kez kamusal alana çıkınca yani görünür olunca özel yaşamın gizliliği hakkı alt kategorisinde korunan mahremiyet hakkı kural olarak ileri sürülemez. Bu bağlamda, özel yaşamın gizliliği hakkı kapsamındaki mahremiyet hakkının uygulanabilirlik alanı kural olarak özel yaşam alanı olmakla birlikte, bireylerin diğer insanlarla etkileşim içinde oldukları bazı kamusal alanlar ya da bağlamlar da özel yaşamın korunması hakkının kapsamında yer alabilirler. Bunun yanı sıra, özel yaşamın gizliliği hakkı bireye, içinde özgürce hareket edebileceği ve kişiliğini geliştirip gerçekleştirebileceği bir kişisel alan sağlamaktadır. Dolayısıyla, bireyin özel yaşamını kendi eliyle kamuya açması, özel yaşama saygı hakkı talebini otomatik olarak belli ölçüde azaltmaktadır (B. No. 2013/1614, 3/4/2014, §§ 62-63).

57. Başvuruya konu idari ve yargısal süreçlerde alınan karar gerekçelerinin hemen hemen tamamında, her ne kadar söz konusu cinsel içerikli görüntülerin hukuka aykırı olarak yayınlandığı değerlendirilebilecek ise de, kamu görevlilerinin hizmete başlarken ilgili mevzuatın öngördüğü kurallara uymayı kabul ettikleri ve başvurucunun disiplin soruşturmasına konu eylemleri memuriyet sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici eylemler olduğundan, savunmasında belirttiği hususların hukuki bir geçerliliği bulunmadığının ifade edildiği ve söz konusu görüntülerin ev ortamında kaydedildiği anlaşılan cinsel içerikli eylemleri kapsadığının belirtildiği görülmektedir.

58. Devlet memuru olarak belirli bir sorumluluk taşıyan başvurucu, bu görevi kabul etmek suretiyle kamu görevlisi olmaktan kaynaklanan disiplin ve tutum istemine kendi iradesiyle dâhil olmuştur. Yukarıda belirtilen temellere dayanan bu sistem doğası gereği, kişinin hak ve özgürlüklerine herhangi bir vatandaşa uygulanamayacak sınırlamalar getirmektedir. Zira kamu yararı, kamu görevlilerinden uymaları gereken meslekî ve etik kurallar açısından tam bir uyum beklemektedir. Özellikle meslekî yaşamı ile bağlantısı

olabilecek bazı özel hayat unsurları açısından, başvurucunun meslekî ve etik kurallara aykırı davranışlarının kamu görevlilerinin ve bu bağlamda kamu hizmetinin saygınlığı üzerinde belirli bir etkiye sahip olabileceği açıktır. Ancak, her ne kadar ilk derece mahkemesi kararında bahse konu görüntülerin başvurucunun kendisi tarafından kaydedilerek bilgisayar vasıtası ile başka birisine aktarıldığının anlaşıldığı, dolayısı ile görüntülerin başvurucu tarafından internet ortamında başkalarının erişimine açık hale getirildiği ve ilgili görüntülerin kendisine ait bir kullanıcı hesabı sayfasından alındığı belirtilerek, ilgili disiplin kararları ve yargısal karar gerekçelerinde başvurucunun kamu görevlisi sıfatına vurgu yapılsa da, somut başvuruya konu eylem ve davranışların başvurucunun mahremiyet alanında cereyan eden ve rızası ile alenileştirildiğine dair bir bulgunun saptanmadığı özel yaşam eylemlerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

59. Başvurucu, devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sonuçlanan disiplin soruşturması sürecinde, meslekî hayatını değil, özel hayatını ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda kalmıştır. Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen iddiaların görevinin ifasıyla değil, daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ihtilaf konusu soruşturmanın kapsamı meslekî hayatın sınırlarını aşmaktadır. Bu bağlamda, idarenin ve yargısal makamların karar gerekçelerinde, başvurucu tarafından kaydedilerek bilgisayar vasıtası ile başka birisine aktarıldığı, dolayısı ile başvurucu tarafından internet ortamında başkalarının erişimine açık hale getirildiği ve kendisine ait bir kullanıcı hesabı sayfasından alındığı belirtilen cinsel içerikli eylemlerine ait görüntülerin çekilmesi ve yayınlanması suretiyle işlediği fiilin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler kapsamında olduğu tespitlerine yer verildiği ve karar sonuçlarının bu gerekçelere dayandırıldığı, sonuç olarak başvuruya konu disiplin işlemi ile yargısal sürece konu edilen davranışların esasen meslekî faaliyet ile ilgisi olmayan, mahremiyet alanına dâhil özel yaşam eylemleri olduğu anlaşılmaktadır.

60. Özellikle kamu görevlilerinin meslekî yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte, 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde yer verilen disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller kapsamında, Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmanın uyarma cezasını, hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmanın kınama cezasını, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmanın ise devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirdiği yönündeki düzenlemede, aralarındaki ağırlık ve önem düzeyi idarece takdir edilmek suretiyle, öngörü-

lecek disiplin cezasının belirlenebileceği benzer mahiyette eylem biçimlerine yer verilmiş olması ve benzer düzenlemelerin ilgili Yönetmelik hükümlerinde de yer alması karşısında, başvurucunun hakkındaki disiplin süreci sonucunda devlet memurluğundan çıkarma cezası almış olmasının, meslekî hayatı üzerinde olduğu kadar, temel geçim kaynağından yoksun kalması nedeniyle ekonomik geleceği üzerinde de önemli bir etki oluşturmakla, daha önemli hale geldiği anlaşılmaktadır.

61. Yukarıda belirtilen disiplin süreci ile idari ve yargısal makamların karar gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı anlaşılmakla, başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

62. Başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılarak, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş olmakla (§ 66), Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinde tanımlanan hakların ihlal edildiği yönündeki iddianın ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

63. Başvurucu, uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini, yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmemesi halinde 303.148,00 TL maddi, 50.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

64. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucunun tazminat talebine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

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. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

67. Başvurucu tarafından maddi ve manevi 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 tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

68. 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.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

B. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine,

C. Başvurucunun tazminat 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. 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,

21/1/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MARCUS FRANK CERNY BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/5126)

Karar Tarihi: 2/7/2015

R.G. Tarih- Sayı: 12/8/2015-29443

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Başvurucu	:	Marcus Frank CERNY
Vekili	:	Av. Nuri ALPER KEŞMER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, müşterek çocuğun Amerika Birleşik Devletleri'nden (ABD) annesi tarafından götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair

Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında yapılan başvurunun reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiası hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 10/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

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

4. Bölüm tarafından 18/2/2014 tarihli toplantıda, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığına, başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru evrakının bir örneği görüş için gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 21/4/2014 tarihli görüş yazısı 29/4/2014 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiş olup başvurucu tarafından Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanda bulunulmamıştır.

6. İkinci Bölüm tarafından 25/6/2015 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu ABD vatandaşı olup Türk vatandaşı olan A. A. ile 31/5/2011 doğumlu müşterek bir çocukları vardır.

9. Müşterek çocuğun, mutat meskeni olan ABD'den annesi tarafından götürüldüğü ve geri dönmesine izin verilmediği iddiası ile başvurucu tarafından ABD Dışişleri Bakanlığına, Lahey Sözleşmesi kapsamında iade işlemlerinin başlatılması hususunda başvuruda bulunulmuştur.

10. Söz konusu talep, ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından Lahey Sözleşmesi kapsamında Türk Merkezi Makamı konumunda olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) iletilmiştir.

11. Talep, Genel Müdürlük tarafından 19/1/2012 tarihinde, çocuğun iade işlemlerinin başlatılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmiştir.

12. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 11/6/2012 tarihli davaname ile Ankara 7. Aile Mahkemesinin E.2012/757 sayılı dosyası üzerinde iade davası açılmıştır.

13. Mahkemece 16/6/2012 tarihinde düzenlenen tensip zaptı sonrasında, iki duruşma icra edilmiş ve 1/10/2012 tarihli ve E.2012/757, K.2012/1403 sayılı karar ile dava reddedilmiştir. Ret gerekçesi olarak tarafların müşterek bir çocuklarının bulunduğu, tarafların ABD'de yaşadıkları, davalı kadının kız kardeşinin düğünü için müşterek çocuk ile birlikte Türkiye'ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde boşanma davası açtığı, söz konusu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verilerek başvurucu baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi yönünde tam bir vicdani kanaat oluştuğu belirtilmiştir.

14. Karar temyiz edilmekle, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12/2/2013 tarihli ve E.2012/26180, K.2013/3223 sayılı kararı ile onanmış ve karar gerekçesinde, dosya kapsamından, iadeden kaçınma koşullarının oluşmadığının ve Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin nazara alındığının anlaşılmasına göre yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine karar verildiği belirtilmiştir.

15. Karar düzeltme talebi Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/5/2013 tarihli ve E.2013/9169, K.2013/13947 sayılı kararı ile reddedilmiş, ret kararı 27/6/2013 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

16. 10/7/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

17. Lahey Sözleşmesi kapsamında yürütülen iade sürecinin yanı sıra, başvurucunun eşi tarafından Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde açılan boşanma davası sonucunda tarafların boşanmalarına, müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesine ve başvurucu baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine hükmedilmiş, karar derece mahkemelerinden geçerek 13/10/2014 tarihinde kesinleşmiştir.

B. İlgili Hukuk

18. 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un "*Amaç*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı; velâyet hakkı ihlâl edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutat meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25/10/1980

tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esasları düzenlemektir."

19. 5717 sayılı Kanun'un "*Kapsam*" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan ve yer değiştirmenin veya alıkonulmanın gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta olan velâyet veya şahsî ilişki kurulması haklarının ihlâlinden hemen önce mutat meskeninin bulunduğu taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanır."

20. 5717 sayılı Kanun'un 12., 13., 14. ve 15. maddeleri

21. Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesi şöyledir:

"İşbu sözleşmenin amacı:

a) Taraf Devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;

b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek."

22. Lahey Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi:

a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutat ikametgahının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği taktirde; ve

b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise,

Kanuna aykırı addedilir.

(a) da söz konusu edilen koruma hakkı, özellikle, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bu Devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir."

23. Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder.

Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmesini emretmesi gerekir, yeter ki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin."

24. Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi şöyledir:

"Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:

a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya,

b) Geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda değildir.

Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir.

Bu maddede yer alan şartların değerlendirilmesinde, adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutat ikametgâhı devletinin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri gözönünde bulundurması gereklidir."

25. Lahey Sözleşmesi'nin 16. ve 19. maddeleri

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 2/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 10/7/2013 tarih ve 2013/5126 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

27. Başvurucu, Türk vatandaşı olan eşi tarafından müşterek çocuklarının mutat mesken ülkesi olan ABD'den götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi nedeniyle, Lahey Sözleşmesi kapsamında yaptığı başvuru üzerine verilen yargısal kararda iade şartlarının oluşmadığı ve çocuğun yaşı ve annenin şefkati ile dikkatine ihtiyaç duyduğundan bahisle iade talebinin reddedildiğini, yargılama sırasında tarafların iddiaları ayrıntılı olarak incelenmeden, gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, taraflar dinlenilmeden karar verildiğini, verilen kararda Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen iadeye ilişkin

istisnalar göz önüne alınmadığı gibi Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının katılımının da sağlanmadığını, Lahey Sözleşmesi'nde iade kararının istisnaları arasında çocuğun yaşı ve annenin şefkati ile dikkatine ihtiyaç duyulması şeklinde bir istisnaya yer verilmemiş olmasına rağmen bu hususun karar gerekçeleri arasında yer aldığını, Lahey Sözleşmesi'nin temel amacının hukuka aykırı olarak mutat meskeninden uzaklaştırılan çocuğun derhâl iadesi ve uluslararası çocuk kaçırma vakalarının engellenmesi suretiyle çocuğun anne ve babasıyla doğrudan ve kişisel ilişki kurma hakkının korunması olduğunu, ancak derece mahkemelerinin iadenin istisnası olan durumları genişleten söz konusu uygulamaları nedeniyle benzer eylemlere meşruiyet tanınmasının önlenmesini amaçlayan Lahey Sözleşmesi hükümlerinin zayıflatıldığını, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan Lahey Sözleşmesi hükümlerine uygun karar verilmesi gerektiğini, Lahey Sözleşmesi'nin velayet ve kişisel ilişkiye dair hukuki süreçlerin anne baba ve çocuk arasındaki ilişkiler sekteye uğratılmaksızın çocuğun mutat meskeni olan yerde yürütülmesini amaçladığını, buna rağmen derece mahkemelerince olayda tatbiki gereken Lahey Sözleşmesi'nin esasa ve usule dair hükümlerinin dikkate alınmadığını ve sonuç olarak çocuğu ile kişisel ilişkisinin engellendiğini belirterek Anayasa'nın 36., 41., 90. ve 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

28. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Başvurucu tarafından Anayasa'nın 36., 41., 90. ve 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber, ihlal iddialarının mahiyeti gereği Anayasa'nın 20., 36. ve 41. maddeleri açısından değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

29. Başvurunun incelenmesi neticesinde, açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

30. Başvurucu, müşterek çocuklarının mutat mesken ülkesi olan ABD'den annesi tarafından götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, Lahey Sözleşmesi kapsamında yaptığı başvuru üzerine verilen yargısal kararlar nedeniyle Anayasa'nın 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

31. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, benzer başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi bağlamında değerlendirme yapılarak 6. madde bağlamında ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmediği belirtilerek benzer kapsamda görüş hazırlandığı ifade edilmiş, Sözleşme'nin 8. maddesinin devlete negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler de yüklediği, çocuklar hakkında alınan tedbirler ve koruma kararlarıyla ilgili davalarda müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği denetlenirken gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli oluşu ile karar verme sürecinin adil olup olmadığının ve bu süreçte başvurucunun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarına saygı gösterilip gösterilmediğinin denetlendiği, anne ve babanın ayrılması sonrasında da anne baba ve çocuk arasında uygun ilişkiler kurulması gerektiği belirtilmiş, AİHM önüne benzer ihlal iddialarıyla yansıyan dava ve karar örneklerine yer verilmiştir.

a. Genel İlkeler

32. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/11/2011 tarihli 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 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 (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

33. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu

hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

34. Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

35. 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."

36. Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.

37. Aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmî evlilik birlikleri kural olarak aile hayatı kapsamında

güvence altına alınmakta olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Bu çerçevede, çocuğun doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile yaşamı anlamına gelen bir bağ kurulduğunun kabulü gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gluhakovic/Hırvatistan*, B. No: 21188/09, 12/4/ 2011, §§ 54, 60). Başvuru konusu olayda, başvurucunun çocuğu evlilik içinde dünyaya gelmiş olup hukuken mevcut olan ailenin bir parçasıdır. Bu bağlamda başvurucu ile çocuğu arasındaki söz konusu ilişki, aile yaşamının kurulması için yeterlidir.

38. Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın kapsamının ise aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir.

39. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ortak yaşamın hukuken veya fiilen sona ermiş olması, aile yaşamını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının, anne ve babanın birlikte yaşamaya son vermelerinin ardından da devam edeceği açık olup anne babanın ve çocuğun aile yaşamlarına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu yükümlülük, yalnızca çocukların kamusal makamlarca koruma altına alınması bağlamındaki uyuşmazlıklar açısından değil, ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlıklar açısından da geçerlidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Berrehab/Hollanda*, B. No: 10730/84, 21/6/1988, § 21; *Gluhakovic/Hırvatistan*, §§ 56-57).

40. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

41. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin, mevcut olayda babanın, çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı

olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Ignaccolo-Zenide/Romanya*, B. No:31679/96, 25/1/2000, § 94; *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No:60328/09, 3/5/2012, § 49).

42. AİHM de önüne gelen birçok davada, aile yaşamına saygının kamu makamlarına, ebeveyn ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu durumun, ayrılığa devletin değil, ebeveynin yol açtığı durumlarda dahi geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58;*Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

43. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin, hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık*, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

44. Anne baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ilişkinin hukuken sona ermemesine rağmen anne ve baba tarafından, diğer eşe tanınan velayet ve kişisel ilişki haklarının hukuka aykırı şekilde engellenmesi durumunda da devletin bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin bir görünümünü oluşturmaktadır. Bu bağlamda ebeveynler tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakaları, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur.

45. Uluslararası çocuk kaçırmanın hem çocuklar hem de ebeveyn üzerinde çeşitli etkileri bulunmakla birlikte özellikle bu eylemin mağduru olan çocuk yalnızca diğer ebeveyn ile temasından, onlardan alması gereken sevgi, şefkat ve korunma duygusundan mahrum kalmamakta, aynı zamanda kendi ev ortamından da uzaklaşmakta ve yeni bir kültür, farklı bir yasal sistem, dil ve genellikle farklı bir sosyal yapıya nakledilmekte ve belirtilen bu farklılıklar aile hayatına saygı hakkı bağlamında ciddi sorunları gündeme getirmektedir.

46. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları, uluslararası anlamda ciddi bir iş birliğini gerektirmekte olup bu iş birliği bakımından en önemli vasıtalardan biri Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'dir. Türkiye adına 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanan Lahey Sözleşmesi'nin onaylanması 3 Kasım 1999 tarihli ve 4461 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 29 Aralık 1999 tarihli ve 99/13909 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmasını müteakip 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve onay belgesi 31 Mayıs 2000 tarihinde tevdi edilen Sözleşme, 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

47. Lahey Sözleşmesi en basit ifadesiyle, yasa dışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini öngörerek ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarının çözümü hususunda hızlı bir prosedür öngörmekte olup Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette mutat olarak ikamet eden çocuğun, diğer bir taraf devlete yasa dışı kaçırılması veya orada alıkonulması durumunda Sözleşme'de yer verilen sınırlı sayıdaki istisnai hâller dışında, çocuğun bulunduğu ülke yetkili makamlarının, çocuğu mutat ikametgâhı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur.

48. Anne veya baba tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarında, devletin aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin değerlendirilmesi açısından Lahey Sözleşmesi hükümleri önemli bir yer tutmaktadır.

49. Sözleşme iade prosedürüne ilişkin genel çerçeveyi çizmekle beraber, iade başvurusunun adli prosedürü hakkında bir hüküm içermemekte, süreçte yer alan yetkili makamların ve prosedürün tesisini taraf devletlere bırakmaktadır. Türkiye de Lahey Sözleşmesi'nin uygulanabilirliği için pozitif hukukunda ve uygulamasında bazı düzenlemeler öngörmüş olup 5717 sayılı Kanun'un kabulü, bu noktada atılan en önemli adımdır. 5717 sayılı Kanun öncesinde Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin olarak Adalet Bakanlığının 1/1/2006 tarihli ve 65 sayılı Genelgesi kapsamında yürütülen uygulama, böylece daha sağlam bir yasal çerçeveye kavuşmuştur. Ayrıca 65 sayılı Genelge, 5717 sayılı Kanun'un hükümleriyle uyum sağlaması açısından 16/11/2011 tarihli ve 65/2 sayılı Genelge ile güncellenmiştir.

50. AİHM'in birçok kararında da Lahey Sözleşmesi'nin muhtelif yönlerine işaret edildiği ve bu davalarda Mahkemece, Sözleşme'nin özellikle 8. maddesinin Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlandığı görülmektedir. Bunun yanı sıra AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında ve ağırlıklı olarak makul sürede yargılanma hakkı özelinde, Lahey Sözleşmesi hükümlerini ve uygulamasını da nazara alarak değerlendirmelerde bulunmakta, yapılan inceleme

sırasında makul süre koşulu değerlendirilirken kullanılan davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu, yetkili makamların tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği kriterlerinden özellikle son ölçüte vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır. AİHM'e göre koruma hakkına ilişkin davalar, işte tam da bu nedenle süratle neticelendirilmesi gereken davalardır. Mahkeme, Sözleşme'nin boşlukta yorumlanmayıp uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu şekilde yorumlanmak zorunda olduğunu belirtmekte ve bu bağlamda, uluslararası çocuk kaçırma meselelerinde Sözleşme'nin 8. maddesinin aile hayatına saygı hakkı kapsamında Sözleşmeci Devletlere yüklediği yükümlülüklerin, Lahey Sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak yorumlanması gereğine işaret etmektedir(*Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, B. No: 41615/07, 6/7/2010, §§ 131-132).

51. Bu bağlamda AİHM, ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Sözleşme'deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamakta, yaptığı denetime temel aldığı önemli bir ilke olan ikincillik ilkesi gereği, ulusal mahkemelerin iade veya iadeyi red konusundaki takdirini değerlendirmeye tabi tutmamakta ancak ulusal mahkemeler tarafından ulaşılan sonucun Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını ve ulaşılan sonucun bu yönüyle aile hayatının korunması hakkının ihlali anlamına gelip gelmediğini incelemektedir.

52. Lahey Sözleşmesi kapsamında AİHM'in, koruma ve ziyaret hakkıyla ilgili çok sayıda kararı bulunmaktadır. Belirtilen kararlarda Mahkemenin, Lahey Sözleşmesi'ni özellikle pozitif yükümlülükler bağlamında yorumladığı görülmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, örneğin Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki mükellefiyetler uyarınca çocuğun ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemlerin alınmasında başarısız olunması, çocuğun mutat ikametine dönüşünün sağlanmasında özenli davranılmaması ve iadeye ilişkin talep hakkında yürütülen yargılamanın gereğinden uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir (*Iglesias Gil ve A. U. I./İspanya*, B. No: 56673/00, 29/4/2003, §§ 56-63;*Sylvester/Avusturya*, B. No: 86/03, 24/4/2003, §§ 67-72; *Carlson/İsviçre*, B. No: 49492/06, 6/11/2008, §§ 70-82; *Serghides/Polonya*, B. No: 31515/04, 2/11/2010, §§ 72-75). Mahkemeye göre ebeveynin çocuk ile birlikte yaşamaya devam etmeleri, Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci paragrafı anlamında aile hayatının temel bir unsurunu oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi, ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep hakkının yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu hususstaki belirleyici nokta, uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıy-

la ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırma noktasında kendilerinden beklenilen bütün makul önlemlerin ulusal makamlarca alınıp alınmadığıdır. Bu alanda Sözleşme'nin 8. maddesinin Sözleşmeci Devletlere yüklediği pozitif yükümlülükler ise Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlanmaktadır (*Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, § 132).

53. Türk hukukunun da bir parçası hâline gelmiş olan Lahey Sözleşmesi'nin, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerin tespiti ve uygulanması noktasında yön verici hükümler içerdiği görülmektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 20 ve 41. maddelerinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı bağlamında devlete düşen pozitif yükümlülüklerin tespitinde, söz konusu Sözleşme hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir.

54. Lahey Sözleşmesi'nin amaçları, taraf devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya bu devletlerde yine kanuna aykırı şekilde alıkonulan çocukların derhâl iadelerini temin etmek ve taraf bir devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili biçimde riayet edilmesini sağlamaktır. Lahey Sözleşmesi kaçırılan veya kanuna aykırı şekilde alıkonulan çocuğun acilen mutat ikametgâhı olan ülkesine iadesini sağlayarak bu vakadan önceki mevcut durumu (status quo) yeniden tesis etmeyi amaçlamakta, bu bağlamda aile bağlarının sürdürülebilirliğine önemli katkı sunmaktadır. Lahey Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulabilmesi için çocuğun mutat meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması gerekmekte olup bununla kastedilen çocuğun fiilî yaşam merkezidir. Lahey Sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı bir yer değiştirme veya alıkoyma durumunun varlığının ve bir koruma hakkı ihlali bulunup bulunmadığının tespiti de mutat mesken hukukuna göre yapılmaktadır. Yani Lahey Sözleşmesi'nin öngördüğü güvencelerden yararlanılabilmesi için çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi, çocuğun mutat meskeni hukukuna göre hukuka aykırı addedilmelidir. Lahey Sözleşmesi'nde kastedilen mutat mesken, belirtilen yer değiştirme eyleminden hemen önce çocuğun fiilî yaşam merkezi konumunda olan yerdir. Bunun yanı sıra her bir hukuk sistemi koruma hakları bakımından farklı bir terminolojiye sahip olduğundan Lahey Sözleşmesi uygulaması açısından çocukların bakım ve gözetimlerine dair hakların nasıl adlandırıldıklarından ziyade belirtilen hakların hangi yetki ve görevleri kapsadığının nazara alınması gerekmektedir.

55. Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler ülke sınırları içinde, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en süratli usullere başvurmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir.

56. Lahey Sözleşmesi kapsamına giren bir talebin varlığı hâlinde Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesi uyarınca tüm taraf devletlerin adli ve idari makamlarının, çocuğun geri dönmesini temin etmek maksadıyla en kısa zamanda gerekli girişimlerde bulunma yükümlülükleri vardır. Esasen iade prosedürü için belirli süre sınırlamaları öngörülmesinin nedeni, çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu ülkedeki yaşam şartlarına alışmasının, bu suretle çocuk için yeni bir yaşam alanı ve mutat mesken oluşmasının ve velayet veya kişisel ilişki hakkı, hukuka aykırı olarak elinden alınan anne baba ile çocuk arasında sürdürülmesi gereken ilişkilerin zarar görmesinin engellenmesidir.

57. Lahey Sözleşmesi kapsamındaki bir iade talebinde, çocuğun bulunduğu yerin tespiti akabinde çocuğu yanında bulunduran ebeveynin dostane çözümü kabul etmemesi hâlinde Sözleşme'nin 7. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi uyarınca çocuğun iadesinin sağlanması için yargı yoluna başvurulmaktadır. Sözleşme'nin Türkiye uygulaması açısından iade talebinde bulunan kişi, kurum veya kuruluş adına tüm yasal işlemler, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülmektedir. Çocuğun iadesi davalarında görevli mahkeme, 5717 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca aile mahkemeleri, aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri olup yetki ise çocuğun bulunduğu tespit edilen yer mahkemesindedir.

58. Lahey Sözleşmesi kapsamında kural ivedi iade olmakla birlikte, zorunlu iade kararının bir dizi istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalar Sözleşme'nin 13. ve 20. maddelerinde yer almakta olup ilgili hükümlerin yargısal makamlara çocuğun iadesini reddetme yetkisi tanıdığı görülmektedir. Sözleşme'nin temel amacı, çocuğun mutat meskeni olan ülkesine iade edilmesini sağlayarak koruma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri nazara alınmak suretiyle mutat mesken yargı makamlarınca belirlenmesidir. Bununla birlikte yer değiştirmenin veya alıkoymanın geçerli sebeplerinin bulunabileceği veya iadenin çocuğa ciddi zararlar verebileceği durumların olabileceği gerçeği karşısında, belirtilen istisna hükümlerine yer verilmek suretiyle Sözleşme uygulamasında bazı güvence hükümlerine yer verilmek istenildiği anlaşılmaktadır.

59. Uygulamada yaygın olarak ortaya çıkan istisna, Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, ilgili yargısal makamlara, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağının veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespit edilmesi hâlinde iadeyi reddetme yetkisi vermektedir. Ancak ilgili hüküm, koruma hakkının esasını değerlendirmek için bir vasıta olarak kullanılamaz. Bunun yanı sıra belirtilen istisna, çocuğun üstün yararı kavramıyla eş değer olmayıp bu istisna hüküm, belirli

inanç ve düşünceler doğrultusundaki hassasiyetler ve farklılıkların bir iadeyi ret nedeni olarak algılamasını da içermemektedir. Önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durumun klasik görünümleri, çocuk istismarı (fiziksel ve/veya cinsel) ve aile içi şiddet iddialarını içeren vakalardır. Bu durumlarda iade talebi, önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durum gerekçesine istinaden reddedilebilmektedir (Bkz. *E. Pérez-Vera*, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, § 27-34, http://www.hcch.net/upload/expl28). Bu bağlamda Lahey Sözleşmesi'nin iadeyi sağlama amacı muhafaza edilirken aynı zamanda iade üzerine çocuğun güvenliğini sağlamak için güvenli iade kararlarının fonksiyonunun, titiz bir araştırma ve öngörülü bir uygulama gerektirdiği anlaşılmaktadır.

60. Lahey Sözleşmesi bir bütün olarak uluslararası çocuk kaçırma olgusunun tüm devletler tarafından reddi ve bu vakalarla uluslararası düzeyde mücadele etmenin en iyi yolunun, belirtilen vakalar sonucu oluşan mevcut durumlara yasal olarak tanıma şeklinde bir himaye sağlanmaması olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle Lahey Sözleşmesi'nin öncelikli hedefi olan iade amacı da nazara alınarak belirtilen istisna hükümleri ile çocuğun menfaatleri arasındaki hassas dengenin gözetilmesi noktasında azami özen gösterilmesi zaruridir. Bu dengenin kurulması, söz konusu vakalar özelinde devletin aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin icrası ile yakından ilgilidir.

61. Bu kapsamda, Lahey Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun iadesine ilişkin olarak verilen kararın, koruma hakkının esasını etkileyen bir karar olamayacağı, Sözleşme kapsamındaki iade taleplerinin, bir velayet/koruma hakkı davası olmadığı, iade kararının da koruma hakkı/velayet kararı olmayıp bu kararın yalnızca çocuğun, koruma ve ziyaret hakkının esasına ilişkin karar vermesi en uygun olan yargı alanına iadesini sağlamayı amaçladığı kabul edilmektedir. İade kararının, koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı, Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi 5171 sayılı Kanun'un 12. ile 15. maddelerinde de dile getirilmektedir. Bu bağlamda koruma hakkıyla ilgili uyuşmazlığın esasına dair ilave prosedür, çocuğun iadesini müteakip, mutat meskeni yetkili makamlarınca yerine getirilecektir. Zira mutat mesken, çocuğun yer değişikliğinden önce belirli bir süre yaşadığı ve bu kapsamda çocuk için en uygun koruma hakkı süjesinin belirlenmesi hususundaki delillerin birçoğunun bulunduğu yerdir.

62. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atıf yaptığı hâllerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun

Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir.

b. Müdahalenin Mevcudiyeti

63. Mevcut olayda başvurucunun çocuğunun ülkeden çıkarılmasının, babanın velayet ve bu kapsamda çocukla ilişki kurma hakkı üzerinde etkili olduğunda kuşku yoktur. Bu bağlamda somut başvuru açısından, çocuğun iadesi talebinin reddedilmesi suretiyle başvurucunun çocuğu ile ilişki kurma hakkı konusundaki kısıtlamanın, aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

64. Anayasa'nın 20. maddesinde bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri, işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

65. 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."*

66. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, § 35).

i. Kanunilik

67. Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında 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 temelinin mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki*, § 36).

68. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları kapsamındaki idari ve yargısal prosedüre ilişkin olarak Lahey Sözleşmesi'nin ve 5717 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir. Başvurucunun aile yaşamının uygulamada ve etkili bir şekilde korunmasını güvence altına alan yasal bir çerçevenin mevcut olduğu ve çocuğun iadesi isteminin reddine dair başvuruya konu uygulamanın, belirtilen hükümler temelinde yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Derece mahkemesi kararlarının Türkiye tarafından kabul edilmiş olan Lahey Sözleşmesi ve bu kapsamda yürürlüğe konulan 5717 sayılı Kanun'a dayandığı anlaşılmakla, çocuğun iadesi talebinin reddine dair karar, yeterli bir hukuki temele sahiptir.

ii. Meşru Amaç

69. Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasında devletin, çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilatı kuracağı; dördüncü fıkrasında ise her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirlerin öngörüleceği belirtilmiştir. Somut başvuru açısından çocuğun iadesi talebinin reddine ilişkin kararlarda, derece mahkemelerinin çocuğun sağlık ve güvenliğinin temini şeklinde meşru bir amaç izlediği, bu çerçevede başvuruya konu müdahalenin meşru temellere dayandığı anlaşılmaktadır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

70. Kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin, ihlal teşkil etmemesi için Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine uygun olması gerekir.

71. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin, hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil; koşulları, nedeni, yönte-

mi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 46).

72. 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 hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir. Aile hayatına saygı hakkı bağlamında da bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hâle getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermektedir (*Serap Tortuk*, § 47; AYM, E.2012/100, K.2013/84, K.T. 4/7/2013).

73. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında da göz önünde bulundurulmalıdır. Aile hayatına saygı hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırma ile ulaşılabilecek yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir. Bu noktada, belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapılıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil ettiği ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve özellikle velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda ebeveyn ve çocuğun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

74. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte, söz

konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunmaları gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 52).

75. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati; bir yandan, söz konusu ailenin sağlıksız olması durumu hariç, ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de geçerli olup Sözleşme, çocuğun geri döndürülmesi, çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır.

76. AİHM de somut olay benzeri vakalarda, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte, uyuşmazlığa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte ve bu bağlamda ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini ve kaçırılmış çocuğun iadesine ilişkin başvuru bağlamında çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, § 139).

77. Başvuruya konu yargısal uygulamanın yukarıda belirtilen meşru temellere dayandığı açık olmakla birlikte başvurucunun aile hayatına bir müdahale teşkil ettiği anlaşılan sınırlamanın, belirtilen hakkın özüne dokunarak onu anlamsız kılacak ölçüde olmaması gerekmektedir.

78. Kamusal makamların izlenen meşru amaçlar bağlamında bir hakkın sınırlandırılması sürecinde takdir yetkisi bulunmakla birlikte belirtilen takdir yetkisi, her bir vaka özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemekte ve özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda bu yükümlülüklerin türü ve kapsamı her bir olay özelinde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

79. Kamu makamları somut olay benzeri uyuşmazlıklarda, anne ve baba arasındaki iş birliğini kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlüdür. Çocu-

ğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasındaki dengenin kurulmasında ilgili kamu makamları belirli bir takdir alanına sahip olmakla birlikte burada önemli olan husus, ilgili makamların ailenin yeniden bütünleşmesini kolaylaştırmak için olayın özel şartlarının gerektirdiği her türlü tedbiri almış olup olmadıklarıdır.

80. Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsurdur. Bu bağlamda ilgili taraflarla doğrudan temas hâlinde olan yargısal organların, belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek uluslararası çocuk kaçırma vakalarına ilişkin iade taleplerinde iadenin gerekliliği hususunun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında, derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin görevi, somut olay açısından çocuğun ABD'ye iadesi hâlinde Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi anlamında ağır bir psikolojik zarara maruz kalma riski bulunup bulunmadığı konusunu inceleyen derece mahkemelerinin yerini almak değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin Lahey Sözleşmesi'nin hükümlerini yorumlayıp uygularken anne baba ile çocuğun ve kamunun menfaatleri arasında kurulması gereken dengeyi tespit etmek suretiyle Anayasa'nın 20. maddesindeki güvenceleri koruyup korumadıklarını belirleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle derece mahkemelerince varılan sonucun Anayasa'nın 20. maddesine uygun olup olmadığının yani çocuğun ABD'ye iade edilmemesi yönündeki kararın başvurucunun aile yaşamına saygı hakkına orantılı bir müdahale olup olmadığının karara bağlanması gerekmektedir.

81. Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen iadenin istisnası hükümleri kapsamında, iadeye ilişkin gerekliliğin belirlenmesinin yanı sıra bu tür olaylarda bir tedbirin yeterli olup olmadığı, tedbirin hızla uygulanmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Zira velayet ve kişisel ilişki tesisi hususundaki davalar, zamanın geçmesi çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyn ile arasındaki ilişkiler üzerinde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabileceğinden ivedi şekilde sonuçlandırılmalıdır. Lahey Sözleşmesi de bu kabul doğrultusunda hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan veya Sözleşmeci Devlette alıkonulan bir çocuğun hemen geri döndürülmesini sağlamak için bir dizi tedbir öngörmüştür. Aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki uyuşmazlıklarda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda, ilgili idari ve yargısal işlemlerin süratle yerine getirilmesi kadar, karar oluşturma sürecinin ilgili kişilerin görüşlerini tam olarak sunabildikleri adil bir süreç olmasının sağlanması da önemlidir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı hak-

kına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine, ilgili yargısal süreçlerin ivedi şekilde, tarafların katılımına açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle yürütülmesi şeklindeki usule ilişkin yükümlülüğün de eklenmesi gerekmektedir.

82. AİHM de ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklar açısından, söz konusu yargılamaların adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerini haiz olması ve ilgili ebeveyn ve çocuğu birleştirmek için uygun tedbirlerin alınması gereğini birlikte ele almakta ve söz konusu vakaların birçoğunda Sözleşme'nin 6. maddesi açısından ayrıca bir değerlendirme yapmamaktadır (*Amanalachioai/Romanya*, B. No:4023/04, 26/5/2002, § 63, *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 33).

83. Derece mahkemelerinin, söz konusu iade taleplerinin değerlendirilmesinde, aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Bu kapsamda özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında, derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 54).

84. Derece mahkemelerinin, takdirlerinin gerekçelerini, ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkanını da etkili şekilde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymaları ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırılması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Saviny/Ukrayna*, B. No: 39948/06, 18/12/2008, §§ 56-58; *Gluhakovic/Hırvatistan*, § 62).

85. Başvuru konusu yargısal sürecin değerlendirilmesinden, müşterek çocuğun mutat meskeni olan ABD'den annesi tarafından götürüldüğü ve geri dönmesine izin verilmediği iddiası ile başvurucu tarafından Lahey Sözleşmesi kapsamında iade talebinde bulunulduğu, ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından talebin, Lahey Sözleşmesi kapsamında Türk Merkezi Makamı konumunda olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne iletildiği, Genel Müdürlük tarafından 19/1/2012 tarihinde, çocuğun iade işlemlerinin başlatılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına bildirimde bulunulduğu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 11/6/2012 tarihli davaname ile Ankara 7. Aile Mahkemesinin E.2012/757 sayılı dosyası üzerinde iade davası açıldığı görülmektedir. Mahkemece 16/6/2012 tarihinde düzenlenen tensip zaptı sonrasında iki duruşma icra edilerek 1/10/2012 tarihin-

de uyuşmazlığın karara bağlandığı, ret gerekçesi olarak tarafların müşterek bir çocuklarının bulunduğu ve tarafların ABD'de yaşadıkları; davalı kadının, kız kardeşinin düğünü için müşterek çocuk ile birlikte Türkiye'ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde boşanma davası açtığı, söz konusu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verildiği ve başvurucu baba ile kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi yönünde tam bir vicdani kanaat oluştuğunun ifade edildiği, kararın temyiz ve karar düzeltme kanun yollarından geçerek 16/5/2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

86. Bu çerçevede, iade talebine ilişkin idari ve adli sürecin, talebin ABD merkezi makamına iletildiği 3/11/2011 tarihinden itibaren yaklaşık bir yıl altı aylık bir zaman diliminde tamamlandığı, yargılama sürecinin ise temyiz ve karar düzeltme aşamaları da dâhil bir yıldan az bir süreci kapsadığı anlaşılmaktadır. Başvurucunun iade sürecinin ivedi olarak yürütülmesi ile ilgili bir iddiası olmamakla beraber, söz konusu sürecin ivedi olarak tamamlanması noktasında ilgili kamu makamları tarafından gereken hassasiyetin gösterildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte başvurucu, yargılama sürecinde tarafların iddiaları ayrıntılı olarak incelenmeden, gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, taraflar dinlenilmeden karar verildiğini ve Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının katılımının da sağlanmadığını belirterek yargılamada usule ilişkin olanakların temin edilmediğini iddia etmektedir. İlgili yargılama evrakının incelenmesinden, başvurucunun çocuğun iadesi talebiyle açılan dava sürecine 20/7/2012 tarihli dilekçe ile katılma talebinde bulunduğu, akabinde 27/7/2012 tarihinde cevap dilekçesi ibraz ederek iddia ve savunmalarını yazılı olarak sunduğu ve delil olarak esasen Genel Müdürlük nezdinde yürütülen süreçte ibraz ettiği belgelere dayandığı, yargılama sürecinde 12/9/2012 tarihli celsede taraflara delillerini ibraz hususunda süre verildiği ancak takip eden celsede başvurucu vekili tarafından daha önce delillerini dosyaya ibraz etmiş olmaları nedeniyle ek delil sunmadıklarının ve aşamalardaki beyanlarını tekrar ettiklerinin belirtildiği görülmektedir. Başvurucu vekili tarafından cevap dilekçesi ekinde delil olarak bilirkişi deliline de dayanılmakla birlikte Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı; çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi gerektiği yönünde karar veren ilk derece mahkemesince bu kapsamda bilirkişi incelemesine başvurulmadığı anlaşılmaktadır. Başvurucu ayrıca Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının yargılama sürecine katılımının sağlanmamasının da usule ilişkin bir eksiklik olduğunu belirtmekle birlikte, söz konusu usul eksikliğinin yargılama süreci ve sonucu üzerindeki menfi etkisine

dair açıklamada bulunulmadığı gibi ilk derece mahkemesi kararının ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından usul ve esasa ilişkin yönlerden temyiz edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, derece mahkemelerinin, başvuranın bir avukatla kendini temsil ettirebildiği, delillerini sunabildiği ve karşı tarafın iddialarına itiraz edebildiği bir yargılama prosedürü neticesinde karar verdiği anlaşılmaktadır.

87. Bununla birlikte başvurucu, iade davasında Lahey Sözleşmesi'nin esasa ve usule dair hükümlerinin dikkate alınmadığını, derece mahkemelerinin karar gerekçelerinin Lahey Sözleşmesi'nde belirtilen prensiplere aykırı olduğunu ve bu kapsamda çocuğu ile kişisel ilişkisinin engellendiğini iddia etmektedir. İlk derece mahkemesi kararında, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı; çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi gerektiğinin belirtilmesine rağmen çocuğun Türkiye'de bulunmasının ilgili Sözleşme hükümleri uyarınca yasal olup olmadığı ve iade kararına temel alınacak olan mutat meskenin neresi olduğu ve nasıl tespit edildiği ile Sözleşme'nin 12. maddesindeki iade şartlarının hangi suretle gerçekleşmediği hususlarında hiçbir açıklamaya yer verilmediği görülmekte, Yargıtay onama ilamında ise ilk derece mahkemesince iadeden kaçınma koşullarının oluşmadığının ve Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin nazara alındığının anlaşıldığı ifade edilmektedir. İlgili Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz dilekçesinde, Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Kanun hükümlerinde mutat meskenin tespiti ve çocuğun mutat mesken ülkesine iadesinin öngörülmesine karşın davanın velayet hükümlerine göre çözümlenmesi yoluna gidildiği ve olayda uygulama yeri olmayan çocuğun küçüklüğü ve anneye ihtiyacı gibi öznel ölçütlere dayanılarak sonuca gidildiği tespitlerine yer verilmesine ve başvurucunun da aynı yöndeki itirazlarına rağmen derece mahkemelerince söz konusu istisna hükümleri ve somut olaya uygulanabilirlikleri hususunda bir inceleme yapılmadığı gibi bu hususta bir açıklamada da bulunulmadığı nazara alındığında karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, bu hakka orantılı bir müdahalede bulunulmadığı anlaşılmaktadır.

88. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamıştır.

89. Başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmış olup bu kapsamda yapılan tespitler çerçevesinde, başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde

tanımlanan hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

90. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

91. Adalet Bakanlığı görüşünde, ihlal sonuçlarının giderimine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

92. 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."

93. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla birlikte Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde açılan boşanma davası sonucunda velayet ve kişisel ilişki hakkının esasına dair kurulan hükmün derece mahkemelerinden geçerek 13/10/2014 tarihinde kesinleştiği, söz konusu hükümde başvurucu baba ile çocuk arasında çocuğun yaşına ilişkin dönemler de nazara alınmak suretiyle belirli periyotlar dâhilinde şahsi ilişki kurulmasına hükmedildiği, Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun velayetinin esasına ilişkin değerlendirmenin henüz yapılmadığı dönemde, kaçırma fiilinin mağduru olduğunu iddia eden anne veya baba ile müşterek çocuk arasındaki ilişkinin koparılmadan sürdürülmesine dair menfaati güvence altına almaya çalıştığı, bu kapsamda başvuru sürecinde kesinleştiği anlaşılan Mahkeme kararı ile velayet ve kişisel ilişkinin esasının karara bağlandığı, bu yönüyle yeniden yargılamaya hükmedilmesi suretiyle söz konusu ara dönemdeki ilişkilerin sürdürülmesi bağlamında zarara uğrayan menfaatin yeniden canlandırılmasının mümkün olmadığı; ayrıca davalı annenin vekili tarafından bireysel başvuru dosyasına ibraz edilen ve başvurucu tarafından Kaliforniya Yüksek Mahkemesinde açılan boşanma davasına ait olduğu belirtilen 11D010650 dava numaralı evrakta, yetkili olduğu kabul edilen Türk Mahkemelerince velayet ve ziyaret hakkına ilişkin uyuşmazlığın karara bağlanmış olması nedeniyle kendilerince karara bağlanacak meselenin sadece evlilik mallarının payla-

şımı olduğu yönündeki tespitler nazara alındığında, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmediğinden, başvurucunun yeniden yargılama yapılması yönündeki talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

94. Başvuruya konu ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında manevi tazminat uygun bir giderim aracı olmakla birlikte, başvurucu tarafından tazminat talebinde bulunulmadığından bu hususta karar verilmesine gerek görülmemiştir.

95. 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. Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,

2. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının **İ**HLAL EDİLDİĞİNE, Celal Mümtaz AKINCI'nın karşı oyu ve OY ÇOKLUĞUYLA,

B. Başvurucunun yeniden yargılama yapılması yönündeki talebinin REDDİNE, OY BİRLİĞİYLE,

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, 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, OY BİRLİĞİYLE,

E. Kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi açısından Ankara 7. Aile Mahkemesine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesine ve Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne gönderilmesine, OY BİRLİĞİYLE,

2/7/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY

Başvurucu, annesi Türk vatandaşı olan müşterek çocuğun mutat meskeni olan ABD'den Türkiye'ye götürüldüğü ve geri dönmesine izin verilmediği iddiası ile Lahey sözleşmesi kapsamında ABD Dışişleri Bakanlığına başvurmuş, bu Bakanlık da talebi Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne iletmiştir. Genel Müdürlüğün girişimleri sonucu Ankara C. Başsavcılığı davanamesi ile Ankara 7. Aile Mahkemesinde iade davası açılmıştır. Açılan bu dava, "tarafların ABD'de yaşadıkları müşterek bir çocuklarının olduğu, davalı kadının kız kardeşinin düğünü için çocuğuyla Türkiye'ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açtığı bu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verilerek, başvurucu ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesinin 12. maddesinde düzenlenen derhal iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hali gözetilerek talebin reddi gerektiği" gerekçesiyle reddedilmiştir.

Başvuru dosyası incelendiğinde, başvurucunun eşinin çocuğu ile birlikte kocasının rızası ile (bilgisi dahilinde) kız kardeşinin düğünü için Türkiye'ye geldiği ve Türkiye'de iken Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açtığı, bu sırada müşterek çocuğun velayetinin geçici olarak davacı anneye verildiği, dava sonunda da tarafların boşanmalarına ve çocuğun velayetinin de anneye bırakıldığı çocukla baba arasında da kişisel ilişki kurulmasına karar verildiği, kararın Yargıtay'ca da onandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda çocuğun babasının rızası dışında Türkiye'ye kaçırılmasından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Lahey Sözleşmesinin devreye girebilmesi için çocuğun ebeveynin rızası hilafına kaçırılmış ve alıkonulmuş olması gereklidir. Çocuk Türkiye'ye başvurucu babanın rızası çerçevesinde gelmiş ve geldikten sonra Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açılmış, dava aşamasında da o tarihte üç aylık olan çocuğun velayeti geçici olarak davacı anneye verilmiş, dava sonunda da çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması gözetilerek velayet anneye bırakılarak çocukla baba arasında kişisel ilişki kurulması kararı verilmiştir. Ortada fiilen ve hukuken bir çocuk kaçırma olmadığı için Lahey Sözleşmesinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Çocuk babanın rızası hilafına Türkiye'ye getirilmiş (kaçırılmış) olsaydı bu takdirde Lahey Sözleşmesi doğrudan devreye girecek ve sözleşme gereği çocuğun iadesi yönünde karar verilmesinin tartışılması gerekecekti. Ankara 9. Aile Mahkemesinin egemenlik hakkı çevresinde verdiği geçici ve daimi velayet kararları, Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesinin devreye girmesini ve uygulanmasını engellemiştir. Mahkeme bu hususa, *".Lahey Sözleşmesinin 12. maddesinde düzenlenen derhal iade koşullarının*

oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hali dikkate alınarak talebin reddi gerektiği." gerekçesiyle isabetli olarak kararında değinmiştir.

Sunulan nedenlerle, Lahey Sözleşmesi hükümleri de gözönünde bulundurulmak suretiyle esas yönünden yapılan inceleme sonucunda, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ATA TÜRKERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6057)

Karar Tarihi: 16/12/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 5/2/2016-29615

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	:	Şermin BİRTANE
Başvurucu	:	Ata TÜRKERİ
Vekili	:	Av. Mustafa BOZKURT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ahlaki durum nedeniyle Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ilişiğin kesilmesi ile ilgili işleme karşı açılan davanın reddedilmesi nedeniyle özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca 31/12/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 05/06/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlığın 10/7/2015 tarihli yazısında Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvuru hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

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, subay statüsünde görev yapmakta iken ahlaki düşüklük içinde olduğuna dair ihbar üzerine hakkında idari tahkikat başlatılmış,; bu tahkikat sonucunda sıralı sicil üstleri tarafından 3/10/2011 tarihinde, ahlaki durumu nedeniyle *"Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir."* ortak kanaatli sicil belgesi düzenlenerek hakkında ayırma işlemi süreci başlatılmıştır.

8. 27/12/1998 tarihli ve 23566 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Subay Sicil Yönetmeliği'nin 92. maddesi gereğince Hava Kuvvetleri Komutanlığı bünyesinde oluşturulan Komisyonda başvurucunun durumunun değerlendirildiği ve Komisyonun 10/10/2011 tarihli kararıyla 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 50. maddesinin (c) bendi ve Subay Sicil Yönetmeliği'nin 91. maddesinin (e) bendi gereğince sicil yolu ile Silahlı Kuvvetlerden ilişiğinin kesilmesinin önerildiği, bu önerinin 13/10/2011 tarihinde Hava Kuvvetleri Komutanı tarafından uygun bulunduğu ve 21/10/2011 tarihinde Genelkurmay Başkanı'nın tasvibine sunulduğu, Genelkurmay Başkanı tarafından da Hava Kuvvetleri Komutanlığı kararı doğrultusunda işlem yapılmasının uygun görüldüğü belirtilmiştir. Bundan sonra Millî Savunma Bakanlığınca hazırlanan 2011/879 sayılı üçlü kararnamenin Başbakanlığa ve ardından Cumhurbaşkanlığına sunulduğu, Cumhurbaşkanı tarafından 26/11/2011 tarihinde onaylanması ile tesis edilen ayırma işlemi nedeniyle 6/12/2011 tarihinde başvurucunun TSK ile ilişiğinin kesilerek hakkında emeklilik işlemi yapıldığı tespit edilmiştir.

9. Başvurucu, söz konusu işlemin iptali istemiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) Birinci Dairesinde dava açmıştır.

10. Yargılama sırasında davalı idarenin 29/3/2012 tarihli yazısının ekinde gönderilen savunmasında, 926 sayılı Kanun'un 50. maddesinin *"Disiplinsizlik ve ahlaki durum sebebiyle ayırma"* başlıklı (c) bendi uyarınca başvurucunun ilişiğinin kesildiği, 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 52. maddesi kapsamında gizli bilgi ve belge gönderildiği belirtilmiştir.

11. Başvurucu vekili 31/10/2012 tarihli dilekçesiyle anılan belgeleri inceleme talebinde bulunmuştur. AYİM Birinci Daire Başkanlığının 1/11/2012 tarihli kararıyla bu talep kabul edilmiştir.

12. AYİM Birinci Dairesi 12/2/2013 tarihli ve E.2011/204, K.2013/186 sayılı kararıyla davayı reddetmiştir. Karar gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Dava dosyasında bulunan bilgi ve belgeler ile özlük ve sicil dosyalarının incelenmesinden; 2001 yılı neşetli Hv. Svn. Yzb. sınıf ve rütbesinde bulunan davacının 2011 yılına kadar almış olduğu sicil notları ortalamasının mükemmele yakın 'çok iyi' düzeyde gerçekleştiği, hakkında verilmiş bir disiplin cezası ya da sicil üstlerince bildirilmiş herhangi bir menfi kanaat bulunmadığı, 24 adet takdir belgesinin mevcut olduğu; diğer taraftan davacı hakkında sıralı sicil üstleri tarafından 3/10/2011 tarihinde düzenlenen 'Silahlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir' ortak kanaatli ayırma sicil belgesi ile ayırma işlemi sürecinin başlatıldığı, Subay Sicil Yönetmeliğinin 92. maddesi gereğince Hava Kuvvetleri Komutanlığı bünyesinde oluşturulan komisyonda durumunun değerlendirildiği ve Komisyonun 10/10/2011 tarihli kararıyla 926 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (c) fıkrası, 5434 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (e) fıkrası ve Subay Sicil Yönetmeliğinin 91. maddesinin (e) fıkrası gereğince sicil yolu ile Silahlı Kuvvetlerden ilişiğinin kesilmesinin önerildiği, bu önerinin 13/10/2011 tarihinde Hava Kuvvetleri Komutanı tarafından uygun bulunduğu ve 21/10/2011 tarihinde Genelkurmay Başkanının tasvibine sunulduğu, Genelkurmay Başkanı tarafından da Hava Kuvvetleri Komutanlığı kararı doğrultusunda işlem yapılmasının uygun görüldüğü, böylece Milli Savunma Bakanlığınca hazırlanan 2011/879 sayılı üçlü kararnamenin Başbakanlığa ve oradan Cumhurbaşkanlığına sunulduğu, Cumhurbaşkanı tarafından 26/11/2011 tarihinde onaylanması ile tesis edilen ayırma işlemi nedeniyle 6/12/2011 tarihinde TSK ile ilişiğinin kesilmesi üzerine bahse konu ayırma işleminin iptali istemiyle..davanın açılmış olduğu anlaşılmıştır.

...

...ihbar üzerine yapılan idari tahkikata bağlı olarak davacı ile bir kısım personelin alınan ifadeleri ve davacının intranet e-postasının incelenmesi sonucunda, davacının .TSK'nın itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı hareketlerde bulunduğunun tespit edildiği, davacının açıklanan fiillerinin, genel ahlak anlayışı ile TSK'nın disiplin ve ahlak anlayışına ters düştüğü, bu itibarla davacının statüsü itibarıyla kamu görevlisi olma nitelik ve yeterliliğini yitirdiği, kamu hizmetinde istihdam edilmesinin kamu yararına açıkça aykırılık teşkil ettiği, sonuç olarak davacı hakkında .uyarınca tesis edilen ayırma işleminde takdir yetkisinin objektif ölçütlerle, hizmet gereklerine uygun, kamu yararı-birey yararı dengesi gözetilerek ve ölçülü bir şekilde kullanıldığı, dolayısıyla tesis edilen işlemde hukuka aykırı bir yön bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Diğer taraftan davacı vekilince, müvekkilinin Hava Kuvvetleri Komutanlığı İstihbarat Başkanlığınca Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine aykırı şekilde sorgusunun yapılmış olduğu ve bu şekilde alınmış ifadesinin, tesis edilen ayırma işlemine

esas alınamayacağı ileri sürülmüş ise de; davacının bahse konu 4/8/2011 tarihli ifadesinin bir suç isnadıyla ceza soruşturması/kovuşturması kapsamında değil, disiplin hukuku çerçevesinde değerlendirilmek üzere idari tahkikat kapsamında alınmış olduğu ve davacının bu şekilde tespit edilen ifadesi sırasında iradesinin fesada uğratıldığı, yanıltıldığı ya da ifadesinin hukuka aykırı şekilde, yasak yöntem ve usullerle alınmış olduğuna dair dosya kapsamında herhangi somut bir bilgi, belge ve kanıt bulunmadığı, bu itibarla davacının bahse konu ifadesinde beyan ettiği hususların maddi vakıa olarak kabulü ile disiplin hukuku kapsamında değerlendirilebileceği, keza davacının yukarıda açıklanan fiil ve hareketleri gerçekleştirmiş olduğunu beyan ederek ifadesini imzalamış olduğu göz önüne alındığında dava konusu işlemde bu yönüyle de hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır."

13. Bu karara karşı yapılan karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 25/6/2013 tarihli ve E.2013/723, K.2013/736 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

14. Anılan karar başvurucu vekiline 12/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiş ve 12/8/2013 tarihinde yapılan bireysel başvuruda süre aşımı olmadığı tespit edilmiştir.

15. Anayasa Mahkemesinin 15/10/2015 tarihli ara kararıyla yargılama dosyasına sunulmuş olan ve başvurucunun TSK'dan ilişiğinin kesilmesi işlemine dayanak oluşturan belgelerin gönderilmesi istenmiştir.

16. Hava Kuvvetleri Komutanlığının 5/11/2015 tarihli yazısında, idari işlemin dayanağını oluşturan belgelerin yürütülen idari tahkikat kapsamında temin edilen ifade tutanaklarından ibaret olduğu, bu belgelerin bazı bölümlerinin karartılması suretiyle sunulduğu belirtilmiştir.

17. Anılan belgelerin incelenmesinden Hava Kuvvetleri Komutanlığının kamuya açık iletişim adresi olan e-posta adresine 23/6/2011 tarihinde gönderilen isimsiz bir iletide, başvurucunun ahlaki durumuna ilişkin iddialar içeren ihbarın yapıldığı, 4/8/2011 tarihinde istihbarata karşı koyma hassasiyetleri çerçevesinde Hava Kuvvetleri Komutanlığı Ankara Karargahında başvurucunun ifadesinin alındığı, söz konusu ifade metninde hangi kapsamda başvurucunun ifadesine başvurulduğu hususunun belirtilmemiş olduğu anlaşılmıştır. Aynı şekilde söz konusu metnin "ifadeyi alan" kısmı karartılmış olduğundan ifadenin hangi birim tarafından alınmış olduğu anlaşılamamıştır. Anılan ifade metninde başvurucuya görüşmenin kendi rızasıyla sesli kayıt altına alınacağının bildirildiği, şimdiye kadarki görev aşamaları ve kimlerle ikamet ettiği, grup hâlinde cinsel ilişki yaşayıp yaşamadığı, yaşadı ise kimlerle, nerede ve ne zaman bu tür ilişkiler yaşadığı, eş cinsel şahıslarla ilişki kurup kurmadığı, mesaide bu konuları anlatıp anlatmadığı, uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığı, sağlık ve kozmetik ürünleri pazarlayan doğrudan satış

şirketlerinde yer alıp almadığı hususlarının sorulduğu görülmüştür. Başvurucunun anılan soruları yanıtladığı ve ifade metnini imzaladığı anlaşılmıştır. Soruşturma konusu olaylara ilişkin olarak başvurucu dışında iki subayın ifadelerinin alınmış olduğu, bu kişilerden başvurucu hakkında bildiklerini anlatmalarının istendiği görülmüştür.

B. İlgili Hukuk

18. 926 sayılı Kanun'un *"Çeşitli Nedenlerle Silahlı Kuvvetlerden Ayrılacak Subaylar Hakkında Yapılacak İşlem"* kenar başlıklı 50. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte olan (c) bendi şöyledir:

''Disiplinsizlik ve ahlaki durum sebebiyle ayırma: Disiplinsizlik veya ahlaki durumları sebebiyle Silahlı Kuvvetlerde kalmaları uygun görülmeyen subayların hizmet sürelerine bakılmaksızın haklarında T.C Emekli Sandığı Kanunu hükümleri uygulanır.

Bu sebeplerin neler olduğu ve bunlar hakkında sicil belgelerinin nasıl ve ne zaman tanzim edileceği, nerelere gönderileceği, inceleme ve sonuçlandırma ile gerekli diğer işlemlerin nasıl ve kimler tarafından yapılacağı subay sicil yönetmeliğinde gösterilir. Bu gibi subaylardan durumlarının Yüksek Askerî Şura tarafından incelenmesi Genelkurmay Başkanlığınca gerekli görülenlerin Silahlı Kuvvetlerden ayırma işlemi, Yüksek Askerî Şura kararı ile yapılır."

19. Subay Sicil Yönetmeliği'nin işlem tarihinde yürürlükte olan *"Disiplinsizlik veya Ahlaki Durum Nedeniyle Ayırma"* kenar başlıklı 91. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

''Aşağıdaki sebeplerden biri ile disiplinsizlik veya ahlaki durumları gereği Silahlı Kuvvetlerde kalmaları, bulunduğu rütbeye veya bir önceki rütbesine ait bir veya birkaç belge ile anlaşılıp uygun görülmeyenler hakkında, hizmet sürelerine bakılmaksızın emeklilik işlemi yapılır:

a) Disiplin bozucu hareketlerde bulunması, ikaz veya cezalara rağmen ıslah olmaması,

b) Hizmetin gerektirdiği şekilde tavır ve hareketlerini ikazlara rağmen düzenleyememesi,

c) Aşırı derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olması,

d) Nafaka, trafik kazası, doğal afet, personelin öngöremeyeceği şekilde ülke genelinde yaşanan olağanüstü ekonomik dalgalanmalar, ani devalüasyonlar, sağlık ve tedavi giderleri ile kefillik ve benzeri zorunluluk halleri hariç olmak üzere, Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını zedeleyecek şekilde aşırı derecede borçlanmaya düşkün olması ve bu borçlarını ödememeyi alışkanlık haline getirmesi,

e) Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde ahlak dışı hareketlerde bulunması...''

20. Subay Sicil Yönetmeliği'nin işlem tarihinde yürürlükte olan *"Disiplinsizlik veya ahlaki durum nedeniyle ayırma sicil belgesi düzenlenmesi ve uygulanacak usuller"* kenar başlıklı 92. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma iki şekilde yapılır,

a) Ayırma işleminin sıralı sicil üstlerince başlatılması:

Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle ayırma sicil belgesinin düzenlenmesinde; süre söz konusu olmayıp, her zaman düzenlenebilir. Temel nitelikler hariç olmak üzere diğer niteliklere işaret konulmaz.

Sicil üstleri, sicil belgelerinin temel nitelikler ve son bölümündeki kendilerine ait olan kanaat hanelerine bu Yönetmeliğin 91 inci maddesindeki disiplinsizlik ve ahlâkî durumlardan hangisine göre kesin kanaate vardıklarını belirttikten sonra "Silâhlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir" kanaatini yazarak imzalar ve gerekli belgeleri ekleyerek, bekletmeden sıralı sicil üstlerinin tümünün kanaatlerinin yazılmasını sağladıktan sonra Kuvvet Komutanlıkları Personel Başkanlıklarına, jandarma subaylarının sicillerini Jandarma Genel Komutanlığı Personel Başkanlığına, general ve amiral sicillerini Genelkurmay Personel Başkanlığına gönderirler.

Disiplinsizlik ve ahlâkî durum nedeniyle hakkında ayırma sicil belgesi düzenlenen bir subay hakkında bu görüşe katılmayan sicil üstü, niteliklere işaret koymaksızın sicil belgesinin kendisine ait olan kanaat hanesine, gerekçeli olarak "Silâhlı Kuvvetlerde Kalması Uygun Değildir Kanaatine Katılmıyorum" kanaatini yazar ve imza eder.

Kuvvet Komutanlıkları veya Jandarma Genel Komutanlığı Personel Başkanlığına gelen bu siciller, ilgili şubelerce karargâhta bulunan dosya ve diğer belgelerle karşılaştırılarak incelenir ve bunlar Kuvvet Komutanlığı veya Jandarma Genel Komutanlığı karargâhında; Kurmay Başkanının başkanlığında personel, istihbarat, harekât başkanları, personel ve tayin dairesi başkanları ve gerekli gördükleri şube müdürleri ile kıdem, personel yönetim şube müdürleri, adlî müşavir veya hukuk işleri müdürlerinden oluşan komisyona sevk edilir. Bu komisyon tarafından, düzenlenen sicilin Kanun ve Yönetmeliklere uygunluğu, ekli belgelerin yeterliliği ve geçerliliği yönünden incelendikten sonra bir değerlendirme yapılır. Gerekirse sicil üstlerinin şifahî veya yazılı görüşleri alınır; bilgi, belge isteğinde bulunulabilir.

Komisyon, yapmış olduğu inceleme ve değerlendirme sonucunda almış olduğu kararı, bir tutanak ile Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanının onayına sunar ve alınacak onaya göre işlem yapılır. Kuvvet Komutanı veya Jandarma

Genel Komutanı tarafından emekliliği uygun görülmeyenlerin sicilleri, mazbata edilerek şahsî dosyalarına konur ve bunların görev yerleri değiştirilir. Emekliliği, Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanı tarafından onaylanan personelin dosyaları, Genelkurmay Başkanlığına gönderilir. Genelkurmay Başkanlığına gelen bu emeklilik istemleri, personel başkanlığınca adlî müşavirlikle koordine edilerek, Yüksek Askeri Şûra kararına sunulup sunulmaması yönünden incelenir ve Genelkurmay Başkanının tasvibine sunulur. Genelkurmay Başkanı tarafından durumları Yüksek Askerî Şûrada görüşülmesi gerekli görülenlerin hakkındaki istemler, ilk Yüksek Askerî Şûra toplantısında gündeme alınarak, hakkında kesin karara varılır ve işlemleri tamamlanır. Genelkurmay Başkanının, durumlarını Yüksek Askerî Şûrada görüşülmesine gerek görmediği subayların dosyaları, Kuvvet Komutanlıkları ve Jandarma Genel Komutanlığına iade edilir. Bu gibi subaylar hakkında, Kuvvet Komutanı veya Jandarma Genel Komutanının daha önce verdiği karara göre işlem yapılır. Yüksek Askerî Şûra tarafından durumları incelenen subaylardan, göreve devam etmesi kararı verilenler hakkında yapılan işlemler ve sıralı sicil üstlerince düzenlenen sicil belgeleri, mazbata edilerek personelin şahsî dosyasına konur ve bu gibilerin görev yerleri değiştirilir.

..."

21. 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun *"Disiplin"* kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Disiplin: Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir.

Askerliğin temeli disiplindir.

Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır.

22. 211 sayılı Kanun'un 39. maddesi şöyledir:

"Silahlı Kuvvetlerde askeri eğitim ile beraber ahlak ve maneviyatın yükseltilmesine ve milli duyguların kuvvetlendirilmesine bilhassa itina olunur.

Cumhuriyete sadakat, vatanını sevmek, iyi ahlaklı olmak, üste itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe saymak, bütün silah arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her askerin esas vazifesidir."

23. 6/9/1961 tarihli ve 10899 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Yönetmeliği'nin 86. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

''Asker, kendisinden beklenen vazifeleri hakkıyla yapabilmek için yüksek ahlâk ve kuvvetli maneviyata sahip olmalıdır. Her askerde bulunması lâzımgelen ahlakî ve mânevi vasıflar şunlardır:

...

(h) İyi ahlâk sahibi olmak: Askerin ahlâkı ve yaşayışı kusursuz ve lekesiz olmalıdır. Asker, esrarkeşlikten, sarhoşluktan, yalancılıktan borçtan ve kumardan, dolandırıcılıktan, ahlâksız kimselerle düşüp kalkmaktan, hırsızlıktan, yağmadan, yakıp yıkmaktan ve sair bütün fenalıklardan sakınmalıdır. Bunlar vazifenin yapılmasına mâni olurlar, yaşayışı, sıhhati, azim ve cesareti bozar; namusu, lekeler, manevi şahsiyeti öldürür ve her biri ayrı ayrı cezaları üstüne çeker...''

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 16/12/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvurucunun 12/8/2013 tarihli ve 2013/6057 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu, Hava Kuvvetleri Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı tarafından mülakat adı altında tanıkmış gibi çağırılarak ve sonucunda herhangi bir disiplin cezası tehdidi olmayacağı temin edilerek manevi baskı altında ve yanıltıcı beyanlarla ifadesinin alındığını, bu ifadenin okunmadan imzalatıldığını, aldatma yöntemiyle özel hayatıyla ilgili bilgilerin en ince ayrıntısına kadar elde edilmeye çalışıldığını, sonrasında da hakkında ayırma işlemi tesis edildiğini, işlemde ölçülülük ilkesinin gözetilmediğini, ayırma işlemi tesis edilmeden önce savunmasının alınmadığını, bu durumda tesis edilen idari işlem ve AYİM kararı nedeniyle Anayasa'nın 10., 11., 13., 17., 20., 36., 38. ve 129. maddeleri ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

26. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının özü, özel hayatına ilişkin bazı bilgilerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesi ve bu bilgilere dayanılarak hakkında ayırma işlemi tesis edilmesi olup ihlal iddialarının niteliği gereği başvurunun, Anayasa'nın 20. maddesi ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. 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 Yönünden

28. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

29. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*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."

30. Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı düzenlenmiştir. Özel hayat geniş bir kavram olup bu kavramın kapsayıcı bir tanımının yapılması oldukça zordur. Bununla beraber bu kavram; kişinin maddi ve manevi bütünlüğü, fiziksel ve sosyal kimliği, bireyin ismi, cinsel yönelimi, cinsel ya-

şamı gibi unsurları korumaktadır. Kişisel bilgiler ve veriler, kişisel gelişim, aile hayatı vb. konular da bu hakkın içinde yer almaktadır.

31. "Özel hayat", "özel bir sosyal hayat" sürdürmeyi yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir "özel hayatı" güvence altına almaktadır. Bu yönü ile değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin "özel hayat" kavramı dışında tutulamayacağı belirtilmektedir. Mesleki hayata getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini yakınlarında bulunan insanlarla olan ilişkilerini geliştirme şeklinde yansıttığı ölçüsünde Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girebilmektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki insanların büyük çoğunluğu, dış dünya ile olan ilişkilerini geliştirme olanaklarını en çok mesleki hayatları çerçevesinde yürüttükleri faaliyet kapsamında elde etmektedir (*Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

32. Özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp bu hak bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin kendisine ilişkin herhangi bir bilginin; kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir (AYM, E. 2009/1, K. 2011/82, 18/5/2011; E. 1986/24, K. 1987/7, 31/3/1987; *Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 37).

33. AİHM, mesleki hayat çerçevesinde kişilerin; özel hayatı hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ek olarak kişilerin davranış ve tutumları gerekçe gösterilerek görevden alınmalarının özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğunu vurgulamaktadır *(Özpınar/Türkiye*, §47).

34. Somut başvuru açısından başvurucunun; askerlik görevinden sadece mesleki nedenlerle yürütülen bir disiplin soruşturması neticesinde çıkarılmamış olduğu, "disiplinsizlik ve ahlaki durum" sebebiyle TSK'dan ayırma işlemine tabi tutulduğu açıktır. Sicil yoluyla ayırma işlemine yol açan idari tahkikat sürecinden, TSK'dan ayırma kararından ve Derece Mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere başvuruya konu süreçte özellikle başvurucunun özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkileri belirleyici olmuştur. Bu şartlar altında özel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek verilen ayırma kararının, başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.

35. Anayasa'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı açısından bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan sınırları bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkündür. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

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. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler dikkate alınarak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğu için belirtilen düzenlemede yer alan -başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere- tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, § 35).

38. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütü Anayasa yargısında 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 temelinin mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki*, § 36).

39. Başvuruya konu disiplin uygulaması ve devam eden yargısal sürecin, 926 sayılı Kanun'un 50. maddesinin işlem tarihinde yürürlükte olan (c) fıkrası ile Subay Sicil Yönetmeliği'nin işlem tarihinde yürürlükte olan 91. ve 92. maddeleri uyarınca yürütüldüğü anlaşılmaktadır.

40. Disiplin yaptırımlarının bir kamu veya özel teşkilat düzenini devam ettirmek; onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, anılan teşkilatın onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildiği açıktır. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı; kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini

ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Disiplin cezaları kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır. 211 sayılı Kanun'un 13. maddesinde disiplin; kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca askerliğin temelinin disiplin olduğu vurgulanmış, disiplinin muhafazası ve idamesi için özel kanunlarla cezai ve idari tedbirlerin alınacağı düzenlenmiştir.

41. Anılan düzenlemeler, millî güvenliğin sağlanması meşru amacı kapsamında askerî disiplinin korunması ve kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak meşru amacını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda disiplin hukukuna ilişkin uygulamalar neticesinde, özellikle kamu görevlilerinin işlem ve eylem tarzlarıyla ilgili bazı sınırlamalar getirilmesi, belirtilen meşru temellere dayanmaktadır. Aynı şekilde askerî bir meslek seçerek belirli bir statüye girmeyi kabul eden kişilerin, sivillere getirilemeyecek bazı sınırlamaların askerî disiplin gereği kendilerine uygulanabileceğini baştan kabul ettiklerini söylemek de mümkündür (*Kalaç/Türkiye*, B. No: 20704/92, 1/7/1997, § 28).

42. Anayasa'nın 20. maddesinin amacı esas olarak bireylerin özel hayatlarına karşı devlet tarafından yapılabilecek keyfî müdahalelerin önlenmesidir. Devletin ayrıca özel ve aile hayatına saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük, bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından dahi özel ve aile hayatına saygı hakkının korunması için gerekli önlemlerin alınması ödevini de içermektedir (*X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

43. Özel hayatın gizliliği hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan ilkeler,özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasında da dikkate alınmalıdır. Buna göre demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilmeli, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir (*Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 73).

44. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle özel hayata saygı hakkı üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olmasını, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendisini göstermesini gerektirmektedir. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını

ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48).

45. Bu bağlamda özel hayata saygı hakkına yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni; müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan mahremiyet hakkını kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 54)

46. Personel rejimi gibi sıkı kural ve şartlara tabi bir alanda, kamu makamlarının faaliyetin niteliği ve sınırlamanın amacına göre değişen geniş bir takdir yetkisinin bulunması doğaldır. Bu kapsamda özel hayat kavramının salt mahremiyet alanına işaret etmeyip bireylerin özel bir sosyal hayat sürdürmelerini güvence altına almakta olduğu gerçeği karşısında, özellikle kamu görevlilerinin mesleki yaşamlarıyla da bütünleşen bazı özel hayat unsurları açısından sınırlamalara tabi tutulabilecekleri açıktır. Bununla birlikte bu kişilerin de diğer bireyler için öngörülen sınırlamalarda olduğu gibi asgari güvence ölçütlerinden istifade etmeleri gerekir (*Özpınar/Türkiye*, § 72).

47. Öte yandan mahremiyet alanına ait ya da bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğu zaman kamu makamlarının takdir yetkisi daha dardır. Bu bağlamda özel yaşamın gizliliği hakkının cinsellik ve mahremiyet hakkı gibi yönleri söz konusu olduğunda takdir yetkisinin daha dar tutulması gerekmekte olup bu alanlara yönelik müdahalelerin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için özellikle ciddi gerekçelerin varlığı şarttır (*Dudgeon/Birleşik Krallık*, B. No: 7525/76, 22/10/1981, § 52*; Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, B. No: 33985/96, 27/9/1999, § 89).

48. Son olarak AİHM kararlarına göre Sözleşme'nin 8. maddesi açıkça usul şartları içermemekle birlikte anılan maddeyle güvence altına alınan haklardan etkili bir şekilde yararlanılabilmesi için müdahaleyi doğuran karar alma sürecinin, bu maddeyle korunan hak ve özgürlüklere gerekli saygıyı sağlayacak nitelikte ve adil olması gerekir. Bu şekildeki bir süreç, başvurucunun 8. maddedeki haklarını -deliller ve kanıtlama konuları dâhil- adil şartlarda savunabileceği etkili usule ilişkin güvencelerden yararlandırılmasını gerektirir (*Ciubotaru/Moldova*, 27138/04, 27/4/2010, § 51; *T.P. ve K.M./Birleşik*

Krallık, B. No: 28945/95, 10/5/2001, § 72; *Blecic/Hırvatistan*; B. No: 59532/00, 29/7/2004, § 68).

49. Bu ilkeler ışığında başvuru konusu idari sürecin değerlendirilmesi sonucunda başvurucu hakkında bir kısım iddialar içeren isimsiz bir ihbarın alınması üzerine idari tahkikat başlatıldığı görülmüştür. Bu kapsamda Hava Kuvvetleri Komutanlığınca başvurucunun ve diğer bazı personelin ifadelerinin alındığı, başvurucunun cinsel hayatına dair hususların esas olarak başvurucunun 4/8/2011 tarihli ifadesinden öğrenilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu ifade metninde, başvurucu hakkında idari tahkikat başlatıldığının belirtilmediği gibi hangi kapsamda başvurucunun ifadesine başvurulduğu hususunun da belirtilmemiş olduğu ancak başvurucunun kendisine sorulan soruları yanıtladığı ve öğrencilik döneminden başlayarak cinsel hayatına ilişkin hususları içeren ifade metnini imzaladığı anlaşılmıştır.

50. Başvurucu, Hava Kuvvetleri Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı tarafından mülakat adı altında, tanıkmış gibi çağrılarak ve sonucunda herhangi bir disiplin cezası tehdidi olmayacağına güvence verilerek manevi baskı altında ve yanıltıcı beyanlarla ifadesinin alındığını, bu ifadenin okunmadan imzalatıldığını, aldatma yöntemiyle özel hayatıyla ilgili bilgilerin en ince ayrıntısına kadar elde edilmeye çalışıldığını, hakkında ayırma işlemi tesis edildiğini ileri sürmüştür.

51. AYİM Birinci Dairesinin 12/2/2013 tarihli ve E.2011/204, K.2013/186 sayılı kararında başvurucunun anılan iddiaları değerlendirilmiş; bahse konu 4/8/2011 tarihli ifadenin bir suç isnadıyla ceza soruşturması/kovuşturması kapsamında değil, disiplin hukuku çerçevesinde değerlendirilmek üzere idari tahkikat kapsamında alınmış olduğu ve davacının bu şekilde tespit edilen ifadesi sırasında iradesinin fesada uğratıldığı, yanıltıldığı ya da ifadesinin hukuka aykırı şekilde yasak yöntem ve usullerle alınmış olduğuna dair dosya kapsamında herhangi somut bir bilgi, belge ve kanıt bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

52. Somut olayda başvurucunun söz konusu ifadesinin, belirli ve somut filler belirtilmeden ve hangi hukuki işleme esas alınacağı konusunda bilgi verilmeden temin edilmiş olması anılan ifadeyi hukuki yönden şüpheli duruma getirmektedir. Derece mahkemesi kararında, başvurucunun belirtilen iddialarına rağmen anılan ifadenin alındığı koşulların detaylı şekilde incelenmediği, nasıl olup da başvurucunun özel hayatının en mahrem yönünü oluşturan cinsel hayatını öğrencilik yıllarından itibaren tüm detaylarıyla anlatmasının sağlandığı hususunun ortaya konulmadığı görülmektedir. Derece Mahkemesince söz konusu soyut nitelikteki ifadede belirtilen hususlar dayanak alınmak suretiyle TSK'dan ilişiğin kesilmesi işlemine karşı açılan davanın

reddedildiği anlaşılmıştır. Bu durumda muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen ve davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olduğu anlaşılan başvurucunun söz konusu ifadesinin alındığı koşullara yönelik iddialarına Derece Mahkemesince makul bir gerekçe ile yanıt verilmemesi nedeniyle Derece Mahkemesi kararının başvurucunun mahremiyet hakkına müdahaleyi haklı kılacak şekilde konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir.

53. Buna göre başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

54. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesini talep etmiştir.

55. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."

56. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiştir. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın AYİM Birinci Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

57. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın AYİM Birinci Dairesine gönderilmesine,

D. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

16/12/2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

HABERLEŞME HÜRRİYETİ (MD. 22)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET KORAY ERYAŞA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6693)

Karar Tarihi: 16/4/2015

R.G.Tarih- Sayı: 13/7/2015-29415

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
Raportör	:	Murat ŞEN
Başvurucu	:	Mehmet Koray ERYAŞA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, tutuklu olarak bulunduğu Askeri Cezaevinde, avukatı ve ailesi ile görüşmesinin kısıtlanması, izlenmesi ve savunma hazırlamak için gerekli olduğunu belirttiği internete erişiminin engellenmesi nedenleriyle adil yargılanma, özel hayata saygı hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüş, bu hususların düzenlendiği yönetmeliğin ilgili maddelerinin iptali ve tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 22/8/2013 tarihinde İstanbul 13. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Tespit edilen eksikliklerin verilen kesin sürede tamamlanmadığı gerekçesiyle Komisyonlar Başraportörünce30/1/2014 tarihinde bireysel başvurunun idari yönden reddine karar verilmiştir.

4. Başvurucunun idari ret kararına yaptığı itiraz İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 17/9/2014 tarihinde kabul edilerek başvurucunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından 30/10/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

6. Başvuru konusu olay ve olgular 30/10/2014 tarihinde Bakanlığa bildirilmiştir. Bakanlık, tanınan ek süre sonunda görüşünü 30/12/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Bakanlık görüşü, başvurucuya 17/1/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu görüşe karşı cevaplarını 27/1/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvuru formu ve ekleri ile Bakanlık görüşünde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (mülga) 147. maddesi uyarınca hükümeti cebren devirmek ve engellemek suçunu işlediği iddiası ile başvuru tarihinde hükmen tutuklu olarak 3. Kolordu Komutanlığı Özel Tip Askeri Ceza ve Tutukevinde bulunmaktadır.

10. Başvurucu, dilekçe ile 3. Kolordu Komutanlığından (Komutanlık) hakkında devam eden yargılamaya ilişkin olarak avukatı ile telefonla görüşme talebinde bulunmuştur. Talepte avukatın bürosunun İzmir'de olması nedeniyle cezaevine sürekli gelmesinin mümkün olmadığını ve bu sebeple avukatı ile telefonla görüşmesinin önemli olduğunu belirtmiştir.

11. Komutanlık cevabi yazısında adli müşavirliğin yaptığı incelemede şu hususları belirttiğini iletmiştir:

"Yapılan incelemede; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunda tutuklunun yakınları ile telefon görüşmesinin dinlenmesi ve kayıt altına alınması öngörülmüş iken avukat ile telefonla görüşme konusunda bir düzenleme yapılmaması kanun koyucunun burada bilerek suskun kalması olarak anlaşılmıştır. Avukat ile yapılacak görüşmelerin dinlenemeyeceği, kayıt altına alınamayacağı kuralı gereği tutuklunun avukatı ile telefonla görüşme yapma konusunda kanunda bir hak tanınmadığı görülmektedir.

Konu ile ilgili olarak Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üçüncü Daire Başkanlığının 27/1/2011 tarih ve E.2011/821, K.2011/472 sayılı kararında da belirtildiği gibi gerek Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetiminin ve Cezaların İnfazına Dair

Yönetmelikte, gerekse 5275 sayılı Kanun ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Tüzük hükümlerine göre tutuklunun avukatı ile telefonla görüşmesi konusunda bir düzenleme olmaması tutukluya böyle bir hakkın verilmemesi nedeniyle dilekçe sahibin avukatı ile telefon görüşmesi yaptırmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı mütalaa edilmektedir."

12. Başvurucu 30/1/2012 tarihli dilekçesi ile Komutanlıktan ziyaretçi kabulü haklarının kısıtlandığını ve görüş süresinin kaldırılarak tüm ziyaretlerin açık görüş şeklinde yapılmasını, ayrıca telefon görüşmelerindeki kişi, gün ve zaman sınırlamasının kaldırılmasını ve internet erişiminde sınırlamanın kaldırılarak savunma hazırlama imkanının sağlanmasını talep etmiştir.

13. Anılan talep, İnfaz Subaylığınca, Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetiminin ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelik'in (Yönetmelik) 70. maddesi uyarınca reddedilmiştir.

14. Başvurucu, 31/8/2012 tarihli dilekçesi ile hakkında devam eden yargılama ve bir gazetedeki habere ilişkin olarak avukatı ile telefonla görüşme talebinde bulunmuştur. Bu talep de Yönetmelik'in 66/A maddesi gereğince İnfaz Subaylığı tarafından reddedilmiştir.

15. Taleplerin reddedilmesi üzerine başvurucu, Komutanlık ve İnfaz Subaylığının ret kararlarının ve anılan Yönetmeliğin 66/A, 70 ve 70/A maddelerinin iptali istemiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesine dava açmıştır.

16. Mahkeme, 11/7/2013 tarihli ve E.2013/177, K.2013/1006 sayılı kararı ile iptal isteminin reddine karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"... 5275 sayılı Kanunun 59'uncu maddesinde hükümlünün avukat ile görüşmesinin ne şekilde olacağı, 66'ıncı maddesinde telefonla görüşme hakkının neleri kapsayacağı, 83'üncü maddesinde hükümlüyü ziyaret esasları belirlenmiştir. 5275 sayılı Kanunun 114'üncü maddesinde tutuklunun hakları sayılmış, 116'ncı maddesinde tutukluluk hali ile uzlaşır nitelikte olanların tutuklular için de uygulanabileceği belirtilmiştir. 5275 sayılı Kanunun 59'uncu maddesinde avukat ile görüşme hakkı verilmiş, bu maddede avukat ile telefonla görüşme hakkından bahsedilmemiş, telefon hakkının düzenlendiği 66'ncı maddede avukat ile görüşme düzenlenmemiştir. Telefon görüşmesinin gün ve saatleri kurumda bulunan telefon adedi ve başvuru sırası, kurumun güvenliği dikkate alınarak idare tarafından belirlenmesine izin verilmiştir. Tutuklunun avukat ile yüz yüze görüşmesine hiçbir kısıtlama getirilemez. Tutuklu avukatı ile her zaman görüşebilir. Avukat ile telefonla görüşme dışında haberleşmesine engel bir durum bulunmamakta olup, bu hususta kısıtlama getirilemez. Tutuklu savunmasını hazırlayabilmesi amacıyla

avukat ile yüz yüze görüşme için avukatına haber verilmesini cezaevi yönetiminden isteyebilir. Yönetim tarafından bu talebin de yerine getirilmesi gerekir. Davacı avukatı ile dilediği vakit herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın telefonla haberleşmeye izin verilmesini talep etmektedir. Avukatla olan görüşmeler dinlenemez ve kayıt altına alınamaz, savunma kapsamında avukatla görüşmeye kısıtlama da konulamaz. Bu nedenle kanun koyucu tarafından avukatla görüşme düzenlenmemiştir. Kanunun vermediği bir yetkinin idari düzenlemede yer almaması hukuka uygundur. 5275 sayılı Kanunun 83'üncü maddesine üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarının ziyareti, akraba dışında en fazla üç kişinin ziyaret edebileceği konusunda hüküm konulmuştur. Ayrıca, hükümlünün internet olanaklarından yararlanma esasları 5275 sayılı Kanunun 67/3'üncü maddesinde belirlenerek, eğitim ve iyileştirme programları gerekli kıldığı takdirde denetim altında internetten yararlanabileceği öngörülmüş olup, bu maddede, eğitim ve iyileştirme programları haricinde internetten yararlanılabileceğine dair bir düzenleme yoktur. 5275 sayılı Kanundaki benzer düzenlemelere Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzükte de yer verilmiştir. Tüm kısıtlamalar sınırlamalar kanunla getirilmiştir. Bu itibarla, Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetiminin ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmeliğin iptali talep edilen düzenlemelerinin üst normlara aykırı görülmediği gibi, telefon ve ziyaretçi görüşmeleri ile internet kullanımına getirilen kısıtlamaların hukuka aykırı bir yönü görülmemiştir."

17. Karar, başvurucuya 26/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu, 22/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

19. Bakanlık, başvurucunun hükmen tutuklu olarak bulunduğu dosyaya ilişkin olarak yaptığı bireysel başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesinin 18/6/2014 tarihli ve 2013/7800 başvuru numaralı kararı ile Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ve ihlalin ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verildiğini belirtmiştir. Bunun üzerine başvurucuyu yargılayan İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesi, 19/6/2014 tarihli ve E.2010/427, K.2012/427 sayılı ek kararı uyarınca başvurucunun tutuklu olarak yargılandığı ve nihayete eren yargılamanın yenilenmesine karar vermiştir. Bu çerçevede başvurucu hakkındaki hükmün infazı durdurulmuş ve başvurucu serbest bırakılmıştır.

B. İlgili Hukuk

20. 14/6/1930 tarihli ve 1721 sayılı Hapishane ve Tevkifhanelerin İdaresi Hakkında Kanun'un 2. maddesi şöyledir:

"...

E) Ceza evinin emniyeti bakımından mahkumlara ait mektupların ve kendilerini ziyarete gelenlerle konuşmalarının ve hariçle muhaberelerinin ne suretle tanzim ve kontrol edileceği,

. hakkında bir nizamname tanzim olunur.

..."

21. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 66. maddesi şöyledir:

"(1) Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir.

2) Açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde hükümlüler, ücretli telefonlarla serbestçe görüşme yapabilirler.

(3) Açık ve kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler altsoy, üstsoy, eş ve kardeşlerinin ölüm, ağır hastalık veya doğal afet hâllerinde, kuruma ait telefon ve faks cihazından derhâl yararlandırılırlar. Görüşmeler, tutanak ile belgelenir ve tutanaklar özel bir dosyada saklanır.

(4) Hükümlüler açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında, çocuk eğitimevlerinde araç telefonu, telsiz telefon veya cep telefonu ve benzeri iletişim araçlarını bulunduramaz ve kullanamazlar."

22. 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesi şöyledir:

"(1) Hükümlü, bu maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir.

(2) Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir.

(3) Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.

(4) Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir."

23. 5275 sayılı Kanun'un 114. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"...

(2) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde tutuklular, kurumun bu hususstaki genel düzenine uymak suretiyle ziyaretçi kabul edebilirler. Ancak soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme, soruşturmanın veya davanın selameti bakımından tutuklunun ziyaretçi kabulünü yasaklayabilir veya bu hususta kısıtlamalar koyabilir.

(3) Tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir.

...

(5) Tutuklunun müdafii ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamaz ve kısıtlamalar konulamaz.

(6) Özel kanunda yer alan hükümler saklıdır."

24. 5275 sayılı Kanun'un 115. maddesi şöyledir:

"(1) Tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklulara soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince aşağıdaki tedbirler uygulanabilir:

....

b) Belirli süre ile dışarıyla ilişkisinin, ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmelerinin kısıtlanması.

..."

25. 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Bu Kanunun; . konularında 9, 16, 21, 22, 26 ilâ 28, 34 ilâ 53, 55 ilâ 62, 66 ilâ 76, ve 78 ila 88 inci maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir."

26. 25/10/1963 tarih ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 244. maddesinin birinci ve son fıkraları şöyledir:

"Askerî mahkemelerce verilen ceza hükümleri, kesinleşmedikçe yerine getirilmez. Bu Kanunda ve Askerî Ceza Kanununda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde cezalar ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesinde, 13/12/2004 tarihli

ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun ilgili hükümleri uygulanır.

...

Cezaların askeri ceza ve tutukevlerinde ne suretle infaz edileceği Milli Savunma Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikte gösterilir."

27. Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelik'in (Yönetmelik) ilgili maddeleri şöyledir:

"Haberleşmenin Kontrolü:

Madde 66 - Tüm hükümlü ve tutuklulara gelen ve bunlar tarafından gönderilen mektuplar askeri ceza ve tutukevi müdürlüğünce incelenir.

Hükümlü ve tutuklu tarafından yazılan mektuplar, zarfı kapatılmaksızın askeri ceza ve tutukevi müdürlüğüne teslim edilir. Gönderilmesinde sakınca görülmeyen mektupların zarfları askeri ceza ve tutukevi müdürlüğünce kapatılarak postaneye verilir.

Hükümlü ve tutuklulara gönderilen ve açılıp incelendikten sonra sahiplerine verilmesinde sakınca olmadığı anlaşılan mektuplar "GÖRÜLDÜ" kaydı konulduktan sonra sahiplerine verilir.

Askeri ceza ve tutukevinde bulunan tüm hükümlü ve tutukluların göndereceki mektuplar er mektubu gibi işlem görürler.

(Değişik Beşinci Fıkra:22.11.2010 tarihli Askerî Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6.Maddesi) Mektup haricindeki haberleşme vasıtalarından nasıl istifade edileceği hususu askeri ceza ve tutukevi müdürlüğünce hazırlanacak bir talimat ile düzenlenir. Ancak cep telefonu, telsiz, bilgisayar ve bunun gibi aletler ile gerçekleştirilebilen haberleşmeler yasaktır.

(Ek Altıncı Fıkra:22.11.2010 tarihli Askerî Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 6.Maddesi) Ücreti tutuklu ve hükümlü tarafından ödenmek şartıyla PTT aracılığıyla faks ve telgraf ile de haberleşme yapılabilir. Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar, kurumun en üst amirince denetlenir.

Telefonla görüşme

Madde 66/A- Askerî ceza ve tutukevinde bulunan hükümlü ve tutuklular, belgelendirmeleri koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilir.

...

Hükümlü ve tutukluların, bu maddede belirtilen yakınları ile yaptığı telefon görüşmeleri, askerî ceza ve tutukevi müdürünün bu işe görevlendirdiği görevli tarafından dinlenir ve mümkünse elektronik aletler ile kayda alınır.

Hükümlü ve Tutukluları Ziyaret

Madde 70- Hükümlü ve tutuklular askerî ceza ve tutukevi müdürlüğünce saptanan esaslar çerçevesinde ziyaret edilebilir. Ziyaret haftada bir kez olacak şekilde, üçü kapalı biri açık görüş olmak üzere ayda dört kez yapılır.

Askerî ceza ve tutukevinin kapısında hükümlüleri ziyaret günleri ile saatlerini ve ziyaretçilerin uyması gereken kuralları gösterir bir levha, ziyaretçiler tarafından görülebilecek bir yere asılır. Askerî ceza ve tutukevinde ciddi bir tehlike teşkil eden veya kaçma şüphesi bulunan ve gruplar meydana getirmeye mütemayil olan hükümlü ve tutukluların ziyaretlerinin askerî ceza ve tutukevi müdürü tarafından diğerlerinden ayrı bir gün veya zamana alınması mümkündür.

Ziyaret gün ve saatleri askerî ceza ve tutukevi müdürü tarafından planlanır ve teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya kurum amirinin onayı ile uygulanır. Görüş süresi, yarım saatten az, bir saatten fazla olacak şekilde belirlenemez. Görüş süresi, görüşmenin fiilen başladığı andan itibaren işletilir.

...

Avukat ve noterle görüşme

Madde 70/A- Tutuklu, vekâletname aranmaksızın müdafi ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duymayacağı, ancak; görüşmenin görevlilerce izlenebileceği bir ortamda, açık görüş usulüne tabi olarak görüşür. Bu kişilerin müdafi ile yazışmaları denetime tabi tutulmaz. Soruşturma evresinde, aynı anda en fazla üç avukat tutuklu ile görüşebilir

Hükümlü ile avukatı, meslek kimliğinin ibrazı üzerine, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, bu iş için ayrılan görüşme yerlerinde, konuşulanların duyulamayacağı, ancak; güvenlik nedeniyle görülebileceği bir biçimde, açık görüş usulüne uygun olarak görüştürülür.

Avukatların savunmaya ilişkin belgeleri, dosyaları ve müvekkilleri ile yaptıkları konuşmaların kayıtları incelemeye tâbi tutulamaz. Ancak, 5237 sayılı Kanunun 220'nci maddesinde, ikinci kitap dördüncü kısım dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçlardan mahkûm olan hükümlülerin avukatları ile ilişkisi; konusu suç teşkil eden fiilleri işlediğine, askerî ceza ve tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşürdüğüne, terör örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı ha-

berleşmelerine aracılık ettiğine ilişkin bulgu veya belge elde edilmesi hâlinde, askerî savcının istemi ve askerî mahkemenin hakim sınıfından bir üyesinin vereceği kararla, bir görevli görüşmede hazır bulundurulabileceği gibi bu kişilerin avukatlarına verdiği veya avukatlarınca bu kişilere verilen belgeler askerî mahkemece incelenebilir. Askerî mahkeme belgenin kısmen veya tamamen verilmesine veya verilmemesine karar verir.

Hükümlü, vekâletnamesi olmayan avukatlarıyla, avukatlık mesleğinin icrası çerçevesinde en çok üç kez görüşme hakkına sahiptir.

Hükümlü ve tutuklular, meslek kimliğinin ibrazı ve göreviyle ilgili olmak koşuluyla, noterle, tatil günleri dışında ve çalışma saatleri içinde, idarenin gözetiminde açık görüş usulü çerçevesinde görüşebilir."

Uluslararası Belgeler

28. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararlarında hükümlü ve tutukluların avukatları ve dış dünya ile ilişkilerine dair kısmı şöyledir:

"Hukuki Danışmanlık

23.1. Bütün mahpuslara hukuki danışmanlık alma hakkı tanınır. Cezaevi yetkilileri onlara bu hakkı kullanmalarında makul kolaylıklar sağlamalıdır.

23.2. Mahpuslar herhangi bir hukuki mesele hakkında kendi seçtikleri ve ücretini ödedikleri bir hukuki danışmana başvurabilirler.

23.3. Kabul edilmiş ve ücretsiz bir hukuki yardım uygulaması olması halinde, yetkililer bunu tüm mahpusların dikkatine sunmalıdır.

23.4. Mahpuslar ve hukuki danışmanları arasında hukuki konularda yapılan görüşmeler, yazışmalar ve diğer iletişimler gizli tutulmalıdır.

23.5. Ciddi bir suçun işlenmesinin önlenmesi ya da cezaevi emniyet ve güvenliğinin esaslı bir biçimde ihlal edilmesinin engellenmesi için, adli bir merci tarafından istisnai hallerde bu gizliliğe kısıtlamalar getirilebilir.

23.6. Mahpuslar, mahkeme işlemleri ile ilgili belgelere ulaşabilmeli veya bunları yanlarında bulundurmalarına izin verilmelidir.

Dış Dünya ile İlişki

24.1. Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir.

24.2 Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.

24.3. Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,

24.4. Ziyaretler için yapılan düzenlemeler, mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olmalıdır.

24.5. Cezaevi yetkilileri, dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdırlar.

..."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 16/4/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 22/8/2013 tarih ve 2013/6693 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

30. Başvurucu, başvuru tarihinde Yargıtay'da temyiz incelemesinde olan yargılama kapsamında Askeri Cezaevinde hükmen tutuklu olduğunu, savunması ve hakkında çıkan bir gazete haberini internet üzerinden takip etmek ve bunlara ilişkin olarak avukatı ile telefonla görüşme taleplerinin İnfaz Yönetmeliğinde bir düzenleme olmaması nedeniyle reddedildiğini, diğer taraftan 5275 sayılı Kanun'da ve İnfaz Yönetmeliğinde tutukluların cezaevindeki durumları için yapılan farklı düzenlemelere rağmen kendisinin istediği zaman ailesi ve diğer kişiler ile açık olarak veya telefonla görüşmesinin kısıtlandığını, telefon ile diğer haberleşme imkânlarının ise kayda alınarak veya takip edilerek gizliliğinin sağlanmadığını ayrıca internet erişimine izin verilmemesi nedeniyle hakkında yapılan yayınları takip edemediğini ve savunmasını hazırlamak için ihtiyaç duyduğu bilgilere ulaşamadığını, bu tür kısıtlamaların bir kanun ve Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme kararı olmamasına rağmen uygulandığını belirterek Anayasa'nın 13., 19., 20., 22., 36. ve 41. maddelerinde düzenlenen temel haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, Yönetmelik'in ilgili maddelerinin iptali ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

31. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvurucu, Anayasa'nın 13., 19., 20., 22., 36. ve 41. maddelerinde düzenlenen temel haklarının ihlal edildiğini iddia etmiş ise de gerekçeleri aşağıda belirtildiği üzere başvuru aile hayatına ve özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyeti çerçevesinde incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Haberleşme Hürriyetinin İhlal Edildiği İddiaları

32. Başvurucu, başvuru tarihinde Yargıtay'da temyiz incelemesinde olan yargılama kapsamında askeri cezaevinde hükmen tutuklu olduğunu, savunmasını hazırlamak ve hakkında çıkan bir gazete haberini internet üzerinden takip etmek ve bunlar hakkında avukatı ile telefonla görüşme hususundaki taleplerinin İnfaz Yönetmeliğinde bir düzenleme olmaması nedeniyle reddedildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bunun yanı sıra başvurucu, ailesi ve diğer kişiler ile haberleşmesinin kayda alınarak veya denetlenerek gizliliğinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

33. Bakanlık görüş yazısında, başvurucunun, savunmasını hazırlamak için avukatı ile telefonla görüşme ve internete ulaşma iddialarına ilişkin olarak başvurucu hakkında halen yargılamaların devam ettiğini, bu sebeple başvuru yollarının tüketilmediğini belirtmiştir. Bunun dışında haberleşme hürriyetine yönelik başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Bakanlık somut olay ve olgular bakımından Milli Savunma Bakanlığından görüş alınmasının uygun olacağını ifade etmiştir.

34. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında, somut olarak tutukluluğuna esas hakkındaki yargılama dosyası temelinde bir başvurusunun olmadığını belirterek genel olarak tutukluların avukatıyla haberleşmesinin engellenmesinin adil yargılanma hakkını ihlal etmesi nedeniyle başvuruda bulunduğunu belirtmiştir. Ailesi ve diğer kişilerle iletişiminin izlenmesine ilişkin olarak, başvuru formunda belirttiği hususları tekrar etmiştir.

35. Başvurucunun müdafi ile telefonla görüşememesine yönelik iddialarının, başvuru tarihinde tutukluluğuna esas yargılamaya dair savunmasını hazırlamaya yönelik olmadığı açıktır. Hükmen tutuklu olan başvurucu, genel olarak avukatı ile telefonla görüşmesinin engellenmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Devam etmekte olan bir yargılamaya dair savunma hazırlamak için yeterli kolaylık sağlama ve müdafi yardımından yararlanma hususlarının adil yargılanma hakkı kapsamında kaldığı hu-

susunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesinin yargılamanın yenilenmesi kararı ile başvurucu hakkındaki yargılamanın halen devam ettiği ve başvurucunun iddialarının Mahkemede değerlendirilme imkanının olduğu gözetilerek, başvurunun adil yargılanma hakkı çerçevesinde ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir (Yargılamanın yenilenmesi kararı üzerine tekrar yargılamaya başlanılmasının etkili bir başvuru yolu olduğuna dair bkz. *Aziz Yıldırım*, B. No: 2014/1957, 23/7/2014, § 57).Başvurucunun savunmasını hazırlamak için internet ortamından yararlanamadığına yönelik iddiaları da anılan çerçevede adil yargılanma hakkı kapsamında kaldığı değerlendirilerek incelenmemiştir.

36. Başvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvurucunun iddialarının özü, avukatı ile telefonla görüşmesinin engellenerek haberleşmesinin kısıtlandığına, ailesi ve diğer kişilerle iletişiminin denetlenmesine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvurucunun avukatı ile telefonla görüşmesinin engellendiğine dair iddiaları ile ailesi ve diğer kişilerle haberleşmesinin gizliliğinin ihlal edildiği iddiaları Anayasa'nın 22. maddesinde tanımlanan haberleşme hürriyeti çerçevesinde değerlendirilmiştir.

37. Bakanlığın Milli Savunma Bakanlığından görüş istenmesi önerisi ise olay ve olgulara yönelik mevcut dosya kapsamından başka ek veya farklı bilgi ve belgeye ihtiyaç duyulmadığı gözetilerek yerinde görülmemiştir.

38. Başvurucunun hükmen tutukluyken avukatı ile telefonla görüşememesi ile ailesi ve diğer kişilerle haberleşmesinin izlenmesi nedeniyle Anayasa'nın 22. maddesinde tanımlanan haberleşme hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurusu, açıkça dayanaktan yoksun olmadığından ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmediğinden, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiği İddiaları

39. Başvurucu, 5275 sayılı Kanun'da ve Yönetmelik'te tutukluların cezaevindeki durumları için yapılan farklı düzenlemeler nedeniyle yasal dayanak olmamasına ve Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme kararına dayanmamasına rağmen kendisinin istediği zaman ziyaretçileri ve ailesi ile telefonla ve kapalı veya açık olarak görüşmesinin kısıtlandığını ve dışarıdan telefon ile aranmasının engellendiğini ileri sürmüştür.

40. Bakanlık görüşünde başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Öte yandan Bakanlık başvurucunun ailesiyle telefonla veya açık görüştürülmediği ya da görüşmesinin kısıtlandığı iddia-

larına ilişkin olarak Milli Savunma Bakanlığından görüş alınmasının uygun olacağını değerlendirmiştir.

41. Başvurucunun iddialarının genel olarak ailesi ve diğer yakınları ile görüşmesinin kısıtlanmasına ve izlenmesine ilişkin olduğundan ve başvurucunun, ailesi ve diğer yakınları ile görüşmesinde mevzuat hükümlerinin uygulanması dışında farklı herhangi bir uygulamadan bahsetmediğinden ayrıca Milli Savunma Bakanlığından bilgi ve belge istenmesi gerekli görülmemiştir.

42. Başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde tanımlanan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurusu açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmediğinden, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Haberleşme Hürriyetinin İhlali İddiaları

43. Başvurucu, 5275 sayılı Kanun'un 114. maddesinin (3) numaralı fıkrasında tutukluların yazılı haberleşmeler ile telefonla görüşmelerinin Cumhuriyet savcısı veya hâkim ya da mahkeme tarafından kısıtlanacağının hüküm altına alındığını ve aynı maddenin (5) numaralı fıkrası gereğince tutuklunun müdafi ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde görüşmesine engel olunamayacağının esas olduğunu belirterek, avukatı ile telefonla görüşmesinin engellenmesinin yasal bir dayanağı olmadığını ileri sürmüştür. Bununla birlikte başvurucu, telefon ve posta ile haberleşmesinde yasal dayanak olmamasına ve Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından verilmiş tutukluluk amacına uygun kısıtlama kararı bulunmamasına rağmen postaların okunmasının, telefon konuşmalarının kayda alınmasının ve dinlenmesinin haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

44. Bakanlık görüşünde, başvurucunun avukatı ile görüşememesini adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları ve adil yargılanma hakkı temelinde yapılan değerlendirmede savunmanın hazırlanması için yeterli kolaylıklar sağlanması gerektiği vurgulanarak, avukata erişim hakkının öneminden bahsedilmiştir. Öte yandan özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğine ilişkin yaptığı değerlendirmede, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesinin haberleşmeye saygı hakkını kapsadığını belirtmiş, ancak genel olarak başvurucunun ailesi ve diğer yakınları ile görüşme yapamaması iddialarını değerlendirmiştir. Bakanlık ayrıca, haberleşmenin denetlenmesine ve izlenmesine dair herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

45. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı verdiği beyanda, Bakanlığın iddialarını yanlış anladığını şikâyetinin genel olarak tutukluların avukatıyla haberleşmesinin engellenmesine ilişkin olduğunu belirtmiştir.

46. Sözleşme'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahaleler dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz."

47. AİHM, haberleşme hürriyetine ilişkin şikâyetleri Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde incelemektedir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesine karşılık Anayasa'da tek bir madde bulunmamaktadır. Başvurucunun iddialarına esas olan haberleşme hürriyeti Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir.

48. Anayasa'nın "*Haberleşme hürriyeti*" kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

49. Anayasa'nın 22. maddesinde, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine ("*correspondence*") saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı, haberleşme hürriyetinin yanı sıra, içeriği ve biçimi ne olursa olsun, haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme bağlamında, bireylerin karşılıklı ve toplu olarak

sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması gerekir. Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin, haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Yasemin Çongar ve Diğerleri* [GK], B. No: 2013/7054, 6/1/2015, §§ 48-50).

50. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme hürriyetine ve haberleşmesinin gizliliğine keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır. Haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi, haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme hürriyetine yönelik ağır bir müdahale oluşturur. Bununla birlikte haberleşme hürriyeti, mutlak nitelikte olmayıp, meşru bir takım sınırlamalara tabidir. Bu kapsamdaki özel sınırlama ölçütleri, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci ve Sözleşme'nin 8. maddesinin (2) numaralı fıkralarında sıralanmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunda belirtileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla haberleşme hürriyetine yapıldığı iddia edilen müdahalelerin incelemesinde kanunilik ve müdahaleyi haklı kılan bir durumun var olup olmadığı her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

51. Bununla birlikte hükümlü ve tutuklular, Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hukuka uygun olaraktutma olarak değerlendirilebilecek kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında (bkz. *İbrahim Uysal*, B.No: 2014/1711, 23/7/2014, §§ 29-33) Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahiptirler (Aynı yönde bir karar için bkz. *Hirst/Birleşik Krallık (No. 2)*,B.No. 74025/01, 6/10/2005, § 69). Bununla birlikte cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suç işlenmesinin önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi cezaevinde düzen ve güvenliğin teminine yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin olması durumunda bu haklar sınırlanabilir. Ancak bu durumda dahi mahkûmların haklarına yönelik yapılacak sınırlandırmalar temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen kanunla, meşru bir amaçla ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olma şartlarını taşımalıdır (Aynı yönde bir karar için bkz. *Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, 25/3/1983, §§ 99-105).

52. Başvuru konusu olayda haberleşme hürriyetinin iki boyutuna yönelik iddialar bulunmaktadır. Bunlardan ilki başvurucunun avukatı ile telefonla görüşmesine izin verilmemesine ilişkindir. Diğeri ise dış dünya ile ilişkilerinde postaların okunması ve telefon konuşmalarının kayda alınmasına yöneliktir. Bu hususlar aşağıda ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

i. Avukatı İle Telefonla Görüşmesinin Engellenmesi

53. Başvurucu, 5275 sayılı Kanun'un 114. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince tutuklunun müdafi ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde görüşmesine engel olunamayacağının esas olduğunu belirterek, avukatı ile telefonla görüşmesinin engellenmesinin yasal bir dayanağı olmadığını ileri sürmüştür.

54. Anayasa ve Sözleşme herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, cezaevinde tutuklu bulunan kişilerin de haberleşme hürriyetine sahip olduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak haberleşmenin hangi araçlarla yapılacağı Anayasa ve Sözleşme'de açık bir şekilde belirtilmemiştir. Anayasa ve Sözleşme'nin haberleşme vasıtalarının tespiti için suskun kalmasının, her türlü haberleşmenin bu kapsamda kabul edilebileceği sonucunu doğurduğu söylenebilir. Bununla birlikte cezaevleri açısından haberleşme hürriyetinin belirlenmesi açısından kamu makamlarının takdir marjının daha geniş olması cezaevinin niteliği ve amacı bağlamında kabul edilebilir bir durumdur. Bu bağlamda cezaevinde tutulan hükümlü ve tutuklular açısından haberleşme hürriyetinin kapsamının her türlü iletişim aracını içermeyeceği açıktır. Hükümlü ve tutuklular açısından haberleşme hürriyetini tamamen ortadan kaldıracak boyutta olmadığı ve cezaevinin güvenliği ve düzeni çerçevesinde somut olayların özellikleri incelenerek yapılan müdahalenin haberleşme hürriyetini ihlal edip etmediği değerlendirilecektir. Bu bağlamda temel yaklaşım hükümlü ve tutukluların dış dünya ile temaslarının desteklenmesi olmalıdır.

55. Özellikle diğer haberleşme yollarının kullanılabildiği ve yeterli olduğu durumlarda, Anayasa'nın 22. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesinin, hükümlü ve tutukluların telefonla görüşmesini güvence altına aldığı şekilde yorumlanması mümkün değildir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *A.B./ Hollanda*, B. No: 37328/97, 29/1/2002, §§ 92-93). Burada dikkat edilecek nokta hükümlü ve tutukluların dış dünya ile haberleşmesinin sağlanmasında kamu otoritelerinin takdir marjının geniş yorumlanması gerektiğidir. Haberleşme yöntemlerinden bir veya birkaçının kullanılma ve yeterli olması durumunda hükümlü ve tutukluların telefonla görüşmesine izin verilmemesi tek başına haberleşme hürriyetinin ihlali olarak değerlendirilemez. Ancak Anayasa'nın 22. maddesi kapsamında hükümlü ve tutuklulara diğer haberleşme araçları ile birlikte telefon ile görüşme imkânı verilmesi halinde bu özgürlüğe yapılacak sınırlandırmaların her halükarda kanunla, meşru bir amaçla ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun şekilde yapılması ve ölçülü olması gerekmektedir.

56. 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesi kapsamında hükümlü ve tutuklulara telefonla iletişim imkânı da verilmiştir. Somut olay açısından tutukluların telefonla görüşmesi de aynı Kanun'un 116. maddesinde belirtilen ve hükümlülerin hakları, kısıtlamaları ve yükümlülüklerini içeren bazı maddelerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanlarının tutuklular hakkında da uygulanabileceği kuralı uyarınca başvurucu açısından da geçerlidir. Nitekim başvurucunun telefonla görüşme esasları da ayrıca Yönetmelik'in 66/A maddesi gereğince açıklığa kavuşturulmuştur. Dolayısıyla hükümlü ve tutukluların haberleşme hürriyeti kapsamında telefon ile görüşmenin de olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

57. Haberleşme hürriyeti çerçevesinde hükümlü ve tutukluların avukatları ile görüşmesi ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Tüm hükümlü ve tutuklular Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararlarında da belirtildiği üzere, hukuki danışmanlık alma hakkına sahiptirler (bkz. § 28). Bu çerçevede hükümlü ve tutuklulara makul kolaylıklar sağlanması cezaevi yönetiminin yükümlülüğüdür. Ancak bu yükümlülüğün hangi iletişim araçları ile gerçekleştirileceğine dair anılan tavsiye kararlarında da somut bir yol gösterilmemiştir. Bunun tespiti kamu otoritelerinin sorumluluğundadır.

58. Hükümlü ve tutukluların avukat veya müdafi ile görüşmesi 5275 sayılı Kanun'da ayrı maddelerde düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 59. maddesinde hükümlülerin avukat ile görüşmesi düzenlenmiştir. Tutuklular hakkında ise aynı Kanun'un "*Tutukluların hakları*" başlıklı 114. maddesinin (5) numaralı fıkrasında tutukluların müdafi ile olan haberleşmesine ve kurum düzeni çerçevesinde temas ve görüşmelerine hiçbir suretle engel olunamayacağı ve kısıtlamalar konulamayacağı belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 116. maddesinde belirtilen ve tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olması kaydıyla 59. maddede belirtilen hükümlülerin avukatları ile görüşme usulü tutuklular açısından da kabul edilmiştir.

59. Başvuru konusu olayda olduğu gibi askeri cezaevleri açısından 353 sayılı Kanun'un 244. maddesinde aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde cezalar ve güvenlik tedbirlerinin infazında 5275 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerin uygulanacağı ve cezaların askeri ceza ve tutukevlerinde ne suretle infaz edileceğinin Milli Savunma Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikte gösterileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla başvuru konusu olayda başvurucunun askeri cezaevinde tutulması, uygulanacak Kanun maddeleri açısından herhangi bir farklılık yaratmamaktadır.

60. Başvuru konusu olayda, başvurucunun avukatıyla telefonda görüşme talebi, Komutanlık tarafından 5275 sayılı Kanun'daki düzenlemeler esas alı-

narak reddedilmiştir (bkz. § 11). Aynı şekilde, başvurucunun Komutanlığın ret kararına karşı ve anılan Yönetmelik'in iptaline hükmedilmesi talebiyle Askeri Yüksek İdare Mahkemesine açtığı davada da Mahkeme, 5275 sayılı Kanun'u temel alarak Yönetmelik'in hukuka uygunluğunu değerlendirmiştir.

61. Yukarıda belirtilenler ışığında hükmen tutuklu başvurucunun telefonla görüşme imkânına sahip olduğu açıktır. Ayrıca hükmen tutuklu başvurucunun müdafisi ile görüşmesi hususunda da herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır. Ancak telefon ile haberleşme imkânının müdafisi ile görüşmeyi de kapsayıp kapsamadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

62. Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfiliğe 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).

63. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerektiğini ve Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlemesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakmasının yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağını kabul etmiştir (AYM'nin30/10/2014 tarih ve E.2014/133, K.2014/165 sayılı kararı). Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik yapılacak kanuni düzenlemelerde kanun koyucunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirledikten sonra diğer ayrıntıların düzenleyici işlemler ile belirlenebileceği kabul edilmiştir. Aksi bir durumda temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin Anayasa'nın 13. maddesi hükmüne de aykırılık oluşturacaktır.

64. Anayasa'nın 22. maddesinde tanımlanan haberleşme hürriyetinin, diğer haberleşme imkânlarının sağlandığı durumlarda hükümlü ve tutukluların münhasıran telefon ile görüşmesini güvence altına aldığından bahsedilemez (bkz. § 55). Bununla birlikte somut olayda hükmen tutuklu olan başvurucunun 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesi delaletiyle 66. maddesi gereğince telefonla haberleşmesinin güvence altına alınması karşısında bunun Anayasa'nın 22. maddesi kapsamında olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

65. Anayasa'nın 22. maddesi temelinde 5275 sayılı Kanun'daki düzenlemeler gereğince güvence altına alınan telefonla görüşme imkânının tutukluların müdafisi ile görüşmesini kapsayıp kapsamayacağı belirlenmelidir. 5275 sayılı Kanun'un 114. maddesinin (5) numaralı fıkrasında tutuklunun müdafisi ile haberleşmesinin engellenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı belirtilmiştir. Haberleşme kavramının içinde telefonla haberleşmenin de bulunduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olayda hükmen tutuklu olan başvurucunun müdafisi ile telefonla haberleşmesine engel olunamayacağı ve kısıtlanamayacağı kabul edilmiştir. Bunun dışında 5275 sayılı Kanun'da ve Yönetmelik'te hükmen tutuklu başvurucunun müdafisi ile telefonla görüşemeyeceğine dair bir hüküm de bulunmamaktadır.

66. Nitekim başvurucunun müdafisi ile telefonla görüşme talebini reddeden Komutanlık ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gerekçe olarak hükümlü ve tutukluların telefonla görüşmesinin kayda alındığı ve müdafi ile görüşmenin gizli olduğundan başvurucunun müdafisi ile telefonla görüşmesine izin verilemeyeceğini kabul etmiştir (bkz. § 11, § 16). Ayrıca hükmen tutuklu olan başvurucunun müdafisi ile telefonla görüşmesine izin veren herhangi bir açık düzenleme olmaması gerekçe gösterilmiştir.

67. Somut olayda, cezaevinde haberleşme hürriyetinin kullanılabilmesi için açık bir düzenleme olması gerektiği ve gizli görüşmenin kayda alınamayacağı gerekçesi ile başvurucunun avukatı ile telefonla görüşmesine izin verilmemiştir. Başka bir ifade ile tutuklunun müdafisi ile telefonla görüşmesi hususunda yasaklayıcı bir hüküm bulunmamasına rağmen, müdafi ile telefonla görüşmenin düzenlenmemiş olması gerekçesi ile haberleşme hürriyetinin engellenmesi söz konusudur. Ancak bu gerekçenin 114. maddenin (5) numaralı fıkrasındaki açık düzenleme karşısında makul olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim anılan Kanun hükmü karşısında asıl olanın bir tutuklunun müdafisi ile haberleşmesinin hiçbir suretle engellenmemesi ve kısıtlanmamasıdır. Haberleşmenin kapsamının telefonla iletişimi de içereceği 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesinde kabul edildiği açıktır. 5275 sayılı Kanun'un 66. maddesi ve 114. maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki düzenlemeler karşısında hükmen tutuklu başvurucunun, avukat ile telefonla görüşmesinin telefon görüşmelerinin kayda alındığı ve avukat ile görüşmeye yönelik açık bir düzenleme olmadığı gerekçesi ile engellenmesinin kanunilik ilkesini karşıladığından bahsedilemez. Sonuç olarak anılan Kanun hükümleri çerçevesinde hükmen tutuklu başvurucunun avukatı ile telefon vasıtasıyla görüşmesinin engellenebilmesi için yeterli bir yasal bir düzenleme olduğu söylenemez.

68. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun müdafi ile telefonla görüşmesinin engellenmesinin Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetini ihlal ettiğine karar verilmesi gerekir.

ii. Dış Dünya ile Telefon ve Posta Yoluyla Haberleşmesinin Denetlendiği İddiaları

69. Başvurucu, yasal dayanağı olmamasına ve Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından tutukluluk amacına uygun verilmiş kısıtlama kararı bulunmamasına rağmen, ailesi ve diğer kişilerle yaptığı mektuplaşmanın okunması, telefon görüşmelerinin kaydedilmesi ve dinlenmesinin haberleşme hürriyetinin gizliliğini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

70. Somut olayda başvurucu, cezaevinde tutuklu olarak bulunan şahısların hükümlülerden farklı olarak açık bir yasal düzenleme olmaksızın veya Cumhuriyet savcısı, hâkim ya da mahkeme kararı olmaksızın haberleşmenin takip edilemeyeceği gözetilmeksizin, ailesi ve diğer kişiler ile haberleşmesinin kayda alındığını ileri sürmüştür. Dolayısıyla başvurucunun iddiaları haberleşmenin gizliliğine yapılan müdahalenin herhangi bir yasal düzenleme olmamasına rağmen gerçekleştiği ve kanunilik unsuru taşımadığı temelindedir. Bunun dışında başvurucu somut bir olaydan bahsetmemiştir.

71. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme hürriyetine ve haberleşmesinin gizliliğine keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır (bkz. §§ 49-50). Bununla birlikte haberleşme hürriyeti, mutlak nitelikte olmayıp, meşru bir takım sınırlamalara tabidir. Bu kapsamdaki özel sınırlama ölçütleri başvuru konusuna ilişkin olarak Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci ve Sözleşme'nin 8. maddesinin (2) numaralı fıkralarında sıralanmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunda belirtileceği ifade edilmiştir.

72. Başvurucu, telefon görüşmelerinin kayıt altına alınması, dinlenmesi ve postalarının denetlenmesi hususunda somut herhangi bir olaydan bahsetmemiştir. Bununla birlikte 5275 sayılı Kanun'un 66. ve 68. maddeleri ile Yönetmelik'in 66. ve 66/A maddeleri kapsamında tutuklu olan başvurucunun telefon ve posta iletişiminin Askeri Cezaevi Müdürlüğü tarafından denetlendiği açıktır. Dolayısıyla başvurucunun iddialarının, somut ve fiilen gerçekleşen olaylara dayanmadığı ve böylelikle başvurucunun mağdur statüsünün olmadığı gerekçesi ile başvurunun incelenmesinden imtina edilemez (benzer kararlar için bkz. *Klass/Almanya*, B. No. 5029/71, 6/9/1978, §§ 34-35, *Campbell/Birleşik Krallık*, B. No: 13590/88, 25/3/1992, §§ 32-33). Öte yandan anılan düzenlemeler kapsamında Askeri Cezaevi Müdürlüğünün telefonla yapılan tüm görüşmeleri kayıt altına almasının, başvurucunun haberleşmesinin gizliliğine yönelik müdahale olduğu açıktır.

73. Başvurucunun ailesi ile yaptığı telefon görüşmelerinin dinlenmesi ve kaydedilmesine ilişkin iddialarının incelenmesinde aile hayatına saygı hakkının da gözetilmesi gerekmektedir. Başvuru konusu olayda cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz sonuçları ve aile ile yapılan görüşmelerinin gizliliği meselesi bir bütün halinde Anayasa'nın 20. ve 22. maddeleri temelinde birlikte değerlendirilmelidir. Bu bağlamda haberleşmenin gizliliğine yönelik yapılan müdahalenin Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde tanımlanan aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyetini ihlal edip etmediğine yönelik incelemede müdahalenin sırasıyla kanunilik, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerine uygunluğu denetlenmelidir.

74. Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahalenin ikinci fıkrada belirtilen amaçlar çerçevesinde hâkim kararı ile olabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte üçüncü fıkrada bazı kamu kurum ve kuruluşların kanun ile istisna tutulabileceği belirtilmiştir.

75. Cezaevi idaresinin hükümlü ve tutukluların haberleşmesine müdahalesinin Anayasa'nın 22. maddesinin hangi fıkrası kapsamında kaldığının belirlenmesi müdahalenin kanuniliği açısından önemlidir. Zira ikinci fıkra kapsamında olduğunun kabulü halinde hâkim kararı veya onayı olmaksızın yapılan bir müdahale kanunilik ilkesini karşılamayacaktır. Öte yandan üçüncü fıkranın gündeme gelmesi durumunda kanun koyucunun cezaevini istisna kamu kurumu olarak kabul edip etmediği değerlendirilecektir.

76. Cezaevlerinin Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasındaki istisna kamu kurumu olduğuna dair mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte 1721 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (e) bendi uyarınca cezaevlerinde hükümlü ve tutukluların iletişiminin nasıl düzenleneceği ve denetleneceğinin tüzükle belirleneceği belirtilmiştir. Öte yandan 5275 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi uyarınca hükümlülerin Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, anılan Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabileceği ve tutuklular açısından 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesi delaletiyle 66. ve 68. maddeleri gereğince telefon, mektup, faks ve telgraf ile haberleşmenin denetleneceği belirtilmiştir. Dolayısıyla yukarıda belirtilen Kanun maddelerinin, cezaevini haberleşme hürriyetinin kısıtlanabileceği istisnai kamu kurumu olarak kabul ettiği değerlendirilmiştir.

77. Kanunilik ilkesinin yerine getirilmesinin, haberleşme hürriyetinin kısıtlanabileceğine dair genel bir yasal düzenleme yapılması ile mümkün olduğu söylenemez. Bunun dışında yapılan kanunun kalitesi olarak tanımlanabilecek kanuni düzenlemede bulunması gereken temel esaslar belirlenerek takdir hakkını kullanacak mercilerin sınırlarının da netliğe kavuşturulması gerekli-

dir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun kararında belirttiği üzere kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçevenin ortaya konulmuş olması gerekir (bkz. §§ 62-63). Nitekim 5275 sayılı Kanun'un 66. ve 68. maddelerinin başvurucunun iddialarına ilişkin ve genel olarak bu koşulları sağlamadığı söylenemez. Dolayısıyla cezaevinde hükümlü ve tutukluların haberleşmesinin gizliliğinin sınırlandırılmasında kanunilik prensibinin sağlandığı kabul edilmelidir.

78. Müdahalenin yapılmasındaki meşru amacın cezaevlerinde güvenliğin sağlanması ve suçun önlenmesi olduğunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

79. Başvurucu iddialarında somut olay ve olgulardan bahsetmeyip genel olarak haberleşmenin gizliliğinin ihlalini ileri sürmüştür. Bu bağlamda demokratik toplumun gereklilikleri açısından genel olarak cezaevlerinde hükümlü veya tutukluların haberleşmesinin idare tarafından denetlenmesine yönelik olarak bazı tedbirlerin alınmasının, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının makul ve doğal gerekliliklerinin bir sonucu ve bu durumun haberleşme hürriyeti ile uyumlu olmadığı söylenemez (Aynı yönde kararlar için bkz.*Campbell/Birleşik Krallık*, § 44: *Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, § 98; *Golder/Birleşik Krallık*, B. No. 4451/70, 21/2/1975, § 45; *Mehmet Nuri Özen ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 15672/08, 11/1/2011, § 51). Öte yandan başvuru konusu olay açısından cezaevi idaresinin, hükümlü ve tutukluların haberleşmesini denetlemesinin genel olarak ölçüsüz olduğunu söylemek de mümkün değildir.

80. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun iddialarının bir ihlal içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmında Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin *ihlal edilmediğine* karar verilmesi gerekir.

b. Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiği İddiaları

81. Başvurucu, yasal bir dayanağı olmaksızın ve Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından tutukluluk amacına uygun verilmiş kısıtlama kararı bulunmamasına rağmen ailesi ve diğer kişilerle görüşmesinin ve telefonla konuşmasının kısıtlandığını ileri sürmüştür.

82. Bakanlık görüşünde hükümlü ve tutukluların ailesi ve diğer yakınları ile bağlantılarını devam ettirmesinin özel ve aile hayatına saygının temel unsuru olduğunu, ancak bu hususun tutukluluk koşullarının kaçınılmaz bir sonucu olan suç işlenmesinin ve düzensizliğin önlenmesi temelinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Öte yandan Bakanlık, AİHM kararlarına atıfta

bulunarak özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale incelenirken kanunilik, meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük değerlendirilmesi yapılması gerektiğini ifade etmiştir.

83. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı cevabında, tutukluların ziyaretinin hükümlüler gibi sınırlandırılmadığını, eşi, çocukları ve diğer ziyaretçilerinin istediği zaman kendisini ziyaret edememeleri ve ihtiyaç duydukları zaman telefonla görüşmelerinin engellenmesi nedenleriyle sıkıntılar yaşadığını, tutukluların dış dünya ile ilişkilerini sürdürebilmesinin kanunla herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığını, kanuna aykırı Yönetmelik ile sınırlama getirilerek istediği zaman ve sınırsız olarak ailesi ile ziyaret ve telefon ile görüşmesi gerekirken kısıtlandığını ileri sürmüştür.

84. Sözleşme'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahaleler dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz."

85. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

86. Anayasa'nın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir."

87. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında "*herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir*" hükmüne yer verilmek suretiyle Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkına benzer bir düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte ailenin sosyal yapısının yanı sıra toplum hayatında oynadığı rol de gözetilerek ailenin korunması hususunda devletin pozitif yükümlülüklerini belirtmek açısından Anayasa'nın 41. maddesinde tamamlayıcı bir düzenleme bulunmaktadır. Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki düzenlemeler aile hayatına saygı ve bu hayatın korunması hususunda sadece birey merkezli bir değerlendirmeden öte ailenin diğer fertleri ve genel olarak toplum menfaatleri de gözetilerek bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle aile hayatına saygı hakkı bakımından Anayasa'nın 20. maddesinin 41. madde ile birlikte uygulanması gerekmektedir.

88. Anayasa'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatının sınırlanması hukuka uygun olarak cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Öte yandan hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, cezaevi idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ile temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (benzer karar için bkz. *Messina/İtalya (No. 2)*, B. No. 25498/94, 28/12/2000, § 61; *Ouinas/Fransa,* B. No. 13756/88, 12/3/1990; *Vlasov/Rusya*, B. No: 78146/01, 12/6/2008, § 123; *Kučera/Slovakya*, B. No: 48666/99, 17/7/2007, § 127). Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararlarında da hükümlü ve tutukluların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin hükümlü ve tutukluları ziyaret etmelerine izin verilmesi gerektiği belirtilmiştir (bkz. § 28).

89. Anayasa'nın 41. maddesi, 20. maddesinin birinci fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde devletin hükümlü ve tutukluların ailesi ile görüşmelerini

sağlayacak tedbirleri almak yükümlülüğü altında olduğu açıktır. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi cezaevi idaresi bu yükümlülüğü yerine getirirken cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçlarını gözetmesi gerekmektedir. Bu bağlamda cezaevi idaresi açısından esas alınacak ilke cezaevinin güvenliği, düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi ile aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir dengenin sağlanmasıdır. Ancak bu dengede özgürlük ve güvenlik ilişkisinde cezaevinde bulunmanın sonuçları olarak idarenin özgürlüğe müdahale açısından takdir marjının daha geniş olduğu gözetilmelidir.

90. Başvuru konusu olayda başvurucu, terör suçundan hükmen tutuklu olmasına rağmen ailesi ile görüşme konusunda diğer hükümlü veya tutuklulardan farklı bir uygulamaya maruz bırakıldığına dair herhangi bir iddiada bulunmamaktadır. Bu kapsamda diğer hükümlülerden farklı olarak süre, sıklık, açık veya kapalı görüşme gibi meselelerde engellendiği veya kısıtlandığı ileri sürülmemiştir. Aksine başvurucu, tutuklu olmasından dolayı 5275 sayılı Kanun uyarınca diğer hükümlülerden daha geniş görüşme imkânlarına sahip olması gerektiğini iddia etmiştir.

91. Başvurucunun iddiaları kapsamında ve mevzuat temelinde başvurucun ailesi ve diğer yakınları ile telefon ve ziyaret yoluyla görüşmesinin kısıtlanmasının özel ve aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu hususunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır (bkz. *Öcalan/Türkiye (No. 2)*, B. No: 24069/03,197/04, 6201/06 ve 10464/07, 18/3/2014, § 155; *Messina/İtalya (No. 2)*, § 62).

92. Özel ve aile hayatına saygı hakkına müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin kanunda düzenlenip düzenlenmediği tespit edilmelidir. Başka bir ifade ile Anayasa'nın 13. maddesi gereğince müdahalenin kanuniliği değerlendirilmelidir.

93. 5275 sayılı Kanun'un 66. ve 68. maddelerinde aile ve diğer yakınları ile telefon ve yüz yüze görüşmenin nasıl yapılacağı ve bu konudaki sınırlamaların esas çerçevesi çizilmiştir. Bununla birlikte Yönetmelik'in 66., 66/A ve 70. maddelerinde de 5275 sayılı Kanun'da öngörülen esaslar çerçevesinde iletişimin hangi sıklıkta ve nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 5275 sayılı Kanun'un 116. maddesi delaletiyle anılan hükümlerin tutuklular için de uygulanacağı açıktır. Dolayısıyla hükmen tutuklu başvurucunun ailesi ve diğer yakınları ile iletişimine ilişkin olarak yapılan düzenlemelerin kanuniliği noktasında herhangi bir eksiklik söz konusu değildir.

94. Özel ve aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalelerde meşru amacın Anayasa'nın 20. ve Sözleşmenin 8. maddelerinin ikinci fıkraları çerçeve-

sinde belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre meşru amaçlar sınırlı sayıda sayılmak suretiyle milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlemesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması şeklinde belirlenmiştir. Bu bağlamda cezaevinin kendisine özgü koşulları çerçevesinde, hükümlü ve tutukluların ailesi ile iletişiminin sınırlandırılmasındaki meşru amaç, kamu düzeni ve güvenliği çerçevesinde cezaevinde düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi olarak değerlendirilmelidir.

95. Demokratik toplumda gereklilik, müdahalenin üstün kamu yararına cevap verecek nitelikte olmasını ve meşru amaca ulaşmak için ölçülü olunmasını ifade etmektedir (Diğerleri ile birlikte bkz. *Mcleod/Birleşik Krallık*, B. No: 24755/94, 23/9/1998, § 52).

96. 5275 sayılı Kanun ve Yönetmelik hükümlerinin hükümlü ve tutukluların ailesi ile görüşmelerinde kabul ettiği rejimde, başvurucunun terör suçundan tutuklu olduğu gözetilmeksizin diğer hükümlülerle aynı koşullarda ailesi ve diğer yakınları ile görüşmesinin sağlanması öngörülmüştür. Bu çerçevede Yönetmelik'in 66/A maddesi uyarınca hükümlü ve tutukluların belgelendirmeleri koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilmesi kabul edilmiştir. Diğer taraftan aynı maddede hükümlü ve tutukluların görüşebilecekleri yakınlarından bir veya birden fazla kişi ile haftada bir kez ve bir telefon numarasıyla bağlantı kurarak kesintisiz on dakika süreyle görüşme yapabileceği hükme bağlanmıştır.

97. Hükümlü ve tutukluların ziyareti, Yönetmelik'in 70. maddesi çerçevesinde haftada bir kez ve üçü kapalı biri açık görüş olmak üzere ayda dört kez yapılması öngörülmüştür. Görüşme süresinin yarım saatten az bir saatten fazla olmayacağı ve anılan maddede belirtilen akrabalar ve belirlenen diğer üç kişi ile görüşülebileceği hükme bağlanmıştır.

98. Hükümlü ve tutukluların özgürlüklerini yitirmeleri aile ve diğer yakınları ile ilişkilerini de yitirmeleri gerektiği şeklinde yorumlanamaz. Aksine tüm hükümlü ve tutukluların dış dünya ile irtibatını sağlayacak bu tür imkânların cezaevi idaresi tarafından en iyi şekilde sağlanması için çaba sarf edilmelidir. Nitekim Avrupa Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararlarında da (bkz. § 28) bu husus dile getirilmiş ve hükümlü ve tutukluların ziyaret edilmelerine ve haberleşmelerine izin verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

99. Avrupa İşkence ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT) de hükümlü ve tutukluların dış dünyayla temaslarını makul düzeyde devam ettirmesinin de çok önemli olduğunu ve her şeyden önce hükümlü ve tutukluların aileleriyle veya yakın arkadaşlarıyla ilişki-

lerini devam ettirebilme imkânı verilmesi gerektiğini vurgulamıştır. CPT'nin bu hususta kabul ettiği temel prensip, dış dünyayla temasın desteklenmesi ve bu tür temasın sınırlanmasının sadece kayda değer güvenlik endişeleri veya kaynak kısıtlılığı nedenlerine dayandırılabilmesidir (*CPT Standartları*, 2002).

100. CPT'nin 9-21/6/2013 tarihlerinde Türkiye'ye yaptığı ziyarete ilişkin olarak hazırladığı 15/1/2015 tarihli raporun cezaevinde dış dünya ile ilişkiler kısmında biri açık diğerleri kapalı olmak üzere ayda dört ziyarete izin verilmesinin yeterli olmadığından bahsedilmemiştir. Bununla birlikte, güvenlik esaslı istisnai durumlar dışında açık görüşün esas kapalı görüşün istisna olması yönünde tavsiyede bulunulmuştur (Raporun 108. paragrafı).

101. Başvuru konusu olayda başvurucunun özel ve aile hayatına saygı hakkının cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçları temelinde müdahale edilerek sınırlandırılması ile cezaevinin düzeni, güvenliği ve suçun önlenmesi meşru amacı temelindeki kamu yararı arasındaki denge hususunda; cezaevi idaresinin mevzuat çerçevesinde tutuklu ve hükümlülerin ailesi ve diğer yakınları ile görüşmesinin sağlanması ve korunmasının aksine tutum takındıkları söylenemez. Başvurucunun da bu yönde herhangi bir iddiası bulunmamaktadır. Öte yandan başvurucu biri açık olmak üzere ayda dört kez görüşme ve haftada on dakika telefonla görüşme imkanına da sahiptir. Başvurucunun tutuklu olmasının da mevzuat kapsamında hükümlülerden daha geniş dış dünya ile ilişki imkânına sahip olmasını gerekli kıldığı da söylenemez. Bu çerçevede başvurucunun ailesi ve diğer yakınları ile telefonla ve yüz yüze görüşmesinin normal düzende işlediği de açıktır.

102. Yukarıdaki açıklamalar ışığında başvurucunun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına yönelik kısıtlamaların Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri anlamında demokratik toplumda kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olan demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

103. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun iddialarının bir ihlal içermediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmı yönünden Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının *ihlal edilmediğine* karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

104. Başvurucu, anayasal hakları ihlal edildiği için 75.000,00 TL maddi 100.000,00 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

105. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."

106. Başvurucunun, Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hakkının ihlal edildiğinin tespiti nedeniyle, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya net 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

107. Başvurucu tarafından maddi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucunun maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

108. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderlerinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

109. Başvuru kapsamında haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği gözetilerek, kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi için Adalet Bakanlığına ve Milli Savunma Bakanlığına gönderilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

A. Başvurucunun, Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Başvurucunun "*Avukatı İle Telefonla Görüşmesinin Engellendiğine*" dair iddiaları açısından Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Başvurucunun "*Dış Dünya ile Telefon ve Posta Yoluyla Haberleşmesinin Denetlenmesine*" dair iddiaları açısından Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin **İHLAL EDİLMEDİĞİNE,**

D. Başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının **İHLAL EDİLMEDİĞİNE,**

E. Başvurucuya net 5.000,00 TL manevi **TAZMİNAT ÖDENMESİNE**, başvurucunun tazminata ilişkin diğer taleplerinin **REDDİNE**,

F. Başvurucu tarafından yapılan ve 198,35 TL harçtan oluşan yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,**

G. 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,

H. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurucuya, Adalet Bakanlığına ve Milli Savunma Bakanlığına gönderilmesine,

16/4/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

EREN YILDIZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/759)

Karar Tarihi: 7/7/2015

R.G. Tarih- Sayı: 17/8/2015-29448

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Elif ÇELİKDEMİR ANKITCI
Başvurucu	:	Eren YILDIZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başvurucuya gönderilen mektubun ceza infaz kurumunca verilmeyerek alıkonulmasına karar verilmesi nedeniyle haberleşme hakkının; alıkoyma kararında sakıncalı görülen ifadelerin hangileri olduğunun belirtilmemesi nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 24/12/2012 tarihinde Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 26/3/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Başvurucu, bireysel başvuru harç ve masraflarını karşılama imkânının bulunmadığını belirterek adli yardım talebinde bulunmuştur.

5. İkinci Bölümün 3/9/2014 tarihli ara kararıyla adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından 24/9/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

7. Başvuru konusu olay ve olgular 5/9/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, tanınan ek süre sonunda görüşünü 7/11/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

8. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 12/6/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 22/6/2015 tarihinde bu görüşe karşı beyanda bulunmuştur.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

9. Başvuru dilekçesi, ekleri ile başvuruya konu dosya içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Erzurum (Kapatılan) Devlet Güvenlik Mahkemesinin 29/4/1998 tarihli ve E.1997/174, K.1998/139 sayılı kararı ile *"Anayasal düzeni zorla değiştirmeye çalışma ve TDP üyesi olma"* suçlarını işlediği kanaati ile başvurucunun 36 yıl ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

11. Başvurucunun hapis cezasını çekmekte olduğu Edirne F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda bulunduğu sırada, Haydar Çelik isimli arkadaşı tarafından kendisine mektup gönderilmiştir. İlgili mektup aslında birbirinden bağımsız iki mektuptan oluşmakta olup, bu mektupların *" Sevgili Eren merhaba, . Yeni yazdığım bir makaleyi seninle sizinle paylaşayım istedim"* ifadesiyle başlayan ve yaklaşık 4 sayfadan oluşan birinci mektup ile *"Merhaba Sevgili Eren, öncelikle selam ve sevgilerimi iletiyorum."* ifadesiyle başlayan ve 4 sayfadan oluşan ikinci mektup oldukları anlaşılmaktadır. Birinci mektup, *" R.S.'yi nasıl biliriz"* başlıklı, neredeyse mektubun tamamını oluşturan bir kısım ihtiva etmekte olup, bu kısımda, 1994 yılında Siirt Kurtalan'da silahlı çatışma sonucu güvenlik güçleri tarafından ölü ele geçirildiği bilgisine ulaşılan R.S.'den ve eylemlerinden övgüyle bahsedilmektedir. İkinci mektup ise, bir hükümlünün bir diğerine cezaevindeki günlerinden, birlikte kaldığı diğer hükümlülerden, ailevi ve sağlık durumundan, cezaevleri arasında nakillerdeki hoşnutsuzluğundan genel olarak bahseder niteliktedir.

12. Başvuruya konu bu mektuplar Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulunca tek mektup olarak değerlendirilmiş ve Kurulun 1/11/2012 tarihli ve 2012/589 sayılı kararı ile *" . söz konusu mektupta suç ve suçluyu öven ayrıca örgütsel propaganda içeren ifadelere yer verildiği."* gerekçesine istinaden mektubun hükümlüye verilmeyerek alıkonulmasına karar verilmiştir.

13. Başvurucu, Disiplin Kurulunun anılan kararına karşı Edirne 1. İnfaz Hâkimliği nezdinde şikayet yoluna başvurmuş, İnfaz Hâkimliği 16/11/2012

tarihli ve E.2012/1221, K.2012/1234 sayılı kararı ile başvurucunun şikayetini reddetmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"...5275 Sayılı Yasanın 68. maddesinin 3. fıkrası ve İnfaz Tüzüğünün 91. maddesinin 3. fıkrasına göre; hükümlü veya tutuklulara gelen veya bunlar tarafından gönderilen mektupların, cezaevinin emniyetini tehdit etmemesi, bu yönde açık ve yakın tehlike ve açıkça suç sayılan fiiller ile yasadışı örgüt propagandası içermemesi, diğerlerini etki altına alıp yönlendirme yapmaması gerekir.

İncelenen ve yukarıdaki hükümlere aykırılığı tespit edilen mektubun içeriğine uygun eğitim kurulunun gerekçe ve takdirine göre yerinde görülmeyen şikayet başvurusunun reddi gerekir...."

14. Başvurucunun anılan ret kararına karşı yaptığı itirazın Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/12/2012 tarihli ve 2012/1662 Değişik İş sayılı kararı ile reddine karar verilmiştir.

15. Anılan karar başvurucuya, 12/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 24/12/2012 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

16. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 68. maddesi şöyledir:

"(1)Hükümlü, bu maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir.

(2) Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir.

(3) Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.

(4) Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir."

17. 5275 sayılı Kanun'un 121. maddesine dayanılarak çıkarılan, 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 20/3/2006 tarihli ve 2006/10218 sayılı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik

Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 91. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının örgütsel amaçlı olarak haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez."

18. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 122. maddesi şöyledir:

"(1) 91 inci maddeye göre mektup alma ve gönderme hakkı kapsamında hükümlüler tarafından yazılan mektup, faks ve telgraflar, zarfı kapatılmaksızın bu işle görevlendirilen ikinci müdür başkanlığında, idare memuru ve yüksek okul mezunu iki infaz ve koruma memuru tarafından oluşturulan mektup okuma komisyonuna iletilmek üzere güvenlik ve gözetim servisi personeline verilir. Yapılan incelemeden sonra gönderilmesinde sakınca görülmeyen mektuplar üzerine "görüldü" kaşesi vurulur, zarf içerisine konularak kapatılır ve postaneye teslim edilir.

(2) Resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilenler hakkında 91 inci maddenin dördüncü fıkrası hükmü uygulanır.

(3) Hükümlülere gönderilen ve açılıp incelendikten sonra verilmesinde sakınca olmadığı anlaşılan mektup, faks ve telgraflar zarfları ile birlikte verilir."

19. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 123. maddesi şöyledir:

"(1) Mektup okuma komisyonunca, mahalline gönderilmesi veya hükümlüye verilmesi sakıncalı görülen mektuplar, en geç yirmidört saat içinde disiplin kuruluna verilir. Mektubun disiplin kurulu tarafından kısmen veya tamamen sakıncalı görülmesi hâlinde, mektup aslı çizilmeden veya yok edilmeden şikâyet ve itiraz süresinin sonuna kadar muhafaza edilir. Mektubun kısmen sakıncalı görülmesi hâlinde, aslı idarede tutularak fotokopisinde sakıncalı görülen kısımlar okunmayacak şekilde çizilerek disiplin kurulu kararı ile birlikte ilgilisine tebliğ edilir. Mektubun tamamının sakıncalı görülmesi hâlinde, sadece disiplin kurulu kararı tebliğ edilir. Tebliğ tarihinden itibaren infaz hâkimliğine başvuru için gereken süre beklenir. Bu süre içinde infaz hâkimliğine başvurulmamış ise, disiplin kurulu kararı yerine getirilir. İnfaz hâkimliğine başvurulmuş ise, infaz hâkimliği kararının tebliğinden itibaren itiraz süresi beklenir. İnfaz hâkimliği kararına itiraz edilmemiş ise bu karara göre, itiraz edilmiş ise mahkemenin kararına göre işlem yapılır.

(2) Hükümlüye yapılacak tebligatta, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde infaz hâkimliğine şikâyet hakkının kullanılmaması veya infaz hâkimliği kararına karşı tebliğ tarihinden itibaren bir hafta içinde ağır ceza mahkemesine itiraz edilmemesi hâlinde, disiplin kurulu kararının kesinleşerek mektubun sakıncalı görülen kısımlarının okunmayacak şekilde çizilerek verileceği veya tamamı sakıncalı görülen mektubun verilmeyeceği bildirilir.

(3) Kısmen veya tamamen sakıncalı görülen mektuplar, iç hukuk veya uluslararası hukuk yollarına başvuru yapılması durumunda kullanılmak üzere idarece saklanır."

20. Mektubun alıkonulmasına karar verildiği tarihte 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 215. maddesi şöyledir:

" İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

21. Mektubun alıkonulmasına karar verildiği tarihte 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan (.)(1) yayın sorumluları hakkında da bin günden onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür ."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

22. Mahkemenin 7/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 15/1/2013 tarihli ve 2013/759 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

23. Başvurucu, söz konusu mektubun cezaevinde bulunan bir arkadaşı tarafından kendisine gönderildiğini, eğer mektupta sakıncalı ifadeler bulunsaydı o cezaevi tarafından gönderilmeyeceğini, düşünce paylaşımının engellendiğini, kararlarda mektupta geçen hangi ifadelerin sakıncalı görüldüğünün ve hangi örgütün propagandasının yapıldığının açıkça belirtilmediğini ifade ederek haberleşme özgürlüğü ile savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

24. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı vermiş olduğu 22/6/2015 tarihli dilekçede maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

25. Başvuru formu ve eklerinde başvurucu, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyeti ile mektuptaki hangi ifadelerin sakıncalı olarak görüldüğü ve hangi örgütün propagandasının yapıldığının açıkça belirtilmediğinden bahisle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de, bu iddiaların özü, bahse konu mektuba cezaevi idaresince el konulması nedeniyle haberleşme hürriyetinin kısıtlanması hususu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı değildir. Bu sebeple başvurucunun bütün iddiaları haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

26. Başvurucunun, başka bir ceza infaz kurumunda bulunan bir arkadaşı tarafından gönderilen bir mektubun kendisine verilmeyerek alıkonulmasına karar verilmesi işlemi 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

a. Başvurucu ve Bakanlık Görüşleri

27. Başvurucu, söz konusu mektubun cezaevinde bulunan bir arkadaşı tarafından kendisine gönderildiğini, düşünce paylaşımının engellendiğini, kararlarda mektupta geçen hangi ifadelerin sakıncalı görüldüğünün ve hangi örgütün propagandasının yapıldığının açıkça belirtilmediğini ifade ederek haberleşme özgürlüğü ile savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

28. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatları hatırlatılmış vebaşvurucunun iddialarının bu kararlar doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği bildirilmiştir.

29. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı cevabında, Bakanlığın yargı içtihatlarına atıflarda bulunduğunu, bu atıflarda aleyhine durum oluşturabilecek bir hususun bulunmadığını belirterek maddi-manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

b. Genel İlkeler

30. Anayasa'nın 22. maddesi şöyledir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

31. Sözleşme'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahaleler dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz."

32. AİHM, haberleşme özgürlüğüne ilişkin şikâyetleri Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde incelemektedir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesine karşılık Anayasa'da tek bir madde bulunmamaktadır. Başvurucunun iddialarına esas olan haberleşme özgürlüğü Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir.

33. Anayasa'nın 22. maddesinde, herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı, haberleşme özgürlüğünün yanı sıra, içeriği ve biçimi ne olursa olsun, haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme bağlamında, bireylerin karşılıklı ve toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması gerekir. Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin, haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Mehmet Koray Eryaşa*, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 49).

34. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfi bir şekilde müdahale etmelerinin önlenmesi, Anayasa ve

Sözleşme ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır. Haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi, haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturur. Bununla birlikte haberleşme özgürlüğü, mutlak nitelikte olmayıp, meşru birtakım sınırlamalara tabidir. Bu kapsamdaki özel sınırlama ölçütleri, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında ve Sözleşme'nin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılmıştır (*Mehmet Koray Eryaşa*, § 50).

35. AİHM kararlarına göre, haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahale öncelikle kanunla öngörülmelidir. Müdahalenin yasal dayanağını oluşturan mevzuatın, *"ulaşılabilir"*, yeterince açık ve belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçlar açısından *"öngörülebilir"* olması gerekir. İkinci olarak söz konusu sınırlandırma*"meşru bir amaca"* dayalı olmalıdır. Bunun yanı sıra müdahale demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmalıdır (*Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B.No. 5947/72. 25/3/1983, §§ 85-90; *Klass ve diğerleri/Almanya*, B. No:5029/71, 6/10/1978, §§ 42-55; *Campbell/Birleşik Krallık*, B. No:13590/88, 25/3/1992, § 34).

36. Dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yapıldığı iddia edilen müdahalelerin incelemesinde kanunilik ve müdahaleyi haklı kılan sebeplerin var olup olmadığı her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir.

c. Genel İlkelerin Mevcut Olaya Uygulanması

i. Müdahalenin Mevcudiyeti

37. Somut olayda, başvurucunun bulunduğu cezaevi disiplin kurulu kararıyla, başka bir ceza infaz kurumunda bulunan bir arkadaşı tarafından başvurucuya gönderilen mektubun, suç ve suçluyu öven, ayrıca örgütsel propaganda içeren ifadeler içermesi nedeniyle sakıncalı görüldüğü gerekçesiyle alıkonulmasına karar verilmiştir. Dolayısıyla anılan işlem ile kamu makamları tarafından başvurucunun haberleşme özgürlüğüne bir müdahalede bulunulmuştur.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

38. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanmadığı ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 22. 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 (*Ahmet Temiz*, B. No:2013/1822, 20/5/2015, § 36).

Kanunilik

39. Haberleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların öncelikle kanunla öngörülmüş olması gerekmektedir. AİHM içtihatlarında ifade edilen kanunla öngörülme kriteri, kendi içerisinde üç temel prensibi içermektedir. İlk olarak, müdahale teşkil eden eylem mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. Keza, müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme, ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak, söz konusu düzenleme, hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirme ve belli koşullar çerçevesinde eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları öngörebilmeye olanak sağlayacak açıklıkta olmalıdır (Bkz. *Silver ve diğerleri/ Birleşik Krallık*, §§ 86-88).

40. Kanunilik ilkesinin yerine getirilmesinin, haberleşme hürriyetinin kısıtlanabileceğine dair genel bir yasal düzenleme yapılması ile mümkün olduğu söylenemez. Buna göre, *"kanunun kalitesi"* olarak tanımlanabilecek kanuni düzenlemede bulunması gereken temel esaslar belirlenerek takdir yetkisini kullanacak mercilerin sınırlarının da netliğe kavuşturulması gereklidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun kararında belirttiği üzere kanun ile temel esasların, ilkelerin ve çerçevenin ortaya konulmuş olması gerekir (bkz. AYM, E.1984/14, K.1985/7, K.T. 13/6/1985). Bu noktada, özellikle kanunun idari makamlara haberleşme özgürlüğüne müdahalede takdir yetkisi tanıdığı durumlarda ilgili kanunun bu yetkinin çerçevesini belirli bir açıklıkta belirlemesi gerekmektedir (*Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 15672/08. 11/1/2011, § 56;*Tan/Türkiye*, B. No:9460/03, 3/7/2007, § 21).

41. Cezaevi idaresinin hükümlü ve tutukluların haberleşmesine müdahalesinin Anayasa'nın 22. maddesinin hangi fıkrası kapsamında kaldığının belirlenmesi müdahalenin kanuniliği açısından önemlidir. Zira ikinci fıkra kapsamında olduğunun kabulü halinde hâkim kararı veya onayı olmaksızın yapılan bir müdahale kanunilik ilkesini karşılamayacaktır. Öte yandan üçüncü fıkranın gündeme gelmesi durumunda kanun koyucunun cezaevini istisna kamu kurumu olarak kabul edip etmediği değerlendirilecektir. (*Ahmet Temiz*, § 39).

42. 5275 sayılı Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler"* başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi şöyledir:

> *"Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin düzenli bir yaşam sürdürmeleri sağlanır. Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir. Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir."*

43. Buna göre 5275 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan*".Hükümlülerin, Anayasada yer alan diğer hakları, infazın temel amaçları saklı kalmak üzere, bu Kanunda öngörülen kurallar uyarınca kısıtlanabilir."* ibaresi uyarınca cezaevlerinin haberleşme hürriyetinin kısıtlanabileceği istisnai kamu kurumu olarak kabul edildiği değerlendirilmiştir (*Mehmet Koray Eryaşa,* B. No:2013/6693, 16/4/2015, § 76).

44. Somut olayda, hükümlülerin cezaevinden yaptıkları yazışmaların denetimi ve sınırlandırılmasının dayanağını, 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesi ile Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğün 91., 122. ve 123. maddeleri oluşturmaktadır.

45. 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinde ve anılan Tüzüğün 91. maddesinde, hükümlülerin mektup, faks ve telgraf gönderme ve kendilerine gönderilenleri alma hakkına sahip oldukları, resmi makamlara veya savunmaları için avukatlarına gönderdikleri mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmadığı, *"Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgrafların"* hükümlüye verilmeyeceği, hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmeyeceği düzenlenmiştir.

46. Gerek 5275 sayılı Kanun gerekse anılan Tüzük, Resmî Gazete'de yayımlanmış olup bu mevzuatın erişilebilir olduğunda kuşku yoktur. Anılan mevzuatta cezaevi disipliniyle ilgili hükümler, cezaevinde hükümlülerin mektup, faks ve telgrafları gönderme ve alma hakkı, buna getirilen kısıtlamalar ve izlenecek usuller yeterince açık ve anlaşılabilir şekilde düzenlenmiştir. Hükümlünün mektubunun denetimi, mektubun kısmen veya tamamen sakıncalı görülmesi halinde başvurulacak tedbirler ile bu yöndeki işlemlere karşı hükümlünün başvurabileceği dava yollarının da düzenlendiği, bu haliyle ilgili düzenlemenin yeterince açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olduğu sonucuna varılmıştır (*Ahmet Temiz,* § 44).

47. AİHM'in *Gülmez/Türkiye* kararında da 5275 sayılı Kanun'un, Avrupa İşkenceyi ve İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaları Önleme Komitesi tarafından incelendiği, herhangi bir eleştiriye maruz kalmadığı, hükümlerinin yapılan herhangi bir haksız müdahaleye karşı yerinde koruma sağlayabilecek derecede açık ve ayrıntılı olduğu tespiti yapılmıştır (*Gülmez/Türkiye*, B. No: 16330/02, 20/5/2008, § 51).

48. Görüldüğü üzere, müdahalenin dayanağı olan kanun hükmü, hak ve özgürlüğe yönelen müdahalelerin sınırlarını yeterli bir açıklıkta ortaya koyan, erişilebilir ve öngörülebilir bir düzenlemedir. Yapılan değerlendirmeler neti-

cesinde, 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinin *"kanunilik"* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

Meşru Amaç

49. Haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin meşru kabul edilebilmesi için bu müdahalenin, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasısebeplerinden biri veya birkaçına dayanması gerekir.

50. Sözleşme'nin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da haberleşme özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin hukuka uygun ve demokratik toplumda gerekli olması ile ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarıyla yapılmış olması aranmakta olup, bu şartlar altında yapılmayan müdahaleler yasaklanmıştır.

51. Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen haberleşmenin gizliliğine yönelik müdahalenin ikinci fıkrada belirtilen amaçlar çerçevesinde olabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca müdahalenin ikinci fıkrada belirtilen amaçlara dayalı olarak ve hâkim kararıyla yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte üçüncü fıkrada bazı kamu kurum ve kuruluşlarının kanun ile istisna tutulabileceği de belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada belirtilen istisna, hâkim kararı alınması şartına yönelik olarak anlaşılmalı, 22. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen sınırlama sebeplerinin genişletilebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceğini öngören Anayasa'nın 13. maddesindeki düzenleme ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların dar yorumlanması gereği karşısında, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen haberleşme hürriyetine getirilebilecek sınırlama sebeplerinin, anılan maddenin üçüncü fıkrasına dayanılarak kanunla genişletilmesi mümkün değildir (*Ahmet Temiz*, § 49).

52. Yukarıda da belirtildiği gibi, cezaevlerinin Anayasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kalan istisnai kamu kurumu olduğu kabul edilmekle birlikte, bu istisna, anılan kurumlar tarafından hakim kararı alınması şartı aranmaksızın haberleşme hürriyetine müdahale niteliğinde işlem tesis edilebileceği anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, bu kurumların haberleşme hürriyetine müdahale anlamındaki işlemlerinin meşru olabilmesi için, mutlaka Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan sınırlandırma sebeplerine dayalı olması gerekmektedir (*Ahmet Temiz*, § 50).

53. 5275 sayılı Kanun'un 68. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, *"Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgrafların"* hükümlüye verilmeyeceği, hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmeyeceği düzenlenmiştir. Burada belirtilen sebeplerin, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmış olan kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi genel amacı çerçevesinde cezaevinde güvenliğin ve disiplinin sağlanmasını hedeflediği söylenebilir.

54. Somut olayda, Cezaevi Disiplin Kurulunun başvurucuya gönderilen mektubun alıkonulmasına yönelik 1/11/2012 tarihli kararında, anılan mektupta suçu ve suçluyu öven, ayrıca örgütsel propaganda içeren ifadelerin yer aldığı gerekçesine dayanılmıştır.

55. Başvurucunun bu karara karşı yaptığı şikayet başvurusu, Edirne 1. İnfaz Hâkimliğinin 16/11/2012 tarihli ve E.2012/1221, K.2012/1234 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

56. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 215. maddesi uyarınca suç ve suçluyu övmek; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesi uyarınca örgüt propagandası yapmak suç teşkil eden fiillerdir.

57. Bu kapsamda, başvurucunun mektubunun, cezaevi disiplin kurulunca denetlenmesi suretiyle haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin, kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını taşıdığı ve bunun da Anayasa'nın haberleşme özgürlüğüne ilişkin 22. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır.

Demokratik Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

58. Başvurucu, söz konusu mektubun cezaevinde bulunan bir arkadaşı tarafından kendisine gönderildiğini, eğer mektupta sakıncalı ifadeler bulunsaydı o cezaevi tarafından gönderilmeyeceğini, düşünce paylaşımının engellendiğini, kararlarda mektupta geçen hangi ifadelerin sakıncalı görüldüğünün ve hangi örgütün propagandasının yapıldığının açıkça belirtilmediğini ifade ederek haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

59. Bakanlık görüşünde; AİHM kararlarında, ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin yazışmalarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet vermeyeceği, keza ceza infaz kurumunun, olağan ve makul gereksinimleri dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunulmasının gerekli olduğunun vurgulandığı belirtilmiştir.

60. AİHM içtihatlarında ifade edilen demokratik toplumda zorunluluk kavramı, müdahale teşkil eden eylemin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması ve takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olması unsurlarını içermektedir (*Silver ve diğerleri /Birleşik Krallık*, § 97).

61. AİHM, haberleşme hürriyetine yapılan müdahalelerin demokratik toplumda zorunluluk teşkil etmesine ilişkin kriteri incelediği kararlarda, öncelikle, ceza infaz kurumlarında bulunan kimselerin yazışmalarının belirli ölçüde kontrolünün başlı başına Sözleşme'nin ihlaline sebebiyet vermeyeceğini, keza ceza infaz kurumunun olağan ve makul gereksinimleri dikkate alınarak bir değerlendirmede bulunmanın gerekli olduğunu belirtmiştir (*Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye*, § 51; *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık,* § 98).

62. AİHM, her somut olayda kamu makamlarının bu değerlendirmeyi yaparken, mektup gönderme ve almanın, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin ve tutukluların dış dünya ile bağlantısında en önemli araçlardan olduğunu göz önünde bulundurması gereğini belirtmektedir (*Campbell/Birleşik Krallık*, B. No:13590/88, 25/3/1992, § 45).

63. Haberleşme özgürlüğü, mutlak nitelikte olmayıp, meşru birtakım sınırlamalara tabidir. Bu özgürlüğe ilişkin olarak Anayasa'nın 22. 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 (*Yasemin Çongar ve diğerleri,* B. No: 2013/7054, 6/1/2015, § § 57-58).

64. Anayasa'da belirtilen demokrasi, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. *"Demokratik toplum"* ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile AİHS'in *"demokratik toplum düzeninin gerekleri"* ölçütünün bulunduğu 8, 9. 10. ve 11. maddelerindeki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır (*Fatih Taş,* B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §92).

65. 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 (AYM, E.2009/59, K.2011/69, K.T. 28/4/2011; AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 17/4/2008; *Fatih Taş*, §93).

66. 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 haberleşme özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (*Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84 ; *Fatih Taş*, §§ 92-93).

67. Müdahalenin orantılı olduğundan söz edebilmek için, temel hakka daha az zarar verebilecek, ancak aynı zamanda güdülen amacı yerine getirebilecek nitelikte olan yöntemin tercih edilmiş olması gerekmektedir (*Nada/İsviçre*, B. No: 10593/08, 12/9/2012, § 183).

68. Hükümlü veya tutuklular, Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hukuka uygun olarak *"bir mahkûmiyet kararına bağlı olarak tutma"* olarak değerlendirilebilecek kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı dışında (bkz. *İbrahim Uysal*, B. No: 2014/1711, 23/7/2014, §§ 29-33) Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına genel olarak sahiptirler (Aynı yönde benzer bir karar için bkz. *Hirst/Birleşik Krallık (No. 2)*, B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 69). Bununla birlikte cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin temini gibi cezaevinde güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin olması durumunda sahip oldukları haklar sınırlanabilir (*Turan Günana*, B. No: 2013/3550, 19/11/2014, §35).

69. Ceza infaz kurumlarına gelen veya bu kurumlardan gönderilen yazışmalara yapılan müdahalelere gerekçe olarak gösterilebilecek yukarıda belirtilen makul nedenlerin, somut olayın tüm koşulları çerçevesi dâhilinde objektif bir gözlemciyi haberleşme hakkının kötüye kullanıldığına ikna edebilecek nitelikte olaya özgü olgu ve bilgilerle gerekçelendirilmesi gerekmektedir (*Campbell/Birleşik Krallık*, § 48). Bunun yanı sıra, yapılacak değerlendirmede hükümlüler hakkında uygulanan infaz rejiminin ve mahkûmiyet sebeplerinin de dikkate alınması gerekmektedir (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, § 98, § 102; *Atilla ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 18139/07, 11/5/2010, (k.k.)).

70. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin haberleşme özgürlüğünü kısıtlama bakımından "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve "*ölçülülük ilkesi*"ne uygun

olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 87).

71. Somut olayda, öncelikle, gerek cezaevi disiplin kurulu kararı gerekse İnfaz hâkimliği ve Ağır Ceza Mahkemesi kararında, *"başvurucuya gönderilen mektuptan"* bahsedilmekte ise de aynı zarfla, aynı kişi tarafından başvurucuya gönderilen birbirinden bağımsız iki mektup olduğunun altı çizilmelidir.

Birinci Mektup Yönünden

72. Başvuruya konu 21/10/2012 tarihinde yazılmış olan birinci mektup incelendiğinde; büyük bir bölümü *"Sevgili Eren . Yeni yazdığım makaleyi seninle sizinle paylaşayım istedim."* ifadesiyle başlayan ve*"R.S'yi nasıl biliriz"* başlığıyla devam eden R.S. ile ilgili kaleme alındığı anlaşılan kısmı ihtiva etmektedir.

73. R.S. hakkında yapılan araştırmada; 1992 yılında Türkiye Devrim Partisi (TDP) olarak adlandırılan terör örgütünün lider kadrosunda görev yaptığı kabul edilen R.S.'nin, bu örgütün 1993 yılında Türkçe adı Kürdistan İşçi Partisi olan PKK ile işbirliğinin neticesinde, 1994 yılında Siirt Kurtalan'da PKK ile güvenlik güçleri arasındaki silahlı çatışma sonucu ölü ele geçirilmiş olduğu bilgisine ulaşılmıştır.

74. Birinci mektupta R.S. hakkındaki kısım genel olarak R.S.'yi övgü dolu sözlerle anlatmakta, kendisinden *" .vurulduğu andan itibaren savaşımızın temel ideolojik- politik yapı taşı olmuştur." , ". askeri politik komutan olarak R.S. ." , ". Her devrimci hareket içinde R. gibisi az bulunur." , ".devrimci bir öncü kişilik profilidir." , "Yer altı çalışmasında şekillenmiş askeri-politik ideolojik sert tutumunun altında müthiş bir hümanizma, emekçi dostluğu vardır." , ". tarihin gerçek yapıcılarından olmasının sonucudur.", ".R.S. için yapılacak methiye övgü kendinden menkul tarih yazımının ötesinde bir şeydir.", ". devrimci dava insanının olması gerektiği gibidir R."* gibi pek çok ifadeyle bir lider olarak bahsetmektedir. Aynı zamanda *"R.S. gibi devrimci öncüler yaptıkları eylemleriyle, . rejimin , sistemin bütün şimşeklerini üzerine çekerler. Bu tip devrimci kişilikler kurulu düzenin, özel mülkiyetçiliğin şah damarına vurulmuş bıçkın birer bıçaktırlar." , "R. rejimin zihin haritasını çözmüş ve onun sınır uçlarından tahrip edecek nitelikte bir eylemcidir.", ".'Kürdistan devrimini Karadeniz'e, Toroslar'a, Anadolu'ya taşırdığımız takdirde gerçek mânadaenternasyonel devrimci görevimizi-rolümüzü yerine getirmiş olacağız' şeklindeki konuşmanın içeriği bizlere devrimci durumun tarihsel ve güncel boyutlarını ortaya koymaktadır." , ".R.S., maden ocaklarında madenci yoldaşlarının direnişinin örgütleyici öncü kurmaylığını başarabilmiş, zor zamanların örgütleyici devrimcisidir."* gibi ve benzeri ifadelere yer veren bu kısmın bütünü, R.S. tarafından yapılan yasa dışı eylemleri *"devrim mücadelesi"* olarak betimlemekte, silahlı çatışma sonucu ölü ele geçirilmesiyle bu kişiyi kahramanlaştırmaktadır.

75. Başvurucuya gönderilen birinci mektubun neredeyse tamamını oluşturan, yukarıda bahsedilen ve benzeri ifadeleri içeren R.S'ye ilişkin kısmında; başvurucunun da üyesi olduğu TDP terör örgütünün ölmüş bir liderinden yasa dışı eylemlerini yücelterek bahsetmekte olduğu kuşkusuzdur. Söz konusu eylemler anlatılırken, örgütün amaçlarının çerçevesi çizilip bu amaçlara yönlendirme yapılmaktadır. Bu amaçlar doğrultusunda şiddet içeriği tartışmasız olan silahlı eylemler meşrulaştırılarak "*mücadele*" ve hatta "*savaş*" olarak nitelendirilmekte, bu *"savaşın"* devam ettiğine işaret edilerek R.S.'nin yasa dışı davranışları *"olması gereken davranış biçimi"*olarak formüle edilmek suretiyle şiddet teşvik edilmektedir. Başvurucu, Anayasal düzeni zorla değiştirmeye çalışmak ve TDP üyesi olmak suçları nedeniyle hükümlüdür. *"Cezalandırmanın"* amaçlarından biri, daha önceden suç işlemiş olan bireylerin yeniden suç işlemelerini engelleyerek ıslah etmektir. Bu yönde, silahlı yasa dışı örgüt olduğu Türk yargı organları tarafından kabul edilen bir örgütün, lider ve eylemlerinin övülmesiyle propagandasının yapılarak suç işlenmesine teşvik edildiği Cezaevi idaresi tarafından kanaat getirilerek, bu kısmı içeren birinci mektubun İdarece alıkonulması şeklinde tedbir alınması makul görülmüştür.

76. Buna göre, birinci mektup bakımından yukarıdaki açıklamalar ışığında başvurucunun haberleşme özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın, Anayasa'nın 22. maddesi anlamında demokratik toplumda kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi için gerekli olan demokratik toplum düzeninin gereklerine ve R.S.'ye ilişkin kısım mektubun neredeyse tamamını oluşturduğundan ölçWWülülük ilkesine aykırı olduğu söylenemez.

77. Açıklanan nedenlerle, birinci mektup yönünden getirilen kısıtlamanın bir ihlal içermediği anlaşıldığından, Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

İkinci Mektup Yönünden

78. Buna karşın, somut olayda, başvurucuya gönderilen mektubun (birbirinden bağımsız olan iki mektup tek mektup olarak değerlendirilmiştir. Bkz. §§11-12) alıkonulmasına yönelik cezaevi disiplin kurulu kararında, söz konusu ikinci mektubun suç ve suçluyu övücü ayrıca örgüt propagandası içeren ifadeler olması gerekçe gösterilmesine karşılık, bu mektup içeriğindeki hangi sözlerin bu nitelikte olduğu belirtilmeden bu gerekçeye dayanıldığı anlaşılmaktadır.

79. Söz konusu disiplin kurulu kararına karşı başvurulan şikayet yolunda Edirne 1. İnfaz Hâkimliği, mektupta geçen ifadelerin suç ve suçluyu övücü, ayrıca örgüt propagandası içeren ifade niteliğinde olduğu gerekçesine yer verilmesine rağmen, mektup içinde geçen hangi somut ifadelerin bu nitelikte

olduğu belirtilmemiştir. Edirne 2. Ağır Ceza Mahkemesinin ret kararında da itiraza konu mektup içeriği hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

80. 22/10/2012 tarihli *"Merhaba Sevgili Eren, öncelikle selam ve sevgilerimi iletiyorum."* ifadesiyle başlayan 4 sayfalık ikinci mektubun; bir hükümlünün bir diğerine cezaevindeki günlerinden, birlikte kaldığı diğer hükümlülerden, ailevi ve sağlık durumundan, cezaevleri arasındaki nakillerdeki hoşnutsuzluğundan genel olarak bahseder nitelikte bir mektup olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu mektuptaki hangi ifadelerin suç ve suçluyu övücü veya örgüt propagandası içerir nitelikte olduğuna kanaat getirildiği mektubun içeriği ile Cezaevi Disiplin Kurulu ve derece mahkemeleri gerekçelerinden anlaşılamamıştır. Bu doğrultuda, söz konusu ikinci mektubun suçun önlenmesine yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin somut bilgilere dayalı olarak ortaya konulmadığı sonucuna varılmış, başvurucuya gönderilen ikinci mektubun alıkonulmasının amaçlanan hedefler açısından aşırı, dolayısıyla orantısız olduğu ve bu bağlamda demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatine varılmıştır.

81. Açıklanan nedenlerle, ikinci mektup yönünden başvurucunun haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve *"ölçülü"* olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

82. Başvurucu, başvuru formuyla birlikte tazminat talebinde bulunmamakla birlikte, Bakanlık görüşüne karşı 22/6/2015 tarihli cevap dilekçesinde maddi ve manevi tazminat istemini dile getirmiş ise de süresinde yapılmayan tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

83. Başvuru kapsamında haberleşme hürriyetinin ihlal edildiği gözetilerek, kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi için Adalet Bakanlığına ve Edirne 1. İnfaz Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle,

A. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme özgürlüğünün ihlaline ilişkin şikâyetlerin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Başvurucunun Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme özgürlüğünün,

a. Birinci mektup yönünden İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

b. İkinci mektup yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

B. Başvurucu süresinde tazminat talebinde bulunmadığından tazminat isteminin REDDİNE,

C. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurucuya, Adalet Bakanlığına ve Edirne 1. İnfaz Hâkimliğine gönderilmesine

7/7/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MEHMET SEYFİ OKTAY BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6367)

Karar Tarihi: 10/12/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 27/1/2016-29606

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Şermin BİRTANE
Başvurucu	:	Mehmet Seyfi OKTAY
Vekili	:	Av. Şeyho SAYA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; soruşturma kapsamında kayıt altına alınan telefon görüşmelerinin basına sızdırılması, çeşitli gazetelerde yayımlanması, sorumlu kişiler hakkında yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 13/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 24/9/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm tarafından 23/1/2014 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 25/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 31/3/2014 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir. Başvurucu vekili, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 7/4/2014 tarihinde ibraz etmiştir.

7. Birinci Bölüm tarafından 2/12/2015 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

9. Başvurucu 20/11/1991-27/7/1994 tarihleri arasında Adalet Bakanlığı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi XVII., XIX. ve XX. dönem Ankara milletvekilliği görevlerinde bulunmuştur.

10. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/4/2009 tarihli ve 2009/672 Teknik Takip sayılı kararında başvurucunun suç örgütü oluşturan bir organizasyon içinde yer aldığı değerlendirilmiş, soruşturma konusu olayın aydınlatılabilmesi için o aşamada başkaca delil elde etme imkânı bulunmadığı gerekçesiyle telefonunun üç ay süreyle dinlenilmesine karar verilmiştir.

11. Başvurucu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen ve kamuoyunda "Ergenekon soruşturması" adıyla anılan soruşturma (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, §§ 18-34; *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 20-37) kapsamında 8/6/2010 tarihinde gözaltına alınıp serbest bırakılmıştır.

12. Gözaltına alındığı gün ve takip eden 9/6/2010 ve 10/6/2010 tarihlerinde, bazı ulusal basın organları ve televizyon kanallarında başvurucunun anılan soruşturma kapsamında dinlenen ve kayıt altına alınan telefon görüşmelerinin içeriklerine ve soruşturma kapsamındaki iddialar hakkındaki haber ve yorumlara yer verilmiştir. Bu haberlerin başlıkları şöyledir: 8/6/2010 tarihli Sabah gazetesinde *"Yargıtay'a Oktay Eli"*, *"Seyfi Oktay: Bu Arkadaşlar Benim Ekipten"*, 9/6/2010 tarihli Star gazetesinde *"Tarafsız Yargı"*, *"Oktay ve ...le Dedeman'da Buluşmuşlar"*, 10/6/2010 tarihli Star gazetesinde *"Dedeman'dan Önce Adada Buluşma"*, 9/6/2010 tarihli Bugün gazetesinde, *"Adaletin İpini Böyle Çekmişler"*, *"Şok Eden Müthiş Çark"*, *"Haksız Tahliyeler Gözaltında"*,*"Katilleri Bile Aklamaya Çalışmışlar"*, 9/6/2010 tarihli Zaman gazetesinde, *"Müdahale Etmediği Dava Yok"*, *"İşte O Atamalar"*, *"Çankaya Belediyesi Dava Kaybedeceğini Anlayınca Oktay'ı Aramış"*, *"Ne Demek Efendim Elimden Geleni Yaparım"*, *"Dev Yol Davası Sanığından Seyfi Amca Hangi Yargıca Gideyim"*, 9/6/2010 tarihli Yeni Şafak gazetesinde *"Bağımsız Yargı Seyfi'ye Bağlı"*, *" Bağımsız Yargıda Seyfi Dede Oyunları"*, 10/6/2010 tarihli Vakit gazetesinde *"Katil İçin de Devreye Girmiş"*, *"Her Yerde Seyfi Dede"*, *"Seyfi Dededen Yargıya 51 Müdahale"*, 10/6/2010 tarihli Taraf gazetesinde *"Yargının Godfather'ı"*.

13. Başvurucu, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben yazdığı 19/7/2010 tarihli dilekçe ile belirtilen haberleri yapan gazeteciler ve soruşturma kapsamındaki bilgileri basına sızdıran meçhul görevliler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 132. ve 285. maddelerinde tanımlanan suçları işledikleri iddiasıyla şikâyetçi olmuştur.

14. Başvurucunun şikâyeti üzerine Fatih Cumhuriyet Başsavcılığınca 2010/18046 sayılı soruşturma dosyası açılmış ancak 27/8/2010 tarihinde Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir.

15. 17/9/2010 tarihinde Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığınca da Fatih Cumhuriyet Başsavcılığının yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verilmiştir. Soruşturma evrakını yeniden ele alan Fatih Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucu tarafından şikâyet edilen hususlara ilişkin ilgili soruşturmada görev alan emniyet amirleri ve polis memurları tespit edilmiş; 30/12/2010, 6/1/2011, 7/1/2011 ve 27/5/2011 tarihlerinde otuz üç kolluk görevlisinin ifadesi alınmıştır.

16. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) 12/7/2011 tarihli ve 233 sayılı kararında Şişli, Fatih, Beyoğlu, Eyüp, Sarıyer Adliyelerinin kapatılarak İstanbul Adliyesi ile birleştirilmelerine; bu Adliyelerin Cumhuriyet Savcılıklarında bulunan dosyaların İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Memur Suçları Soruşturma Bürosu tarafından başvurucunun şikâyetine ilişkin dosyada incelemelere devam olunmuş; bir kısım basın mensubu yönünden evrak, tefrik edilerek soruşturma yürütülmek üzere ilgili bürolara aktarılmıştır.

17. Anılan Başsavcılık tarafından şüpheli emniyet görevlileri hakkında İstanbul Emniyet Müdürlüğünde yürütülen disiplin soruşturmasına ait bilgilerin alınması ve söz konusu haberleri yapan gazetecilerin tanık olarak beyanlarının da tespit edilmesinden sonra 13/8/2012 tarihli ve Soruşturma No: 2010/184603, K.2012/45600 sayılı kararla kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kararın ilgili kısımları şöyledir:

"...

Suça konu olay kapsamında şüpheli emniyet görevlileri hakkında İstanbul Emniyet Müdürlüğü tarafından yapılan disiplin soruşturması neticesinde 07/09/2010 tarihinde müştekiler hakkındaki soruşturmada gizliliğin ihlalinin emniyet görevlileri tarafından gerçekleştirildiğini ortaya koyacak herhangi bir bulguya rastlanılmaması nedeniyle disiplin soruşturması açılmasına gerek olmadığı ve dosyanın işlemden kaldırılması yönünden karar verildiği ve kararın 29/09/2010 tarihinde onaylandığı,

Müştekilerin şikâyeti ile ilgili olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının (CMK 250. Madde ile Görevli) 2010/857 soruşturma sayılı dosyasında, ... şüphelilerin görev aldıklarının anlaşıldığı,

... beyanları alınan, ... şüpheliler savunmalarında; olay tarihi olan 02/03/2009 tarihi itibari ile İstanbul Organize Suçlarla Mücadele Şube Müdürlüğünde görev yaptıklarını, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının (CMK 250. Madde ile Görevli) 2010/857 soruşturma sayılı dosyasında birlikte görev aldıklarını, olay kapsamında 02/03/2009 tarihinde soruşturmaya başlandığını, 04/06/2010 tarihinde de İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na (CMK 250. SYM) fezleke ile gönderildiğini, yapmış oldukları görev ve almış oldukları talimatlar kapsamında gerekli operasyonları ve aramaları yapıp, bu hususta elde edilen bilgi, belge ve delillerle ilgili tahkikat dosyasını ilgili C. Savcılığına teslim edip, bu kapsamda görevlerini tamamladıklarını, müştekilerin şikayet dilekçelerinde belirtmiş oldukları ilgili gazetelerde çıkan haber ve içerikleri ile kendilerinin herhangi bir ilgilerinin bulunmadığını, belge veya bilgi sızdırmalarının söz konusu olmadığını, gazetec(i)leri tanımadıklarını, kendilerine yönelik suçlamaların herhangi bir delile dayanmayan soyut nitelikte iddialar olduğunu, ayrıca gazetede yer alan haberlerin kaynağını da bilmediklerini belirterek kendilerini savundukları,

Suça konu olay ve gazetede yer alan haberlere ilişkin, haberleri yapan ilgili muhabirlerin alınan beyanlarında; gerek televizyonlarda yapılan haberler, gerekse kamuoyunun yakın ilgisi nedeniyle kamu yararı ve haber niteliği taşıdığından diğer bir kısım muhabir arkadaşları ile birlikte gerekli inceleme ve araştırmayı yaptıklarını, bu hususta kendi aralarında bilgi paylaşımında bulunduklarını, bu bağlamda elde ettikleri bilgileri gazetelerinde haber yaptıklarını, buna ilişkin haberleri internet siteleri ve haber programları ile aynı konuda çalışma yapan diğer muhabir arkadaşları ile yapmış oldukları bilgi alışverişi sonucunda elde ettiklerini, ancak suça konu haberlere ilişkin bilgi ve belgeleri kesinlikle herhangi bir Emniyet Görevlisinden almadıklarını, ayrıca 5187 sayılı Basın Kanununun 12. maddesi kapsamında; haber kaynaklarını açıklamak zorunda da olmadıklarını beyan ettikleri,

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığımızca yapılan soruşturma, toplanan deliller, şikayet dilekçesi, şüphelilerin beyanları, tanık anlatımları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; müştekilerin şikayet dilekçelerinde belirtmiş oldukları suça konu olaylara ilişkin olarak haberleri yapan gazete yetkilileri ve muhabirleri hakkında ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarınca gerekli soruşturmaların yürütüldüğü,

Belirtilen olay ve operasyon kapsamında görev alan şüpheli kolluk görevlilerinin olaya ilişkin elde ettikleri bir kısım bilgi ve belgeleri basına sızdırarak gizliliği ihlal ve görevi kötüye kullanma suçlarını işlediklerinden bahisle haklarında şikayetçi olunmuş ise de; tüm dosya kapsamı itibariyle gazetelerde yer alan haberlerin şüpheli kolluk görevlileri tarafından servis edildiğine ilişkin soyut iddia dışında somut herhangi bir delil ve kanıya ulaşılamadığı, tanık olarak beyanı alınan gazete muhabirlerinin de, gazetelerinde yer alan haberlerin kaynağının kesinlikle şüpheli kolluk görevlileri olmadığını beyan ettikleri, bu kapsamda şüphelilerin üzerilerine atılı suçları işledikleri konusunda haklarında kamu davası açmayı gerektirecek nitelikte ve yoğunlukta herhangi bir delil veya şüphe bulunmadığı anlaşılmakla;şüpheliler hakkında .kamu adına kovuşturmaya yer olmadığına,."

18. Başvurucu, bu karara karşı itiraz yoluna başvurmuştur. Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 3/7/2013 tarihli ve 2013/682 Değişik İş sayılı kararında *"... Suçun niteliği, dosya kapsamı, mevcut delil durumuna göre ...kovuşturmaya yer olmadığına dair kararında bir isabetsizlik bulunmadığı ..."* gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir.

19. Anılan karar başvurucuya 18/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 13/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

20. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Basın Bürosu tarafından söz konusu haberleri yapan bazı gazeteciler aleyhine 5237 sayılı Kanun'un 285. maddesinde düzenlenen gizliliği ihlal suçu isnadıyla kamu davası açıldığı anlaşılmıştır.

B. İlgili Hukuk

21. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun olay tarihinde yürürlükte olan*"İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması"* kenar başlıklı 135. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir ve kayda alınabilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Şüphelinin tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, kullanmakta olduğu mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, kullanılan mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(5) Bu Madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu Madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

.

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),

..

(7) Bu Maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz."

22. 5271 sayılı Kanun'un 137. maddesi şöyledir:

"(1) 135 inci maddeye göre verilecek karar gereğince Cumhuriyet savcısı veya görevlendireceği adlî kolluk görevlisi, telekomünikasyon hizmeti veren kurum ve kuruluşların yetkililerinden iletişimin tespiti, dinlenmesi veya kayda alınması işlemlerinin yapılmasını ve bu amaçla cihazların yerleştirilmesini yazılı olarak istediğinde, bu istem derhâl yerine getirilir; yerine getirilmemesi hâlinde zor kullanılabilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

(2) 135 inci maddeye göre verilen karar gereğince tutulan kayıtlar, Cumhuriyet Savcılığınca görevlendirilen kişiler tarafından çözülerek metin hâline getirilir. Yabancı dildeki kayıtlar, tercüman aracılığı ile Türkçe'ye çevrilir.

(3) 135 inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hâkim onayının alınamaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir.

(4) Tespit ve dinlemeye ilişkin kayıtların yok edilmesi halinde soruşturma evresinin bitiminden itibaren, en geç onbeş gün içinde, Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbirin nedeni, kapsamı, süresi ve sonucu hakkında ilgilisine yazılı olarak bilgi verir."

23. 5271 sayılı Kanun'un *"Soruşturmanın gizliliği"* başlıklı 157. maddesi şöyledir:

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

24. 5237 sayılı Kanun'un *"Haberleşmenin gizliliğini ihlal"* başlıklı 132. maddesi şöyledir:

"(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlâl eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlâli haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır.

(4) Kişiler arasındaki haberleşmelerin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır."

25. 5237 sayılı Kanun'un*"Gizliliğin ihlali"* başlıklı 285. maddesinin 2/7/2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki hâliyle (1) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlâl eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlâli açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.

...

(3) Bu suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 10/12/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

27. Başvurucu; hakkında çıkan haberler nedeniyle eski Adalet Bakanı olarak hakarete ve iftiraya uğradığını, toplum nazarında küçük düşürülmeye çalışıldığını, hakkında yürütülen gizli soruşturma kapsamında kayıt altına alınan telefon görüşmelerinin basına sızdırıldığını, bu şekilde kamuoyu önünde suçlu olarak ilan edildiğini, soruşturma kapsamındaki bilgileri sızdıran kişilerin tespit edilerek cezalandırılmaları için Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyette bulunduğunu; idari soruşturmanın, potansiyel şüphelilerin bağlı olduğu Emniyet Müdürlüğü tarafından yürütüldüğünü ve Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ise yetersiz ve eksik soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğini belirterek Anayasa'nın 17., 20., 22., 36., 38. ve 40. maddelerinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ihlalin tespiti ile 50.000 TL manevi tazminat ödenmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

28. Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen haberleşme hürriyeti, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bu özgürlük, çok daha geniş bir alanı kaplayan "özel hayatın" bir yönünü oluşturur (AYM, E.2008/115, K.2011/86, 2/6/2011). Haberleşme hürriyeti, haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Dolayısıyla "haberleş-

menin gizliliği" kavramı, özel hayatın gizliliği kavramı içinde yer almakla birlikte özel önemi ve gereklilikleri nedeniyle Anayasa'da ayrı bir maddede düzenlenmiştir.

29. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Somut olayda başvurucu, kayıt altına alınan telefon görüşmelerinin basına sızdırılması ve şüpheliler hakkında yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesiyle ilgili olarak adil yargılanma, masumiyet karinesi, özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de başvurucunun söz konusu iddiaları, Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği hakkı çerçevesinde ele alınmıştır.

30. Başvurucunun, söz konusu haberler nedeniyle eski Adalet Bakanı olarak hakarete ve iftiraya uğradığı, toplum nazarında küçük düşürülmeye çalışıldığı yolundaki şikâyeti ise Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan kişisel itibarın korunmasını isteme hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Kişisel İtibarın Korunmasını İsteme Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

31. Başvurucu, söz konusu haberler nedeniyle eski Adalet Bakanı olarak hakarete ve iftiraya uğradığını, toplum nazarında küçük düşürülmeye çalışıldığını belirterek şeref ve itibarına saldırıda bulunulduğunu ileri sürmüştür.

32. Bakanlık, kişisel itibarın korunmasını isteme hakkı kapsamında görüş bildirmemiştir.

33. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 30/3/2011 sayılı ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekmektedir.

34. Üçüncü kişiler tarafından şeref ve itibara yapılan müdahalelerle ilgili olarak yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olması, bireysel başvuruda bulunabilmek için gerekli olan etkili tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği anlamına gelmez. Başvurucunun şeref ve

itibarına yönelik müdahalelerle ilgili olarak hukuk davası açmak suretiyle de şikâyetlerini derece mahkemeleri önünde ileri sürebilmesi ve giderim sağlayabilmesi mümkündür. Özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (*Adnan Oktar (3*), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, §§ 32-45; *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*, B. No: 2013/577, 30/6/2014, §§ 25-33;).

35. Başvurucu, şeref ve itibarına yapıldığını iddia ettiği müdahale nedeniyle gazeteciler hakkında yalnızca suç duyurusunda bulunmuş; herhangi bir hukuk davası açmamıştır. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde şeref ve itibara karşı yapıldığı iddia edilen müdahaleler ile ilgili olarak başvurucu tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu dikkate alındığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

36. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Haberleşme Hürriyetinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

37. Başvurucunun haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

38. Başvurucu; hakkında yürütülen gizli soruşturma kapsamında kayıt altına alınan telefon görüşmelerinin basına sızdırıldığını, soruşturma kapsamındaki bilgileri sızdıran kişilerin tespit edilerek cezalandırılmaları için Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyette bulunduğunu; idari soruşturmanın, potansiyel şüphelilerin bağlı olduğu Emniyet Müdürlüğü tarafından yürütüldüğünü ve ayrıca Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yetersiz ve eksik soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğini belirterek haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Bakanlık görüşünde telefon kayıtlarının basına sızdırılmasının doğrudan doğruya kamu görevlileri eliyle gerçekleştiği konusunda bir tespitin mevcut olmadığı, başvurucunun şikâyeti üzerine görevli polis memurları hakkında soruşturma başlatılarak ifadelerinin alındığı, ayrıca haberi yapan muhabirin de dinlenildiği belirtilmiştir.

40. Bakanlık görüşüne karşı cevabında başvurucu, önceki iddialarını tekrar etmiştir. Başvurucu, ayrıca hakkında *"Ergenekon terör örgütünün amacı doğ-*

rultusunda yürütülmekte olan kovuşturmayı etkileme ve yönlendirme faaliyetleri içerisinde olmak" nedeniyle kamu davası açıldığını, bu davaya yönelik olarak bir mahkeme kararına dayanılmadan telefonlarının dinlendiğini ve görüşme kayıtlarının hukuka aykırı delil niteliğinde olduğunu da ileri sürmüştür.

41. Başvurucunun bu iddialarının başvuru konusu olan müdahaleden farklı bir müdahaleye yönelik yeni bir ihlal iddiası niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan açık hüküm karşısında başvuru formunda beyan edilmeyen söz konusu hak ihlali iddiasının bu başvuru kapsamında incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

42. Başvuru formu ve eklerinde başvurucu, telefonunun dinleme kayıtlarının sızdırılarak medyada yayımlanmasından dolayı haberleşmenin gizliliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürdüğünden inceleme bu ihlal iddiasıyla sınırlı olacaktır.

43. Anayasa'nın 22. maddesi şöyledir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir."

44. Anayasa'nın 22. maddesinde, herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Mehmet Koray Eryaşa*, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 49).

45. Anayasa'nın 22. maddesi ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı, haberleşme özgürlüğünün yanı sıra, içeriği ve biçimi ne olursa olsun, haberleşmenin içeriğinin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme bağlamında, bireylerin karşılıklı veya toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine

konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması gerekir (*Yasemin Çongar ve diğerleri*, B. No: 2013/7054, 6/1/2015 § 49).

46. Kamu makamlarının, bireyin haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmesinin gizliliğine keyfî bir şekilde müdahale etmesinin önlenmesi, Anayasa ile sağlanan güvenceler kapsamında yer almaktadır. Haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi, haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturur. Bununla birlikte haberleşme özgürlüğü, mutlak nitelikte olmayıp meşru birtakım sınırlamalara tabidir. Bu kapsamdaki özel sınırlama ölçütleri, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında sayılmıştır (*Mehmet Koray Eryaşa*, § 50).

47. Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasına göre millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak ve usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile veya aynı sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile haberleşme özgürlüğüne ve haberleşmenin gizliliğine müdahale edilebilir. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde karar kendiliğinden kalkar.

48. 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."*

49. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup, Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan başta kanun ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 22. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 35).

50. Anayasa Mahkemesinin *Ahmet Temiz* (B. No: 2013/1822, 20/5/2015, §§ 28-34) kararında haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahalelerin değerlen-

dirilmesine ilişkin temel ilkeler belirlenmiştir. Gizli uygulanmaları nedeniyle kötüye kullanılma riski barındıran, haberleşmenin gizliliğine yönelen tedbirlerin uygulama alanı ve usulünün açık kanun hükümleri ile düzenlenmesi şarttır. Buna göre haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahale, öncelikle kanunla öngörülmelidir. Müdahalenin yasal dayanağını oluşturan mevzuatın "ulaşılabilir", "yeterince açık" ve belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçlar açısından "öngörülebilir" olması gerekir. İkinci olarak söz konusu sınırlandırma "meşru bir amaca" dayalı olmalıdır. Bunun yanı sıra müdahale demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmalıdır (Benzer yöndeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararı için bkz. *Amann/İsviçre,* B. No: 27798/95, 16/2/2000, §§ 55, 56).

51. AİHM kararlarında, gizli tedbirlere ilişkin kanun hükümlerinin içermesi gereken asgari unsurlar sıralanmıştır. Bu kapsamda izleme kararı verilmesine yol açabilecek suçların niteliği, iletişimleri izlenecek kişi kategorisi, izleme sürelerinin sınırları, elde edilen verilerin inceleme, değerlendirme ve saklanmalarına ilişkin esaslar, verilerin başkalarıyla paylaşılmasına ilişkin önlemler ve elde edilen verilerin ortadan kaldırılmasına ilişkin koşulların kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gereklidir (*TheAssociationForEuropean Integration and Human Rights ve Ekimdzhiev/Bulgaristan,* B. No: 62540/00, 28/6/2007, §§ 76, 77; *Roman Zakharov/Rusya*, B. No: 47143/06, 4/12/2015, § 171).

52. Hukukumuzda iletişimin denetlenmesine ilişkin temel düzenlemeler 5271 sayılı Kanun'un 135. ve 137. maddelerinde yer almaktadır. Müdahale tarihi itibarıyla yürürlükteki hâliyle 135. maddeye göre sadece sınırlı sayıda sayılan suç türleri bakımından yapılan soruşturmalarda, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda hâkim; gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği ve kayda alınabileceği, Cumhuriyet savcısının kararını derhâl hâkimin onayına sunacağı ve hâkimin kararını en geç yirmi dört saat içinde vereceği, sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacağı düzenlenmiştir. Aynı maddede, hâkim kararında yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin belirtileceği, tedbir kararının en çok üç ay için verilebileceği düzenlenmiştir.

53. 5271 sayılı Kanun'un 135. ve 137. maddelerinde telefon görüşmelerinin dinlenmesine yönelik açık ve detaylı kurallar ortaya konmuş, kamu makamlarının değerlendirme yetkisinin kapsam ve sınırları net bir şekilde belirtil-

miştir. Aynı şekilde dinleme tedbirinin hangi suçlar için verileceği ve süresi ile kayıtların saklanma ve imha edilme şartları belirlenmiştir. Ayrıca acil hâllerde dahi dinleme tedbirinin alınmasının, keyfîliğe karşı yeterli bir güvence sağlayacak şekilde hâkim onayına tabi tutulması öngörülmüştür. Buna göre müdahalenin dayanağı olan kanun hükümleri, hak ve özgürlüğe yöneltilen müdahalelerin sınırlarını yeterli açıklıkta ortaya koyan, erişilebilir ve öngörülebilir niteliktedir. Yapılan değerlendirmeler neticesinde 5271 sayılı Kanun'un anılan maddelerinin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır. (*Rıdvan Bayram*, B. No: 2013/1171, 9/9/2015, § 43 ; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gürsel Duran ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), B. No: 39254/07., 11/1/2011).

54. Somut olayda İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/4/2009 tarihli ve 2009/672 Teknik Takip, 2008/1692 Soruşturma sayılı kararında başvurucunun suç örgütü oluşturan bir organizasyon içinde yer aldığının değerlendirildiği, soruşturma konusu olayın aydınlatılabilmesi için bu aşamada başkaca delil elde etme imkânı bulunmadığı gerekçesiyle telefonunun üç ay süreyle dinlenilmesine karar verildiği görülmüştür.

55. Başvurucunun şikâyetinin özünü, telefon dinleme kayıtlarının sızdırılarak medyada yayımlanmasından dolayı haberleşmenin gizliliği hakkının ihlal edildiği hususu oluşturmaktadır.

56. AİHM kararlarında taraf devletlerin, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunan haklar bakımından keyfî müdahalede bulunmama şeklindeki negatif yükümlülüklerinin yanı sıra bu hakların etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak şeklinde pozitif yükümlülükleri olduğu vurgulanmıştır (*Craxi/İtalya, (2)* B. No: 25337/94, 17/7/2003, § 73; *Apostu/Romanya*, B. No: 22765/12, 3/2/2015, § 118).

57. Bunun yanı sıra kamu makamlarının, kişisel nitelikteki verilerin veya haberleşme kayıtlarının ifşa edilmesini önleme; bu kayıtların medyada yayımlanması suretiyle haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi durumunda ise etkili bir soruşturma yürütülmesi ve sorumluların cezalandırılmasının sağlanması konusunda pozitif nitelikte usul yükümlülüğü bulunmaktadır. (*Craxi/İtalya (2,)* §§ 73, 74; *Cariello/İtalya,* B. No: 14064/07, 30/4/2013, §§ 83, 84; *Apostu/Romanya*, § 118).

a. Haberleşme Hürriyetinin Maddi Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

58. Anayasa'nın 22. maddesi *"Devletin temel amaç ve görevleri"* kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında kamu makamları tarafından, haberleşmenin gizliliği hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlamak, kişisel nitelikteki verilerin ve gizli tutulması gereken haberleşme

kayıtlarının ifşa edilmesini önlemek üzere bütün tedbirlerin alınması, bunun için yasal düzenlemelerin yapılmasının yanı sıra gerekli organizasyonun kurulması ve personelin de bu konuda eğitilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır (AİHM'in yaklaşımı için bkz. *Apostu/Romanya*, § 131).

59. Bu kapsamda, nasıl ki gizli uygulanmaları nedeniyle kötüye kullanılma riski içeren telefon dinleme tedbirlerinin uygulama alanı ve usulünün çok sıkı kural ve koşullara bağlanması ve titiz bir yargısal denetime tabi tutulması gerekliyse kişiler hakkında henüz kamu davası açılmadan önce soruşturma makamlarınca telefon dinleme tedbiri sonucu elde edilen kayıtların korunmasının da aynı hassasiyetle yerine getirilmesi şarttır (*Apostu/Romanya*, § 129).

60. Bunun yanı sıra hakkında telefon dinleme tedbiri uygulanan kişiler hakkında kamu davası açıldıktan sonra da yargılama sırasında söz konusu kayıtlardan hangilerinin kamuoyu tarafından öğrenilmesine izin verileceği konusunda yargılamayı yürüten mahkemenin titiz bir denetim yapması gerekmektedir. İfade hürriyeti kapsamında basının, kamu yararı gereğince mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve yorumlara yer verme hakkı ve görevi bulunmakla beraber bu durum görülmekte olan davalarda delil olarak kullanılan telefon dinleme kayıtlarının, medya dâhil üçüncü kişilerin sınırsız bir şekilde erişimine açılacağı anlamına gelmez. Bu durumda yargılamayı yürüten mahkemenin yargılanan kişilerin mahremiyetini, özel ve aile hayatına saygı hakkını koruyacak şekilde tedbirler alması gerekir (*Apostu/Romanya*, § 129).

61. 5271 sayılı Kanun'un 157. maddesinde soruşturmanın gizliliği kuralına yer verilmiş; soruşturmanın gizliliği ihlali 5237 sayılı Kanun'un 285. maddesinde, haberleşmenin gizliliği ihlali ise 132. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir.

62. Soruşturmanın gizliliği ilkesi, soruşturma işlemlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesinin yanı sıra masumiyet karinesine uyularak şüphelinin lekelenmeme hakkının korunması amacını taşımaktadır.

63. 5237 sayılı Kanun'un 285. maddesinin gerekçesinde de aynı husus şu şekilde ifade edilmektedir:

> *"Soruşturma evresinin gizliliği, bir defa ceza adaletinin doğruluk, dürüstlük, gerçeğe ulaşma ilkelerine uyulması için bir zorunluluktur. Ancak her şeyden önce suçsuzluk karinesinin sağlam tutulabilmesi yönünden de vazgeçilemez niteliktedir. Aksi takdirde, bizde ve yabancı ülkelerde örneklerine rastlandığı üzere yargısız infazlar sonucu insanlar ıstıraplara sürüklenmekte ve suçsuzluk karinesi böylece lafta kalmaktadır."*

64. Anılan ceza yaptırımlarının yanı sıra hem idari yargı hem de adli yargı alanında tazminat davaları açılması da mümkün olup hukukumuzda telefon dinleme kayıtlarının ifşasını önleme hususunda yeterli ve detaylı yasal düzenlemelerin mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Ancak haberleşmenin gizliliği hakkını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının da ortaya konması gerekir.

65. Somut olayda, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının söz konusu 13/8/2012 tarihli ve 2010/184603 Soruşturma, K.2012/45600 sayılı kararında başvurucu hakkındaki soruşturmaya ilişkin olarak hazırlanan fezlekenin 4/6/2010 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiği belirtilmektedir. Başvurucunun gözaltına alınıp serbest bırakıldığı 8/6/2010 tarihinde ve 9/6/2010, 10/6/2010 tarihlerinde çeşitli basın organlarında ve televizyon kanallarında anılan soruşturma kapsamındaki telefon görüşmelerinin içerikleri ve soruşturma kapsamındaki iddialar hakkında haber ve yorumlara yer verilmiştir. Buna göre başvurucu hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturma henüz tamamlanmadan belirtilen telefon kayıtlarının ifşa olduğu anlaşılmaktadır. Bunun sonucunda iddianame hazırlanıp suçlamalar ve deliller ortaya konmadan önce başvurucu hakkındaki iddialar kamuoyu tarafından öğrenilmiş olduğundan başvurucunun kendisini savunması imkânı elinden alınmış olmaktadır. Bu kapsamda somut olayda kamu makamlarınca başvurucuya ait telefon görüşme kayıtlarının gizliliğinin korunması, ifşa edilmesinin önlenmesi konusunda gerekli tedbirlerin alınmadığı bu suretle başvurucunun haberleşme hürriyetinin maddi boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

b. Haberleşme Hürriyetinin Usul Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

66. Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca soruşturma dosyasında yer alan bilgilerin ifşa edilmesini önlemede yetersiz kaldığı tespit edilen kamu makamlarının, söz konusu kayıtların medyada yayımlanması suretiyle haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi sonrasında etkili bir soruşturma yürütülmesi ve sorumluların cezalandırılmasının sağlanması konusunda üzerlerine düşen pozitif nitelikteki usul yükümlülüğünü somut olayda yerine getirip getirmediği yönünden de inceleme yapılması gerekmektedir.

67. Başvuru konusu olayın koşullarına bakıldığında başvurucu, Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği 19/7/2010 tarihli şikâyet dilekçesiyle İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 2010/857 sayılı soruşturma dosyasında iletişimin dinlenmesi sonucu elde edilen tüm konuşmalarının basına sızdırıldığını, bu şekilde gizliliğin ihlali suçunun işlendiğini iddia ederek suçluların cezalandırılmasını talep etmiştir.

68. Ceza soruşturmasına ilişkin süreç incelendiğinde başvurucunun 19/7/2010 tarihli şikâyeti üzerine Fatih Cumhuriyet Başsavcılığınca 2010/18046 sayılı soruşturma dosyası açıldığı, anılan Başsavcılığın 27/8/2010 tarihli ve 2010/18046 Soruşturma, K. 2010/2257 sayılı kararıyla Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verildiği, Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının 17/9/2010 tarihli ve 2010/100100 Soruşturma, K. 2010/10137 sayılı kararıyla ise Fatih Cumhuriyet Başsavcılığının yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı verildiği, dosyayı yeniden ele alan Fatih Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucu tarafından şikâyet edilen hususlara ilişkin soruşturmada görev alan emniyet amirleri ve polis memurlarının tespit edildiği ve 30/12/2010, 6/1/2011, 7/1/2011 ve 27/5/2011 tarihlerinde otuz üç kolluk görevlisinin ifadelerinin alındığı görülmüştür. HSYK'nın12/7/2011 tarihli ve 233 sayılı kararıyla Şişli, Fatih, Beyoğlu, Eyüp, Sarıyer adliyelerinin kapatılarak İstanbul Adliyesi ile birleştirilmelerine, bu adliyelerin Cumhuriyet Savcılıklarında bulunan dosyaların İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verildiği, bunun üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucunun şikâyetine ilişkin dosyada incelemelere devam olunduğu, bir kısım basın mensubu ve görevliler yönünden evrakın tefrik edilerek soruşturma yürütülmek üzere ilgili bürolara aktarıldığı anlaşılmıştır. Anılan Başsavcılık tarafından şüpheli emniyet görevlileri hakkında İstanbul Emniyet Müdürlüğünde yürütülen disiplin soruşturmasına ait bilgilerin alınması ve söz konusu haberleri yapan gazetecilerin tanık olarak beyanlarının da tespitinden sonra 13/8/2012 tarihli ve 2010/184603 Soruşturma, K.2012/45600 sayılı kararla kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği anlaşılmıştır. Anılan kararda, gazetelerde yer alan haberlerin şüpheli kolluk görevlileri tarafından servis edildiğine ilişkin soyut iddia dışında somut herhangi bir delil ve kanıya ulaşılamadığı, tanık olarak beyanı alınan gazete muhabirlerinin de gazetelerinde yer alan haberlerin kaynağının kesinlikle şüpheli kolluk görevlileri olmadığını beyan ettikleri, bu kapsamda şüphelilerin üzerlerine atılı suçları işledikleri konusunda haklarında kamu davası açmayı gerektirecek nitelikte ve yoğunlukta herhangi bir delil veya şüphe bulunmadığı gerekçesine yer verilmiştir.

69. Başvurucu tarafından anılan karara 6/9/2012 tarihinde itiraz edildiği ancak Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 3/7/2013 tarihli ve 2013/682 Değişik İş sayılı kararıyla itirazın reddedildiği görülmüştür.

70. Somut olayda, söz konusu kayıtların medyada yayımlanması suretiyle haberleşmenin gizliliğine müdahale edilmesi üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturmanın etkili soruşturma koşullarını taşıdığından da söz etmek mümkün değildir. Cumhuriyet Savcılığı tarafından iki yıllık soruşturma sürecinde ilgili kolluk görevlilerinin ve basın mensup-

larının ifadelerinin alınmasından başka hiçbir işlem yapılmamıştır. Başka bir ifadeyle olayın tüm yönlerinin ortaya konulamadığı ve varsa sorumlu kişilerin belirlenebilmesine imkân tanıyan etkili bir soruşturma yapılmadığı, soruşturma sonunda ulaşılan sonucun da elde edilen delillerin kapsamlı ve nesnel bir analizine dayalı olmadığı, sonuç olarak sızmanın nasıl gerçekleştiği konusunda hiçbir somut sonucun belirtilmediği görülmüştür. Bu kapsamda söz konusu olaya ilişkin bilirkişi incelemeleri de dâhil olmak üzere tüm kanıtları toplamak için alınabilecek makul tedbirleri alma yoluna gidilmeyerek olaya ilişkin ihtimal ve iddialara karşı en başından kayıtsız kalınmıştır. Söz konusu ifşanın kamu görevlileri tarafından yapılmadığı kanaatine ulaşan Cumhuriyet Savcılığı tarafından bu sonucun yeterli görüldüğü, başka kim veya kimler tarafından söz konusu eylemin gerçekleştirilebileceği konusunda hiçbir inceleme ve araştırma yapılmadığı anlaşılmıştır. Dolayısıyla belirtilen eksiklikler nedeniyle etkili bir soruşturma yürütülmeyerek haberleşme hürriyetinin usule ilişkin boyutunun da ihlaline sebep olunduğu kanaatine varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

71. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 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."

72. Başvurucu, ihlalin tespiti ile 50.000 TL manevi tazminat ödenmesi talebinde bulunmuştur.

73. Mevcut başvuruda, Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyetinin maddi ve usul yönlerinden ihlal edildiği tespit edilmiş olduğundan ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için kararın İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

74. Haberleşme hürriyetinin usule ilişkin boyutu kapsamında etkili bir soruşturma yürütülmesi yükümlülüğünün ihlal edildiğinin tespit edilmesinin yanı sıra haberleşme hürriyetinin maddi yönünün de ihlal edildiğine hükme-

dilmesi nedeniyle başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

75. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetinin maddi boyutunun ve usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmak üzere kararın bir örneğinin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.618,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin bilgi için Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE

10/12/2015 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ (MD. 24)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ESRA NUR ÖZBEY BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/7443)

Karar Tarihi: 20/5/2015

R.G. Tarih- Sayı: 10/8/2015-29441

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Esra Nur ÖZBEY
Vekili	:	Av. Bülent AKSU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başvurucunun inancı nedeniyle giydiği pardösüsünü çıkartmaya zorlanması nedeniyle din ve inanç özgürlüğünün, hakarete uğradığı halde şüpheli hakkında ceza davasının açılmaması nedeniyle şeref ve itibarının korunması hakkının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 23/9/2013 tarihinde Bakırköy 6. Asliye Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 20/11/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 19/12/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 23/12/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı görüşünü 25/2/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvurucuya 5/3/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 26/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu, 22/1/2013 tarihinde Bakırköy Adliyesi halk girişi kapısından adliye binasına girmiş, elektromanyetik cihazdan geçerken görevliler başvurucunun pardösüsünü çıkartmasını istemişlerdir. Başvurucu inancı nedeniyle pardösüsünü çıkartamayacağını ancak bir bayan görevli tarafından üzerinin aranabileceğini bildirmiştir. Güvenlik görevlilerinin kendilerine verilen talimata göre pardösünün çıkartılmasının bir zorunluluk olduğunu söylemeleri üzerine başvurucu ile güvenlik görevlileri arasında bir tartışma yaşanmıştır. Başvurucu tartıştığı güvenlik görevlilerinin bulunduğu kapıdan binaya girememiş, dışarı çıkarak başka bir kapıdan adliye binasına girmiştir.

9. Başvurucu aynı gün kendisine zorluk çıkartıldığı, adliye binasına girmesinin engellendiği ve kendisine hakaret edildiği iddiasıyla suç duyurusunda bulunmuştur. Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı, 28/1/2013 tarihinde şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir.

10. Başvurucu, olay yerini gören kamera kayıtları getirtilmediği, yanlış kişiler hakkında soruşturma yapıldığı ve Anayasa'nın 24. maddesinde koruma altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddiaları karşılanmadan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğini iddia ederek karara itiraz etmiştir. İstanbul 20. Ağır Ceza Mahkemesi 20/3/2013 tarihli kararı ile eksik soruşturma yapıldığı gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

11. Cumhuriyet savcısı, Adliyenin giriş kapısını gören güvenlik kameralarının görüntülerini talep etmiş, ancak Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı İdari İşler Müdürlüğünün 2/5/2013 tarihli yazısında "*kamera kayıtlarının olmadığı*" bildirilmiştir.

12. Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı, 8/5/2013 tarihinde şüpheliler hakkında yeniden kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. Başsavcılığın gerekçesi şöyledir:

"Müştekinin Bakırköy Adliyesine geldiği, duyarlı kapıdan geçmeden önce özel güvenlik kurumu görevlisi tarafından metal eşyalarını sepete bırakması ve mantosunu

çıkartması konusunda uyarıldığı, müştekinin mantosunu çıkartma konusunda direndiği, olay yerine gelen şüpheli Gürkan Sevinç'in kendisine "terbiyesiz" diyerek hakarette bulunduğunu iddia ettiği, olay yerinde bulunan tanık Nuray Özbek'in olayı doğrulamadığı, güvenlik nedeniyle yapılan uygulamayı tanığın ve şüphelinin ayrı ayrı izah etmesine rağmen müştekinin adliyeye başsavcılık talimatına aykırı şekilde giriş yapmak istemesi nedeniyle olayın meydana geldiği, olaydan sonra şikayet edeceğini belirten müştekinin bayan polis memuru refakati ile adliye binasına girişinin sağlandığı, verilen KYOK nedeniyle karara itiraz edildiği, sesli kayıt cihaz görüntülerinin alınmadığından bahsedilmesi nedeniyle kararın kaldırıldığı, yapılan yazışma neticesinde 02/05/2013 tarihli cevapla olayın gerçekleştiği alanda görüntülerin kayıt edilmediği bilindiği anlaşılmakla; soyut iddia dışında kovuşturmaya geçmeye yeterli delil elde edilmediğinden şüpheli hakkında CMK 172 maddesi gereğince kamu adına kovuşturmaya yer olmadığına (karar verilmiştir.)"

13. Başvurucu, 9/10/2003 tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu uyarınca Bakırköy Adalet Sarayı halk giriş noktalarında sesli ve görüntülü kayıt yapılıp yapılmadığı ve kayıtların ne kadar süre ile muhafaza edildiğini sormuş; Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığı İdari İşler Müdürlüğünün 2/7/2013 tarihli yazısında söz konusu giriş noktalarında sesli ve görüntülü kayıt yapıldığı ve kayıtların bir ila bir buçuk ay muhafaza edildiği bildirilmiştir. Başvurucu, söz konusu yazı ile birlikte eksik soruşturma yapıldığı ve anayasal haklarının korunmadığını belirterek kovuşturmaya yer olmadığı kararına bir kez daha itiraz etmiştir. İstanbul Anadolu 4. Ağır Ceza Mahkemesi 22/7/2013 tarihli kararı ile itirazı, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. İtirazın reddi kararı başvurucuya 22/8/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

14. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru 23/9/2013 tarihinde yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

15. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Haksız arama*" kenar başlıklı 120. maddesi şöyledir:

" (1) Hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."

16. 1/6/2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) *"Dayanak"* kenar başlıklı 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Yönetmelik, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu, 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilât, Görev ve Yetkileri Kanunu, 9/7/1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanunu, 10/7/2003 tarihli ve 4926 sayılı

Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu, 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu, 28/4/2004 tarihli ve 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun, 10/6/2004 tarihli ve 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu, 25/10/1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hâl Kanunu, 13/5/1971 tarihli ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ile 2/7/1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve diğer ilgili mevzuat hükümlerine göre hazırlanmıştır."

17. Yönetmeliğin *"Hâkimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen hâller"* kenar başlıklı 25. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Aşağıdaki hâllerde yapılacak aramalarda ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmez:

a) Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında,

...

Umuma açık veya açık olmayan özel işletmelerin, kurumların veya teşebbüslerin girişlerindeki kontroller, buralara girmek isteyen kimselerin rızasına bağlıdır. Kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir. Ancak, bu yerlerin ve katılanların taşıyabilecekleri özel niteliklere göre, önleme aramaları kolluk güçleri tarafından da yapılabilir."

18. Yönetmeliğin *"Durdurma ve kontrol işlemleri"* kenar başlıklı 27. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...

Durdurma üzerine aşağıdaki işlemler yapılır:

a) Durdurulan kişi üzerinde giysilerinden herhangi birisi çıkarılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılır. Bu işlem sonucunda, kişide silâh bulunduğu sonucunu çıkarmaya yeterli şüphe meydana gelirse, memur kendiliğinden silâh ve diğer suç eşyası araması yapabilir.

b) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

c) Yapılan kontrolün konusu ve sebepleri ilgiliye açıklanır.

...

e) Yoklama suretiyle kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılır.

...

h) Yoklama suretiyle kontrol, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz.

i) Makul sebebi oluştuğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

j) Kontrolden sonra talep üzerine olay yerinde derhâl bir tutanak düzenlenir."

19. Yönetmeliğin "*Karar veya yazılı emir üzerine üst ve eşya aramasının icrası*" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...

Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.

Üst ve eşya araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır.

Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Sahipsiz eşya hakkında da aynı hüküm uygulanır.

Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir.

Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek arama yapılamaz. Gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir.

Üst araması sırasında, kişinin üstünde veya eşyasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açıksa dahi yazılı bilgiler okunamaz.

Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması aşağıda belirtilen şekilde giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir:

a) Arama yapılmadan önce, bu aramayı yapmanın neden gerekli görüldüğü ve nasıl yapılacağı, o birimde görevli en üst kolluk âmiri tarafından ilgiliye bildirilir.

b) Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

c) Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır; bedenin alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler mutlaka aranır.

d) Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.

e) Arama, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir.

..."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 20/5/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 23/9/2013 tarihli ve 2013/7443 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu,

i. Bakırköy Adalet Sarayı halk girişi kapısında elektromanyetik cihazdan geçtiği esnada kapıda bulunan özel güvenlik görevlilerinin kendisinden pardösüsünü çıkartmasını istediklerini, pardösünün altındaki kıyafetinin uygun olmaması nedeniyle ve inancı gereği pardösüsünü çıkartmadığını; bir bayan görevli tarafından üstünün elle veya dedektörle aranabileceğini söylediğini, görevlilerin kendisine pardösüyü çıkartmadan adliyeye girmesinin mümkün olmadığını söylediklerini, çıkan tartışmada kendisine hakaret edildiğini,

ii. Görevliler hakkında suç duyurusunda bulunduğunu ancak güvenlik kameralarının görüntüleri istenmeden ve hiçbir araştırma yapılmadan kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğini, kendisine yönelik hakaretlerden korunmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğini,

iii. Eksik soruşturma ve yanlış kişi hakkında soruşturma yapılmış olması nedeniyle Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğini,

iv. Dini inancı gereği pardösüsünü çıkartamayacağını söylemesine rağmen ısrarla pardösüsünün çıkartılmak istenmesi ve bilahare adliye binasına alınmaması nedeniyle Anayasa'nın 24. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Başvurucu ihlalin tespiti ile toplam 50.000,00 TL maddi ve manevi tazminata hükmedilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Başvurucu, hakaret fiili ile kendisinin şeref ve itibarına saldıran kişiler hakkında yapmış olduğu şikâyet üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma sonucunda failin cezalandırılmaması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Buna karşın başvurucunun bu şikâyetinin özü, devletin, şeref ve itibarına üçüncü kişilerce yapılan saldırılara karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesindeki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğidir.

23. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Bu sebeple başvurucunun, kendisine yönelik hakaretlerden korunmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ve eksik soruşturma yapılmış olması nedeniyle Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerinin bir bütün olarak şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı yönünden incelenmesi uygun görülmüştür.

24. Başvurucunun adalet sarayına girmek için dini inancı gereği giydiği pardösüsünü çıkartmaya zorlandığına ilişkin şikâyetlerinin din ve inanç özgürlüğü yönünden incelenmesi gerekir.

a. Şeref ve İtibarın Korunmasını İsteme Hakkının İhlal Edildiği İddiası

25. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

26. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, 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 gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 19-20; *Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 26).

27. Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen olağan başvuru yolları ibaresinin, başvurucunun şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca, başvuru yollarını tüketme kuralı

ne kesin ne şeklî olarak uygulanabilir bir kural olup, bu kurala uygunluğun denetlenmesinde somut başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda, yalnızca hukuk sisteminde bir takım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvurucunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvurucunun, kendisinden başvuru yollarının tüketilmesi noktasında beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediğinin başvurunun özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İlhan / Türkiye*, 22277/93, 27/7/2000, § 56-64).

28. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "*manevi varlık*" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireylerin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Ancak Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak üçüncü kişilerce yapılan müdahalelere karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesindeki 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 bir bireyin, üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla, hukuk davası yoluyla da bir giderim sağlaması mümkündür (*Abdullah Doğtaş*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 35).

29. Bir ihlal iddiasına ilişkin olarak başvurulabilecek birden fazla etkili başvuru yolunun bulunması durumunda, kural olarak başvurucunun aynı amacı taşıyan başvuru yollarının tamamını tüketmesi beklenemez (bkz. *S.S.A.*, B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 30). Ancak hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiil nedeniyle başkasına verilmiş olan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü ifade eden hukuki sorumluluk, ceza hukuku alanında suç diye adlandırılan insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış grubunu kapsamaktadır. Bir eylemin suç teşkil edebilmesi için ilgili kanunda açıkça tanımlanması gerekirken haksız fiil için böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Öte yandan ceza hukuku alanında objektif sorumluluğa yer verilmezken, hukuki sorumluluk alanında objektif sorumluluk esası etkin şekilde uygulanır. Hukuki sorumluluk alanında aynı maddi vakıalar çerçevesinde daha düşük bir ispat standardı kullanılarak kişisel sorumluluk söz konusu olabilir. Ayrıca hukuk sistemimizde ceza muhakemelerinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı bulunmamaktadır. Hukuki sorumluluk alanındaki tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu

nazara alındığında, özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına yönelik uyuşmazlıklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (bkz. *S.S.A.*, § 31).

30. Diğer taraftan bireyin şeref ve itibarına yönelik hakaret içerikli söylemlerden kaynaklanan zararların Devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde giderimine ilişkin olarak Avrupa Konseyi ve Birleşmiş Milletlerin karar organlarının hakaretin suç olmaktan çıkarılarak özel hukuk alanında yaptırıma tabi tutulmasını tavsiye eden birçok kararı bulunmaktadır (*Abdullah Doğtaş*, § 37-39).

31. Başvuruya konu olayda, başvurucu, tartıştığı özel güvenlik görevlisinin kendisine "*terbiyesiz*" demek suretiyle hakaret ettiği iddiasıyla, hakaret suçundan işlem yapılması talebiyle Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyette bulunulmuştur. Yürütülen soruşturma sonucunda ilgililer hakkında bu suçlar yönünden kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği, ancak başvurucunun somut başvuru açısından daha etkili bir yol olan hukuk davası açma yoluna gitmediği anlaşılmaktadır.

32. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde, üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler ile ilgili olarak başvurucu tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu nazara alındığında, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

33. Açıklanan nedenlerle, başvurucu tarafından üçüncü kişilerce şeref ve itibara karşı yapılan müdahaleler ile ilgili olarak yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulduğu ve somut başvuru açısından daha etkili bir yol olan hukuk davası açma imkânı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "*başvuru yollarının tüketilmemesi*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Din ve Vicdan Özgürlüğünün İhlal Edildiği İddiası

34. Başvurucunun, Bakırköy Adliye Sarayı halk giriş kapısında güvenlik görevlilerinin kendisinden, dini inancı gereği pardösüsünü çıkartamayacağını söylemesine rağmen, ısrarla pardösüsünün çıkarmasını istemesi ve bilahare olayın olduğu kapıdan adliye binasına alınmaması nedeniyle Anayasa'nın 24. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun bu şikâyete ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

35. Başvurucu, üzerindeki pardösüyü dini vecibe olarak giydiğini söylemektedir. Olay günü Bakırköy Adliyesi halk girişinde güvenlik görevlileri başvurucudan pardösüsünü çıkartarak elektromanyetik cihazdan geçmesini istemişler ancak başvurucu üzerindeki pardösüyü dini gereklilik nedeniyle giydiğini ve bu sebeple de çıkartamayacağını ifade etmiştir. Başvurucu, üzerinin dedektörle veya bayan görevli vasıtasıyla elle aranabileceğini, havaalanlarında bile pardösüsünün çıkartılmasının istenmediğini, elle veya dedektörle arandığını belirtmiştir. Güvenlik görevlileri kendilerine verilen talimat gereği pardösünün çıkartılmaması halinde adliye binasına girmesinin mümkün olmadığını bildirmişlerdir. Başvurucu, söz konusu giriş kapısından alınmayınca dışarı çıkarak Adliye Binasının başka bir kapısından içeri girdiğini ileri sürmektedir. Başvurucu aynı gün güvenlik görevlileri hakkında suç duyurusunda bulunmuştur.

36. Başvurucu, dini inancı gereği giydiği pardösünün zorla çıkartılmak istenmesi ve çıkartmadığı için adliye binasına alınmamasının Anayasa'nın 24. maddesinde yer alan din ve vicdan özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu savunmuştur.

37. Adalet Bakanlığı görüşünde;

i. Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 9. maddesi ile Anayasa'nın 24. maddesi kapsamında incelenmesinin uygun olacağı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (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. 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 verdiği hatırlatılmıştır.

iii. AİHM'in yerleşik içtihatlarında din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerde devletlerin geniş bir takdir hakkı bulunduğunu değerlendirdiği, devletin din ve inanç özgürlüğü çerçevesinde pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunduğu, devletin din ve inanç özgürlüğü alanında takdir hakkı

bulunmakla birlikte devletin bireysel yarar ile kamusal yarar arasındaki dengenin tam olarak sağlanması konusunda dikkatli davranması gerektiği belirtilmiştir.

iv. Bazı AİHM kararlarına atıf yapılarak, somut şikayette din ve inanç özgürlüğüne yapılan müdahalenin, kamu güvenliğine dayalı olduğu, devletin, ülke içerisindeki genel dini kabullerin bireysel olarak uygulanması ile kamusal yarar arasında bir dengenin sağlanması konusunda pozitif yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı noktasında bir değerlendirme yapmak gerektiği dile getirilmiştir.

38. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında kendisinin pek çok insanın bulunduğu bir ortamda pardösüsünün çıkarmaya zorlanmasının insani olmadığını, orada bulunan bir bayan güvenlik görevlisi tarafından elle veya dedektörle aranabileceğini ancak bu yola tevessül edilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu, halkının çoğunluğu Müslüman olan Türkiye'de bayanların çoğunluğunun dini inançları gereği bazı dış kıyafetler giydiğini, bu sebeple devletin bazı önlemler almak zorunda olduğunu, Türk toplumu ile Avrupa ülkeleri arasındaki değer yargılarının farklı olmasının inceleme sırasında göz önünde bulundurulması gerektiğini iddia etmiştir.

39. 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."

40. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin (MSHS) 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."

41. 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."

42. 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.

43. 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 so-

nucunda, 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)

44. Din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden biri olmasının kökeninde dinin, hem bir dine bağlı olan bireyler tarafından hayatı 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 (*Tuğba Arslan*, [GK], B.No: 2014/256, 25/6/2014, § 52).

45. 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 (*Tuğba Arslan*, § 53).

46. Din özgürlüğü bağlamında "*tanıma*", devlet-birey ilişkilerinde devletin, tüm din veya inanç gruplarının 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 (*Tuğba Arslan*, § 54).

47. Anayasa'nın 24. ve Sözleşme'nin 9. maddesi ile anlam ve kapsamı belirlenen din ve vicdan özgürlüğü, herkesin "*din veya inancını açığa vurma özgür-*

lüğünü", "*din ve inancını değiştirme özgürlüğünü*", kişilerin diledikleri inanç ve kanıya 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, suçlanamaz (*Tuğba Arslan*,§ 55) ve başka türlü davranmaya zorlanamazlar.

48. 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*, § 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.

49. 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 (*Tuğba Arslan*, § 57).

50. 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 savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde dahi kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı açıkça belirtilmiştir (*Tuğba Arslan*, 25/6/2014, § 58).

51. 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 (*Tuğba Arslan*, 25/6/2014, § 59).

52. 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*, § 33).

53. 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

54. 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.

55. 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 MSHS'in 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 "*inancınuygulanması"* 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 Yorumda, "*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 din-*

lenme 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."

56. 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 (Tuğba Arslan, § 64).

57. 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 çözümü 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, §§ 3-4; *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 gereklilik testinde başvurucu, 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 başvurucunun yapmaya zorlandığı ya da yapmaktan kaçındığı davranışın onun inançlarıyla bağıdır (*Tuğba Arslan*, § 66).

58. 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, göz önünde bulundurulması gereken önemli noktalardır (*Tuğba Arslan*, § 67).

59. Bununla birlikte, acil bir toplumsal ihtiyacı karşılama hali dışında, bir din veya inancın en iyi hangi şekilde açığa vurulacağına veya bir davranışın başvurucunun ileri sürdüğü din veya inancın bir gerekliliği olup olmadığına söz konusu din veya inancın mensuplarınca karar verilebilir. Başka bir deyişle başvurucunun din veya inancının uygulamasına ilişkin anlayışının ve bu anlayıştan doğan açıklamalarının, açıkça mesnetsiz veya mantıksız olmadığı müddetçe esas alınması gerekir (daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Tuğba Arslan*, § 68-70).

60. Bir davranışın, başvurucunun 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 inanması ve nasıl davranması gerektiğine karar vermek gibi bir durum içine girmekten de sakınılması gerekir. Aynı şekilde başvuruculaın 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 başvuruculaın 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 (*Tuğba Arslan*, § 71-72).

61. Başvurucu, giyinme tarzının, mensup olduğu İslam dininin mutlaka yerine getirilmesi gereken kurallarından biri olduğunu, bu sebeple, olay günü Bakırköy Adliye binası halk giriş kapısında güvenlik kontrolünde özel güvenlik görevlileri tarafından pardösüsünün çıkartılmasının istenmesinin dinini serbestçe açığa vurma hakkına açık bir müdahale olduğunu savunmuştur. Başvurucu ayrıca, pardösü giymesinin ve güvenlik kontrolünde çıkartmayı reddetme davranışının İslam dini bakımından yerine getirilmesi gerekli bir uygulama olduğunu ileri sürmüştür.

62. Kadınların İslam dininin bir emri olduğu inancıyla vücutlarını örtecek şekilde pardösü ve benzeri kıyafetler giymelerinin, Anayasa'nın 24. maddesinin olağan anlamının kapsamında değerlendirilebilecek bir konu olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu itibarla, dini inanç gereği giydiği kıyafete sınırlama getiren kamu gücü işlem ve eylemlerinin kişinin dinini açığa vurma hakkına bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir (*Tuğba Arslan*, § 76).

63. Somut olayda başvurucu, dini inancı gereği vücudunun bazı kısımlarını kapatması gerektiğine inanmaktadır ve güvenlik görevlileri kıyafetini çıkartmasını isteyerek onu aksi yönde bir uygulamaya zorlamışlardır. Dolayısıyla başvurucunun kıyafetini çıkarmaya zorlanması ve başvurucunun kıyafetini çıkarmaktan kaçınması ile onun dini inançları arasında doğrudan bir bağ vardır. Bu sebeple başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edildiğini kabul etmek gerekir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

64. Anılan müdahalenin, Anayasa'nın 24. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında belirtilen anayasal yasaklara uygun olması gerekir. Ayrıca bu müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen diğer koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 13. ve 24. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir.

65. Anayasa'nın 13. maddesinde "*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*" denmektedir. Anayasa'nın bu maddesinde yer alan güvence ölçütleri hak ve özgürlükler üzerinde yasayla yapılan bütün sınırlamalar bakımından geçerlidir ve sınırlamanın sınırını oluşturur.

66. 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 belirlenmesi gerekir. Bu denetim sırasında öncelikle müdahalenin kanunilik şartına uyup uymadığı incelenecektir. Daha sonra müdahalenin Anayasa'da öngörülen sebeple yapılıp yapılmadığı ve diğer ölçütler yönünden denetim yapılmalıdır.

i. Kanunilik

67. Başvurucunun, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan müdahalenin "*kanun*"la yapılması şartına aykırılık bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunma-

mıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 5271 sayılı Kanun'un "*arama ve el koyma*" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan 116 ila 121. maddelerinde yer alan hükümlere dayalı olarak hazırlanan 1/6/2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 25., 27. ve 28. maddelerinin "*kanunilik*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

68. Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararında müdahalenin hangi amaçla yapıldığı belirtilmemiş olmakla birlikte adliye binası girişinde bireylerin aranması suretiyle yapılan müdahalenin kamu güvenliği, suçların önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebebiyle yapıldığı açıktır.

69. Anayasa'nın 24. maddesinin "*14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir*" ifadesine yer veren ikinci fıkrası ve "*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."* şeklindeki son fıkrası Anayasa'daki din ve vicdan özgürlüğünü sınırlama rejiminin temelini oluşturur. Bu ifadeler ile Anayasa'nın din ve vicdan özgürlüğünün norm alanının sınırlarının belirlendiği ve anayasal yasak öngördüğü görülmektedir.

70. Buna mukabil Anayasa'nın 24. maddesinin ikinci fıkrasının yollama yaptığı Anayasa'nın 14. maddesinin "*Anayasa hükümlerinden hiçbiri, 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.*" şeklindeki ikinci fıkrası, temel hakların Anayasa'nın bütünlüğü içerisinde ele alınmasına ilişkin çok önemli bir yorum kuralı getirmektedir. "*.temel hak ve hürriyetlerin. Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılması*" biçimindeki ifade, din ve vicdan özgürlüğü de dahil olmak üzere bütün temel hakların birbirleriyle ve diğer anayasal ilkelerle birlikte yorumlanması ve sınırlandırma ilişkisi içerisinde kavranması zorunluluğunu doğurmaktadır.

71. Bu kavrayış, hakların haklarla sınırlandırılması türünden bir sonuca işaret etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında, Anayasa'nın tüm maddelerinin aynı etki ve değerde olduğu ve aralarında bir üstünlük sıralamasının bulunmadığı, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımanın olanaklı olmadığı, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından birinin, diğerinin sınırını oluşturabildiği belirtilmiştir (Bkz. AYM, E.2011/134, K.2012/83, K.T. 24/5/2012). Başka bir deyişle hakkı

düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir (Bkz. AYM, E.2010/83, K.2012/169, K.T. 1/11/2012).

72. Nitekim Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasında öngörülen yasak dışında din ve vicdan özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olması bu hakkın belirtilen yasak kapsamı dışında hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan bir hak olduğu anlamına gelmemektedir. Anayasa'nın 24. maddesinde garanti altına alınan din ve vicdan özgürlüğü, sınırlarını toplumu oluşturan diğer bireylerin haklarında bulmaktadır.

73. Somut olayda, başvurucunun dini inancı sebebiyle kullandığı pardösüsünün güvenlik taraması yapılması için çıkartmaya zorlanmasının, kamu güvenliği ve suçların önlenmesine yönelik çalışmaların bir parçası olduğu açıktır. Bu anlamda, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığın korunması hakkı din ve vicdan özgürlüğünün doğal sınırlarını oluşturmaktadır.

74. Nitekim AİHM, herhangi bir dini inancın dışa vurum davranışının farklı muameleye temel oluşturması halinde bunun meşru kabul edilebilmesinin ancak dinin dışa vurum davranışının "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*" ve "*kamu düzeninin sağlanması*" amacına matuf olması ile mümkün olduğunu kabul etmiştir (Sözleşme'nin 9. maddesi bağlamında kullanılan ölçütler için bkz. *Leyla Şahin/Türkiye*, B. No. 44774/98, 29/6/2004, § 108).

75. Sonuç olarak somut olayda din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahale Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korunmasına ilişkin 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kişilerin yaşamının, maddi ve manevi varlığının korunması meşru amaçlarını taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

76. Son olarak başvuruya konu müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekli*" olup olmadığı hususu değerlendirilmelidir. Bir müdahalenin gerekliliğinin mevcudiyetini ve ölçülülüğünü değerlendirmede kamu gücünü kullanan organların ve yargı makamlarının belli bir takdir payı bulunmaktadır. Buna karşın, diğer tüm özgürlüklerde olduğu gibi din ve vicdan özgürlüğünün de parlak bir retorik olarak kalmaması için bu takdir payı, hem hukuki durumu hem de hukuk kurallarının uygulanmasına yönelik kararları kapsayacak şekilde Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir (Sözleşme'nin 9. maddesi bağlamında devletlerin takdir payına ilişkin değerlendirmeler için bkz. *Kokkinakis/Yunanistan*, § 47).

77. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*"-dir. 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 (*Tuğba Arslan*, § 96), başka bir deyişle kamu gücü eylem ve işlemlerini haklılaştırmak için kullanılan gerekçelerin uygun ve yeterli görünüp görünmediklerini ve izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadıklarını inceler.

78. Anayasa Mahkemesi 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 (*Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84; *Tuğba Arslan*, § 97). Bu sebeple din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu son hususta karar verebilmek için demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasının gerekleri ile başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahale ölçülüp değerlendirme işlemi yapılırken, kamu gücü eylem ve işlemleri ile yargı makamlarının kararları, olayın arka planı ile birlikte bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

79. AİHM, konuyla ilgili ilk kararlarından itibaren, Sözleşme'nin 9., 10. ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarında geçen "*gerekli*" kavramının ne anlama geldiğini açıklamıştır. AİHM'e göre "*gerekli*" kavramı, "*zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı*" (pressing social need) ima etmektedir (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48). Dolayısıyla, başvurucunun dini inancı gereği giydiğini söylediği pardösüsünü çıkartmaya zorlanması nedeniyle müdahale edilen din ve vicdan özgürlüğü ile ulaşılmak istenen kamu yararı arasındaki dengenin ölçülü olduğunun kabulü halinde, müdahaleye ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir.

80. İlk olarak dava konusu müdahalenin, olayların tamamı ışığında incelenmesi gerekir. Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının, 8/5/2013 tarihli kovuşturmaya yer olmadığı kararına göre başvurucu Bakırköy Adliyesi halk giriş kapısından geçmeden önce özel güvenlik görevlisi tarafından metal eşyalarını sepete bırakması ve pardösüsünü çıkartması konusunda uyarılmış, başvurucu pardösüsünü çıkartmama konusunda ısrar etmiştir. Başsavcılığa göre başvurucuya yapılan muamele güvenlik nedeniyle yapılmış, güvenlik görevlilerinin uyarılarına rağmen başvurucu adliyeye Başsavcılık talimatına aykırı şekilde giriş yapmak istemiştir (§ 12). İkinci olarak ise başvurunun çözüm-

lenmesi için mümkün olduğu kadar somut davadan kaynaklanan meseleye odaklanmak gerekir. Bununla beraber yasal hükümlere de bakılmalıdır. Zira başvurucunun şikâyetçi olduğu kamu gücü eylemi yasal mevzuatın uygulanmasından kaynaklanmaktadır.

81. İnsan haklarına dair düzenlemeler, temelde birey ile kamu otoriteleri arasındaki ilişkileri ilgilendirirler. Bu durum Anayasa'nın çerçevesi bakımından da geçerlidir. Anayasa'da bulunan hak ve özgürlüklerin çoğu aslında bireyleri kamu makamlarının keyfi davranışlarından korumayı amaçlar. İnsan hak ve özgürlükleri alanında Anayasa'nın temel amacı ve hedefi, kişi hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınmasıdır.

82. Buna mukabil, Anayasa'nın 24. maddesi devlete, din özgürlüğünü ihlal etmeme şeklinde yalnızca negatif yükümlülükler değil, aynı zamanda bu özgürlüğün rahatça kullanılabileceği bir ortamı sağlama şeklinde pozitif yükümlülükler de yüklemektedir.

83. Din ve inanç özgürlüğünün de devlete olumlu bir edimde bulunma yükümlülüğü getirip getirmediği sorunu, bu özgürlüğün pozitif yönü ile ilgilidir. Belli durumlarda devletin, bir din veya inancın mensuplarının Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen haktan barışçıl bir şekilde yararlanma haklarını güvence altına alma sorumluluğu ortaya çıkabilir (Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin açıklamalar için bkz. *Otto Premınger Enstitüsü/Avusturya*, B. No: 13470/87, 20/9/1994, § 47).

84. Devletin din ve vicdan özgürlüğü konusundaki pozitif yükümlülüğü, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir niteliği olarak Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer alan laiklik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Söz konusu maddelerde laiklik, devletin dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Laiklik, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsetmemekte, 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. Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin ve toplulukların 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; *Tuğba Arslan*, § 133-135).

85. 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 gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır (Bkz. AYM, E.2012/65, K.2012/128, K.T. 20/9/2012; *Tuğba Arslan*, § 137).

86. Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, 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.*" (*Tuğba Arslan*, § 138).

87. Demokratik ve 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 olanak din ve vicdan özgürlüğünün "*inananların dinsel duygularına saygı gösterilmesi hakkı*"nı doğurmaktadır (inananların dinsel duygularına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin açıklamalar için bkz. *Otto Premınger Enstitüsü/Avusturya,* § 55).

88. Somut olayda çözümlenmesi gereken mesele, başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkı ile "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*" ve "*kamu düzeninin sağlanması*" için yapılan güvenlik aramasında başvurucunun kıyafetini çıkartmaya zorlanması arasında meydana gelen ve birbiriyle çatışmalı menfaatlerin ağırlıklarının tartılması hususunu içermektedir. Yürürlükte bulunan mevzuata bakıldığında çatışan bu iki menfaatin dengelenmesi için bazı tedbirler alındığı görülmektedir.

89. Nitekim 5237 sayılı Kanun'un 120. maddesinde hukuka aykırı olarak bir kimsenin üstünü veya eşyasını arayan kamu görevlisine üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür. 5271 sayılı Kanun'un "*arama ve el koyma*" başlıklı dördüncü bölümünün 116 ila 121. maddelerinde yer alan hükümlerde ise adli ve önleme aramasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bu hükümlere dayalı olarak hazırlanan 1/6/2005 tarihli Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin "*Hâkimden önleme araması kararı alınması gerekmeyen hâller*"

kenar başlıklı 25. maddesinde "*Devletçe kamu hizmetine özgülenmiş bina ve her türlü tesislere giriş ve çıkışın belirli kurallara tâbi tutulduğu hâllerde, söz konusu tesislere girenlerin üstlerinin veya üzerlerindeki eşyanın veya araçlarının aranmasında*" ayrıca bir arama emri ya da kararı gerekmediği belirtilmiştir. Yine aynı maddeye göre "*kontrol edilmeyi kabul etmeyenler, bu gibi yerlere giremezler. Bu gibi yerlerde kontrol, esasta özel güvenlik görevlileri tarafından yerine getirilir.*" Bu gibi durumlarda üst aramasının nasıl yapılacağı aynı Yönetmeliğin "*Durdurma ve kontrol işlemleri*" kenar başlıklı 27. maddesinde ve "*Karar veya yazılı emir üzerine üst ve eşya aramasının icrası*" kenar başlıklı 28. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. (§ 16-17).

90. Söz konusu kurallara göre kişiler, üzerlerindeki giysilerinden herhangi biri çıkartılmaksızın, yoklama biçiminde bir kontrol yapılabilir. Yoklama suretiyle kontrol, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır. Bu kontrol, kişiye en az sıkıntı verici şekilde yapılmalıdır. Ayrıca kontrol, kişinin durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek kontrol yapılamaz. Makul sebebi oluştuğu takdirde, daha geniş kapsamlı kontrol yapılması için, kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir (§ 18).

91. Eğer kişinin üstünün aranması gerekmekteyse üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılmalıdır. Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Üst ve eşya araması, kişinin durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek arama yapılamaz. Gerektiğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir (§ 19).

92. En son aşamada ise kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması giysiler çıkartılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak bunun için bu arama yapılmadan önce, bu aramayı yapmanın neden gerekli görüldüğü ve nasıl yapılacağı ilgiliye bildirilir. Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır ve arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir. Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır; bedenin alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler mutlaka aranır. Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. Arama, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir (§ 20).

93. Görüldüğü üzere Yönetmeliğe göre adliye binaları gibi kamu binalarına girişte kişilerin üst ve eşyalarının aranması için hâkim kararı gerekmemekte

olup arama işlemi kabaca üç aşamada yapılmaktadır: Yoklama, arama ve giysilerin çıkarttırılması. Somut olaydaki gibi elektromanyetik cihazlar kullanılmış ve cihaz ikaz vermiş ise kişinin üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılacaktır. Kişinin üst aramasının elektromanyetik cihazlarla veya beş duyu organı ile yapılmasından sonuç alınamaması ve aramanın amacına başka türlü de ulaşılamaması hâlinde, üst araması giysiler çıkarttırılmak suretiyle yapılabilir. Bu durumda arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından ve arama işleminin kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

94. Somut olayda özel güvenlik görevlileri başvurucunun, dini inancı gereği giydiğini ve arama noktasında çıkartamayacağını söylediği pardösüsünü çıkartmasını ve elektromanyetik cihaza bırakmasını istemişlerdir. Güvenlik görevlilerinden birisi bayan olmasına ve başvurucunun talebine rağmen başvurucu elle aranmamıştır. Üstelik başvurucunun kıyafetini çıkartması için Yönetmeliğin emrettiği "*kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler*" de alınmamış, adliye binası halk giriş kapısında pek çok insanın görme ihtimali bulunan bir ortamda başvurucu kıyafetini çıkartmaya zorlanmıştır.

95. Demokratik bir toplumda, mevcut başvurudaki gibi çatışan menfaatlerin olduğu durumlarda menfaatlerden birini korumak için, diğerine özünü zedeleyecek nitelikteki müdahaleler bir çözüm yolu olarak kabul edilemez. Belli bir dinsel uygulama davranışını, başkalarını korumak adına ölçüsüz sınırlandırmanın veya yasaklamanın çoğulculuğu ve hoş görüyü devlet eliyle örselemek anlamına geleceği hatırda tutulmalıdır.

96. Bu sebeple demokratik bir toplumda daima hakları korumayı esas alan yaklaşımlar benimsenmeli, bir hakkın kullanılmasından dolayı ortaya çıkabilecek sorunlar, hakkı tümüyle kullanılamaz hale getiren tedbirler yerine, söz konusu hakkın barışçıl kullanımını sağlayacak tedbirler ile çözümlenmelidir. Nitekim yürürlükteki mevzuat hakları korumayı esas alan bir yaklaşımla hazırlanmış, bireylerin dinlerinin icaplarını uygulama özgürlüklerini bütünüyle ortadan kaldırmaksızın güvenlik önlemlerinin durumun gerektirdiği ölçüde ve biçimde yerine getirilmesini temin için bazı tedbirler öngörülmüştür. Buna karşın somut olayda mevzuatın öngördüğü tedbirler alınmamıştır.

97. Mevzuatın açık hükmüne rağmen başvurucunun üzeri orada bulunan bayan görevli tarafından aranmamış, eğer durumun gerektirdiği düşünülüyorsa başvurucunun kıyafetini çıkartabilmesi için kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler de alınmamıştır. Dahası mevzuatın açık hükmüne rağmen başvurucunun kıyafetini çıkartması için zorlanması nedeniyle suç duyurusunda bulunulmasına ve bu husus 5237 sayılı Kanun'da suç olarak düzenlenmesine rağmen bu şikâyet hakkında herhangi bir soruşturma işlemi de yapılmamıştır.

98. Son olarak, somut olayda idare veya yargı mercileri tarafından, dini inancı gereği vücudunu tamamen örtecek şekilde pardösü giyen başvurucunun pardösüsünü çıkartmaması ile güvenliğin nasıl bozulacağı tam olarak açıklanmamıştır. Olasılıklara dayanarak hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi tehlikesinin bertaraf edilmesi ancak mevcut olayın şartlarının değerlendirilmesine dayanan olgusal durumun analiz edilmesiyle mümkün olabilir (*Tuğba Arslan*, § 130). Bu sebeple mevcut şikâyette başvurucunun herkesin görebileceği bir yerde ve diğer tedbirler alınmadan pardösüsünün çıkartılmasının neden zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olduğu açıklanmamıştır.

99. Dolayısıyla, başvurucunun Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahalenin, kamu düzenini veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak için demokratik bir toplumda gerekliliği için ilgili ve yeterli gerekçe gösterilmemiştir. Bu sebeple din ve vicdan hürriyetinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

100. Başvurucu, 50.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

101. Adalet Bakanlığı görüşünde, başvurucunun tazminat talebine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

102. 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."*

103. Başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne yönelik başvuru açısından, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya takdiren 3.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

104. 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.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının "*başvuru yollarının tüketilmemesi*" nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

2. Anayasa'nın 24. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Anayasa'nın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan hürriyetinin **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Başvurucuya net 3.000,00 TL manevi **TAZMİNAT ÖDENMESİNE**, başvurucunun tazminata ilişkin diğer 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 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,

20/5/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

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

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

TUĞRUL CULFA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2593)

Karar Tarihi: 11/3/2015

R.G. Tarih- Sayı: 16/6/2015-29388

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Serruh KALELİ
Üyeler	:	Burhan ÜSTÜN
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Tuğrul CULFA
Vekili	:	Av. Mahmut Nedim ELDEM

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, sendikal faaliyetleri kapsamında gazetelere yaptığı açıklamalar nedeniyle aleyhine açılan manevi tazminat davasının kabul edilerek tazminat ödemeye hükmedilmesinin adil yargılanma hakkı, sendika hakkı ve ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 17/4/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 11/9/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı 10/11/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 7/1/2015 tarihli görüş yazısı 12/1/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı 27/1/2015 tarihinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

7. Başvurucu, eğitim ve bilim işkolunda faaliyet gösteren Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası'nın (Sendika) şube başkanı olarak görev yapmaktadır.

8. Olayların geçtiği Çankaya Milli Piyango Anadolu Lisesi, Sendikanın örgütlenme alanında bulunmaktadır. Adı geçen okulda meydana gelen bazı talihsiz olaylar nedeniyle bazı kişilerce kurşun döktürülmüş ve Sendikanın işyeri temsilcisi, başvurucuya meydana gelen olaylarla ilgili bildirimde bulunmuştur.

9. Bu bildirim üzerine, başvurucu, eğitim sorunlarının bilimsel yöntemlerle çözümü yerine hurafe yaklaşımlarla çözüm arama girişimlerinin kabul edilemez olduğu, laik ve bilimsel eğitim yerine hurafe yaklaşımlarla çözüm arayanlar hakkında bakanlığın soruşturma başlatması gerektiği, okul müdürünün bu olaylardan haberdar olduğunu halde engellemediği, hatta bu olayların bilgisi dâhilinde meydana geldiği yönünde basın organlarına açıklamalarda bulunmuş ve söz konusu açıklamalar ulusal ölçekte yayın yapan Milliyet ve Cumhuriyet gazetelerinde yayımlanmıştır.

10. Söz konusu haberlerde özet olarak, okul müdürü H.A.O'nun okulda kurşun döktürdüğü, olayı gören sendika temsilcisinin durumu okul müdürüne bildirilmesi üzerine müdürün "*Senin ne işin var orada' Ben işiniz olmayan yere girmeyeceksiniz demedim mi*'" sözleriyle tepki verdiği, söz konusu "*skandal*" hakkında herhangi bir soruşturma açmadığı, üstelik olayları ortaya çıkartan sendika temsilcisi öğretmene usulsüz bir şekilde disiplin cezası verildiği, öğretmenlere yıldırma politikası izlendiği iddia edilmiştir.

11. Söz konusu gazete haberleri üzerine okul müdürü, başvurucu ve aynı okulda görev yapan iki öğretmen aleyhine, basın yayın organlarına yaptığı açıklamalarla kişilik haklarına saldırıldığından bahisle 15/3/2010 tarihinde tazminat davası açmıştır.

12. Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen dava sonunda Mahkeme, 8/12/2011 tarihli kararı ile davacının okuldaki kurşun döktürme işiyle bir ilgisi olmadığı hâlde bu işlemlerin davacı tarafından yürütüldüğüne dair gazete ve internet üzerinden haberlerin yayılmasına, başvurucunun ve diğer iki davalının neden olduğu ve bu suretle davacının kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle davayı kabul ederek başvurucu ile birlikte diğer iki davalının her birinin davacıya 2.000,00 TL tazminat ödemesine karar vermiştir.

13. İlk Derece Mahkemesinin kararı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11/2/2013 tarihli ilamı ile onanmış ve aynı tarihte kesinleşmiştir.

14. Yargıtay ilamı, başvurucuya 18/3/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu, 17/4/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

16. 11/1/2011 tarihli 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

17. Mahkemenin 11/3/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 17/4/2013 tarih ve 2013/2593 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

18. Başvurucu,

i. Gazetelere yaptığı açıklamalardan dolayı cezalandırıldığını, söz konusu ifadelerinin sendika hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu, bu ifadeler sebebiyle cezalandırılmasının ifade özgürlüğü ve sendika hakkını ihlal ettiğini,

ii. Aleyhine açılan davada tanık ifadeleri arasındaki çelişkilerin giderilmediğini, davacının kişilik haklarının hangi surette zarar gördüğünün gerekçede yer almadığını, mahkemenin bir gerekçeye dayanmaksızın, bazı tanık ifadelerini göz önünde tutarak ancak ifadeler arasındaki çelişkileri gidermeden karar vermesinin adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu,

iddia ederek ihlalin tespitiyle yeniden yargılama kararı verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

19. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi tak-

dir eder. Başvurucu, gazetelere yaptığı açıklama nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Somut olayda başvurucunun, tanık beyanlarının yeterince değerlendirilmediği, gerekçenin yetersiz olduğu, kendisinin sendikal faaliyetleri kapsamında açıklamalar yaptığının göz önünde bulundurulmadığı yönündeki şikâyetlerinin bir bütün olarak ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerekir.

20. Başvurucunun ifade özgürlüğünün 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

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

21. Başvurucu, eleştiri niteliğindeki basın açıklamaları nedeniyle aleyhine tazminata hükmedilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

22. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatları hatırlatılarak başvurucunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edildiğine dair şikâyetlerinin, onun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile başkalarının özel hayatı arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığı açısından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

23. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında, başvuru dilekçesini tekrar etmiştir.

b. Değerlendirme

24. Somut başvuruya konu hakaret davasında başvurucu, kullandığı sözlerin hakaret içerdiği kabul edilerek 2.000,00 TL tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. O halde söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

25. 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 müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve *"ölçülü"* olup olmadığı ve kararda, başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

26. 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 engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

27. Anılan düzenleme 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, 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).

28. Toplumsal ve siyasal çoğulculuğun varlığı, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifade edilebilmesine 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).

29. İfade özgürlüğünün "*toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun asıl temellerinden birini*" oluşturduğuna sıklıkla dikkat çeken AİHM'e göre "*İfade özgürlüğü, 10. maddenin 2. fıkrasına bağlı olarak, yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değ-*

mez 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).

30. İfade 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 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).

31. 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 (B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 48).

32. Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihatlarında demokratik toplumu, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olarak tanımlamıştır. 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). 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).

33. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade 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; Anayasa Mahkemesinin benzer değerlendirmeleri için bkz. B.No: 2012/1184, 16/7/2014, § 35).

34. 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, 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.*" (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 (ayrıca bkz. B.No: 2012/1184, 16/7/2014, § 37).

35. 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 yapılan müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (B.No: 2012/1184, 16/7/2014, § 38).

36. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, derece mahkemesi kararlarında dayanılan gerekçelerin, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve "*ölçülülük ilkesi*"ne uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır.

37. 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.

38. Bireyin şeref ve itibarı ise Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "*manevi varlık*" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir par-

çası 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, gazeteler gibi basın ve yayın araçları vasıtasıyla da olabilir. Bir kişi gazete vasıtasıyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir.

39. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün kullanılmasıyla başkalarının şeref ve itibarına zarar verdiğinin iddia edildiği durumlarda, Devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığının korunması ile ilgili pozitif yükümlülükleri çerçevesinde her ikisi de Anayasa'da güvence altına alınmış olan şeref ve itibarın korunması hakkı ile diğer tarafın Anayasa'da güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir dengenin kurulması gerekir (B.No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Von Hannover/Almanya* (no.2) [BD], B.No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 99).

40. AİHM, *Axel Springer AG* davasında ifade 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 tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı, c) ilgili kişinin yayından önceki davranışı, d) bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu, e) yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ile f) yaptırımın ağırlığı olarak ifade edilmiştir (bkz. *Axel Springer AG / Almanya*, [BD], B.No: 39954/08, 7/2/2012).

41. Bu kriterlerden özellikle "*yazının hedef aldığı kişinin kimliği ve yazının amacı*"nın özel önemi bulunmaktadır. Zira başkalarının şöhret ve haklarının korunması kapsamında ifade özgürlüğüne müdahalenin demokratik toplumlarda gerekliliği konusunda sade vatandaşlar ile kamuya mal olmuş kişileri, kamu görevlileri ile siyasetçileri birbirlerinden ayırarak değerlendirme yapmak gerekir. Kamusal yetki kullanan görevlilerin sade vatandaşlara göre eleştiriye daha açık olmaları kaçınılmazdır (B.No: 2012/1184, 16/7/2014, § 43).

42. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunulurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını ve ifade özgürlüğü ile başkalarının şeref ve itibarının korunması hakkının çatışması hâlinde adil bir dengenin kurulup kurulmadığını her olayın kendine has özelliklerine göre takdir edecektir.

43. Dolayısıyla, başvurucunun gazetelere yaptığı açıklamalardan dolayı aleyhine tazminata hükmedilmesinin ölçülü olduğunun kabulü halinde, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçelerinin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir.

44. Başvurucu, davaya konu gazete haberlerinin kendisinin sendika şube başkanı olması nedeniyle yaptığı açıklamalara dayanarak yapıldığını, gazetelere okulda meydana gelen talihsiz olaylar nedeniyle kurşun döktürmenin laik ve bilimsel eğitim esaslarına uygun olmadığını söylediğini, sözlerinde hakaret kastı bulunmadığını savunmuştur. Başvurucuya göre İlk Derece Mahkemesi dinlenen tanık beyanlarını yeterince değerlendirmemiş, davacının kişilik haklarının hangi surette zarar gördüğünü de yeterince açıklamamıştır. Dahası, başvurucuya göre, İlk Derece Mahkemesi, kendisinin bir sendikal faaliyet kapsamında söz konusu açıklamaları yaptığını da göz ardı etmiştir.

45. Başvurucunun yargılandığı Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi, gazete haberlerinde geçen kurşun döktürme eylemi ile davacı arasında somut bir illiyet bağı bulunmadığını, söz konusu eylemlerin davacı tarafından yapıldığı sabit olmadığı hâlde sanki bu işlemler davacı tarafından yapılmış gibi haber yapılmasına neden olduğundan bahisle başvurucunun tazminat ödemesine karar vermiştir.

46. Somut başvurunun incelenmesinde yalnızca derece mahkemelerince verilen kararların ele alınması ile yetinilemez. İlk olarak başvurucu tarafından söylenen sözlerin gazeteler tarafından tırnak içinde aktarılmadığını, gazetelerin başvurucuya dayanarak olayları gazeteci diliyle ve dolaylı bir anlatımla aktardığını göz önünde bulundurmak gerekir. İkinci olarak ise yargılamaya konu okulda meydana gelen kimi istenmeyen olaylara karşı kurşun döktürüldüğü şeklindeki ifadelerin içinde geçtiği yazıların bütünü ile birlikte ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın, olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

47. Bir kişinin kurşun döktürdüğü şeklindeki bir iddianın somut olayın koşullarına bakılmaksızın ilk bakışta hakaret olup olmadığı yönünde değerlendirme yapılması oldukça zordur. Buna karşın günümüzde kurşun döktürmenin batıl bir inanç ve faydasız bir uygulama olduğu yönünde varsayılan kanaat nedeniyle bir lise müdürünün kurşun döktürdüğünü iddia etmenin onun toplum içerisindeki itibarını zedeleyebileceği kabul edilebilir.

48. Başvurucunun tazminata mahkûm edilmesine neden olan değerlendirmelerinin, olgusal değerlendirmeler olduğu kabul edilmelidir. Bir olgunun doğruluğu kanıtlanabilir niteliktedir. Nitekim davacının, müdürü olduğu

okulda meydana gelen bazı talihsiz olaylar nedeniyle bu olayların bir daha meydana gelmemesi için kurban kesmek amacıyla para toplandığı ancak sonradan kurban kesmekten vazgeçildiği, ayrıca okulun hizmetliler odasında okul dışından gelen bazı kişilerin kurşun döktükleri konusunda taraflar arasında bir ihtilaf yoktur.

49. Başvurucunun söz konusu olayları gazetelere anlattığı ve haberlerin kaynağının kendisi olduğu da ihtilaflı değildir. Sendika üyesi ve davalı olan iki öğretmen söz konusu kurşun döktürme işlemini görünce bu durumu davacıya şikâyet etmişler fakat davacı bu konuda herhangi bir eylemde bulunmamıştır. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesi de göz önünde bulundurulduğunda çözülmesi gereken uyuşmazlık söz konusu kurşun döktürme işleminin davacı tarafından yaptırılıp yaptırılmadığı ve başvurucunun söz konusu işlemi müdürün yaptırdığını söyleyip söylemediğinde odaklanmaktadır.

50. İlk Derece Mahkemesindeki davacı, davalı ve tanık anlatımlarına bakıldığında ne söz konusu kurşun döktürme işlemini okul müdürünün yaptırdığı ne de başvurucunun gazetelere bu yönde bir açıklama yaptığı açıktır. Buna karşın başvurucu bu tür bir işlemi eleştirmiş, okul müdürü de haberdar olduğu kurşun döktürme işlemine herhangi bir tepki göstermemiştir. İlk Derece Mahkemesi, başvurucunun söz konusu kurşun döktürme işlemini okul müdürünün yaptırdığını söylediğini kabul etmiş olmakla birlikte bu yönde hiçbir değerlendirmenin yapılmadığı, başvurucunun yalnızca okulda kurşun dökülmesi fiilini eleştirdiğinin sabit olduğu not edilmelidir.

51. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kişinin manevi varlığının korunması hakkından faydalanılabilmesi için, kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkından şahsen yararlanmasına zarar verici nitelikte olmalıdır (benzer bir değerlendirme için bkz. *A./Norveç*, B. No: 2807006/, 9/7/2009, § 64). Kişinin itibar kaybı kendi eylemlerinin öngörülebilir bir sonucu ise o kişi itibar kaybından şikâyette bulunmak için Anayasa'nın 17. maddesinden faydalanamaz. Somut davada davacının isteği veya gözetiminde kurşun döküldüğü ispatlanamamış olsa bile bundan daha sonra haberdar olmadığı söylenemez.

52. Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, ulusal günlük gazetelerde yer alan haberin kaynağı olan başvurucunun ifade özgürlüğü ile davacının şeref ve itibarına saygı hakları arasında denge gözeten bir değerlendirme yapmamıştır. İlk derece Mahkemesi, söz konusu haber ve yazının, genel çıkarı ilgilendiren bir tartışmaya katkı sunup sunmadığı sorununa eğilmemiş, ayrıca haberin yapıldığı şartları göz önünde bulundurmamıştır. İlk Derece Mahkemesi davaya konu yazıda geçen olayların gerçekliği meselesine eğil-

miş olmakla birlikte, haberin yayınlandığı tarihte meydana gelen olaylarla başvurucunun açıklamalarının haberde öz ve biçim yönünden bozulup bozulmadığı değerlendirilmemiştir.

53. Başvuruya konu haberde yer alan iddialar, olgulara dayalı ithamlar olduğu halde İlk Derece Mahkemesi, haberde yer alan iddiaların olgusal temelini yeterince göz önüne almamış, ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğüne değinmemiş, bu özgürlüklerin başkalarının kişilik hakları karsısındaki sınırlarına da vurgu yapmamıştır.

54. Diğer yandan söz konusu gazete haberinde hiçbir şekilde abartıya kaçılmadığı da söylenemez. Söz konusu haberde yer alan ve davacı müdürün "*kurşun döktürdüğü*" şeklindeki ifadeler tam olarak doğrulanamamıştır. Öte yandan özellikle başvurucunun eleştiri içeren düşünce açıklamalarının gazetede onun kullandığı kelimelere, kendisinin verdiği anlamın ötesinde anlamlar yüklenerek yer alıp almadığı değerlendirilmemiştir. Ne var ki basın özgürlüğünün kapsamının, demokrasi ile yakın ilişkisinin doğal sonucu olarak, bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği de kabul edilmelidir (*Radio France ve Diğerleri/Fransa*, B. No: 53984/00, 30/3/2004, § 37).

55. Ayrıca devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken performanslarını etkilemeyi ve kamuoyunun bu kişilere olan güvenine zarar vermeyi amaçlayan aşağılayıcı ve hakaret içerikli saldırılara karşı korunmaları zorunludur. Anayasa'nın 26. maddesi çerçevesinde, devlet memurlarına yönelik izin verilen eleştirilerin sınırları memurun üstlendiği kamu görevinin kapsamına, niteliğine ve bulunduğu makama verilen yetkilere bağlı olarak değişebilir. Somut olayda davacı okul müdürüdür ve başvurucunun eleştirileri davacının sorumluluğundaki okulda meydana gelen bazı olaylara ilişkin olduğu, bu sebeple davacının eleştirilere sıradan kişilere göre daha fazla katlanması gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

56. Bir haber veya yazının kamuyu bilgilendirme değeri ne kadar yüksek ise kişinin söz konusu haber veya makalenin yayımlanmasına o kadar çok katlanması gerekir (B.No: 2013/5574, 30/6/2014, § 74). Başvuruya konu gazete haberi, davacının söz konusu dönemde müdürü olduğu okulda meydana gelen olayların bir bütün olarak eleştirisine ilişkindir. Başvurucu, laik bir eğitim kurumunda kurşun dökmek gibi bilimsel dayanağı olmadığını düşündüğü bir eylemin yapılmasının kabul edilemeyeceğini, bu sebeple düşüncelerini gazetecilerle paylaştığını savunmuştur. Başvurucunun söz konusu gazete haberinde dile getirdiği düşüncelerin olgular temelinde gelişen genel yarar nitelikli bir tartışmaya katkı sunduğu ve içeriğinin kamunun merakını giderme isteğinin ötesine geçtiği kabul edilmelidir.

57. İlk Derece Mahkemesi söz konusu gazete haberlerinde yer alan ifadelerden dolayı başvurucunun ifade özgürlüğüne yaptığı müdahalenin hangi surette acil bir ihtiyacı karşıladığını ve davacının şeref ve itibarına yapılan müdahalenin cezalandırılmasının başvuranın ifade özgürlüğünden neden daha ağır bastığını da ikna edici bir biçimde ortaya koyamamıştır. Mahkeme, söz konusu ifadelerin davacının kariyerini veyahut özel yaşantısını nasıl etkilediğini de gösterebilmiş değildir.

58. Sonuç olarak, İlk Derece Mahkemesinin ileri sürdüğü gerekçeler, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahale için yeterli ve ilişkili bir gerekçelendirme niteliğinde değildir. Bu nedenle derece mahkemelerinin, ilgili hakların koruduğu menfaatler arasında adil bir denge kurmayı başardığı söylenemez. Dolayısıyla, şikâyet konusu müdahalenin, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında "*demokratik bir toplumda gerekli*" olmadığı anlaşılmaktadır.

59. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Üye Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

3. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. Maddesinin Uygulanması

60. 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.

61. Başvuruda, Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

62. Başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gözetilerek başvurucunun tazminat ödemesine ilişkin davada yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmüştür. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

63. 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. Başvurucunun, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasının İHLAL EDİLDİĞİNE, Üye Nuri NECİPOĞLU'nun karşı oyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

C. Başvurucunun yeniden yargılama talebinin KABULÜNE, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine, **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, **OY BİRLİĞİYLE,**

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, **OY BİRLİĞİYLE,**

11/3/2015 tarihinde karar verildi.

MUHALEFET ŞERHİ

Başvurucu, sendikal faaliyetler kapsamında gazetelere yaptığı açıklamalar aleyhine açılan manevi tazminat davasının kabul edilerek tazminat ödemeye hükmedilmesinin adil yargılama hakkı, sendika hakkı ve ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür.

Başvurucu, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikasının şube başkanı olarak görev yapmaktadır.

Çankaya Milli Piyango Anadolu Lisesinde meydana gelen bazı olaylar nedeniyle sendika işyeri temsilcisi A.P. başvurucuya meydana gelen olaylarla ilgili bildirimde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bildirim üzerine, başvurucu, okulda meydana gelen olaylardan okul müdürü A.R.O'nun haberdar olduğunu ileri sürerek basın organlarına açıklamalarda bulunmuş, açıklamalarda bazı iddialar ileri sürerek ulusal yayın organlarından "M" ve "C" gazetelerinde yayımlandığı ileri sürülmüştür.

Söz konusu gazete haberleri üzerine okul müdürü tarafından başvurucu ve aynı okulda görevli iki öğretmen aleyhine basın yayın organlarına yaptığı açıklamalarla kişilik haklarına saldırıldığından bahisle 15.03.2010 tarihinde tazminat davası açılmıştır.

Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen dava sonunda, davacı okul müdürünün okuldaki olaylarla ilgisi olmadığı halde olayların okul müdürü tarafından yürütüldüğüne dair gazete ve internet üzerinden haberlerin yayılmasına, başvurucunun ve diğer iki davalının neden olduğu ve bu suretle davacının kişilik haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle dava kabul edilerek başvurucu ve diğer iki davalının tazminat ödemesine karar verilmiş, karar Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11.02.2013 tarihli ilamı ile onanmıştır.

Başvurucunun gazetelere yansıyan açıklamalardan dolayı manevi tazminata mahkum edilmesine ilişkin kararda, başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediğine bakılmalıdır.

Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesi düşünce ve kaanate sahip olma düşünce ve kaanatini açıklama ve yayma, haber veya görüş alma ve verme özgürlüklerini kapsamaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin olup, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini, bu sınırlamalarının Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını belirtmektedir.

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. 24.09.2008)

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.N0:2013/1123, 02.10.2013. &.35). Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi, bir çok ihtimalin yanında, gazeteler gibi basın ve yayın araçları vasıtası yoluyla da olabilir. Bir kişi gazete vasıtasıyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir.

İfade özgürlüğünün kullanılmasıyla başkalarının şeref ve itibarına zarar verildiğinin iddia edildiği durumlarda, Anayasa'da güvence altına alınmış olan şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir dengenin korunması gerekir. (B.N0: 2012/1184, 16.07.2014, & 41; AİHM, Von Hannover/Almanya).

Anayasa Mahkemesi, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını, müdahalede bulunurken hakkın özüne dokunulup dokunulmadığını, ölçülü davranılıp davranılmadığını ve ifade özgürlüğü ile başkalarının şeref ve itibarının korunması hakkının çatışması halinde adil bir dengenin kurulup kurulmadığını her olayın kendisine has özelliklerine göre takdir edecektir.

Somut olayda Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesi, ulusal günlük gazetelerde yer alan haberin kaynağı olan başvurucunun ifade özgürlüğü ile davacının şeref ve itibarına saygı hakları arasında gerekçeli kararda öz olarak davacının okulda oluşan olaylarla bir ilgisi olmadığı halde bu olayların davacı tarafından yönlendirildiğine, yürütüldüğüne dair gazete ve internet üzerinden haberlerin yayılmasına, başvurucunun ve diğer iki davalının neden olduğu ve bu suretle davacının kişilik haklarının ihlal edildiğini belirterek, bir denge kurma işlemi yaptığı görülmektedir. İfade özgürlüğünün sınırsız olduğu söylenemez. Sınır diğer kişinin, karşı tarafın özgürlük alanına kadardır. Karşı tarafın özgürlük alanına girilmediğinde ifade özgürlüğünden söz edilemez.

Mahal mahkemesi bu hususu belirlemiş, denge işlemini kurmuş ve kişilik hakları ihlal edildiği kabul edilerek hüküm verilmiştir. Başvurucu, sendikal faaliyetler kapsamında gazetelere yaptığı açıklamaların basın organlarında yayınlanmasında ifade özgürlüğünün sınırını aşmış olduğu düşüncesinde olduğumdan, bu konuda hak ihlali mevcut değildir. Bu nedenle çoğunluğun kararına katılamadım.

Üye

Nuri NECİPOĞLU

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

KAMURAN REŞİT BEKİR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/3614)

Karar Tarihi: 8/4/2015

R.G. Tarih- Sayı: 10/7/2015-29412

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Serruh KALELİ
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Burhan ÜSTÜN
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raporlör	:	Murat ŞEN
Başvurucu	:	Kamuran Reşit BEKİR (Suriye Arap Cumhuriyeti vatandaşı)

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, hükümlü olarak bulunduğu ceza infaz kurumu tarafından, adına gönderilen Azadiya Welat gazetesinin (Gazete) bazı sayfalarının çıkartılarak gazeteye erişiminin engellenmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 20/5/2013 ve sonraki tarihlerde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incele-

mesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 19/9/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. İkinci Bölüm, 24/3/2014 tarihli ara kararında başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar vermiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından 31/3/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

6. Başvuru konusu olay ve olgular 1/4/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, tanınan ek süre sonunda görüşünü 30/5/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvurucuya 6/6/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Adalet Bakanlığının görüşlerine karşı cevaplarını, 20/6/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

8. İkinci Bölümün 22/1/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar vermiştir.

9. 2013/3295, 2013/3599, 2013/3615, 2013/3639, 2013/3647, 2013/4225, 2013/4226, 2013/4227, 2013/4228, 2013/4229, 2013/4230, 2013/4322, 2013/4323, 2013/5299, 2013/5300, 2013/5355, 2013/5361, 2013/5886, 2013/5892, 2013/5893, 2013/5990, 2013/6210, 2013/6211, 2013/6212, 2013/6213, 2013/6214, 2013/6215, 2013/6814, 2013/6890, 2013/7009, 2013/7316, 2013/7337, 2013/7338, 2013/7339, 2013/7573, 2013/7642, 2013/7645, 2013/7646, 2013/7647, 2013/7677, 2013/7678, 2013/7824, 2013/7894, 2013/7895, 2013/8448, 2013/8498, 2013/8556, 2013/8697, 2013/8816, 2013/8817, 2013/9394, 2013/9396, 2013/9397, 2013/9398, 2013/9399, 2014/20, 2014/21, 2014/22, 2014/23, 2014/585, 2014/709, 2014/711, 2014/712, 2014/713, 2014/714, 2014/803, 2014/806, 2014/807, 2014/808, 2014/809, 2014/810, 2014/2402, 2014/2866, 2014/2869, 2014/3161, 2014/3166, 2014/3167, 2014/3168, 2014/3169, 2014/3737, 2014/3740, 2014/3742, 2014/3745, 2014/3746 sayılı başvuruların, başvurucu ve konu bakımından aynı olmaları nedeniyle 2013/3614 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

10. Başvuru dilekçesi, ekleri ile başvuruya konu dosya içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

11. Başvurucu, başvuru tarihlerinde Ankara 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmaktadır.

12. Diyarbakır Gümrük Müdürlüğü, yurtdışından gelen kolilerin kontrolü esnasında 17 adet yayının yasak olabileceğini değerlendirerek, yayınları Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına göndermiştir.

13. Cumhuriyet Başsavcılığı, 17 kitaptan 14 tanesi hakkında toplatma ve yasaklama kararı bulunduğunu tespit ederek hakkında karar bulunmayan üç kitabın 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 10. maddesi ile görevli Cumhuriyet savcılığına gönderilmesine karar vermiştir.

14. (TMK 10. maddesi ile görevli) Cumhuriyet Savcılığının *"Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kıskacında Kürtleri Savunmak-Beşinci kitap)"* (kitap) ve *"İlk Konuşmalar (Belgeler zafer kazanan tarzın özdilidir)"* isimli PKK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan tarafından yazılan iki ayrı kitaba ilişkin yaptığı inceleme sonucunda kitaplarda sürekli olarak KCK/PKK terör örgütünün propagandasının yapıldığının, terör örgütünden ve terör örgütü mensuplarının yaptığı eylemlerden övgüyle bahsedildiğinin, KCK/PKK terör örgütünün bundan sonra izleyeceği yolun nasıl olması gerektiğinin belirtildiği ve bu bağlamda kitapların 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesine ve 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 25. maddesine muhalefet ettiği değerlendirilerek her iki kitaba el konulmasına ve toplatılmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

15. Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliği (TMK 10. Madde İle Görevli), Cumhuriyet Savcılığının değerlendirmesiyle aynı yönde gerekçelerle 4/10/2012 tarihli ve 2012/102 Değişik İş sayılı kararı ile anılan kitaplara el konulmasına ve toplatılmasına karar vermiştir.

16. Hâkimliğin anılan kararından sonra evrak Cumhuriyet Savcılığına gönderilmiş ve 2012/3121 Soruşturma Numarasında soruşturma başlatılmıştır.

17. Cumhuriyet Savcılığı soruşturma sonucunda 29/11/2012 tarihli kararı ile kitapların yurtdışından geldiği ve kitapları basanın tespit edilemediği, kitapların gönderildiği kişinin olaydan bilgisi olmadığına dair savunmasının

aksine bir delil olmadığı gerekçesiyle olayla ilgili kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Cumhuriyet Başsavcılığı, karar ile birlikte Diyarbakır 2 No.lu Hâkimliğinden (TMK 10. Madde İle Görevli) kitapların müsaderesini talep etmiştir.

18. Hâkimlik, 30/11/2012 tarihli ve 2012/290 Değişik İş sayılı kararı ile kitapların müsaderesine karar vermiştir. Kitaplar 11/3/2014 tarihinde yakılarak imha edilmiştir.

19. Anılan kitaplardan "*Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü(Kültürel Soykırım Kıskacında Kürtleri Savunma)"* isimli kitabın, İstanbul 2 No.lu Hâkimliğinin 21/9/2012 tarihli ve 2012/156 sayılı kararı ile toplatılmasına ve el konulmasına ilişkin kararına karşı yapılan bireysel başvuru konusunda Anayasa Mahkemesi 25/6/2014 tarihli ve B.No: 2013/409 numaralı kararı ile Anayasa'nın 26. maddesinde tanımlanan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Bunun üzerine Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği, 2/9/2014 tarihli ve 2014/467 Değişik İş sayılı kararı ile Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin 4/10/2012 tarihli toplatma ve el koyma kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

20. Anılan süreçte, Gazete'nin 12/11/2012 tarihli sayısında "*manifestoya şoreşe*" başlıklı yazıda, Abdullah Öcalan'ın demokratik toplum manifestosu adı altında beş ciltten oluşan bir savunma hazırladığını ve her hafta beşinci ciltten bir bölümün köşe yazısı olarak yayımlayacağını bildirmiştir.

21. Gazete'nin bireysel başvurulara konu olmuş başvurucuya gelen (bkz. § 9) 1-21-28-29 Mart 2013, 11-12-18-19-23-25-26 Nisan 2013, 2-3-10-16-17-23-24-30 Mayıs 2013, 6-7-13-14-20-21-27-28 Haziran 2013, 4-5-11-18-25-26 Temmuz 2013, 1-2-9-16-22-29-30 Ağustos 2013, 5-6-13-19-20-26-27 Eylül 2013, 3-4-10-11-17-18-24-25 Ekim 2013, 1-7-8-14-15-21-27-28-29 Kasım 2013, 3-4-5-6-10-11-12-13-17-19-20-24-25-27 Aralık 2013, 3-7-8-9-10-16-17 Ocak 2014 tarihli toplam seksen beş (85) nüshasında Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin 4/10/2012 tarihli kararı ile el konulmasına ve toplatılmasına karar verilen kitabın bazı bölümleri yayımlanmıştır.

22. Ankara 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulu (Eğitim Kurulu) anılan kitabın bölümlerinin yayınlandığı Gazete'nin ilgili sayfalarının başvurucuya verilmesini uygun görmemiştir. Kararların ilgili kısımları şöyledir:

> *"... aşağıda isimleri yazılı hükümlü/tutuklulara gelen gazetenin incelenmesi neticesinde, hakkında belirtilen hususlar tespit olunduğundan söz konusu gazetelerin adı geçenlere verilmesi uygun görülmemiştir.*

Yayın Adı: Azadiya Welat gazete . Sayı: ..

Kime Geldiği: ... KAMURAN REŞİT BEKİR, ...

Verilmeyiş Nedeni:

...Yeminli tercümanın Azadiya Welat'ın 26 Kasım 2012 tarihli sayısındaki tercümesinde, adı geçen gazetenin ikinci sayfasında 'manifestoya şoreşe' başlıklı yazıda; Abdullah Öcalan'ın demokratik toplum manifestosu adı altında beş ciltten oluşan bir savunma hazırladığını, ... Azadiya Welat'ın her hafta beşinci ciltten bir bölümü köşe yazısı olarak yayınlayacağını bildirmiştir.

Eğitim Kurulumuza iletilen . tarihli ... gazete ... çevirisinde ise; gazetenin altıncı sayfasında; beşinci savunma Abdullah Öcalan'ın demokratik devrim çözümü . başlıklı tam sayfa yazısının olduğu belirtilmiştir.

Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliği'nin, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü Kültürel Soykırım Kıskacında Kürtleri Savunmak-Beşinci kitapla ilgili olarak 4.10.2012/102 D.İş sayılı "El Konulmasına ve Toplatılmasına" kararı bulunduğundan,

Söz konusu gazete sahibi tutuklu/hükümlülerin dilekçesi ile talep etmesi halinde, gazetenin . sayfalarının çıkarılarak kendisine verilmesine, herhangi bir talebi olmaması halinde gazetenin kütüphane deposuna kaldırılmasına, 5275 sayılı Kanunun 62/3 ile Tüzük'ün 87/3 maddeleri gereğince, karara tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içerisinde Sincan İnfaz Hâkimliğine itiraz edebileceğinin tebliğine, oy birliği ile karar verilmiştir. ..."

23. Cezaevi Eğitim Kurulunun yukarıda belirtildiği şekilde verilen kararları başvurucuya ayrı ayrı tebliğ edilmiş ve başvurucu, kararlara karşı Sincan İnfaz Hâkimliğine ayrı ayrı şikâyetçi olmuştur. Şikâyetleri inceleyen Hâkimlik, değişik tarihli ve sayılı kararları ile başvurucunun şikâyetlerinin reddine karar vermiştir. Kararların ilgili kısımları şöyledir:

"...

5275 sayılı ... Kanun'un 62/1. maddesinde 'Hükümlü, mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanmak hakkına sahiptir.' düzenlemesi yer almaktadır. Kanundaki bu düzenlemeye göre hükümlünün adına gelen yayınlardan yararlanabilmesi için yayının mahkemelerce yasaklanmamış olması şarttır. Eğitim Kurulu kararına konu yazının da yasaklanmış bir kitaptan alındığı anlaşılmış olup Kanundaki düzenleme gözetildiğinde Eğitim Kurulu'nun kararında hukuka aykırılık söz konusu değildir. Bu nedenle şikâyetin reddine karar vermek gerekmiştir."

24. Başvurucu, Hâkimliğinin ret kararlarına karşı ayrı ayrı itiraz yoluna başvurmuştur. İtirazı inceleyen Sincan 2. Ağır Ceza Mahkemesi, İnfaz Hâkimliğinin kararlarının *"... usul ve yasaya uygun olduğu ..."*gerekçesiyle başvurucunun itirazlarının ayrı ayrı reddine karar verilmiştir. Bu kararlar, başvurucuya ayrı ayrı tebliğ edilmiştir.

25. Başvurucu, süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

26. 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun *"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 fıkrada 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 hükümsüz kalır.

Yukarıdaki fıkra uyarınca yasaklanmış yayın veya gazeteleri bilerek dağıtanlar veya satışa sunanlar bu yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi gibi sorumludurlar."

27. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'unun*"Süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı"* başlıklı 62. maddesi şöyledir:

"(1) Hükümlü, mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir.

(2) Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayınlar, hükümlülere ücretsiz olarak ve serbestçe verilir. Eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulamaz.

(3) Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez."

28. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün "Eğitim kurulunun görev ve yetkileri" başlıklı 43. maddesinin (1) numaralı fırkasının (ı) bendi şöyledir:

"(1) Eğitim kurulu aşağıda sayılan işleri yapmakla görevli ve yetkilidir;

...

ı) Kuruma gelen her türlü yayının, kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan nitelikte olup olmadığına karar vermek,

..."

29. 12/7/2005 tarihli Adalet Bakanı oluru ile yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumları Kütüphane ve Kitaplık Yönergesi'nin "*Kuruma kabul edilmeyecek yayınlar*" başlıklı 11. maddesi şöyledir:

"a) Mahkemelerce yasaklanmış olan,

b) Mahkemelerce yasaklanmamış olsa bile, kurum güvenliğini tehlikeye düşürdüğü veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsadığı eğitim kurulu kararıyla tespit edilen,

hiçbir yayın kuruma kabul edilmez."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 8/4/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 20/5/2013 tarihli ve 2013/3614 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucu, Gazete'nin Türkiye'de Kürtçe yayın yapan tek gazete olduğunu, kendisinin ana dilinin de Kürtçe olduğunu, anılan gazete dışında Ab-

dullah Öcalan'ın düşünce ve yazılarına Türkçe yayın yapan gazetelerde de yer verildiğini, ayrıca gazete hakkında herhangi bir el koyma veya toplatma kararı bulunmadığını, buna rağmen gazeteye erişiminin engellenerek Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerinde tanımlanan haber alma ve ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

32. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvuruya konu somut olayda başvurucunun abonesi olduğu gazetede yayınlanan Abdullah Öcalan'ın kitabından bir bölümün kendilerine verilmesi engellenmiş ve buna ilişkin olarak yaptıkları şikâyet de sonuçsuz kalmıştır.

33. 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 (*Emin Aydın*, B. No:2013/2602, 23/1/2014, § 43).

34. 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 (*Emin Aydın*, § 40).

35. Bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün norm alanı içinde olduğu konusunda hiçbir şüphe ya da anlaşmazlık bulunmamaktadır. Bu bağlamda Anayasa'da ifade özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler de yer almakla birlikte mevcut koşullar altında başvurunun ifade özgürlüğüne ilişkin temel düzenleme olan ve madde metninde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün haber veya fikir almak özgürlüğünü de kapsadığının açıkça düzenlendiği Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında incelenmesinin uygun olacağı değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

36. Başvurunun incelenmesi neticesinde, ifade özgürlüğüne ilişkin iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

37. Başvurucu, Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin 4/10/2012 tarihli kararı ile el konulmasına ve toplatılmasına karar verilen kitabın (§ 14) bazı bölümlerinin, abonesi olduğu Gazete'de yayımlanması üzerine Eğitim Kurulunun, toplatma kararına konu alan kısımların gazetelerden çıkartılmasına karar vermesinin düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü güvence altına alan Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerini ihlal ettiğini; ayrıca, gazeteler hakkında toplatma kararı olmamasına rağmen Eğitim Kurulu tarafından mahkûmlara verilmesinin engellenmesinin haber alma hakkına müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür.

38. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesi bağlamında ifade özgürlüğünün iki aşaması bulunduğu, bunlardan ilkinin kanaat oluşturma, bu kapsamda bilgi edinebilme, bilgilere ulaşabilme, ikincisinin ise elde ettiği bilgiler dâhilinde kişide oluşan kanaati her türlü araçla açıklayabilme özgürlüğü olduğu belirtilmiştir.

39. Diğer taraftan Bakanlık, ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olup olmadığı, gerçekleştirilen müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin meşru amaçlara dayanıp dayanmadığı ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı temelinde incelenmesi gerektiğini belirterek ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) bazı kararlarına atıfta bulunarak, cezaevlerinde düzenin ve disiplinin sağlanması çok önemli olduğundan kuralların daha sıkı uygulanabileceğini ve cezaevlerinde yayınlara ulaşmaya dair yapılacak bir kısıtlamanın bütün yayınları kapsayacak şekilde olmadığı sürece Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olacağını ifade etmiştir.

40. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiş, ayrıca Bakanlığın atıfta bulunduğu AİHM kararlarının kendi durumuna ilişkin olmadığını, toplatma kararının sadece belirli sayfalar için olduğunu, Eğitim Kurulu ve İnfaz Hâkimliğinin herhangi bir inceleme yapmadan toptancı bir zihniyetle yasak olmayan gazetelerin bir kısmının alınmak suretiyle ifade özgürlüğünün ihlaline neden olduğunu ileri sürmüştür.

41. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriy*eti" 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 engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

42. Sözleşme'nin 10. maddesi şöyledir:

"1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir."

43. Hükümlü ve tutuklular, Anayasa'nın ve Sözleşme'nin ortak alanı kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptirler (bkz. *Hirst/Birleşik Krallık (No. 2)*, B. No. 74025/01, 6/10/2005, § 69). Bu bağlamda hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğü de (bkz. *Yankov/Bulgaristan*, B. No. 39084/97, 11/12/2003; *T./Birleşik Krallık*, B. No. 8231/78, 12/10/1983) Anayasa ve Sözleşme kapsamında koruma altındadır. Hükümlü ve tutukluların süreli veya süresiz yayınlara ulaşabilmesi hususu da bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün somut yansıması olarak ifade özgürlüğünün norm alanı kapsamında kalmaktadır.

44. Öte yandan, cezaevinde bulunmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi cezaevinde güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilebilecektir. Ancak bu durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik herhangi bir sınırlandırma makul ve ölçülü olmalıdır (bkz. yukarıda belirtilen*Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 23/3/1983, §§ 99-105). Ancak hükümlü ve tutukluların ifade özgürlüğüne yapılacak bir sınırlamada, cezaevinde suçun önlenmesi, düzenin ve disiplinin sağlanması açısından idarenin takdir marjı daha geniştir.

45. AİHM'e göre, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun vazgeçilmez temel taşlarından biri olup toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişmesinin temel şartlarından biridir. Mahkeme, bu bağlamda ifade özgürlüğünün sadece hoşa giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen "*bilgi*" ve "*düşünceler*" için değil aynı zamanda Devlet veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için geçerli olduğunu ve demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün bunu gerektirdiğini ifade etmiştir (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 24/9/1976, § 49).

46. Diğer taraftan Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen istisnalar gereğince ifade özgürlüğü mutlak bir hak niteliğinde değildir. Sınırlanabilir nitelikte olmasına rağmen ifade özgürlüğünün demokratik toplumlar için önemi gözetildiğinde sınırlamaların daha dar yorumlanması ve bir sınırlamanın gerekliliğinin inandırıcı ve makul olması gerekmektedir (bkz. *Yankov/Bulgaristan*, § 129). Bu bağlamda ifade özgürlüğüne 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 sınırlamaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve 26. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (*Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 70).

47. 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkralarında mahkemelerce yasaklanmamış olan süreli veya süresiz yayınların bedel karşılığı hükümlü ve tutuklulara verilebileceği ve kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayının hükümlü ve tutuklulara verilmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, hükümlü ve tutuklulara verilecek yayınların incelenmesinde cezaevi idaresinin yapacağı ilk iş yayının herhangi bir mahkeme kararı ile yasaklanıp yasaklanmadığının tespit edilmesidir. Eğer yasak değilse kurum güvenliğini tehlikeye

düşürüp düşürmeyeceği veya müstehcen olup olmadığı değerlendirilecektir. Yasak yayınların hükümlü ve tutuklulara verilmemesindeki temel amaç, cezaevi dışında yasak kabul edilen süreli veya süresiz yayınların cezaevinde evleviyetle yasak olması gerektiği ve bu sebeple cezaevi eğitim kurulu tarafından yasaklanan yayının kurum güvenliği için tehlike oluşturup oluşturmadığı veya müstehcen olup olmadığının değerlendirilmesine gerek duyulmamasıdır. Bununla birlikte cezaevi dışında serbest olan yayınların cezaevine sokulmasına kurum güvenliği ve müstehcen olmaması yönündeki meşru amaçlar çerçevesinde engel olunabilecektir.

48. Başvuru konusu olayda, Eğitim Kurulu, daha önce Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin el koyma ve toplatma kararına konu olan bir kitabın bazı bölümlerinin Gazete'nin birçok nüshasında yayımlandığı gerekçesiyle gazetenin bu bölümlerinin çıkarılmasına dair farklı tarihlerde kararlar vermiştir (bkz. 22). Kararlara karşı yapılan itirazlar da İnfaz Hâkimliği tarafından anılan Hâkimlik kararına atıf yapılarak yasak olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. İnfaz Hâkimliği kararlarında, el koyma ve toplatma kararına esas oluşturan sayfalara yönelik herhangi bir değerlendirme yapılmadan, sadece kitaba ilişkin yasaklama kararı esas alınarak hüküm kurulmuştur.

49. Somut olayda başvurucunun abonesi olduğu gazeteye ulaşamaması esas olarak Eğitim Kurulu ve İnfaz Hâkimliğinin kararlarından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin yasaklama kararı, başvurucunun gazeteye ulaşmasında doğrudan sonuç doğurmamış ise de İnfaz Hâkimliği kararına esas oluşturmuştur. Dolayısıyla Eğitim Kurulunun ve İnfaz Hâkimliğinin kararları ile Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin kararı, birlikte ve bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

50. Yukarıda belirtilen ilkeler ışığında, başvuru konusu olayda, bilgi ve kanaate ulaşma özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin mevcut olup olmadığı ve daha sonra da müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı açısından değerlendirilmiştir.

i. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

51. Başvurucu, hükümlü olarak bulunduğu cezaevinde abonesi olduğu Gazete'nin bazı bölümlerinin Eğitim Kurulu kararı ile çıkartılarak kendisine verilmesinin engellendiğini ve buna ilişkin olarak yaptığı şikâyetlerin sonuçsuz kaldığını belirtmiştir.

52. Söz konusu gazetenin bir kısmının başvurucuya verilmemesi nedeniyle başvurucunun bilgi ve kanaate ulaşma özgürlüğüne bir müdahalenin yapılmış olduğu açıktır. Ancak bu müdahalenin temel dayanağı Eğitim Kurulu ve

Sincan İnfaz Hâkimliğinin kararlarına dayanak oluşturan Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin toplatma ve el koyma kararıdır. 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesi uyarınca ceza infaz kurumu eğitim kurulu, hakkında yasaklama kararı bulunan süreli ve süresiz yayınları hükümlü ve tutuklulara veremez. Bu çerçevede eğitim kurulu ve devamında kurul kararını inceleyecek infaz hâkimliği süreli veya süresiz bir yayın hakkında yasaklama kararı olup olmadığını tespit etmekle yükümlüdür. Yasaklamaya dair bir mahkeme kararı tespit ettiğinde de yasal olarak yasak yayının içeri sokulmasını engellemekle görevlidir. Dolayısıyla toplatma kararının, ceza infaz kurumu eğitim kurulu ve infaz hâkimliği kararlarından bağımsız değerlendirilmesi mümkün değildir.

53. Somut olayda eğitim kurulu tarafından Abdullah Öcalan'ın kitabının cezaevinin güvenliği veya disiplini açısından herhangi bir tehlike oluşturup oluşturmadığı konusunda ayrıca değerlendirme yapılmadığından ve sadece toplatma kararı gereğince Gazete'nin bir kısmının içeri sokulması kısıtlandığından ifade özgürlüğüne müdahalenin Eğitim Kurulu, Sincan İnfaz Hâkimliği ve Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin kararlarının bir bütün halinde uygulanması ile oluştuğu kabul edilmelidir.

ii. Müdahalenin Haklılığı Hakkında

54. Yukarıda anılan müdahale 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.

a. Müdahalenin Kanuniliği

55. Anayasa'nın 13. maddesi ile 26. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan müdahalenin *"kanun"*la yapılması şartına aykırılık bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunulmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (§ 24) *"kanunilik"* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

b. Meşru Amaç

56. Bilgi ve kanaatlere ulaşma 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 (*Abdullah Öcalan*, § 84).

57. Başvuru konusu olayda, başvurucunun hükümlü olması nedeniyle yukarıdaki paragrafta belirtilen meşru amaçların cezaevinin kendi koşulları açısından değerlendirilmesi gerekir. Bu çerçevede, Eğitim Kurulunun yasaklama kararları açısından ceza infaz kurumlarında hükümlü ve tutukluların hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasında temel meşru amaç, kamu düzeni ve suçların önlenmesi genel amacı temelinde cezaevinde güvenliğin ve disiplinin sağlanmasıdır. Gazete'nin bazı bölümlerinin başvurucuya verilmemesinin, cezaevi düzeninin, güvenliğinin sağlanması ve suçun önlemesi amacıyla yapıldığı, bunun da Anayasa'nın bilgi ve kanaate ulaşma özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

c. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

58. Başvurucu Gazete'nin Türkiye'de Kürtçe yayın yapan tek gazete olduğunu, kendisinin ana dilinin de Kürtçe olduğunu, anılan gazete dışında Abdullah Öcalan'ın düşünce ve yazılarına Türkçe yayın yapan gazetelerde de yer verildiğini, ayrıca gazete hakkında herhangi bir el koyma veya toplatma kararı bulunmadığını, buna rağmen gazeteye erişiminin engellenerek toptancı bir zihniyetle yasaklama kararı verildiğini belirtmiştir.

59. İfade özgürlüğünün norm alanında bulunan bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü mutlak bir hak olmadığından bazı sınırlandırmalara tabi olabilir. Bununla birlikte bu sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşması gerekir (§ 41).

60. 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 öngörülecek sınırlayıcı tedbirler demokratik rejim anlayışına aykırı olmamalı; genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı ile uzlaşabilir olmalıdır*." denilmiştir. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile Anayasa'da yapılan değişiklik gerekçesinde ise "*Anayasanın 13 üncü maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki ilkeler doğrultusunda yeniden düzenlenmektedir*." denilmiştir (*Abdullah Öcalan*, § 92).

61. 1982 Anayasası'nda belirtilen demokrasi, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. "*Demokratik toplum*" ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile Sözleşme'nin "*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 (*Abdullah Öcalan*, § 93).

62. 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. 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 (*Abdullah Öcalan*, § 94).

63. 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 (*Abdullah Öcalan*, § 95).

64. 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 bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (benzer bir karar için *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84).

65. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin düşünceyi 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 (*Abdullah Öcalan*, §98). Dolayısıyla, söz konusu gazetenin bir bölümünün başvurucuya verilmemesi suretiyle bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüne yapılan müdahale ile bu müdahale ile ulaşılmak istenen meşru amaç arasındaki dengenin ölçülü olduğunun kabulü halinde, gazetenin bir bölümünün verilmemesine ilişkin gerekçelerin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli oldukları sonucuna varılabilir. Bununla birlikte yapılacak değerlendirmede, cezaevinin kaçınılmaz şartları çerçevesinde suçun önlenmesi, kurum güvenliğinin ve cezaevi disiplininin sağlanması açısından devletin takdir marjının daha geniş yorumlanması gerektiği göz önünde tutulmalıdır.

66. Cezaevinde, hükümlü ve tutuklulara verilecek süreli veya süresiz yayınlarda idarenin temel alacağı referansın 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesinde belirtilen kurum güvenliğini tehlikeye düşürme ve müstehcen nitelikteki haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan yayınlar çerçevesinde cezaevinde suçun önlenmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması olduğu açıktır. Bu bağlamda, cezaevi idaresinin takdir marjının geniş olduğu ve bu meşru amaçlarla bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüne yapılacak sınırlamaların daha geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmelidir. Yasaklanmış yayınlar açısından da kanunun öngördüğü mutlak sınırlamada temel amaç yine cezaevinde suçun önlenmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanmasıdır. Ancak bu durumda dahi yapılacak değerlendirmede ifade özgürlüğüne müdahalenin Eğitim Kurulu ve İnfaz Hâkimliği kararlarının bileşkesinden ortaya çıktığı gözetilerek müdahalenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gereklidir.

67. Cezaevlerinde düzenin, güvenliğin ve disiplinin sağlanması açısından hükümlü ve tutuklulara verilecek süreli ve süresiz yayınların denetlenmesi önemlidir. Özellikle başvurucunun da tutulduğu, hükümlü ve tutukluların işlediği suçun niteliğine göre yerleştirildikleri F tipi yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bu husus daha da ehemmiyet arz etmektedir. Başvuru konusu olayda Eğitim Kurulu başvurucunun PKK terör örgütünün bir üyesi olarak işlediği suçlardan dolayı mahkûm edildiği gözetildiğinde terör örgütü liderinin yazarı olduğu bir kitabın bazı bölümlerinin bir gazete vasıtasıyla içeri alınmasının güvenlik ve disiplin açısından bir risk oluşturup oluşturmayacağını değerlendirebilir. Nitekim bu risk kapsamında 5275 sayılı Kanun'un 62. maddesi gereğince alınacak tedbirleri ve sınırlamaları da belirleyebilecektir. Ancak bu durumda dahi hakka yapılacak müdahalenin gerekçelerinin ilgili ve yeterli bir şekilde ortaya konulması gerekir.

68. Diğer taraftan Ankara 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Eğitim Kurulu ve Sincan İnfaz Hâkimliğinin kararlarında Gazete'nin yasaklanan kitabın bazı bölümleri içeren sayfalarının çıkartılmasına karar verilirken ortaya konulan tek gerekçe çıkartılan bölümlere dair Diyarbakır 3 No. lu Hâkimliğinin toplatma kararıdır. İnfaz Hâkimliği, yasaklama kararı dışında gazeteden çıkartılan sayfaları, cezaevinde suçun önlenmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması açısından herhangi bir değerlendirmeye tabi tutmamış; çıkartılan bölümlerin, toplatılmasına karar verilen bir kitabın sayfalarından ibaret olmasını başvurucuya verilmemesi için yeterli görmüştür.

69. Somut olayda, Sincan İnfaz Hâkimliği, söz konusu gazetenin bazı sayfalarının çıkartılması kararına yönelik itirazı reddederken Diyarbakır 3 No. lu Hâkimliğinin yasaklama kararını gerekçe göstermiştir. Bir bütün olarak kabul edilen müdahalenin bir unsuru olan Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin 4/10/2012 tarihli kararında Abdullah Öcalan'ın yazarı olduğu kitabın bazı sayfalarında KCK/PKK terör örgütünün propagandasının yapıldığı, terör örgütünden ve terör örgütü mensuplarının yaptığı eylemlerden övgüyle bahsedildiği, KCK/PKK terör örgütünün bundan sonra izleyeceği yolun nasıl olması gerektiğinin belirtildiği gerekçesiyle toplatma ve el koyma kararı verilmiştir (§§ 13-14).

70. Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin anılan toplatma kararına konu olan kitap İstanbul 2 No.lu Hâkimliğinin 21/9/2012 tarihli kararı ile farklı bir toplatma ve el koyma kararına ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesi nezdinde başka bir bireysel başvuruya konu olmuştur (§ 19). Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, 25/6/2014 tarihli kararında kitaba ilişkin değerlendirme yapmış ve İstanbul 2 No.lu Hâkimliğinin toplatma kararının Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir. Buna ilişkin kararın 108. paragrafı şöyledir:

"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 sınırlanmasında 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 destekleme-

diği sürece (bkz. § 105) sınırlama getirilemez. Bu sebeple, başvuruya konu kitabın toplatılmasına gerekçe gösterilen nedenlerin başvurucunun düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır."

71. Bunun üzerine Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin 4/10/2012 tarihli yasaklama kararını incelemeye yetkili Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği 2/9/2014 tarihli kararı ile Anayasa Mahkemesinin ihlal kararını gerekçe göstererek kitaba ilişkin toplatma ve el koyma kararını kaldırmıştır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı başka bir toplatma kararı nedeniyle verilmiş olsa dahi hem Anayasa Mahkemesi söz konusu kitabı incelemiş hem de toplatma kararı kaldırılarak Anayasa Mahkemesinin başka bir bireysel başvuruda aynı kitap için verdiği ihlal kararına Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından iştirak edilmiştir.

72. Bu bağlamda Abdullah Öcalan tarafından yazılan "*Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kıskacında Kürtleri Savunma)"* isimli kitabın İstanbul 2 No.lu Hâkimlik kararı ile toplatılması ve el konulmasına ilişkin müdahalenin, Anayasa Mahkemesinin 25/6/2014 tarihli kararı ile demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı değerlendirilerek Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin anılan ihlal kararı üzerine içeriği aynı ancak ismi *"Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kıskacında Kürtleri Savunmak-Beşinci kitap)"* olan kitaba ilişkin olarak Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından müdahalenin haksızlığı anlaşılarak yasaklama kararı kaldırılmıştır. Söz konusu kitaba ilişkin Anayasa Mahkemesince önceden ihlal kararı verildiği ve Diyarbakır 2. Sulh Ceza Mahkemesince haksız müdahalenin kabul edildiği gözetilerek başvuru konusu olayda Eğitim Kurulu, Sincan İnfaz Hâkimliği ve Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin kararları ile bir bütün halinde yapılan müdahalenin haksız olduğu ortaya konulmuştur.

73. Öte yandan Eğitim Kurulu ve İnfaz Hâkimliği kararlarında toplatma kararı dışında, Gazete'de yayımlanan yasaklanmış kitap bölümlerinin hükümlü açısından cezaevinin güvenliği, disiplini ve düzeni açısından nasıl bir risk oluşturduğuna dair herhangi bir değerlendirme de yapılmamıştır.

74. Eğitim Kurulu ve Sincan İnfaz Hâkimliğinin, Gazete'nin bazı sayfalarının yasaklanmış bir kitaba ait olması gerekçesiyle başvurucuya verilmesinin engellenmesi kararı ile ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Diyarbakır 3 No.lu Hâkimliğinin toplatma kararı ile bir bütün olarak yapılan değerlendirilmesinde, Anayasa Mahkemesinin 25/6/2014 tarihli kararı ile anılan kitaba yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmadığına hükmettiği gözetilerek Gazete'nin bazı sayfalarının çıkartılarak verilmemesi

nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

75. Açıklanan gerekçelerle, Sincan İnfaz Hâkimliğinin ret kararına konu Gazete'nin bazı sayfalarının çıkartılarak verilmemesi nedeniyle başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü çerçevesinde bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılması gerekir. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

76. Başvurucu, birleştirilen başvuruların birçoğunda tazminat talebinde bulunmazken, bazı başvurularında sadece tazminat, bazılarında sadece maddi tazminat ve bazılarında ise maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Bununla birlikte başvurucu tazminat taleplerine ilişkin olarak herhangi bir meblağ belirtmemiştir. Diğer taraftan başvurucu, başvuru formunda vekili olduğunu belirtmiş ise de buna dair vekâletname sunmadığı ve başvuru dosyalarında vekili tarafından yapılan herhangi bir işlem bulunmadığı gözetilerek vekalet ücreti hususu değerlendirilmemiştir.

77. 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."*

78. Başvurucu, uğradığını iddia ettikleri maddi zarar ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmamıştır. 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 başvurucunun maddi tazminat talebi reddedilmelidir.

79. Başvurucunun bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün kısıtlanması nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya 1.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

80. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca kararın bir örneğinin bilgi için başvurucuya ve Adalet Bakanlığına gönderilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,**

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan bilgi ve kanaatlere ulaşma özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,** Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

C. Başvurucuya net 1.000,00 TL manevi **TAZMİNAT ÖDENMESİNE**, başvurucunun tazminata ilişkin diğer taleplerinin **REDDİNE**, **OY BİRLİĞİYLE,**

D. Yargılama giderlerinin Hazine üzerine bırakılmasına, **OY BİRLİĞİYLE,**

E. 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, **OY BİRLİĞİYLE,**

F. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurucuya ve Adalet Bakanlığına gönderilmesine, **OY BİRLİĞİYLE,**

8/4/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY YAZISI

1. Başvuru, *"Azadiya Welat"* adlı gazetenin Mart 2013-Ocak 2014 tarihleri arasında yayınlanan toplam seksen beş nüshasının, Abdullah Öcalan'ın *"Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kıskacında Kürtleri Savunma)"* kitabından bazı bölümleri içermesi nedeniyle, ceza infaz kurumunda bulunan başvurucuya verilmemesinden kaynaklanan ifade özgürlüğünün ihlali iddiasına ilişkindir.

2. 2013/409 başvuru numaralı Abdullah Öcalan dosyasına ilişkin Sayın Genel Kurulun kararına katılmayışımızın nedenleri, karşıoy yazımızda açıklanmış olup, adı geçen kitabın bölgesel ve çok kanlı bir savaşın hazırlığını teşvik edici niteliği itibariyle fikir özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceği yolundaki kanaatimiz değişmemiştir.

3. Eğitim Kurulu ve Sincan İnfaz Hakimliği'nin kararları, kitabın Diyarbakır 3 No.lu Hakimliğinin toplatma kararının geçerli olduğu döneme ilişkindir.

Bu nedenle, anılan mercilerin, kitabın bölümlerini içeren gazeteye müdahale ederken Diyarbakır 3 No.lu Hakimliğinin kararına ek gerekçeler ortaya koymaları gerekmediği gibi, kitabın sakıncalarını tekrar değerlendirmek, bu konuda farklı bir karar vermek gibi bir görev ve yetkileri de bulunmamaktadır.

4. Kitapta belirtilen senaryo gerçekleştiği takdirde ceza infaz kurumunda bulunan başvurucunun da aynı hedef doğrultusunda eyleme geçeceği düşünüldüğünde, kitabın ve bunu içeren gazetenin cezaevinde serbestçe okunmasının cezaevi güvenliği bakımından yaratacağı muhtemel tehlikenin boyutları karşısında, yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğundan da bahsedilemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Genel Kurul çoğunluğuna katılmamaktayım.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MEHMET ALİ AYDIN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/9343)

Karar Tarihi: 4/6/2015

R.G. Tarih- Sayı: 1/7/2015-29403

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Mehmet Ali AYDIN
Vekili	:	Av. Serkan AKBAŞ
		Av. Abdullah ÇAĞER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, siyasetçi olan başvurucunun yaptığı bir basın açıklamasında kullandığı sözlerden dolayı tutuklanması ve yargılanması nedeniyle ifade özgürlüğü ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 18/12/2013 tarihinde Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 14/10/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 10/11/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için 10/11/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 9/1/2015 tarihli görüş yazısı 16/1/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, görüşünü süresi içinde 19/1/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. 21/5/2015 tarihinde yapılan Bölüm toplantısında, başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. 15 Şubat 1999 tarihinde PKK/KONGRA-GEL terör örgütü lideri Abdullah Öcalan Kenya'da yakalanarak Türkiye'ye getirilmiştir.

9. Kısa adı KCK olan Kürdistan Topluluklar Birliği Yürütme Konseyi, 2010 yılı başlarında, "*15 Şubat Komplosu*" olarak nitelendirdiği Abdullah Öcalan'ın Türkiye'ye getirilişini protesto çağrısında bulunmuş ve söz konusu çağrı terör örgütünün kontrolünde olan ve uydu üzerinden yayın yapan ROJ TV ile bazı internet sitelerinde yayınlanmıştır. Çağrıda, "*Kürt halkını eylemlerini yükseltmeye ve bu ulusal kara günde hayatı durdurarak onur orucu tutmaya çağırıyoruz*" denilmiştir.

10. Bu çağrı üzerine Barış ve Demokrasi Partisi (BDP) Diyarbakır İl Başkanlığı, 15/2/2010 tarihinde 5 Nisan Eşit Özgür Yurttaş Derneği önünde basın açıklaması yapacağını ilan etmiştir. Olay günü iddiaya göre yaklaşık 5000 kişi

toplanmış ve BDP'ye ait ses yükseltici cihazlarla donatılmış seçim otobüsü üzerinden toplanan kalabalığa hitaben konuşmalar yapılmıştır. Diyarbakır BDP il başkanı olan başvurucu, toplanan kalabalığa hitaben bir basın açıklaması yapmıştır. Başvurucunun basın açıklaması şu şekildedir:

"...Kürt sorununun çözümünde göstermelik, anayasal güvenceden yoksun, kolektif hakları tanımayan girişimleri kaygıyla izlemekteyiz. Kürtleri ve demokratik kamuoyunu kandırmaya yönelik hükümet sözcülerinin "Öcalan'ın muhatap alınması mümkün değil!..." açıklamalarına yabancı değiliz. Benzer açıklamaları yapanlar şu an nerelerde' Bugün; AKP'nin keçi inadına, anlamsız yaklaşımlarına yani, görmek istememesine karşın, Sayın Öcalan Kürt sorununda aktif bir siyasal öznedir ve çözüm gücüne sahiptir. İstediğiniz kadar muhatap değildir, olamaz deyin, dediklerini beğenin yada beğenmeyin, bu bir Türkiye gerçeğidir. ..... Ortadoğu'yu kirli emelleri doğrultusunda şekillendirmek isteyen uluslararası ve bölge güçleri Kürtlerin özgürlük ve demokrasi mücadelesini kendilerine engel gördükleri için 9 Ekim 1998 yılında Sayın Abdullah Öcalan'a yönelik bir komployu tezgahladılar. Özünde Kürt halkına genelde Ortadoğu halklarına özgürlük istemlerine yönelik bu komplo halkları birbirine düşürüp iktidarlarını pekiştirme amaçlıydı. Mevcut egemen sistem kaos yaratıp, ortaya çıkan durumdan vazife çıkarıp, kurtarıcı rolünde çözüm adına çözümsüzlüğü geliştirmek, uygulana gelen klasik bir senaryodur. Ortadoğu'daki mevcut sistemin devam etmesi için, halkların boğazlaşması oyunu gerekiyordu! Bu doğrultuda sayın Öcalan'ı Türkiye ye teslim ederek hedeflerine ulaşmak istediler. .... Ancak Sayın Öcalan'ın geliştirmiş olduğu barışçıl çözüm önerileri ile bu süreç engellendi. Bütün olumsuz zindan yaşam koşullarına, geliştirilen komplolara rağmen, o günden bu güne barış arayışı ve çabası her zamankinden daha güçlü devam etmektedir. Bu sürecin 11 yılını geride bırakırken, 12. yıla girmiş bulunmaktayız. Baskı cenderesi olarak tanımladığımız İmralı Cezaevi sistemi; hukuk dışı bir Guantanamo cezaevidir hemen kapatılmalı, Sayın Abdullah OCALAN hemen serbest bırakılmalıdır. .... Sayın Öcalan'ın avukatları aracılığıyla yaptığı cezaevi koşullarını içeren açıklamaları "Bir ölüm çukuruna atılmış gibiyim!...", "Solunum cihazına bağlanmış bir hasta gibiyim!.." sözlerini hatırlamayan yoktur. Yaşanan bu son durumun, toplumsal barışı ciddi bir biçimde tehdit ettiğini, büyük gerilimlerini sorumlu herkesin görmesi gerekir. .... İmralı, sıradan bir cezaevi. Sayın Öcalan da herhangi bir tutsak değildir. Öcalan'ın sağlık koşulları, yaşamı ve güvenliği Türkiye'deki gelişmeleri derinden etkileyecek düzeyde kilit bir öneme sahiptir. Bu realitenin görülmesi ve buna göre hareket edilmesi, içinden geçmekte olduğumuz hassas sürecin en stratejik noktasını oluşturmaktadır. Sayın Öcalan, Türkiye'de tıkanmış olan siyasal sürecin önünün açılması için barış gruplarının gelişini ikinci kez önerdi. Habur sınır kapısında cenazeleri alan halkın barış gruplarının gelişiyle ilk defa çocuklarını kucaklaması, barışa sarılması ortaya koymuştur, bu yüzbinler, çözümün muhatabının bir kez daha İmralı olarak göstermiştir. Diğer yandan barış gruplarının gelişini hükümet çözüm olarak değerlendiremediği gibi asıl niyetinin

tasfiye olduğunun açığa çıkması üzerine silbaştan açılımla ilgisi olmayan bir teslim olma sürecine girmiştir. Hükümetin Kürt açılımı sürecinde Kürtler devre dışı bırakılmak istenmektedir. Üç buçuk milyon kürdün irade olarak kabul ettiği sayın Öcalan'ın koşullarının ağırlaştırılması, DTP'nin kapatılması, siyasi yasakların getirilmesi, operasyonlarla demokratik siyasetin tüm yollarının Kürtlere kapatılmak istenmesi düşündürücüdür, kabul edilmezdir. ...Barış gruplarının çözüm için getirdiği mektuplar neden muhataplarına verilmiyor' Kamuoyuna açıklanmıyor, başbakanın bunu açıklaması gerekir. Hedef açılım değil tasfiyedir. Seçimlere kadar AKP kendi yarattığı Kürtlerle sonuç almak istiyor. AKP hükümeti samimi değildir. Diğer hükümetler gibi inkâr ve imhaya dayalı cumhuriyet politikası deşifre olmuştur. Bu açılım geleneksel devlet politikalarını ifade ediyor. Bu açılımın, sorunu çözemeyeceği açıktır. Sayın Öcalan'ın yol haritasının açıklanması muhataplarına verilmesi her geçen süre daha da önem arz etmektedir. Çözüm için bunun Türkiye demokrasisine, halklarına önemli katkıları olacağına inanıyoruz. Devlet aralıksız sürdürdüğü askeri operasyonları durdurmalı, seçilmişlere yönelik operasyonlar durdurulmalı. Türkiye'nin demokratikleşme zemininde Kürt halkının özgür iradesi esas alınarak müzakere başlamalı Demokratik sivil bir anayasanın hazırlanması elzemdir. Sorunu cesaretle tartışırsak çözüme kavuşabiliriz. Eşit özgür huzurlu bir yaşam için Türkiye nin kendi barışını getireceğine dair inancımız tamdır. Sayın Öcalan, 6 m2'lik alanda 11 yıl yılmadan barışın tesisi için çalıştı. Sayın Öcalan'ın dikkate alınmadığı, onun yok sayıldığı, diyalog kanallarının kapatıldığı bir süreç, Kürt sorununun çözümüne hizmet etmez, aksine çözümsüzlüğü derinleştirir. Tecride ve yok etmeye dayalı Amerika Guantanamosundan da geri İmralı sistemi halen ortadayken ve bu sistem daha da ağırlaştırılırken çözümün olması beklenemez. ...Sayın Öcalan'ın özgürlüğüne kavuşturulmasını kamuoyundan talep ederken, bu konuda Türkiye'de yaşayan tüm demokrat insanları duyarlı olmaya çağırıyoruz."

11. Başvurucu yukarıdaki basın açıklaması sonrasında, yasa dışı örgüt adına suç işlediği ve propaganda yaptığı şüphesiyle 23/2/2010 tarihinde tutuklanmıştır.

12. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 26/2/2010 tarihli iddianamesi ile başvurucu hakkında "*yasadışı örgüt propagandası yapmak*" ve "*örgüte üye olmamakla beraber örgüt adına suç işlemek*" suçlarından ceza davası açılmıştır.

13. Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesince 27/5/2010 tarihinde başvurucunun "*örgüte üye olmamakla beraber örgüt adına suç işlemek*" suçundan 6 yıl 3 ay ve "*yasadışı örgüt propagandası yapmak*" suçundan 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Başvurucu aynı tarihte, 94 günlük tutukluluk sonrası tahliye edilmiştir. İlk Derece Mahkemesinin başvurucuyu terör örgütünün propagandasını yapmak suçundan cezalandırmasına ilişkin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"... PKK (Partiya Karkaren Kürdistan-Kürdistan İşçi Partisi) Türkiye Cumhuriyeti Hâkimiyeti altında bulunan bir kısım toprakları, silahlı mücadele vererek Devletin egemenliğinden ayırarak ayrı bir Kürt devleti kurma amacını taşıyan ve bu amaçla çok sayıda öldürme, yaralama, gasp, tehdit, adam kaçırma, bombalama ve toplu öldürme gibi eylemlerde bulunan ve halen de yurt genelinde silahlı eylemlerini sürdürmeye devam eden 5237 sayılı TCK. nun 314. maddesi kapsamında silahlı bir örgüttür. Abdullah Öcalan ise yıllarca silahlı PKK terör örgütünün ele başılığını yapmış daha sonra da yargılanıp, mahkûm olmuş hükümlü bir kişidir.

... Sanık Mehmet Ali Aydın'ın olay tarihinde yapılan basın açıklaması sonrasında terör örgütünün propagandasına dönüşen izinsiz gösteriye katılarak suça konu basın açıklaması metnini okuyarak bir konuşma yaptığı, sanığın yapmış olduğu konuşmasında, yasadışı silahlı PKK terör örgütü elebaşısı Abdullah Öcalan'ın muhatap alınması gerektiğini, Kürt sorununda aktif bir siyasal öznedir ve çözüm gücüne sahip olduğunu, kendisinin Türkiye gerçeği olduğunu, geliştirmiş olduğu barışçıl çözüm önerilerinin engellendiğini, hükümlü olarak cezasını infaz ettiği İmralı Cezaevinin hukuk dışı bir Guantanamo Cezaevi olduğundan kapatılarak kendisinin hemen serbest bırakılması gerektiğini, tutsak olduğunu, "üç buçuk milyon Kürdün irade olarak kabul ettiği" şeklinde beyanda bulunarak kendisini önder olarak gördüğü, örgüt elebaşının mesaj ve talimatlarından bahsederek çözüm için muhatap alınmasının gerektiğini belirttiği, terör örgütünün 20 Şubat-7 Mart 2005 tarihleri arasında (179) delegenin katılımıyla Kuzey Irak'ta düzenlenen toplantı sonrasında terör örgütü elebaşısı Abdullah Öcalan'ın, Kürdistan Demokratik Konfederalizmin "Önderliği" olarak kabul edildiği, PKK/KONGRA-GEL terör örgütü elebaşısı Abdullah Öcalan'dan hitap şekli olarak (Önderlik, Başkan, Kürt Halk önderi, vb.) söylemler ile sözde Ülkemizde yaşayan Kürt halkının önderi ve başkanıymış gibi lanse edilerek muhatap olarak tek kişinin önderlik olduğu, örgüte müzahir kitleler tarafından yapılan basın açıklamaları ve mitinglerde de bu şekilde hitap edip ve bunu sürekli olarak halk arasında yaygınlaştırdıkları, Abdullah Öcalan'ın Kürt halkını temsil ettiği, Kürt halkının siyasi iradesi olduğu ve Kürt Halk önderi olarak kamuoyuna lanse edilmeye çalışılma faaliyetleri doğrultusunda sanığın terör örgütü elebaşısı lehine propaganda içerikli konuşma yapmak suretiyle terör örgütün destekçisi olduğunu belli ettiği, sanığın bu şekildeki eyleminin Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesinin koruması altında bulunan, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile toplantı ve gösteri düzenleme hakkı (Any. 26-34 maddeleri) kısmında kabul edilemeyeceği, 5237 Sayılı TCK'nin 314. anlamında silahlı örgüt niteliğinde olan PKK-KONGRA/GEL terör örgütünün propagandasını yaptığı, hapisteki örgütün elebaşısı Abdullah Öcalan lehine, silahlı örgütün elebaşısını övecek şekilde konuşma yaparak örgütün destekçisi olduğunu belli ettiği, bu şekilde terör örgütüne manevi destek vermek suretiyle terör örgütünün propagandasını yapmak suçunu işlediği hususu sübuta ermekle, eylemine uyan 3713 S.Y'nın 5532 Sayılı Yasanın 6. maddesiyle değişik 7/2. maddesi gereğince cezalandırılması cihetine gidilmiştir."

14. Temyiz üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 5/4/2013 tarihli ilamı ile yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay, karardan sonra yapılan kanun değişiklikleri karşısında başvurucunun hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu gerekçesine dayanmıştır.

15. Yargılamaya devam eden Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 10/9/2013 tarihli kararı ile başvurucu hakkında, 2/7/2012 tarihli 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 örgüt propagandası suçu yönünden kovuşturmanın ertelenmesine; örgüt adına suç işleme suçu yönünden 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesi uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"... Sanığın Üzerine atılı Terör Örgütünün Propagandasını Yapmak suçundan açılı bulunan kamu davasında, sanığın eyleminin 6352 Sayılı Yasanın Geçici 1. maddesinin b bendi kapsamında düşünce ve kanaat açıklama yöntemiyle işlendiği anlaşıldığından 6352 Sayılı Yasanın Geçici 1. maddesinin b bendi gereğince kovuşturmanın ertelenmesine, karar vermek gerekmiştir.

Sanık hakkında örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek suçundan cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmış ve atılı suç bilirkişi raporu, dosyada yer alan Olay Tutanağı, Yakalama Tutanakları ve tüm dosya kapsamı ile sübuta ermiş ise de 6459 sayılı kanunun 8. Maddesi gereğince propaganda suçunu işleyenler hakkında sırf bu suçtan dolayı 5237 Sayıl TCK'nin 220. Maddesinin 6. Fıkrasında tanımlanan suçtan dolayı ayırıca ceza verilmez hükmü nedeniyle sanık hakkında örgüt adına suç işlemek suçundan ceza verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir."

16. Başvurucunun beraat talebiyle yapmış olduğu itiraz Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/11/2013 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Nihai karar başvurucuya 20/11/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu, 18/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

18. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası 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."

19. 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 adlî 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

20. Mahkemenin 4/6/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 18/12/2013 tarihli ve 2013/9343 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu,

i. şiddet içermeyen, fikir ifade etme ve barışçıl gösteri yapma hakkının kullanımından ibaret olan basın açıklaması nedeniyle tutuklama şartları oluşmadığı halde, tutuklama yerine alternatif koruma tedbirlerine başvurmadan tutuklanmasının Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiğini,

ii. şiddeti övmeyen bir basın açıklaması yapması nedeniyle hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiş olsa bile ifade özgürlüğü ve barışçıl

gösteri yapma hakkına bir müdahale olduğunu belirterek, Anayasa'nın 25., 26. ve 34. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini,

ileri sürmüş; ihlalin tespiti ile yeniden yargılama ve 20.000,00 TL maddi, 20.000,00 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Yönünden

22. 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."

23. 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 nihaî işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir (*G.S.*, B. No: 2012/832, 12/2/2013, § 14).

24. 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 (*Korcan Polatsü*, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 32).

25. Somut olayda başvurucu isnat edilen suçlar nedeniyle 23/2/2010 tarihinde tutuklanmış ve yargılandığı davada mahkûmiyet kararının verildiği 27/5/2010 tarihinde tahliye edilmiştir.

26. Açıklanan nedenlerle, başvurunun "*kişi hürriyeti ve güvenliğinin"* ihlal edildiği yönündeki kısmının "*zaman bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. İfade Özgürlüğü Yönünden

27. Başvurucu, şiddeti övmeyen bir basın açıklaması yapması nedeniyle hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesinin ifade özgürlüğüne

ve barışçıl gösteri yapma hakkına bir müdahale olduğunu ileri sürmüştür. Bakanlık, kabul edilebilirliğe ilişkin bir görüş bildirmemiştir.

28. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Somut olayda başvurucu bir basın açıklamasında kullandığı sözlerden dolayı yargılanmış ve hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiştir. Her ne kadar başvurucu toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuş ise de başvurucunun şikâyetlerinin içeriği göz önüne alındığında, mevcut davanın koşullarında, başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetlerinin ifade özgürlüğü yönünden incelenmesi uygun bulunmuştur.

29. Başvurucu, hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesi nedeniyle kovuşturma tehdidine maruz kaldığını ileri sürmüştür.

30. Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 27/5/2010 tarihli kararı ile başvurucunun "*yasadışı örgüt propagandası yapmak*" suçundan 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Temyiz üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 5/4/2013 tarihli ilamı ile yerel mahkeme kararını kanun değişiklikleri nedeniyle başvurucunun hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu gerekçesiyle bozmuştur. Yargılamaya devam eden Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 10/9/2013 tarihli kararı ile başvurucu hakkında örgüt propagandası yapma suçu yönünden kovuşturmanın ertelenmesine karar vermiştir.

31. 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca verilen kovuşturmanın ertelenmesi kararının Anayasa'nın 26. maddesine göre başvurucunun ifade özgürlüğüne bir müdahale olup olmadığı davanın esasıyla ayrılmaz bir biçimde bağlantılıdır. Dolayısıyla başvurucu hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı bulunmamakla beraber bu sorunun Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında esasla ilişkilendirilerek tartışılması gerekmektedir (benzer bir değerlendirme için bkz. *Fatih Taş [GK]*, B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 32).

32. Başvurucu hakkında bir basın açıklamasındaki sözlerinden dolayı kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun bu şikâyete ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

33. Başvurucu, yaptığı basın açıklaması nedeniyle yargılandığını, hakkında bir kez mahkûmiyet hükmü kurulduğunu ve son olarak kovuşturmanın er-

telenmesi kararı verildiğini, siyasetçi olması nedeniyle yeniden kovuşturma tehdidi altında olduğunu, bu sebeple ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

34. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) benzer kararları hatırlatılmış ve başvurucunun iddialarının bu kararlar doğrultusunda değerlendirilmesi gerektiği bildirilmiştir. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. maddesi bağlamında ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden birini 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, başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olup olmadığı, gerçekleştirilen müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmadığı, müdahalenin dayandığı amacın meşru olup olmadığı ve müdahalenin demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığı temelinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

35. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

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. 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."

38. 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 engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

39. 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 (*Emin Aydın*, B. No:2013/2602, 23/1/2014, §43).

40. Somut olaydaki gibi barışçıl gösterilerde konuşma yapma veya basın açıklamasında bulunma özgürlüğünün ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu konusunda hiçbir şüphe bulunmamaktadır.

41. Sınırlanabilir bir hak olan ifade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tâbidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüğe 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.

42. 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 (*Emin Aydın*, §40).

43. İfade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Abdullah Öcalan [GK]*, B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 74).

44. 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.

a. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

45. Başvurucu, başvuruya konu basın açıklamasını yapması nedeniyle kendisi hakkında daha önce 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 kararda 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.

46. Başvurucuya göre mevcut durumda kovuşturulma korkusu gerçek olup kendisinin siyasi faaliyetlerini engellemekte, ayrıca bu durum kendinde stres ve endişe yaratmakta ve çalışmalarını ciddi biçimde sınırlamaktadır.

47. Başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik olarak iddia ettiği bir müdahalenin varlığı, başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan hakkının ihlali nedeniyle mağdur duruma düşürecek bir önleme başvurulup başvurulmadığının 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 (benzer bir değerlendirme için bkz. *Fatih Taş*, § 72).

48. Başvurucunun hakkında henüz kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen yaptığı basın açıklaması nedeniyle 94 gün tutuklu kaldığının, 2010 yılından itibaren yaklaşık 3 yıl 9 ay süren kovuşturmadan doğrudan etkilendiğinin ve siyasetçi olması nedeniyle ileride 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.

49. Somut olayda başvurucu, Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesince 27/5/2010 tarihinde "*yasadışı örgüt propagandası yapmak*" suçundan yargılanmış ve 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 5/4/2013 tarihli ilamı ile yerel mahkeme kararını bozmuş; yargılamaya devam eden Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesi, 10/9/2013 tarihli kararı ile başvurucu hakkında örgüt propagandası suçu yönünden kovuşturmanın ertelenmesine karar vermiş ve bu karar, yapılan itirazın itiraz mercii tarafından reddedilmesi ile 14/11/2013 tarihinde kesinleşmiştir.

50. 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 adlî para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı, soruşturma evresinde 4/12/2004 tarihli 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 başvurucu hakkında devam etmekte olan kovuşturma ertelenmiş ve başvurucu hakkında üç yıl denetimli serbestlik hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir.

51. 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.

52. Başvurucunun olay tarihinde BDP Diyarbakır il başkanlığı yapan bir siyasetçi olması ve halen siyasi faaliyetlerine devam etmesi nedeniyle düşünce açıklamaları veya siyasi 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 başvurucunun söz konusu konuşma nedeniyle daha önce İlk Derece Mahkemesince mahkûm edilmiş olması göz önüne alındığında yine ceza alma tehdidi de devam etmektedir.

53. Mevcut başvuru, ifade özgürlüğüne ilişkin olup başvurucunun denetim altında tutulma durumunun bilinmesi başvurucu açısından bazı güçlükler yaratmaktadır. Bu güçlükler, mağduriyet statüsünün belirlenmesinde dikkate alınmalıdır (bkz. *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, § 67). Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğratıcı bir etkisi vardır ve sonunda kişinin isnat edilen suçlardan aklanma ihtimali bulunsa bile kişinin bu etki altında ileride 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. Ayrıca bkz. *Fatih Taş*, § 78).

54. Sonuç olarak başvurucu, yaptığı basın açıklaması 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 mahkûmiyet kararının Yargıtayca da esastan bozulmaması gerçeği ışığında başvurucunun daha sonra yeniden kovuşturmaya maruz kalma ve ceza alma riskinin gerçek olduğu sonucuna varılmıştır. Bu koşullarda, Anayasa'nın 26. maddesi çerçevesinde başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunun kabul edilmesi gerekir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı Hakkında

55. 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.

***i.* Müdahalenin Kanuniliği**

56. Anayasa'nın 13. maddesi ile 26. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan, müdahalenin "*kanun*"la yapılması şartına aykırılık bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunulmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ve 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin "*kanunilik*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

***ii.* Meşru Amaç**

57. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen millî güvenlik, kamu dü-

zeni, 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.

58. Başvuruya konu basın açıklaması nedeniyle başvurucunun yargılanması, söz konusu açıklamada yer alan ve yasadışı silahlı terör örgütü PKK'nın ve onun kurucusu ve yöneticisi olan Abdullah Öcalan'ın övülmesi, terör eylemlerinin özgürlük mücadelesi olarak gösterilerek yüceltilmesi ve bu surette terör örgütünün propagandasının yapılarak örgüte yardım edilmesi iddialarına dayanmaktadır.

59. Başvurucu hakkında düzenlenen iddianame ve derece mahkemelerinin kararları bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurucunun yargılanmasının, PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında Devlet tarafından belirlenen amaçların ve faaliyetlerin uzantısı niteliğinde olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

60. 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, Avrupa Konseyinin Silahlı Terörizme Karşı Özel Önlemlerin Uygulanması Hakkındaki 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 (*Abdullah Öcalan*, § 87).

61. Başvuruya konu basın açıklamasını yapması nedeniyle başvurucunun yargılanmasının, PKK terör örgütünün faaliyetleri ile mücadele kapsamında millî güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunmasına, suçların önlenmesine, suçluların cezalandırılmasına yönelik çalışmaların bir parçası olduğu, dolayısıyla Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. **Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük**

62. Başvurucu, yaptığı basın açıklamasında cebir ve şiddete veya diğer terör yöntemlerine çağrı yapmadığını, güncel olaylara ilişkin bazı siyasal değerlen-

dirmeler nedeniyle yargılanmak suretiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumun gereklerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

63. 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.

64. İfade özgürlüğü bazı sınırlandırmalara tâbi 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.

65. 1982 Anayasasında belirtilen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile Sözleşme'nin "*demokratik toplumun gerekleri*" ölçütünün bulunduğu 8., 9., 10. ve 11. maddelerindeki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temelinde yorumlanmalıdır (*Abdullah Öcalan*, § 93).

66. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Demokratik bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalara yer verilemez. Anayasa'nın, 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık gösterir. Bununla birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

67. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük"* ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, Anayasa koyucu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük"* ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek görmemiştir.

68. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48).

69. Demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, Devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bunlar, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz.*Handyside/Birleşik Krallık*, § 49).

70. 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 sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi 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).

71. 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 (*Abdullah Öcalan*, § 97; *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84).

72. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasanın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" kavramları, bir bütünün parçaları olup, "*demokratik bir hukuk devleti*"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

73. Bu bağlamda, ifade özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük"*ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Abdullah Öcalan*, § 97).

74. Yapılacak değerlendirmelerde, başvurucunun Diyarbakır BDP il başkanı olduğu ve basın açıklamasında dile getirdiği konuların toplumun bir kesimini ilgilendiren toplumsal meselelere ilişkin olduğunun göz önüne alınması gerekir. Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında, kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmaların veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasında 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).

75. 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 kamu otoriteleri daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu sebeple öncelikle, söz konusu basın açıklamasında, iddianame ve derece mahkemesi kararlarının gerekçelerinde belirtildiği şekilde, PKK terör örgütünün eylemlerinin propagandasının yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir (*Fatih Taş*, § 98).

76. 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 oluşturması, bu ifadeye yönelik bir müdahaleyi tek başına haklı çıkartmamaktadır. Bu nedenle somut başvuruda derece mahkemelerinin kararlarında belirtilen; PKK terör örgütüne ve Abdullah Öcalan'a ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, konuşmacının kimliği, başvuruya konu sözlerin söylenme zamanı, amacı, hitap ettiği kişilerin kimlikleri, muhtemel etkileri ve basın açıklamasındaki diğer ifadelerin tamamı bir bütün olarak ele alınmalıdır. Bundan başka, söz konusu basın açıklamasında 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 *Abdullah Öcalan*, § 100; *Fatih Taş*, § 99).

77. 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).

78. Başvurucu, söz konusu basın açıklamasında "*Kürt sorunu"*nun çözümünde hükümet politikalarını eleştirmektedir. Başvurucuya göre Kürt sorununun çözümünde Abdullah Öcalan muhatap alınmak istenmemiş, ancak hükümet yetkililerinin olumsuz tutumlarına rağmen gelinen noktada Öcalan, sürecin önemli bir aktörü olmuştur. Başvurucuya göre Öcalan, Türkiye'ye uluslararası güçler tarafından teslim edilmiştir ve bu, Ortadoğu halkları üzerinde oynanan bir oyundur. Uluslararası güçler Ortadoğu'da kaos planlarken Öcalan, geliştirdiği çözüm önerileri ile kaos planlarını engellemiştir. Öcalan tüm bunları olumsuz cezaevi koşullarında gerçekleştirmiştir. Başvurucuya göre Öcalan herhangi bir hükümlü değildir ve onun tutulma koşulları iyileştirilmeden yaşanan "*hassas*" sürecin sağlıklı bir biçimde sürdürülmesi olanaklı değildir. Başvurucu, hükümetin Öcalan'ın önerilerini değerlendiremediğini, hükümetin asıl amacının çözüm olmadığını, Kürtlerin tasfiye edilmesi olduğunu, inkâr ve imhaya dayalı devlet politikalarının devam ettirilmek istendiğini, Öcalan'ın önerilerinin göz önüne alınması gerektiğini, askeri operasyonların durdurulması gerektiğini belirtmiştir. Başvurucuya göre demokratikleşme sağlanarak sorun çözülebilir ve bunun için sorunun cesaretle tartışılması gerekir. Başvurucu, basın açıklamasında son olarak Öcalan'ın cezaevi koşullarının iyileştirilmesini, Öcalan'ın özgürlüğünün sağlanması için tüm demokrat kesimleri duyarlı olmaya çağırmıştır.

79. Yapılan yargılama sonucunda İlk Derece Mahkemesi 27/5/2010 tarihli kararında başvurucunun "*terör örgütünün propagandasını yapmak*" suçundan 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, fakat Yargıtayın bozma kararı sonrasında 10/9/2013 tarihli kararı ile 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca kovuşturmanın ertelenmesine ve üç yıl süre ile denetim altında tutulmasına karar vermiştir. Başka bir deyişle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, yaptığı basın açıklamasında sarf ettiği sözlerden dolayı "*terör örgütünün propagandasını yapmak*" suçundan hakkında ceza davası açılması, yargılanması ve 3 yıl denetim süresi verilerek kovuşturmanın ertelenmesinden ibarettir.

80. İlk Derece Mahkemesi, kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin kararında başvurucunun suçun unsurlarının oluşmadığı ve beraat kararı verilmesi gerektiği yönündeki talebine karşın başvurucu hakkında beraat kararı vermeyerek kovuşturmayı ertelemiş, gerekçesinde yalnızca 6352 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinden bahsetmiş, başka bir gerekçeye yer vermemiştir. O halde

başvurucu hakkında beraat kararı verilmeyerek kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesinin sebebi İlk Derece Mahkemesinin 27/5/2010 tarihli kararında yer alan gerekçelere bakılarak anlaşılabilir.

81. İlk Derece Mahkemesi gerekçeli kararda ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumdaki öneminden bahsetmiş; Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası ve Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ifade özgürlüğünün ülkenin kamu güvenliğinin ve toprak bütünlüğünün sağlanması amacıyla ve Anayasa'nın 13. maddesindeki koşullarda sınırlanabileceğini hatırlatmıştır. Mahkemeye göre "*terör örgütünün propagandasını yapmak*" suçunu düzenleyen 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile ifade özgürlüğü sınırlandırılmaktadır. Mahkeme, terör örgütü propagandası yapmak suçunu düzenleyen bu kural ile nefret saçan, şiddete teşvik eden, şiddeti özendiren davranışların kamu düzeni için tehlikeli görülerek cezalandırıldığını belirtmiştir. Mahkeme, başvurucunun, katıldığı gösteride yaptığı basın açıklamasında PKK terör örgütünü ve cezaevinde kapatılmış bulunan Abdullah Öcalan'ı övdüğünü, sözleri ile örgütü desteklediğini, örgüte manevi destek verdiğini ve böylece terör örgütünün propagandasını yaptığını kabul ederek başvurucuyu cezalandırmıştır.

82. İlk Derece Mahkemesi, başvurucunun hangi ifadeleriyle şiddeti övdüğü, kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiğini değerlendirmemiş, göstermemiş; sadece başvurucunun sözleri ile PKK terör örgütünü ve Abdullah Öcalan'ı desteklediğine karar vermiştir. Bununla birlikte konuşması bir bütün olarak incelendiğinde başvurucunun, şiddeti ve terör eylemlerini övdüğü, kişileri ve toplulukları terör yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya tahrik ve teşvik ettiği, sözlerinde ırkçılık, nefret, intikam alma veya silahlı direniş çağrısının bulunduğu söylenemez.

83. Başvurucunun mahkûmiyetine dayanak yapılan sözlerde genel olarak PKK terör örgütünün kurucusu ve yöneticisinin cezaevine kapatılmış olmasından duyulan rahatsızlık dile getirilmiş olmakla birlikte esas olarak "*Kürt sorunu"*nun çözümü için başlatılan "*çözüm süreci"*nde Abdullah Öcalan'ın düşüncelerine daha fazla önem verilmesi çağrısı bulunmaktadır. Başvurucu, çözüm sürecinin sonucunda demokratik sivil bir anayasa hazırlanması gereği ile sorunların tartışılarak ve demokratik usuller içerisinde çözülmesi gerektiğini savunmaktadır. Başvurucu, demokratik usuller yerine şiddete dayalı yöntemlerin benimsenmesine karşı çıkmakta, siyasi yasakların kaldırılmasını, silahlı çatışmaların durmasını ve Öcalan'ın serbest bırakılmasını talep etmektedir.

84. Bir siyasetçi olan başvurucunun sözleri gibi açıklamaların sınırlanmasında 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 sınırlama getirilemez.

85. Başvuruya konu sözleri bir gösteride kalabalığa hitaben ve basın açıklaması şeklinde söylemesi nedeniyle başvurucu terör örgütü propagandasını yapma suçundan kovuşturmaya tabi tutulmuş ve 2 yıl 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Daha sonra kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmiş olsa bile başvurucunun kovuşturmaya tabi tutulma ve yeniden cezalandırılma riskinin halen devam etmesi nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin arzulanan amaçlara uygun olmadığı ve dolayısıyla da demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı kanaatine varılmıştır.

86. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

87. Başvurucu, 20.000,00 TL maddi ve 20.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

88. 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."

89. Başvurucunun yaptığı basın açıklamasında kullandığı sözler nedeniyle 94 gün tutuklu kaldığı, yaklaşık 3 yıl 9 ay yargılandığı ve halen kovuşturma tehdidinin devam ettiği nazara alındığında, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya takdiren net 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

90. 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.

91. 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.

92. 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 ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırılmak için yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerinin *"zaman bakımından yetkisizlik"* nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA**,

2. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialarının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

3. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

B. Başvurucuya net 5.000,00 TL manevi **TAZMİNAT ÖDENMESİNE**, başvurucunun 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 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,

E. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için **YENİDEN YARGILAMA YAPMAK ÜZERE** Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE,**

4/6/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

BEKİR COŞKUN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/12151)

Karar Tarihi: 4/6/2015

R.G. Tarih- Sayı: 1/7/2015-29403

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Bekir COŞKUN
Vekili	:	Av. Mustafa Gökhan TEKŞEN
		Av. Özlem GÜNEL TEKŞEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, köşe yazarı olan başvurucunun bir yazısı nedeniyle cezalandırılmasının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 23/7/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 28/11/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı, 29/12/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için 29/12/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 28/1/2015 tarihli görüş yazısı 4/2/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, görüşünü süresi içinde 11/2/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. 21/5/2015 tarihinde yapılan Bölüm toplantısında, başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile Bakanlık görüşünde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, ulusal düzeyde yayın yapan Cumhuriyet Gazetesinin 4/7/2013 tarihli nüshasında, 31/8/2013 tarihinde İstanbul'da başlayıp yurt geneline yayılan merdiven boyama eylemlerini konu alan "*Boyalı Merdivenler*" başlıklı yazıyı kaleme almıştır. Yazı şöyledir:

"Merdivenim boyalı.
Kırmızı.
Mavi.
Sarı.
*
Aslında ayakları boyayacaksın.
Nereye gitsen renk.
*

Belki de çatışma noktası buydu:
Renklilik ile renksizliğin kavgası.
*
Dans; pembedir mesela.
Rakı; beyaz.
Aşk; kırmızı.
Ağaç; yeşil.
Dere; mavi.
Sarı lacivertliler, sarı kırmızılılar, siyah beyazlılar.
Dev posterini asmışlardı duvara aslanımızın; gözleri mavi, saçları altın sarısı.
*
Hâlâ ***"Oyları yüzde 44"*** *diyorlar.*
Bunca kıyamet, bunca olay, bunca skandal, bunca kepazelik, bunca rezillik.
Yani sadece yüzde 6'sı mı anladı, Türkiye'nin başına geleni'..
Renkli televizyona bakıyor oysa.
Renk körü müsün mübarek.
*
Savaş; siyahtır.
Barış; kar beyazı.
Cumhuriyet; beyaz kırmızı.
Laiklik dediğimiz şeydir; gökkuşağı.
*
Sevmiyorlar renkleri.
Milletvekili koltukları turuncu olduğu için, oturanların asabileştiğine ve bu yüzden çok kavga ettiklerine karar verdiler.
Kırmızıyı görünce saldırıyor demek.
Möölletvekili.
*
Boyayın.
Alın fırçaları.
Kaldırım, yol, duvar, taş, yer, gök.
Nereyi isterseniz boyayın.
*
Softanın kuşağı değil bu.
Gökkuşağı.
Beyaz.
Kırmızı.
Mavi.
Sarı."

9. Söz konusu yazı nedeniyle başvurucu hakkında, Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) İstanbul milletvekili Mihrimah Belma Satır 1/10/2013 tarihinde,

AK Parti İstanbul milletvekili Metin Külünk 10/10/2013 tarihinde, kamu görevlisine hakaret ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunun işlendiği iddiasıyla suç duyurusunda bulunmuşlardır.

10. Aynı yazı ile ilgili olarak, 30/10/2013 tarihinde AK Parti Manisa milletvekili Selçuk Özdağ tarafından da kamu görevlisine hakaret suçunun işlendiği iddiasıyla suç duyurusunda bulunulmuştur.

11. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 2013/136853 numaralı soruşturma dosyasında, başvurucunun kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı alenen hakaret suçunu işlediği iddiasıyla cezalandırılması için 21/11/2013 tarihli iddianame ile kamu davası açmıştır.

12. Bununla birlikte İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, 2013/136853 numaralı soruşturma dosyasında başvurucu hakkında halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle 21/11/2013 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

13. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 21/11/2013 tarihli iddianamesiyle açtığı kamu davası İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesinde görülmüştür.

14. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi, 29/4/2014 tarihli kararı ile başvurucunun kamu görevlisine karşı görevinden dolayı basın yoluyla hakaret suçunu işlediği gerekçesiyle 1 yıl 2 ay 17 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. İlk Derece Mahkemesinin gerekçesi şöyledir:

"...

Dava konusu yazı konusu itibariyle bir bütün olarak değerlendirildiğinde Yazar, bir siyasetçi olan müştekilerin siyasi yaşantısında ve Milletvekilliği gibi bir kamu görevini yaptıkları esnada siyasi bir konuda veya toplumu ilgilendiren kamusal konuda yapmış olduğu eylemlerinden, sözlerinden, toplumu ilgilendiren fikir açıklamalarından hiç bahsetmemekte, müştekilerin fikir ve tavırlarını keşfetme ve bu konulardaki fikrine karşı yeni veya karşı bir fikir oluşturmamaktadır. Bir siyasetçi olan milletvekillerinin toplumun bir kısmını bile ilgilendirecek bir konuda olumlu veya olumsuz ortaya koymuş oldukları bir düşünce, bir eylem konusunda herkesten daha çok, basın tarafından kaba, sert ve kırıcı bile olsa eleştirilmesi siyasi bir yaşamın ve kamusal bir görev yapmasının doğal bir sonucudur. Ancak bir kimsenin eleştirilebilmesi için ortada bir eleştiri konusunun da olması gerekir.

Siyasetçilerin siyasi veya kamuyu ilgilendiren konularda yaptığı açıklamalar, toplumu ilgilendiren örneğin sağlık, eğitim, dış politika vb. gibi konularda yapılan uygulamalar veya başka kamusal uygulamalar Basın tarafından ele alınabilir

ve eleştiri konusu yapılabilir. Yazar yazısında milletvekilleri hakkında "...Kırmızıyı görünce saldırıyor demek... Möölletvekili..." şeklinde beyan ve nitelendirme yaparken müştekilerin hangi açıklamalarından veya hangi kamusal eylemlerinden dolayı bunu yaptığını ortaya koyamamaktadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Salonundaki milletvekili koltuklarının renkleri ile ilgili açıklama ve yorumlarda bulunan sanığın, mizahi bir dil ile de olsa düşünce ve yorumlarını küçültücü ve aşağılayıcı olmayan sözlerle açıklamasının mümkün olduğu, ancak yazı içeriği ile düşünsel bir bağ bulunmaksızın ve ayrıca açıklanmasında kamu yararı bulunmayan bir şekilde "...Kırmızıyı görünce saldırıyor demek... Möölletvekili..." şeklindeki ifadenin tek amacının müştekileri aşağılamak olduğu, müştekilerin içsel değere ve kamuoyu nezdindeki şeref ve saygınlığına saldırıda bulunarak hukuka uygunluk ve eleştiri sınırının aşıldığı ve küçültücü değer yargısı içermesi nedeniyle sanığın üzerine yüklenen basın yoluyla kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı alenen hakaret suçunu işlediği sanık savunması, şikayet dilekçesi, gazete örneği ve tüm dosya kapsamından anlaşılmıştır."

15. Bu karara karşı başvurucu tarafından yapılan itiraz, İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 24/6/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

16. Başvurucu hakkında aynı yazı ile ilgili olarak Manisa Cumhuriyet Başsavcılığınca da soruşturma başlatılmıştır. Başsavcılık, 30/1/2014 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiş; karara itiraz edilmesi üzerine itirazı inceleyen İzmir 7. Ağır Ceza Mahkemesi de 10/3/2014 tarihli kararı ile itirazın reddine karar vermiştir.

17. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru 23/7/2014 tarihinde yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

18. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Hakaret*" kenar başlıklı 125. maddesi 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 ihtilât ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dinî, siyasî, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle,

İşlenmesi hâlinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./15.mad) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.

(5) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./15.mad) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin Madde hükümleri uygulanır."

19. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" kenar başlıklı 231. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

...

(8) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek

cümle: 18/6/2014-6545/72 md.) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.. "

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 4/6/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 23/7/2014 tarihli ve 2014/12151 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

21. Başvurucu,

i. hakkında yürütülen cezai kovuşturma kapsamında aynı konuya ilişkin olarak, Manisa Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar (KYO) verilmesine ve bu kararın itiraz incelemesi sonucu kesinleşmesine rağmen, İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkûmiyetine karar verildiğini hatırlatmıştır. Başvurucu, aynı sanık için aynı fiil nedeniyle yargılama yapılamayacağı ilkesine aykırı davranıldığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini,

ii. İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararında savunma makamının görüşlerine yer verilmediğini, mahkûmiyet kararının hangi temele dayandığının gösterilmediğini belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini,

iii. başvuruya konu gazete yazısında güncel ve siyasi bir eleştiri yaptığını, hiçbir milletvekilini hedef almadığını, siyasetçilerin görev ve faaliyetleri açısından daha esnek ve hoşgörülü olması gerektiğini belirterek Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve onun ayrılmaz bir parçası olan basın özgürlüğünün ihlal edildiğini,

ileri sürmüştür. Başvurucu ihlalin tespiti ile 50.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder.

23. Her ne kadar başvurucu, aynı makale nedeniyle bazı Cumhuriyet Savcılıklarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesine rağmen

İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkûmiyetine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüş ise de bu şikâyet, yazmış olduğu makale nedeniyle cezalandırılmasına yöneliktir ve bu sebeple söz konusu şikâyetin Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında incelenmesi uygun görülmüştür.

24. Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında yapılan şikâyetlerde ifade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalelerin varlığı halinde derece mahkemelerinin kararlarının müdahaleyi haklı kılacak "*konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler*" içerip içermediğinin ve "*sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının*" demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple başvurucunun, İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesinin yeterli olmadığı ve mahkûmiyet kararının hangi temele dayandığının gösterilmediği yönündeki şikâyetlerinin de bir bütün olarak ifade ve basın özgürlükleri kapsamında incelenmesi gerekir.

25. Başvurucunun, yazdığı bir gazete makalesinden dolayı aleyhinde verilen hürriyeti bağlayıcı cezanın ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğine 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

26. Başvurucu, yazdığı bir gazete makalesinden dolayı aleyhinde hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesinin Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 28. maddesinde korunan basın özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık, başvurucunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

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. 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.

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

29. Anayasa'nın "*Basın hürriyeti*" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez.

...

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

..."

30. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade 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 (*Emin Aydın* [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43). 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 da ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir (*Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 73).

31. 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 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.

32. Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında basının hür olduğu ve sansür edilemeyeceği, üçüncü fıkrasında basın ve haber alma özgürlüğü bakımından devletin pozitif yükümlülüklerinin bulunduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 28. maddesinin dördüncü fıkrasında ise basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Düşünce ve kanaatlerin özel bir ifade biçimini koruyan basın özgürlüğüne ilişkin bireysel başvuruların bu konuyu özel olarak düzenleyen Anayasa'nın 28. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmekle birlikte anayasanın bütünlüğü ilkesi uyarınca konuya ilişkin diğer maddeler de bu inceleme kapsamında gözetilmelidir. Bu çerçevede 28. madde ile Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin somut başvuru yönünden birlikte dikkate alınması gerekmektedir. İfade özgürlüğü ile basın özgürlüğü arasındaki sıkı ilişki dolayısıyla, mevcut başvuruda, basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasına yapılan müdahale iddialarının incelenmesinde basın özgürlüğünü de kapsayan "*ifade özgürlüğü*" kavramı esas alınmıştır.

33. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğü, herkesin söz, yazı, resim veya başka yollarla düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkını ve buna bağlı olarak haber veya görüş alma ve verme özgürlüklerini kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü, kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

34. Basın özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü, gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. İfade 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 gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (bkz. *Abdullah Öcalan*, § 74).

35. 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 (*Emin Aydın*, § 41).

36. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkraları, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Başka bir deyişle hem gerçek hem de tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır. Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından "*değerli-değersiz*" veya "*yararlı-yararsız*" biçiminde ayrıştırılması sübjektif unsurlar ihtiva eder. Bu değerlendirmelerden hareketle ifade özgürlüğünün alanının belirlenmeye çalışılması bu özgürlüğün keyfi biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. İfade özgürlüğü, başkaları açısından "*değersiz*" veya "*yararsız*" görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.

37. Bununla birlikte ifade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Basın özgürlüğünün sınırlanmasında ise kural olarak 28. maddenin dördüncü fıkrası gereğince Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacaktır. Bundan başka basın özgürlüğünün sınırlanmasında 28. maddenin beşinci, yedinci ve dokuzuncu fıkralarında bazı özel sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Mevcut başvuruya benzer başvurularda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama sebepleri dikkate alınmalıdır.

38. Ancak ifade ve basın özgürlüklerine 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 Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamında yapılması gerekmektedir.

39. Başvuru, başvurucunun bir köşe yazısında Türkiye Büyük Millet Meclisinde bulunan milletvekillerine hakaret ettiği gerekçesiyle 1 yıl 2 ay 17 gün hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılması nedeniyle yapılmıştır. İlk Derece Mahkemesi ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Somut olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele, başvurucu aleyhine hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemektir. Sonraki aşamalarda, varlığı kabul edilen müdahaleye dayanak olarak gösterilen amacın meşru olup olmadığının, söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ölçüde kısıtlanıp kısıt-

lanmadığının, kısıtlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığının ve kullanılan araçların orantılı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

***i.* Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında**

40. Başvurucunun, bir gazetede yazdığı makalede yer alan sözlerinin milletvekillerine hakaret suçunu oluşturduğu kabul edilerek 1 yıl 2 ay 17 gün hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. O halde söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

***ii.* Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı Hakkında**

41. Yukarıda anılan müdahale 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. ve 28. maddelerinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple, sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma, 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. Kanunla Sınırlama

42. Başvurucu, Anayasa'nın 26. maddenin beşinci fıkrasında yer alan "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir*" hükmüne ve Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin ancak "*kanunla sınırlanabileceği*" kuralının gereğine aykırılık bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 5237 sayılı Kanun'un 125. maddesinin "*kanunla sınırlama*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

2. Meşru Amaç

43. Başvurucu, milletvekillerine hakaret ettiği iddiasıyla hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmıştır. Hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin söz konusu kararın "*başkalarının şöhret veya haklarının*" korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

3. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

44. Başvurucunun bir gazetedeki köşe yazısında sarf ettiği sözlerden dolayı cezalandırılmasına ilişkin kararda, demokratik bir toplumda, başvurucunun

ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

45. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin "*manevi varlığı*" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi, birçok ihtimalin yanında, görsel ve işitsel yayınlar yoluyla da olabilir. Bir kişi görsel ve işitsel yayın yoluyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; *Adnan Oktar* (*3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33).

46. İfade özgürlüğü ve özel olarak basın özgürlüğü alanında devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında zorunlu olmadıkça düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı ve yaptırımlara tabi tutmamalı; pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (*Nilgün Halloran*, § 43; benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43).

47. 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 ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerekir. Mevcut olaydaki gibi başvurularda başvurunun sonucu, prensip olarak, başvurunun ihtilaflı makale ve sözlerin sahibi tarafından Anayasa'nın 26. maddesine dayanılarak yapılmış olması ile bu makaleye veya sözlere konu olan kişi tarafından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak yapılmış olmasına göre değişmez. Aksi halde Anayasa'nın anılan maddelerinde korunan hakların dengelenmesinde, benzer olaylarda çelişkili sonuçlar ortaya çıkabilir. Yargı mercilerinin bu iki maddede düzenlenen haklar arasında Anayasa'nın 13. maddesinde ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun bir denge kurmaları gerekir.

48. Bu denge kurulurken, Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında hakkın özüne dokunulmamalı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve sınırlama amacı ile aracı arasındaki ölçü gözetilmelidir (*Nilgün Halloran*, § 43).

49. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Demokratik bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalara yer verilemez. Anayasa'nın, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını

düzenleyen 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık gösterir. Bununla birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

50. Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük"* ilkelerine evleviyetle aykırı olacağından, Anayasa koyucu temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük"* ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek görmemiştir.

51. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48).

52. Buradan çıkan sonuca göre demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, Devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bunlar, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, § 49).

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 ilkeleri iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı

bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi 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).

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 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 (*Abdullah Öcalan*, § 97).

55. Belirtilen nitelikleri gereği, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, "*temel hak ve hürriyetlerin özü*", "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük ilkesi*" kavramları, bir bütünün parçaları olup, "*demokratik bir hukuk devleti*"nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır.

56. Bu bağlamda, ifade özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük*" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Abdullah Öcalan*, § 97).

57. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında mahkemelerin, düşüncelerin açıklanması ve yayılmasına yönelik olarak tazminata veya cezaya karar verirken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 114). Bunun sonucu olarak başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerini ihlal boyutuna ulaşıp ulaşmadığı incelenirken soyut bir değerlendirme yapılmayıp; başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır.

58. Basının bir demokraside bilgi ve fikir iletme yükümlülüğü olan kamusal gözetleyici fonksiyonuyla birlikte değerlendirildiğinde, başvurucunun bir

gazeteci olarak politikacılara veya hükümet politikalarına yönelttiği eleştiriler sırasında söylediği sözlerden dolayı cezai yaptırıma tabi tutulmasının ölçülü olduğundan söz edilebilmesi için, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçelerinin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli olmaları gerekir.

59. Başvurucu, Türkiye'nin bilinen köşe yazarlarındandır. Başvuruya konu köşe yazısının kaleme alındığı tarihten önce 2013 yılının Haziran ayında "*Gezi Olayları*" diye bilinen toplumsal olaylar meydana gelmiş, ardından çevre bilincini artırmak iddiasıyla Türkiye'nin değişik yerlerinde merdiven boyama eylemleri başlamıştır. Olayların geçtiği tarihte "*gökkuşağı eylemi*" olarak da ifade edilen merdiven boyama eylemine bazı belediyeler karşı çıkmış ve gökkuşağı renklerine boyanan merdiven basamakları griye boyanmıştır. Başvuruya konu makale, olayların meydana geldiği tarihte basın ve yayın organlarında ve siyaset alanında devam eden tartışmaların bir parçası olarak kaleme alınmıştır.

60. Söz konusu makalede esprili bir tarzda ve dolaylı bazı ifadelerle merdiven boyama eylemine destek verilmekte, bu eyleme karşı çıkanlar ise eleştirilmektedir. Başvurucuya göre Türkiye'deki mücadele, renkleri sevenler ile sevmeyenlerin mücadelesidir. Başvurucu, merdiven boyamaya karşı olmak ile milletvekillerinin Mecliste asabileşmeleri ve kavga etmeleri arasında bir ilişki kurmakta ve bazı renklerin milletvekillerini asabileştirdiği yönünde basında çıkan iddialara gönderme yapmaktadır. Başvurucu ayrıca "*bütün yaşananlara*" rağmen iktidar partisinin "*oylarının yüzde 44"* olmasını da eleştirmekte, iktidar partisine oy verenleri "*renk körü*" olmakla suçlamaktadır.

61. İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi, başvurucunun, milletvekillerinin somut bir eylemini ya da düşüncesini eleştirmediği, makalede olumlu ya da olumsuz olarak toplumsal meseleleri ilgilendiren bir konuda değerlendirmeye yer verilmediği, herhangi bir eleştiri konusu olmadan yapılan eleştirel açıklamaların yalnızca küçümseme amacıyla yapıldığı gerekçesine dayanmıştır. İlk Derece Mahkemesine göre siyasetçilerin kamuyu ilgilendiren konularda yaptığı açıklamalar ile toplumu ilgilendiren sağlık, eğitim, dış politika gibi konulardaki uygulamalar basın tarafından eleştiri konusu yapılabilir. Buna karşın Mahkemeye göre başvurucu, genel olarak milletvekilleri hakkında "*Kırmızıyı görünce saldırıyor*", "*Möölletvekili*" şeklindeki sözlerle milletvekillerinin somut bir açıklamasını veya eylemini eleştirmiş değildir. Bu sözlerdeki amaç aşağılama ve küçük düşürmedir. TBMM Genel Kurul salonundaki koltukların renkleri ile ilgili yorumların, mizahi bir dille de olsa küçültücü ve aşağılayıcı olmayan sözlerle yapılması mümkündür. Mahkemeye göre başvurucunun makalesi dolayısıyla milletvekillerinin şeref ve saygınlığı zedelenmiştir ve yapılan eleştiri ile hukuka uygunluk sınırı aşılmıştır.

62. Bireysel başvurularda, tek başlarına derece mahkemelerince verilen kararların ele alınması ile yetinilemez. İlk olarak başvurucu tarafından söylenen sözlerin somut olarak bir milletvekiline karşı söylenmediği göz önünde bulundurulmalıdır. İkinci olarak ise yargılamaya konu "*Kırmızıyı görünce saldırıyor*","*Mööllетvekili*" şeklindeki ifadelerin içinde geçtiği yazının bütünü ile birlikte ve bunların söylendikleri bağlamından kopartılmaksızın, olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran*, § 52).

63. Başvurucu, merdivenlerin boyanması eylemini savunmuş ve bu eylemi eleştiren yetkililere yönelik olarak sert ifadeler kullanmıştır. İlk Derece Mahkemesi ise başvurucunun sözlerinin TBMM'deki tüm milletvekillerine hakaret anlamı taşıdığına karar vermiştir. Buna karşın başvurucunun sözlerini doğrudan herhangi bir milletvekiline yönelttiği sarih değildir. Başvurucu, milletvekilleri de dahil siyasetçilerin tamamına daha soyut düzeyde bir eleştiri yöneltmektedir. İlk Derece Mahkemesinin başvurucunun kullandığı sert sözlerin hedefinin şikayetçi milletvekili olduğunu kabul etmesi ancak başvurucunun kullandığı kelimelere yazarının verdiği anlamın ötesinde anlamlar yüklemesi ile mümkün olmuştur. Öte yandan İlk Derece Mahkemesinin kabul ettiği gibi başvurucunun sözleri ile tek tek milletvekillerini hedef aldığı kabul edilse bile başvurucunun ifadelerinin yazının bütünlüğü ile birlikte ve bunların söylendikleri bağlamından kopartılmaksızın değerlendirilmesi gerekir

64. İfade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir. Bu nedenle, düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır. Öte yandan siyasi tartışma özgürlüğünün "*tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi*" (bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41-42) olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekmektedir. AİHM de kararlarında sıklıkla siyasi bir tartışmayı savunmanın demokratik bir toplumda temel bir unsur olduğunu vurgulamaktadır. AİHM, zorlayıcı nedenler olmadıkça siyasi ifadeye kısıtlama getirilmemesi gerektiğini kaydetmektedir (örnek bir karar için bkz.*Feldek/Slovakya*, B. No: 29032/95, 12/7/2001, § 83).

65. Başvurucu, mahkumiyetine neden olan sözleri ile "*Gezi Olayları*" olarak bilinen ve Türkiye'yi uzun süre meşgul etmiş olaylardan sonra bazı şahısların kendilerince çevre sorunlarına dikkat çekmek için başlattığı şehir merdivenlerini boyama etkinliğine karşı bazı belediye yetkilileri ile bazı siyasilerin gösterdikleri tepkiyi eleştirmektedir. Başvurucu ayrıca daha önce TBMM Genel Kurul salonunun renklerinin ve özellikle koltukların kırmızı renginin milletvekillerinin ruh durumunu bozduğu yönünde basında çıkan haberlere gönderme yapmaktadır. Başvurucu "*Kırmızıyı görünce saldırıyor*" ve "*Mööllетveki-*

li" ifadeleri ile elinde kırmızı pelerin bulunduran matadora saldıran boğaları hatırlatmakta ve esprili bir tarzda rengârenk bir çevrenin siyasiler tarafından hoş karşılanmamasını eleştirmektedir.

66. AİHM'in yerleşik içtihatlarında da belirttiği gibi, hükümetler kullandıkları kamu gücünden dolayı kendilerine yöneltilmiş en ağır eleştirileri bile hoşgörü ile karşılamak zorundadır. Sağlıklı bir demokrasi, bir hükümetin yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından denetlenmesini değil aynı zamanda sivil toplum örgütleri, medya ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir (örnek bir karar için bkz. *Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/4/1992, § 46).

67. Aynı şekilde siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, diğer kişilere yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır (benzer bir yaklaşım için bkz. *Lingens/Avusturya*, § 42).

68. Yine de siyasetçilerin daha hoşgörülü olmak zorunda olmaları Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "*şöhret ve haklarının*" korunmayacağı anlamına gelmez. Aksine 26. maddenin ikinci fıkrası bütün bireylerin itibarlarının korunmasına imkân verir. Ancak, şahsi sıfatları dışında hareket eden siyasetçiler bakımından söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartılmalıdır (aynı konuya AİHM'in yaklaşımı için bkz. bkz. *Lingens/Avusturya*, § 42).

69. Başvurucunun dava konusu makalede kendi bakış açısından Türkiye'deki çevre sorunlarına dikkat çeken bir eyleme destek vermesinin ve bu eyleme karşı olanları eleştirmesinin genel olarak kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğunda kuşku yoktur. Ayrıca hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da özel kişilere göre daha geniştir.

70. Başvurucu yazdığı makale nedeniyle 1 yıl 2 ay 17 günlük hapis cezası ile cezalandırılmıştır. İlk Derece Mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile başvurucu 5 yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmıştır ve bir yazar olan başvurucunun bu süre içerisinde cezasının infaz edilmesi riski her zaman vardır. Yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğratıcı bir etkisi vardır ve sonunda kişi denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almadan geçirse bile kişinin bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riski bulunmaktadır. Sonuç olarak başvurucunun gelecekte cezasının infaz edilebileceği olasılığının kendisinde stres ve cezalandırılma endişesi yarattığı kabul edilmelidir.

71. Bu sebeplerle, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "*başkalarının şöhret ve haklarının*" korunması için demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.

72. Başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkralarında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

73. Başvurucu, 20.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

74. 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."

75. Başvuruda, Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası ile 28. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla kararın bir örneğinin İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

76. Başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik başvuru açısından, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya takdiren net 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

77. Başvurucu, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin tahsilini talep ettiğinden başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 başvuru harcı 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. İfade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialarının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

2. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan basın özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

3. Başvurucuya net 5.000,00 TL manevi **TAZMİNAT ÖDENMESİNE**, başvurucunun tazminata ilişkin diğer taleplerinin **REDDİNE**,

B. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**,

C. 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.

D. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için **YENİDEN YARGILAMA YAPMAK ÜZERE** İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE**,

4/6/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ALİ RIZA ÜÇER BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2013/8598)

Karar Tarihi: 2/7/2015

R.G. Tarih- Sayı: 12/8/2015-29443

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Ali Rıza ÜÇER
Vekili	:	Av. Erkin GÖÇMEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Ankara içme suyu üzerine hazırladığı raporlarda kullandığı ifadelerin Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı'na hakaret oluşturduğu iddiasıyla açılan davada başvurucu aleyhine tazminata hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 27/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde, belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 31/12/2015 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 5/2/2015 tarihinde başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 5/2/2015 tarihinde Bakanlığa bildirilmiştir. Bakanlığın yazılı görüşü 23/3/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunulmuştur.

6. Bakanlık görüş yazısı, başvurucuya 3/4/2015 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 17/4/2015 tarihinde sunmuştur.

7. 25/6/2015 tarihinde yapılan Bölüm toplantısında, başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

8. Başvurucu, radyasyon onkolojisi uzmanıdır ve Tıp Kurumu Derneğinin Genel Sekreterliği görevini yürütmektedir.

9. 2008 yılı Haziran ayında, kamuoyunda Ankara ilinin içme suyunda arsenik miktarına ilişkin bir tartışma başlamış ve başvurucu, üyesi bulunduğu derneğin internet sitesinde başka bir uzman ile birlikte üç ayrı basın açıklaması yayımlamıştır.

10. Başvuruya konu 2/6/2008 tarihli basın açıklamasında şu ifadeler yer almaktadır:

"Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı Melik Gökçek, 28 Mayısta Büyükşehir Belediyesi Basın Merkezinde düzenlediği basın toplantısında "Kızılırmak suyunun içilmediği yönünde söylentiler çıkaran muhalefete sürpriz yaptıklarını" belirterek, "Ankara 21 günden beri Kızılırmak suyunu içiyor, Ankara'ya hayırlı uğurlu ol-

sun" diye açıklama yaptı. Gökçek, "Suyun verildiğini ilan etmeleri halinde bazı sivil toplum kuruluşlarının yaygara çıkaracağını ifade ederek, "Kızılırmak suyunu verdiğimiz günü söyleseydik olay büyütülecekti. 3 Ağustos tarihinde Ankara Tabipler Odası haberlerini örnek vermiştim. Su kesintileri yapılınca ishal vakaları olacağını duyurdular. Kızılırmak suyunun Ankara'ya verildiği gün ajitasyon yapılacağını söyledim, 21 günden beri Ankaralılar Kızılırmak suyunu içiyor. Kimse bunun farkına varmadı. İshal vakaları artmadı. Benim bu konuşmamdan sonra bazı odalar feryada başlayacak. Bizim suyumuz son derce sağlıklıdır. Koparılan yaygaranın ideolojik olduğu ortaya çıkmıştır." diye konuştu.

Gökçek, insan sağlığı yönünden içme suyu kalitesini, kullananlardaki ishal vakalarına indirgeyerek konuyu son derece yüzeysel bir yaklaşımla ele almıştır. İçme suyundaki patojen mikroorganizmaların varlığına bağlı olarak gelişebilecek ishal vakaları içme suyu kalitesinin gözle görünür ve erk(e)n ortaya çıkan bir sonucudur. Ancak su kalitesi ne kadar kötü olursa olsun klorlama gibi basit dezenfeksiyon işlemleriyle sudaki patojen organizmalar yok edilebilir ve bu suyu kullananlar da ishal vakaları görülmez. Diğer bir deyişle kullananlarda ishal vakası görülmemesi içme suyunun sağlık yönünden sorunsuz olduğunu göstermez. İçme suyu kalitesinde insan sağlığı için esas olan parametre basit arıtma işlemleri ile kolaylıkla bertaraf edilemeyen toksik etkili kimyasal kirliliklerdir. Bu kimyasal kirliliklerin etkisi içme suyunu tüketen topluluklarda yıllarca sonra başta kanser olmak üzere çeşitli kronik hastalıkları arttırmasıyla ortaya çıkar. Gökçek'in açıklamasına göre Kesikköprü projesiyle 7 Mayıstan bu yana Ankara'ya Kızılırmak suyu veriliyor, Ankara Kızılırmak suyunun verilmesinden 6 gün sonra 13 Mayıs 2008 tarihli ASKİ Genel Müdürlüğü Arıtma Tesisleri Dairesi Başkanlığı'nın "Su Deney Raporunda" dikkat çeken yönler var. Bu nedenle 13 Mayıs tarihli analizin dikkatle irdelenmesi gerekiyor. ASKİ su analizine göre 1 Nolu Numune: Arıtılmamış Ham Su, 2 Nolu Numune ise İvedik Çıkışındaki Arıtılmış Sudur.

Dünyada başta kanserojen etkisi olmak üzere insan sağlığına zararlı etkileri nedeniyle içme suyunda en fazla sorun oluşturan toksik maddelerin başında Arsenik gelmektedir. İçme suyunda yüksek oranlarda Arsenik mesane, akciğer, cilt, böbrek ve karaciğer kanserine yol açabilir. Ayrıca merkezi ve periferik sinir sisteminde, kalpte, damarlarda ve ciltte ciddi boyutlarda hasara neden olabilir. Gerek Dünya Sağlık Örgütü (WHO), gerek Türk Standartları Enstitüsü (TS 266), gerek Sağlık Bakanlığı İnsani Tüketim (A)maçlı Sular Yönetmeliği'ne göre 1 litre suyun için verilen maksimum arsenik değeri 10 mikrogramdır. ASKİ İvedik Su Arıtma Tesislerinde Kızılırmak suyu gelmeden önce yapılan Ham Su Analizinde Arsenik değeri 10 mikrogramın (0,01 miligram) altında raporlanmıştır. Bu rapora göre eski Ankara su(y)undaki Arsenik miktarı 10 mikrogramın ne kadar altında olduğu belirtilmemiştir.

Yukarıda sözünü ettiğimiz 13 Mayıs tarihli ASKİ Kızılırmak suyu analizindeyse

1 No'lu Arıtılmamış Ham Su örneğindeki Arsenik Miktarı 12.1 mikrogram litre olarak raporlanmıştır. Ancak İvedik Çıkışındaki Arıtılmış Suda (2 Nolu Numune) Arsenik değeri 1 mikrogramın altında raporlanmıştır. Melik Gökçek dün gece (1 Haziran) SES TV'deki canlı yayın programında 27 Mayısta yapılan analizde Ham Su örneğindeki Arsenik oranını 13.7 mikrogram olarak açıklamıştır. Geleneksel (konveksiyonel) arıtma yöntemleriyle Arsenik miktarının bu kadar düşük düzeylere nasıl çekildiğinin açıklanması gerekmektedir. İçme suyu Arsenik konsantrasyonuna bağlı olarak her 10 bin nüfus için mesane ve akciğer kanseri olgularındaki artış riski şöyledir.

İçme Suyu Mesane Kanseri Akciğer Kanseri

Arsenik Kons Kadın Erkek Kadın Erkek

3 4 7 5 4

5 6 11 9 7

10 12 23 18 14

20 24 45 36 27

İçme Suyundaki Arsenik Miktarının toplam kanser yapma risk oranı da şöyledir.

Arsenic Level in Tap Water Yaklaşık Toplam Kanser Riski

(in parts per billion, or ppb) (Günde 2 litrelik tüketimde)

0.5 ppb 1 in 10,000

1 ppb 1 in 5,000

3 ppb 1 in 1,667

4 ppb 1 in 1,250

5 ppb 1 in 1,000

10 ppb 1 in 500

20 ppb 1 in 250

25 ppb 1 in 200

50 ppb 1 in 100

Yukarıdaki tabloda görüldüğü gibi içme suyunda Arseniğin 1 ppb ya da 5 ppb gibi düşük düzeylerinde bile sırasıyla beş binde bir ve on binde bir oranlarında toplam

kanser riski ortaya çıkmaktadır. NAS'ın verileri üzerinden Ankara'da şebeke suyunda ortalama 3 mikrogram Arsenik olduğu takdirde ortaya çıkacak kanser riskine dönelim. Kadın erkek dağılımının eşit olduğu varsaydığınızda bu durumda Ankaralı kadınların yaşamları boyunca 850'sinde, Ankaralı erkeklerin de 1500'ünde de yalnızca bu düzeydeki Arsenik konsantrasyonuna bağlı yeni mesane kanseri ortaya çıkacaktır. (toplam 2350 yeni mesane kanseri olgusu. Yine ortalama 3 mikrogram Arsenik konsantrasyonunda Ankaralı 1050 kadında ve 850 erkekte yeni akciğer kanseri olgusu ortaya çıkacaktır. (Toplam 1900 yeni akciğer kanseri olgusu). Bu durumda, içme suyunda 3 mikrogram ortalama arsenik yoğunluğu olduğu takdirde 4250 Ankaralıda yeni mesane ve akciğer kanseri olgusu demektir. 5 mikrogram ve 10 mikrogram Arsenik yoğunluğunda ortaya çıkan akciğer ve mesane kanseri olguları çok daha yüksek düzeylerdedir. Konu bu nedenle çok hassastır. Medyatik şovlarla geçiştirilecek bir mahiyette değildir.

ASKİ verilerine göre 1 nolu Araştırma Ham Su örneğindeki Arsenik miktarı 12.7 mikrogram/litredir. Bunun 2 Nolu İvedik Çıkışındaki Arıtılmış Suda (2 Nolu Numune) nasıl 1 mikrogramın altına düştüğü sorusuna verilecek yanıt yukarıda bilimsel verile(r) ışığında büyük önem taşımaktadır.

Kızılırmak suyunun toksikoloji değerlendirmesinde önem taşıyan diğer bir ağır metal kadmiyumdur. Ancak ASKİ Kızılırmak Suyu Analizinde Kadmiyum ölçümüne ait değerler yoktur. Neden Kadmiyum analizi yapılmamıştır'

Kızılırmak Nehri, 1150 kilometrelik Devlet güzergâhı boyunca tarımsal ilaçlarla da kontamine olmaktadır. Tarımsal ilaç kökenli toksinlere ait bir analiz neden yapılmamıştır'

Kızılırmak sularında gerek Devlet Su İşlerinin (DSİ), gerekse Orta Doğu Teknik Üniversitesinin (ODTÜ) yaptığı analizlerde Sülfat (SO 4), azami değerlerin üzerinde bulunmuştur. Sülfat için bir litre suda önerilen değer 25 miligram, sınır değer ise 250 miligramdır. Kızılırmak suyunda (Kesikköprü Baraj Çıkış İstasyonu) DSİ 2005 yılı sülfat ortalaması 330.5 miligram/litredir. ODTÜ'nün 2007 yılındaki analizlerinde aynı noktadaki sülfat miktarı 506 miligram/litredir. ASKİ'nin 13 Mayıs tarihli su analizinde Numune 1'deki (Arıtılmamış Ham Su) sülfat miktarı 50 miligram/litredir. Numune 2'deki (İvedik Çıkışındaki Arıtılmış Su) 68 miligram/litre olarak raporlanmıştır. ASKİ Sülfat analiz sonuçlarının gerek DSİ, gerekse ODTÜ analizleriyle bu kadar farklı çıkmasının nedeni nedir' Kızılırmak suyunun diğer sularla harmanlanmaması (paçallanmaması) v(e) mevsimsel koşullar bu büyük farkı açıklayıcı nitelikte olabilir mi' Kurak geçecek yaz dönemlerinde şu andaki harmanlama oranını yakalama olanağınız olmadığına göre bu soruna nasıl bir çözüm bulacaksınız'

ASKİ Su Analiz laboratuarlarının sonuçlarının güvenilirliliğine ilişkin kanıtlar

nelerdir' Bu laboratuarın madde bazında akredite olduğu uluslar arası referans laboratuarlar var mıdır'

Kızılırmak güzergâhındaki Kayseri dışındaki illerde atık su arıtma tesisleri yoktur. Kanalizasyon suları da Kızılırmak'a karışmaktadır. Ne denli başarılı bir arıtma gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin bu durum Kızılırmak suyunun Ankaralılar tarafından tüketilmesini engelleyecek önemli bir psikolojik faktördür. Nitekim Kırıkkale'de Kızılırmak suyu kuyu sularıyla paçallanarak içme suyu olarak kente verilmektedir. Ancak sular kalitesiz olduğundan halk tarafından kabul görmemektedir. Bu yüzden Ankara'da hızla damacana ve diğer formlardaki su tüketiminde patlamaya yol açılacak ve su pazarlarında yıllık 1 katrilyon lirayı (1 milyar YTL) aşan dikkat çekici bir büyüme gerçekleşecektir. Su pazarımızın da (diğer) sektörlerde olduğu gibi hızla ulus ötesi şirketlerin hakimiyeti altına girdiği böylesi bir iklimde bu şirketlerin yerli iş birlikçileri de rant dağıtımından paylarına düşeni alacaktır."

11. Söz konusu basın açıklaması Tıp Kurumu Derneğinin internet sitesinde aynı tarihte yayımlanmıştır. Devam eden tarihlerde ise bazı basın ve yayın organlarında haber konusu yapılmıştır. Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı olan davacı, basın açıklamasında yer alan bazı ifadelerin kendisine hakaret niteliğinde olduğu iddiasıyla başvurucu hakkında 26/6/2008 tarihinde tazminat davası açmıştır.

12. Davacı, ulusal ölçekte yayın yapan dört gazetenin 2008 yılı Haziran ayının değişik günlerindeki sayılarında yayımlandığını ve başka bazı yayın organlarında başvurucu ve arkadaşının Kızılırmak suyunda arsenik olduğu; arseniğin mesane, akciğer, cilt, böbrek ve karaciğer kanserine yol açtığı şeklinde iddialarının yer aldığını, yapılan haberlerin bilimsel dayanağının olmadığını ileri sürmüştür. Davacı, basın açıklamasındaki iddiaların iftira niteliğinde olduğunu ve bu nedenle de kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu, eleştiri sınırını aştığını, halk arasında panik yaratma amacı taşıdığını iddia etmiştir. Davacı, Ankara'nın musluktan akan suyunun temiz olduğunu ve uluslararası kriterlere uyulduğunu ileri sürmüştür. Davacı, yapılan analiz sonuçlarına göre Ankara'da musluktan akan suda hiçbir problem bulunmadığının tespit edildiğini belirtmiştir. Davacı, basın açıklaması sebebiyle itibarının zedelendiğini, söz konusu açıklamaların kendisini üzdüğünü belirterek manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

13. Ankara 10. Sulh Hukuk Mahkemesi, 31/10/2013 tarihli kararıyla davanın kısmen kabulüyle yedi yüz ellişer TL manevi tazminatın başvurucu ve diğer davalılardan alınarak davacıya verilmesine hükmetmiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"... Yapılan bu basın açıklaması içeriği ile davacı Büyükşehir Belediye başkanı İbrahim Melih Gökçek'in Ankara halkına sağlıksız suyu kullandırdığı, Ankaralıların bu

suyu kullanmalarından kaynaklanan mesane ve akciğer kanseri vakalarının kendilerini beklediği iddiasında bulunmuşlar ve suyun zehirli kimyasal maddeler içerdiklerini açık bir şekilde yazarak halkı bu şekilde etkilemişlerdir. Kamuoyu bu basın açıklaması ile ekinde herhangi bir bilimsel veri olmadan bilgilendirilerek Ankaralılara bu hizmeti sunmakla görevli olan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanını zan altında bırakmışlar, bu söylemleri ile Başkan'ın halkın sağlığını bu şekilde etkileyecek bir içme suyunu kullandırdığı iddiası ile davacıyı kamuoyu önünde küçük düşürmüşlerdir. Basın ve bireylerin kamu görevlilerini eleştirme hakları vardır. Ancak bu hak kullanılırken eleştiri çerçevesinin aşılmaması tolere edilebilecek inciticilikten çıkıp, kamu görevlilerini küçük düşürücü, aşağılayıcı ve şiddeti teşvik edici değer yargılarında bulunulmaması gerekir. Özellikle dikkat edilecek husus kullanılan sözün kişinin görev değerlerini ihlal eder nitelikte bulunup bulunmadığı, mağduru tahkir maksadı ile sarf edilmiş olup olmadığıdır. Bundan hareketle her ne kadar davalılar kendi elde ettikleri veriler ile Kızılırmak Suyunun halk sağlığına zararlı olduğunu vurguladıklarını belirtmişler ise de davacı tarafından da kendi elde ettiği verilerle sağlık açısından sıkıntı bulunmadığını belirtmiştir. Yani Kızılırmak Suyunun sağlık durumu taraflar ve bilim dünyası açısından kesin değildir. Bu durumda davalıların davacının yapmış olduğu hizmeti eleştiri sınırlarını aşarak kamuoyunu bu kişiye karşı tahkir maksadı ile bu beyanların sarf edilmesi davacıyı etkilemiş, bu olayda üzüldüğü gibi halk tarafından da yanlış değerlendirmelere sebebiyet verilebilecek bir ortam yaratılmıştır. Yukarıda açıklanan sebeplerle eleştiri sınırı aşılarak beyanda bulunan davalılar aleyhine aşağıdaki manevi tazminat miktarına hükmetmek (gerekmiştir.)"

14. Miktar itibarıyla kesin nitelikte olan karar, 31/10/2013 tarihli duruşmada başvurucu vekilinin yüzüne karşı verilmiştir.

15. Başvurucu, 27/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

16. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 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

17. Mahkemenin 2/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 27/11/2013 tarihli ve 2013/8598 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

18. Başvurucu, başvuruya konu 2/6/2008 tarihli basın açıklamasının başvurunun konusunu oluşturduğunu, açıklamada arsenik maddesinin insan sağlığı üzerine etkileri konusunda bilgiler verilip Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı olan davacının açıklamalarının eleştirildiğini, basın açıklamasının çeşitli basın yayın kuruluşlarında haber konusu edildiğini, basın açıklamasının tamamen bilimsel verilerle hazırlandığını, arsenik maddesinin kanserle olan ilişkisinin sağlam kaynaklara dayanarak incelendiğini ve Ankara ilinin içme suyunda bu riskin mevcut olduğunun değerlendirildiğini ileri sürmüştür.

19. Başvurucu, dava konusu basın açıklamasında davacının kişilik haklarına herhangi bir saldırıda bulunulmadığını, kendisine cevaplaması için bazı sorular yöneltildiğini, bilimsel verilere atıf yapılarak hazırlanmasına rağmen ilk derece mahkemesince bunun göz önüne alınmadığını, açıklamada yer alan iddialar hakkında bilirkişi incelemesi dahi yaptırılmadığını iddia etmiştir. Başvurucu, bilimsel verilere dayanarak Ankara iline getirilen Kızılırmak suyunun niteliklerini kamuoyuna açıklamanın hukuka aykırı bir yanı bulunmadığını, aksinin kabulünün ifade özgürlüğüne aykırı olacağını belirterek Anayasa'nın 26. ve 36. maddelerinde tanımlanan ifade özgürlüğü ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ihlalin tespitiyle yargılamanın yenilenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

20. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesine bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder.

21. Her ne kadar başvurucu, yaptığı basın açıklaması nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüş ise de bu şikâyet, basın açıklaması nedeniyle tazminat ödemeye karar verilmesine yöneliktir ve bu sebeple söz konusu şikâyetin Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında incelenmesi uygun görülmüştür.

22. Başvurucunun şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

2. Esas Yönünden

23. Başvurucu, bilimsel verilere dayalı olarak hazırladıkları raporu kamuoyuna açıklamaktan dolayı tazminata mahkûm edilmesinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık görüşünde, başvurucunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü çerçevesinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

24. 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."

25. 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.

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

26. 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 (*Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43).

27. 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, 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 (*Emin Aydın*, § 40). Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Emin Aydın*, § 41).

28. İfade 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 gereklerindedir. Bu itibarla ifade özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 34).

29. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Başka bir deyişle hem gerçek hem de tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır. Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından "*değerli-değersiz*" veya "*yararlı-yararsız*" biçiminde ayrıştırılması subjektif unsurlar ihtiva eder. Bu değerlendirmelerden hareketle ifade özgürlüğünün alanının belirlenmeye çalışılması bu özgürlüğün keyfî biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. İfade özgürlüğü, başkaları açısından "*değersiz*" veya "*yararsız*" görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.

30. Sınırlanabilir bir hak olan ifade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüğe 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.

31. Başvuru, önce internet sitesinde, daha sonra ulusal ölçekte yayın yapan bazı gazetelerde yayımlanan ve başvurucu tarafından kaleme alınan bir basın açıklamasında başvurucunun davacıya hakaret ettiği kabul edilerek 750,00 TL tazminat ödemeye mahkûm edilmesi nedeniyle yapılmıştır. Somut olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele, başvurucu aleyhine tazminata hükmedilmesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemektir. Sonraki aşamalarda, varlığı kabul edilen müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği değerlendirilecektir.

a. Müdahalenin Mevcudiyeti

32. Başvurucu, basın açıklaması nedeniyle davacıya tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. O hâlde söz konusu mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. Yukarıda anılan müdahale 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 sebeple, sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

34. Başvurucu, Anayasa'nın 13. maddesi ile 26. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan, müdahalenin "*kanun*"la yapılması şartına aykırılık bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 6098 sayılı Kanun'un 49. maddesinin "*kanunlar tarafından öngörülme*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

35. Başvurucunun davacıya hakaret ettiği iddiasıyla tazminat ödemeye mahkûm edilmesine ilişkin söz konusu kararın, başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

36. Son olarak başvurucunun basın açıklamasında sarf ettiği sözlerden ve iddialardan dolayı tazminat ödemeye mahkûm edilmesine ilişkin kararda, demokratik bir toplumda, başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

37. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan "*manevi varlık*" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi, birçok ihtimalin yanında, görsel ve işitsel yayınlar yoluyla da olabilir. Bir kişi görsel ve işitsel yayın yoluyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; *Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33).

38. İfade 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 ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (*Nilgün Halloran*, § 43).

39. 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 ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerekir. Mevcut olaydaki gibi başvurularda başvurunun sonucu, prensip olarak başvurunun, ihtilaflı açıklamanın sahibi tarafından Anayasa'nın 26. maddesine dayanılarak yapılmış olması ile bu açıklamaya konu olan kişi tarafından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak yapılmış olmasına göre değişmez. Aksi halde Anayasa'nın anılan maddelerinde korunan hakların dengelenmesinde, benzer olaylarda çelişkili sonuçlar ortaya çıkabilir. Yargı mercilerinin bu iki maddede düzenlenen haklar arasında Anayasa'nın 13. maddesinde ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun bir denge kurmaları gerekir (bkz. *Bekir Coşkun*, § 47).

40. Bu denge kurulurken Anayasanın 13. maddesi kapsamında hakkın özüne dokunulmamalı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve sınırlama amacı ile aracı arasındaki ölçü gözetilmelidir (*Nilgün Halloran*, § 43).

41. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olma-

larını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48).

42. Buradan çıkan sonuca göre demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bunlar, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, § 49).

43. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*"dir. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi 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).

44. 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 (*Bekir Coşkun*, § 54).

45. Bu bağlamda, ifade özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" ve "*ölçülülük*" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Bekir Coşkun*, § 56).

46. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında mahkemelerin, düşüncelerin açıklanması ve yayılmasına yönelik olarak tazminata veya cezaya karar verirken düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasından kaynakla-

nan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir. (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 114).

47. Başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesini ihlal boyutuna ulaşıp ulaşmadığı incelenirken soyut bir değerlendirme yapılmayıp başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır.

48. Dolayısıyla başvurucunun onkoloji uzmanı ve Tıp Kurumu Derneği üyesi bir tıp doktoru olarak bir politikacı ve Ankara Büyükşehir Belediye Başkanı olan davacının politikalarına yönelttiği eleştiriler sırasında söylediği sözlerden dolayı aleyhine tazminata hükmedilmesinin ölçülü olduğunun kabul edilebilmesi için ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçelerinin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli olması gerekir.

49. Yapılan bireysel başvurularda yalnızca ve tek başına derece mahkemelerince verilen kararların ele alınması ile yetinilemez. Başvurucunun basın açıklamasında ileri sürdüğü iddiaların ve kullandığı ifadelerin içinde geçtiği yazının bütünü ile birlikte ve bunların söylendiklerinin, bağlamından koparılmaksızın olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran*, § 52).

50. Başvuruya konu basın açıklamasının yayımlandığı tarihlerde Ankara'nın içme suyu tedarikinde yaşanan bir dizi problem nedeniyle Kızılırmak suyunun Ankara'da içme suyu olarak kullanılması için Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresince (ASKİ) çalışmalar yapılmaktaydı. Buna karşın kamuoyunda Kızılırmak suyunun kalitesine ilişkin tartışmalar yaşanmakta, bu konuyla ilgili olarak pek çok basın ve yayın organında haber ve yazılar yayımlanmaktaydı. Başvuruya konu basın açıklamasının da olayların meydana geldiği tarihte basın ve yayın organlarında ve kamuoyunda devam eden tartışmalar kapsamında kaleme alınmış olduğu anlaşılmaktadır.

51. Söz konusu basın açıklamasında, davacının içme suyu üzerinde yapılan tartışmalara cevap olarak yaptığı açıklamalar ele alınmıştır. Basın açıklamasında davacının, Kızılırmak suyunun 21 gündür Ankaralılar tarafından içildiği ve ishal vakalarının artmadığı, su konusunda yapılan tartışmaların karalamadan ibaret olduğu yönündeki sözleri hatırlatılmaktadır. Basın açıklamasında ishal vakaları ile suyun kalitesinin aynı şey olmadığı, su kalitesi ne kadar kötü olursa olsun bazı

dezenfeksiyon yöntemleri ile ishal vakalarının önlenebileceği, buna karşın toksik etkili kimyasal kirliliğin hiçbir arıtma ile bertaraf edilemeyeceği ve yıllar sonra başta kanser olmak üzere çeşitli kronik hastalıkların artacağı ileri sürülmektedir. Basın açıklamasında, ASKİ su analizine değinildikten sonra söz konusu analizde bazı çelişkiler olduğu iddia edilmekte, işlenmemiş ham su arsenik miktarının işlendikten sonra düşürülmesinin mümkün olmadığı iddia edilerek ASKİ raporunun kuşkulu olduğu ileri sürülmektedir. Basın açıklamasında, sudaki arsenik miktarı ile kanser vakaları arasındaki ilişkiler bazı uluslararası kuruluşlar tarafından yayımlanmış verilere dayanılarak gösterilmekte ve Kızılırmak suyundaki arsenik miktarı nedeniyle önümüzdeki süreçte Ankaralılarda görülecek kanser vakası sayılarına ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulmaktadır.

52. Basın açıklamasında 1.150 kilometre uzunluğundaki nehir suyuna tarımsal ilaç kökenli toksinlerin ve kanalizasyon sularının karıştığı, buna karşın toksik analiz ile kadmiyum ve sülfat analizlerinin yapılmadığı ileri sürülmektedir. Basın açıklamasında son olarak Orta Doğu Teknik Üniversitesi ve Devlet Su İşleri analizleri ile ASKİ analizleri arasındaki çelişkiler sıralanmış, güvenilir ve bağımsız laboratuarlara analiz yaptırılması çağrısında bulunulmuştur. Başvurucu raporun sonuç kısmında Ankaralıların, şebeke suyuna güvenmediklerini, bu sebeple önümüzdeki süreçte içme suyu pazarının bir milyar Türk lirasını aşacağının öngörüldüğünü ve su pazarının giderek ulus ötesi şirketlerin hâkimiyetine gireceğini iddia etmektedir.

53. Başvurucu hakkında açılan tazminat davasının görüldüğü Ankara 10. Sulh Hukuk Mahkemesi kararında, herhangi bir bilimsel veri olmadan kamuoyunun yanlış yönlendirildiği, davacının halkın sağlığını etkileyecek olan içme suyunu kullandırdığı iddia edilerek onun kamuoyu önünde küçük düşürüldüğü kabul edilmiştir. Mahkeme, Kızılırmak suyunun kalitesinin hem taraflar hem de "*bilim dünyası açısından*" kesin olmadığını belirtmiş, buna karşın başvurucunun "*davacının yapmış olduğu hizmeti*" eleştiri sınırlarının ötesinde karaladığını kabul etmiştir.

54. İfade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir ve düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır. Öte yandan somut olaydaki gibi kamuoyunu yakından ilgilendiren meseleleri tartışma özgürlüğünün "*tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi*" olduğu göz önüne alınmalıdır. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası, kamuyu ilgilendiren ifadelere yönelik pek az bir sınırlamaya yer vermektedir.

55. Başvurucu üyesi olduğu Tıp Kurumu Derneği adına başka bir onkoloji uzmanı ile birlikte Ankara'nın içme suyuna ilişkin yayımlanan raporlar arasında çelişkiler bulunmasını, yapılması gereken bazı analizlerin ise hiç yapıl-

mamış olmasını eleştirmekte ve Ankara'da görülmesi muhtemel kronik hastalıklara dikkat çekmektedir. Başvurucunun eleştirileri Ankara Büyükşehir Belediyesinin faaliyetlerine ve belediye başkanı olan davacının açıklamalarına yönelik olup belediye veya belediye başkanı kullandıkları kamu gücünden dolayı kendilerine yöneltilmiş en ağır eleştirileri bile hoşgörü ile karşılamak zorundadır. Sağlıklı bir demokrasi, kamu gücünü kullanan bir organın yalnızca yargı organları tarafından denetlenmesini değil, aynı zamanda sivil toplum örgütleri, medya ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir (bkz. *Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/4/1992, § 46).

56. Aynı şekilde siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, diğer kişilere yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar, bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır (bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 42).

57. Somut olayda, bir tıp doktoru olan başvurucu yayımladığı basın açıklamasında Kızılırmak suyunun kalitesine ilişkin şüphelerini kamuoyu ile paylaşmıştır. Başvurucunun iddiaları bazı kuruluşların raporlarına dayanmakta, bu raporlara kıyasla çok düşük olan zararlı madde oranlarının nasıl düşürüldüğü sorgulanmaktadır. Davacının, başvurucunun dayandığı raporların doğruluğuna ilişkin bir itirazı bulunmamaktadır. Başvurucunun dayandığı raporların ibrazı başvurucudan istenebileceği gibi bilirkişi raporu aldırılması yoluna da gidilmesi mümkündür.

58. Buna karşın ilk derece mahkemesinin kararının özü, başvurucunun iddialarının doğru olmadığı değil, yeterince kesin olmadığı varsayımına dayanmaktadır. Başka bir deyişle Mahkeme, bir bilim insanı olan başvurucunun kimi kuruluşlarca hazırlanan raporlara dayanarak belediyenin kamuoyuna açıkladığı su raporlarını sorgulayabilmesi için, kendisine göre, bilimsel kesinlik aramıştır.

59. Kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğunda kuşku bulunmayan bir kamusal tartışmaya katılmak için bilimsel kesinliğin bir ölçüt olarak aranması, başvurucunun kamusal tartışmaya katılabilmesini olanaksız kıldığı gibi açık bir toplumdan söz etmeyi de imkânsızlaştırmaktadır. Kamusal meselelerin tartışılmasına bilimsel kesinlik bulunmadığı düşüncesiyle yapılan müdahalelerin gerekçesi, ilgili ve yeterli bir gerekçe olarak kabul edilemez.

60. Son olarak bu tür yaptırımların kamusal tartışmayı zorlaştırma ve bireyleri caydırma etkisi bulunduğu hatırda tutulmalıdır. Somut başvuruda,

başvurucunun 750,00 TL tazminat ödemesine karar verilmiştir. Kamusal tartışmalara katılan bireylerin hafif bile olsa yaptırıma maruz kalma endişesi taşımaları, bireylerin düşüncelerini açıkça ifade etmeleri üzerinde kesintiye uğratıcı bir etki doğurur. Kişilerin böyle bir etki altında, ileride düşüncelerini açıklamaktan ve yaymaktan imtina etme riski bulunmaktadır.

61. Mevcut başvuruda olduğu gibi toplumu yakından ilgilendiren meselelere ilişkin bilgilerin kamuoyu ile paylaşılmasında kamu yararı olduğunda kuşku yoktur. Ayrıca kamu gücünü kullanan organlara ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da özel kişilere göre daha fazladır. Bu sebeplerle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "*başkalarının şöhret ve haklarının*" korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.

62. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesinin Uygulanması

63. 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.

64. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için **YENİDEN YARGILAMA YAPMAK ÜZERE** Ankara 10. Sulh Hukuk Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE,**

65. Başvurucu, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin tahsilini talep ettiğinden başvurucu tarafından ödenen ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 başvuru harcı 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 ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialarının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için **YENİDEN YARGILAMA YAPMAK ÜZERE** Ankara 10. Sulh Hukuk Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE,**

D. Başvurucu tarafından ödenen 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 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.

2/7/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

TANSEL ÇÖLAŞAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/6128)

Karar Tarihi: 7/7/2015

R.G. Tarih- Sayı: 14/8/2015-29445

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Tansel ÇÖLAŞAN
Vekili	:	Av. Mutluhan KARAGÖZOĞLU
		Av. Tamer SAĞCAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir toplantıda yaptığı konuşmada davacıların kişilik haklarına saldırıda bulunduğu iddiasıyla başvurucu aleyhine açılan davaların sonucunda mahkemelerce "*davalının tecavüzünün kınanması*"na (kınama) kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. 2014/6128 sayılı başvuru 6/5/2014 tarihinde, 2014/10098 ve 2014/10100 numaralı başvurular24/6/2014 tarihinde, 2014/14415 ve 2014/14417 numaralı başvurular 3/9/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. 2014/6128 sayılı başvurunun, Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 15/9/2014 tarihinde; 2014/10098 sayılı başvurunun, İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 14/5/2015 tarihinde; 2014/10100 sayılı başvurunun, İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 5/5/2015 tarihinde; 2014/14415 sayılı başvurunun, Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 30/6/2015 tarihinde; 2014/14417 sayılı başvurunun, Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca 30/6/2015 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesi Bölüm tarafından yapılmak üzere dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Birinci Bölüm Başkanı, 10/11/2014 tarihinde, 2014/6128 sayılı başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. 2014/6128 sayılı başvuruya konu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 9/1/2015 tarihli görüş yazısı 20/1/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvurucu, Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

6. 2014/10098, 2014/10100, 2014/14415 ve 2014/14417 numaralı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2014/6128 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu, Danıştay Eski Başkanvekili ve Danıştay Eski Başsavcısıdır. Emekliliğini müteakip 14 Haziran 2010 tarihinde Atatürkçü Düşünce Derneği (ADD) Genel Kurulunca Genel Başkan seçilmiş ve halen bu görevine devam etmektedir.

9. Anayasa'nın 26. maddesini değiştiren Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı Abdullah Gül tarafından 10/9/2010 tarihinde referanduma sunulmuş ve halkoylaması sonucunda Anayasa değişikliği kabul edilmiştir. Söz konusu değişiklikte başta Anayasa Mahkemesi ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısı olmak üzere kamuoyunu yakından ilgilendiren bazı değişiklikler yapılmış, Anayasa değişikliğine karşı çıkanlar ile değişikliği isteyenler arasında uzunca bir süre tartışmalar meydana gelmiştir.

10. Başvurucu, ADD Hatay Şubesi tarafından referandum tarihinden 9 gün sonra 19/9/2010 tarihinde düzenlenen "*Türkiye Nereye Gidiyor*" başlıklı panelde ADD Genel Başkanı sıfatıyla bir konuşma yapmıştır.

11. Başvurucu, söz konusu konuşmada dinleyicileri, Türk Milletinin bir ferdi olma sorumluluğunu yerine getirip getirmediğini düşünmeye çağırmıştır. Başvurucuya göre önemli olan, emperyalizmin mevcut olduğu bir dünyada emir alarak mı yoksa bağımsız bir şekilde mi yaşandığıdır. Bu noktada başvurucu herkesi Atatürk'ü ve onun felsefesini yeniden düşünmeye davet etmektedir. Başvurucuya göre Cumhuriyetin kurucu felsefesi demokrasidir. Oysa bugün Türkiye gibi ülkelere dayatılan demokrasi içi boşaltılmış bir demokra-

sidir. Başvurucuya göre Türkiye'nin kurucu felsefesini bilmeyen kişiler iktidardadır. Başvurucu, konuşmasının bu noktasında daha sonra pek çok dava açılacak olan şu sözleri sarf etmiştir:

"Çözüm bizlerdedir. Yani sizlerdedir. Yani oylarımızdadır. O oylar bilinçliyse ne ala bilinçli olmayan yani % 42'nin dışında olan oylar bana göre gaflet, delalet ve hıyanet içindedir. Hıyaneti hepimiz biliyoruz. Bizi sömürmek üzere kendi menfaatlerine göre buraya gelmiş olanları ben suçlamam. Onlar kendi ülkeleri için çalışıyorlar. Bizimkilerde kendi ülkeleri için çalışırlarsa o emperyalist güçlerin emrinde iş birlikçi olmazlar"

12. Başvurucu, konuşmasının devamında kimi zaman bölücü, kimi zaman toprak ağalığı ve kimi zaman da siyasi demokratikleşme şeklinde cumhuriyetin ilkelerine ters düşüldüğünü ve bireylerin vurdumduymazlıkları sebebiyle devrim karşıtı güçlerin ülkeyi idare ettiklerini ileri sürmektedir. Başvurucu daha sonra kuruluş felsefesinin kendisine göre anlamını açıklamaya girişmekte Atatürk İlkelerinin demokrasinin üstünde olduğunu savunmaktadır. Başvurucu, 1961 Anayasası ile ülkeye özgürlükçü bir rejimin hâkim olduğunu, 1971 ve 1982'de yaşanan "*darbeyle*" geriye gidiş yaşandığını düşünmektedir. Başvurucuya göre Adnan Menderes demokrat değildi ve anayasayı ihlal etmekten yargılanmıştı. Sonunda idam edilmiş olmasını eleştiren başvurucu Menderes'in Atatürk ilkelerinden taviz verdiğini düşünmektedir. Başvurucu bu düşüncelerinden dolayı kendisi hakkında pek çok dava açılmış olmasından da yakınmaktadır. Başvurucu, Amerika'nın demokrasi ihracı bahanesiyle bölgeye "*İslamcılık*" getirdiğini, 1980 darbesinden sonra "*gerici ve bölücü güçlerin*" Türkiye'de desteklendiğini ileri sürmekte ve kendi bakış açısından 1980 sonrası Türkiye'de başta, yargı, üniversiteler, bazı anayasal kurumlar olmak üzere meydana gelen değişimleri analiz etmektedir. Başvurucu daha sonra Adalet ve Kalkınma Partisinin (AK Parti) kuruluşundan sonraki süreci değerlendirmekte ve Amerika ile söz konusu parti arasında şüpheli ilişkiler bulunduğunu iddia etmektedir. Başvurucuya göre AK parti ve "*Fetullah Gülen Cemaati*" devlet ve yargıda kadrolaşmaktadır ve "*Ergenekon*", "*Balyoz*" gibi davalar ise bu kadrolaşmanın neticesidir. Başvurucu, son yapılan referanduma da değinmekte ve "*hayır*" oyu verenlerin bilinçli olarak oy verdiklerini ancak 13-l4 milyon kişinin oy vermediğini bunların eğitilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, referandum sonrası değişen Anayasa kurallarını değerlendirmiş ve son olarak yapılacak genel seçimlerde AK Partinin halkın oyları ile iktidardan uzaklaştırılması halinde "*Atatürkçülerin*" yeni Anayasa yapımı konusunda siyasilere katkı sunabileceğini iddia etmiştir.

13. Başvurucu ayrıca 20/9/2010 tarihinde ulusal yayın yapan Haber Türk Televizyonunda bir programa katılmıştır. Başvurucu televizyon programında

"*Eğitimli kesim hayır diyor, eğitimsiz kesim evet diyor*" ifadelerini kullanmıştır.

14. Başvurucunun dosyaya sunduğu belgelere göre bu konuşmasından dolayı 16 farklı ilde toplam 58 adet tazminat davası açılmıştır. Başvuru tarihi itibarıyla söz konusu tazminat davalarından 34'ü hakkında ilk derece mahkemelerince ret kararı verilmiş, bunlardan 20 tanesi Yargıtay tarafından görüşülerek onanmıştır. Başvurucunun yukarıda zikredilen konuşmasında tırnak içinde alıntılanan sözleri ve referandumda "*evet*" oyu verenleri eğitimsiz olarak nitelendirmesi nedeniyle açılan davalar nedeniyle yapılan bireysel başvurulardan dördü mevcut başvuru ile birleştirilmiştir.

Birinci Dava

15. AK Parti milletvekili yedi davacı tarafından 24/10/2010 tarihinde Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan tazminat davasında başvurucunun referandumda "*evet*" oyu kullananlara ve dolayısıyla kendilerine hakaret ettiğini iddia etmişlerdir. Başvurucu, İlk Derece Mahkemesindeki davaya cevabında davacıları hedef almadığını, sarf ettiği sözlerin referanduma ilişkin sonuçların değerlendirilmesi safhasında eleştiri sınırları içerisinde olan genel geçer açıklamalardan ibaret olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, oylamanın gizli yapıldığı için kimsenin hangi yönde oy verdiğinin bilinemeyeceğini ve davacının oyunun kendi tasarrufu olduğunu, kimseyi ilgilendirmediğini, davacının doğrudan zarar görmemesi nedeniyle tazminat isteme hakkının da bulunmadığını, davacı açısından matufiyet şartının oluşmadığını savunmuştur.

16. İlk Derece Mahkemesi, 20/9/2011 tarihli kararı ile davayı kısmen kabul etmiş ve davacılar lehine tazminata hükmetmiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 12/2/2013 tarihli ilamı ile tazminat yerine tecavüzün kınanmasına karar verilmesi gerektiğinden bahisle oy çokluğu ile bozulmuştur. Dairenin gerekçesi şöyledir:

"Davacı, iktidar partisi milletvekili olduğunu, üyesi bulunduğu partinin Anayasa değişikliği önerisini meclise sunduğunu, teklifin yasalaşma sürecinde ve sonraki "halk oylaması" aşamasında halkı "evet" oyu kullanmaya davet eden çalışmalar yaptığını halk oylamasında "evet" oyunun daha fazla çıkması nedeniyle bu halk oylamasından sonra, Atatürkçü Düşünce Derneği Genel Başkanı olan davalının 18/09/2010 tarihinde Hatay'da düzenlenen "Türkiye Nereye Gidiyor" konulu panelde ve buradaki konuşmaların tartışıldığı 20/09/2010 tarihli Habertürk adlı televizyonda yayınlanan 'Söz Sende' adlı programdaki konuşmaları ile kendisi gibi "evet" oyu kullanan kesimi gaflet, delalet, hıyanet ve cahillikle itham ettiğini ve kişilik hakkına saldırıldığını belirterek manevi tazminat istemiştir.

Davalı taraf, sözlerin davacıya yönelik olmadığını, davacının 'evet' oyu kullanıp kullanmadığını bilmesinin gerekmediğini, bu nedenle sözlerin davacıya yönelik olmadığını, tahkir amaçlı olmayan sözlerin, bilinçli olarak oy verenler dışında kalan kimselere yönelik olarak kullanıldığını, oyunu bilinçsiz olarak kullananların hatasının vurgulandığını, kaldı ki, siyasi kişilerin eleştiri sınırının geniş olduğunu, sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını, sözlerin hakaretle ilgisi olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Yerel mahkemece, davacının mensubu olduğu siyasi partinin Anayasa değişikliği teklifini meclise sunması, yasalaşma sürecinde halkı 'evet' oyu kullanmaya davet eden kampanyalar yürütmesi, açık hava toplantıları, radyo ve televizyon konuşmaları yapmaları bu itibarla davacının da 'evet' oyu kullanacağının aşikar olması nedeniyle matufiyet unsurunun bulunduğunu kabul ederek, davalı tarafından söylenen 'Gaflet, delalet, hıyanet içinde olmak ve cehalet' sözlerinin eleştiri sınırlarını aşıp davacıyı aşağılayan, kişilik hakkını zedeleyen, halkın gözünde küçük düşmesini sağlayan sözler şeklinde olduğundan davayı kısmen kabul etmiştir.

Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Kişide oluşan manevi zararın giderilmesi bakımından hâkimin olayın özelliklerine, fail ve mağdurun durumlarına, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmenin niteliğine göre manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine veya Borçlar Kanunu 49/3. maddesi gereğince tazminat yerine diğer bir tazmin yoluna başvurması mümkündür. Bahsedilen madde gereği diğer tazmin yöntemleri konusunda örnekseme yapılarak haksız saldırının kınanması ve kınama kararıyla birlikte bu kararın basın yoluyla ilan edilmesi yöntemlerine değinilmişse de bu yöntemler sınırlı olmayıp hakimin takdirine bırakılmıştır. Bu bağlamda, özür beyanı, isnadın geri alınması vb. bir tazmin şeklinin benimsenmesi de düşünülebilir. (4. HD. 14/11/1996, 8472/11191). Somut olayda, tarafların sıfatı, sarf edilen sözlerin niteliği, sözlerin söylendiği ortam, hedef alınan kitle ve potansiyel etkisi ile sözlerde davacı tarafın tek olarak hedef alınmayıp bir topluluğun içinde yer aldığı hususları dikkate alındığında tazminat yaptırımı yerine BK.49/3. maddesinde bahsedilen diğer yaptırımlardan olan tecavüzün kınanmasına dair kararla yetinilmesi gerekirken tazminat yaptırımına başvurulması usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir."

17. Bozma üzerine İlk Derece Mahkemesi, 5/11/2013 tarihli kararı ile davayı kabul etmiş ve başvurucunun "*doğrudan davacıları hedef almamakla birlikte Anayasa referandumunda evet oyu verilmesini sağlayan veya evet oyu veren şahısların hedef alındığı, matufiyet unsurunun gerçekleştiği, söylenen sözlerin de eleştiri sınırını aştığı*" gerekçesiyle, kınama kararı vermiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 4/3/2014 tarihli ilamı ile onanmıştır. Onama kararı 7/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

İkinci Dava

18. Türkiye Büyük Millet Meclisi Sanayi ve Ticaret Komisyonu Başkanvekili olan başka bir davacı tarafından 18/1/2011 tarihinde Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan tazminat davasında başvurucunun referandumda "*evet*" oyu kullananlara ve dolayısıyla kendisine hakaret ettiğini iddia etmiştir. Davacı birinci davadaki cevabına benzer bir savunmada bulunmuştur. İlk Derece Mahkemesi, 4/1/2012 tarihli kararı ile davayı kısmen kabul etmiş ve davacı lehine tazminata hükmetmiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 12/2/2013 tarihli ilamıyla birinci davada belirtilen gerekçeler ile tazminat yerine Borçlar Kanununun 49. maddesinde belirtilen tedbirlerden birine tecavüzün kınanmasına karar verilmesi gerektiğinden bahisle oy çokluğu ile bozulmuştur. Bozma üzerine İlk Derece Mahkemesi, 5/11/2013 tarihli kararı ile davayı kabul etmiş ve birinci davadaki gerekçeyle kınama kararı vermiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 14/4/2014 tarihli ilamı ile onanmıştır. Onama kararı 4/6/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

Üçüncü Dava

19. AK Parti milletvekili diğer bir davacı tarafından 23/11/2010 tarihinde Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan tazminat davasında başvurucunun referandumda "*evet*" oyu kullananlara ve dolayısıyla kendilerine hakaret ettiğini iddia edilmiştir. Davacı birinci davadaki cevabına benzer bir savunmada bulunmuştur. İlk Derece Mahkemesi, 21/6/2012 tarihli kararı ile davayı, başvurucunun sözleri ile davacıyı hedef almadığı, beğenilmeyen eleştirilere tazminat ödenmesinin demokratik bir toplumda kabul edilemeyeceği, kaldı ki başvurucunun da amacının demokrasi olduğunun açık olduğu, başvurucunun sözlerine tahammül edilmesi gerektiği gerekçesiyle reddetmiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 12/2/2013 tarihli ilamı ile davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi gerektiğinden bahisle oy çokluğu ile bozulmuştur. Bozma gerekçesi şöyledir:

"Dosyadaki belgelerden davacının, Anayasa değişikliğinin halk oylamasına sunulması teklifini meclise sunan, bu teklifin komisyon ve genel kurul aşamasında yasalaşması için ve halkın "halk oylaması" sırasında "evet" oyu vermesi için çalışmalar yapan, kampanya yürüten, bu bağlamda açık hava konuşmaları, radyo ve televizyon programları ile halkı "evet" oyu kullanmaya çağıran iktidar partisinin milletvekili olduğu anlaşılmaktadır.

Davalının konuşmalarında geçen ve "evet" oyu veren %58'lik kesimin içinde davacının yer almadığını iddia etmek davacının üyesi olduğu partinin eylemleri ve davacının sıfatı ile bağdaşmaz. Şu durumda davalının sözlerinin, Anayasa değişikliği teklifini yapan, değişiklik için "evet" oyu kullanılması için kampanyalar düzenleyen

partinin milletvekili olan davacıya yönelik olduğunun kabulü, sözlerin davacıya da matuf olduğu gözetilerek işin esasına girilmek gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir."

20. Bozma üzerine İlk Derece Mahkemesi, 10/12/2013 tarihli kararı ile davayı birinci davadaki gerekçelere benzer gerekçeler ile kabul etmiş ve "*davalının tecavüzünün kınanması*"na karar vermiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 21/5/2014 tarihli ilamı ile onanmıştır. Onama kararı 16/6/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

Dördüncü Dava

21. Milletvekili olan bir başka bir davacı tarafından 8/12/2010 tarihinde Ankara 13. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan tazminat davasında başvurucunun referandumda "*evet*" oyu kullananlara ve dolayısıyla kendisine hakaret ettiğini iddia etmiştir. Davacı birinci davadaki cevabına benzer bir savunmada bulunmuştur. İlk Derece Mahkemesi, 15/11/2011 tarihli kararı ile davayı kısmen kabul etmiş ve davacı lehine tazminata hükmetmiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 12/2/2013 tarihli ilamıyla birinci davada belirtilen gerekçeler ile tazminat yerine Borçlar Kanununun 49. maddesinde belirtilen tedbirlerden birine karar verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Bozma üzerine İlk Derece Mahkemesi, 27/2/2014 tarihli kararı ile davayı kabul etmiş ve birinci davadaki gerekçeyle kınama kararı vermiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 23/6/2014 tarihli ilamı ile onanmıştır. Onama kararı 6/8/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

Beşinci Dava

22. Milletvekili olan bir başka bir davacı tarafından 27/9/2010 tarihinde Ankara Bursa 1. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan tazminat davasında başvurucunun referandumda "*evet*" oyu kullananlara ve dolayısıyla kendisine hakaret ettiğini iddia etmiştir. Davacı birinci davadaki cevabına benzer bir savunmada bulunmuştur. İlk Derece Mahkemesi, 28/7/2011 tarihli kararı ile davayı reddetmiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 12/2/2013 tarihli ilamıyla üçüncü davada belirtilen gerekçeler ile Borçlar Kanununun 49. maddesinde belirtilen tedbirlerden birine karar verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Bozma üzerine İlk Derece Mahkemesi, 25/7/2013 tarihli kararı ile davayı kabul etmiş ve birinci davadaki gerekçeyle kınama kararı vermiştir. Temyiz üzerine karar, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 12/6/2014 tarihli ilamı ile onanmıştır. Onama kararı 6/8/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucu, birinci dava yönünden 6/5/2014 tarihinde; ikinci ve üçüncü davalar yönünden 24/6/2014 tarihinde; dördüncü ve beşinci davalar yönünden

3/9/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

24. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 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."

25. 6098 sayılı Kanun'un 50. maddesi şöyledir:

"Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler."

26. 6098 sayılı Kanun'un 58. maddesi şöyledir:

"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 7/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 6/5/2014 tarihli ve 2014/6128 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

28. Başvurucu,

i. İlk Derece Mahkemesinin tamamen ifade hürriyeti kapsamında kalan bir konuşması nedeniyle kınama kararı verdiğini, bu kararın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) yerleşik içtihatlarına aykırı olduğunu,

ii. Dava konusu ifadelerde belli bir kişinin hedef alınmadığını, 2010 yılında yapılan Anayasa referandumuna ilişkin sonuçların değerlendirilmesi sırasında kullandığı sözlerde "*evet*" oyu kullananları eleştirdiğini, seçimlerin gizli

yapıldığını, davacıların oy tercihlerinin bilinemeyeceğini, mahkemenin matufiyet unsurunun oluştuğunu kabul etmesinin hukuka aykırı olduğunu,

iii. Yargıtayın manevi tazminat talep etmek hakkının yalnızca eylemden doğrudan doğruya zarar görenlere ait olduğuna ve yansıma yoluyla acı duyan kişilerin manevi tazminat talep edemeyeceklerine dair önceki yerleşmiş içtihatlarına aykırı olarak somut davada herhangi bir kişi hedef alınmadığı halde yansıma yoluyla zarar gördüğünden bahisle davacıların davasının kabul edilmesinin usul ve kanunlara aykırı olduğunu,

iv. Aynı olaya ilişkin hakkında açılan 58 davadan 20 tanesi hakkında verilen ret kararlarının Yargıtay aşamasından geçerek kesinleştiğini ancak kanun ve içtihatlarda bir değişiklik olmadığı halde başvuru konusu dosyada verilen kınama kararının aynı Daire tarafından aynı olaya ilişkin olarak verdiği önceki kararlarına aykırı olarak onandığını,

v. Başvuruya konu davaların Yargıtay 4. Hukuk Dairesinde görüşüldüğünü, bu Dairenin üye yapısı değiştikten sonraki incelediği davalarda tutum değiştirdiğini,

Anayasa'nın 26. maddesinde tanımlanan ifade hürriyeti, 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkı, 37. maddesinde tanımlanan kanuni hâkim güvencesi ile Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş, toplam 14.931,00 TL maddi ve 15.000,00 TL manevi tazminat ödenmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

29. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvurucu, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin tarafgir davrandığını ve bu sebeple Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin, Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ve 37. maddesinde tanımlanan kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun bu şikâyetleri, yapmış olduğu konuşmada sarf ettiği sözler nedeniyle kınama kararı verilmesine yöneliktir ve bu sebeple söz konusu şikâyetlerin Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında incelenmesi uygun görülmüştür.

30. Başvurucunun, yapmış olduğu konuşmada sarf ettiği sözler nedeniyle aleyhine kınama kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun değildir. Ayrıca başka bir kabul edi-

lemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

31. Başvurucu, bir toplantıda yaptığı konuşmada kullandığı sözler nedeniyle davacılara tazminat ödemesinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık görüşünde, başvurucunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü çerçevesinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir.

32. 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."

33. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı 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.

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

34. 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 (*Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, §43).

35. 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, 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 (*Emin Aydın*, § 40).

36. 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 (*Emin Aydın*, § 41).

37. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Başka bir deyişle hem gerçek hem de tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır. Aynı şekilde açıklanan ve yayılan bir düşüncenin "*değerli-değersiz*" veya "*topluma yararlı-yararsız*" biçiminde ayrıştırılması da bu özgürlükten yararlanmak bakımından önemli bir ölçüt değildir.

38. İfade 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 gereklerindedir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 74).

39. Öte yandan ifade özgürlüğü, sınırlanabilir bir haktır ve Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüğe 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 Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (bkz. *Abdullah Öcalan* [GK], § 41).

40. Başvuru, bir toplantıda başvurucu tarafından kullanılan sözlerin davacıların şeref ve itibarına zarar verdiği kabul edilerek kınama kararı verilmesi nedeniyle yapılmıştır.

41. Somut olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele, başvurucu aleyhine kınama kararı verilmesinin ifade özgürlüğüne 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.

a. Müdahalenin Mevcudiyeti

42. Bir toplantıda başvurucu tarafından kullanılan sözlerin davacıların şeref ve itibarına zarar verdiği kabul edilerek kınama kararı verilmiştir. Başvurucu davacılara tazminat ödemek zorunda kalmamış olsa bile "*tecavüzünün kınanması*" kararı 6098 sayılı Kanun'un 58. maddesi göre ancak davacının kişilik hakkının zedelendiği kabul edildiğinde, manevi tazminatın ödenmesi yerine veya bu tazminata ilave olarak kararlaştırılabilen bir giderim yoludur. Dolayısıyla başvurucunun bir toplantıda sarf ettiği bazı siyasi ifadelerinden dolayı mahkeme kararı ile "*tecavüzünün kınanması*" başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahaledir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

43. Yukarıda anılan müdahale 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 sebepten dolayı, 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.

i. Kanun Tarafından Öngörülme

44. Başvurucu Anayasa'nın 26. maddenin beşinci fıkrasında yer alan "*bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir*" hükmüne ve Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "*kanun tarafından öngörülme*" gereğine aykırılık bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde, 6098 sayılı Kanun'un 49., 50. ve 58. maddelerinin "*kanun tarafından öngörülme*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

45. Başvurucunun "*tecavüzünün kınanmasına*" ilişkin söz konusu mahkeme kararının başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gerekli Olma ve Ölçülülük

46. Son olarak başvurucunun bir toplantıda sarf ettiği sözlerden dolayı aleyhine hükmedilen "*tecavüzünün kınanması*" kararında, demokratik bir toplumda, başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

47. Bireyin şeref ve itibarı, 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. Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi, birçok ihtimalin yanında, görsel ve işitsel yayınlar yoluyla da olabilir. Bir kişi görsel ve işitsel yayın yoluyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; *Adnan Oktar* (*3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33).

48. İfade 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 ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (*Nilgün Halloran*, § 43; benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43). Üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür (*Nilgün Halloran*, § 42; *Adnan Oktar (3)*, § 35).

49. 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). Bu denge kurulurken Anayasanın 13. ve 26. maddeleri kapsamında demokratik toplum düzeninin gerekleri gözetilerek, sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir dengenin gözetilmesi ve hakkın özüne dokunulmaması gereklidir (*Nilgün Halloran*, § 43).

50. Anayasa Mahkemesi yerleşik içtihatlarında demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimler olarak kabul edilmiştir. 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) 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).

51. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "*demokratik toplum düzeninin gerekleri*" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "*Demokratik toplum düzeninin gerekleri*"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre, sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Bu konudaki AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48).

52. O halde ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısı nedeniyle yapılıp yapılmadığının tespiti 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 (başka bir bağlamda benzer bir değerlendirme için bkz. *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, § 56).

53. Buradan çıkan sonuca göre demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, Devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bunlar, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, § 49).

54. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir başka güvence de Anayasa'nın

13. maddesinde ifade edilen "*ölçülülük ilkesi*"dir. 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 (AYM, E.2007/4, K.2007/81, K.T. 18/10/2007).

55. 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 (*Abdullah Öcalan* [GK], § 97).

56. Bu bağlamda, başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, 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.

57. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında mahkemelerin, düşüncelerin açıklanması ve yayılmasına yönelik olarak tazminata veya cezaya karar verirken düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 114).

58. Bunun sonucu olarak başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edip etmediği incelenirken soyut bir değerlendirme yapılmayıp; başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır.

59. Başvuruya konu konuşma yapılmadan önce 12/9/2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği referandumu nedeniyle uzunca bir süre kamuoyunda yoğun bir tartışma yaşanmıştır. Referandumdan sonra ise Anayasa değişikliğinin referandum ile kabul edilmesi nedeniyle referandum sonuçları üzerinde tartışmalar devam etmiştir. Başvuruya konu konuşma 19/9/2010 tarihinde yapılmış, başvurucu bir gün sonra 20/10/2010 tarihinde ulusal bir televizyon

kanalında katıldığı programda referandum sonucunda Anayasanın değiştirilmiş olmasına ilişkin düşüncelerini aktarmaya devam etmiştir.

60. Başvurucu, yapılan Anayasa değişikliği ile Mustafa Kemal Atatürk'ün yerleştirmeye çalıştığı "*felsefenin*" tasfiye edilmeye çalışıldığını, yapılan değişikliklerin Türkiye'nin bağımsızlığının aleyhine ve emperyalizmin çıkarlarının lehine olduğunu savunmaktadır. Başvurucu "*Cumhuriyet değerlerinin*" giderek unutulduğunu, referandumda "*evet*" oyu verenlerin bilinçsiz oy kullandığını, toplumun eğitilmesi gerektiğini, "*bilinçli olarak oy kullananlar bir yana*" bilinçsiz bir şekilde hareket edenlerin "*gaflet, dalalet ve hıyanet içinde*" olduklarını, Türklerin "*kendi ülkeleri için çalışırlarsa o emperyalist güçlerin emrinde iş birlikçi*" olmayacaklarını ifade etmiştir. Başvurucu, kendi bakış açısından referandumda "*evet*" oyu kullananların "*düştükleri hatayı*" anlatmak istemiştir.

61. Başvurucu hakkında açılan birinci ve ikinci tazminat davaları İlk Derece Mahkemelerince kabul edilerek başvurucu aleyhine tazminata hükmedilmiş, üçüncü dava ise İlk Derece Mahkemesince reddedilmiştir. Buna karşın Yargıtayca kararlar kınama kararı verilmesi gerektiğinden bahisle bozulmuştur. Daha sonra İlk Derece Mahkemeleri, Yargıtay bozma gerekçesinde belirtilen gerekçelerle davayı kabul ederek başvurucunun kınanmasına karar vermiştir. O halde başvurucu hakkında kınama kararı verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin şikâyetin incelenmesi sırasında Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin bozma ilamlarında yer alan gerekçeler değerlendirilmelidir (§ 15, 18).

62. Öte yandan, yapılan bireysel başvurularda yalnızca ve tek başlarına derece mahkemelerince verilen kararların ele alınması ile de yetinilemez. İlk olarak başvurucu tarafından söylenen sözlerin konuşmanın bütünü ile birlikte ve bunların söylendikleri bağlamından kopartılmaksızın, olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran*, § 52).

63. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, "*tarafların sıfatı, sarf edilen sözlerin niteliği, sözlerin söylendiği ortam, hedef alınan kitle ve potansiyel etkisi ile sözlerde davacı tarafın tek olarak hedef alınmayıp bir topluluğun içinde yer aldığı hususları dikkate alındığında*" tecavüzün kınanmasına karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvurucuya göre ise başvuru konusu sözler referandumda "*evet*" oyu vermekle "*insanların düştüğü hatayı vurgulamak*" için söylenmiştir. Gerçekten de başvurucu söz konusu sözleri, Anayasa değişikliği nedeniyle kendi bakış açısına göre ülkenin ve rejimin bulunduğu tehlikeli duruma dikkat çekmek için söylemiştir.

64. İfade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir ve düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasın-

da kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır. Öte yandan siyasi tartışma özgürlüğünün "*tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi*" (bkz. *Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, § 41-42) olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, başvuru konusu konuşmalardaki gibi siyasal politikaları ve siyasileri eleştiren, siyasi politikaları veya açıklamaları muhalif bir tarzda ele alan siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekmektedir.

65. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası, siyasi ifadeler ile kamuyu ilgilendiren ifadelere yönelik pek az bir sınırlamaya yer vermektedir. Siyasi bir tartışmayı savunmak demokratik toplumun temel bir unsurudur. Bu sebeple zorlayıcı nedenler olmadıkça siyasi ifadeye kısıtlama getirilmemesi gerekir (örnek bir AİHM kararı için bkz. *Feldek/Slovakya*, B. No: 29032/95, 12/7/2001, § 83).

66. AİHM'in yerleşik içtihatlarında da belirttiği gibi, hükümetler kullandıkları kamu gücünden dolayı kendilerine yöneltilmiş en ağır eleştirileri bile hoşgörü ile karşılamak zorundadır. Sağlıklı bir demokrasi, bir hükümetin yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından denetlenmesini değil aynı zamanda sivil toplum örgütleri, medya ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir (örnek bir karar için bkz. *Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/4/1992, § 46).

67. Aynı şekilde siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi özel bir şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır (benzer bir yaklaşım için bkz. *Lingens/Avusturya*, § 42).

68. Yine de siyasetçilerin daha geniş hoşgörülü olmak zorunda olmaları Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "*şöhret ve haklarının*" korunmayacağı anlamına gelmez. Aksine 26. maddenin ikinci fıkrası bütün bireylerin itibarlarının korunmasına imkân verir. Ancak, şahsi sıfatları dışında hareket eden siyasetçiler söz konusu olduğunda söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartılmalıdır (aynı konuya AİHM'in yaklaşımı için bkz. bkz. *Lingens/Avusturya*, § 42).

69. Somut olayda başvurucu, referandum sonucunda Anayasa'da önemli ölçüde değişiklik yapılmış olmasına yönelik olarak sert ifadeler kullanmıştır. Buna karşın Yargıtay 4. Hukuk Dairesi başvurucunun dile getirdiği düşüncelerin ve sarf ettiği sözlerin bir bütün olarak davacıların şeref ve itibarlarına saldırı anlamı taşıdığına karar vermiştir. Dairenin, başvurucunun asıl amacının davacıları küçük düşürmek olduğunu kabul etmesi ancak başvurucunun

kullandığı kelimelere onun verdiği anlamın ötesinde anlamlar yüklemesi ile mümkün olmuştur. Başvurucunun kullandığı ifadelere onun verdiği anlamın ötesinde bir anlam yüklenmemelidir.

70. Son olarak, Anayasa Mahkemesinin görevi mevcut başvuruya benzer davalarda derece mahkemelerince uygulanacak içtihadı belirlemek değildir. Buna karşın başvurucunun referandumda evet oyu kullananlara yönelik olarak dile getirdiği sözler nedeniyle aleyhine onlarca tazminat davası açıldığını belirtmek gerekir. Somut başvuruda, başvurucunun beş kez kınanmasına karar verilmiştir. Bu tür yaptırımların kamusal tartışmayı zorlaştırma ve bireyleri caydırma etkisi bulunduğu belirtilmelidir. Kamusal tartışmalara katılan bireylerin hafif bile olsa yaptırıma maruz kalma endişesi taşımaları onlar üzerinde kesintiye uğratıcı bir etki doğurur.

71. Ayrıca, mağdurun belirlenmesinin oldukça güç olduğu bu gibi sınır alanlarında belirli bir toplumsal kesime yönelik düşünce açıklamalarından dolayı o toplumsal kesimde bulunanların tamamının açtıkları davaların kabul edilmesinin de ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkisi olacaktır. Kişilerin böyle bir etki altında, ileride düşüncelerini açıklamaktan ve yaymaktan imtina etme riski bulunmaktadır.

72. Başvurucunun dava konusu konuşmalarında Anayasa değişikliği referandumunu analiz etmesinin ve değişikliği eleştirmesinin genel olarak kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğunda kuşku yoktur. Ayrıca hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da diğer kişilere göre daha fazladır. Bu sebeplerle başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "*başkalarının şöhret ve haklarının*" korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.

73. Bu sebeplerle başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Erdal TERCAN bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesinin Uygulanması

74. Başvurucu, hakkında herhangi bir tazminata hükmedilmemiş olmakla birlikte davacıların kendilerini bir vekil ile temsil ettirmeleri nedeniyle vekâlet ücreti, takip masrafı ve faiz ücreti olmak üzere birinci davada 10.910,00 TL'yi, ikinci davada 1.800,00 TL'yi ve üçüncü davada 2.221,00 TL'yi davacılara ödemiştir.

75. Başvurucu, aleyhine açılan davalar nedeniyle ödemek zorunda kaldığı yargılama giderleri ve vekâlet ücretleri toplamı olarak 14.931,00 TL maddi tazminat talep etmiştir. Başvurucu dördüncü ve beşinci davalar yönün-

den maddi tazminat talebinde bulunmamıştır. Başvurucu her bir dava için 5.000,00 TL olmak üzere toplam 25.000,00 TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

76. 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.

77. Başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik başvuru açısından, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya takdiren net 5.000,00 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

78. Başvurucu aleyhine verilen karar nedeniyle başvurucunun davacılara ödediği vekâlet ücreti ve diğer masraflar nedeniyle maddi zarara uğradığı anlaşıldığından başvurucuya net 14.931,00 TL maddi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

79. Başvurucu, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin tahsilini talep ettiğinden başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen toplam 1.030,50 TL başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.530,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialarının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,OY BİRLİĞİYLE,**

2. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün **İHLAL EDİLDİĞİNE,**Erdal TERCAN'ın karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

3. Başvurucunun yeniden yargılama yapılması talebinin hukuki yarar bulunmadığından REDDİNE, başvurucuya 5.000,00 TL manevi, 14.931,00 TL maddi olmak üzere toplam net 19.931,000 TL **TAZMİNAT ÖDENMESİNE**, Erdal TERCAN'ın karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

B. Başvurucu tarafından yapılan 1.030,50 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.530,50 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE**, **OY BİRLİĞİYLE,**

C. 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, **OY BİRLİĞİYLE,**

7/7/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞI GÖRÜŞ

Başvurucu, Atatürkçü Düşünce Derneği Hatay Şubesi tarafından, 2010 Anayasa değişikliği ile ilgili olarak, 19/9/2010 tarihinde düzenlenen "*Türkiye Nereye Gidiyor*'" başlıklı panelde Dernek Genel Başkanı sıfatıyla bir konuşma yapmıştır. Yapılan bu konuşmada, referandumda evet oyu kullananlarla ilgili olarak şöyle denilmiştir:

"Çözüm bizlerdedir. Yani sizlerdedir. Yani oylarımızdadır. O oylar bilinçliyse ne ala bilinçli olmayan yani % 42'nin dışında olan oylar bana göre gaflet, delalet ve hıyanet içindedir. Hıyaneti hepimiz biliyoruz. Bizi sömürmek üzere kendi menfaatlerine göre buraya gelmiş olanları ben suçlamam. Onlar kendi ülkeleri için çalışıyorlar. Bizimkilerde kendi ülkeleri için çalışırlarsa o emperyalist güçlerin emrinde iş birlikçi olmazlar."

Başvurucu tarafından kullanılan bu sözler nedeniyle aleyhine çok sayıda dava açılmış, açılan bu davalarda, ilk derece mahkemeleri başvurucunun kınanmasına karar vermişler, bu kararlar da temyiz üzerine Yargıtay tarafından onanmıştır.

Bölüm Çoğunluğu, kullanılan sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine vararak, başvurucu hakkında verilen kınama kararı nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlâl edildiği sonucuna varmıştır.

Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesinin 1. ve 2. fıkrası 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."

Görüldüğü gibi, herkes kural olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne sahiptir. Bu, demokrasi için son derece önemli bir haktır. Özellikle yönetime muhalif olanlar açısından, bu hak daha da önem arz etmektedir. Bununla birlikte ifade özgürlüğü sınırsız bir hak olmayıp, sözkonusu maddenin 2. fıkrasında belirtilen hallerde, somut olay açısından, başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırma için yine Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen sınırlama ölçütlerine de riayet edilmelidir.

Başvurucu, konuşma esnasında kullanmış olduğu sözler nedeniyle kanaatimce ifade özgürlüğü ve eleştiri sınırlarını aşarak, % 42 oranındaki referanduma hayır diyenlerin dışındaki diğer kişileri yani % 58 oranındaki evet diyenleri açık bir şekilde, gaflet, dalalet ve ihanetle yani hainlikle itham etmektedir. Bu ifadeler, eleştiri sınırlarının ötesinde hakaret niteliği taşımaktadır. Bu açıdan da muhataplarının kişilik haklarına açıkça saldırıda bulunulmuştur.

İlk derece mahkemeleri ve Yargıtay, davacıların kişilik haklarına yapılan bu saldırı nedeniyle Borçlar Kanunu m. 58,2 gereğince kınama kararı verilmesini uygun görmüştür. Verilen bu karar, Anayasa m. 13 ve 26 açısından değerlendirildiğinde, ölçülü bir yaptırımdır. O nedenle, başvurunun ihlâl olmadığı gerekçesiyle reddedilmesi gerekirdi.

Ayrıca, Bölüm çoğunluğumuz tarafından verilen ihlâl kararına bağlı olarak, başvurucuya 5000 TL manevi tazminat ve aleyhine açılan davalarda ödediği yargılama giderleri miktarınca maddi tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Kanaatimce, 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin 2. fıkrası gereğince yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde tazminata hükmedilebilir. Somut başvuruda, ihlâl kararı verilse dahi, başvurucunun hukuki yararı yeniden yargılama ile gerçekleşebilir. Tazminat ödenmesine ihtiyaç olmamalıdır. Başvurucu aleyhine açılan dava sayısının fazlalığı da bu konuda belirleyici bir rol oynamamalıdır. Mahkememiz tarafından somut olaya benzer şekilde ifade özgürlüğü nedeniyle verilen ihlâl kararlarında, daha önceki dava nedeniyle ödenen yargılama giderlerinin maddi tazminat olarak ödenmesine de karar verilmemiştir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, Bölüm çoğunluğu tarafından verilen ihlâl kararına ve ihlâlin sonuçlarının giderilmesi için, maddi tazminat ödenmesi kararına katılmam mümkün olmamıştır.

Üye

Erdal TERCAN

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

R.V.Y. A.Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/1429)

Karar Tarihi: 14/10/2015

R.G. Tarih – Sayı: 3/12/2015-29551

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	R. V. Y. A.Ş.
Temsilcisi	:	C. E.
Vekili	:	Av. Metin KAYAÇAĞLAYAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru R.V.Y. A.Ş.'nin (Radyo) yayınlarının Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından durdurulması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 19/2/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 30/5/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm 17/9/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. Adalet Bakanlığına (Bakanlık) başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru belgelerinin bir örneği görüş için gönderilmiştir. Bakanlığının 25/11/2013 tarihli görüş yazısı 26/11/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edil-

miş; başvurucu, görüşünü 4/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

7. Başvurucu R.V.Y. A.Ş. -Türkiye'de yayın yapmakta olan diğer radyolar gibi- yayın yapmak amacıyla ulusal karasal lisans (Rl) almak için 1995 yılında RTÜK'e başvuruda bulunmuş ve bu başvuruya dayanılarak RTÜK tarafından kayıt yapılmıştır. Başvurucu 1995 yılından itibaren yayınlarına devam etmiştir.

8. 16/9/2002 tarihinde o zamanki Şirket Genel Müdürü'nün imzasıyla RTÜK Başkanlığına verilen dilekçede, yaşanan deprem ve arkasından gelen ekonomik krizlerin radyo yayıncılığına yük getirmesi ve reklam sektörünün daralmasından dolayı normal yayına 2000 yılının Ağustos ayından itibaren ara verildiği ve geçen sürede mevcut vericilerinden sinyal jeneratörü ile 1 khz'lik sinyal yayımlandığı belirtilmiş ve aynı frekanstan tekrar düzenli yayın akışına geçileceği bildirilmiştir. Başvurucu, bu tarihten itibaren yayınlarını düzenli olarak yapmaya devam etmiştir.

9. RTÜK, 27/10/2008 tarihli ve 2008/51 numaralı toplantısında bazı kararlar almıştır. RTÜK öncelikle karasal ortamdan yayın izni almak için müracaatı bulunmayan ve yayınları 13/4/1994 tarihli ve 3984 sayılı mülga Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un Geçici 6. maddesi çerçevesinde olmayan kuruluşların; Üst Kuruldan izin alınmadan yapılan karasal yayınlarının tespit tutanağı ile belirlenerek Türkiye'de izinsiz sürdürülen verici faaliyetlerinin durdurulması yönünde uyarılması için İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığının görevlendirilmesine karar vermiştir. Bu kararda ayrıca RTÜK'ün ihtarına rağmen izinsiz yayınlarını durdurmayanlar hakkında yasal işlem başlatılması talimatı da yer almaktadır.

10. RTÜK yukarıda adı geçen toplantısında ikinci olarak yayınlarına ara verdiği hâlde bir üst kurul kararı olmadan izinsiz yayına geçen kuruluşların, yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınlarının durdurulması hususunda uyarılmasına; yayına devam edenler hakkında ise yasal işlem başlatılmasına karar vermiştir.

11. RTÜK İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı, Üst Kurul kararının gereğini yerine getirmesi için 11/11/2008 tarihinde başvurucuya bir yazı yazmıştır. Söz konusu yazıda, 27/10/2008 tarihli ve 2008/51 numaralı toplantısında alınan

karar uyarınca Üst Kuruldan izin alınmadan karasal ortamdan Ankara ilinde . MHz, İstanbul ilinde . MHz, İzmir ilinde ... MHz ve Denizli ilinde ... MHz frekanslarından yapılan yayınların durdurulması ve üç gün içinde Üst Kurula bilgi verilmesi istenmiş, yayınların durdurulmaması hâlinde 3984 sayılı mülga Kanun'un 34. maddesi uyarınca yasal işlem yapılacağı da bildirilmiştir.

12. Başvurucunun yukarıda bahsedilen RTÜK işleminin iptali talebiyle açtığı dava Ankara 8. İdare Mahkemesinde görülmüştür. Başvurucunun, işlemin yürütülmesinin durdurulması talebi 15/1/2009 tarihinde kabul edilmiş; daha sonra yapılan yargılama sonucunda Ankara 8. İdare Mahkemesi 27/5/2011 tarihli kararıyla davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde, başvurucu Şirketin karasal ortamda Ankara, İstanbul, İzmir ve Denizli illerinde yayın yapmakta olmasına rağmen sadece İstanbul ili için ulusal radyo (R1) lisans başvurusunun mevcut olduğunu ifade etmiştir.

13. Başvurucunun temyizi üzerine anılan karar, Danıştay 13. Dairesinin 17/4/2012 tarihli kararıyla onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme istemi ise aynı Dairenin 4/12/2012 tarihli kararı ile reddedilmiş ve karar aynı tarihte kesinleşmiştir.

14. Karar, başvurucuya 28/1/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Anayasa Mahkemesine 19/2/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

1. RTÜK'ün Konuya İlişkin Görüşü

15. RTÜK İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı 2/11/2009 tarihinde Ulaştırma Bakanlığı Haberleşme Genel Müdürlüğüne bir yazı yazmıştır. Başvuru konusu olayın RTÜK nezdindeki aşamalarına değinilen yazıda şöyle denilmiştir:

"Üst Kurul, R.V.Y. A.Ş. unvanlı kuruluşun yeniden yayına geçme talebinin de içinde bulunduğu, yayınlarına ara veren kuruluşların durumunun değerlendirilmesine yönelik kararını 11/12/2002/63 No'lu toplantısında vermiştir. Karara ilişkin yönetmelik değişikliği 22/01/2003 tarih ve 25001 sayılı Resmi gazetede yayınlanmıştır.

Lisans tipi değişikliğine de imkan veren söz konusu yönetmelik değişikliğinde R.V.Y. A.Ş. unvanlı kuruluşunda yer aldığı yayınlara ara veren kuruluşlar için de hüküm konulmuş ancak uygulamaya geçilemeden 22/10/2003 tarihinde Danıştay'ca verilen yürütmeyi durdurma kararı ile Yönetmeliğin bazı maddelerinin uygulaması durdurulmuştur. İlerleyen süreçte Yönetmeliğin bu maddeleri esastan iptal edilmiştir.

Sonuç olarak R.V.Y. A.Ş. unvanlı kuruluşun yayınlarına ara verme ve yeniden yayınına başlama talebi Üst Kurulun Kararı ve bu karara göre çıkarılan Yönetmeliğin Mahkemece iptal edilmesi nedeniyle karşılanamamıştır."

2. Başvurucunun Sorumlu Yöneticisi Hakkındaki Ceza Soruşturmaları ve Ceza Davalarına İlişkin Süreçler

16. Başvurucu, RTÜK İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığının 11/11/2008 tarihli kararından sonra yayınlarına devam etmiştir. Başvurucunun RTÜK'ten izin almaksızın karasal radyo yayını yaptığı ve yayınlarına devam ettiği iddiasıyla Radyo Yöneticisi C. E. aleyhine çeşitli tarihlerde soruşturmalar ve ceza davaları açılmıştır. Kadıköy 2. Sulh Ceza Mahkemesi 10/12/2007 tarihinde, Kadıköy 1. Sulh Ceza Mahkemesi 24/4/2008 tarihinde, Kadıköy 2. Sulh Ceza Mahkemesi 18/2/2010 tarihinde, Üsküdar 4. Sulh Ceza Mahkemesi 20/11/2012 tarihinde sanığın beraatine karar vermiştir. Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı 3/12/2010 tarihinde, Adana Cumhuriyet Başsavcılığı 16/10/2012 tarihinde, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 31/8/2012 tarihinde Yönetici C. E. hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermiştir. Ceza Mahkemelerinin beraat gerekçesi ile Cumhuriyet Savcılıklarının kovuşturmaya yer olmadığı kararlarının gerekçeleri genel olarak başvurucunun 3984 sayılı mülga Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yapmış oldukları usulüne uygun başvuruya dayanarak yayın yaptığı ve bunun aksine izinsiz olarak yayın yaptığının sabit olmadığı şeklindedir.

B. İlgili Hukuk

17. 3984 sayılı mülga Kanun'un geçici 6. maddesi şöyledir:

"Üst Kurul, kendi oluşumu ile yayın izni ve lisansı vermeye başlayacağı tarihe kadar geçecek süre zarfındaki radyo ve televizyon yayınları rejimini ayrıca ve öncelikle düzenler.

Bu süre zarfında kullanılmakta olan kanal ve frekanslar, kullananlar için herhangi bir suretle müktesep hak teşkil etmezler. Ancak, Üst Kurul yayın izni verip kendilerine kanal ve frekans bandı tahsis edilen Radyo ve televizyonlara; yayına geçmeleri için kendilerine verilen süre sonuna kadar 29 uncu maddenin son fıkrasının son cümlesi tatbik edilmez."

18. 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "*Kanal ve frekanslarla ilgili geçiş hükümleri*" kenar başlıklı geçici 4. maddesi şöyledir:

"(1) Üst Kurulca sıralama ihalesi yapılıp, karasal yayın lisansları verilene kadar geçecek süre içerisinde, sadece 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun geçici 6 ncı maddesi uyarınca karasal ortamda yayında olan radyo ve televizyon kuruluşları, Üst Kurulca yayın yapmalarına müsaade edilmiş olan yerleşim yerleri ile sınırlı olmak kaydıyla, yayınlarına devam ederler. Bu kuruluşlardan, 41 inci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen kanal

ve frekans yıllık kullanım bedeli, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren tahsil edilir. Kanal ve frekans kullanım bedelini 42 nci maddeye göre ödemeyen veya karasal yayın lisansları için sıralama ihalesinin yapılmasının ardından tahsise hak kazanmayan kuruluşların karasal yayınları bir ay içinde Üst Kurulca durdurulur. Sıralama ihalesinde tahsise hak kazanan kuruluşların yayınları Üst Kurulca belirlenen takvimde, daha önce yayın yaptıkları kanal ve frekanslardan, tahsis edilen kanal, multipleks kapasitesi ve frekanslara taşınır.

(2) (Değişik: 10/9/2014 - 6552/136 md.) Sıralama ihalesinde karasal sayısal televizyon multipleks kapasitesi tahsisine hak kazanan kuruluşlardan bir bölümüne, ihaledeki sıraları ve analog kanal kapasitesi dikkate alınarak en fazla iki yıl süreyle karasal sayısal yayının yanı sıra analog televizyon yayını yapmalarına da imkân tanınır. Tahsisi müteakip en geç iki yıllık süre sonunda analog karasal televizyon yayınları ülke genelinde tümüyle sonlandırılır ve analog karasal televizyon yayınları durdurulur. Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu da kendisine yapılan tahsisler çerçevesinde ve Üst Kurulca verilen süre içinde karasal radyo ve televizyon yayınlarını eski kullandığı kanal ve frekanslardan tahsis edilen kanal, mültipleks kapasitesi ve frekanslara taşır.

(3) Bu madde uyarınca Üst Kurulca yayınları durdurulan kuruluşların yayınlarına izinsiz olarak devam etmeleri durumunda bu kuruluşlar hakkında, 33 üncü maddenin birinci fıkrası uyarınca işlem yapılır.

(4) Karasal yayın lisanslarının verilmesinin ardından mevcut verici tesisleri özel medya hizmet sağlayıcılar tarafından kaldırılır veya tarafların mutabık kalacakları bir bedel karşılığında verici tesis ve işletim şirketine devredilir. Verici tesis ve işletim şirketi tarafından devralınmayan verici tesisleri Üst Kurulca yapılacak uyarının ardından üç ay içinde kaldırılır. Verilen süre içinde kaldırılmayan ve faaliyetine devam eden verici tesisleri Üst Kurulca mühürlenerek kapatılır.

(5) Frekans planları ve uygulama takvimi bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içinde hazırlanır.

(6) Üst Kurula tahsis edilen frekans bantları dışındaki frekans bantları, sayısal yayına geçişin tamamlanmasını takiben Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun talebi çerçevesinde Üst Kurul tarafından boşaltılır.

(7) (Ek: 10/9/2014 - 6552/136 md.) Ulusal karasal sayısal yayın lisansları verilinceye kadar, 26 ncı maddenin sekizinci fıkrasına göre kurulması gereken verici tesis ve işletim şirketi, bu maddenin birinci fıkrası kapsamında yayın izni verilmiş olan medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar tarafından kurulabilir ve bu şirkete Üst Kurulca geçici yayın iletim yetkisi verilebilir."

19. 1995 yılından itibaren Ankara il merkezine yönelik . frekansından radyo yayını yapan ve daha sonra yayınına ara veren . Radyo ve Televizyon

Yayıncılık A.Ş. isimli kuruluşun . frekansından tekrar yayın yapma talebiyle 10/11/2009 tarihinde yaptığı başvurunun zımnen reddine dair RTÜK işlemine karşı açtığı dava, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 18/5/2011 tarihli ve E.2010/110, K.2011/656 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. Söz konusu kararın temyizi üzerine Danıştay 13. Dairesi, 28/12/2012 tarihli ve E.2011/2950, K.2012/4183 sayılı ilamında temyiz istemini reddetmiştir. Dairenin gerekçesi şöyledir:

"1995 yılında Ankara il merkezine yönelik . frekansından radyo yayını yapmak üzere Üst Kurul'a başvurusu bulunan, ancak yayınlarına ara veren davacı şirketin, . frekansından tekrar yayın yapmak istemiyle 10.11.2009 tarihinde Üst Kurul'a yaptığı başvurunun zımnen reddine yönelik işlemin iptali istemiyle açılan davada, her ne kadar İdare Mahkemesi'nce, yayın izni ve lisansı verme yetkisine sahip olan davalı idarenin, davacı yayın kuruluşunun ara verdiği yayınlarına tekrar başlama istemiyle yaptığı başvurusuna izin verilmesini engelleyecek hukuken haklı ve geçerli bir neden ortaya konulamadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş ise de; davacının başvurusunun davalı idare tarafından, 3984 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik uyarınca yayıncı kuruluşlarca yerine getirilmesi gereken idarî, malî ve teknik şartlar yönünden ve Kanun'un Geçici 6. maddesi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekirken, bu değerlendirme yapılmaksızın tesis edilen dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığından, işlemin iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında sonucu itibarıyla hukukî isabetsizlik görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle; dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu Ankara 8. İdare Mahkemesi'nin 18.05.2011 tarih ve E:2010/110, K:2011/656 sayılı kararında, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1. fıkrasında sayılan bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, temyiz istemi yerinde görülmeyerek, anılan Mahkeme kararının yukarıda belirtilen gerekçeyle onanmasına, bu kararın tebliğ tarihini izleyen 15 (on beş) gün içerisinde kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 28.12.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

20. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 30/10/2013 tarihli ve E.2010/1316, K.2013/3337 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Ankara 9. İdare Mahkemesinin 24/01/2008 günlü, E: 2007/580, K: 2008/94 sayılı kararıyla; 10/03/1995 günlü, 22223 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın ve İzin Yönetmeliği"nin 22/01/2003 günlü, 25001 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmeliğin 5. maddesi ile eklenen Ek 11. maddesinin (1), (2), (3), (4) ve (5) nolu bentleri ile, Ek 13. maddesinin (3) nolu bendinin yürütmesinin durdurulmasına ilişkin Danıştay 10. Dairesi'nin 22/10/2004 günlü, E:2004/7923 sayılı kararı uyarınca sıralama ihalesi yapılarak bir an önce kanal ve frekans tahsislerinin dağıtımının yapılması gerekirken bunun yapılmayarak ge-

çiş sürecinin devamına yol açılmak suretiyle fiili olarak ulusal yayınlarına devam eden kuruluşlar ile ulusal yayın yapmak isteyen kuruluşlar arasında eşit olmayan uygulamaların doğmasına neden olunduğu ve yapılacağı tarih belli olmayan ihale nedeniyle ulusal yayın yapmak isteyen yayıncı kuruluşların yapmış oldukları başvuruların reddedilerek yayın hakkının sınırlandırılmasına da yol açıldığı; bu durumda, yayın izni ve lisans verme yetkisine sahip olan davalı idarenin, davacı yayın kuruluşuna T1 tipi ulusal yayın lisansının verilmesini engelleyecek hukuken geçerli ve haklı bir nedeni bulunmadığından, başvurusunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve eşitlik ilkesine uygunluk görülmediği; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 21/03/2007 günlü, E:2007/48, K:2007/377 sayılı kararının da aynı yönde olduğu gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Anılan karar, temyiz istemi sonucunda Danıştay Onüçüncü Dairesinin 21/05/2009 günlü, E: 2008/2988, K: 2009/5595 sayılı kararıyla; 3984 sayılı Yasadaki düzenlemeler uyarınca, Yasanın yürürlüğe girdiği 20/04/1994 tarihinden sonra usulüne uygun bir sıralama ihalesi yapılarak kanal veya frekans tahsisi yapılmasının mümkün olması, geçici maddelerdeki düzenlemelerin ise Yasa'nın yürürlük tarihinden önce fiilen radyo veya televizyonculuğa başlamış olanların hukukî durumlarını düzenlemesi karşısında, bu tarihten sonra başvuranlara sıralama ihalesi yapılmaksızın kanal veya frekans tahsisi yapılmasına hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle bozulmuş ise de, İdare Mahkemesince bozma kararına uyulmayarak önceki kararında ısrar edilmiştir.

Uyuşmazlık tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun ile radyo ve televizyon yayınlarının düzenlenmesine ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usuller belirlenirken, geçici maddelerle Yasanın yürürlüğünden önceki durum da gözetilerek, Yasa yürürlüğe girmeden önce fiilen radyo ve televizyon yayıncılığına başlamış olan özel kuruluşların yeni hukuki duruma intibakları yapılmış ve yeni uygulamaya ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu bağlamda, Yasa'nın Geçici 5. maddesinde, Üst Kurul'un oluşumunu takip eden en geç dört ay içinde öncelikle ihtiyaç duyduğu kanal ve frekans bantları planlamasını yaptırması öngörülmüş; Geçici 6. maddesinde ise, Üst Kurul'un kendi oluşumu ile yayın izni ve lisansı vermeye başlayacağı tarihe kadar geçecek süre içindeki radyo ve televizyon yayınları rejimini ilgilileri için kazanılmış hak teşkil etmeyecek şekilde ayrıca ve öncelikle düzenleyeceği hükme bağlanmıştır.

Radyo ve Televizyon Üst Kurulunca 02/04/2001 günlü, 24361 sayılı Resmi Gazete'de sıralama ihalesi duyurusu yayımlanmış, ancak buna ilişkin Şartnamenin 2. maddesinin iptali istemiyle açılan dava sonucunda, Danıştay Onuncu Dairesinin temyiz edilmeyerek kesinleşen 20/05/2002 günlü, E: 2001/892, K: 2002/1651 sayılı kararıyla iptal kararı verilmiş; öte yandan, 10/03/1995 günlü, 22223 sayılı Res-

mi Gazete'de yayımlanan "Radyo ve Televizyon Kuruluşlarına Kanal veya Frekans Tahsisi Şartları ve Bunlara İlişkin İhale Usulleri ile Yayın ve İzin Yönetmeliği"nin 22/01/2003 günlü, 25001 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Yönetmeliğin 5. maddesi ile eklenen Ek 11. maddesinin (1), (2), (3), (4) ve (5) nolu bentleri ile, Ek 13. maddesinin (3) nolu bendinin iptali istemiyle açılan davada Danıştay Onüçüncü Dairesinin 24/05/2005 günlü, E:2005/5054, K: 2005/2729 sayılı kararıyla Yönetmeliğin dava konusu edilen kısımlarının iptaline karar verilmiştir.

Bu durum karşısında, usulüne uygun bir sıralama ihalesi yapılıp Yasaya uygun kanal ve frekans tahsisleri yapılıncaya kadar, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte yayında olan ve mevcut lisans tipine uygun olarak yayın alanlarını genişletmek veya lisans tipini değiştirmek isteyen kuruluşların başvuruda bulunmalarına ve bu kuruluşlara yayın alanlarını genişletme veya lisans tipini değiştirme izni verilmesine olanak bulunmadığından, davacının başvurusunun cevap verilmeyerek reddine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

21. Mahkemenin 14/10/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 19/2/2013 tarihli ve 2013/1429 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

22. Başvurucu,

i. 1995 yılında RTÜK'ten izin alarak radyo yayınına başladığını ancak RTÜK'ün 27/10/2008 tarihli ve 200/51 sayılı kararıyla yayınlarına ara verdiğini ve bu ara verme nedeniyle yayın izninin hükümsüz kaldığı gerekçesiyle yayınlarının durdurulmasına karar verdiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, yayınlarına ara verdiğine ilişkin dilekçenin temsil yetkisi olmayan bir kişi tarafından verildiğini, bu beyanın hukuken geçersiz olduğunu iddia etmiştir.

ii. Bugüne kadar hiçbir kuruluşa karasal ortamdaki radyo yayınları için lisans veya yayın izni verilmediğini, ülkedeki bütün radyoların 1995 yılında yapılan başvuruya dayanarak yayın yaptıklarını ifade etmiştir.

iii. Açmış olduğu davanın reddine karar veren Ankara 8. İdare Mahkemesinin yaklaşık iki hafta önce kendisi ile aynı durumda olan . Radyo ve Televizyon Yayıncılık A.Ş isimli kuruluşun açmış olduğu davayı kabul ettiğini, bu şekilde çelişkili kararların hukuki güvenlik ilkesini zedelediğini ileri sürmüştür.

iv. RTÜK'ün; yayınlarına ara veren radyoların tekrar yayına başlayamayacaklarına ilişkin kararının kanuni dayanağının bulunmadığını, kaldı ki

RTÜK'ün herhangi bir kanuni dayanak olmadan radyo yayınlarına müdahale ettiğini kabul ettiğini, müdahalenin kanuniliği unsurunun gerçekleşmediğini ileri sürmüştür.

v. Şirket sahibinin farklı bir dinî inanca sahip olduğunu, bu sebeple şirket hakkında tutanaklar tutulduğunu, şirket sahibinin öldürülecek kişiler listesinde yer aldığını, bir kitap fuarında Şirketin standına bomba konulduğunu belirtmiştir. Başvurucu; Emniyet Genel Müdürlüğünün, Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün ve Millî İstihbarat Teşkilatı Başkanlığının 2001 tarihli bazı yazılarında başvurucu Şirketin sahibi hakkında dinî inanışları nedeniyle birtakım tespitlerin yapıldığını ileri sürmüş; bazı gazete kupürleri ile resmî yazışmaları iddialarına delil olarak göstermiştir. Başvurucu, başka kuruluşlara yayın izni verilmişken kendisine verilmemesinin Şirket sahibinin farklı dini inançtan olması dışında gösterilebilecek hiçbir nedeninin bulunmadığını iddia etmiştir.

vi. Radyo yayınlarına müdahale edilmesi nedeniyle ifade özgürlüğünün, çelişkili kararlar verilmesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Başvurucu, yayınlarının durdurulması kararı verilmesinin basın özgürlüğü ve Derece Mahkemelerinin farklı kararları nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mevcut başvurunun koşullarında Derece Mahkemelerince başvurucu hakkında verilen kararlar arasındaki farklılıkların, başvurucunun ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği yönünden değerlendirilmesi gerektiğinden başvurucunun söz konusu şikâyetinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiaları ile birlikte değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

24. Başvurucunun 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.

2. Esas Yönünden

25. Bakanlık görüşünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatları hatırlatılmıştır. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

26. 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."

27. 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 engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

28. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade 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 (*Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43). İfade özgürlüğü, yalnızca düşünce ve kanaatlerin içeriğini değil; iletilme biçimlerini de koruma altına almaktadır. Radyo ve televizyon yayınlarının ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olduğu konusunda hiçbir şüphe ya da anlaşmazlık bulunmamaktadır.

29. 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 ek olarak 29. madde-

de süreli ve süresiz yayın hakkı 30. maddede medya araçlarının korunmasına yer verilmiştir. Anayasa'nın 31. maddesinde ise kamu tüzel kişilerinin elindeki medya dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı düzenlenmiştir.

30. Anayasa'nın basın özgürlüğünü düzenleyen hükümlerinde yer alan "yazanlar", "bastıranlar", "başkasına verenler", "dağıtımı 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. 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 müsaderesi düzenlenmiştir. (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 59).

31. Öte yandan radyo ve televizyon gibi işitsel ve görsel kitle iletişim araçları haber ve fikirlerin iletilmesinde basılıp çoğaltılabilen araçlara göre çok daha önemli bir role sahiptir. Özellikle mesajların ses ve görüntü ile iletilmesinden kaynaklanan gücü nedeniyle bu tür medya organları, basılı eserlerden çok daha hızlı ve güçlü etkiye sahiptir (*Centro europa 7 s.r.l. Et di stefano/İtalya,* B. No: 38433/09, 7/7/201, § 132; *Manole ve diğerleri/Moldova*, B. No: 13936/02, 17/9/2009, § 97). Bu bağlamda basılıp çoğaltılabilen kitle iletişim araçlarından farklı bir konumda bulunan radyo ve televizyon yayınlarına yapılan müdahalelere ilişkin bireysel başvuruların Anayasa'nın 26. maddesi altında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

32. Sınırlanabilir bir hak olan ifade özgürlüğü Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin birinci fıkrasında, söz konusu fıkranın "radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına" engel olmadığı yer almış; radyo ve televizyon yayınlarının izin sistemine bağlanabileceği belirtilmiştir. 26. maddenin ikinci fıkrasında ise 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 (*Fatih Taş*, § 62).

33. Radyo ve televizyon yayınları Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında düşünce ve kanaatlerin açıklanması, yayılması, haber veya fikir almak ya da vermek serbestliği bağlamında düzenlenmiştir. Bu kapsamda ifade öz-

gürlüğünün, işitsel ve görsel medya alanında faaliyet yürüten kuruluşların izin sistemi ile faaliyetlerini yürütmesine engel olmadığı belirtilmiştir. Bu düzenlemenin, işitsel ve görsel medyanın haber ve fikirlerin iletilmesindeki öneminden kaynaklandığı açıktır. Dolayısıyla işitsel ve görsel medyanın yaptığı iş çerçevesinde basın özgürlüğünden tamamen ayrı düşünülerek incelenmesi de mümkün değildir. 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 (*Fatih Taş*, § 65).

34. 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 ve 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 işlemesini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır. Bu sebeple basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal bir özgürlüktür (*Fatih Taş*, § 66).

35. İfade özgürlüğünü tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın özgürlüğü de ifade özgürlüğü gibi sınırsız değildir. Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Basının, Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında konmuş olan sınırlandırmalara uyması gerekmesine karşın somut başvuru açısından işitsel ve görsel basının uyması gereken en önemli kural, Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında bahsi geçen izin sisteminin koşullarını yerine getirmesidir.

36. Somut başvuruya benzer başvurularda göz önünde bulundurulması gereken bir diğer önemli kural ise radyo ve televizyon gibi basın araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümlerin ancak "bunların yayımını engellememek kaydıyla" yapılabileceğine ilişkin 26. maddenin dördüncü fıkrasıdır.

37. Öte yandan işitsel ve görsel medyaya ilişkin olarak yapılacak düzenlemelerde ifade özgürlüğünün etkin kullanılması için sadece "izin sisteminin" koşullarının belirlenmesi veya "yayımı engellememek" temelinde bir düzenlemenin yapılması yeterli olmayacaktır. Bunun dışında demokrasinin temeli olan çoğulculuğun, bu tür izin sistemlerinde veya yapılacak diğer düzenlemelerde esas unsur olarak göz önünde tutulması gerekir (Benzer yönde AİHM kararları için bkz. *Centro europa 7 s.r.l. Et di stefano/İtalya,* § 129;*Manole ve diğerleri/Moldova*, § 95). Özellikle işitsel ve görsel medyanın haber ve fikirle-

ri iletmedeki hızı ve etkinliği gözetildiğinde çoğulculuğun önemi daha fazla ön plana çıkmaktadır.

38. 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.

a. Müdahalenin Varlığı

39. İzin almadan yayın yaptığından bahisle başvurucunun radyo yayınları, RTÜK tarafından durdurulmuştur. Dahası başvurucu radyonun sorumlu yöneticisi ceza soruşturmalarına ve kovuşturmalarına uğramıştır. Sonuç olarak bu koşullarda başvurucunun, Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunun kabul edilmesi gerekir.

b. Müdahalenin Haklı Sebeplere Dayanması Hakkında

40. 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, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

41. Başvurucu, Anayasa'nın 13. maddesi ile 26. maddenin beşinci fıkrasında yer alan, müdahalenin "kanun"la yapılması şartına aykırılık bulunduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre yayınlarına ara veren radyoların tekrar yayına başlayamayacağına ilişkin RTÜK kararının kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Yukarda adı geçen Danıştay kararları (bkz. §§ 19, 20) ile birlikte değerlendirildiğinde 3984 sayılı mülga Kanun'un Geçici 6. maddesi ile daha sonra yürürlüğe giren 6112 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin "kanunilik" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

42. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen amaçlara yönelik olması

gerekir (*Fatih Taş*, § 83). Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında radyo ve televizyon yayınlarının izin sisteminden ve dördüncü fıkrasında ise medya araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümlerden bahsedilmiştir. Dolayısıyla radyo yayınlarının izin sistemine uymadığından bahisle durdurulmasına ilişkin müdahalede 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kamu düzeninin sağlanması meşru amacının bulunduğu sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

43. Başvurucu, yayınlarının durdurulmasının ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu ve bu müdahalenin demokratik toplumun gereklerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Bakanlık görüşünde, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin varlığı hâlinde 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.

44. İfade özgürlüğü 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 (*Fatih Taş*, § 90).

45. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "demokratik toplum" ölçütü, çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanmalıdır. 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 hâle 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 sınırlandırılabilir (AYM, E.2006/142, K.2008/148, 24/9/2008; AYM, E.2009/59, K.2011/69, 28/4/2011; AYM, E.2006/142, K.2008/148, 17/4/2008; *Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 94).

46. Hak ve özgürlüklere yapılacak her türlü sınırlamada devreye girecek bir başka güvence de Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen "ölçülülük ilkesi"dir. 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. Bu sebeple ifade özgürlüğü alanında getirilen müdahalelerde hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (*Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84). Öte

yandan mevcut başvurudaki gibi radyo ve televizyon yayınların sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir aralığı olduğuna işaret etmek gerekir.

47. Bu bağlamda başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, 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. (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 73). Bu nedenle somut başvuruda müdahalenin arzulanan hedeflere uygun olup olmadığının ve RTÜK ile Derece Mahkemelerinin kararlarında belirtilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir (*Fatih Taş*, § 99).

48. Başvurucu 1995 yılında RTÜK'ten ulusal karasal lisans almak için başvuruda bulunmuş ve bu başvuruya dayanılarak 1995 yılından itibaren yayınlarına devam etmiştir. Başvurucu, 2002 tarihinde RTÜK'e verdiği dilekçede 2000 yılının Ağustos ayından itibaren ara verdikleri yayına aynı frekanstan tekrar geçileceğini bildirmiş; bu tarihten itibaren yayınlarını düzenli olarak yapmaya devam etmiştir. RTÜK 27/10/2008 tarihli kararında, yayınlarına ara verdiği hâlde bir üst kurul kararı olmadan izinsiz yayına geçen kuruluşların yargı kararları saklı kalmak kaydıyla yayınlarının durdurulması hususunda uyarılmasına karar vermiştir. Üst Kurulun adı geçen kararına dayanarak RTÜK İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığı 11/11/2008 tarihinde başvurucuya bir yazı yazmıştır. Söz konusu yazıda Üst Kuruldan izin alınmadan karasal ortamdan yapılan yayınların durdurulması istenmiştir. Oysa yine RTÜK İzin ve Tahsisler Dairesi Başkanlığının başvurucuya ilişkin 2/11/2009 tarihli bir yazısında başvurucunun yayınlarına ara verip yeniden başlayan kuruluşlar kapsamında değerlendirildiği bildirilmiştir. Bundan başka Ceza Mahkemeleri ve Cumhuriyet Başsavcılıkları, genel olarak başvurucunun 3984 sayılı mülga Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte yapmış oldukları usulüne uygun başvuruya dayanarak yayın yaptığı ve bunun aksine izinsiz olarak yayın yaptığının sabit olmadığını tespit etmiştir.

49. Buna karşın yukarda adı geçen RTÜK işlemine karşı açılan dava sonucunda Ankara 8. İdare Mahkemesi, başvurucunun karasal ortamda Ankara, İstanbul, İzmir ve Denizli illerinde yayın yaptığını oysa yalnızca İstanbul ili için ulusal radyo (R1) lisans başvurusunun mevcut olduğunu ifade etmiş ve davayı reddetmiştir.

50. Başvurucu, 1995 yılından itibaren yayın yapmaktayken 2000 ile 2002 yılları arasında yayınlarına ara vermiş, 2002'den 2009 yılına kadar da yayınlarına devam etmiştir. Dolayısıyla başvurucu, RTÜK ve Derece Mahkemesi kararla-

rında adı geçtiği gibi "izin almadan yayın yapan" değil; "yayınlarına ara veren" statüsünde bulunmaktadır. Yukarıda bahsedilen Danıştay kararlarında (bkz. §§ 19, 20) bu iki statüye farklı hukuki sonuçlar bağlandığı açıktır. Bu hususlar dikkate alındığında RTÜK ile Derece Mahkemelerinin kararlarında belirtilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olmadığı ve bu nedenle de somut başvuruda müdahalenin "arzulanan hedeflere uygun" olmadığı değerlendirilmiştir.

51. Son olarak başvurucu, Şirket sahibinin farklı dinî inanca sahip olması nedeniyle kendisine farklı muamele yapıldığını iddia etmiş ise de kamu gücünü kullanan organların ve Derece Mahkemelerinin gerekçelerinden başvurucunun yayınlarının durdurulmasının Şirket sahibinin dinî inancından kaynaklandığı yönünde bir kanaate ulaşılamamıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun yayınlarının durdurulmasının arzulanan amaçlara uygun olmadığı 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.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesinin Uygulanması

53. Başvurucu, yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

54. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."*

55. Dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

56. Derece Mahkemelerinin "ilgili ve yeterli" olmayan gerekçe ile başvurucunun yayınlarının durdurulmasına ilişkin kamu gücü işlemine karşı açtığı davayı reddetmeleri ve bu hususun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gözetilerek

başvurucu hakkındaki idari davada 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Başvurucunun,

1. İfade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması hâlinde 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 Ankara 8. İdare Mahkemesine gönderilmesine

14/10/2015 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ERGÜN POYRAZ BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2013/8503)

Karar Tarihi: 27/10/2015

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
	:	Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Ergün POYRAZ
Vekili	:	Av. Levent TÜRKOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yazmış olduğu kitap nedeniyle başvurucunun tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 22/11/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde

başvurunun belirlenen eksiklikleri tamamlatılmış ve Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 18/4/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı 30/9/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

5. Adalet Bakanlığına (Bakanlık) başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru belgelerinin bir örneği görüş için gönderilmiştir. Bakanlığın 27/10/2014 tarihli görüş yazısı 31/10/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, görüşünü süresi içinde 7/11/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. İkinci Bölümün 15/10/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu; siyasi partiler, siyasi faaliyette bulunan dinî cemaatler ve bunların aralarındaki ilişkiler konularında kitapları olan bir yazardır. Başvurucu, Ergenekon soruşturması olarak bilinen soruşturmalar kapsamında tutuklanarak yargılanmış ve toplam 29 yıl 7 ay hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmıştır. Başvurucu, 6 yıl 9 ay tutuklu kalmasının ardından 11/3/2014 tarihinde tahliye edilmiştir. Başvurucu hakkındaki ceza davası henüz Yargıtay aşamasında olup kesinleşmemiştir.

9. Başvuruya konu "*Musa'nın Gülü*" isimli kitap, 2007 yılı Mayıs ayında yayımlanmıştır. Söz konusu kitapta, kitabın yayımlandığı tarihte cumhurbaşkanlığına aday olan Abdullah Gül hakkında bazı değerlendirmelere yer verilmiştir.

10. Davacı Abdullah Gül tarafından kitapta yer alan bazı ifadelerin doğru olmadığı, şeref ve itibarına zarar verdiği iddiasıyla başvurucu hakkında 11/7/2007 tarihinde manevi tazminat davası açılmıştır. Davacı,

i. Kitapta yer alan ifadelerin gerçek dışı ve iftira niteliğinde olduğunu, kişi-

sel ve ailevi değerlerine, şeref ve haysiyetine saldırı teşkil ettiğini; 1997 yılında devlet bakanlığı, 2003 yılında başbakanlık, dava tarihinde başbakan yardımcılığı ve dışişleri bakanlığı yaptığını ve devlet görevi gereği yaptığı görüşmelerin ve yaşam şeklinin çarpıtılarak ifade edildiğini ve sanki Türk Devleti aleyhine faaliyetler gibi sunulmaya çalışıldığını,

ii. Başvurucunun yalnızca kendisinin toplumsal itibarını zedelemek amacıyla hareket ettiğini; davaya konu kitabın tasarımının, kullanılan renklerin, kapak tasarımının, ön sözün, arka kapağın, içeriğinin, kitapta yer alan başlıkların, ifadelerin kullanım tarzının kamuoyunu yönlendirmek, tahrik etmek, kendisinin siyasi ve kişisel itibarını zedelemek, kişilik hakkına saldırıda bulunmak amacına yönelik olduğunu,

iii. Kitabın tasarımının, kullanılan renklerin ve kapak tasarımının bir bütünlük arz ettiğini ve siyonist yıldız içerisinde resminin kullanıldığını, kendisinin "ajan", "vatan haini" ve Türkiye aleyhine faaliyette bulunan bir şahıs olarak nitelendirildiğini,

iv. Türklüğe karşı bir tutum içerisinde olduğu, "*İngiliz, Amerikan ve Yahudiler için çalıştığı*", "*Amerikan vatandaşı olduğu*", "*İngiliz istihbarat servisleri için çalışacak kişilerden biri olduğu ve o şekilde yetiştirildiği*" gibi ifadelere yer verildiğini,

v. Kitabın 9. sayfasında "*Yıllarca Kayserili olduğunu söyleyen Gül ailesi aslında Kayseri'ye 1915 yılında Siirt'ten göçmüştü. Aile; çevreye kendini Arap olarak tanıtmıştı. Oysa Araplıkla hiçbir ilgileri yoktu.*" denildiğini ve devamında Recep Tayyip Erdoğan ile kendisinin -Musa Peygamber ve kardeşi Harun Peygambere benzetilerek- "*yalancı*" ve "*Yahudi*" olarak nitelendirildiğini, kendisinin Siirt'ten göç ettiği ve Yahudi olduğu yönündeki iddianın doğru olmadığını, davaya konu kitapta bu konuyla ilgili tek bir kanıt bulunmadığını,

vi. Kitabın 14. sayfasında, "*Abdullah Gül, Siirt göçmeni olduğu yanında yıllarca içinde taşıdığı Yahudi ve Amerikan aşkını dahi gizledi*", 16. sayfasında, "*Atatürk'ün bu düşüncelerine inat olarak; Kayseri Lisesi'nden Atatürk düşmanı bazı isimlerin yetiştirilmesine başlandı. Laik demokratik cumhuriyetin temellerine dinamit koymak için birbirleriyle yarışan bazı isimler de buradan mezun oldu.*" denilmek suretiyle kendisinin Atatürk ve laik demokratik cumhuriyet düşmanı olarak nitelendirildiğini,

vii. Yine aynı sayfada "*Abi Macit Gül aldığı ihaleler sonrası Kayseri'de fabrika sahibi oldu"* denilerek ihalelerin, kendisi tarafından kardeşine verilmiş gibi bir algı oluşturulduğunu, söz konusu iş yerinin 1970'li yıllarda Kayseri Tayyare Fabrikasından emekli olan babası Ahmet Hamdi Gül tarafından kurulduğunu, bu nedenle belirtilen hususun gerçek dışı olduğunu,

viii. Kitabın 18. sayfasında "*MTTB'nin etkin isimleri arasında yer alan Gül ve arkadaşları ülkücüler ile solcuların arasındaki kavgalardan azami ölçüde yararlanıyor ve olayları bıyık altından gülerek seyrediyorlardı.*" denilerek kendisinin *"provokatör"*, *"ülkeyi kargaşaya sürükleyen bir kişi"* olarak gösterildiğini,

ix. Kitabın 23. sayfasında, "*Bu durum; her halde birisi kiliseden çıkarken gördüğünde 'burada ne arıyorsun' sorusunun peşin verilmiş cevabıydı*" diye iddia edildiğini, bu sayfanın başlığının "*Kilise'de namaz kılmış"* olarak belirtildiğini, kendisinin Hristiyan olduğunun iddia edildiğini,

x. Kitabın 24. sayfasında "*İngiliz istihbarat servislerinin yurt dışı görevlere gönderilecek ajanlarının önemli bir bölümü Exeter Üniversitesi'nde eğitim görür... Dışişleri Bakanı Abdullah Gül, Exeter Üniversitesi'nde 2 yıl eğitim öğretim görmüştür*", 25. sayfasında "*ABD'nin en sevdiği islamcı (!) tiplemesi içinde yer alan Gül, ABD, İsrail, İngiltere, Fethullah Gülen ve Tayyip Erdoğan'dan destek alarak Fazilet Partisi Genel Başkanlığına adaylığını koydu*", 26. sayfasında "*Bu isimler memleketin hizmetinde kullanılıyorlardı. Tabi ki o memleket ABD, İngiltere ve İsrail'di*", 28. sayfasında "*Türkiye Cumhuriyeti'nin Cumhurbaşkanı adayı olan Abdullah Gül, görüldüğü gibi özellikle ABD ve İngiltere'nin derin devleti ile yakın ilişkiler içinde olan bir kişidir.*", 30. sayfasında "*Oğullarının işi ABD'den"* denildiğini,

xi. Kitabın 32. sayfasında "*Gül'ün Bakanı olduğu dışişleri davaya Mason Avukat Münci Özmen'i göndermiş ve karar türban aleyhine çıkmıştı.*" denilerek masonlar ile bağlantısı olan bir kişi olarak gösterildiğini,

xii. Kitabın 34. sayfasında "*Türkiye'de Cumhuriyetçi dönemin sonu geldi. Kesinlikle laik sistemi değiştirmek istiyoruz."* ifadesinin müvekkili tarafından kullanıldığının iddia edildiğini, bu ifadelerle ilgili olarak yayın yapan Cumhuriyet gazetesinin 29/4/2007 ve 1/5/2007 tarihli nüshaları hakkında müvekkili tarafından dava açıldığını, Ankara 25. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007/381 Esas sayılı dosyasında 5/5/2007 tarihinde söz konusu gazetedeki haberlerle ilgili ihtiyati tedbir kararı verildiğini ve bu şekilde yayın yapılmasının yasaklandığını, davaya konu kitapta bu Mahkeme kararına aykırı hareket edildiğini,

xiii. Kitabın 34. sayfasında "*Cumhuriyetle kavgalı bir Cumhurbaşkanı adayı olduğunu net bir şekilde ortaya koyuyor."*, "*Gül'ün temsil ettiği çevrelerin attığı tohumların nasıl yeşerdiği ise, Ankara'da acı tecrübelerle yaşanmış ancak Danıştay baskınından da ders çıkarılmamıştı.*", 37. sayfasında "*Dört dönem Kayseri Milletvekili seçilen Gül, İsrail, ABD ve İngiliz başkonsolosluklarının denetiminde Recep Tayyip Erdoğan ile birlikte AKP'yi kurdu."*, 44. sayfasında "*Kayıp Trilyon Sanığı"* başlığı kullanılarak bu başlık altında "*Gül'ün Cumhurbaşkanı olması durumunda, kayıp trilyon davasından yararlanıp yararlanmayacağı gelecek günlerde netleşecek.*" denil-

diğini, oysa aynı konuda Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından kendisi aleyhine açılan davanın reddine karar verildiğini, davalının tek amacının gerçek dışı beyanlar ile kendisine zarar vermek olduğunu,

xiv. Kitabın 48. sayfasında "*Foxman ve ekibi Ankara'da Abdullah Gül ve Fehim Adak'la görüşüyor, doğrudan Amerikan yönetiminin önemli ve stratejik mesajlarını iletiyorlardı... Yahudilerin ve ABD'lilerin güvenini kazanıyordu*." 53. sayfasında "*Yalçın Küçük, Gül'ün eşi için, 'ibrani' dediğinde elektriğe tutulmuş bir Toy gibi çırpınıyor, hemen kağıda kaleme sarılıp mektup yazıyordu*." denilerek kendisinin toygillerden, böcek ve tane ile beslenen, eti için avlanan, kızıl tüylü bir kuş olarak gösterildiğini; kitabın aynı sayfasında, "*Gelin Yalçın Küçük'e hakvermeyin... Ahmet Ertegün'ün tam ismi; Ahmet Münir Ertegün'dü. Gül'ün oğlunun ismi ise Ahmet Münir'di. Ahmet Ertegün'ün annesinin adı Hayrunnisa iken Gül'ün eşinin adı da Hayrunnisa'ydı. Tesadüftür, tesadüf (!!!''), Ahmet Ertegün'ün eşinin adı Mica idi ve kendisi Hristiyan'dı. Ahmet Ertegün ABD vatandaşı ve ABD derin devletinin en önemli isimlerindendi."* denilmek suretiyle isim benzerliklerini kullanarak imada bulunulduğunu,

xv. Kitabın 57. sayfasında "*Gül, gizli dünya devletinde*" başlığı kullanılarak imada bulunulduğunu, 60. sayfasında "*Gül ve Derin Amerika"*, 64. sayfasında "*Abdullah Gül'ün Gizli İşleri"* başlıkları atıldığını ve 64. sayfada "*Abdullah Gül denince insanın aklına, hemen İngiltere, İsrail ve ABD'lilerle gizli görüşmeler yapan bir isim geliyordu."* denildiğini,

xvi. Kitabın 66. sayfasında kendisinin ABD Dışişleri Bakanı ile gizli bir anlaşma yaptığını ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine hareket ettiğinin iddia edildiğini, 77. sayfasında "*İşte size uzak görüşlü ve gerçekçi bir devlet adamının! sözleri*" ifadelerine yer verilerek kinaye yapıldığını, dar görüşlü ve yalancı olduğunun ima edildiğini,

xvii. Kitabın 89. sayfasında "*... 30-35 yıldır bir arada olan insanların birlikteliğinde Yağma-Talan-Soygun ve Vurgun had safhaya ulaştı."* denildiğini, 90. sayfasında "*Biz bu ülkenin WASP'larıyız."* sözünün kendisine atfedildiğini, WASP'ların CIA denetiminde faaliyet gösterdiğinin belirtildiğini, 92. sayfasında "*Abdullah Gül'de Türklükten Rahatsız"* başlığı atıldığını,

xviii. Kitabın 94 ve 95. sayfalarında "*Ne Mutlu Türküm Diyene"* sözünden rahatsızlık duyduğunun iddia edildiğini, bu şekilde kendisinin Türk düşmanı olarak gösterilmeye çalışıldığını, 97. sayfasında "*Bir devlet adamı (!) ve cumhurbaşkanlığı adayı (!) düşünün ki, Atatürk'ün 'Ne Mutlu Türk'üm Diyene' özdeyişi ile alay ediyor, aşağılıyor, karşı çıkıyor..."* denildiğini, kendisinin bu sözlerle alay etmediğini, aşağılamada bulunmadığını ve karşı çıkma amacı içinde olmadığını,

xix. Kitabın 95. sayfasında "*Ne yazık ki mert, dürüst ve yürekli olamıyor. Sözlerinin arkasında bile duramıyor*." denilmek suretiyle müvekkilinin namert, yalancı ve korkak olarak nitelendirildiğini, 106. sayfasında "*Harf Devrimine De Karşılar Mı*'", 107. sayfasında "*Kemalizm Moral Bozuyor veya Gül'ün Röntgeni*", 110. sayfasında "*Atatürk'ün İlkeleri Rahatsız Etmiş"*, 112. sayfasında "*Ne Mutlu Türküm Diyene Sözüne Duyulan Kin"*, 118. sayfasında "*Kemalizmi Yaşatanları mı Vuracaksınız"* başlıklarının kullanıldığını, son başlığın altında "*...o kuklaların arkasındaki kuklacıkları vurmamız gerekir ve onları tespit etmemiz gerekir."*denildiğini ve beyanlarının çarpıtıldığını,

xx. Kitabın 125. sayfasında "*Alman Vakıfları, Leyla Zana ve Gül"* başlığı altında "*Abdullah Gül, Başbakanlığı zamanında Avrupalılara, Leyla Zana ve arkadaşlarının durumlarını en kısa zamanda düzeltme sözü veriyor, PKK'lılara bayram yaptırıyor, çok geçmeden Zana ve arkadaşları tahliye ediliyordu."* denilmek suretiyle terör grubu ve temsilcileri ile çalıştığının iddia edildiğini, bu iddiaların gerçeklikten uzak olduğunu,

xxi. Kitabın 142. sayfasında Abdullah Öcalan'ın kendisine mektup yazdığından, mektupta idam cezasının kaldırılmasını istediğinden ve 14/7/2004 tarihinde idam cezasının kaldırılarak sanki bu mektup üzerine idam cezası kaldırılmış ve Abdullah Öcalan'ın isteğini yerine getirmeye çalışmış gibi gösterildiğini, bu sözlerin kendisine zarar vermek amacıyla sarf edildiğini, Öcalan'ın sayısız kişiye sayısız mektup yazdığını; mektup sahibi ile herhangi bir ilişkisinin, konuşmasının, görüşmesinin ve fikir birliğinin mevcut olmadığını,

xxii. Kitabın 150. sayfasında belirtilen hususu kuvvetlendirmek amacıyla "*APO'dan mektuplar alan ve Apo'nun dileklerinin çözümü için uğraşan, Başbakan Gül, kendilerine oy veren insanlara gideceği yerde önce PKK ile bağlantılarının kanıtlandığı Apo'dan aldıkları talimatlarla hareket ettikleri kesinleşen Leyla Zana ve arkadaşlarının hapisten kurtulması için mücadele veriyor onların yeniden yargılanmalarını sağlıyordu"*denildiğini ve kendisinin PKK yanlısı ve Abdullah Öcalan ile yandaşlarına hizmet eden bir kişi olduğu hususunda insanların inandırılmaya çalışıldığını,

xxiii. Kitabın 169. sayfasında, "*Gül'ün ABD Vatandaşlığı"* başlığı altında "*Gül, Amerikan vatandaşı olduğunu neden gizliyor."* şeklinde ifadeye yer verildiğini ancak ABD vatandaşı olduğuna dair herhangi bir kanıt ve belge sunulamadığını,

xxiv. Başvuruya konu kitapta haber verme sınırlarının aşılarak kendisine hukuka aykırı olarak saldırıda bulunulduğunu, eleştiri ve nezaket sınırlarının aşıldığını, haksız şekilde suçlanarak manevi varlığının zedelendiğini, basına tanınan ayrıcalığın sınırsız olmadığını, kişilik haklarına saygı gösterilmesi ge-

rektiğini, yayının salt toplum yararı gözetilerek yapılması gerektiğini, bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayının hukuka aykırı ve kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu iddia ederek manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

11. Başvurucu, İlk Derece Mahkemesindeki savunmasında davacının iddialarına cevap vermek fırsatı bulmuştur. Başvurucu,

i. Başvuruya konu kitapta kaynaklara dayalı olarak alıntılar yapıldığını, kitabın objektif bilgiler içerdiğini; belgelere dayalı, gerçek ve güncel olduğunu, gerçek dışı hiçbir bilgi olmadığını, öz ve biçim dengesinin korunduğunu, konu ile ifade arasındaki bağlılığın sağlandığını, kitapta yer alan bilgilerin kamu yararına yönelik ve toplumsal ilgiyi taşıdığını,

ii. Davacının kurumsallaşmış bir şahsiyet olduğunu ve sert eleştirilere muhatap olacağını bilerek siyasi faaliyette bulunduğunu, sadece kitabın ön kapağındaki resimden hareketle "ajan, vatan haini ve/veya Türkiye Cumhuriyeti aleyhine faaliyetlerde bulunan" kişi olduğuna ilişkin çıkarımın davacı tarafa ait olduğunu,

iii. Kitapta yer alan ve davacıya atfedilen sözlerin tamamen davacının kendisine ait olduğunu, kitapta ilgili kaynakların gösterildiğini, daha önce yayımlanan haber veya yazılardan alıntı yapılmasının davacının kişilik haklarını ihlal etmeyeceğini,

iv. Davacının; isminin yer aldığı haberlere, kitaplara ve yazılara karşı dava açmayarak ve tekzip etmeyerek yazılanların gerçekliğini kabul ettiğini ancak bu yazıların yer aldığı kitaptaki hususların kişilik haklarını ihlal ettiğini ileri sürdüğünü,

v. Davacının kendi açıklamalarının okurlara aktarıldığını, kitap bir bütün olarak değerlendirildiğinde hâlen iktidarda olan bir partideki gelişmelerin aktarıldığını, okurların bilgilendirildiğini, ülkeyi yönetenlerin siyasi bakışlarının kamuoyuna duyurulduğunu, kamu yararının ön planda tutulduğunu, ülkenin yönetimini elinde tutanlar hakkında kamuoyunun bilgi sahibi olmasının sağlandığını,

vi. Kitapta davacının ismi geçen yerlerde şahsiyet haklarına herhangi bir tecavüzün söz konusu olmadığını, özle biçim dengesinin bozulmadığını belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

12. Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi 21/7/2009 tarihli kararı ile davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"...Davacının Cumhurbaşkanı olmazdan önce siyasi bir kimliği olup, aynı zamanda Bakanlık, Başbakan Yardımcılığı ve Başbakanlık görevlerinde bulunmuştur.

Yapmış olduğu bazı temaslar kamuoyunu ilgilendirdiğinden, davaya konu kitaptan önce de bazı yayın organlarında haber konusu yapılmış ve eleştirilmiştir. Davacı vekili yapılan yayınlar ile ilgili olarak yukarıda belirtilen dışında başka bir dava açıldığını ileri sürmemiştir. Ülkeleri yöneten kişilerin yapmış olduğu bazı temasların ve almış oldukları bazı kararların olduğu gibi kamuoyuna aktarılması söz konusu değilse de, alınan bazı kararların ve yapılan bazı temasların kamuoyunu bilgilendirme amacıyla sunulmaması durumunda kamuoyunda tartışılmakta ve basında eleştirilmektedir. Basının hak ve görevleri arasında kamuoyunu bilgilendirmek, eleştirilerde bulunmak, kamuoyu oluşturmak, böylece demokrasinin daha iyi işlemesini sağlamak gibi bir işlevi söz konusu olduğundan, siyasete giren kişilerin ise, siyasete girerken haklarında bir takım yayınlar yapılabileceğini, bu yayınların bazen sert eleştiri mahiyetinde olabileceğini kabul ederek bu tercihi yaptıklarından, yapılan sert eleştirilere katlanmak durumundadırlar, bazen bu eleştiriler kişilik haklarına saldırı da oluşturabilir. Eğer yapılan yayının yapılmasında kamu yararı bulunuyorsa, kişilik hakları yerine kamu yararına üstünlük tanımak söz konusu olabilir. Davaya konu kitap içinde yazılanların gerek gerçeklik unsurunu taşıması gerek güncel olması gerekse kamuoyunun bilgilendirilmesi amacıyla kamu yararının söz konusu olması nedeniyle davacının kişilik hakları yerine kamu yararına üstünlük tanınmıştır. Özle biçim arasındaki dengenin korunduğu kanaatine varılmıştır. Bu nedenle davaya konu kitaptaki yazılanların hukuka uygun olduğu sonucuna varılmış, davalı tarafın sunmuş olduğu deliller karşısında davanın reddine karar vermek gerekmiştir."

13. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 15/2/2011 tarihli ilamı ile İlk Derece Mahkemesinin kararını, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmediği gerekçesi ile onamıştır.

14. Davacı tarafından yapılan karar düzeltme talebi üzerine aynı Daire 8/12/2011 tarihli ilamı ile karar düzeltme talebinin kabulüne ve İlk Derece Mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. Yargıtayın gerekçesi şöyledir:

"Davacı yayın tarihinde Dışişleri Bakanı ve Cumhurbaşkanı adayıdır. Davalı yazar tarafından yazılan 'Musa'nın Gülü' adlı kitabın kapak tasarımında kırmızı renk tercih edilerek 'Davutun Yıldızı-Siyonist Yıldız' kullanıldığı, bu yıldızın içerisine davacının akademisyen sıfatıyla giydiği cübbeli ve kepli resmin yerleştirildiği, bununla davacının -İsrail ve Yahudilik- ile bağlantısının varlığına dair okuyucu üzerinde şüphe yaratılmasının amaçlandığı, yine kitap içerisinde ve arka sayfadaki özet bölümünde kullanılan ifadelerle davacının yalancı, Yahudi ve Amerika aşığı olduğu, Hıristiyan olup kamuoyuna ABD, İngiltere ve İsrail'in hizmetinde bir kişi olarak sunulduğu; yayının ilk basım tarihi olan Mayıs 2007'de ülke gündeminde olan Cumhurbaşkanlığı seçimleri nedeniyle aday olan davacının eleştirilmesinden

ziyade kullanılan üslupla küçük düşürülerek kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda, uygun bir miktar manevi tazminat hüküm altına alınmalıdır. Mahkemenin bu yönü gözetmeden istemin reddine dair verdiği karar usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir ise de karar dairece onanmış bulunduğundan davacının karar düzeltme istemi HUMK.nun 440-442. maddeleri uyarınca kabul edilmeli, onama ilamı kaldırılmalı ve karar bozulmalıdır."

15. Bozma üzerine yargılamaya devam eden Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesi 5/7/2012 tarihli kararı ile "*hükmüne uyulan bozma ilamında belirtilen gerekçelerle*" davanın kabulüne ve başvurucunun davacıya 15.000 TL ödemesine karar vermiştir. Karara göre başvurucunun 2007 yılından itibaren işleyecek yasal faizi de davacıya ödemesi gerekmektedir.

16. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 23/1/2013 tarihli ilamı ile yerel Mahkemenin kararını onamıştır. Daire, başvurucunun karar düzeltme talebini 12/9/2013 tarihli ilamı ile reddetmiştir. Karar başvurucuya 23/10/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, 22/11/2013 tarihinde yapılmıştır.

B. Başvuruya Konu Kitap

18. Başvuruya konu "*Musa'nın Gül'ü*" isimli kitap, başvurucu Ergün Poyraz tarafından kaleme alınmıştır. Başvuru dilekçesi ile birlikte verilen nüsha, kitabın 2007 yılı Ağustos ayında yayımlanan 8. baskısı olmakla birlikte, ön sözün 29/4/2007 tarihinde yazıldığı ve kitabın 2007 yılı Mayıs ayında basılarak dağıtımının yapıldığı anlaşılmaktadır. İstanbul'da 188 sayfa olarak basılan kitap bir ön söz ve 67 alt başlıktan oluşmaktadır.

19. Kitapta, kitabın yayımlandığı tarihte dışişleri bakanı ve cumhurbaşkanı adayı olan davacı Abdullah Gül'ün yaşam öyküsü, eğitimi, evliliği ve siyasi yaşamına ilişkin bazı detaylara yer verilmekte ve bazı iddialar ortaya atılmaktadır. Söz konusu kitabın yazarı olan başvurucu, kitap boyunca başka kitaplardan, gazete haber ve yazıları ile dergi makalelerinden uzun alıntılar yapmıştır. Başvurucunun sıklıkla alıntı yaptığı bir başka kaynak ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bazı yazışmaları ile Abdullah Öcalan'ın bir mektubudur. Söz konusu kaynakların büyük çoğunluğunun herkesin ulaşabileceği yazı ve haberler olduğunu, bu yazıların çoğunlukla davacının siyasi görüşlerine muhalif kişilerin yazıları olduğunu belirtmek gerekir.

20. Başvurucu; davacının İsrail, Amerikan ve İngiliz devletinin çıkarlarına hizmet ettiğini ima etmektedir. Başvurucu, iddiaların dayanağı olarak davacının İngiltere'de okuduğu okula büyük önem vermekte, siyasi kariyeri boyun-

ca gerek siyasetçi gerekse devlet adamı sıfatıyla bazı yabancı devlet adamları, politikacılar ve sivil toplum örgütleri ile yaptığı görüşmelere değinmektedir. Başvurucu; bu görüşmelerde ele alınan konuları, yabancıların davacı hakkındaki olumlu görüşlerini aktarmakta ve kendi bakış açısından bazı değerlendirmelerde bulunmaktadır. Başvurucu, davacının görüştüğü başta bazı Yahudi kuruluşları olmak üzere Amerika, İngiltere, İsrail, Almanya ve diğer bazı yabancı ülkelerle bağlantısı bulunan kişi ve kuruluşların dünya sistemi içindeki rollerine ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunmakta ve davacının ilişkilerine şüpheyle yaklaşmaktadır.

21. Başvurucuya göre Abdullah Gül; eğitimi, çalışma hayatı ve siyasi yaşamı boyunca daima şüpheli ilişkiler içerisinde bulunmuş; Necip Fazıl Kısakürek ve Necmettin Erbakan "siyasi çizgisinde" görünmesine rağmen kendisinin özel bir "ajandası" olmuştur. Başvurucu, bu kanaatini davacının öğrencilik yıllarından itibaren ve bilhassa siyasi kariyeri boyunca çeşitli meseleler hakkında değişen görüşlerine dayandırmaktadır. Başvurucuya göre davacının siyasi görüşlerindeki tutarsızlıkların sebebi, onun yabancı güçlerin menfaatlerine çalışan bir kişi olmasıdır. Başvurucu bir bütün olarak davacı ve onun siyasi çizgisinin Mustafa Kemal Atatürk'ün görüşlerine aykırı olduğunu iddia etmekte ve bu siyasi çizginin "ülkeyi felakete sürüklediğine" inanmaktadır.

22. Başvurucu, söz konusu kitapta terör örgütü PKK ve onun lideri olan Abdullah Öcalan'ı sert ifadelerle eleştirmektedir. Kitabın önemli bir kısmında bazı yabancı siyasetçi, devlet adamı ve kuruluşların PKK ve Abdullah Öcalan'a ilişkin politikalarına ve bazı açıklamalarına değinilmekte; daha sonra aynı kişi ve kuruluşların davacı hakkındaki görüşlerine de yer verilmektedir. Başvurucu, kitapta davacının Kürt meselesi hakkındaki bazı açıklamalarına da yer vermek suretiyle söz ve eylemlerinin ülke menfaatine uygun düşmediğini kendi bakış açısından göstermeye çalışmaktadır.

C. İlgili Hukuk

23. 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 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."

24. 6098 sayılı Kanun'un 50. maddesi şöyledir:

"Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.

Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 27/10/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 22/11/2013 tarihli ve 2013/8503 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

26. Başvurucu, başvuruya konu kitapta yer alan ifadelerin görünür gerçekliğe uygun olduğunu ve davacının siyasi konumu gereği sert eleştirilere açık olması gerekmesine rağmen ifade ettiği düşüncelerinden dolayı cezalandırıldığını ileri sürmüştür. Başvurucu, başvuruya konu tazminat davasının açılmasından 16 gün sonra Ergenekon soruşturması olarak bilinen soruşturma kapsamında tutuklanarak yargılandığını ve görüşleri dolayısıyla 29 yıl 7 ay hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırıldığını belirtmiştir. Başvurucu, İlk Derece Mahkemesinin açılan tazminat davasını reddetmesinin ardından Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 15/2/2011 tarihli ilamı ile İlk Derece Mahkemesinin kararının onandığını, bu tarihten sonra üyeleri davacı tarafından seçilen HSYK tarafından Yargıtay 4. Hukuk Dairesine yeni üyeler atanarak üye yapısının değiştirildiğini ve davacının karar düzeltme talebinin aynı Daire tarafından ve farklı üye yapısı ile 8/12/2011 tarihinde kabul edilerek İlk Derece Mahkemesinin kararının bozulduğunu ileri sürmüştür. Başvurucuya göre Yargıtay 4. Hukuk Dairesine yapılan yeni atamalardan sonra İlk Derece Mahkemesinin kararı bozulabilmiştir. Başvurucu, Yargıtayın tarafsız hareket etmediğini ileri sürmüş, Anayasa'nın 2., 9., 25., 26., 28., 29., 36., 37. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğinin tespiti ile maddi ve manevi tazminat haklarının saklı tutulması talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

28. Her ne kadar başvurucu, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin taraflı davrandığını ve bu sebeple Anayasa'nın 36. maddesinde koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de bu şikâyet, yazmış olduğu kitap nedeniyle başvurucunun tazminat ödemesine karar verilmesine

yöneliktir ve bu sebeple söz konusu şikâyetin Anayasa'nın 26. maddesinde tanımlanan ifade özgürlüğü bağlamında incelenmesi uygun görülmüştür.

29. Başvurucunun, yazdığı bir kitaptan dolayı aleyhine manevi tazminat ödemeye hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine 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

30. Başvurucu, yazdığı bir kitap nedeniyle davacıya tazminat ödemesinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık görüşünde, başvurucunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü çerçevesinde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

31. 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."

32. 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.

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

33. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade 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 (*Emin Aydın* [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 43). İfade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan diğer hak ve özgürlüklerin önemli bir kısmını doğrudan etkiler. Gazete, dergi veya kitap biçiminde basın yayın yoluyla düşüncenin yayılmasının başlıca aracı olan basın da ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir (*Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 64).

34. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında vurgulandığı üzere ifade özgürlüğü; herkesin söz, yazı, resim veya başka yollarla düşünce ve kanaatlerini açıklama ve yayma hakkını, buna bağlı olarak haber veya görüş alma ve verme özgürlüklerini kapsamaktadır. Bu çerçevede ifade özgürlüğü; kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir.

35. Basın özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü; gazete, dergi, kitap gibi araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama, bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. İfade 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 gerçekleştirme ve bu konuda başkalarını ikna etme çabaları çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü, demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Fatih Taş*, § 65).

36. 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 ortaya koyabilir. İfade özgürlüğü, kendimizi ve başkalarını tanımlamada, anlamada ve algılamada, bu çerçevede başkalarıyla ilişkilerimizi belirlemede ihtiyaç duyduğumuz bir değerdir (*Emin Aydın*, § 41).

37. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. Başka bir deyişle hem gerçek hem

de tüzel kişiler için geçerli olan ifade özgürlüğü; siyasi, sanatsal, akademik veya ticari düşünce ve kanaat açıklamaları gibi her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır. Açıklanan ve yayılan bir düşüncenin, içeriğinden hareketle kişiler ve toplum açısından "değerli-değersiz" veya "yararlı-yararsız" biçiminde ayrıştırılması subjektif unsurlar ihtiva eder. Bu değerlendirmelerden hareketle ifade özgürlüğünün alanının belirlenmeye çalışılması bu özgürlüğün keyfî biçimde sınırlandırılması sonucunu doğurabilecektir. İfade özgürlüğü, başkaları açısından "değersiz" veya "yararsız" görülen düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içermektedir.

38. Bununla birlikte ifade özgürlüğü, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. İfade özgürlüğüne ilişkin 26. maddenin ikinci fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Mevcut başvuruya benzer başvurularda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama sebepleri dikkate alınmalıdır.

39. Bununla birlikte ifade özgürlüğüne 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 Anayasa'nın 26. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir.

40. Başvuru, başvurucu tarafından kaleme alınan bir kitapta, bahsedilen dönemlerde dışişleri bakanlığı ile başbakan yardımcılığı görevlerinde bulunan ve cumhurbaşkanı adayı olan davacı Abdullah Gül'ün şeref ve itibarına zarar verildiği kabul edilerek başvurucunun tazminat ödemeye mahkûm edilmesi nedeniyle yapılmıştır.

41. Somut olayda çözümlenmesi gereken ilk mesele, başvurucu aleyhine tazminata hükmedilmesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemektir. Sonraki aşamalarda varlığı kabul edilen müdahaleye dayanak olarak gösterilen amacın meşru olup olmadığının, söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ölçüde kısıtlanıp kısıtlanmadığının, kısıtlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığının ve kullanılan araçların orantılı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

a. Müdahalenin Mevcudiyeti

42. Başvurucu, yazdığı kitapta yer alan sözlerinin ve iddialarının davacının şeref ve itibarına zarar verdiği kabul edilerek 15.000 TL tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Söz konusu Mahkeme kararı ile başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalede bulunulduğu açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

43. Yukarıda anılan müdahale, 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, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

***i.* Kanunilik**

44. Başvurucu Anayasa'nın 26. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "*bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir*" hükmüne ve Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "*kanunlar tarafından öngörülme*" gereğine aykırılık bulunduğuna ilişkin bir iddiada bulunmamıştır. Yapılan değerlendirmeler neticesinde 6098 sayılı Kanun'un 49. ve 50. maddelerinin "kanunlar tarafından öngörülme" ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

***ii.* Meşru Amaç**

45. Başvurucunun tazminat ödemesine ilişkin söz konusu kararın başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

***iii.* Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük**

46. Son olarak başvurucunun yazdığı kitapta sarf ettiği sözlerden dolayı aleyhine tazminata hükmedilmesine ilişkin kararda, demokratik bir toplumda başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir.

47. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan *"manevi varlık"* kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireyin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfî olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Üçüncü kişilerin şeref ve itibara müdahalesi -birçok ihtimalin yanında- görsel ve işitsel yayınlar yoluyla da olabilir. Bir kişi, görsel ve işitsel yayın yoluyla bir kamuoyu tartışması çerçevesinde eleştirilmiş olsa dahi o kişinin şeref ve itibarı manevi bütünlüğünün bir parçası olarak değerlendirilmelidir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; *Adnan Oktar*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33).

48. İfade özgürlüğü ve özel olarak basın özgürlüğü alanında devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Kamu makamları negatif yükümlülük kapsamında zorunlu olmadıkça düşüncenin açıklanmasını ve yayılmasını yasaklamamalı, yaptırımlara tabi tutmamalı, pozitif yükümlülük kapsamında ise ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır (*Nilgün Halloran*, § 43; benzer yöndeki AİHM görüşü için bkz. *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16/3/2000, § 43).

49. 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 ifade özgürlüğünden yararlanma hakkı arasında adil bir denge kurması gerekir. Mevcut olaydaki gibi başvurularda başvurunun sonucu kural olarak başvurunun ihtilaflı sözlerin sahibi tarafından Anayasa'nın 26. maddesine dayanılarak yapılmış olması ile bu sözlere konu olan kişi tarafından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak yapılmış olmasına göre değişmez. Aksi hâlde Anayasa'nın anılan maddelerinde korunan hakların dengelenmesinde, benzer olaylarda çelişkili sonuçlar ortaya çıkabilir. Yargı mercilerinin bu iki maddede düzenlenen haklar arasında Anayasa'nın 13. maddesinde ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadında ortaya konulan kriterlere uygun bir denge kurmaları gerekir.

50. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde ve başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olmasını gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmektedir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek en son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 48).

51. Buna göre demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil; devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bunlar, demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir (*Handyside/Birleşik Krallık*, § 49).

52. 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 sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi 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, 18/10/2007).

53. 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 (*Sebahat Tuncel,* B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 84).

54. Bu bağlamda ifade özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, ifade özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Sebahat Tuncel*, § 85).

55. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında mahkemelerin, düşüncelerin açıklanması ve yayılmasına yönelik olarak tazminata veya cezaya karar verirken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 114).

56. Bunun sonucu olarak başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa'nın 26. maddesini ihlal boyutuna ulaşıp ulaşmadığı incelenirken soyut bir değerlendirme yapılmayıp başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır.

57. Başvurucunun bir araştırmacı ve yazar olarak politikacılara veya hükûmet politikalarına yönelttiği eleştiriler sırasında söylediği sözlerden dolayı aleyhine tazminata hükmedilmesinin ölçülü olduğunun kabul edilebilmesi için ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekçelerinin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli olması gerekir.

58. Bu bağlamda gerekçede başvurucunun; yayımladığı kitapta davacı hakkında haber ve fikirlere yer verirken yayıncılık etiğine uygun olarak doğru ve güvenilir bilgi sunarken iyi niyetle hareket etme görev ve yükümlülüğüne uyup uymadığının, davacı hakkında verilen bilgilerin cumhurbaşkanlığı seçimleri kapsamında kamu yararına ilişkin olup olmadığının, kitabın davacıya karşı keyfî kişisel bir saldırı teşkil edip etmediğinin ve doğrudan siyasi kişiliğini hedef alıp almadığının ortaya konulması gerekir. Nitekim siyasilere yönelik eleştirinin sınırları çok daha geniştir (*Feldek/Slovakya*, B. No: 29032/95, 12/7/2001, § 74).

59. Başvuruya konu kitap yayımlanmadan önce 2007 yılı Nisan ayında yapılacak olan 11. cumhurbaşkanlığı seçimine yönelik kamuoyunda yoğun bir tartışma yaşanmaktaydı. 2000 yılında seçilen 10. Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'in görev süresi 16/5/2007 tarihinde dolmaktaydı ve TBMM, cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk tur oylama gününü 27 Nisan olarak belirlemişti. Seçim dönemine, laiklik tartışmalarıyla gelinmişti. Ülkenin çeşitli yerlerinde "*Cumhuriyet Mitingleri*" adıyla geniş katılımlı gösteriler düzenlenmiş ve iktidarda bulunan Adalet ve Kalkınma Partisinin kendi siyasal çizgisinden bir ismi cumhurbaşkanlığına seçmesi engellenmek istenmişti. İktidar partisinin o dönem dışişleri bakanı ve başbakan yardımcısı olan Kayseri Milletvekili Abdullah Gül'ü aday göstermesi üzerine tartışmaların odak noktası genel olarak Abdullah Gül'e kaymış ve yaşanan bazı gelişmelerin ardından ancak 28/8/2007 tarihinde Abdullah Gül cumhurbaşkanı seçilmişti.

60. Başvurucu; muhafazakâr toplum kesimleri, dinî cemaatlerin siyaset ve siyasi partilerle ilişkileri üzerine araştırmaları bulunan ve çoğunluğu zikredilen konularda olmak üzere ondan fazla kitabı bulunan bir yazardır. Başvurucu söz konusu kitabın ön sözünü, 29/4/2007 tarihinde yazmış ve kitap cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin tartışmaların yoğun olarak devam ettiği günlerde yayımlanmıştır.

61. Başvurucu, davacıya ve davacının birlikte siyaset yaptığı kişilere karşı son derece şüpheci yaklaşmaktadır. Başvurucu, bu kişilere genel olarak güvenmemekte, bu kişilerin kendisinin de mensubu olduğu dünya görüşüne karşı düşman oldukları fikrini taşımaktadır. Başvurucu, davacı ve kitapta davacı ile birlikte adını zikrettiği kişilerin milleti aldattıklarına inanmakta ve bu kişilere sert biçimde karşı çıkılması gerektiğini savunmaktadır. Ayrıca kitapta

ifade ettiği olayların subjektif değerlendirmesini yapmakta, davacı hakkında öne sürdüğü kanaatlerini ispatlamak için olayları ve bu olaylara ilişkin yorumları çeşitlendirmektedir.

62. Başvurucu hakkında açılan tazminat davası İlk derece Mahkemesince reddedilmiş, buna karşın Yargıtayca karar, düzeltme aşamasında bozulmuştur. Daha sonra İlk Derece Mahkemesi, Yargıtay bozma gerekçesinde belirtilen gerekçelerle davayı kabul ederek başvurucunun davacıya manevi tazminat ödemesine karar vermiştir. Bu durumda başvurucu hakkında tazminata hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine ilişkin şikâyetin incelenmesi sırasında Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8/12/2011 tarihli ilamında yer alan gerekçeler değerlendirilmelidir.

63. Öte yandan yapılan bireysel başvurularda yalnızca ve tek başlarına derece mahkemelerince verilen kararların ele alınması ile de yetinilemez. Öncelikle başvurucu tarafından söylenen sözlerin, kitabın tamamı ve söylendikleri bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 52).

64. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, üç sebepten dolayı davanın kabul edilmesi gerektiği gerekçesiyle İlk Derece Mahkemesinin davanın reddine dair kararını bozmuştur. Bunlardan birincisi, başvuruya konu kitabın kapak tasarımında kırmızı renk tercih edilerek "Davut yıldızı (siyonist yıldız)" kullanılması ve bu yıldızın içine davacının akademisyen sıfatıyla giydiği cübbeli ve kepli resmin yerleştirilmesidir. Daireye göre söz konusu kapak tasarımı ile davacının "İsrail ve Yahudilik" ile bağlantısı olduğuna dair okuyucu üzerinde şüphe yaratılmak istenmiştir. Başvurucu, kırmızı renk ile İsrail ve Yahudilik arasında nasıl bir bağlantı kurulduğunun açık olmadığını belirtmiştir. Başvurucu, bir kimsenin "İsrail veya Yahudilik ile bağlantısının varlığı hakkında şüphe yaratılmasının" davacının Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Yahudileri de temsil ettiği gözetildiğinde hangi surette tazminat nedeni olduğunun yeterince izah edilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu, tazminat nedeni sayılan kitap kapağının davacının yaşamı sürecindeki kesitlere dikkat çekmek ve iktidara gelmeden önceki görüşleri ile iktidardaki görüşleri ve uygulamaları arasındaki çelişkileri göstermek amacı taşıdığını savunmuştur.

65. Başvuruya konu kitap kapağında olduğu gibi belirli bir resmin ne anlama geldiğinin ancak başvurucunun açıklamaları ve kitapta kullanılan ifadelerle birlikte kitabın yayımlandığı özel koşulların da birlikte değerlendirilmesi ile belirlenebileceği hatırda tutulmalıdır. Bu bağlamda kitap kapağının, temel olarak kitabın içeriğini yansıtma amacıyla tasarlandığı değerlendirilmiştir.

66. Dairenin davanın kabul edilmesi için gösterdiği ikinci sebep ise kitapta bir bütün olarak ve arka sayfadaki özet bölümünde kullanılan ifadelerle "davacının yalancı, Yahudi ve Amerika âşığı olduğu, Hristiyan olup kamuoyuna ABD, İngiltere ve İsrail'in hizmetinde bir kişi olarak" sunulduğudur. Kitabın arka sayfasında ve içeriğinde (bkz. §§ 16-20) bir bütün olarak davacının Yahudi ve Hristiyanlarla iyi ilişkileri olduğu, davacının düşünce ve eylemlerinin Türklerin ve Türkiye Cumhuriyeti'nin menfaatine değil; ABD, İngiltere, İsrail gibi ülkelerin menfaatlerine olduğu iddia edilmekte ve bu iddiaların kanıtlanması için bazı çıkarımlar ve yorumlar yapılmaktadır. Bundan başka davacının öğrenciliğinden itibaren değişen ideolojik tercihlerine dikkat çekilmekte ve başvurucu kendince bu tutarsızlıkları yorumlamaktadır. Buna karşın kitapta davacıya karşı aşağılayıcı ifadeler tespit edilmemiştir. Nitekim Yargıtay da bozma kararında böyle bir tespite yer vermemiştir.

67. Dairenin davanın kabul edilmesi için gösterdiği üçüncü sebep ise kitabın yayımlandığı 2007 yılının Mayıs ayında ülke gündemindeki cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olan davacının eleştirilmesinden ziyade kullanılan üslupla "küçük düşürülmesinin" amaçlandığı iddiasıdır. Gerçekten de başvurucunun, söz konusu kitabı davacının toplumsal itibarını zayıflatmak, onun üstlendiği ve üstlenmeyi düşündüğü siyasi görevlerde bulunmayı hak etmeyen bir kişi olduğunu göstererek toplumu yönlendirmek amacı ile yazdığı açıktır. Başvurucu bu amacına ulaşmak için bir bütün olarak kitapta, yaklaşan cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olan davacının hayat hikâyesinden bazı kesitlerle birlikte öğrenciliğinden itibaren çeşitli konulardaki açıklamalarını ele almakta, kendi bakış açısından davacının Mustafa Kemal Atatürk'ün öğretilerine muhalif bir kişi olduğunu göstermeye çalışmakta ve davacıyı sert biçimde eleştirmektedir.

68. İfade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir. Bu nedenle düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır. Öte yandan siyasi tartışma özgürlüğünün "tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi" (*Lingens/Avusturya*, B. No: 9815/82, 8/7/1986, §§ 41, 42) olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekmektedir. AİHM, kararlarında sıklıkla siyasi bir tartışmayı savunmanın demokratik bir toplumda temel bir unsur olduğunu vurgulamaktadır. AİHM, zorlayıcı nedenler olmadıkça siyasi ifadeye kısıtlama getirilmemesi gerektiğini kaydetmektedir (*Feldek/Slovakya*, § 83).

69. AİHM'in yerleşik içtihatlarında da belirttiği gibi hükûmetler kullandıkları kamu gücünden dolayı kendilerine yöneltilmiş en ağır eleştirileri bile hoşgörü ile karşılamak zorundadır. Sağlıklı bir demokrasi, bir hükûmetin

yalnızca yasama organı veya yargı organları tarafından denetlenmesini değil; aynı zamanda sivil toplum örgütleri, medya ve basın veya siyasi partiler gibi siyasal alanda yer alan diğer aktörlerce de denetlenmesini gerektirir (*Castells/İspanya*, B. No: 11798/85, 23/4/1992, § 46).

70. Aynı şekilde siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, diğer kişilere yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır (*Lingens/Avusturya*, § 42).

71. Siyasetçilerin daha hoşgörülü olmak zorunda olmaları Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "*şöhret ve haklarının*" korunmayacağı anlamına gelmez. Aksine 26. maddenin ikinci fıkrası bütün bireylerin itibarlarının korunmasına imkân verir. Ancak şahsi sıfatları dışında hareket eden siyasetçiler bakımından söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak değerlendirilmelidir (*Lingens/Avusturya*, § 42).

72. Somut olayda başvurucu, yayımladığı kitapta davacının söz, eylem ve politikalarıyla Türklerin ve Türkiye Cumhuriyeti devletinin menfaatlerine çalışmadığını, davacının eylemlerinin ve ilişkilerinin bazı yabancı devletlerin çıkarlarına hizmet ettiğini savunmuş ve davacıya yönelik olarak sert ifadeler kullanmıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kitaptaki iddiaların ve başvurucu hakkındaki sözlerin bir bütün olarak, davacının şeref ve itibarına saldırı anlamı taşıdığına karar vermiştir. Dairenin, kitapta yer alan iddia ve sözlerin ve kitap kapağında kullanılan resmin asıl amacının davacıyı küçük düşürmek olduğunu kabul etmesi, ancak başvurucunun kullandığı kelimelere ve kitap kapağında yer alan resme onun verdiği anlamın ötesinde anlamlar yüklemesi ile mümkün olmuştur.

73. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararında başvurucunun kullandığı ifadelerin türü, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesi ve ifadelerin kimin tarafından dile getirildiği tartışılmamış; başvurucunun hakları ile davacının kullanılan ifadeler karşısında sahip olduğu hakların ağırlığı gerektiği gibi değerlendirilmemiştir. Derece Mahkemeleri başvurucunun, söz konusu kitabı davacının toplumsal itibarını zayıflatmak için yazdığını kabul etmişlerdir. Fakat Mahkemeler, siyasi tartışmaların yoğun olarak yaşandığı bir dönemde bu kitabın yayımlanmasının beklenen bir gelişme olduğunu gözardı etmişlerdir.

74. Başvurucunun dava konusu kitapta, yirmi yılı aşkın bir süredir Türkiye siyasetinin en önemli aktörlerinden biri olan davacıyı eleştirmesinin ve onun hayatının bazı kesitleri ile ilişkilerini ve sözlerini analiz etmesinin genel

olarak kamu yararını ilgilendiren bir mesele olduğuna kuşku yoktur. Ayrıca hükûmetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da özel kişilere göre daha geniştir.

75. İfade özgürlüğüne yönelik olarak tazminata veya cezaya karar verirken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığının olup olmadığı değerlendirilirken "olgusal iddialar" ile "değer yargısı" arasındaki farkın dikkatlice ortaya konulması gerekir. Olgusal iddiaların dayanaklarının ortaya konulmasının beklenmesi mümkünken değer yargılarının gerçekliğinin kanıtlanmasını beklemek mümkün değildir (*De Haes and Gijsels/Belçika*, B. No: 19983/92, 24/2/1997, § 42). Bununla birlikte somut olaydaki gibi birçok kitaptan, gazete haber ve yazıları ile dergi makalelerinden alıntılar temelinde ortaya atılan iddialar söz konusu olduğunda "olgusal iddialar" ile "değer yargılarını" ayırt etmek oldukça zordur. Yine de olgusal iddialar ile desteklenmese bile değer yargılarının aşırı olması kabul edilebilir bir durumdur (*Jerusalem/Avusturya*, B. No: 26958/95, 27/2/2001, § 43).

76. Başvuru konusu kitapta, kitabın yayımlandığı tarihte dışişleri bakanı ve cumhurbaşkanı adayı olan davacı Abdullah Gül'ün siyasi ve aile yaşamına ilişkin bazı detaylara yer verilmiş ve bazı iddialar ortaya atılmıştır. Ancak ortaya atılan iddialar genel olarak başka kitaplardan, gazete haber ve yazıları ile dergi makalelerinden alıntılar temelinde yapılmıştır. Bununla birlikte kitapta sıklıkla atıf yapılan bir başka kaynak ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının bazı yazışmaları ile Abdullah Öcalan'ın bir mektubudur. Bu kapsamda kullanılan kaynakların büyük çoğunluğunun herkesin ulaşabileceği yazı ve haberler ile çoğunlukla davacının siyasi görüşlerine muhalif kişilerin yazıları olduğu anlaşılmaktadır (bkz. § 18). Dolayısıyla kitap önemli ölçüde herkesin ulaşabileceği açık kaynaklar kullanılarak yapılan bazı değer yargılarına dayanmaktadır.

77. Öte yandan başvurucunun yazdığı kitabının yoğun siyasi tartışmaların yaşandığı bir dönemde yayımlandığı gözetildiğinde kamu yararına yönelik olmadığı söylenemez. Başvurucunun, böyle bir dönemde kendi adına kamuoyunu bilgilendirmek ve eleştirilerle kamuoyu oluşturmak amacıyla hareket ettiği açıktır. Öte yandan başvurucunun yorumları ve çıkarımlarının ağır eleştiri olduğunda herhangi bir tereddüt olmamasına rağmen başvurucunun yorumlarının ve çıkarımlarının keyfî kişisel saldırı boyutuna ulaştığı da söylenemez. Başvurucunun polemik içeren agresif usulü değerlendirilirken ifade özgürlüğünün sadece haber ve fikirlerin içeriğini korumadığı, haber ve fikirlerin iletilme usulünü de koruduğu gözetilmelidir (*Jersild/Danimarka*, B. No: 15890/89, 23/9/1984, § 31).

78. Demokratik toplumda -özellikle siyasi kişiler üzerinde- çoğulcu bir tartışma ortamının sağlanması önemlidir. Böylelikle demokrasinin asıl işlevi olan haber, bilgi ve eleştirilerin özgürce dile getirilmesi için uygun ortam sağlanabilecektir. Siyasi kişiler; demokratik bir ortamda kendilerine yönelik ağır eleştiriler yapılabileceğini, aile ve özel yaşamlarının sürekli takip edileceğini bilerek tercihlerini belirlemektedirler. Bu bağlamda başvurucunun, uzun yıllardır siyasetin içinde ve cumhurbaşkanı adayı olan kişi hakkında -önceden yayımlanmış kaynaklar temelinde- siyasi hayatında yapmış olduğu bazı tercihlerden yola çıkarak aile hayatına ilişkin bilgiler iletmesine ve ağır eleştiriler yapmasına demokratik çoğulculuk açısından tahammül edilmesi gerekir. Bu tür aile hayatına ilişkin bilgilere, ağır eleştirilere ve değerlendirmelere tahammül edilmesi ve ifade özgürlüğünün güvencesi ile bunların dile getirilmesi demokrasinin sağlıklı işlemesini sağlayacaktır.

79. Rahatsız edici de olsa siyasilere ilişkin yapılan bilgilendirme ve eleştirilerin cezalandırılması "caydırıcı etki" doğurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir. Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabilir. Bu nedenle somut olayda başvurucunun 15.000 TL tazminat ödemesine karar verilmesi, siyasilere yönelik olarak bilgilendirme ve eleştiri ortamına zarar verebilecektir. Dolayısıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "başkalarının şöhret ve haklarının" korunması için demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.

80. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir. Serruh KALELİ, Erdal TERCAN ve Hasan Tahsin GÖKCAN Anayasa'nın 28. maddesi yönünden de ihlal bulunması gerektiği gerekçesiyle bu sonuca katılmışlardır.

Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

81. Başvurucu, maddi ve manevi zararlarına ilişkin haklarının saklı tutulmasını talep etmiştir.

82. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."

83. Başvurucu vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin tahsilini talep ettiğinden 198,35 başvuru harcı ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

84. Başvurucunun herhangi bir tazminat talebi olmadığından bu husus değerlendirilmemiştir. Ancak 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 belirtilmiştir. Başvuruda, Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varıldığı gözetilerek ihlal tespitinin yeterli tatmin sağlayamayacağı anlaşılmakla 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OYBİRLİĞİYLE,

B. Başvurucunun, Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Muammer TOPAL'ın karşıoyu ve OY ÇOKLUĞUYLA,

C. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına; ödemede gecikme olması hâlinde 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 ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin Ankara 6. Asliye Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

F. Bilgi edinilmesi için kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına ve İçişleri Bakanlığına gönderilmesine

27/10/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Başvurucunun yazdığı kitabın bir bütün olarak incelenmesinde; ifade özgürlüğü sınırlarının aşıldığı, kitapta sarfedilen sözlerin ve iddiaların demokratik bir toplumda başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir denge teşkil etmediği, ayrıca kitabın ön ve arka kapaklarındaki resim ve tanıtım yazılarının da, başvurucunun şeref ve itibara yönelik düşüncelerini ortaya koyduğu, dolayısiyle derece mahkemelerinin bu konudaki tespit ve vardıkları sonucun hukuka uyarlı bulunduğu ve başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlâl edilmediği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Serdar ÖZGÜLDÜR	Muammer TOPAL

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MEDYA GÜNDEM DİJİTAL YAYINCILIK TİCARET A. Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2623)

Karar Tarihi: 11/11/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 8/12/2015-29556

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Alparslan ALTAN
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportörler	:	Yunus HEPER
		Murat ŞEN
Başvurucu	:	Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.
Temsilcileri	:	Barış BEKAR
		Kayhan ÖZTÜRK
Vekili	:	Av. Erdal Fatih ÇANAKÇI

Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet sitesinde yayımlanan yazının mahkeme kararı ile internetten kaldırılmasının basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/4/2013 tarihinde İstanbul Anadolu 20. Sulh Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 4/6/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 17/9/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığına (Bakanlık) başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru belgelerinin bir örneği görüş için 25/9/2013 tarihinde gönderilmiştir.

6. Bakanlığın 21/11/2013 tarihli görüş yazısı, 3/12/2013 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, görüşünü süresi içinde 10/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. İkinci Bölümün 16/9/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü›nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

9. Başvurucu, *borsagundem.com* (internet sitesi) alan adı ile yayında bulunan internet sitesinin sahibidir. Adı geçen internet sitesi, borsa ve sermaye piyasasındaki olay ve gelişmeler konusunda yayın yapan ve ekonomik meselelerin ele alındığı yazıların yayımlandığı bir internet gazetesidir. 6/12/2012 tarihinde internet sitesinde "*Çemaş-Çevik ilişkisi*" başlıklı bir haber yayımlanmıştır.

10. Haber şöyledir:

"Çemaş-Çevik ilişkisi

İştirakinden varlık alıyor, tahsisli sermaye artırımı yapıyor. Çevikler aracılık ediyor

Çemaş, 2010 yılı ortasında halka arz seferberliğine katılarak borsaya giriş yaptı. Şirketin ödenmiş sermayesi 15 milyon liradan 23 milyon 250 bin liraya yükseltilirken sermayenin yüzde 35.48'ini temsil eden 8 milyon 250 bin lira nominal değerli paylar 2.14 liradan halka arz edildi.

Halka arzı da Turkish Yatırım yaptı. Aradan iki yıl geçti, bugün Çemaş›ın hisse fiyatı yaklaşık 1 lira nominal değer seviyesinden işlem görüyor. Halka açıklık oranı ise yüzde 73'e çıkmış durumda!

Yani şirketin yüzde 35'i 2010 yılında 2 lira seviyesinden halka açılmış patron sürekli sermaye artırımı yapmış ve hisse satmış. Halka arz seferberliğine katılan yatırımcı da almış. Çemaş›ın 2010 yılında 15 milyon lira olan sermayesi iştirakler arası yapılan bir işlemle bugün 237 milyon liraya yükseltilmek isteniyor. Rakamlar ilginç, çünkü şirket halka açıldıktan sonra sermayesini yüzde 1.480 oranında artırmış! 2 lira seviyesinden halka arz edilen hisselerin bugünkü değeri ise 1.19 lira. Halka arzı Turkish Yatırım yaptı ama şirketin sermayesi 23 milyon liradan 75 milyon liraya yükseltilirken ve halka açıklık oranı yüzde 35'ten yüzde 75'e çıkarken arzları kim hangi şartlarda yaptı' Çemaş ve Işıklar Grubu'nun yaptığı her sermaye artırımı ve ortak satışından neden bazı kişilerin ismi ön plana çıkıyor' Bu sorular cevapsız değil.

TAHSİSLİ SERMAYE ARTIRIMI

Halka arz seferberliğine katılan Çemaş›ın son yaptığı açıklama ise şöyle: "Çemaş Döküm Sanayi A.Ş. (Şirket)›nin sermayesinin 75.000.000 TL (yetmişbeşmilyon)'den 237.000.000 (ikiyüzotuzyedimilyon) TL'ye arttırılması dolayısıyla, ihraç edilecek toplam 162.000.000 TL nominal değerli payların, ortaklarının rüçhan haklarının kısıtlanması suretiyle, tahsisli olarak 1 TL nominal değerli pay için 1 TL fiyatla alıcı, Ege Kraft Torba San. ve Tic. A.Ş.'ye Kurumumuz aracılığıyla (alıcı/satıcı üye) Toptan Satışlar Pazarı'nda (TSP) satılacaktır."

AÇIKLAMADAKİ İMZA TANIDIK!

Toptan Satışlar Pazarı'nda yapılacak satışla ilgili açıklamanın altında ise Mehmed Nureddin Çevik'in imzası var. Peki Mehmed Nureddin Çevik kim' Endeks Türev Yatırım Menkul Değerler Yönetim Kurulu Başkanı.

Mehmed Nureddin Çevik halen 2499 Sayılı Yasaya muhalefet ve Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/I-A (1-2-3) maddesinde yer alan manipülasyon, içeriden öğrenenlerin ticareti ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan yanlış mesnetsiz bilgi verme, haber yayma, yorum yapma suçlarını işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olmak suçundan açılan kamu davası kapsamında yargılanıyor.

Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015

PEKİ, ÇEMAŞ NEDEN SERMAYE ARTIRIYOR'

İştiraki Ege Kraft Torba Sanayi ve Ticaret A.Ş'den yaptığı varlık alımı için şirket çıkarılmış sermayesini 75 milyon liradan Ege Kraft Torba Sanayi ve Ticaret'e (Ege Kraft) tahsisli olarak 162 milyon lira artırılarak 237 milyon liraya yükseltiyor. Ege Kraft'a olan borç da tahsisli sermaye artırımı ile sermayeye dönüştürülüyor. İkisi de aynı patrona ait şirketlerde varlıklar yer değiştiriyor, bir anda sermaye artıyor, ortaya yeni hisseler çıkıyor. Borsada son dönemde çok sayıda şirketin yaptığı işlemlere benziyor.

Sabah Gazetesi Yazarı Meliha Okur, bu işlemlere "Finans cinliği" diyor.

Bu arada Ege Kraft denilen şirket de halka açık olan USAŞ ile birleştirilmek isteniyor. Işıklar Grubu, batmak üzere olan USAŞ'ı aldıktan hemen sonra bu birleştirme kararını almıştı. Ege Kraft da dolaylı bir şekilde halka açılmış olacak. Burada da bir sermaye artırımı söz konusu olacak. Tamamen borsa ve hesap oyunları üzerine kurulmuş işlemler. Anlamak mümkün değil. Buradaki danışman da Endeks Türev Yatırım Menkul Değerler. Yani Mehmed Nureddin Çevik'in Yönetim Kurulu Başkanı olduğu şirket.

Aslında tablo o kadar da karışık değil. Net bir şekilde bakıldığında amacın ve neler yapılmak istendiği açıkça görülüyor.

VARLIĞI YÜKSEK DEĞERLEMİŞLER

Bu arada yüzde 73'ü halka açık bir şirketle ilgili yapılan işlemin de değerinin çok üzerinden yapılmak istendiği şirketin yaptığı açıklama ile ortaya çıktı. Bir Işıklar Grubu şirketi olan Çemaş›ın yaptığı açıklama şöyle: "Işıklar Grubu şirketlerinden Ege Kraft Torba Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Ege Kraft) nin sahip olduğu, ödenmiş sermayesinin % 92.79'una tekabül eden 185.584.883,53 TL nominal değerli, 185.584.883,53 adet Özışık İnşaat ve Enerji A.Ş(Özışık) hisselerini, Kapital Karden Bağımsız Denetim ve YMM A.Ş. tarafından Sermaye Piyasası Mevzuatı uyarınca hazırlanan 03.01.2012 tarihli değerleme raporunda tespit edilen 226.771.629 TL tutarındaki şirket değeri baz alınarak 207.855.069,55 TL bedelle satın almış, 25.04.2012 tarihinde ise Ege Kraft'ın satış bedelinden doğan alacağının yapacağımız 180.000.000 TL tutarındaki tahsisli sermaye artışında sermayeye dönüştürülmesine karar verilmişti.

Şirketimizin Tahsisli Sermaye artırımı için SPK ya müracaatından sonra, SPK yetkili organlarınca Özışık şirket değerleme raporunun Kapital Karden'in dışında başka bir değerleme şirketine yaptırılması istenmiş bunun sonucu Güreli Yeminli Mali Müşavirlik ve Bağımsız Denetim A.Ş.(Güreli) tarafından hazırlanan 22.11.2012 revize tarihli şirket değerleme raporunda şirket değeri 174.876.287 TL olarak tespit edilmiştir. Bu gelişme üzerine bu defa değerleme raporuna uygun olarak alım bedelinin, şirket değerinin % 92.79'una tekabül eden 162.271.903 TL' ye indirilmesine ve satıcı firma Ege Kraft'tan aradaki tutar kadar indirim istenmesine karar verildi."

SPK da olmasa 174 milyon lira değer biçilen şirket, değeri 226 milyon olarak yüzde 73'ü halka açık olan şirkete satılacak. 1 ya da 2 değil arada tam 52 milyon lira fark var. Halka açık Çemaş›ın iştirakinden neden hisse aldığı bir tarafa, şirketin değerinin çok üzerinden devredilmek istenmesi de yapılan işlemle ilgili şüpheleri artırıyor. Bir şirket halka açılıyor, patron sürekli hisse satıyor. Sonra sermaye artırımları başlıyor. Ardından hepsi bir patrona ait şirketler arasında iştirak alışı-satışı birleştirmeler, ayrıştırmalar yapılıyor. Bir anda şirketin sermayesi yüzde binin üzerinde artıyor. Bu işlemlere de Mehmed Nureddin Çevik aracılık ediyor."

11. Haberde adı geçen "Çemaş", hisseleri borsaya kote edilmiş bir şirket; "Çevik" ise aracılık hizmetleri yürüten bir şirkettir. Söz konusu haberde Çemaş Şirketinin 2010 yılında halka arz edilerek borsaya giriş yapmasından haberin yayımlandığı tarihe kadar geçen süreçte Şirketin halka açıklık oranlarındaki değişimler ile Şirket hisselerinin fiyatlarındaki artışlar ve azalışlar analiz edilmiştir. Söz konusu haberde Çemaş Şirketinin halka arz işlemlerindeki bazı hareketlere dikkat çekilmekte ve Şirket hisselerinin ilk halka arz tarihinden daha aşağıda olması şüphe ile karşılanmaktadır. Haberde ayrıca Çevik Şirketi Yönetim Kurulu Başkanı'nın yazının yayımlandığı tarihte borsada hileli yönlendirme yapan bir örgüte üye olmaktan yargılandığı iddia edilmektedir. Haberde son olarak Çemaş Şirketinin bazı varlık alımları ve sermaye artırımları sıralanmakta ve Şirketten yapılan bazı açıklamalarla birlikte analiz edilmektedir.

12. Söz konusu haberde adı geçen aracı Şirket ile Şirketin Yönetim Kurulu Başkanı, Üsküdar 4. Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak içeriğin yayından çıkartılmasını talep etmiştir. Üsküdar 4. Sulh Ceza Mahkemesi 13/12/2012 tarihli kararıyla kişilik haklarına saldırı olduğu gerekçesiyle *haberin yayından kaldırılmasına* karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

"5651 sayılı yasanın 9/1. maddesine göre Çemaş-Çevik İlişkisi başlıklı haberin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğu değerlendirildiğinden talebin kabulü cihetine gidilmiştir."

13. Söz konusu karara yapılan itiraz, Üsküdar 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 26/12/2012 tarihli kararıyla kesin olarak reddedilmiştir. İtirazın reddi kararı başvurucuya 5/3/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

14. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru 3/4/2013 tarihinde yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

15. 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un "*İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı*" kenar başlıklı 9.

maddesinin 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun'un 93. maddesi ile değiştirilmeden önceki hâli şöyledir:

"(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 11/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 3/4/2013 tarihli ve 2013/2623 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu,

i. Kanunen tabi olunan mahkemeden başka bir mahkemece yeterli inceleme yapılmadan ve davacının Şirketi temsil yetkisi olup olmadığı değerlendirilmeden, hangi gerekçeyle kişilik haklarına saldırı kapsamında değerlendirildiği açıklanmadan, kanun hükmü genel bir ifade ile tekrar edilerek kamunun yararına olan, gerçek, güncel ve dengeli bir haberin yayınının kaldırılmasına karar verilmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde korunan adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde olduğunu,

ii. Tamamen müşteki Şirketin yaptığı açıklamalarda yer alan veri ve bilgilere dayalı olarak analiz yapıldığını; şikâyetçi Şirket tarafından alınan ve yazıda analiz edilen kararların Şirketin hisse fiyatlarını, sermayesini ve geleceğini, dolayısıyla yatırımcıları yakından ilgilendirdiğini; habere erişimin engellenmesinin Anayasa'nın 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün ihlali niteliğinde olduğunu ileri sürmüş, ihlale neden olan kararın kaldırılarak Mahkemesince yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

18. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

19. Başvurucunun, içeriğin yayından çıkarılması kararının Şirketi temsile yetkili olmayan bir kişi tarafından açılan bir davada kanunen yetkili olmayan bir Mahkemece verilmesi iddiaları Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında kalmaktadır (bkz. § 55). Bununla birlikte başvurucunun adil yargılanma hakkı bağlamında derece mahkemesinin gerekçesiz karar verdiğine dair iddialarının Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ve 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğü çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir.

20. Öte yandan başvurucu, internet sitesinde yayımlanan bir yazıya erişimin engellenmesi kararının Anayasa›nın 28. maddesinde düzenlenen basın özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. İnternet yayıncılığına ilişkin olarak bir yayının kaldırılmasına yönelik şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa›nın 26. ve 28. maddelerinin ayrı ayrı veya bir bütün olarak incelenmesinin gerekip gerekmediği hususunun esasa ilişkin değerlendirmede ortaya konulmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir.

21. Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında yapılan şikâyetlerde ifade ve basın özgürlüklerine yönelik müdahalelerin varlığı hâlinde derece mahkemelerinin kararlarının müdahaleyi haklı kılacak "konuyla ilgili ve yeterli gerekçeler" içerip içermediğinin ve "sınırlama amacı ile aracı arasında makul bir dengenin bulunup bulunmadığının" demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple başvurucunun, İlk Derece Mahkemesi kararının gerekçesinin yeterli olmadığı yönündeki şikâyetlerinin de incelenmesi gerekir.

22. Başvurucunun, yayımladığı bir yazıya erişimin engellenmesinin ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiğine ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yok-

sun değildir. Ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı için başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

23. Başvurucunun iddialarına karşı Bakanlık, başvurucunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Başvurucu, başvurunun esası hakkındaki Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

24. 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."

25. Anayasa'nın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı 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, 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.

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

26. Anayasa'nın "*Basın hürriyeti*" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez.

...

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

..."

27. İfade özgürlüğü; kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Basın özgürlüğünü kapsayan ifade özgürlüğü, çeşitli araçlar ile düşünce ve kanaatleri açıklama, yorumlama; bilgi, haber ve eleştirilerin yayın ve dağıtım haklarını kapsar. Aynı zamanda düşüncenin iletilmesini ve dolaşımını gerçekleştirerek bireyin ve toplumun bilgilenmesini de sağlar.

28. Muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve bu konuda başkalarını ikna etmek için çaba gösterilmesi çoğulcu demokratik düzenin gereklerindendir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal öneme sahiptir (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, § 34). Bu bağlamda toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır (*Emin Aydın* [GK], B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41).

29. Anayasa'nın 26. maddesinde ifade 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. 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 da ifade özgürlüğünün kullanılma biçimlerinden biridir (*Bekir Coşkun*, § 30).

30. Anayasa'da basın özgürlüğüne ilişkin olarak daha ayrıntılı düzenlemeler 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 "*radyo, 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 "*yazanlar*", "*bastıranlar*", "*başkasına verenler*", "*dağıtımı 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 (*Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 46).

31. Basın özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (Sözleşme) 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 (Birçok karar arasından bkz. *Observer ve Guardian/Birleşik Krallık*, B. No: 13585/88, 26/11/1991, § 59). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (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 ikinci paragrafı saklı tutulmak üzere- ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen "haber" ve "fikirler" için değil; incitici, şok edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğunu pek çok kararında yinelemiştir. AİHM'e göre ifade özgürlüğü, yokluğu hâlinde «demokratik bir toplum"dan söz edilemeyecek olan 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 (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49).

32. İfade özgürlüğü ve basın özgürlüğü arasındaki birbirinden ayrılamaz nitelikteki ilişki, basılı eserler ve yayımlanan yazılara yönelik bireysel başvurularda Anayasa›nın 26. ve 28. maddelerinin birlikte incelenmesine yol açmıştır (*Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014; *Bekir Coşkun*; *Emin Aydın*). Gerçekten de özellikle basılı eserler temelinde basın özgürlüğünün ihlali iddialarının ifade özgürlüğünden ayrı incelenmesi mümkün değildir. Öte yandan Anayasa'nın 28. maddesi ve devamında düzenlenen basın özgürlüğünün, demokrasilerde çoğulculuğun korunması için "gözetleyici" (watchdog) görevini yerine getiren basına daha ayrıntılı güvenceler getirdiği de yadsınamaz. Özellikle haber ve fikirlerin iletilmesinde kullanılan mecraların, Anayasa'ya göre basın özgürlüğü temelinde daha fazla güvence altına alındığı açıktır.

33. Haber ve fikirlerin iletilmesinde ve alınmasında önemli bir işlev gören internet Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi internet erişimine yönelik bir müdahalenin ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir (*Yaman Akdeniz ve diğerleri*, B. No: 2014/3986, 2/4/2014; *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/4705, 29/5/2014). Öte yandan internet üzerinden yapılan her türlü haber ve fikirlerin iletilmesinin Anayasa›nın 28 ila 32. maddelerinde güvence altına alınan basın özgürlüğü kapsamında olduğunun kabulü zordur.

34. Ulaşılabilirliği, haber ve fikirlerin saklanma süresi ve kapasitesi ile hacimce büyük haber ve fikirleri iletme imkânı gözetildiğinde internet, halkın haber almasının ve bilgilerin iletilmesinin gelişiminde önemli bir role sahiptir. İnternet, herhangi bir sınırlama gözetmeksizin herkesin haber ve fikirlere ulaşması ile fikirlerini yayması noktasında çok önemli bir imkân sağlamaktadır. Bu durum ifade özgürlüğü açısından da çok geniş bir alan yaratmaktadır.

35. Öte yandan internet, geleneksel medya ve basın kuruluşlarından farklı olarak herhangi bir editöryal kontrol olmaksızın anında haber ve fikirlerin yayımlanması imkânı sağlamaktadır. Tamamen dağıtılmış bir sistem olarak internet, hâkim bir konum olmaksızın temel bilgi kaynağı şeklinde faaliyet göstermektedir. Ayrıca etkileşimli bir kitle iletişim aracı olarak kullanıcıların karşılıklı haber ve fikir alışverişi yapmasına imkân tanımaktadır. Bu nedenle internetin faaliyet alanının çerçevesini tam olarak çizmenin kolay olduğu söylenemez.

36. İnternetteki bu geniş faaliyet alanı çerçevesinde, yayımlanan haber ve fikirlerin Anayasa›nın 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, öncelikle anılan maddenin kapsamı ve daha sonra her somut olay açısından ayrıca incelenmelidir. Bu kapsamda Anayasa›nın 28. maddesi ve devamı maddelerinde tanımlanan basın özgürlüğü her ne kadar temel olarak basılı kitle iletişim araçları çerçevesinde tanımlanmış ise de internette önemli bir yer işgal eden internet haberciliğinin, basının temel işlevi olan «gözetleyici» görevini yerine getirdiği sürece basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür.

37. Başvuru konusu somut olayda ise internette ekonomi haberciliği yürüttüğünü belirten başvurucu Şirketin internet sitesinde belirtilen künyesi incelendiğinde başvurucunun; geleneksel basına benzer bir şekilde imtiyaz sahibi, genel yayın yönetmeni, koordinatörü ve editörlerinin bulunduğu; habercilik faaliyeti çerçevesinde ekonomi ve borsaya ilişkin haber ve makaleleri yayımladığı tespit edilmiştir. Ayrıca başvuruya konu yazının konusunun sermayesi halka açık bir Şirketin ticari faaliyetleri ile ilgili olduğu ve Şirketin

ticari faaliyetleri bağlamında bir nevi "gözetleyici" görevini yerine getirdiği değerlendirilebilir. Dolayısıyla başvurucunun yürüttüğü faaliyetin geleneksel gazetecilik faaliyetine yakınlığı gözetildiğinde basın özgürlüğü güvencesinden yararlanması gerektiği kabul edilmelidir.

38. Bu bağlamda başvuru konusu şikâyetlerin Anayasa'nın 26. maddesi gözetilerek bu maddeden daha özerk güvence getiren Anayasa'nın 28. maddesi kapsamında basın özgürlüğü yönünden de incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

39. Özgür bir siyasal 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 işlemesini ve bireylerin kendilerini gerçekleştirmelerini güvence altına almaktadır (*Kadir Sağdıç*, § 50). Bu sebeple basın özgürlüğü, herkes için geçerli ve yaşamsal öneme sahip bir özgürlüktür (AYM, E.1997/19, K.1997/66, 23/10/1997).

40. AİHM, birçok kez 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. Basının 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 «gözetleyici» işlevini yerine getiremezdi (*Bladet Tromso ve Stensaas/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004 § 71).

41. Ayrıca bu tür başvurularda basının yerine geçip belli bir durumda kullanılacak haber yapma şeklinin ne olacağını belirlemenin yargı mercilerinin görevi olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır (*Kadir Sağdıç*, § 52).

42. Sosyal görevini yerine getirebilmesi için basının özgür olması kadar sorumluluk bilinci ile hareket etmesi de şarttır. Basın özgürlüğünde belli ölçüde abartıya ve hatta tahrik yoluna başvurmak mümkün olsa da bu özgürlük aynı zamanda ilgililerin, meslek ahlakına saygı göstererek doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde, iyi niyetli olarak hareket etmelerini de zorunlu kılmaktadır (*Kadir Sağdıç*, § 53).

43. 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 hâllerinde geçerlidir (*Kadir Sağdıç*, § 54).

44. Sınırlanabilir birer hak olan ifade özgürlüğü ile onu tamamlayan ve ifade özgürlüğünün 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, ifade özgürlüğü ile ilgili genel hüküm niteliğindeki 26. maddede ile 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 (*Kadir Sağdıç*, § 55).

45. Somut olayda başvurucunun yayımladığı bir habere erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğunda kuşku yoktur. Söz konusu müdahalenin dayanağı olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi "kanunla sınırlama" ölçütünü karşılamaktadır. Ayrıca erişimin engellenmesine ilişkin söz konusu kararın "başkalarının şöhret veya haklarının" korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

46. Söz konusu internet sayfasına erişimin engellenmesine ilişkin kararda, erişimin engellenmesi kararının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı ve başvurucunun ifade özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında makul bir dengenin gözetilip gözetilmediği değerlendirilmelidir. Bu iki hak arasında denge kurulurken Anayasanın 13. maddesi kapsamında hakkın özüne dokunulmamalı, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve sınırlama amacı ile aracı arasındaki ölçü gözetilmelidir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 43).

47. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri" kavramı, öncelikle ifade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbirler niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. "Demokratik toplum düzeninin gerekleri"nden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olmasını ifade etmekte-

dir. Buna göre sınırlayıcı tedbir, bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da başvurulabilecek son çare niteliğinde değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, § 48).

48. Bu bağlamda basın özgürlüğüne yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakılması gerekecektir. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel ekseni, müdahaleye neden olan derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin, basın özgürlüğünü kısıtlama bakımından "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Bekir Coşkun*, § 54).

49. Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında mahkemelerin, düşüncelerin açıklanması ve yayılmasına yönelik olarak müdahaleye karar verirken basın özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan çok daha ağır basan, korunması gereken bir yararın varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 114). Bunun sonucu olarak başvurucunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır.

50. Bununla birlikte gerçek veya tüzel kişilerin ticari faaliyetlerine yönelik haber ve fikir iletmede değer yargılarından çok olgusal iddialar üzerinden hareket edilmesi önemlidir. Nitekim gerçek veya tüzel kişilerin ticari faaliyetlerine yönelik olgusal iddialar üzerinden hareket etmeyen haberlerin, kişilerin ekonomik faaliyetlerinde geri dönülemez zararlara yol açması mümkündür. Bu tür durumlarda basının veya kişilerin ifade/basın özgürlüğünün daha fazla sınırlanabilir olduğunu kabul etmek gerekir.

51. Başvuruya konu internet yazısında dile getirilen ticari faaliyet temelindeki bazı olgusal iddiaların (bkz. §§ 8, 9) asılsız olduğu iddia edilmediği gibi İlk Derece Mahkemesi de bu iddiaları gerçek dışı kabul etmiş değildir. Söz konusu yazıda Şirket hisselerinin fiyatlarındaki azalmaların şüpheli bulunduğu ifade edilmiş ve bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Keyfî kişisel saldırı oluşturacak kaba hakaret içermeyen bu değerlendirmelere ilişkin olarak söz konusu yazıda yeterli olgusal temelin bulunduğu da kabul edilmelidir.

52. İlk Derece Mahkemesi, başvurucunun yayımladığı yazının «kişilik haklarına saldırı niteliğinde» olduğunu kabul etmiştir. Fakat Mahkemece, talepte

bulunan Şirket ve Yönetim Kurulu Başkanı›ndan hangisinin kişilik haklarına müdahalede bulunulduğu belirtilmediği gibi bahse konu yazıdaki hangi iddia veya yorum nedeniyle içeriğin yayından çıkarılması kararının verildiği de açıklanmış değildir. Toplumsal tartışmaya katkıda bulunan iddia ve değerlendirmelerin yer aldığı söz konusu yazıya erişimi engelleyen Derece Mahkemesi kararının müdahaleyi haklı kılacak «konuyla ilgili ve yeterli gerekçe» içermediği kabul edilmelidir.

53. Başvuruya konu yazıda hisseleri halka arz edilmiş olan Şirket ile aracılık hizmetleri yapan diğer Şirkete ilişkin iddia ve değerlendirmelerin, toplumu yakından ilgilendiren ve kamu yararı bulunan ticari ifadeler olduğu açıktır. Herhangi bir gerekçeye dayanmaksızın kamuoyunu yakından ilgilendiren görüşlerin yayılması olanağının ortadan kaldırılması "sansür" anlamına gelir. Bu sebeplerle başvurucunun ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin "başkalarının şöhret ve haklarının" korunması için demokratik toplum düzeninde gerekli bir müdahale olmadığı kanaatine varılmıştır.

54. Başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkralarında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

55. Başvurucu, içeriğin yayından çıkarılması kararının, Şirketi temsile yetkili olmayan bir kişi tarafından açılan bir davada kanunen yetkili olmayan bir Mahkemece verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun şikâyet ettiği kararın ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiğine karar verildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği yönündeki şikâyeti incelenmemiştir.

3. 6216 sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

56. 30/3/2011 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedileceği belirtilmiştir.

57. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin birinci fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla kararın bir örneğinin Üsküdar 4. Sulh Ceza Mahkemesinin dosyalarının devredildiği İstanbul Anadolu 55. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

58. Başvurucu, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin tahsilini talep ettiğinden dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 başvuru harcı ve 1.500 TL

vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun, ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki iddialarının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan basın özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

E. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırılmak için yeniden yargılama yapmak üzere İstanbul Anadolu 55. Asliye Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE

11/11/2015 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ DÜZENLEME HAKKI (MD. 34)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ALİ RIZA ÖZER VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/3924)

Karar Tarihi: 6/1/2015

R.G. Tarih-Sayı: 13/5/2015-29354

GENEL KURUL

KARAR

Başkanvekili	:	Serruh KALELİ
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		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	:	Murat ŞEN
Başvurucular	:	1- Ali Rıza ÖZER
		2- Özcan ÇETİN
		3- Orhan BAYRAM
		4- Veli İMRAK
		5- Tunay ÖZAYDIN
		6- Deniz DOĞAN
Vekili	:	Av. Nedim DEĞİRMENCİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, eğitim sisteminde değişiklikler getiren kanun teklifine karşı kitlesel basın açıklaması yapmak için Ankara'da yapılacak toplantıya katılmalarının polis tarafından engellenmesinin ve bu engellemeye karşı aynı gün İzmir Konak Meydanında ve ertesi gün İzmir Büyükşehir Belediyesi önünde basın açıklaması yapmak için yürüyüşe geçtikleri esnada kolluğun izin vermemesi nedeniyle çıkan olaylarda kolluğun orantısız güç kullanarak yaralanmalarına neden olmasının kötü muamele yasağı, ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 31/5/2013 tarihinde İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlatılmış ve Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 19/12/2013 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Başvuru konusu olay ve olgular 13/1/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, tanınan ek süre sonunda görüşünü 7/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

5. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvurucular vekiline 27/3/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucular, Adalet Bakanlığının görüşlerine karşı cevaplarını 9/4/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuşlardır.

6. İkinci Bölümün 16/10/2014 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru dilekçesi ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucular Özcan Çetin, Orhan Bayram, Veli İmrak, Tunay Özaydın ve Deniz Doğan öğretmen, Ali Rıza Özer ise eğitim müfettişidir. Başvuru-

cular, eğitim alanında görev yapan kamu çalışanlarının örgütlendiği Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikasının (Eğitim-Sen) İzmir Şubesi üyesidirler. Eğitim-Sen, diğer alanlarda çalışan kamu görevlilerinin oluşturduğu sendikaların üyesi olduğu Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonunun (KESK) bileşenlerindendir.

9. KESK ve Eğitim-Sen, kamuoyunda 4+4+4 olarak bilinen *"İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin"* (kanun teklifi) Türkiye Büyük Millet Meclisinde (TBMM) görüşmelerinin başlaması üzerine itirazlarını duyurmak için 28-29 Mart 2012 tarihlerinde Ankara'da kitlesel basın açıklaması ile kanun teklifini protesto edeceklerini açıklamışlardır. Bu açıklama, çok sayıda siyasi parti, sendika, dernek ve platform adı altındaki çeşitli gruplar ile öğrenci grupları tarafından da destek görmüştür.

10. Bu açıklama üzerine Ankara Valiliği, 26/3/2012 tarihli yazısıyla, yapılacak protesto gösterilerinde provokatif amaçlarla güvenlik güçleri ile göstericiler arasında çatışma ortamı oluşturulacağını, eylemlerin hayatın normal akışını bozarak genel asayiş, kamu düzeni ve güvenliğini tehlikeye sokacağını değerlendirerek kamu güvenliği ve düzeninin bozulmasının engellenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla Ankara ilinde 28-29 Mart 2012 tarihlerinde her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü ile benzeri eylemleri yasaklamıştır.

11. Anılan yasak uyarınca İçişleri Bakanlığı, basın açıklaması ve protestoya katılmak isteyen grupların illerden çıkışlarına izin verilmemesi yönünde tüm il valiliklerine yazı yazmıştır. İzmir Valiliği de anılan yazı kapsamında 27/3/2012 tarihinde Eğitim-Sen İzmir Şubelerine durumu bildirmiş, Ankara'da gerçekleştirilmek istenen eyleme katılmak isteyen grupların gidişlerine izin verilmeyeceğini ve bu kapsamda yapılan organizasyonlar iptal edilmediği takdirde yasal işlem yapılacağını tebliğ etmiştir.

12. Ankara'da yapılacak eyleme katılacak sendika ve diğer sivil toplum kuruluşları mensupları 27/3/2012 tarihinde saat 22:00 sıralarında bir araya gelerek otobüslerle İzmir'den Ankara'ya gitmek istemişlerdir. Ancak daha önce tedbir alan polis, otobüslerde yasal olarak bulundurulması gereken evrakların eksik olduğundan bahisle başvurucular ve diğer katılımcıların İzmir'den çıkmalarını engellemiştir.

13. Başvurucuların ve diğer katılımcıların başka otobüslerle gitme teşebbüsleri de yine polis tarafından aynı gerekçelerle engellenmiştir. Bunun üzerine olay yerinde bulunan başvurucular ve diğer katılımcılar otobüslerin Ankara'ya gitmesinin engellenmesini protesto etmek için bulundukları yerdeki

yolu trafiğe kapatmışlardır. Bir süre ayakta bekledikten sonra oturarak eylemlerine devam etmişlerdir.

14. Polis, yolun tekrar trafiğe açılması için megafonla ikazda bulunmuştur. Bir süre sonra saat 23:15 sıralarında göstericiler ikna edilmiş ve yolun bir şeridi trafiğe açılmıştır. Yol yaklaşık 20 dakika trafiğe kapalı kalmıştır. Daha sonra saat 1:30 sıralarında başvurucular ve diğer katılımcılar, güvenlik güçlerinin engellemesini aşmak için yürüyerek Ankara'ya gitme kararı almışlar ve yol üzerinden Konak Meydanı'na doğru yürüyüşe başlamışlardır.

15. 28/3/2012 tarihli olay tutanağına göre güvenlik güçleri defalarca, yapılan yürüyüşün yasadışı olduğu ikazında bulunmuşlardır. İkaza rağmen yürüyüşün devam etmesi üzerine çevik kuvvet polisi yolu keserek göstericilerin yürüyüşüne engel olmak istemiştir. Bu sırada göstericilerin yürüyüşü durdurmaması üzerine polis ile göstericiler arasında kısa süren bir arbede yaşanmış ve bu sırada polis biber gazı ve cop ile göstericilere müdahalede bulunmuştur. Bunun üzerine eylemciler yürüyüşlerini durdurmuşlardır. Bu sırada bir polis memuru bileği kırılacak şekilde yaralanmıştır.

16. Bir sendika yöneticisi tarafından eylemin iki gün daha devam edeceğinin duyurulması üzerine topluluk bir süre daha bekledikten sonra SGK İl Müdürlüğü binasının önüne gelerek oturma eylemine devam etmiş ve saat 4:30 sıralarında ertesi gün (28/3/2012 tarihinde) saat:12:00'da buluşmak üzere dağılmıştır (birinci eylem).

17. Birinci eylem ile ilgili olarak başvuruculardan Ali Rıza Özer, Özcan Çetin ve Orhan Bayram ile diğer bazı katılımcıların, 6/10/1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından şüpheli sıfatıyla beyanları alınmıştır.

18. 28/3/2013 tarihinde başvurucular ve sendika üyeleri, hem anılan kanun teklifini hem de bir önceki gece meydana gelen olayları protesto etmek için Konak Meydanında Eski Sümerbank binası önünde toplanmışlardır. Aynı gösteriye katılmak için başka bir grup da toplanarak başka yönden Valilik binasına yürümek istemiştir. Eylemden daha önceden haberdar olan güvenlik güçleri de gerekli güvenlik tedbirlerini almışlardır.

19. Değişik sivil toplum kuruluşlarının katılımıyla oluşan yaklaşık 800 kişilik grup, yürüyüş düzeni alarak ellerinde pankartlarla basın açıklaması yapmak üzere Valilik binasına doğru yürüyüşe geçmiştir.

20. Grup, Büyükşehir Belediye binası önündeki polis bariyerlerine kadar yürüyüşüne devam etmiştir. Burada polis, grubun Valilik binasına yürümesine izin verilmeyeceği ve yürüyüşün durdurulması gerektiği yönünde ikazlar-

da bulunmuştur. Polis tarafından hazırlanan 28/3/2012 tarihli olay tutanağına göre grup ikazları dinlememiş ve görevli personeli itekleyerek ellerindeki sopalarla bariyerleri yıkmaya başlamıştır. Çevik kuvvet polisi önce kalkanlar ile barikat oluşturarak grubu engellemeye çalışmış, ancak gruptan bazı kişilerin cam parçaları, parke taşları ve su dolu şişeler atması üzerine, saldıran gruba müdahaleye başlamıştır. Polis tazyikli su, boyalı su, biber gazı ve toplumsal olaylara müdahale aracı (TOMA) ile göstericilere müdahale etmiştir. Bu esnada bir polis memuru ayağından yaralanmıştır.

21. Polis bariyerini aşmaya çalışan grupla eş zamanlı olarak başka bir grup da başka bir yoldan Valilik binası önüne geçmeye çalışmıştır. Ancak grubun Valilik binası önüne geçişine karşı önlem alan polis alternatif güzergâh göstererek diğer grubun da bulunduğu SGK binası önüne gitmelerini istemiştir. Bunun üzerine grup polisin kapadığı yoldan geçmek için yürüyüşe başlamış, bu sırada polis ile grup arasında kısa süren bir arbede yaşanmış ve polis gaz kullanarak yürüyüşü engellemiştir. Daha sonra güzergâh değiştiren grup sahil yolu üzerinden SGK binası önüne doğru yürüyüş yapmış ve burada diğer grupla birleşmiştir.

22. İki bin kişiye ulaşan grup SGK binası önünde oturma eylemi başlatmıştır. Gösteriyi düzenleyen sendika temsilcileri ile güvenlik güçleri arasında yapılan müzakere sonucunda polis barikatı 50 metre geri çekilerek göstericilerin basın açıklaması yapmasına izin verilmiştir. Saat 16:30 sıralarında gösteriye katılanlar kendiliğinden dağılmıştır.

23. 28/3/2012 tarihinde gerçekleşen gösteri yürüyüşü (ikinci eylem) ile ilgili olarak başvuruculardan Ali Rıza Özer, Özcan Çetin ve Orhan Bayram ile diğer bazı katılımcıların, 2911 sayılı Kanun'a muhalefet ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından şüpheli sıfatıyla beyanları alınmıştır.

24. Olaylara müdahale esnasında başvurucular yaralanmış veya biber gazına maruz kalmıştır. Başvuruculara sağlık raporları şöyledir:

i. Başvurucu Ali Rıza Özer'in 28/3/2012 tarihli adli muayene raporunda burun sırtında hiperimi, hassasiyet, ödem şekil bozukluğu, ciltte 2 cm.lik kesi, ayrıca burunda kemik kırığı, alt dudak iç yüzünde 2 cm.lik kesi, üst dudakta ekimoz, sol kulak zarında yeni bir yırtık olduğu, odyolojik incelemede sol kulakta işitme kaybının mevcut olduğu, hayati tehlikesinin olmadığı ve yüzde sabit iz ve eser yönünden altı ay sonra kontrolünün uygun olduğu belirtilmiştir. Ayrıca başvurucuya toplam dokuz günlük iş göremezlik raporu verilmiştir.

ii. Başvurucu Özcan Çetin'in 28/3/2012 tarihli adli muayene raporunda gözüne biber gazı geldiği, gözde yanma ve batma olduğu, gözde kızarıklık olduğu ve ilaç verildiği belirtilmiştir.

iii. Başvurucu Orhan Bayram'a 28/3/2012 tarihinde düşme sonucu sağ omuzda ağrı şikayeti üzerine iki günlük işgöremezlik raporu verilmiştir. Başvurucunun daha sonraki muayenelerinde sağ omzunda minimal deplase avülsiyon fraktürü tespit edilmiştir.

iv. Başvurucu Veli İmrak'ın 28/3/2012 tarihli geçici adli muayene raporunda başının solunda saçlı bölgede 2-3 cm.lik kesi olduğu, hayati tehlikesi olmadığı, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralandığı belirtilmiştir.

v. Başvurucu Tunay Özaydın'ın 28/3/2012 tarihli tek hekim raporunda sağ el bileğinde travma olduğu ve üç gün istirahat etmesinin uygun olduğu belirtilmiştir.

vi. Başvurucu Deniz Doğan'ın 28/3/2012 tarihli adli muayene raporunda burun sırtının sol tarafında 0,5 cm.lik cilt kesisi, ekimoz ve yumuşak doku şişliği olduğu belirtilmiştir

25. Başvurucular, 2/4/2012 havale tarihli dilekçeleri ile 27-28 Mart 2012 günü meydana gelen iki ayrı olay için demokratik haklarının engellenmesi, orantısız güç kullanarak görevi kötüye kullanma ve kasten yaralama suçlarından şikâyetçi olmuşlardır.

26. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca, başvurucuların şikâyetine ilişkin olarak zor kullanma yetkisinin sınırlarının aşılması ve görevi kötüye kullanma suçlarından iki ayrı soruşturma yürütülmüştür.

27. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 2012/31529 sayılı soruşturma dosyasında, başvurucuların Ankara'ya gitme girişimlerinin engellenmesi ve bu engellemeye karşı aynı gün İzmir Konak Meydanında ve ertesi gün İzmir Büyükşehir Belediyesi önünde basın açıklaması yapmak için yürüyüş yapmalarının engellenmesi nedeniyle İzmir İl Emniyet Müdürü ve İl Emniyet Müdürlüğünün diğer görevlileri hakkında görevi kötüye kullanma suçundan 2/12/1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun kapsamında soruşturma izni talep edilmiştir.

28. İzmir Valiliği, 4/7/2012 tarihli yazısı ile İzmir Valisi, İzmir İl Emniyet Müdürü ve İl Emniyet Müdürlüğü diğer görevlileri hakkında yapılan şikâyete ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 22/5/2012 tarihli kararı ile şikâyetlerin işleme konulmaması kararı verildiğini hatırlatarak, bu karar ışığında soruşturma izni verilmemesine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde *"iddiaların somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açısından suç oluşturan ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı"* belirtilmiştir.

29. Başvuruculaların anılan karara yaptığı itiraz, İzmir Bölge İdare Mahkemesinin 16/10/2012 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Bunun üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı, 26/11/2012 tarihinde usulüne uygun soruşturma izni bulunmadığından ve soruşturma şartı gerçekleşmediğinden şikayet edilenler hakkında inceleme yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

30. Başvurucular, polisin uyguladığı orantısız güçten kaynaklanan yaralanmalarına ilişkin (bkz. § 24) İzmir İl Emniyet Müdürlüğü görevlileri hakkında zor kullanma yetkisinin sınırların aşılması suretiyle yaralama suçundan şikâyette bulunmuşlardır. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının başlattığı 2012/43793 sayılı soruşturma kapsamında hazırlanan 11/12/2012 tarihli bilirkişi raporunda 27-28/3/2012 tarihindeki KESK ve Eğitim-Sen yönetici ve üyelerinin yaptığı yürüyüş sırasında güvenlik güçlerinin müdahalesinin yasal zor kullanma yetkisi kapsamında kaldığının kabulü ile 1/3/2013 tarihinde kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

31. 11/12/2012 tarihli bilirkişi raporu şöyledir:

"(1 no.lu eylem) Kamera kayıtlarının 22:51 itibariyle başladığı, grubun ilk olarak incelenmek üzere evrakları alınan otobüsün hareket etmesini engellediği, ardından saat 23:00 'de yola çıkarak yolu trafiğe kapadıkları, devamında 23:07'de yolda oturmak suretiyle eylemlerine devam ettikleri bu eylemi 23:17'ye kadar sürdürdükleri, daha sonra yolu trafiğe açarak saat 01:23'e kadar İzmir Büyükşehir Belediyesinin yanında beklemeye başladıkları, saat 01:23'de şüphelilerden M.B.'nin "Eğer araçlı olarak Ankara'ya gitmemize izin vermiyorlarsa bizde yürüyerek Ankara'ya gideceğiz. Uygun bir şekilde kortejimizi oluşturarak Ankara'ya gidiyoruz" söylemi üzere grubun Fevzipaşa Bulvarı istikametine doğru yürüyüşe geçtiği, ilk aşamada yolun tamamen ardından bir şeridi açık olacak şekilde Fevzipaşa Bulvarı girişine geldikleri, bu noktada Çevik Kuvvet ekiplerince kalkanlarla barikat oluşturulduğu, grubun barikatı açma girişimi esnasında kısa süreli bir arbedenin (kamera çekimlerinin sağlıksız olması nedeniyle arbede dışında bir algı oluşmadığı gibi teşhis yapılamamasına neden olmuştur) yaşandığı, güvenlik güçlerinin yürüyüşün devamına izin vermemesi nedeniyle bir bekleyişin yaşandığı, bu esnada sık sık ses sistemi aracılığıyla grubun dağılması konusunda uyarıldıkları ancak grubun dağılmadığı, saat 02:00 civarında grubun SGK il binasını bulunduğu istikamete geri döndüğü, görüntülerin başlaması ile bitişi arasında "Faşizmi döktüğü kanda boğacağız", "Kahrolsun faşist diktatörlük", "Gerici faşist halk düşmanı AKP", "Baskılar bizi yıldıramaz", "Her yer Ankara her yer direniş", "Kurtuluş yok tek başına ya hep beraber ya hiç birimiz", "Kahrolsun AKP diktatörlüğü", "Hak verilmez alınır zafer sokakta kazanılır", "Direne direne kazanacağız", "Faşizme karşı omuz omuza", "Seyahat hakkımız engellenemez" ve "Yaşasın örgütlü mücadelemiz" sloganlarının atıldığı tespit edilmiştir.

(2 Nolu Eylem) Kamyonet kasası üzerinde bulunan ses sistemi ile konuşmalar yapıldığı ve sloganlar atıldığı, grubun içinde yer alan kişilerce üzerinde "Gerici faşist halk düşmanı AKP", "Kindar gençliğe hayır" yazılı dövizlerin taşındığı, "Tayyip istifa", "Faşizme karşı omuz omuza", "Gün gelecek devran dönecek AKP halka hesap verecek", "Karanlığa teslim olmayacağız", "Yaşasın sınıf dayanışması", "Yaşasın devrimci dayanışma", "Zafer direnen emekçinin olacak", "AKP'den hesabı emekçiler soracak", "Kurtuluş yok tek başına ya hep beraber ya hiç birimiz", "Hak verilmez alınır zafer sokakta kazanılır", "Yüklen emekçi barikatı dağıt", "Polis terörü geri çekilsin", "Kahrolsun AKP diktatörlüğü", "Polis defol bu sokaklar bizim", "İşte AKP işte faşizm", "Eğitimciye değil çetelere barikat", sloganlarının atıldığı, Konak Metro istikametinden gelen Eğitim Sen İzmir 4 Nolu Şubesi pankartı taşıyan grubun önü konak meydanı girişinde güvenlik güçlerince kesildiği, istikamet olarak Mustafa Kemal sahil bulvarını takiben Cumhuriyet Bulvarı girişindeki üst geçitten geçerek İzmir Büyükşehir Belediyesi önüne gidebilecekleri konusunda ikaz yapıldığı, grupta bulunan bazı kişilerce mesafenin bulundukları noktaya daha yakın olduğu yönünde söylemlerde bulunulduğu, grup ile barikat oluşturan güvenlik güçlerince konuşmaların gerçekleştiği, grubun yönünü değiştirerek konak iskele istikametine yöneldiği bu esnada Eğitim Sen İzmir 2 Nolu Şubesi pankartı taşıyan grubunda aynı noktaya geldiği, tekrar barikatın bulunduğu noktaya doğru harekete geçildiği, sendika yöneticileri ile güvenlik güçleri arasında görüşmeler olduğu ancak sonuç vermediği ve grubun barikata yönelik toplu halde yüklenme eylemine güvenlik güçlerinin de karşılık verdiği, gruptaki bazı kişilerin tekme ve yumruklarla güvenlik güçlerine vurdukları, barikatın kısmi olarak açıldığı ancak toparlanarak barikatın oluşturulduğu, grubun barikata yönelik tekrar açma girişiminde bulunduğu esnada orantılı bir şekilde biber gazı ile müdahale yapıldığı, grubun belirtilen güzergaha doğru yöneldiği, ancak bu seferde araç yolundan hareketle belirtilen istikamete doğru yöneldikleri için dört şeritli yolun iki şeridini trafiğe kapattıkları, ancak bu eylemin sadece grubun önünde yürüyenler tarafından gerçekleştirildiği, devamında grubun SGK binası önünde diğer gruplarla birleştiği, bu olayların yaşandığı esnada SGK il binası önünde kurulan barikatlardan bir kaçının gruplar tarafından açıldığı, bu esnada aralarında şüphelilerinde yer aldığı bazı şahısların tespit edildiği, güvenlik güçlerinin Toma araçlarından tazyikli su sıkmak suretiyle şahısları dağıtmaya çalıştığı, aynı eylemin kısa bir süre sonra tekrar edildiği ve aynı şekilde güvenlik güçlerinin Toma araçlarından tazyikli su ve gazlı su (dosya içeriğinden edinilen bilgi doğrultusunda) sıkmak suretiyle şahısları dağıtmaya çalıştığı,

Tüm grupların toplanmasıyla birlikte sendika temsilcilerinin İzmir Büyükşehir Belediyesi önünde oturma eylemi yapacaklarının bu nedenle barikatın geriye çekilmesini talep ettikleri, bu isteklerinin daha sonra kabul edildiği ve grubun oturma eylemini gerçekleştirerek dağıldıkları tespit edilmiştir."

32. Bilirkişi raporunda başvuruculardan Veli İmrak, Tunay Özaydın ve Deniz Doğan hakkında bir tespit yapılmamıştır. Ancak Özcan Çetin'in birinci eylemde trafiğin aksamasına neden olduğu, ikinci eylemde grubu yönlendirdiği, Ali Rıza Özer'in birinci eylemde trafiğin aksamasına neden olduğu, ikinci eylemde bariyeri zorladığı, Orhan Bayram'ın birinci eylemde trafiğin aksamasına neden olduğu, ikinci eylemde elinde bulunan bayrak sopasıyla çevik kuvvet personeline vurduğu ve daha sonra sopayı polise fırlattığı tespit edilmiştir. Bilirkişi raporunda ve anılan Cumhuriyet Başsavcılığının kararında başvuruculara yaralanmasının nasıl olduğuna dair bir değerlendirme yapılmamış, raporda ve kararda polisin orantılı güç kullandığı belirtilmiştir.

33. Anılan karara yapılan itiraz Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/4/2013 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Başvurucular, karardan 6/5/2013 tarihinde haberdar olmuşlardır.

34. Polisin hazırladığı fezleke kapsamında başvuruculardan Ali Rıza Özer, Özcan Çetin ve Orhan Bayram'ın da aralarında bulunduğu 68 kişi hakkında İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 2/4/2013 tarih ve 2012/43840 soruşturma numaralı iddianamesi ile 28/3/2013 tarihinde saat 12:00 sıralarında başlayan ikinci eylemleri kapsamında *"Kanuna Aykırı Toplantı ve Yürüyüşlere Silahsız Katılarak İhtara Rağmen Kendiliğinden Dağılmama"* suçundan cezalandırılmaları talebiyle İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamede birinci eylemden bahsedilmemiştir.

35. Mahkeme 9/12/2013 tarihli kararı ile 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi gereğince ceza verilmesine yer olmadığına,

> *"… her ne kadar sanıklar haklarında 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Yasası'na aykırı davranışta bulunduklarından dolayı cezalandırılmaları istemiyle mahkememize kamu davası açılmışsa da, yürütülen yargılama, alınan savunma ve beyanlar ile dosya içerisindeki tutanak ve belgeler ile özellikle olaya ilişkin olay yeri görüntülerinin çözümüne dair bilirkişi raporları içeriğine göre kamuoyunda 4+4+4 olarak bilinen yasaya yönelik olarak basın açıklaması yapmak amacıyla toplanan sanıkların da aralarında bulunduğu kalabalığın açıklamanın yapılacağı İzmir Büyükşehir Belediyesi önündeki alana grubun Valilik binasına yürüyeceği gerekçesiyle İzsu ile İzmir Büyükşehir Belediyesi binası arasında kalan bölümden güvenlik görevlilerince geçilmesine engel olunacak şekilde barikat kurulması ve buradan grubun geçişine izin verilmemesi sonrası tutanaklara kısmen yansıyan, kısmen de CD çözümleriyle tespit edilen eylemlerin gerçekleşmiş olması nedeniyle 2911 Sayılı Yasanın 32.maddesinin 3.fıkrasının son cümlesi yollamasıyla CMK'nun 223/4/d-son cümlesi gereğince sanıklara ceza verilmesine yer olmadığı"*

şeklindeki gerekçe ile karar verdiği anlaşılmaktadır.

36. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 9/8/2012 tarih ve 2012/56697 soruşturma no.lu iddianamesi ile başvuruculardan Orhan Bayram ve Ali Rıza Özer'in de aralarında bulunduğu 35 kişi hakkında görevi yaptırmamak için direnmek suçundan cezalandırılmaları için İzmir 2. Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde kamu davası açılmıştır.

37. Mahkeme, 18/7/2013 tarihli kararı ile *"sanıkların müsnet suçu işlediklerine dair kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği"* gerekçesiyle beraat kararı verilmiştir. Karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir.

B. İlgili Hukuk

1. Ulusal Hukuk

38. 2911 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, önceden izin almaksızın, bu Kanun hükümlerine göre silahsız ve saldırısız olarak kanunların suç saymadığı belirli amaçlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir."

39. Aynı Kanun'un 6. maddesinin 2/3/2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki hali şöyledir:

"Toplantı ve gösteri yürüyüşleri, tüm il veya ilçe sınırları içerisinde aşağıdaki hükümlere uyulmak şartıyla her yerde yapılabilir.

Şehir ve kasabalarda ve gerekli görülen diğer yerlerde hangi meydan ve açık yerlerde veya yollarda toplantı veya yürüyüş yapılabileceği ve bu toplantı ve yürüyüş için toplanma ve dağılma yerleri ile izlenecek yol ve yönler vali ve kaymakamlarca kararlaştırılarak alışılmış araçlarla önceden duyurulur. Bu yerler hakkında sonradan yapılacak değişiklikler duyurudan onbeş gün sonra geçerli olur. Toplantı yerlerinin tespitinde gidiş gelişi, güvenliği bozmayacak ve pazarların kurulmasına engel olmayacak biçimde, toplantıların genel olarak yapıldığı, elektrik tesisatı olan yerler tercih edilir."

40. Aynı Kanun'un 22. maddesi şöyledir:

"Genel yollar ile parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplantı yapılamaz ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez.

Genel meydanlardaki toplantılarda, halkın ve ulaşım araçlarının gelip geçmesini sağlamak üzere valilik ve kaymakamlıklarca yapılacak düzenlemelere uyulması zorunludur."

41. Aynı Kanun'un 23. maddesi şöyledir:

"a) 9 ve 10 uncu madde hükümlerine uygun biçimde bildirim verilmeden veya toplantı veya yürüyüş için belirtilen gün ve saatten önce veya sonra;

b) (Değişik bent: 30/7/1998 - 4378/1 md.) Ateşli silahlar veya patlayıcı maddeler veya her türlü kesici, delici aletler veya taş, sopa, demir ve lastik çubuklar, boğma teli veya zincir gibi bereleyici ve boğucu araçlar veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler veya her türlü sis, gaz ve benzeri maddeler ile yasadışı örgüt ve topluluklara ait amblem ve işaret taşınarak veya bu işaret ve amblemleri üzerinde bulunduran üniformayı andırır giysiler giyilerek veya kimliklerini gizlemek amacıyla yüzlerini tamamen veya kısmen bez vesair unsurlarla örterek toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılma ve kanunların suç saydığı nitelik taşıyan afiş, pankart, döviz, resim, levha, araç ve gereçler taşınarak veya bu nitelikte sloganlar söylenerek veya ses cihazları ile yayınlanarak,

c) 7 nci madde hükümleri gözetilmeksizin,

d) 6 ve 10 uncu maddeler gereğince belirtilen yerler dışında,

e) 20 nci maddedeki yöntem ve şartlara ve 22 nci maddedeki yasak ve önlemlere uyulmaksızın,

f) 4 üncü madde ile Kanun kapsamı dışında bırakılan konularda kendi amaç, kural ve sınırları dışına çıkılarak,

g) Kanunların suç saydığı maksatlar için,

h) Bildirimde belirtilen amaç dışına çıkılarak,

i) Toplantı ve yürüyüşün 14, 15, 16, 17 ve 19 uncu maddelere dayanılarak yasaklanması veya ertelenmesi halinde tespit edilen erteleme veya yasaklama süresi sona ermeden,

j) (Değişik bent: 2/3/2014-6529 S.K./9. md) 12 nci madde gereğince toplantının dağılmasına karar verilmesi hâlinde,

k) 21 inci madde hükmüne aykırı olarak,

l) 3 üncü maddenin 2 nci fıkrası hükmüne uyulmadan, Yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri Kanuna aykırı sayılır."

42. Aynı Kanun'un 24. maddesinin 6529 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki hali şöyledir:

"Kanuna uygun olarak başlayan bir toplantı veya gösteri yürüyüşü, daha sonra 23 üncü maddede belirtilen kanuna aykırı durumlardan bir veya birkaçının vuku bulması sebebiyle, Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü haline dönüşürse:

a) Hükümet komiseri toplantı veya gösteri yürüyüşünün sona erdiğini bizzat veya düzenleme kurulu aracılığı ile topluluğa ilan eder ve durumu en seri vasıta ile mahallin en büyük mülki amirine bildirir.

b) Mahallin en büyük mülki amiri, yazılı veya acele hallerde sonradan yazı ile teyit edilmek kaydıyla sözlü emirle, mahallin güvenlik amirlerini veya bunlardan birini görevlendirerek olay yerine gönderir.

Bu gelişmeler hükümet komiserince tutanaklarla tespit edilerek en kısa zamanda mahallin en büyük mülki amirine tevdi edilir."

43. Aynı Kanun'un 32. maddesi şöyledir:

"(Değişik madde: 22/7/2010-6008 S.K/1.md.) Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur.

İhtara ve zor kullanmaya rağmen kolluk görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanılarak direnilmesi halinde, ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 265 inci maddesinde tanımlanan suçtan dolayı da cezaya hükmolunur.

23 üncü maddede yazılı hallerden biri gerçekleşmeden veya 24 üncü madde hükmü yerine getirilmeden yetki sınırı aşılarak toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin dağıtılması halinde, yukarıdaki fıkralarda yazılı fiilleri işleyenlere verilecek cezalar, dörtte bire kadar indirilerek uygulanabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

44. 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu'nun 16. maddesi şöyledir:

"Polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak 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 savunmaya 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.

45. İçişleri Bakanlığının yayınladığı 25/8/2011 tarihli *"Toplumsal Olaylarda Görevlendirilen Personelin Hareket Usul ve Esaslarına Dair Yönerge"*de toplantı ve

gösteri yürüyüşleri ile ilgili olarak hazırlanması gereken planlar, bu planların uygulanmasında göz önünde bulundurulacak esaslar, toplantı ve gösteri yürüyüşleri öncesinde alınması gereken tedbirler, kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale sırasında uygulanacak taktik, düzen ve genel prensipler ile müdahale sonrasında yapılması gereken işlemler belirlenmiştir.

46. Emniyet Genel Müdürlüğünün 15/2/2008 tarih ve 19 sayılı *"Göz Yaşartıcı Gaz Silahları ve Mühimmatları"* konulu Genelgesi çerçevesinde hazırlanan *"Göz Yaşartıcı Gaz Silahları ve Mühimmatları Kullanım Talimatı"* ile toplumsal olaylara müdahale esnasında göz yaşartıcı maddelerin nasıl kullanılacağı ayrıntılı olarak belirlenmiştir.

2. Uluslararası Belgeler

47. 13/1/1993 tarihli, Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası İle İlgili Sözleşme'ye ("KSS") göre, göz yaşartıcı gaz, kimyasal silah sayılmamakta ve bu tür gazların, iç ayaklanmaların kontrolü de dâhil olmak üzere, asayişin sağlanması amacıyla kullanılmasına izin verilmektedir (Madde II § 7, 9 (d)). KSS, Türkiye'de 11/6/1997 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

48. Kolluk Görevlileri Tarafından Zor ve Ateşli Silah Kullanılması Hakkında Temel İlkeler'in (Birleşmiş Milletler (BM) Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Sekizinci Kongresi, Havana, 27/8/1990 - 7/9/1990, BM, A/CONF.144/28/Rev.1, 1990, s. 112-115) ilgili bölümleri şöyledir:

"3. Öldürücü nitelikte olmayan etkisizleştirici silahların geliştirilmesi ve dağıtılması hususu, olaylarla ilgisi bulunmayan kişilerin zarar görme riskini en aza indirebilmek amacıyla dikkatli bir şekilde değerlendirilmelidir ve bu tür silahların kullanımı titizlikle kontrol edilmelidir.

(...)

5. Güç ve ateşli silahların, kanuna uygun olarak kullanımı kaçınılmaz hale geldiğinde, kolluk görevlileri:

(a) Bu tür araçların kullanımına sınırlı olarak başvurur ve suçun ağırlığı ve gerçekleştirilmesi hedeflenen meşru amaç ile orantılı biçimde tasarrufta bulunur;

(b) Zarar ve yaralanmaları en aza indireceklerdir ve insan yaşamına saygı gösterir ve onu korur;

(c) Yaralananlara veya müdahalelerden etkilenenlere, mümkün olan en kısa sürede yardım ulaştırılmasını ve tıbbi yardım sağlanmasını temin eder;

(d) Yaralananların veya müdahalelerden etkilenenlerin akrabaları veya yakın arkadaşlarının, mümkün olan en kısa sürede durumdan haberdar edilmelerini sağlar;

(...)

9. Kolluk görevlileri; ölüm veya ağır yaralanmaya sebebiyet verecek yakın bir tehlikeye karsı kendilerini veya başkalarını savunma, yaşamı ciddi şekilde tehdit eden özellikle ağır nitelikli bir suçun islenmesini önleme, bu tür bir tehlike yaratan ve emirlere karsı gelen bir kimseyi yakalama veya bu tür bir kimsenin kaçmasını önleme amaçları dışında ve söz konusu amaçları gerçekleştirmede daha hafif yöntemler yetersiz kalmadığı sürece başkalarına karsı ateşli silah kullanamaz. Her halükarda, ateşli silahlara, ancak yaşamı koruma açısından büsbütün kaçınılmaz olduğu hallerde başvurulmalıdır.

(...)

12. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde yer alan ilkeler uyarınca herkesin kanuna uygun ve barışçıl nitelikli toplantılara katılmasına izin verildiğinden, Hükümetler ve kolluk gücü birimleri ve görevlileri, güç ve ateşli silahların sadece 13 ve 14. ilke hükümleri uyarınca kullanılabileceğini kabul edeceklerdir.

13. Yasadışı olmakla birlikte şiddet unsuru içermeyen toplantıların dağıtılmasında, kolluk görevlileri güç kullanımına başvurmaktan kaçınacaklardır, veya bunun uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde, söz konusu gücü gereken asgari ölçüyle sınırlı tutarlar.

14. Kolluk görevlileri, ateşli silahları, sadece daha az tehlikeli araçların kullanılmasının mümkün olmadığı hallerde ve sadece gereken asgari ölçüde kullanabilirler. Kolluk görevlileri, ateşli silahları, 9. ilke kapsamında belirtilen durumlar dışında kullanamaz."

49. BM Barışçıl Toplanma ve Gösteri Yapma Özgürlüğü Özel Raportörü tarafından hazırlanan Raporun (BM İnsan Hakları Komisyonu A/HRC/20/27, 21/5/2012) 35. maddesi şöyledir:

"35. Özel Raportör, göz yaşartıcı gaz kullanılırken, göstericiler ile gösterici olmayanlar, sağlıklı kişiler ile sağlık sorunları olanlar arasında fark gözetilmediğini hatırlatmaktadır. Ayrıca Raportör, protestoculara ve dolaylı olarak, olayla ilgisi olmayan kişilere sadece daha fazla acı vermek maksadıyla gazın kimyasal bileşiminde yapılabilecek değişikliklere karsı da uyarıda bulunmaktadır."

50. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi ("CPT"), kanunların uygulanmasında bu tür gazların kullanımına ilişkin endişelerini ifade etmiştir. CPT'nin görüşü şöyledir:

"(…) Biber gazı, potansiyel olarak tehlikeli bir maddedir ve kapalı alanlarda kullanılmamalıdır. Açık havada kullanılması halinde bile, CPT'nin ciddi çekinceleri bulunmaktadır; istisnai olarak kullanılması gerektiğinde, bölgede belirli güvenlik tedbirlerinin alınması gerekmektedir. Örneğin, biber gazına maruz kalan kişiler derhal bir doktora ulaştırılmalı ve bu kişilere panzehir sağlanmalıdır. Biber gazı, halihazırda kontrol altına alınmış bir tutukluya karsı asla kullanılmamalıdır." (CPT/Inf (2009) 25).

51. CPT, Avrupa Konseyi'nin bazı Üye Devletlerine yaptığı ziyaretlerle ilgili raporlarında, aşağıdaki tavsiyelerde bulunmuştur:

"(…) [A] Biber gazı kullanımının kontrolüne ilişkin olarak düzenlenecek açık bir yönerge, en azından şu hususları içermelidir:

-biber gazının kapalı alanlarda kullanılmaması gerektiğinin açıkça belirtildiği, biber gazının hangi durumlarda kullanılabileceğine dair açık talimatlar;

-biber gazına maruz kalan tutukluların derhal doktora ulaştırılmalarına ve kendilerine rahatlatıcı tedbirlerin sunulmasına dair hakları;

-biber gazı kullanma yetkisi verilmiş personelin nitelikleri, eğitimleri ve yeteneklerine ilişkin bilgiler;

-biber gazının kullanımına ilişkin yeterli bir raporlama ve denetim mekanizması (…)" (ayrıca bkz. CPT/Inf (2009) 8).

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

52. Mahkemenin 6/1/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruculaın 31/5/2013 tarih ve 2013/3924 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

53. Başvurucular, "*İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Daire Kanun Teklifinin*" TBMM'de görüşmelerinin başlaması üzerine 28-29 Mart 2012 tarihlerinde Ankara'da kitlesel basın açıklaması yapmak amacıyla İzmir'den Ankara'ya toplu olarak hareket etmek istediklerini, ancak Ankara Valiliğinin kitlesel basın açıklaması ve gösteri yürüyüşü yapılmasını yasaklaması üzerine İzmir'de görevli güvenlik güçlerinin otobüslerin kalkmasına izin vermediklerini, bunu protesto etmek için yürüyüşe geçen grubun ise orantısız güç kullanılarak dağıtıldığını belirtmişlerdir.

54. Diğer taraftan başvurucular, Ankara'ya gitmelerinin engellenmesini ve anılan kanun teklifi görüşmelerini protesto etmek için ertesi gün toplandıkla-

rını, ancak önceden hazırlık yapmış güvenlik güçleri tarafından gruba orantısız bir şekilde müdahale edildiğini ve bunun sonucunda başvuruculardan Ali Rıza Özer, Özcan Çetin, Orhan Bayram ve Veli İmrak'ın müdahale sırasında yaralandığını belirtmişlerdir.

55. Başvurucular, meydana gelen iki eylemde de gösteri yapılmasının engellenmesi ve yapılan gösterilerde polisin orantısız güç kullanması ve sorumlular hakkında etkin bir soruşturma yapılmaması nedeniyle Anayasa'nın 17., 25., 26. ve 34. maddelerinde tanımlanan kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması, düşünce ve kanaat hürriyeti ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

56. Başvurucular, eğitim sisteminde değişiklikler getiren kanun teklifine karşı kitlesel basın açıklaması yapmak için Ankara'da yapılacak toplantıya katılmalarının polis tarafından engellenmesinin ve bu engellemeye karşı aynı gün İzmir Konak Meydanında ve ertesi gün İzmir Büyükşehir Belediyesi önünde basın açıklaması yapmak için yürüyüşe geçtikleri esnada polisin müdahalesinin Anayasa'nın 25., 26. ve 34. maddelerinde tanımlanan düşünce ve kanaat hürriyeti ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Ayrıca polisin fiziksel müdahalesinin orantısızlığı sebebiyle yaralanmalarının da Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince kötü muamele olduğunu iddia etmişlerdir.

57. Başvuruculaların Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerinde düşünce ve kanaat hürriyetinin de ihlal edildiğine dair iddiaları başvurunun niteliği gözetildiğinde Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve polisin müdahalesi ile yaralanmalarına ilişkin iddiaları da Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince kötü muamele yasağı çerçevesinde incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

58. Bakanlık görüşünde, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

59. 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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…"*

60. Bireysel başvuru konusu birinci eylem ve ikinci eyleme yönelik olarak başvurucular bir bütün halinde eylemleri ayırmadan İzmir İl Emniyet Müdürü ile ilgili şube müdürleri ve polis memurları hakkında *"demokratik haklarının kullanılmasını engellemek, iştirak halinde, orantısız güç kullanarak görevini kötüye kullanmak, kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanmak suretiyle kasten yaralama"* suçlarından İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına 2/4/2012 tarihinde şikâyette bulunmuşlardır. Başvurucular şikâyet dilekçesinde birinci eyleme ilişkin olarak Ankara'ya gitmelerinin engellenmesinden ve daha sonra polisin fiziksel müdahale yapmasından, ikinci eyleme ilişkin olarak gösteri yürüyüşü esnasında polisin sert müdahalesinden bahsetmişlerdir.

61. Cumhuriyet Başsavcılığı, anılan şikâyet dilekçesi üzerine 9/5/2012 tarih ve K.2012/848 sayılı kararı ile birinci ve ikinci eyleme ilişkin olarak başvuruculara şikâyetlerini belirterek her iki eylemi bir bütün halinde değerlendirerek ve görevi kötüye kullanma suçunun soruşturma usulü farklı olduğundan, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması yönünden dosyanın tefrikine karar vermiştir. Kararda eylemler açısından bir ayrım yapılmayarak bir bütün olarak görevi kötüye kullanma suçu değerlendirilmiştir. Nitekim görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin olarak Cumhuriyet savcılığının 26/11/2012 tarihli incelemeye yer olmadığına dair kararında (bkz. §§ 27- 29) her iki eylem bir bütün halinde değerlendirilerek iki gün içinde meydana gelen tüm olaylar açısından görevi kötüye kullanma suçundan soruşturma izni verilmediği belirtilmiştir.

62. Diğer taraftan Cumhuriyet savcılığı zor kullanma yetkisi konusundaki sınırın aşılması suçuna ilişkin soruşturmada yine bir bütün olarak her iki eylemde meydana gelen müdahaleleri belirterek soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir (bkz. § 29). Karara yapılan itiraz Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 16/4/2013 tarihinde reddedilmiştir. Başvurucular, karardan 6/5/2013 tarihinde haberdar olmuşlar ve 31/5/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Dolayısıyla birinci ve ikinci eylem, başvurucular ve İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından bir bütün olarak kabul edilmiştir. Bu durumda bireysel başvuruya dair sağlıklı bir değerlendirmenin, birinci ve ikinci eylemin bir bütün olarak kabul edilmesine bağlı olduğu kabul edilmelidir. Bununla birlikte toplantı ve gösteri yürüyüşü esnasında meydana gelen müdahalelere ve sonucunda yaralanmalara ilişin olarak adli makamlara yapılacak şikâyetleri bir bütün halinde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile kötü muamele yasağına ilişkin bir başvuru olarak kabul edilerek (benzer yönde AİHM kararları için bkz. *Pekaslan/Türkiye*, B.No. 4572/06 ve 5684/06, 20/3/2012; *Özalp Ulusoy/Türkiye*, B.No: 9049/06, 4/6/2013; *Oya Ataman/Türkiye*, B.No: 74552/01, 5/12/2006, *Gazioğlu ve diğerleri/Türkiye*, B.No: 29835/05, 17/5/2011; *Biçici/Türkiye*, B.No: 30357/05, 27/5/2010; *Balçık*

ve diğerleri/Türkiye, B.No: 25/02, 29/11/2007) başvuru yollarının Cumhuriyet Başsavcılığının anılan kararı ile tüketildiği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda somut olayda, başvuru, başvuru yolları tüketildikten sonra süresinde yapılmıştır.

63. Başvuruculardan Tunay Özaydın ve Deniz Doğan müdahale sırasında yaralanmalarına ilişkin olarak (bkz. § 24) İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyetçi olmuşlar ise de başvuru formu ve daha sonraki eksiklik bildirimine verilen cevapta başvurucular Tunay Özaydın ve Deniz Doğan'ın yaralanmalarına ilişkin herhangi bir iddiada bulunulmadığından bu kişilerin yaralanmalarına neden olan olaylara ilişkin kötü muamele yasağı yönünden ayrıca inceleme yapılmamıştır.

64. Başvurucuların Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan kötü muamele yasağının ve Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurusunun, açıkça dayanaktan yoksun olmadığından ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmediğinden kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir. Üye Serdar ÖZGÜLDÜR Anayasa'nın 34. maddesi yönünden bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

a. Kötü Muamele Yasağının İhlali İddiası

65. 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."

66. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"İşkence Yasağı"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere tabi tutulamaz."

67. Başvurucular, 28/3/2012 tarihinde düzenledikleri ikinci eylemde kanun teklifine ve Ankara'ya gitmelerine izin verilmemesine karşı ifade ve tepki haklarını demokratik olarak kullanmak istediklerini, ancak önceden hazırlık yapmış güvenlik güçlerinin gruba sert müdahalesi esnasında yaralandıklarını (bkz. § 24) ve buna ilişkin olarak yaptıkları şikâyette İzmir Cumhuriyet Baş-

savcılığınca etkili soruşturma yürütülmeden, failleri dahi tespit edilmeden takipsizlik kararı verildiğini ileri sürmüşlerdir.

68. Bakanlık görüşünde, başvurucuların yaralanmasına ilişkin olarak esas ve usul yönünden olmak üzere iki ayrı değerlendirme yapılmıştır. Esas yönünden yapılan değerlendirmede olaya ilişkin görüntüler ve bilirkişi raporu incelendiğinde müdahalenin orantılı olup olmadığının değerlendirilmesinin daha sağlıklı yapılabileceği belirtilmiştir. Usul yönünden yapılan değerlendirmede başvuruculara müdahale eden güvenlik güçleri hakkında gerekli soruşturmaların yürütüldüğü ve neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği belirtilmiştir.

69. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı verdikleri 9/4/2014 havale tarihli beyanlarında, yapılan protestonun kanun teklifine karşı kamuoyunun dikkatini barışçıl olarak çekme amacında olduğunu, bu sebeple aşırı güç kullanımının kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmişlerdir. Ayrıca kötü muamele iddialarına ilişkin olarak soruşturma yapıldığına dair Bakanlık görüşlerinin inandırıcı olmadığı belirtilmiştir.

70. Kötü muamele yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinin, devletin negatif ve pozitif sorumluluğuna bağlı olarak maddi ve usuli boyutlar bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir. Bu nedenle başvuruculaların somut olaydaki şikâyetleri, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında devletin maddi ve usuli yükümlülükleri açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

i. Anayasa'nın 17. Maddesinin Maddi Boyutunun İhlal Edildiği İddiası

71. Başvurucular, kanun teklifine ve Ankara'ya gitmelerine izin verilmemesine karşı yapılan gösteri yürüyüşünün barışçıl nitelikte olduğunu ve güvenlik güçlerinin yaptığı müdahalenin yersiz, sert ve orantısız olduğunu belirtmişlerdir.

72. 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 belirtilmiştir (B.No: 2013/293, 17/7/2014, § 80).

73. 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 vücut ve ruh sağlığını korumadan kaynaklanan negatif ödevidir (B.No: 2013/293, 17/7/2014, § 81).

74. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ve Sözleşme'nin 3. maddesi sınırlama öngörmemekte ve işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaların yasaklanmasının mutlak mahiyetini belirtmektedir. Kötü muamele yasağının mutlak mahiyeti Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında belirtilen savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde dahi istisna öngörmemiştir. Aynı şekilde Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında da benzer bir düzenleme ile kötü muamele yasağına ilişkin herhangi bir istisna öngörülmemiştir (bkz. *Selmouni/Fransa* [BD], B.No 25803/94, 28/7/1999, § 95; *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, B.No: 24760/94, 28/10/1998, § 93).

75. 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 eşiğin aşılıp 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. *Eğmez/Kıbrıs*, § 53; *Selmouni/Fransa*, § 104) dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir.

76. Anayasa ve Sözleşme tarafından kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin *"işkence"* olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için, anılan fıkrada geçen *"eziyet"* ve *"insan haysiyetiyle bağdaşmayan"* muamele kavramları ile işkence 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 Kanun'da düzenleme altına alınmış olan *"işkence"*, *"eziyet"* ve *"hakaret"* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır (B.No: 2013/293, 17/7/2014, § 84).

77. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin *"işkence"* olarak belirlenmesi mümkündür (B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 22).

78. *"İşkence"* seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun

maddi veya manevi ıstıraba 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; *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. *İrlanda/Birleşik Krallık,* B.No: 5310/71, 18/1/1978;*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.

79. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültülme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru 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 (Benzer yöndeki bir karar için bkz. B.No: 2012/969, 18/9/2013, § 22). Burada *"eziyet"*ten faklı olarak, kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır (B.No: 2013/293, 17/7/2014, .§ 89).

80. 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 yapılıp 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. *İrlanda/Birleşik Krallık*). Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken, insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşa-

ğılayıcı 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 (B.No: 2013/293, 17/7/2014, § 90).

81. Diğer taraftan Anayasa'nın 17. maddesi ve Sözleşme'nin 3. maddesi bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasaklamamaktadır. Ancak, bu tür bir güç sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmamak kaydıyla kullanılabilmektedir (Bkz. *Ivan Vasilev/Bulgaristan*, B.No. 48130/99, 12/4/2007, § 63). Ayrıca, kişinin kendi davranışından veya tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hale gelmedikçe, bu neviden fiiller, prensip olarak, Sözleşme'nin 3. maddesinde belirtilen yasağı ihlal edecektir. Bu bağlamda, AİHM, suçla mücadeleye özgü inkâr edilemez zorlukların, bireylerin vücut dokunulmazlığı açısından sağlanacak korumaya sınırlar koymasını haklı kılamayacağını belirtmektedir (bkz. *Ribitsch/Avusturya*, B.No: 18896/91, 4/12/1995, § 38).

82. Sadece sınırları belli bazı durumlarda güvenlik güçleri tarafından fiziksel güce başvurulmasının kötü muamele olmadığı kabul edilebilmektedir. Bu kapsamda, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yakalamayı gerektiren durumlarda ve gösteriye katılanların kendi tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak mümkündür. Ancak bu durumda dahi bu tür bir güce sadece kaçınılmaz hallerde ve orantılı olmak koşuluyla başvurulabilir.

83. 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 makul şüpheden uzak kanıtların varlığı gerekir (bkz. *Tepe/Türkiye*, B.No: 31247/96, 21 Aralık 2004, § 48). Bu nitelikteki bir kanıt, yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilemeyen birtakım karinelerden de oluşabilir. (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 161; *Labita/İtalya*, B.No: 26772/95, 6 Nisan 2000, § 121).

84. Somut olayda, başvurucular, doktor raporu ile tespit edilen (bkz. § 24) ve güvenlik güçlerinin İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının yürüttüğü soruşturmaya konu olan müdahalesinden kaynaklanan (bkz. § 30) bazı yaralanmalara maruz kalmışlardır. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma sonucunda güvenlik güçlerinin müdahalesinin yasal zor kullanma yetkisinin kullanılması kapsamında kaldığının kabulü ile takipsizlik kararı vermiştir (bkz. § 30). Bahse konu kararda, başvurucuların yaralanmasının müdahale dışında başka bir olaydan kaynakladığına dair herhangi bir iddia değerlendirilmemiştir.

Dolayısıyla başvuruculaların yaralanmalarının güvenlik güçlerinin müdahalesi ile gerçekleştiği kabul edilmiştir.

85. İkinci eylem açısından güvenlik güçlerinin müdahalesinin kaçınılmaz ve aşırı olup olmadığına ilişkin olarak 2911 sayılı Kanun kapsamında usulüne uygun bildirim yapılmamış olsa dahi polisin gerekli önlemleri aldığı açıktır. Basın açıklaması yapılması planlanan bölgeye giden yollar birçok polis tarafından güvenlik altına alınmıştır. Sonuç olarak, başvuru konusu olayın özel şartları altında güvenlik güçlerinin hazırlık yapmadan müdahale ettiğini söylemek mümkün değildir (bkz. *Rehbock/Slovenya*, B.No: 29462/95, 28/11/2000, § 72). Başka bir ifade ile güvenlik güçlerinin beklenmedik bir şekilde gerçekleşen bir gösteri yürüyüşünün kamu düzenini tehlikeye sokması üzerine gerekli güvenlik önlemlerinin alınması için ani bir müdahale yapmasının gerekliliğine dair bir bulguya rastlanmamıştır. Güvenlik güçlerinin muhtemel risklere karşı alınabilecek gerekli önlemleri planlamak için yeterli zamana sahip oldukları anlaşılmaktadır.

86. Basın açıklaması yapmak için Valilik binasının önüne gitmek isteyen iki ayrı grup iki ayrı polis barikatının olduğu yerde durdurulmuştur. Grupların Valilik binası önünde basın açıklaması yapma talebi polis tarafından kabul edilmemiştir. Bunun üzerine birinci grup içerisinde bulunan kişilerden bazıları bariyerleri yıkıp güvenlik önlemlerini aşmaya çalışmışlardır (bkz. § 20). Diğer grup da aynı şekilde polisin aldığı güvenlik önlemlerini geçmek istemiştir (bkz. § 21). Her iki olaya ilişkin olarak sadece başvuruculardan Orhan Bayram'ın polis bariyerlerini yıkmaya çalışıp polise saldırdığı kamera kayıtlarından izlenmiştir. Başvurucu Ali Rıza Özer'in de barikatları yıkmaya çalıştığı, ancak polis müdahalesinden sonra geri çekildiği, polise saldırmadığı ve bu esnada herhangi bir darbe almadığı gözlemlenmiştir. Diğer başvuruculaların aktif olarak polis barikatını veya güvenlik önlemlerini aşmaya çalıştıkları kamera kayıtlarından ve bilirkişi raporundan tespit edilememiştir.

87. Diğer taraftan başvuruculardan Orhan Bayram ve Ali Rıza Özer'in de bulunduğu ve yürüyüşe devam etmek isteyen kişilere görevli memura karşı görevi yaptırmamak için direnme suçundan açılan davada İzmir 2. Asliye Ceza Mahkemesince beraat kararı verilmiştir (bkz. §§ 37-38). Ayrıca İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlatılan bilirkişi raporunda da Orhan Bayram dışındaki başvuruculaların müdahaleyi gerektirecek herhangi bir eylemde bulundukları tespit edilememiştir. Başvuruculaların yakalanması veya gözaltına alınması da söz konusu değildir.

88. Başvuruculardan Orhan Bayram'ın ikinci eylemde polis barikatını aşmak için elindeki bayrak sopasıyla görevli çevik kuvvet polislerine vurduğu ve daha sonra flama sopasını polise karşı fırlattığı bilirkişi raporu (bkz. §

31) ve izlenen kamera kayıtlarından tespit edilmiştir. Bu durumda, kendisine karşı şiddet uygulayan kişilere karşı polisin müdahale etmesi kabul edilebilir. Ancak her halükarda müdahalenin ölçülü olması ve aşırı olmaması gerekir.

89. Başvurucu Orhan Bayram'ın yaralanmasına dair 28/3/2012 tarihli raporda düşme sonucu sağ omuzda ağrı şikayeti üzerine iki günlük işgöremezlik raporu verilmiştir. Başvurucunun daha sonraki muayenelerinde sağ omzunda minimal deplase avülsiyon fraktürü tespit edilmiştir. Ancak diğer başvurucular açısından olduğu gibi Orhan Bayram'ın yaralanmasına neden olan polis müdahalesinin nerede olduğu başvuru formunda ve yapılan Cumhuriyet savcılığının soruşturmasında açık olarak belirtilmemiştir. İzlenen kamera kayıtlarında polisin Orhan Bayram'a müdahalesinin TOMA araçlarından tazyikli su sıkılması sonucu meydana gelebileceği tespit edilmiştir. Bu kapsamda bariyerleri aşmaya çalışan ve polise karşı sopa ile saldıran başvurucu Orhan Bayram'ın yaralanmasına neden olan müdahalenin ölçüsüz olduğu söylenemez.

90. Başvuruculardan Özcan Çetin'in 28/3/2012 tarihli adli muayene raporunda gözüne biber gazı geldiği, gözde yanma ve batma olduğu, gözde kızarıklık olduğu ve ilaç verildiği belirtilmiştir. Başvurucunun, doktor raporuna esas yaralarının nerede, nasıl olduğu başvuru formunda veya soruşturma evrakında belirtilmemiştir. Diğer taraftan kamera kayıtlarından ve bilirkişi raporlarından başvurucunun polise karşı herhangi bir saldırıda bulunduğu tespit edilmemiştir. Dolayısıyla başvurucunun, güvenlik önlemlerini aşmaya çalışan gruba yönelik polis müdahalesi sırasında biber gazından etkilendiği kabul edilmelidir.

91. Biber gazının kullanılmasının bazı sağlık sorunlarına yol açabileceği açıktır. Türkiye Tabipler Birliğinin yayınladığı *"Toplumsal Olaylarda Kullanılan Kimyasal Silahlara İlişkin Bilgi Notu"*nda Türkiye'de kullanılan gazın solunum darlığı, bulantı kusma, tahriş gibi sonuçlarının olabileceği, hatta küçük çocuklarda, yaşlılarda, gebelerde ve kronik rahatsızlıkları olanlarda ölüme varabilecek daha vahim sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir (http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/kimyasal-3838.html).

92. Polisin toplumsal olaylara müdahalesinde araç olarak kabul edilen ve kullanılması ulusal ve uluslararası mevzuatta yasak olmayan biber gazının kullanım usullerinde öngörülen kriterlerin, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında asgari ağırlık eşiğine ulaşıp ulaşmadığının denetlenmesi gerekir. Başvuru konusu olayda izlenen kamera kayıtları ve başvuru formunda güvenlik önlemlerini aşmaya çalışan grup dışındaki göstericilere doğrudan müdahale olduğu tespit edilmemiştir. Ayrıca göz yaşartıcı gazın doğal etkisi dışında başvurucuda bir yaralanma olmamış ve gazın aşırı kulla-

nıldığına ilişkin herhangi bir doktor raporu veya kamera kaydına rastlanmamıştır. Dolayısıyla başvurucunun biber gazından etkilenmesinin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında asgari ağırlık eşiğini aştığı söylenemez (Benzer bir karar için *Oya Ataman/Türkiye*, § 25-26).

93. Başvurucu Veli İmrak'ın 28/3/2012 tarihli geçici adli muayene raporunda başının solunda saçlı bölgede 2-3 cm.lik kesi olduğu, hayati tehlikesi olmadığı, basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralandığı belirtilmiştir. Başvurucunun, doktor raporuna esas yarasının nerede, nasıl olduğu başvuru formunda veya soruşturma evrakında belirtilmemiştir. Diğer taraftan kamera kayıtlarından ve bilirkişi raporlarından başvurucunun polise karşı herhangi bir saldırıda bulunmadığı da açıktır. Dolayısıyla başvurucunun, güvenlik önlemlerini aşmaya çalışan gruba yönelik polis müdahalesi sırasında yaralandığı kabul edilmelidir.

94. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde polisin müdahalesi esnasında ortaya çıkan panik ve karmaşada gösteriye katılan ancak müdahale edilmesi gerekmeyen kişilerin de müdahaleden etkilenmesi mümkündür. Bu durumda polisin kontrollü hareket etmesi ve müdahaleyi gerektiren durumu yaratan kişiler dışındakilerin müdahaleden etkilenmemesi için gerekli tedbirleri alması beklenir. Ancak müdahalenin oluşturduğu karmaşa ve panik ortamında bu tedbirlerin polis tarafından mutlak olarak uygulanmasının zorluğunu da kabul etmek gerekir. Başvurucunun katıldığı gösteride polisin sadece barikatları aşmaya çalışan kişilere müdahale ettiği (bkz. §§ 141-145), başvurucunun bu esnada yaralanmış olabileceği ve yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte olduğu gözetildiğinde başvurucunun yaralanmasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında asgari ağırlık eşiğini aştığı söylenemez.

95. Diğer başvurucu Ali Rıza Özer'in yaralanmasına ilişkin rapor değerlendirildiğinde, başvurucunun polise saldırdığının saptanamadığı, hakkında yakalama ve gözaltı işlemleri yapılmadığı ve yaralarının burun kırığı ve işitme kaybı gibi ağır nitelikte olduğu gözetildiğinde asgari ağırlık eşiğinin aşıldığı anlaşılmıştır. Bu tespitten sonra polis tarafından yapılan eylemin hangi boyuta ulaştığı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda somut olay değerlendirildiğinde güvenlik önlemlerini aşmaya çalıştığına ilişkin bir eylemi tespit olunmayan ve toplanma özgürlüğünü barışçıl şekilde kullanan başvurucunun raporunda belirtilen hususlar gözetildiğinde vepolisin müdahalesinin başvurucuya fiziksel saldırı ve darp şeklinde meydana geldiği dikkate alındığında *"eziyet"* olarak nitelendirilmesi mümkün görülmüştür (bkz., §§ 79-81).

96. Açıklanan nedenlerle, başvurucu Orhan Bayram'a yapılan müdahale ölçülü olduğundan ve başvurucular Özcan Çetin ve Veli İmrak'ın yaralanma-

ları asgari ağırlık eşiğini aşmadığından, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının esas yönünden ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

97. Diğer taraftan başvurucu Ali Rıza Özer'in güvenlik güçlerinin müdahalesi ile maruz kaldığı eylemden dolayı Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının, maddi boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Üye Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

ii. Anayasa'nın 17. Maddesinin Usul Boyutunun İhlal Edildiği İddiası Yönünden

98. Başvurucular, güvenlik güçlerinin haksız müdahalesi sonucu yaralanmalarına ve böylelikle kötü muameleye maruz kalmaları üzerine yaptıkları şikâyet üzerine İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının etkin bir soruşturma yürütmeden, faillerin kimliklerini dahi belirlemeden kovuşturmaya yer olmadığına karar verdiğini ileri sürmüşlerdir.

99. 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 ve 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).

100. Devletin, bu yükümlülüğü sadece esasa ilişkin olmayıp usuli boyutu da içermektedir. Usuli yükümlülükler, Anayasa'da düzenlenen hakların teorik veya hayali olmayıp etkili ve uygulanabilir olmasının zorunlu bir sonucudur. Aksi takdirde polis veya diğer kamu görevlileri tarafından yapıldığı ileri sürülen Anayasa'nın 17. maddesinin ihlali iddialarının soruşturulması, kötü muamele yasağının temel ve mutlak niteliğine rağmen, uygulamada etkisiz kalacaktır ve bazı durumlarda devlet görevlilerinin cezasız kalmasına yol açacaktır (bkz. *Assenov ve diğerleri/Bulgaristan*, B.No: 24760/94, 28/10/1998, § 102; *Labita/İtalya*, B.No: 26772/95, 6/4/2000, §§ 131-136). Bu çerçevede 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).

101. Buna göre 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, 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).

102. 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 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; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Batı ve diğerleri/Türkiye*, 33097/96 - 57834/00, 3/6/2004, §§ 133, 134).

103. Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecekşekilde 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 dayanmamalıdırlar (bkz. B.No: 2013/293, 17/7/2014, § 113; *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. B.No: 2013/293, 17/7/2014, § 113; *Tanrıkulu/Türkiye* [BD], B.No: 23763/94, 8/7/1999, § 104; *Gül/Türkiye*,B.No: 22676/93, 14/12/2000, § 89).

104. Başvuru konusu olayda, başvurucu Ali Rıza Özer, polisin müdahalesi ile meydana gelen yaralanmasına ilişkin olarak ilgili sağlık kuruluşuna başvurmuş ve bu raporla birlikte polisin haksız ve aşırı müdahale ettiği iddiası ile İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde şikâyetçi olmuştur. Cumhuriyet Başsavcılığı, şikâyetlere ilişkin olarak, başvurucunun ayrıntılı beyanını almadığı gibi faillerin tespitine ilişkin herhangi bir çalışma yürütmeden, yapılan müdahalenin kaçınılmaz olup olmadığını ve başvurucunun polis müdahalesini gerektirecek bir eyleminin olup olmadığını araştırmadan ve bilirkişi raporunda başvuruculların polise saldırdıklarına dair bir tespit olmadan, dolayısıyla yaralanmanın nasıl meydana geldiği tespit edilmeden sadece dosya üzerinden orantılılık incelemesi yaparak takipsizlik kararı vermiştir. Dolayısıyla başvurucu Ali Rıza Özer'in kötü muamele iddialarına yönelik etkin bir soruşturma yürütülmeden polislerin zor kullanma yetkilerini aştıklarına dair inandırıcı delil ve emare elde edilemediği gerekçesiyle kovuşturmaya yer olmadığı karar verilşmişitir.

105. Diğer başvurucular Özcan Çetin ve Veli İmrak'ın iddialarına ilişkin olarak polisin yaptığı müdahalenin doğrudan kendilerine yönelik olmayıp gerekli bir müdahalenin istenmeyen sonuçları olarak ortaya çıktığı ve bu kapsamda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında gerekli asgari eşiği aşmadığı kabul edilmiştir (bkz., §§ 91-95). Bu durumda başvuruculların şikâyetlerinin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası veya Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında kalıp kalmayacağı değerlendirilmelidir (B.No:2012/969, 18/9/2013, § 24). Bu bağlamda toplanma hakkının kullanılması esnasında maruz kalınan ve asgari eşiği aşmayan gazdan etkilenme hususunda kişinin maddi ve manevi bütünlüğü çerçevesinde değerlendirilmesini gerektirecek herhangi bir konuya rastlanmamıştır. Dolayısıyla başvurucular Özcan Çetin ve Veli İmrak'ın iddialarının Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrasının usuli boyutu bakımından ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

106. Başvurucu Orhan Bayram'ın iddialarına ilişkin olarak, başvurucunun polise karşı saldırısının kamera kayıtlarına açık bir şekilde yansıdığı ve bilirkişi raporu ile tespit edildiği, ayrıca başvurucuya yapılan müdahalenin sonuçlarının doktor raporu ile tespit edilebildiği, bu kapsamda yapılan soruşturmanın başvurucu Orhan Bayram'ın iddiaları için yeterli olduğu değerlendirilmiştir.

107. Açıklanan nedenlerle, başvurucu Orhan Bayram'ın iddialarına ilişkin soruşturma etkin olduğundan, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının, usul boyutu bakımından ihlal bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

108. Başvurucular Özcan Çetin ve Veli İmrak'ın yaralanmaları asgari ağırlık eşiğini aşmadığından Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkrasının usul boyutu bakımından ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

109. Diğer taraftan başvurucu Ali Rıza Özer'in güvenlik güçlerinin müdahalesi ile maruz kaldığı eylemden dolayı Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının, usul boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Üye Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

b. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının İhlali İddiası

110. Anayasa'nın 34. maddesi şöyledir:

"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."

111. Sözleşme'nin 11. maddesi şöyledir:

"1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

112. Başvurucular, ilköğretimde uygulanan eğitime ilişkin yeni düzenlemeler getiren kanun teklifini protesto etmek için Ankara'da yapılacak basın açıklamasına katılmak amacıyla İzmir'den Ankara'ya toplu olarak gitmelerinin engellenmesinin ve bunu protesto etmek için yürüyüşe geçtiklerinde polisin orantısız güç kullanmasının (birinci eylem), diğer taraftan ertesi gün meydana gelen olayları protesto etmek için toplandıklarında polis tarafından orantısız bir şekilde müdahale edilmesinin (ikinci eylem) toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir.

113. Bakanlık, AİHM'in, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki içtihatlarına atıfta bulunmuş ve polisin zor kullanarak müdahale etmesinin orantılı olup olmadığına ilişkin değerlendirmede bu içtihatların gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir.

114. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı 9/4/2014 havale tarihli beyanlarında, yapılan protestonun kanun teklifine karşı kamuoyunun dikkatini barışçıl olarak çekme amacında olduğunu, bu sebeple aşırı güç kullanımının kabul edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmişlerdir.

i. Genel İlkeler

115. Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla bu hak, Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir. İfade özgürlüğünün demokratik ve çoğulcu bir toplumdaki önemi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de geçerlidir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde elzem olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda, kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına rağmen, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlandırılmasının daha dar kapsamda olduğunun düşünülmesi ve bu niteliğin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının uygulamasında da gözetilmesi gerekir (bkz.*Öllinger/Avusturya*, B.No: 76900/01, 29/6/2006, § 38; *Ezelin/Fransa*, B.No: 11800/85, 26/4/1991, § 37). Bu sebeple demokratik bir toplumda temel haklardan biri olan bu hak dar yorumlanmamalıdır (bkz. *G./ Federal Almanya*, B.No: 13079/87, 6/3/1989, § 256; *Rassemblement Jurassien Unité/İsviçre*, B.No: 8191/78, 10/10/1979, § 93).

116. Öte yandan, çoğulculuk, hoşgörü ve başkalarının düşünce ve inançlarına saygı duymak demokratik toplumun vazgeçilmez özelliklerindendir. Çoğulcu demokrasilerde, çoğunluğun fikrinin her durumda üstünlüğünün olduğu ileri sürülemeyeceği gibi azınlık veya muhalif fikirlerin korunması ve bunların ifade edilmesinin güvence altına alınması demokratik ilkelere saygının bir göstergesidir. Muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin, çoğunluğun fikirleri nazarında kışkırtıcı veya rahatsız edici olması durumunda dahi korunarak güvence altına alınması çoğulculuğun, açık fikirliliğin, hoşgörünün ve demokratik bir toplumun gerekliliğidir (bkz. *Handyside v. Birleşik Krallık,* B.No: 5493/72, 24/9/1976, § 49).

117. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve ifade özgürlüğü, demokratik toplumun en temel değerleri arasındadır. Demokrasinin özünde açık bir tartışma ortamıyla sorunları çözebilme gücü yer almaktadır. Şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplantı ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler, yetkililerin eylemlerde kullanılan ifadeler ve bakış açılarını şaşırtıcı ve kabul edilemez olarak değerlendirdiği ya da eylemlerin yasadışı olduğu durumlarda dahi, demokrasiye zarar vermektedir. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin, toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla kendisini ifade edebilmesi imkânı sunulmalıdır (bkz. *Gün ve Diğerleri/Türkiye*, B.No: 8029/07, 18/6/2013, § 70; *Güneri ve diğerleri/Türkiye*, B.No: 42853/98, 43609/98 ve 44291/98, 12/7/2005, § 76).

118. Anayasa'nın 34. maddesi fikirlerin silahsız ve saldırısız, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır. Kolektif bir şekilde kullanılan bu hak, düşüncelerini ifade etmek isteyen kişilere şiddeti dışlayan yöntemlerle düşünceleri açıklama imkânı vermektedir. Şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplanma kavramı dışında kalmaktadır (bkz. *Stankov ve Birleşik Makedonya Örgütü Ilinden/Bulgaristan*, B.No: 29221/95 ve 29225/95, 2/10/2001, § 77; *Birleşik Makedonya Örgütü Ilinden ve Ivanov/Bulgaristan*, B.No: 44079/98, 20/10/2005, § 99). Bu kapsamda toplanma hakkının amacı şiddete karışmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Bunun dışında toplantının veya gösteri yürüyüşünün hangi amaçla yapıldığının bir önemi yoktur. Diğer taraftan, düzenleme sadece barışçıl toplantı hakkını korumakla kalmamakta aynı zamanda bu hakka dolaylı olarak usulsüz sınırlamalar getirilmesinden kaçınılması yükümlülüğünü de ortaya koymaktadır. Bireyin, güvence altına alınan toplanma hakkını kullanırken kamu güçlerinin keyfi müdahalelerine karşı koruma hedefi, bu hakkın etkin şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla pozitif yükümlülükler de doğurabilmektedir (bkz. *Djavit An/Türkiye*, B.No: 20652/92, 20/2/2003, § 57). Özellikle, devletin toplantı ve gösteri yürüyüşünün barış ve güven içinde yapılmasını temin etmek amacıyla uygun önlemleri alma görevi bulunmaktadır (bkz. *Oya Ataman/Türkiye*, § 35).

119. Toplanma hakkının barışçıl niteliği genel olarak bir bütün halinde değerlendirilerek ortaya konulmalıdır. Bunun dışında, toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılanların bir kısmının şiddete başvurmaları diğerleri açısından bu hakka müdahaleyi meşru kılmaz (bkz. *Ezelin/Fransa*, § 41). Bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı olması veya yasalara aykırı olarak düzenlenmesi de tek başına toplantı veya yürüyüşün barışçıl niteliğini ortadan kaldır-

maz (bkz. *Oya Ataman/Türkiye,* § 39). Dolayısıyla halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve düşmanca tepkilere yol açabileceği açıktır. Bu durumların varlığı toplantı hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez (bkz.*Achouguian/Ermenistan*, B.No. 33268/03, 7/7/2008, § 90; *Berladir ve diğerleri/Rusya,* B.No. 34202/06, 10/7/2012, §§ 38-43; *Disk ve Kesk/Türkiye*, B.No. 38676/08, , 27/11/2012, § 29).

120. Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası, bazı durumlarda toplanma hakkının sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir. Aynı şekilde Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında da sınırlama nedenleri öngörülmüştür. Bu kapsamda toplantı hakkına getirilecek her türlü sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ön şarttır. Kanunun öngördüğü durumlarda dahi bu hakka müdahalenin meşru amaçlar çerçevesinde olması gerekmektedir. Meşru amaçlar, 34. maddede *"milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* olarak belirtilmiştir. Sözleşme'de de benzer bir şekilde düzenleme yapılmıştır. Meşru amaçlar çerçevesinde kanun ile yapılacak sınırlamalar dahi Anayasa'nın 13. maddesi gereğince *"Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine"* aykırı olamaz. Dolayısıyla toplantı hakkına müdahale demokratik toplum için gereklilik arz etmelidir. En son olarak da müdahale meşru amaçları gerçekleştirmek için ölçülü olmak zorundadır.

121. Anayasa'nın 34. maddesinin üçüncü fıkrasında toplantı hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği düzenlenmiştir. 2911 sayılı Kanun'un 3. maddesinde toplantı hakkının izin almaksızın kullanılabileceği kabul edilmiş ise de aynı Kanun'un 10. maddesinde toplantının yapılabilmesi için kırk sekiz saat öncesinden mülki amire bildirim usulü öngörülmüştür.

122. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkanı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmaz (bkz. *Bukta ve diğerleri/Macaristan,* B.No: 25691/04, 17/10/2007, § 35; *Oya Ataman/Türkiye,* § 39;*Rassemblement Jurassien Unité/İsviçre*, § 119; *Platform "Ärzte für das Leben"/Avusturya,* B.No: 10126/82, 21/6/1988, §§ 32-34). Bu kapsamda, izin ve bildirim usullerinin uygulanması toplanma hakkının etkin kullanılması imkânını sağlamak içindir. Derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bu tür bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak

değerlendirilmelidir (bkz. *Bukta ve diğerleri/Macaristan*, § 36; *Oya Ataman*, §§ 38-39, *Balçık ve diğerleri/Türkiye*, B.No: 25/02, 26/2/2008, § 49,*Samüt Karabulut/ Türkiye*, B.No: 16999/01, 27/1/2009, §§ 34-35).

123. Diğer taraftan, toplantı hakkındaki *"sınırlama"* kavramı, ifade özgürlüğünde olduğu gibi sadece hakkın kullanılmasından önceki bazı önleyici tedbirleri değil, hakkın kullanılması sırasında veya kullanıldıktan sonra yapılan muameleleri de kapsar (bkz. *Ezelin/Fransa*, § 39). Dolayısıyla barışçıl bir gösteri sırasında yapılanlar veya gösteri sonrasında katılımcılara yönelik soruşturma ve cezalandırmalar da toplantı hakkının kullanılmasını sınırlayan davranışlar olarak kabul edilebilir.

124. Barışçıl amaçlarla bir araya gelmiş kalabalıkların toplantı hakkını kullanırken kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen davranışlarına devletin sabır ve hoşgörü göstermesi çoğulcu demokrasinin gereğidir.

ii. Genel İlkelerin Uygulanması

125. Başvurucular, ilköğretimde uygulanan eğitime ilişkin yeni düzenlemeler getiren kanun teklifini protesto etmek için Ankara'da yapılacak basın açıklamasına katılmak amacıyla İzmir'den Ankara'ya toplu olarak gitmek istemişlerdir. Ancak Ankara Valiliği, yapılacak protesto gösterilerinde provokatif amaçlarla güvenlik güçleri ile göstericiler arasında çatışma ortamı oluşturulacağı ve eylemlerin hayatın normal akışını bozarak genel asayiş, kamu düzeni ve güvenliğini tehlikeye sokacağını değerlendirerek kamu güvenliği ve düzeninin bozulmasının engellenmesi, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla Ankara'da her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü ile benzeri eylemleri yasaklamıştır. İçişleri Bakanlığı da anılan yasak üzerine tüm il valiliklerine resmi yazı yazarak toplantıya katılacak grupların illerden çıkışının engellenmesi talimatını vermiştir. Bunun üzerine İzmir Emniyet Müdürlüğündeki görevliler, başvurucuların Ankara'ya gitmelerini engellemek için otobüslerin evrak eksikliğini bahane etmişlerdir. Engellemelere karşı başvurucular geceleyin oturma eylemi ve yürüyüş yaparak durumu protesto etmişlerdir. Yürüyüş esnasında çevik kuvvet polisi barikat oluşturmuş ve bu esnada göstericiler ve polis arasında kısa süren bir arbede yaşanmış ve daha sonra polis cop ve biber gazı ile gruba müdahale etmiştir. Sendika yöneticisinin grubu ikna etmesi üzerine grup, sendika binası önüne giderek dağılmıştır (birinci eylem).

126. Diğer taraftan başvurucular ertesi gün hem anılan kanun teklifini hem de bir önceki gece meydana gelen olayları protesto etmek için tekrar toplanmışlardır. Eylemden daha önceden haberdar olan polis gerekli güvenlik ted-

birlerini almıştır. Başvuruculların da içinde bulunduğu grup yürüyüş korteji oluşturarak ellerinde pankartlarla basın açıklaması yapmak üzere Valilik binasına doğru yürüyüşe geçmiş ve polis bariyerlerinin önüne kadar yürüyüşüne devam etmiştir. Burada polis, grubun Valilik binasına yürümesine izin verilmeyeceğini belirterek yürüyüşün durdurulması yönünde ikazlarda bulunmuştur. Grubun yürüyüşüne devam etmesi ve bariyerleri zorlaması üzerine tazyikli su, boyalı su, biber gazı ve toplumsal olaylara müdahale aracı (TOMA) ile göstericilere müdahale edilmiştir. Daha sonra polisi geçemeyen grup oturma eylemi başlatmıştır. Gösteriyi düzenleyenler ile güvenlik güçleri arasında yapılan müzakere sonucunda polis barikatı geri çekilerek göstericilerin basın açıklaması yapmasına izin verilmiştir (ikinci eylem).

ii.1. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

127. Birinci eylem ile ilgili olarak başvuruculların Ankara'ya gitmelerinin Ankara Valiliğinin kararı temelinde ancak değişik yasal gerekçelerle engellenmesinin toplantı hakkına yönelik bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Diğer taraftan başvuruculların, beklenmedik bir şekilde engellenmeleri üzerine durumu protesto etmek amacıyla trafiği kapatarak oturma eylemi ve gösteri yürüyüşü yapmalarının polis tarafından dağıtılması da barışçıl toplanma hakkına müdahaledir. İkinci eyleme ilişkin olarak başvuruculların içinde bulunduğu grubun Valilik binası önünde basın açıklaması yapmasının engellenmesi de toplanma hakkına müdahale olarak değerlendirilmelidir.

ii.2. Müdahalenin Haklı Sebeplere Dayanması Hakkında

128. Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca toplantı hakkına, *"kanunla öngörülmedikçe"* ve madde metninde belirtilen meşru amaçlar dışında müdahale edilemez. Aynı zamanda toplanma hakkına yapılacak bir 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.

ii.2.a. Müdahalenin Kanuniliği

129. Başvuru konusu her iki eylemde de müdahalenin yasal dayanağı 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesi ve 2911 sayılı Kanun'un 7., 22. ve 24. maddeleridir. 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinde polisin hangi durumlarda zor ve silah kullanabileceği ve bunun hangi ölçüde olacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması hallinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve ölçülü olarak zor kullanmaya yetkilidir. Bu yetki sadece polisin direnen kişilere karşı bedeni kuvvet kullanmasını değil maddi güç kapsamın-

da kelepçe, cop, basınçlı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları gibi bazı araçların da kullanılmasını içerir. Diğer taraftan Emniyet Genel Müdürlüğünün yayınladığı genelge ve talimatname ile (bkz. §§ 46-47) toplumsal olaylara müdahalede gözetilecek hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında toplanma hakkının sınırlandırılmasında ve müdahale usulünde izlenecek hususlarda gerekli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu sebeple birinci eylem ve ikinci eylem açısından toplanma hakkına müdahalenin *"kanunilik"* unsuru mevcuttur.

ii.2.b. Meşru Amaç

130. Başvurucular, her iki eylem açısından, polis tarafından yapılan müdahalenin amacının toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasının engellenmesi olduğunu ileri sürmüşlerdir.

131. Toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen *"milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* amaçlarına yönelik olması gerekir.

132. Her iki eyleme yönelik müdahalenin hangi amaçla yapıldığına yönelik kamera kayıtlarındaki anonslar ve polis tarafından tutulan tutanaklar incelendiğinde amacın kamu düzeninin bozulmasını engellemeye yönelik olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle, her iki eylem açısından Anayasa'nın 34. maddesi gereğince polisin yaptığı müdahalenin meşru bir amaç taşıdığı kabul edilmelidir.

ii.2.c. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

133. Birinci eylem açısından, başvurucuların toplanma hakkını kullanmasına müdahale edilmesinin "*demokratik bir toplumda gerekli"* olup olmadığı hususunda öncelikle belirtilmesi gereken, sivil toplum kuruluşları, sendikalar gibi örgütlü yapıların ve kişilerin yasama meclisinde görüşülen herhangi bir konuya ilişkin olarak tepkilerini barışçıl yöntemlerle ortaya koymaları çoğulcu demokrasilerin karakteristik özelliğidir (bkz. §§ 116-118). Bu kapsamda siyasi konulardaki fikir ayrılıklarında azınlık veya muhalif düşüncelerin kendini ifade edebilmesine imkân tanınması devletlerin pozitif yükümlülüğüdür (bkz. § 119). Devletin, barışçıl amaçlarla yapılan toplantı düzenleme ve toplantıya katılma özgürlüğünü korumakla kalmaması, ayrıca bu hakkın kullanımını engelleyen makul olmayan dolaylı sınırlamalar koymaması da gerekmektedir.

134. Birinci eylemde başvuruculaın TBMM'de görüşülecek bir kanun teklifine karşı endişelerini veya muhalif fikirlerini toplu olarak ifade etme çabası demokratik bir toplumda saygı ile karşılanmalıdır. Dolayısıyla bu gibi du-

rumlarda devletin daha sabırlı ve hoşgörülü bir tutum takınması beklenmelidir. Çeşitli yöntemlerle kişilerin Ankara'da yapılacak protestolara katılmasının engellenmesi çoğulcu demokratik bir toplumda makul kabul edilemez.

135. Diğer taraftan, Ankara Valiliği güvenlik gerekçeleri ile Ankara'da belirli tarihte her türlü toplantı ve gösteri yürüyüşü ile benzeri eylemleri yasaklamıştır (bkz. § 10). Protesto gösterilerinin yapılmasında güvenlik riskinin olup olmadığının değerlendirilmesi 2911 sayılı Kanun'da belirlenen devlet yetkililerine aittir. Bununla birlikte bir yasa teklifine karşı Meclis görüşmelerinin yapılacağı tarihte toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenlenmesi demokratik bir toplumda korunmalıdır. Özellikle düzenleme kanunlaştıktan sonra yapılacak protestoların Meclis nezdinde beklenen etkiyi doğurmayabileceği de gözetildiğinde güvenlik riskleri de değerlendirilerek gösteri yapacak gruplara uygun yer gösterilmesi yerine toptan yasaklayıcı karar alınması ve bu kararın da başka yasal gerekçeler ile dolaylı olarak uygulanması demokratik bir toplumda mazur görülmemelidir.

136. Başvuruculaların, Ankara'ya gitmelerinin engellenmesi üzerine bunu protesto etmek amacıyla geceleyin oturma eylemi yaparak trafiği kapatmaları ve 2911 sayılı Kanun kapsamında yasak kabul edilen yerlerde gösteri yürüyüşü yapmaları hususunda bildirimde bulunmamaları, eylemi yasadışı hale getirse de bu sebeple ani gelişen olaylar karşında yapılan barışçıl amaçlı eyleme müdahale ölçülü olarak değerlendirilmemelidir (bkz. § 120). Özellikle grubun oturma eylemi sırasında trafiğin aksaması üzerine yolun bir kısmını açması, daha sonra yürüyüşe başlamaları sırasında taşkınlık yapmamaları, polisin müdahalesi sırasında saldırgan tutum takınmamaları eylemin barışçıl amaçlarla yapıldığının bir göstergesidir. Bu durumda yasadışı olsa dahi barışçıl amaçlarla yapılan bir protestoda grubun dağıtılması yönünde polisin daha sabırlı ve hoşgörülü olması beklenir (bkz. § 34).

137. Birinci eyleme ilişkin olarak İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının herhangi bir kamu davası açmaması (bkz. § 34) toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının barışçıl bir şekilde gerçekleştirildiğini de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla birinci eylem açısından başvuruculaların kitlesel basın açıklaması yapmak için Ankara'ya gitmelerinin engellenmesi ve daha sonra bu durumu protesto edenlerin dağıtılması demokratik bir toplum düzeninin gerekleri açısından haklı bir müdahale olarak değerlendirilmez.

138. İkinci eylemde başvurucular ve sendika üyeleri, hem anılan kanun teklifini hem de bir önceki gece meydana gelen olayları protesto etmek için polisin gerekli güvenlik önlemlerini aldığı Konak Meydanında eski Sümerbank binası önünde toplanmışlardır. Polis, toplanma ve protesto gösterileri sırasında güvenlik riski oluşturduğu veya başkalarının haklarına müdahale-

de bulunulacağını değerlendirdiği alana geçişleri engellemek için iki yerde göstericilere müdahale etmiştir.

139. Grup, yürüyüş korteji oluşturarak ellerinde pankartlarla basın açıklaması yapmak üzere Valilik binasına doğru yürüyüşe geçmiştir. Grup, Büyükşehir Belediye binası önüne geldiğinde polis, Valilik binasına yürümelerine izin verilmeyeceği, yürüyüşün durdurulması yönünde ikazlarda bulunmuştur. Başvuruculardan Orhan Bayram'ın da içinde bulunduğu küçük bir grup, ikazları dinlemeyip görevli personeli itekleyip, ellerindeki sopalarla bariyerleri yıkmaya başlamışlar ve polis tazyikli su, boyalı su, biber gazı ve TOMA ile göstericilere müdahale etmiştir. Bu esnada göstericilerin tamamına değil sadece bariyerleri aşmaya çalışan gruba karşı müdahale olmuştur. Daha sonra güvenlik önlemlerini aşamayan grup oturma eylemi başlatmıştır. Gösteriyi düzenleyen sendika temsilcileri ile polis arasında yapılan müzakere sonucunda barikat geri çekilerek göstericilerin İzmir Büyükşehir Belediyesi önünde basın açıklaması yapmasına izin verilmiş ve açıklamanın bitiminden sonra gösteriye katılanlar kendiliğinden dağılmıştır. Dolayısıyla bariyerleri aşmaya çalışanlar dışındaki gösteriye katılanlar ve çoğunluğu oluşturanlar barışçıl bir şekilde toplanma hakkını kullanmışlardır.

140. İkinci eylem açısından müdahalenin, demokratik toplum düzeni içinde gerekli olup olmadığı ve gerekli ise ölçülülüğünün değerlendirilmesi gerekir. İkinci eylemde başvurucular ve diğer göstericiler kanun teklifini ve Ankara'ya gitmelerinin engellenmesini protesto etmek için bir araya gelmişlerdir. Bu protesto öncesi 2911 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır. Bununla birlikte yapılacak gösteriden haberdar olan polis, kamu düzeni açısından gösteri yürüyüşü yapılmasının risk oluşturacağı tespit edilen yollar ve alanlara geçilmesinin engellenmesi için gerekli güvenlik önlemlerini almıştır.

141. İlk müdahalede polis, Valilik binası önüne gitmek isteyen grubun geçişini göstericilere model-5 olarak tabir edilen biber gazı sıkmak suretiyle engellemiştir (bkz. § 21). Ayrıca grubun tamamen dağıtılmasına yönelik müdahalede bulunulmamış ve gruba alternatif güzergâh gösterilerek eylemlerine devam etmeleri sağlanmıştır. İkinci müdahalede sayıca daha kalabalık ve bariyerleri geçmekte kararlı olan grubun geçişlerini engellemek için sırasıyla copla ve daha sonra TOMA ile müdahale edilmiştir. Bu müdahalede de grubun tamamına yönelik değil sadece güvenlik önlemlerini aşmaya çalışan gruba müdahale edildiği izlenen kamera kayıtlarından tespit edilmiştir.

142. Kamera kayıtlarında göstericilere yönelik müdahalede polisin genel olarak grubun tamamının dağıtılmasına yönelik hareket ettiğine dair bir görüntüye rastlanmamıştır. Ayrıca polisin, grubun toplanması, yürüyüş korteji

olarak yürüyüşe başlaması esnasında bildirim gibi bazı yasal yükümlülükleri gerekçe göstererek protesto gösterisini bir bütün olarak engelleme çabası içinde olmadığı değerlendirilmiştir. Polis, eylem süresince güvenlik önlemleri aldığı bazı yolları kapatarak buradan geçişleri engellemiş ve eylemcilere de alternatif güzergâh göstermiştir. Valilik binası önüne gitmek için polis bariyerlerini aşmaya çalışan grup müdahalesi bastırıldıktan sonra da göstericilere basın açıklaması yapma fırsatı verilmiştir. Göstericiler basın açıklamasını, Valilik Binasına çok yakın, şehrin merkezinde kabul edilebilecek ve toplanma amacını etkisiz kılacağı değerlendirilmeyen İzmir Büyükşehir Belediyesi binası önünde yapmışlardır. Dolayısıyla, başvuruculların içinde bulunduğu grubun Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını kullanamadıkları ya da yapılan müdahalelerle etkisiz olabilecek şekilde sınırlandığı söylenemez.

143. Gösteriye katılanlara yönelik aralarında başvuruculardan Orhan Bayram ve Ali Rıza Özer'in de bulunduğu bazı kişilere karşı 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası kapsamında ihtara rağmen dağılmamaları nedeniyle cezalandırılmaları için kamu davası açılmıştır (bkz. § 34). Mahkeme tüm sanıklar hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla, başvurucular hakkında barışçıl bir amaçla ve şekilde düzenledikleri toplantıya katılmalarından dolayı açılan kamu davasında ceza verilmediğinden toplanma hakkının bu şekilde sınırlandığı da söylenemez (bkz. § 124). Dolayısıyla polisin yaptığı müdahale, demokratik toplumun gereklilikleri açısından mazur görülebilecek bir müdahaledir.

144. Diğer taraftan, polisin, göstericilerin güvenlik önlemlerine gösterdikleri tepkilere yaptığı müdahalenin orantılılığı değerlendirilmelidir. Kamera kayıtlarından göstericilerden bir grubun bariyerleri yıkarak yolu açmaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Bunun sonucunda, bariyerlerin arkasında bulunan çevik kuvvet polisi bariyerleri yıkmaya çalışanları engellemek için müdahalede bulunmuştur. Polisin, savunma amaçlı müdahalede bulunduğu gözlemlenmiştir. Daha sonra polis geri çekilerek TOMA üzerinden tazyikli su ile kendilerine doğru yürüyen gruba müdahalede bulunmuştur. Bu sırada göstericilerin büyük bir kısmı slogan atarak barışçıl bir şekilde protestolarına devam etmiştir. Tazyikli su ile dağılmayan göstericilere de gazlı ve boyalı su ile müdahale edilmiştir. Kamera kayıtlarında polisin müdahale esnasında barışçıl olarak eylemlerini sürdüren diğer göstericilere müdahale ettiğine veya grubun tamamının dağıtılmasına yönelik olarak hareket ettiğine dair bir görüntüye rastlanmamıştır. Ayrıca müdahalenin sertliğinin kademeli olarak artırıldığı ve polisin genel olarak güvenlik önlemi alınan alandan göstericileri geçirmemek için çaba gösterdiği gözlemlenmiştir. Daha sonra da göstericilerle uzlaşılmış bariyerler geri çekilerek basın açıklaması yapmaları sağlanmıştır.

145. Genel olarak polisin müdahalesi orantılı kabul edilse de somut olayın özellikleri gözetildiğinde kolektif olarak kullanılan ancak bireysel hak olan toplanma hakkının başvuruculaların eylemdeki tutumları çerçevesinde polisin müdahalesinin ölçülülüğü ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

146. Başvuruculardan Orhan Bayram'ın bariyerleri yıkarak güvenlik önlemlerini aşmaya çalışması üzerine polisin yaptığı müdahale orantılı kabul edilmelidir. Zira başvurucu elinde sopa ile polise saldırmış ve polis tazyikli su ile başvurucunun saldırısını bertaraf etmeye çalışmıştır. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı barışçıl amaçlarla ve şekilde yapılan eylemleri güvence altına almıştır. Bu hak şiddet içeren ve saldırı gibi cezai yaptırım gerektiren faaliyetleri korumamaktadır. Dolayısıyla başvurucu Orhan Bayram'ın şiddet içeren hareketlerine karşı yapılan müdahalenin doktor raporu da gözetilerek toplanma hakkını ihlal edecek şekilde orantısız olduğu söylenemez.

147. Diğer taraftan, başvurucular Ali Rıza Özer, Veli İmrak, Tunay Özaydın ve Deniz Doğan'ın, kamera kayıtları ve bilirkişi raporu kapsamında polis barikatlarını aşmaya çalıştıklarına ve müdahaleyi gerektirir bir eylemleri olduğuna dair herhangi bir emare tespit edilememesine rağmen vücutlarında yaralanmalarının oluşması ve Cumhuriyet savcılığının kararlarında bu yaraların polis müdahalesi sonucunda gerçekleştiğinin kabul edilmesi karşısında müdahalenin orantılı olmadığı değerlendirilmiştir. Dolayısıyla bu başvuruculaların barışçıl bir şekilde ve amaçla katıldıkları toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları ihlal edilmiştir.

148. Başvurucu Özcan Çetin'in iddiaları açısından değerlendirilmesi gereken diğer bir konu ise polisin toplumsal olaylara müdahalede *"biber gazını"* kullanması meselesidir. Avrupa Konseyine üye devletlerce toplumsal olayları kontrol altına almak ve dağıtmak için kullanılan gaz, zehirli gaz listesinde bulunmamaktadır (bkz. § 48). Bu nedenle biber gazı ile toplumsal olaylara müdahale tek başına toplanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Diğer taraftan kullanılmasının bazı sağlık sorunlarına yol açtığı saptanan biber gazının hangi durumlarda kullanılması gerektiğinin mevzuatla tespit edilmesi önemlidir.

149. Emniyet Genel Müdürlüğünün yayınladığı 15/2/2008 tarihli 19 No.lu Genelge kapsamında göz yaşartıcı gaz silahları ve mühimmatları kullanım talimatnamesi kapsamında biber gazının fizyolojik etkileri belirtilmiş ve buna ilişkin olarak yapılacak ilk yardım esasları da açıklığa kavuşturulmuştur. Diğer taraftan göz yaşartıcı gazların kullanım taktikleri başlığı altında gaz kullanılmadan önce gerekli tıbbi tedbirlerin alınması ve topluluğun duyabileceği şekilde gazın kullanılacağı ve dağılmaları yönünde ikazda bulunulması öngörülmüştür. Ayrıca göz yaşartıcı maddelerin dozunun da kademeli olarak arttırılacağı belirtilmiştir.

150. Yaş, gebelik veya kronik rahatsızlıkları nedeniyle biber gazından beklenenden daha fazla etkilenebilecek kişilerin gazın kullanımından önce ikaz edilmeleri önemlidir. Ülkemizde yaşanan bazı toplumsal olaylara biber gazı ile yapılan müdahalelerde can kaybı olduğu da gözetildiğinde Emniyet Genel Müdürlüğünün talimatnamesinin uygulanması ayrıca önemlidir.

151. Somut olayda, bilirkişi ve kamera kayıtlarından, gazlı su kullanacağı veya biber gazı kullanılacağının önceden göstericilere bildirildiği tespit edilememiştir. Kişilerin özel durumları sebebiyle ölüme varacak şekilde vahim sonuçları olabilecek gazlı su ve biber gazının kullanımında önceden ihtar yapılmalıdır. Her ne kadar başvurucu maruz kaldığı ve ölçülü kabul edilebilecek dozdaki biber gazı nedeniyle ciddi sağlık sıkıntılarına uğramamışsa da ihtar yapılmadan gaz kullanılması barışçıl amaçlarla ve şekilde toplantıya katılmış başvurucunun toplanma hakkını ihlal etmiştir.

152. Açıklanan gerekçelerle, birinci eylem açısından başvurucuların genel yasaklayıcı emir ile Ankara'da yapılacak basın açıklamasına katılımlarının ve bu tutuma karşı yaptıkları gösteri yürüyüşünün engellenmesinden dolayı Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının tüm başvurucular açısından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Üye Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

153. Diğer taraftan, ikinci eylem açısından başvurucu Orhan Bayram'ın Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

154. Diğer başvurucular açısından Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Üye Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

155. Başvurucular, tazminat talebinde bulunmamışlardır.

156. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."

157. Başvurucular tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderlerinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

158. Başvuruya konu iddialara ilişkin olarak başvurucu Ali Rıza Özer yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen "kötü muamele yasağının" maddi ve usul yönünden ihlal edildiği gözetilerek, anayasal bir hakkın ihlal edildiği açık olan bir yargılama dosyasında, ihlalin devam etmesinin önlenmesi amacıyla kararın bir örneğinin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvuruculardan,

1. Ali Rıza Özer, Özcan Çetin, Veli İmrak ve Orhan Bayram tarafından ileri sürülen Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlaline ilişkin şikâyetlerin **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,**

2. Ali Rıza Özer, Özcan Çetin, Veli İmrak, Orhan Bayram, Tunay Özaydın ve Deniz Doğan tarafından ileri sürülen Anayasa'nın 34. maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,** üye Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

B. Başvuruculardan,

1. Ali Rıza Özer yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi ve usul yönünden **İHLAL EDİLDİĞİNE,** üye Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

2. Orhan Bayram, Veli İmrak ve Özcan Çetin yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi ve usul yönünden **İHLAL EDİLMEDİĞİNE, OY BİRLİĞİYLE,**

3. Başvuruculların katıldığı birinci eylem açısından başvuruculların tamamının Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,** üye Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

4. Başvuruculların katıldığı ikinci eylem açısından;

a. Orhan Bayram yönünden Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının **İHLAL EDİLMEDİĞİNE, OY BİRLİĞİYLE,**

b. Ali Rıza Özer, Özcan Çetin, Veli İmrak, Tunay Özaydın ve Deniz Doğan yönünden Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,** üye Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

C. Başvurucular tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderlerinin **BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE, OY BİRLİĞİYLE,**

D. 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, **OY BİRLİĞİYLE,**

E. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına, Adalet Bakanlığına ve İçişleri Bakanlığına gönderilmesine, **OY BİRLİĞİYLE,**

6/1/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 31.5.2015 tarihinde kayda geçen başvuru formunda olayın genel olarak açıklamasında bulunulduğu ve somut olarak da yaşam hakkına (Anayasa Md. 17) yönelik ihlâl iddiasında bulunulduğu, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına (Anayasa Md. 34) ilişkin herhangi bir ihlâl iddiasında bulunulmadığı görülmektedir. Her ne kadar 3.7.2013 tarihinde kayda geçen "Ek beyan dilekçesi"nde bu konuda talepte bulunulduğu anlaşılmaktaysa da; 6216 sayılı Kanun'un 47/3. maddesinin açık hükmü karşısında, başvuru formunda beyan edilmeyen bir hak ihlâli iddiasının, 47/6. maddesi kapsamında "başvuru evrakında eksiklik" şeklinde nitelendirilerek, ek bir beyanla ikmal edilebilmesine imkân olmadığından, bu yeni ihlâl iddiasının incelenebilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan, Anayasa'nın 34. maddesine ilişkin iddialar konusunda kabul edilemezlik kararı verilmesi gerekmektedir.

Bu konudaki ihlâl iddiasının özü yönünden de; Anayasa'nın 34/2. ve AİHS'nin 11/2. maddelerinin bu hakkın kullanımı yönünden sınırlama getirilebileceği hususunu düzenlediği, davanın somutunda, çoğunluk kararında da benimsendiği üzere toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına yapılan müdahalenin "kanunilik" unsurunu taşıdığı, keza "meşru bir amaçla" müdahalede bulunulduğunda kuşku bulunmadığı, "demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük" unsuru yönünden yapılan değerlendirmede ise dosyada mevcut bilirkişi raporları ve görüntü CD'leri gibi delillerin birarada incelen-

mesinden, bu unsur bakımından da bir ihlâl nedeninin bulunmadığı ve başvurunun reddi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

2. Anayasa'nın 17. maddesi yönünden yapılan değerlendirme de aşağıdaki nedenlerle ihlâl olmadığına karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır:

4.7.1934 tarih ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 16. maddesinde polisin zor kullanma yetkisi düzenlenmekte ve bu yetkinin bedeni ve maddi güç (basınçlı su ve göz yaşartıcı gaz kullanma halleri dahil) kullanma şeklinde olabileceği, zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarının yapılacağı, ancak direnmenin mahiyeti ve derecesi gözönünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabileceği hüküm altına alınmaktadır. Dosyada yer alan bilirkişi raporları ve Cumhuriyet Savcılığı Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararının incelenmesinden güvenlik kuvvetlerinin göstericilere vaki müdahalesinin yasal zor kullanma yetkisi kapsamında kaldığı, bu yetkinin orantısız biçimde aşılmak suretiyle yaşam hakkının ihlâl edildiği yolundaki soyut iddiayı destekleyici somut bir bulgu ve kanıtın bulunmadığı, mevcut sağlık raporlarında somutlaşan arıza ve darp izlerinin zor kullanma yetkisinin orantısız biçimde güvenlik kuvvetlerince meydana getirildiğine ilişkin, beyan dışında somut bir emarenin mevcut olmadığı, kalabalık ve kargaşa halinde meydana geldiği muhakkak olmakla beraber doğrudan güvenlik kuvvetlerine matufiyeti konusunda ciddi bir verinin bulunmadığı (somutlaştırılmış iddia, görüntü kaydı v.b.), bu konudaki vaki şikâyet üzerine yapılan hazırlık soruşturmasında da usuli yönden herhangi bir noksanlığın sözkonusu olmadığı, dolayısiyle olaya bir bütün olarak bakıldığında Anayasa'nın 17. maddesinin maddi ve usuli bakımlardan ihlâl edildiğine ilişkin bir sonuca ulaşmanın farazi bir kabule dayanabileceği kanaatine ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; her iki ihlâl iddiası bakımından "ihlâl bulunmadığı" kararı verilmesi gerektiğini değerlendirdiğimden; çoğunluğun aksi yönündeki kararına katılamadım.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

OSMAN ERBİL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2394)

Karar Tarihi: 25/3/2015

R.G. Tarih- Sayı: 18/6/2015-29390

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Celal Mümtaz AKINCI
Raportör	:	Murat ŞEN
Başvurucu	:	Osman ERBİL
Vekili	:	Av. Asuman Esin ÖZBEY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, arkadaşları ile birlikte Aydınlık Gazetesi ve üyesi olduğu İşçi Partisinin bazı yöneticilerinin gözaltına alınmasını protesto etmek için ABD Büyükelçiliği önünde basın açıklaması yapmak istemelerinin engellenerek gözaltına alınması ve yasadışı gösteriye katılmak suçundan hapis cezasına mahkûm edilmesi nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, yargılanmanın yenilenmesi ve tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 4/4/2013 tarihinde Ankara 23. 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 30/9/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 30/10/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 31/10/2014 tarihinde Adalet Bakanlığına (Bakanlık) bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, 27/11/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvurucuya 11/12/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı 26/12/2014 tarihinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

8. İşçi Partisi üyesi olan başvurucu, 23/8/2011 tarihinde İşçi Partisi ve Aydınlık Gazetesinin bazı yöneticilerinin gözaltına alınmasını protesto etmek amacıyla 24 kişilik bir grupla birlikte 24/8/2011 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Büyükelçiliğinin önüne gitmiştir. Grup, Aydınlık Gazetesi ve İşçi Partisine yönelik uygulamaların, baskıların ve bu kapsamda gözaltına alma işlemlerinin ABD kaynaklı politikalardan kaynaklandığından bahisle ABD Büyükelçiliğinin önünde basın açıklaması yaparak kamuoyunun dikkatini ABD yanlısı politikalara çekmeyi amaçlamıştır.

9. Grup basın açıklaması yapacağı sırada saat 15:35'de polis, protestonun yapıldığı yere intikal etmiştir.

10. 24/8/2011 tarihli Olay, Yakalama ve Muhafaza Altına Alma Tutanağı kapsamında polis olay yerine intikal ettiğinde içlerinde başvurucunun da bulunduğu grubun "*Aydınlığa Özgürlük, Kahrolsun Faşist Diktatörlük, Aydınlık Susmayacak, Kahrolsun ABD İşbirlikçi AKP, Faşizme Geçit Yok Aydınlık Türkiye, Yurtseverlik Kalesi İşçi Partisi, Kahrolsun AKP Diktatörlüğü*" şeklinde slogan attıklarını ve gruptan bir kişinin kırmızı sprey boya ile elçilik duvarına "*Ergenek, Puşt Amerika, Hesap Soracağız, İşçi Partisi Susmayacak*" şeklinde yazı yazdığını tespit etmiştir.

11. Polis, grubun yaptığının yasadışı bir gösteri olduğu ve dağılmaları gerektiği, aksi takdirde haklarında yasal işlem uygulanacağı ikazında bulunmuştur. Saat 15:38'de ikaz tekrarlanmıştır. Bunun üzerine grupta bulunan iki kişi *"Biz istediğimiz yerde eylem yaparız. Kanun bize önceden izin almadan istediğimiz yerde eylem yapabilme hakkı veriyor, bu yüzden burada eylememize devam edeceğiz"* diyerek grubun dağılmaması yönünde telkinde bulunmuşlardır.

12. Başvurucunun iddiası çerçevesinde polis gruba 15:45'de müdahale etmiş ve anılan tutanağa göre 23 protestocu gözaltına alınmıştır. Bir protestocunun avukat olduğunun tespit edilmesi üzerine kimlik tespitinden sonra serbest bırakılmıştır.

13. Olay, yakalama ve muhafaza altına alma tutanağı kapsamında gözaltına alma esnasında grupta bulunan kişiler kolları ile birbirlerine kenetlenerek kendilerini yere atmış ve yakalama işlemi yapan polislere tekme atarak itmeye çalışmışlardır.

14. Başvurucu ertesi gün 25/8/2011 tarih ve saat 11:25'e kadar gözaltında tutulmuştur. Daha sonra başvurucu Ankara Adliyesine götürülmüş ve Cumhuriyet savcılığınca serbest bırakılmıştır.

15. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 22/9/2011 tarih ve E.2011/578 sayılı iddianamesi ile başvurucu ve diğer basın açıklamasına katılan kişiler hakkında 6/10/1983 tarih ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca cezalandırılmaları talebiyle Ankara 23. Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır.

16. Mahkemenin 3/4/2012 tarihli duruşmasında, basın açıklaması yapanlara dağılmaları gerektiğini bildiren emniyet amirinin tanık olarak beyanı alınmıştır. Emniyet amiri beyanında basın açıklamasına katılan sanıkların herhangi bir şekilde olay sırasında mukavemet göstermediklerini ve zor kullanmadıklarını, sadece yakalama yapılırken birbirleriyle zincir oluşturarak işlem yapılmasını engelleyiklerini ve çevik kuvvete herhangi bir saldırılarını görmediğini belirtmiştir.

17. Mahkeme, 11/1/2012 tarih ve E.2011/656, K.2012/1211 sayılı kararı ile başvurucu ve diğer sanıkların eylemlerine uyan 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası uyarınca neticeten beş ay hapis cezasına hükmetmiş ve adli sicil kaydına göre daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm edilmemiş olması, eylem nedeniyle somut bir zararının ortaya çıkmaması, başvurucunun kişilik özellikleri, duruşmadaki tutum ve davranışları gözetilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

18. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

"Suç tarihinde sanıkların Atatürk Bulvarı üzerinde bulunan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yakın olan ABD Büyükelçiliği önünde gösteri yaptıkları, 2911 sayılı Kanun'un 10. maddesi gereğince en az 48 saat önce toplantı yapılacağının Valiliğe bildirilmesi gerektiği halde böyle bir bildirim yapılmadığı, ayrıca aynı yasanın 22/1. Maddesi gereğince TBMM'ye 1 kilometreden daha yakın olan yerlerde toplantı ve gösteri yürüyüşü yapıldığı, emniyet birimlerinin sanıkları toplantıyı sona erdirip dağılmaları konusunda ikaz etmelerine rağmen sanıkların kendiliğinden

toplantıya son vermedikleri, Çevik Kuvvetin zor kullanarak gösteriyi dağıttığı, sanıkların dağılmamak için zincir oluşturdukları, böylece tüm sanıkların üzerine atılı suçu işledikleri, mahkememizce sabit görülmüş ve aşağıdaki hüküm kurulmuştur."

19. Anılan karara başvurucunun itirazı, Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 26/11/2012 tarih ve 2012/1037 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir. Karar başvurucuya 5/3/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu, 4/4/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

21. 2911 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, önceden izin almaksızın, bu Kanun hükümlerine göre silahsız ve saldırısız olarak kanunların suç saymadığı belirli amaçlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir."

22. Aynı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrası şöyledir

"(Değişik fıkra: 3/8/2002 tarih ve 4771 sayılı Kanun'un 5. md.) Toplantı yapılabilmesi için, düzenleme kurulu üyelerinin tamamının imzalayacakları bir bildirim, toplantının yapılmasından en az kırksekiz saat önce ve çalışma saatleri içinde, toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu valilik veya kaymakamlığa verilir."

23. Aynı Kanun'un 22. maddesi şöyledir:

"Genel yollar ile parklarda, mabetlerde, kamu hizmeti görülen bina ve tesislerde ve bunların eklentilerinde ve Türkiye Büyük Millet Meclisine bir kilometre uzaklıktaki alan içinde toplantı yapılamaz ve şehirlerarası karayollarında gösteri yürüyüşleri düzenlenemez.

Genel meydanlardaki toplantılarda, halkın ve ulaşım araçlarının gelip geçmesini sağlamak üzere valilik ve kaymakamlıklarca yapılacak düzenlemelere uyulması zorunludur."

24. Aynı Kanun'un 23. maddesi şöyledir:

"a) 9 ve 10 uncu madde hükümlerine uygun biçimde bildirim verilmeden veya toplantı veya yürüyüş için belirtilen gün ve saatten önce veya sonra;

...

e) 20 nci maddedeki yöntem ve şartlara ve 22 nci maddedeki yasak ve önlemlere uyulmaksızın,

... Yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri Kanuna aykırı sayılır."

25. Aynı Kanun'un 32. maddesi şöyledir:

"(Değişik madde: 22/7/2010 tarih ve 6008 sayılı Kanun'un 1.md.) Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur.

İhtara ve zor kullanmaya rağmen kolluk görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanılarak direnilmesi halinde, ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 265 inci maddesinde tanımlanan suçtan dolayı da cezaya hükmolunur.

23 üncü maddede yazılı hallerden biri gerçekleşmeden veya 24 üncü madde hükmü yerine getirilmeden yetki sınırı aşılarak toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin dağıtılması halinde, yukarıdaki fıkralarda yazılı fiilleri işleyenlere verilecek cezalar, dörtte bire kadar indirilerek uygulanabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

26. 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi şöyledir:

"...

(5) (Ek fıkra: 6/12/2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun'un 23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.*

(6) (Ek fıkra: 6/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010-6008 S.K/7.md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) (Ek fıkra:06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 6/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/06/2014-6545 S.K./72. md) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.

...

(10) (Ek fıkra: 6/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 6/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 25/3/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 4/4/2013 tarih ve 2013/2394 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

28. Başvurucu, Aydınlık Gazetesi ve üyesi olduğu İşçi Partisinin bazı yöneticilerinin gözaltına alınmasını protesto etmek için ABD Büyükelçiliği önünde toplandıklarını, basın açıklaması yapılacağı sırada polisin gruptan daha çok sayıda kuvvet ile olay yerine geldiğini, çok kısa süre içinde polisin müdahale ederek grubu dağıtıp herkesi gözaltına aldığını, gözaltında haksız yere hiçbir yasal dayanak olmadan 13 saat tutulduğunu, hakkında açılan kamu davası sonunda hapis cezası aldığını ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini, grubun barışçıl amaçlarla bir araya geldiğini, polise karşı saldırı olmadığını, bu şekilde barışçıl bir toplantı yapmalarının engellendiğini, toplantı öncesi bildirim sisteminin kabul edilmesinin haklarının kullanımına gizli bir engel oluşturduğunu belirterek Anayasa'nın 11., 12., 13., 25., 26., 34., 36., 38.ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, yargılamanın yenilenmesi ve tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

29. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvuru dilekçesinde Anayasa'nın 11., 12., 13., 25., 26., 34., 36., 38.ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği ileri sürülmüş ise de başvurucunun iddiaları, keyfi olarak yasal dayanağı olmaksızın gözaltına alınmasına ve basın açıklaması yapmasının engellenerek hakkında açılan kamu davası sonucunda hapis cezasına mahkûm edilmesine ilişkindir.

30. Başvurucunun gözaltına ilişkin iddiaları Anayasa'nın 19. maddesinde tanımlanan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir.

31. Başvurucu ve arkadaşlarının basın açıklaması yapmalarına izin verilmemesi ve bu sebeple 2911 sayılı Kanun gereğince mahkûmiyetlerine karar verilmesinin Anayasa'nın 25., 26. ve 34. maddelerinde tanımlanan ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiğine dair iddiaları, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının özerk durumu ve amaçlarından birinin ifade özgürlüğünü korumak olduğu, başvuru konusu olayda ifade özgürlüğüne ilişkin iddiaların tamamen toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkından ayrılmasının mümkün olmadığı ve başvurunun münhasır kapsamı gözetildiğinde başvurunun ifade özgürlüğü ışığında Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkının İhlali İddiası

32. Başvurucu, 24/8/2011-25/8/2011 tarihleri arasında keyfi olarak ve yasal dayanağı olmaksızın gözaltına alındığını, 13 saat gözaltında tutulduğunu belirterek Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

33. Bakanlık, başvurunun kabul edilebilirliğine dair herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Öte yandan başvurucuya uygulanan gözaltı tedbirinin somut olayda yasal olarak uygulanabileceği ve gözaltı sürecinde yasal koşullara ve süresine uyulduğu belirtilmiştir.

34. 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."

35. 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 nihaî işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/832, 12/2/2013, § 14).

36. Somut olayda başvurucu, isnat edilen suçlar kapsamında 24/8/2011 tarihinde gözaltına alınmış ve 25/8/2011 tarihinde serbest bırakılmıştır. Başvurucunun hakkında verilen mahkûmiyet kararı ile ilgili şikâyetten ayrı olarak ileri sürdüğü ihlal iddiasının dayanağı olan gözaltı süreci 25/8/2011 tarihinde serbest bırakma kararıyla sona ermiştir.

37. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun keyfi ve yasal bir dayanağı olmaksızın gözaltına alındığı ve 13 saat süre ile kişi özgürlüğünden alıkonulduğu şikâyetinin Anayasa Mahkemesinin yetkisinin başlamasından önce gerçekleştiği ve sona erdiği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının *"zaman bakımından yetkisizlik"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının İhlali İddiası

38. Bakanlık görüşünde, bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulmamıştır

39. Başvurucunun Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurusunun, açıkça dayanaktan yoksun olmadığından ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmediğinden kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

40. Anayasa'nın 34. maddesi şöyledir:

"Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ancak, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve kanunla sınırlanabilir.

Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir."

41. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 11. maddesi şöyledir:

"1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. .

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

42. Başvurucu, Aydınlık Gazetesi ve üyesi olduğu İşçi Partisinin bazı yöneticilerinin gözaltına alınmasını protesto etmek için ABD Büyükelçiliği önünde toplandıklarını, basın açıklaması yapılacağı sırada polisin gruptan daha çok sayıda kuvvet ile olay yerine geldiğini çok kısa süre içinde polisin müdahale ederek grubu dağıtıp gözaltına aldığını, 2911 sayılı Kanun'a muhalefet suçundan hakkında açılan kamu davası sonunda hapis cezası aldığını ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini, grubun barışçıl amaçlarla bir araya geldiğini, polise karşı saldırı olmadığını, bu şekilde barışçıl bir toplantı yapmalarının engellendiğini, toplantı öncesi bildirim sisteminin kabul edilmesinin haklarının kullanımına gizli bir engel oluşturduğunu belirterek toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür

43. Bakanlık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM), Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamındaki içtihatlarına atıfta bulunmuş ve başvurucunun da içinde bulunduğu eylemin 2911 sayılı Kanun gereğince yasadışı bir eylem olduğunun mahkeme tarafından tespit edildiğini, bu durumda kolluğun müdahalesinin yasal bir zemine dayandığını ve müdahalenin amacının kamu düzeninin ve ulusal güvenliğin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi olduğunu belirtmiştir.

44. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı, anılan görüşte belirtilen AİHM kararlarının kendi iddialarını destekler mahiyette olduğunu, basın açıklaması için bir araya gelmelerinin barışçıl olup polisin daha hoşgörülü davranması gerektiğini ve beş ay hapis cezasına mahkûmiyetinin Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal ettiğini beyan etmiştir.

a. Genel İlkeler

45. Anayasa'nın 34. maddesinde düzenlenen toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı bireylerin ortak fikirlerini birlikte savunmak ve başkalarına duyurmak için bir araya gelebilme imkânını korumayı amaçlamaktadır.

Dolayısıyla bu hak, Anayasa'nın 25. ve 26. maddelerinde düzenlenen ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir. İfade özgürlüğünün demokratik ve çoğulcu bir toplumdaki önemi, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı için de geçerlidir. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çoğulcu demokrasilerin gelişmesinde elzem olan farklı düşüncelerin ortaya çıkması, korunması ve yayılmasını güvence altına almaktadır. Bu kapsamda, kendine özgü özerk işlevine ve uygulama alanına rağmen, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konularda sınırlandırılmasının daha dar kapsamda olması toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının uygulamasında da gözetilmelidir (bkz. *Öllinger/Avusturya*, B. No: 76900/01, 29/6/2006, § 38; *Ezelin/Fransa*, B. No: 11800/85, 26/4/1991, § 37). Bu sebeple demokratik bir toplumda temel haklardan biri olan bu hak dar yorumlanmamalıdır (bkz. *G./Federal Almanya*, B. No: 13079/87, 6/3/1989, § 256; *Rassemblement Jurassien Unité/İsviçre*, B. No: 8191/78, 10/10/1979, § 93).

46. Öte yandan, çoğulculuk, hoşgörü ve başkalarının düşünce ve inançlarına saygı duymak demokratik toplumun vazgeçilmez özelliklerindendir. Çoğulcu demokrasilerde, çoğunluğun fikrinin her durumda üstünlüğünün olduğu ileri sürülemeyeceği gibi azınlık veya muhalif fikirlerin korunması ve bunların ifade edilmesinin güvence altına alınması demokratik ilkelere saygının bir göstergesidir. Muhalif ve azınlıkta kalan fikirlerin, çoğunluğun fikirleri nazarında kışkırtıcı veya rahatsız edici olması durumunda dahi korunarak güvence altına alınması çoğulculuğun, açık fikirliliğin, hoşgörünün ve demokratik bir toplumun gerekliliğidir (bkz. *Handyside/Birleşik Krallık,* B. No: 5493/72, 24/9/1976, § 49).

47. Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve ifade özgürlüğü, demokratik toplumunun en temel değerleri arasındadır. Demokrasinin özünde açık bir tartışma ortamıyla sorunları çözebilme gücü yer almaktadır. Şiddete teşvik ve demokrasinin ilkelerini ortadan kaldırma durumları dışında toplantı ve ifade özgürlüğünün ortadan kaldırılmasına yönelik önleyici nitelikli radikal tedbirler, yetkililerin eylemlerde kullanılan ifadeler ve bakış açılarını şaşırtıcı ve kabul edilemez olarak değerlendirdiği ya da eylemlerin yasadışı olduğu durumlarda dahi, demokrasiye zarar verir. Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, mevcut düzene itiraz eden ve barışçıl yöntemlerle gerçekleştirilmesi savunulan siyasi fikirlerin, toplantı özgürlüğü ve diğer yasal araçlarla kendisini ifade edebilmesi imkânı sunulmalıdır (bkz. *Gün ve Diğerleri/Türkiye,* B.No: 8029/07, 18/6/2013, § 70; *Güneri ve diğerleri/Türkiye*, B.No: 42853/98, 43609/98 ve 44291/98, 12/7/2005, § 76).

48. Anayasa'nın 34. maddesi fikirlerin silahsız ve saldırısız, başka bir ifade ile barışçıl bir şekilde ortaya konulabilmesi için toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını güvence altına almıştır. Kolektif bir şekilde kullanılan bu hak, düşüncelerini ifade etmek isteyen kişilere şiddeti dışlayan yöntemlerle düşünceleri açıklama imkânı vermektedir. Şiddet kullanma niyetinde olan kişilerin katıldığı veya düzenlediği gösteriler barışçıl toplanma kavramı dışında kalmaktadır (bkz. *Stankov ve Birleşik Makedonya Örgütü Ilinden/Bulgaristan*, B. No: 29221/95 ve 29225/95, 2/10/2001, § 77; *Birleşik Makedonya Örgütü Ilinden ve Ivanov/Bulgaristan,* B. No:44079/98, 20/10/2005, § 99). Bu kapsamda toplanma hakkının amacı şiddete karışmayan ve fikirlerini barışçıl bir şekilde ortaya koyan bireylerin haklarının korunmasıdır. Bunun dışında toplantının veya gösteri yürüyüşünün hangi amaçla yapıldığının bir önemi yoktur.

49. Bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün yasadışı olması veya yasalara aykırı olarak düzenlemesi tek başına toplantı veya yürüyüşün barışçıl niteliğini ortadan kaldırmaz (bkz. *Oya Ataman/Türkiye,* B. No: 74552/01, 5/12/2006 § 39). Dolayısıyla halka açık yerde yapılan her türlü gösterinin günlük hayatın akışında belli bir karışıklığa sebep olabileceği ve olumsuz tepkilere yol açabileceği açıktır. Bu durumların varlığı toplantı hakkının ihlal edilmesini haklı gösteremez (bkz. *Achouguian/Ermenistan*, B. No: 33268/03, 7/7/2008, § 90;*Berladir ve diğerleri/Rusya,* B. No: 34202/06, 10/7/2012, §§ 38-43; *Disk ve Kesk/Türkiye*, B. No: 38676/08, 27/11/2012, § 29).

50. Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası bazı durumlarda toplanma hakkının sınırlandırılabileceğini kabul etmiştir. Aynı şekilde Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında da sınırlama nedenleri öngörülmüştür. Bu kapsamda toplantı hakkına getirilecek her türlü sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi ön şarttır. Kanunun öngördüğü durumlarda dahi bu hakka müdahalenin meşru amaçlar çerçevesinde olması gerekmektedir. Meşru amaçlar, 34. maddede *"milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"*olarak belirtilmiştir. Sözleşme'de de benzer bir şekilde düzenleme yapılmıştır. Meşru amaçlar çerçevesinde kanun ile yapılacak sınırlamalar dahi Anayasa'nın 13. maddesi gereğince *"Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine"* aykırı olamaz. Dolayısıyla toplantı hakkına müdahale demokratik toplum için gereklilik arz etmelidir. Son olarak müdahale, meşru amaçları gerçekleştirmek için ölçülü olmak zorundadır.

51. Ölçülülük kriteri, Anayasa'nın 34. maddesinde belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile barışçıl toplanma hakkı arasındaki dengenin sağlanıp sağlanamadığını tespit etmek için kullanıl-

maktadır. Şiddet içeren bir gösteri nedeniyle verilen bir mahkûmiyet, belirli şartlar altında kabul edilebilir bir önlem olarak değerlendirilebilir (*Osmani ve diğerleri/Makedonya Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 50841/99, 11/10/2001). Bununla birlikte yasadışı bir gösteri nedeniyle bir yaptırım uygulanması da barışçıl toplanma hakkının güvencelerine uygun olabilir (*Ziliberberg/Moldova* (k.k.), B. No: 61821/00, 4/5/2004). Öte yandan, barışçıl bir gösteriye katılmayı içeren bu hakkın, herhangi bir kınanabilir olaya karışmadığı sürece bir gösteride yasaklanmamış katkılarda bulunan kişilere en düşük kabul edilecek disiplin cezasının dahi uygulanmamasını güvence altına almaktadır (*Ezelin/Fransa*, § 53). Bu durum her somut olayın koşulları gözetilerek değerlendirilmelidir.

52. Anayasa'nın 34. maddesinde herkesin "*önceden izin almaksızın*" barışçıl toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı güvence altına alınmıştır. Bu çerçevede 2911 sayılı Kanun'un 10. maddesinde toplantı ve gösteri yürüyüşleri için bildirim usulü kabul edilmiştir. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanması, bu usullerin amacının, her türlü toplantı, yürüyüş veya diğer gösterilerin düzgün bir şekilde yapılmasını güvence altına almak için yetkililere makul ve uygun tedbir alma imkanı sağlamak olduğu sürece, genel olarak hakkın özüne dokunmaz (bkz. *Bukta ve diğerleri/Macaristan*, B.No: 25691/04, 17/10/2007, § 35;*Oya Ataman/Türkiye*, § 39; *Rassemblement Jurassien Unité/İsviçre*, § 119; *Platform "Ärzte für das Leben"/Avusturya*, B.No: 10126/82, 21/6/1988, §§ 32-34). Bu kapsamda, izin ve bildirim usullerinin uygulanması toplanma hakkının etkin kullanılması imkânını sağlamak içindir. Derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bu tür bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak değerlendirilmelidir (bkz. *Bukta ve diğerleri/Macaristan*, § 36; *Oya Ataman*, §§ 38-39, *Balçık ve diğerleri/Türkiye*, B.No: 25/02, 26/2/2008, § 49, *Samüt Karabulut/Türkiye*, B.No: 16999/01, 27/1/2009, §§ 34-35).

53. Diğer taraftan, toplantı hakkı çerçevesindeki *"sınırlama"* kavramı, ifade özgürlüğünde olduğu gibi sadece hakkın kullanılmasından önceki bazı önleyici tedbirleri değil, hakkın kullanılması sırasında veya kullanıldıktan sonra yapılan muameleleri de kapsar (bkz. *Ezelin/Fransa*, § 39; *Gün ve Diğerleri/Türkiye*, §§ 77-85; *Yılmaz Yıldız ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 4524/06, 14/10/2014, §§ 43-48). Dolayısıyla barışçıl bir gösteri sırasında yapılanlar veya gösteri sonrasında katılımcılara yönelik soruşturma ve cezalandırmalar da toplantı hakkının kullanılmasını sınırlayan davranışlar olarak kabul edilebilir.

54. Barışçıl amaçlarla bir araya gelmiş kalabalıkların toplantı hakkını kullanırken kamu düzeni açısından tehlike oluşturmayan ve şiddet içermeyen davranışlarına devletin sabır ve hoşgörü göstermesi çoğulcu demokrasinin gereğidir.

b. Genel İlkelerin Uygulanması

i. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

55. Başvurucunun, protesto amacıyla basın açıklaması yapan grupla birlikte gözaltına alınarak toplantının dağıtılmasının toplanma hakkına yönelik bir müdahale olduğu açıktır. Bununla birlikte, toplanma hakkının sadece kullanılması sırasında değil kullanılmasından sonraki muamelelerinde hak üzerinde "*sınırlayıcı*" etkisi gözetildiğinde (bkz. § 55) başvurucu hakkında açılan kamu davası sonucunda neticeten beş ay hapis cezasına hükmedilmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi toplanma hakkında yönelik bir müdahale kabul edilmelidir.

ii. Müdahalenin Haklı Sebeplere Dayanması Hakkında

56. Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası ve Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca toplantı hakkına,*"kanunla öngörülmedikçe"* ve 34. madde metninde belirtilen meşru amaçlar dışında müdahale edilemez. Aynı zamanda toplanma hakkına yapılacak bir sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen öze dokunmama, 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.

ii.1. Müdahalenin Kanuniliği

57. Başvuru konusu olayda müdahalenin yasal dayanağı 2911 sayılı Kanun'un 10., 22. ve 24. maddeleridir. Öte yandan 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesi başvurucunun mahkûmiyet kararının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası gereğince toplanma hakkının sınırlandırılması hususunda gerekli yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bu sebeple toplanma hakkına müdahalenin*"kanunilik"* unsuru mevcuttur.

ii.2. Meşru Amaç

58. Başvurucu, basın açıklaması için bir araya gelmiş grubun trafiği engellememiş ve kamu düzenini tehdit etmemiş olması gözetildiğinde polis tarafından yapılan müdahalenin herhangi bir meşru amacının olmadığını ileri sürmüştür.

59. Toplantı ve gösteri yürüyüşüne yapılan bir müdahalenin meşru olabilmesi için Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen *"milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ah-*

lakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" amaçlarına yönelik olması gerekir.

60. Başvurucunun içinde bulunduğu gruba yönelik müdahalenin amacının polis tarafından tutulan tutanaklar incelendiğinde kamu düzenin bozulmasını engellemeye ve kamu güvenliğinin sağlanmasına yönelik olduğu anlaşılmıştır. Bu nedenle, Anayasa'nın 34. maddesi gereğince polisin yaptığı müdahalesinin meşru bir amaç taşıdığı kabul edilmelidir.

ii.3. Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

61. Başvurucu ve içinde bulunduğu grup, Aydınlık Gazetesi ve İşçi Partisinin bazı yöneticilerinin gözaltına alınmasını protesto etmek amacıyla basın açıklaması yapmak için ABD Büyükelçiliğinin önünde toplanmışlardır. Protestonun temel amacı söz konusu gözaltı işlemine kamuoyunun dikkati çekmektir. 24/8/2011 tarihli olay, yakalama ve muhafaza altına alma tutanağı ve gruba müdahale eden emniyet amirinin tanık sıfatıyla duruşmada verdiği beyanı kapsamında başvurucu ve katılımcılar şiddet içeren eylemlerde bulunmamışlardır. Bununla birlikte anılan tutanağa göre katılımcılar kaldırım üzerinde toplanmışlardır. Trafiği aksattıklarına veya günlük hayatın akışını bozduklarına dair herhangi bir hususta da bahsedilmemiştir.

62. Yasaya aykırı bir eylem yapılacağına dair bilgi alan polis saat 15:35'te olay yerine intikal etmiştir. Saat 15:38 sıralarında polis grubun dağılması için ikazda bulunmuştur. Başvurucunun iddiası kapsamında da basın açıklaması yapmalarına fırsat verilmeden saat 15:45 sıralarında başvurucunun da içinde bulunduğu 23 kişi gözaltına alınmıştır. Gözaltına almak için yakalama işlemleri sırasında katılımcıların aktif bir direnişte bulunduklarına yönelik herhangi bir iddia da bulunulmamıştır (bkz. § 13, 17). Dolayısıyla barışçıl olmadığı söylenemeyecek bir eylem sırasında başvurucu ve diğer katılımcıların basın açıklaması yapmasına izin verilmeden gözaltına alınmaları söz konusudur. Daha sonraki süreçte de başvurucu hakkında kamu davası açılmış, bildirimde bulunmadan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) bir kilometre uzaklıktaki alan içinde yasadışı gösteri yapmaktan beş ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Böylelikle başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına protesto gösterisinin dağıtılarak gözaltına alınması ve bu sebeple hapis cezasına mahkûm edilmesi nedeniyle iki ayrı müdahale söz konusudur.

63. Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kamu otoritelerinin toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlandırılmasında belirli bir takdir marjına sahip oldukları açıktır. Ancak bu takdir payının, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca *"Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine"* aykırı olarak kullanıl-

maması gerekir. Bu bağlamda toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına ilişkin iddiaları incelerken Anayasa Mahkemesinin görevi ilgili kamu otoritelerinin takdir payını makul, dikkatli ve iyiniyet çerçevesinde kullanıp kullanmadıklarını değerlendirmektir. Ayrıca şikâyete konu müdahaleyi bir bütün olarak inceleyip meşru amacın gerçekleşmesine yönelik olarak müdahalenin, amacın gerçekleştirilmesi için ölçülü olup olmadığını ve müdahale gerekçelerinin "*ilgili ve yeterli*" olup olmadığını belirlemektir. Böylelikle kamu otoritelerinin, şikâyete konu olayda aldıkları kararların Anayasa'nın 34. maddesine uygun olup olmadığı tespit edilebilecektir.

64. Başvuru konusu olayda başvurucunun içinde bulunduğu grup, 2911 sayılı Kanun'un 10. maddesi gereğince kırk sekiz saat önceden bildirimde bulunmadan ve aynı Kanun'un 22. maddesine aykırı olarak TBMM'ye bir kilometre uzaklıktaki alan içinde bulunan ABD Büyükelçiliğinin önünde toplanmıştır. Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin izin veya bildirim usulüne bağlanmasının, kural olarak tek başına toplanma hakkını ihlal ettiği söylenemez. Aksi takdirde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının, izin ve bildirim gibi yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle yaptırım uygulanmasını yasakladığı gibi yanlış bir sonuca ulaşılabilir (benzer kararlar için bkz. *Ziliberberg/Moldova* (k.k.); *Rai ve Evans/Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 26258/07 ve 26255/07, 17/11/2009).

65. Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kullanırken katılımcıların yürürlükteki mevzuata uygun olarak hareket etmesi gerekir (*Oya Ataman/Türkiye*, §§ 38, 39; *Balçık ve diğerleri/Türkiye*, § 49). Yasal düzenlemelere aykırı olarak gerçekleştirilen bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün barışçıl olsa dahi dağıtılmasının toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını kural olarak ihlal ettiği söylenemez. Ancak polisin makul ve itidalli davranışıyla yasadışı toplantı veya gösteri yürüyüşünü sonlandırılması ve yasadışı barışçıl gösteriye müdahalenin aşırı ve ölçüsüz olmaması gereklidir. Bununla birlikte, katılımcılar açısından derhal tepki verilmesinin haklı olduğu özel durumlarda ve protesto barışçıl yöntemlerle yapıldığında, bir eylemin, sadece bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle dağıtılması ise barışçıl toplantı hakkına ölçüsüz bir sınırlama olarak değerlendirilebilmektedir (bkz. § 54).

66. Başvuru konusu olayda ise protesto yapan başvurucunun içinde bulunduğu gruba yönelik müdahalenin sadece bildirim yükümlülüğü nedeniyle değil 2911 sayılı Kanun'un 22. maddesine aykırı olarak TBMM'ye bir kilometre uzaklıktaki alan içinde eylemi gerçekleştirilmesinden kaynaklandığında bir tereddüt bulunmamaktadır. Milli iradenin somutlaştığı TBMM'nin görevini yerine getirirken belirli bir güvenlik alanı çerçevesinde güvenliğinin sağlanmasına yönelik yasal ve fiili önlemlerin alınmasının makul olmadığı

söylenemez. Ancak bu tür bir güvenlik bölgesi uygulamasının TBMM'nin güvenliğini sağlamak amacını gerçekleştirilmek için her somut olay açısından ölçülü olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale eden kamu otoritelerinin şekli bir bakış açısı ile mesafe sınırını gözeterek yapılan toplantının yasaya aykırı olduğunu tespit etmesi ve bu nedenle toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyenlere müdahale etmesi müdahaleyi tek başına haklılaştıramaz. Müdahale gerekçeleri olayın somut koşulları çerçevesinde "*ilgili ve yeterli*" olmalıdır.

67. Somut olayda, ABD yanlısı politikalara kamuoyunun dikkatini çekmek için ABD Büyükelçiliğinin önünde protesto için bir araya gelen başvurucu ve diğer katılımcıların amacının TBMM'ye yönelik olmadığı açıktır. Katılımcıların, bazı gazete ve parti yöneticilerin gözaltına alınmasını protesto etmek için 2911 sayılı Kanun gereğince bildirimde bulunmalarının beklenmesinin, gözaltı süresinin kısalığı ve ani gelişen bir olaydan kaynaklanması nedeniyle makul olduğu da söylenemez. Öte yandan, katılımcıların sayısı ve şiddet içermeyen davranışları gözetildiğinde eylemin barışçıl niteliğinde de bir tereddüt bulunmamaktadır. Kaldı ki eylemin yapılması nedeniyle toplumsal hayatın etkilendiğine ve kamu düzenin bozulduğuna dair de tutanaklar ve beyanlara yansıyan herhangi bir durum da söz konusu değildir. Dolayısıyla, eylemin yapıldığı yer, TBMM'nin güvenliğine ve çalışma düzenine yönelik bir tehdit oluşturmadığı gibi günlük olağan çalışmasına müdahale edecek etki ve mesafede de bulunmamaktadır. Bu durumda polisin, gerekli güvenlik önlemlerini alarak makul ve itidalli davranışıyla bu gösteriyi sonlandırması yerine basın açıklaması yapmalarına müsaade etmeden yaklaşık 15 dakika gibi çok kısa bir süre içinde başvurucu ve diğer katılımcıları gözaltına almasının demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğu söylenemez.

68. Öte yandan başvurucu, katıldığı barışçıl bir gösterinin 2911 sayılı Kanun'a muhalefet suçunu oluşturduğundan bahisle neticeten beş ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve adli sicil kaydına göre daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm edilmemiş olması, eylem nedeniyle somut bir zararının ortaya çıkmaması, başvurucunun kişilik özellikleri, duruşmadaki tutum ve davranışları gözetilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

69. Barışçıl bir gösteri nedeniyle cezai yaptırım tehdidi altında bulunmanın kural olarak meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile barışçıl toplanma hakkı arasındaki dengeyi (bkz. § 53) sağladığı söylenemez (*Akgöl ve Göl/Türkiye*, B. No: 28495/06, 28516/06, 17/5/2011, § 43). Başvurucu, 2911 sayılı Kanun'a aykırı olarak bildirim yapmadan ve TBMM'ye bir kilometre uzaklıktaki alan içinde yapılan eyleme katılmış ve polisin, katılımcıların dağılması yönündeki ikazına uymayarak eyleme devam etmiştir. Öte yan-

dan, Ankara 23. Asliye Ceza Mahkemesi mahkûmiyet kararının gerekçesinde sadece 2911 sayılı Kanun'a aykırı eylemleri belirtmekle yetinmiştir. Protesto eyleminin barışçıl olup olmadığı, eylem nedeniyle toplumsal hayatın etkilenip etkilenmediği, kamu düzenin bozulup bozulmadığı, eylemin yapıldığı yerin TBMM'nin güvenlik ve çalışma düzenine yönelik bir tehdit oluşturup oluşturmadığı gibi günlük olağan çalışmasına müdahale edecek etki ve mesafede de bulunup bulunmadığı hususları değerlendirilmemiştir. Bu bağlamda, Mahkeme meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile barışçıl toplanma hakkı arasındaki dengeyi gözetmeksin beş ay hapis cezası gibi ölçülü olduğu söylenemeyecek bir mahkûmiyet kararı vermiştir.

70. Başvurucunun mahkûm olduğu hapis cezasının açıklanmasının geri bırakılması kararının hakka ölçüsüz müdahale oluşturup oluşturmadığı da ayrıca değerlendirilmelidir. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına göre hükümlü beş yıl denetim süresine tabi tutulur, aynı maddenin (10) ve (11) numaralı fıkraları uyarınca hükümlü denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davrandığı takdirde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesine, denetim süresi içinde kasten ve yeni bir suç işlemeleri veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde hükmün açıklanmasına karar verilir.

71. Başvurucu hakkında verilen geri bırakma kararının başvurucunun tekrar bir basın açıklaması veya toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılıp mahkûm olması durumunda açıklanma ve bu durumda beş ay hapis cezasını infaz edilme ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla başvurucu katıldığı bir barışçıl gösteri nedeniyle beş yıl boyunca bir ceza tehdidine maruz kalacak ve bundan sonra herhangi bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılıp katılmama yönünde geri bırakma kararının caydırıcı bir etkisi olacaktır (benzer bir karar için bkz. B. No: 2013/1461, 12/11/2014, §§ 72-76).

72. Somut olayda, başvurucunun, barışçıl bir gösteri olmasına rağmen yasadışı olması gerekçesiyle beş ay hapis cezasına mahkûm edilmesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi, başvurucuyu ceza tehdidi altında tutmaya devam etmesi ve kararın caydırıcı etkisi nedeniyle ölçülü olduğu söylenemeyeceği gibi Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kamu düzeni ve milli güvenliğin sağlanması için gerekli olduğu da söylenemez (*Gün ve Diğerleri/Türkiye*, §§ 77-85; *Yılmaz Yıldız ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 4524/06, 14/10/2014, §§ 43-48).

73. Yukarıda belirtilenler ışığında, başvurucunun katıldığı basın açıklaması eyleminin 2911 sayılı Kanun'un 10. ve 22. maddelerine aykırı olduğu gerek-

çesi ile sonlandırılması ve bu eylem nedeniyle aynı Kanun'un 32. maddesi uyarınca neticeten beş ay hapis cezasına mahkûm edilmesi şeklindeki müdahalenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olsa dahi, Anayasa'nın 34. maddesi kapsamında "*demokratik bir toplumda gerekli*" ve "*ölçülü*" olduğu söylenemez. Bu bağlamda , başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ile kamu düzeni ve güvenliğinin korunması arasında dengenin sağlanamadığı tespit edilmiştir.

74. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

75. Başvurucu, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı ihlal edildiği için 50.000,00 TL manevi tazminat ve yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur.

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. Başvurucunun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı bağlamında, gösterinin dağıtılarak gözaltına alınması şeklindeki müdahaleye bağlı ihlal açısından, ihlal tespitinin yeterli tatmin sağladığı değerlendirildiğinden, başvurucunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

78. 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.

79. Başvurucunun, hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle halen denetimli serbestlik tedbiri, dolayısıyla ceza tehdidi altında bulunduğu ve bu hususun toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını ihlal ettiği gözetilerek yapılan ihlal tespiti açısından, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Ankara 23. Asliye Ceza Mahkemesine ve karardan bilgi edinilmesi için Adalet Bakanlığına ve İçişleri Bakanlığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun, Anayasa'nın 19. maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerinin *"zaman bakımından yetkisizlik"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Başvurucunun, Anayasa'nın 34. maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Başvurucunun Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın Ankara 23. Asliye Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun tazminat talebinin REDDİNE,

F. Başvurucu tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderlerinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Bilgi edinilmesi için kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına ve İçişleri Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

H. 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,

25/3/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

MÜLKİYET HAKKI (MD. 35)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

SERVET SARAÇOĞLU VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2012/1281)

Karar Tarihi: 24/6/2015

R.G. Tarih- Sayı: 13/8/2015-29444

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Tarık KAVAK
Başvurucular	:	Servet SARAÇOĞLU
		Osman SARAÇOĞLU
		Niyazi SAVAŞIR
		Nimet ÖNER
		Murat SARAÇOĞLU
		Mehmet E. SARAÇOĞLU
		Hülya YİĞİT
		Hasan SAVAŞIR
		Halil SARAÇOĞLU
		Habip SAVAŞIR
		Gülten ERTEN
		Fevzi SAVAŞIR
		Erkan KIRICI
		Emiş SARAÇOĞLU
		Lütfiye SARRAÇ
Vekilleri	:	Av. Gülsevil ÇİFTLER
		Mehmet S. SARAÇOĞLU
		Hikmet K. SARAÇOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, 19/12/1997 tarihinde açılan men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat davasının 1/11/2012 tarihine kadar devam etmesi ve söz konusu yargılama sırasında, daha önce başvurucular lehine verilen tapu iptal ve tescil kararının dikkate alınmaması nedeniyle makul sürede yargılanma, adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddiası hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 21/12/2012 tarihinde İskenderun 3. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölümün İkinci Komisyonunca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından 26/3/2013 tarihinde yapılan toplantıda Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 5/3/2014 tarihinde yapılan değişiklikten önceki hâliyle (b) bendi uyarınca 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 Bakanlığı 3/6/2013 tarihli yazısında görüşlerini bildirmiştir.

6. Adalet Bakanlığının görüş yazısı başvuruculara tebliğ edilmiş, başvurucular 25/6/2013 tarihinde Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını bildirmişlerdir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

7. Başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu yargılama dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

1. Taşınmaza İlişkin Bilgiler ve Kamulaştırma Süreci

8. Hatay ili İskenderun ilçesi Karayılan köyü Saylaklı mevkii 210 tapulama numaralı parselde bulunan 46.131 metrekare yüzölçümlü bireysel başvuru konusu taşınmaz ile bireysel başvuru kapsamı dışındaki 26 tapulama numaralı, 47.250 metrekare yüzölçümlü taşınmaz, Toprak Tevzi Komisyonunca 1961 yılının aralık ayında Hazine adına tespit görerek, 26/12/1961 tarihli ve 96 sayılı tapu kaydına istinaden Hazine adına tescil edilmiştir.

9. Toprak tevzi komisyonu tutanakları ve kararlarına göre tapulama öncesinde, 26 parsel sayılı taşınmazın 362 ve 210 parsel sayılı taşınmazın 350 numaraya kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır.

10. Türkiye Demir Çelik Fabrikaları Genel Müdürlüğü (TDÇİ)'nün 27/1/1968 tarihli ve 52 sayılı Yönetim Kurulu kararıyla; Payas-Sarıseki-İskenderun hudutları dahilinde bulunan ve teklife ilişik plan ile listelerde durumları gösterilen toplam 15.992.688 metrekarelik arazinin, üçüncü demirçelik sanayi tesisinin kurulması maksadıyla, 31/8/1956 tarihli ve 6830 sayılı İstimlak Kanunu hükümleri uyarınca istimlakı yönünde karar alınmış, bu karar anılan Kanun'un 6. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, Sanayi Bakanlığı Sanayi Dairesi Reisliğinin 3/2/1968 tarihli ve 01175 sayılı işlemiyle uygun görülerek kamulaştırma işlemi gerçekleştirilmiştir.

11. TDÇİ'nin İskenderun Tapulama Mahkemesine gönderdiği 26/6/1985 tarihli ve 182/01327 sayılı yazı ile 22/1/1986 tarihli ve 5907 sayılı yazısına göre, 26 parsel sayılı taşınmazın 516 ve 517; bireysel başvuruya konu edilen 210 parsel sayılı taşınmazın ise 350 parsel numarasıyla, değinilen büyük çaplı kamulaştırma işlemi kapsamında kamulaştırıldığı anlaşılmaktadır.

12. Davalı idarenin İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesine, E.1997/1195 sayılı dosya kapsamında gönderdiği yazıya göre, bireysel başvuruya konu edilen 210 sayılı parsele o tarihte zilyet olmaları nedeniyle kamulaştırma işlemi başvuruculara tebliğ edilmiştir.

2. Başvuru Konusu Taşınmaz ile Komşu Parseller Hakkında Geçmişte Açılan Davalar ve Bunlara İlişkin Yargılama Süreci

a. Tezyidi Bedel Davası

13. Başvurucular, dava konusu parselin de dâhil olduğu farklı parsel numaralı toplam on adet taşınmaz için, kamulaştırma işlemine istinaden 30/5/1968 tarihinde tezyidi bedel davası açmışlardır. İskenderun 1. Asliye Hukuk Hakimliğinin 31/12/1975 tarihli ve E.1968/521, K.1975/724 sayılı kararıyla; bireysel başvuruya konu edilen 210 nolu parsel ile başvuru konusu edilmeyen 26 nolu parsel dışındaki taşınmazlarda bedelin arttırılmasına karar verilmiştir. 26 ve 210 nolu parseller yönünden ise kadastro tespitinin Hazine adına yapılmış olması ve bu nedenle başvuruculaların bu parsellere yönelik taleplerini atiye (geleceğe) terk etmelerinden dolayı, her iki parsel yönünden karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir.

b. Taşınmazların TDÇİ Adına Tapu Siciline Tesciliyle Buna Karşı Açılan Tespite İtiraz Davası

14. TDÇİ tarafından, taşınmazlar üzerinde fabrika kurulmaya başlanması üzerine, 3/7/1969 tarihli ve 76 sayılı tapu kaydıyla, Hazine adına tescilli bulunan taşınmazlar mal müdürlüğünün devir ve temliki sonucunda TDÇİ adına tescil edilmiştir.

15. Başvuruculaların murisi Abdurrahman Saraçoğlu tarafından, TDÇİ adına yapılan tespite itiraz edilmiş ancak tapulama komisyonunca itiraz reddedilmiştir.

16. İtirazın reddedilmesi üzerine anılan kişi tarafından kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayanılarak, Demir Çelik Müessese Müdürlüğü ve Köy İşleri Bakanlığı aleyhine Tapulama Mahkemesinde, 26 ve 210 nolu parseller için ayrı ayrı tapulama tespitine itiraz davası açılmış, görevsizlik kararı verilmesi üzerine 8/7/1971 tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açılmış, bu mahkeme tarafından da görevsizlik kararı verilmiştir.

17. Emsal kararların ışığında, tapulama sırasında ihtilaflı bulunan taşınmazların gerçek hak sahibinin belirlenmesi yetkisinin Tapulama Hakimliğinde olduğu gerekçesiyle dosya yeniden Tapulama Mahkemesine intikal etmiştir.

18. İskenderun Tapulama Mahkemesinin 22/4/1982 tarihli ve E.1978/37, K. 1982/12 sayılı kararında; toprak tevzi komisyonu tutanakları ve kararlarının tetkikinden, her iki taşınmazın, sahipleri tarafından ibraz edilen belgeler haricinde kaldıkları için 27/3/1950 tarihli ve 7467 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5618 sayılı, Çiftçiyi Topraklandırma Hakkındaki 4753 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bu Kanuna Bazı Maddeler ve Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun'un 13. maddesi gereğince Hazine adına tespit yapıldığının anlaşıldığı, bu tespit ve tescil işinden yaklaşık on yıl sonra buraya üçüncü demirçelik fabrikasının kurulacağının öğrenilmesi üzerine sözkonusu yere tapulamanın girdiği, tapulamaca başlangıçta Hazine tapusunun mevcut olduğu gerekçesiyle tespit yapıldığı, bilahare itiraz üzerine tapulamanın ihtilafa el koyduğu, davacının, kök muris adına kayıtlı eski tapu ve vergi kayıtlarına dayandığı, davalıların ise dava zamanaşımına, taşınmazın usulüne uygun olarak Hazine adına tapulu bulunmasına ve davacının samimiyetsiz davrandığı iddiasına dayandıkları yönünde, maddi vakıaya ilişkin tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

19. Mahkeme, kararında devamla; eski tapu ve vergi kayıtlarının celbedilip, 21/5/1980 tarihinde mahallinde keşif yapıldığı, davacı şahitleri ile kısmen de

bilirkişiler, köyün taşınmazlarının büyük kısmı istimlaka uğradığından birbirlerini tutan beyanlarıyla iddiayı doğrulamak istemişlerse de, Toprak Tevzi Komisyonunun belirtmeliğinde yazılı ve aynı köyden dört bilirkişi, köy muhtarı ve dört azanın imzalı bilgilerini havi tutanağın aksini ısbat edemedikleri, arz yüzeyinin fabrika kurulması sonucu tamamen değişmesi nedeniyle, ibraz edilen kayıtların mahalline tatbik edilemediği, şahitlerin afaki sözlerinin inandırıcı olmadığı şeklinde, tespit ve değerlendirmelerini sürdürmüştür.

20. Mahkeme sonuç olarak; toplanan tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde, Toprak Tevzi Komisyonunca tesis edilen işlemin geçerli, kanuna ve usulüne uygun bulunduğu, bunların aksinin ısbat edilemediği, esasen davanın dokuz-on yıl sonra demir-çelik istimlaklarından kazanç temini gayesiyle ikame olunduğu gerekçesine dayanarak, davacının sübut bulmayan, mülkiyetin kendisine ait olduğunun tespiti davasının reddi ile 26 ve 210 parsel sayılı taşınmazların, tapulama sırasındaki belirlemeye uygun olarak gerçek sahibinin Hazine olduğunun tespitine, böylece her iki parselin de vâki istimlak sebebiyle davalı İskenderun Demirçelik Müessese Müdürlüğü adına tapuya tesciline karar vermiştir.

21. Kararın davacı tarafından temyizi üzerine Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 10/5/1984 tarihli ve E.1984/6885, K.1984/6781 sayılı kararıyla; davacı tarafın eski tarihli tapu kayıtlarına, davalıların ise 11/6/1945 tarihli ve 4753 sayılı Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu'na göre Hazine adına oluşan ve tapulama tespitinin yapıldığı günden sonra, 28/6/1938 tarihli ve 3522 sayılı, Devlet Tarafından Kurulacak Demir ve Çelik Fabrikalarının Haiz Olacakları Muafiyet Hakkında Kanun'a dayanarak mal müdürlüğünün temliki ile intikal eden 3/7/1969 tarihli ve 76/81 sayılı tapu kaydına dayandığı, davalı tarafın tapu kaydının, dava konusu parsellere ait olduğu yönünde ihtilaf yok ise de davacı tarafın dayandığı tapu kayıtlarının kapsamının belirlenmesi için yapılan keşif ve uygulamanın hüküm vermeye elverişli olmadığı, toprak dağıtım komisyonunun belirtme tutanaklarındaki bilgiler, bu yöreye ait tüm vergi kayıtları ve komşu parsel tutanakları ile onların dayanağı belgeler ve sair inceleme-araştırma yapılmadan hüküm kurulmasının isabetsiz olduğu gerekçesiyle karar bozulmuştur.

22. Yargıtayın bozma kararı üzerine İskenderun Tapulama Hakimliğinin 17/9/1986 tarihli ve E.1985/2, K.1986/68 sayılı kararıyla; bozma kararı gereğince celbedilen istimlak evraklarının incelenmesinden, TDÇİ'nin, demirçelik fabrikası yapılması için 3/2/1968 tarihinde istimlak kararı aldığının, tapulama tespitinin ise 6/4/1969 tarihinde yapıldığının ve mahallinde icra edilen keşif sırasında taşınmazın demirçelik fabrikalarının istimlak sınırları içerisinde kaldığının saptandığı, tapulama tespitinden önce yapılmış olan istimlak ile

mülkiyetin kamuya geçtiğinin anlaşıldığı, sınırlı yetkili olan tapulama mahkemesinin mülkiyeti saptamakla görevli olduğu, istimlak ile mülkiyet kamuya geçtiğinden dolayı davacının hakkının bedeli istemekten ibaret olduğu, bunun ise mahkemelerinin yetkisi dışında bulunduğu, sonuç olarak davacının istimlak tarihinden önce mülkiyetin kendisine ait olduğu iddiasının mahkemelerince incelenmesine gerek ve mahal bulunmadığı, mülkiyetin tapulama tespitinden önce idareye geçmiş olduğu gerekçesiyle, davanın reddine 26 ve 210 nolu parsellerin TDÇİ adına tapuya tesciline, davacının istimlak bedellerini dava ve takip etmesi hususunda muhtariyetine karar verilmiştir.

23. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 16. Hukuk Dairesinin 1/7/1988 tarihli ve E.1987/16096, K.1988/12083 sayılı kararıyla; taşınmazların, 4753 sayılı Kanun'un uygulanması sonucu Hazine adına tapu oluştuktan sonra TDÇİ tarafından istimlak kararının alındığı ve Hazine ile anlaşmaları neticesinde bu yerlerin kayden davalı TDÇİ'ye temlik edildiği, idarenin tapusu veçhile tespit yapıldığı, davacının ise eski tarihli bir tapuya istinaden itiraz ettiği ve dava açtığı, bozma kararına uyulmakla taraflar yararına usuli kazanılmış hak doğacağı, bu hakkın mahkemelerce ihlal edilemeyeceği, uyulan bozma kararının gereği yerine getirilmeyip farklı mülahazalarla tespit ve tescile karar verilmesinde isabet bulunmadığı gerekçesiyle, kararın yeniden bozulmasına hükmedilmiştir.

24. Bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonucunda, İskenderun Kadastro Mahkemesinin 14/9/1990 tarihli ve E.1988/135, K.1990/70 sayılı kararıyla; mahallinde yapılan keşif ile yeminli olarak dinlenen bilirkişi ve tanık beyanlarına göre dava konusu parsellerin tespit öncesinde kırk-elli yılı aşkın bir süredir davacıların nizasız-fasılasız zilyet ve tasarruflarında olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davacıların davasının kabulüne, 26 ve 210 nolu parsellerin davacılar adına tapuya tespit ve tesciline karar verilmiştir.

25. Kararı temyizen inceleyen Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, 30/12/1992 tarihli ve E.1991/729, K.1992/23403 sayılı kararıyla; bozma kararına uyularak yapılan araştırma, inceleme ve uygulamanın hüküm vermeye yeterli olmadığı, davacı tarafın dayandığı Teşrinievvel 288 tarihli ve 329 sayılı vergi kaydı ile *"Nisan 308"* tarihli ve 5 sayılı tapu (vergi) kaydı uygulamasının, dava konusu parsellerin hangisine tekabül ettiğinin ortaya konulmadığı, gerekli inceleme ve araştırma sonucunda yeniden hüküm kurulmasının lüzumlu olduğu gerekçesiyle kararın bozulmasına hükmetmiştir.

26. Bozma kararına uyularak yapılan yargılama sonucunda, İskenderun Kadastro Mahkemesinin 17/9/1993 tarihli ve E.1993/26, K.1993/42 sayılı kararıyla; 17/5/1993 tarihinde yapılan keşif sonucu yeminli olarak dinlenen mahalli bilirkişi ve tanık beyanlarından, *"Nisan 308"* tarihli ve 5 sayılı vergi kaydının,

nizalı 26 nolu parsele ait olup bu taşınmaza mevki ve hudut itibarıyla uyduğunun, nizalı 210 nolu parselin ise önceleri dava dışı 209 nolu parsel ile bir bütün halindeyken, aradan tren yolunun geçmesi üzerine iki parçaya ayrıldığının, 63 tahrir 12 nolu vergi kaydının bu iki taşınmazı bir bütün halinde kapsadığının, mevki ve hudut itibarıyla her iki taşınmaza uyduğunun, dava konusu 26 ve 210 parsel sayılı taşınmazlar üzerinde davacılar ile murislerinin zilyetliklerinin, malik sıfatıyla, nizasız ve fasılasız 20 yıldan fazla sürdüğünün anlaşıldığı gerekçesiyle, davanın kabulüne, her iki parselin davacılar (başvurucular) adına tapuya tespit ve tesciline karar verilmiştir.

27. Kararın temyizi üzerine Yargıtay 17. Hukuk Dairesinin 5/10/1994 tarihli ve E.1994/5128, K.1994/7507 sayılı kararıyla; derece mahkemesi kararının 26 nolu parsele ilişkin kısmı onanmış, bireysel başvuruya konu edilen 210 nolu parsel yönünden ise yapılan araştırmanın yetersiz olduğu, zira, toprak tevzi komisyonu tarafından düzenlenen belirtmelik tutanaklarının 210 nolu parsel ile bir ilgisinin bulunmadığı gibi üç sınırı deniz ve kumsalı ile çevrili olduğu halde kıyı şeridi konusunda herhangi bir inceleme ve araştırma yapılmadığı, kıyı-kenar çizgisinin belirlenmemiş olması durumunda, 13/3/1972 tarihli ve 7/4 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararında belirlenen yöntem doğrultusunda tespit edilmesi gerektiği gerekçesiyle bozma kararı verilmiş, yapılan karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 14/12/1994 tarihli ve E.1994/8755, K.1994/10028 sayılı kararıyla reddedilmiş, 26 nolu parselin başvurucular lehine tapuya kayıt ve tesciline dair karar 27/12/1994 tarihinde kesinleşmiştir.

28. Bireysel başvuru konusu 210 nolu parsel hakkında verilen bozma kararı üzerine davaya devam eden İskenderun Kadastro Mahkemesi, 18/4/1996 tarihli ve E.1995/13, K.1996/15 sayılı kararında; yapılan araştırmalar sonucunda 210 parsele ilişkin belirtmelik tutanağının bulunmadığının anlaşıldığı, dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde kıyı haritasının yapılmamış olduğu, keşif-bilirkişi beyan ve raporları, iddia, savunma yazı ve cevapları, tutanaklar, ek raporlar ve tüm dosya kapsamından, 210 parsele ait tapulama tutanağı ve paftanın, keşfi yapılan taşınmaza ait ve uygun olduğu, taşınmazın miktarının 46.150 metrekare değil 46.543 metrekare olduğu, mahallinde kıyı-kenar çizgisi belirlenmemiş olması nedeniyle bilirkişilere yaptırılan tespit sonucu 15/3/1996 ve 23/3/1996 tarihlerinde düzenlenen ek raporlara göre, 210 nolu taşınmazın 412 metrekarelik kısmının kıyı-kenar çizgisi içinde, geri kalan 46.131 metrekarelik kısmının ise kıyı-kenar çizgisi dışında kaldığının sübuta erdiği şeklinde belirlemelerde bulunmuştur.

29. Mahkeme sözkonusu bilgi ve bulguları ortaya koyduktan sonra; toplanan tüm kanıtlara göre dava konusu taşınmazın kıyı-kenar çizgisi dışında kalan 46.131 metrekarelik kısmının, en az, 63 tahrir nolu vergi kaydının oluştu-

rulduğu 1939 yılından, Hazine adına idari yoldan tapunun düzenlendiği 1961 yılına kadar davasız-aralıksız, malik sıfatıyla davacıların murisi tarafından kullanıldığı, Hazine adına idari yoldan tapunun düzenlendiği tarih itibarıyla davacıların murisi lehine kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz mal iktisap koşullarının meydana gelmiş bulunduğu ve Hazine adına oluşturulan 26/12/1961 tarihli ve 96 nolu tapu kaydının hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle, dava ve itirazın kısmen kabulüne, taşınmazın yüzölçümünün 46.543 metrekare olarak düzeltilmesi ve kıyı-kenar çizgisi dışında kalan 46.131 metrekarelik kısmının beş pay kabul edilerek iştirak halinde başvurucular adına tapuya kayıt ve tesciline, kıyı-kenar çizgisi kapsamında kalan 412 metrekarelik kısmın, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerden olarak tescile tabi olmadığı kabul edildiğinden, 21/6/1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 16. maddesinin (C) bendi uyarınca kadastro dışı bırakılmasına karar vermiştir.

30. Söz konusu karar Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 14/10/1996 tarihli ve E.1996/4525, K.1996/8235 sayılı kararıyla onanmış, davalı idare tarafından yapılan karar düzeltme talebi 13/12/1996 tarihinde reddolunarak bahsedilen karar, bireysel başvuruya konu olan 210 nolu parsel yönünden de kesinleşmiştir.

31. Uyuşmazlık konusu 210 nolu parsel, İskenderun Kadastro Mahkemesinin değinilen son kararına istinaden tapu sicil müdürlüğünce 21/5/1997 tarihinde başvurucular adına tapuya kayıt ve tescil edilmiş olup, hâlihazırda da taşınmazın ½ si başvurucular adına kayıtlı bulunmaktadır.

c. Kamulaştırmasız El Koyma Nedeniyle Açılan Tazminat Davası

32. Başvurucular, 26 ve 210 nolu parsellerin adlarına hükmen tesciline karar verilmesi üzerine, her iki parsel için ayrı ayrı kamulaştırmasız elkoyma nedeniyle tazminat davası açmışlardır. 26 nolu parsel için İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 14/7/1995 tarihli ve E.1995/229, K.1995/753 sayılı kararıyla; davalı idarenin taşınmaza istimlaksız el koyduğunun anlaşıldığından bahisle, davanın kısmen kabulüne, 16.242.187.500 lira gayrimenkul bedelinin davacılara ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, para yatırıldıktan sonra, 26 nolu taşınmazın, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 912. maddesi uyarınca davalı idare adına tesciline karar verilmiş, bu karar Yargıtay 5. Dairesinin 18/10/1995 tarihli ve E.1995/15539, K.1995/16742 sayılı kararıyla onanmış; başvurucuların, uyuşmazlık konusu 210 nolu parsel için, 12/3/1997 tarihinde açtıkları davadan, bilirkişi tarafından belirlenen tazminatın düşük bulunduğundan bahisle vazgeçmeleri üzerine, İskenderun 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 9/12/1997 tarihli ve E.1997/252, K.1997/1278 sayılı kararıyla, feragat nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.

3. Bireysel Başvuruya Konu Men'i Müdahale, Ecrimisil ve Tazminat Davası ve Buna İlişkin Yargılama Süreci

33. Başvurucular, 210 nolu parsel için açtıkları kamulaştırmasız elkoyma nedeniyle tazminat davasından feragatleri üzerine davanın reddedilmesinden sonra bu kez aynı parsel için 19/12/1997 tarihinde, İskenderun Demir Çelik A.Ş Genel Müdürlüğüne ve Sümer Holding A.Ş (Türkiye Demir Çelik A.Ş nin devri nedeniyle)'ye karşı men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat davası açmışlardır. İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi yapmış olduğu yargılama sonunda 21/10/2008 tarihli ve E.1997/1195, K.2008/342 sayılı kararıyla; davacıların (aynı mahkemenin 1/12/2005 tarihli ve E.2004/467, K.2005/3195 sayılı kararıyla, 210 nolu parselin ½'sinin, başvurucular adına olan tapusunun iptal edilerek Zeliha Kayış adına tapuya tescil edilip, bu kararın onanarak 6/12/2007 tarihinde kesinleşmesi nedeniyle) ½'sine sahip oldukları 210 nolu parsele davalıların, kamulaştırma olmaksızın el attıkları, üzerine fabrika atıkları ve cüruf döktükleri, taşınmazı işgal edip haksız olarak ellerinde bulundurdukları gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davalıların 210 parsel sayılı taşınmaza yapmış oldukları müdahalenin men'ine, 20.000 TL tazminat ve 438,24 TL ecrimisilin dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan tahsili ile başvuruculara verilmesine, fazlaya ilişkin taleplerin reddine karar vermiştir.

34. Tarafların bu kararı temyiz etmeleri üzerine Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 30/6/2009 tarihli ve E.2009/5114, K.2009/10567 sayılı kararıyla; dava konusu taşınmazın 3/2/1968 tarihinde kamulaştırıldığı ve başvurucular tarafından kamulaştırma bedelinin arttırılması davası açıldığı gözetildiğinde, dava konusu taşınmaza ilişkin kamulaştırma işleminin idari yönden kesinleştiği, böylelikle mülkiyetin de idareye geçtiği, bu itibarla kamulaştırmasız el atmadan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Başvurucular tarafından bu karara karşı karar düzeltme yoluna başvurulmuş ise de aynı Dairenin 31/5/2010 tarihli kararıyla karar düzeltme talebinin reddine karar verilmiştir.

35. Bozma kararı üzerine yargılamaya devam eden İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesi; 31/3/2011 tarihli ve E.2010/333, K.2011/151 sayılı kararıyla, bozma kararı doğrultusunda ve aynı gerekçeyle davanın reddine karar vermiştir. Bu karara karşı başvurucular tarafından temyiz yoluna gidilmiş ise de Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 24/1/2012 tarihli ve E.2011/14506, K.2012/853 sayılı kararıyla derece mahkemesi kararı onanmış ve nihayet 1/11/2012 tarihli karar düzeltme talebinin reddi kararıyla söz konusu karar kesinleşmiştir.

4. Kıyı-kenar Çizgisi Tespit İşlemleri ve Buna İlişkin Yargılama Süreci

36. Başvuru konusu parselle ilgili olan diğer bir dava, başvurucular tarafından Adana 1. İdare Mahkemesinde açılıp, 4/9/2006 tarihinde faaliyete geçmesi nedeniyle Hatay İdare Mahkemesinde devam edilen, kıyı-kenarı çizgisi tespitine ilişkin idari işlemin iptali davasıdır.

37. Hatay ili, İskenderun ilçesi, Karayılan beldesi sınırları içerisindeki 210 nolu parseli kapsayan bölgede geçen kıyı-kenar çizgisinin tespitine ilişkin 9/9/2004 tarihli ve 3215 sayılı Hatay Valiliği işlemi ile bu işlemin onaylanmasına ilişkin 20/12/2004 tarihli ve 2863-15803 sayılı Bayındırlık ve İskân Bakanlığı işleminin iptali talebiyle, başvurucular ve Karayılan Belediye Başkanlığı tarafından ayrı ayrı açılan davalarda, Hatay İdare Mahkemesinin 3/5/2007 tarihli ve E.2007/614, K.2007/413 sayılı kararı ile 30/11/2007 tarihli ve E.2007/516, K.2007/1795 sayılı kararıyla; mahallinde yapılan keşif sonucunda dava konusu alanda İskenderun Demir ve Çelik A.Ş tarafından büyük oranda dolgu yapıldığının anlaşıldığı, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na göre kıyıdaki doldurma işleminin kıyı-kenar çizgisini değiştiremeyeceği, kıyı-kenar çizgisi belirlenirken dolgu işleminden önceki verilere dayanılarak tespit yapılması gerekirken bunun yapılmadığı, 1956 yılı basımlı askeri haritada görüleceği üzere, kıyı-kenar çizgisinin bir bölümünün deniz içinde, bir bölümünün ise 3621 sayılı Kanun'a göre kıyı niteliğindeki yerlerden sayılan kumluk-çalılık sembolü içinde yer almasına rağmen, denizden doldurularak kazanılan alan içinden geçirildiği, arazideki doğal sınırın özellikle değinilen bu yerlerde dikkate alınmayıp, kıyı-kenar çizgisinin zemindeki nebati toprağın görünen dokunağından geçirildiği, 210 nolu parselin kuzey sınırının da 1956 yılı basımlı haritada deniz içinde kalmasına rağmen, bu durumun kıyı-kenar çizgisi tespitinde dikkate alınmadığı, sonuç olarak dava konusu idari işlemin 3621 sayılı Kanun ile Uygulama Yönetmeliğine uygun olmadığı gerekçesiyle iptaline karar verilmiştir.

38. Bayındırlık ve İskân Bakanlığının, başvuruculların açtığı davada verilen kararı temyiz etmesi üzerine Danıştay 6. Dairesinin 23/12/2008 tarihli ve E.2008/8319, K.2008/9521 sayılı kararıyla, iptal kararının onanmasına hükmedilmiştir.

39. Kıyı-kenar çizgisi tespit işleminin Hatay İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, idare tarafından iptal kararındaki gerekçeler doğrultusunda yeniden kıyı-kenar çizgisi tespit işlemine başlanılmış, 27/7/2007 tarihinde yapılan kıyı-kenar çizgisi tespit işlemi ile dava konusu parselin tamamı kıyı-kenar çizgisi içerisinde kalmıştır. Talep üzerine İskenderun Milli Emlak Müdürlüğünce 24/4/2015 tarihinde gönderilen belgeye göre de uyuşmazlık konusu taşınmaz, sözkonusu işlem nedeniyle hâlihazırda kıyı-kenar çizgisi

içerisinde bulunmakta, dosya kapsamından ve başvurucuların anlatımlarından, başvurucuların buna karşı idari ve yargısal bir girişimde bulunmadıkları sonucuna varılmaktadır.

B. İlgili Hukuk

40. 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunda geçen deyimlerden;

Kıyı çizgisi: Deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda, taşkın durumları dışında, suyun karaya değdiği noktaların birleşmesinden oluşan çizgiyi,

Kıyı Kenar çizgisi: Deniz, tabii ve suni göl ve akarsularda, kıyı çizgisinden sonraki kara yönünde su hareketlerinin oluşturulduğu kumluk, çakıllık, kayalık, taşlık, sazlık, bataklık ve benzeri yönünde yatay olarak en az 100 metre genişliğindeki alanı,

...ifade eder. "

41. 3621 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Kıyılar ile ilgili genel esaslar aşağıda belirtilmiştir:

Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Kıyılar, herkesin eşit ve serbest olarak yararlanmasına açıktır,

Kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir.

Kıyıda ve sahil şeridinde planlama ve uygulama yapılabilmesi için kıyı kenar çizgisinin tespiti zorunludur.

Kıyı kenar çizgisinin tespit edilmediği bölgelerde talep vukuunda, talep tarihini takip eden üç ay içinde kıyı kenar çizgisinin tespiti zorunludur... "

42. 3/8/1990 tarihli ve 20594 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kıyı Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Kıyılar ve doldurma ve kurutma yoluyla kazanılan araziler Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Kıyılar, herkesin eşit ve serbest olarak yararlanmasına açıktır.

Kıyı ve sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir.

Kıyı, herkesin eşitlik ve serbestlikle yararlanmasına açık olup, buralarda hiçbir yapı yapılamaz; duvar, çit, parmaklık, tel örgü, hendek, kazık ve benzeri engeller oluşturulamaz. "

43. 4721 sayılı Kanun'un 713. maddesinin (1) nolu 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. "

44. 4721 sayılı Kanun'un 715. maddesi şöyledir:

" Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.

Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir. "

45. 4721 sayılı Kanun'un 996. maddesi şöyledir;

"Kazandırıcı zamanaşımından yararlanma hakkına sahip olan zilyet, zilyetliği kendisine devreden aynı yetkiye sahip idiyse onun zilyetlik süresini kendi süresine ekleyebilir".

46. 21/6/1987 tarihli ve 3402 Kadastro Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrası şöyledir;

"Tapuda kayıtlı olmayan ve aynı çalışma alanı içinde bulunan ve toplam yüzölçümü sulu toprakta 40,kuru toprakta 100 dönüme kadar olan (40 ve 100 dönüm dahil) bir veya birden fazla taşınmaz mal, çekişmesiz ve aralıksız en az yirmi yıldan beri malik sıfatıyla zilyetliğini belgelerle veya bilirkişi veyahut tanık beyanlarıyla ispat eden zilyedi adına tespit edilir".

47. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 30. maddesi şu şekildedir;

"Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür".

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

48. Mahkemenin 24/6/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucuların 21/12/2012 tarihli ve 2012/1281 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculaların İddiaları

49. Başvurucular;

a. Dava konusu 210 parsel sayılı taşınmazın kadastrosunun 1969 yılında yapıldığını, kadastro çalışmaları başlamadan önce, 1968 yılında bölgede İskenderun Demir-Çelik Fabrikasının kurulmasına ve bu alan içinde yer alan gayrimenkullerin kamulaştırılmasına karar verildiğini, 210 parselin kadastro çalışmasından önce çiftçiyi topraklandırma amaçlı yapılan işlemlerde Hazine adına yazıldığını, fabrika sahasında kalması neticesinde ise Hazinece bila bedel İskenderun Demir Çelik İşletmeleri Genel Müdürlüğüne devredildiğini,

b. Kırk-elli yıldır irsen ve teselsülen malik ve zilyedi oldukları sözkonusu yerle ilgili olarak yapılan kadastro tespitine itirazlarının reddedilmesi üzerine tespite itiraz davası açtıklarını, yaklaşık otuz yıl süren yargılama sonucunda İskenderun Kadastro Mahkemesinin 18/4/1996 tarihli kararıyla, gayrimenkulün kadastro tespitinin ve komisyon kararının iptaliyle taşınmaz mülkiyetinin kendileri adına tapuya kayıt ve tesciline karar verildiğini, derecattan geçerek kesinleşen karara istinaden taşınmaz mülkiyetinin kendi adlarına tapuya tescil edildiğini,

c. Tescili müteakiben önce kamulaştırmasız el koyma nedeniyle tazminat davası açmış iseler de bilahare bu davadan vazgeçip malik sıfatıyla 19/12/1997 tarihinde, taşınmaza yapılan müdahalenin men'i, ecrimisil ve tazminat davası açtıklarını, İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 21/10/2008 tarihli kararıyla müdahalenin men'ine, ecrimisil ve tazminat taleplerinin kısmen kabulüne karar verilmesine rağmen, temyizde Yargıtay 5. Hukuk Dairesi tarafından, kamulaştırma kararının idari yönden kesinleşip mülkiyetin idareye geçmiş olduğundan bahisle kararın bozulduğunu, bozma kararına uyan derece mahkemesinin de aynı gerekçeyle davayı reddettiğini, bu kararın onanıp, yapılan karar düzeltme başvurusunun reddedilmesi nedeniyle 1/11/2012 tarihinde kesinleştiğini, böylece tüm başvuru yollarının tüketildiğini,

d. Kamu malının kamulaştırılmasının mümkün olmadığını, taşınmazın 1961 yılından beri Hazine adına kayıtlı olması nedeniyle, 1968 yılında yapılan kamulaştırma işleminin yok hükmünde olduğunu,

e. İskenderun Kadastro Mahkemesinde görülen ve kamulaştırma kararıyla mülkiyetin idareye geçtiği gerekçesiyle reddedilen davaların Yargıtay tarafından bozulması üzerine, mahkemece bozulan kararlardan birinin dosyasının öncü dosya seçilerek ilk kararda direnildiğini, ısrar kararını temyizen inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, Hazine adına kayıtlı bir gayrimenkul hakkında alınacak kamulaştırma kararının yok hükmünde olduğu

gerekçesiyle ısrar kararını bozduğunu, hâl böyle iken Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin, kamulaştırma kararının idari yönden kesinleşip mülkiyetin idareye geçmiş olduğu gerekçesine dayanılarak bozma kararına uyulup davanın reddedilmesinin, yani kamulaştırmanın var sayılmasının kabulünün mümkün olmadığını,

f. Başvuru konusu 210 parsel sayılı taşınmazla aynı saha içinde kalan 26 parsel sayılı taşınmaz için kamulaştırmasız elkoyma nedeniyle açtıkları tazminat davasının, İskenderun Kadastro Mahkemesince kabul edilip kararın Yargıtay 5. Hukuk Dairesince onanarak, hükmedilen tazminatın taraflarına ödendiğini, diğer bir ifadeyle, 26 parsel sayılı taşınmaz için idarenin kamulaştırmasız elkoyma nedeniyle kendilerine tazminat ödemesine ve tespit edilen bedel yatırıldıktan sonra taşınmazın davalı idare adına tesciline hükmedilirken, 210 parsel sayılı taşınmaz için men'i müdahale isteminin, *"Kamulaştırma kesinleşmiştir"* gerekçesiyle reddedildiğini, aynı mahkeme ve Yargıtayın aynı dairesinden birbirine taban tabana zıt iki karar verilmesinin izahının bulunmadığını,

g. Bayındırlık ve İskan Bakanlığının talebi üzerine Hatay Valiliğince yaptırılan kıyı-kenar çizgisi tespit işlemi neticesinde, taşınmazın kıyı-kenar çizgisi içinde bırakıldığını, bakanlıkça onanarak kesinleşen bu işleme karşı açtıkları dava sonucunda işlemin iptal edildiğini, mahkemece, bu davayı açmaya ehil görülmelerinin, taşınmazın maliki olduklarını gösterdiğini,

h. Öte yandan, bozma ilamı ile buna uyularak verilen, başvuruya konu derece mahkemesi kararının yeterli gerekçeden yoksun olduğu, bozmaya uyulmasına karar verilen celsede, mahkeme hakiminin mazereti nedeniyle duruşmaya katılan başka bir hakim tarafından, bozmaya karşı direnilmesi talebiyle sundukları dilekçeleri ile yıllarca süren ve ekli dosyalarla birlikte onbin sayfayı geçen dosyanın hiç okunmadan bozma kararına uyulduğu, keza, dosyanın Yargıtay aşamasında bulunduğu bir sırada davacılardan Safiye Savaşır'ın vefatı üzerine, mirasçılarının davaya dahil edilmesi talebine rağmen taraf teşkili oluşturulmadan karar verildiği dikkate alındığında, adil bir yargılama yapılmadığının açık olduğunu,

i. Bireysel başvuruya konu edilen, İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat davası hakkında verdiği ret kararıyla, İskenderun Kadastro Mahkemesi tarafından kendileri lehine verilip 1996 yılında onanarak kesinleşmiş olan tapu iptali ve tescil kararının ortadan kaldırıldığını, İskenderun Demir Çelik A.Ş Genel Müdürlüğünün, işgalci olarak elli yılı aşkın süredir kendilerine hiçbir bedel ödemeden uyuşmazlık konusu taşınmazı cüruf dökmek suretiyle kullanmakta olduklarını, aleyhlerine verilen karar ile de bu hukuksuzluğa müsaade edildiğini,

j. Özet olarak; ½ hisseyle tapuda adlarına kayıtlı bulunan ve davalı tarafından bedel ödenmeksizin kullanılmakta olan taşınmaz hakkında 19/12/1997 tarihinde açtıkları el atmanın önlenmesi, ecrimisil ve tazminat istemli davanın 1/11/2012 tarihine kadar devam ettiğini ve yapılan yargılama sonucunda, taşınmazın adlarına tesciline dair kesinleşmiş mahkeme kararı göz önünde bulundurulmaksızın, 1969 tarihli kadastro tespitinden önce yapılan kamulaştırma işlemine değer verilmek suretiyle davalarının reddedildiğini ileri sürerek, makul sürede yargılanma ve adil yargılanma hakları ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini iddia etmişler, sözkonusu anayasal haklarının ağır bir şekilde ihlal edildiğinin belirlenmesini, mülkiyet hakkının ihlaline neden olan derece mahkemesi kararının ortadan kaldırılıp mülkiyet hakkı ihlalini önleyecek bir karar verilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Taşınmazın Kıyı-kenar Çizgisi İçinde Kaldığının Tespitine Dair İdari İşleme İlişkin İddialar

50. Başvurucular başvuru formunda, uyuşmazlık konusu taşınmazın kıyı-kenar çizgisi içinde bırakılmasına ilişkin 9/9/2004 tarihli ve 3215 sayılı Hatay Valiliği işlemi ile bu işlemin onaylanmasına dair 20/12/2004 tarihli ve 2863-15803 sayılı Bayındırlık ve İskân Bakanlığı işleminin iptali talebiyle dava açtıklarını, Hatay İdare mahkemesince verilen 30/11/2007 tarihli ve E.2007/516, K.2007/1795 sayılı kararla kıyı-kenar çizgisi belirlenmesi işleminin iptal edildiğini, kararın Danıştay 6. Dairesinin 23/12/2008 tarihli ve E.2008/8319, K.2008/9521 sayılı kararıyla onanarak kesinleştiğini, mahkemece bu davayı açmaya ehil görülmelerinin, taşınmazın maliki olduklarını göstermeye yeterli olduğunu belirtmektedirler.

51. Başvurucular 27/9/2013 tarihli ek dilekçede buna ilave olarak, idarenin yeni kıyı-kenar çizgisi tespit işleminde, Hatay İdare Mahkemesinin kendileri lehine verdiği iptal kararını dayanak almasının izah edilemeyeceğini, iptal kararıyla birlikte İskenderun Kadastro Mahkemesince belirlenen (*Bakınız § 28)* kıyı-kenar çizgisine dönülmüş olduğundan, 210 nolu parseli tamamen kıyı-kenar çizgisi içinde bırakan yeni tespit işleminin yok hükmünde kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedirler.

52. Adalet Bakanlığı görüş yazısında; taşınmazın her ne kadar tapuda başvurucular adına kayıtlı ise de tamamının kıyı kenar çizgisi içinde kaldığından dolayı özel mülkiyete konu olamayacağından bahisle mevcut tapunun iptalinin gerektiğini beyan etmiştir.

53. Başvurucular Adalet Bakanlığı görüş yazısına karşı beyanlarında; kıyı-kenar çizgisinin tespitine ilişkin işlemin İdare Mahkemesi kararıyla iptal edildiğini, yeni kıyı-kenar çizgisi tespit işlemiyle ilgili idarece kendilerine herhangi bir şekilde bilgi verilmediğini, bu ikinci işlemin yoklukla malul olduğunu, kaldı ki kıyı-kenar çizgisi tespit işleminin mülkiyet değişikliğini kendiliğinden çözümleyen bir işlem olmadığını, mülkiyet hakkı ihlalinin, mahkeme kararından sonra bu defa da idari işlemle devam ettirilmek istenildiğini, davalı idarenin 210 nolu parsel için herhangi bir bedel ödemeden konuyu kapatmaya çalıştığını, idarenin tek taraflı işlem yapma yetkisini ve bu işlemin hukuka uygunluğu karinesini suistimal ettiğini ifade etmişlerdir.

54. Anayasa'nın *"Kıyılardan yararlanma"* başlıklı 43. maddesi şöyledir:

"Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir.

Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir. "

55. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak için ihlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekir.

56. 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. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle genel yargı mercilerinde, olağan kanun yolları ile çözüme kavuşturulması esastır. Bireysel başvuru yoluna, iddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda başvurulabilir *(Bayram Gök.* B. No: : 2012/946, 26/3/2013, §§ 17, 18*).*

57. Somut olayda, başvuru konusu 210 nolu taşınmazı kapsayan bölgede, 2004 tarihli idari işlemle belirlenen kıyı-kenar çizgisinin iptali talebiyle açılan davada, Hatay İdare Mahkemesince 2007 yılında verilen kararla uyuşmazlık konusu parselin kuzey sınırının 1956 yılı basımlı haritada deniz içinde kalmasına rağmen, bu durumun kıyı-kenar çizgisi tespitinde dikkate alınmadığı, tespite ilişkin idari işlemin Kıyı Kanunu ile Uygulama Yönetmeliğine uygun olmadığı gerekçesiyle idari işlemin iptaline karar verildiği, iptal kararı üzerine idare tarafından bu karardaki gerekçeler doğrultusunda yeniden kıyı-ke-

nar çizgisi tespit işleminin yapıldığı, 27/7/2007 tarihli yeni kıyı-kenar çizgisi tespit işlemi ile uyuşmazlık konusu parselin tamamının kıyı-kenar çizgisi içerisinde kaldığı ve hâlihazırda da kıyı-kenar çizgisi içerisinde bulunduğu, başvurucuların beyanlarından, bu son işleme karşı idari ve yargısal yollara gidilmeden, buna ilişkin iddiaların doğrudan bireysel başvuru yolunda dile getirildiği anlaşılmaktadır.

58. Başvurucular, idarenin yeni kıyı-kenar çizgisi tespit işleminde, İdare Mahkemesinin kendileri lehine verdiği iptal kararını dayanak almasının izahının bulunmadığını, yeni kıyı-kenar çizgisi tespiti işlemiyle ilgili idarece kendilerine herhangi bir şekilde bilgi verilmediğini, bu ikinci işlemin yoklukla malul olduğunu iddia etmekte iseler de yeni kıyı-kenar çizgisi belirlenmesi işlemini bir şekilde öğrendikleri sabit olup beyanlarından, bahsedilen idari ve yargısal başvuru yolları tüketilmeden bu konudaki iddialarını doğrudan bireysel başvuru yolunda dile getirdikleri neticesine varıldığından, idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeksizin yapılan bir bireysel başvurunun kabul edilmesi mümkün değildir.

59. Açıklanan nedenlerle, başvurucular tarafından, taşınmazlarının kıyı-kenar çizgisi içinde bırakılması suretiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının yetkili idari merciler veya doğrudan derece mahkemeleri önünde tanınan başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"*nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Taraf Teşkilinin Sağlanmadığı İddiası

60. Başvurucular, dosyanın Yargıtay aşamasında bulunduğu bir sırada davacılardan Safiye Savaşır'ın vefatı üzerine, mirasçılarının davaya dahil edilmesi talebine rağmen taraf teşkili oluşturulmadan karar verildiğini, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler.

61. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, bu konuda bir değerlendirmede bulunmamıştır.

62. 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 73. maddesi şöyledir:

> *"Kanunun gösterdiği istisnalar haricinde hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafaalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez. "*

63. Başvurucular, taraf teşkilini sağlamanın dava şartı olduğunu ve mahkemece resen gözetileceğini ileri sürerek, aksi durumun bozma nedeni sa-

yıldığına ilişkin Yargıtay'ın birçok kararını dosyaya ibraz etmişler, somut uyuşmazlıkta taraf teşkili sağlanmadığı için adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini beyan etmişlerdir.

64. İskenderun 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 7/6/2010 tarihli ve E.2010/401, K.2010/486 sayılı kararıyla; vefat eden davacı Safiye Savaşır'ın mirası kırk pay kabul edilerek mirasın, eşi Habip Savaşır, oğulları Niyazi Savaşır, Fevzi Savaşır, Hasan Savaşır, kızı Hülya Yiğit ve torunları Gülten Erten, Erkan Kırıcı arasında hisseleri oranında paylaştırılmasına karar verilmiştir.

65. Başvurucular vekili, İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde 26/10/2010 tarihinde yapılan duruşmada, müvekkili Safiye Savaşır'ın 30/5/2010 tarihinde vefat etmesi nedeniyle, veraset ilamı ve varislere ait vekaletnamelerin ibrazı için süre istemiş, mahkeme tarafından veraset ilamı ile vekaletnamelerin sunulması için bir sonraki celseye kadar süre verilmiş, 20/1/2011 tarihli dilekçe ekinde sözkonusu belgeler mahkemeye verilerek, müteveffanın mirasçıları olan müvekkillerin davaya dahil edilmesi talep edilmiştir.

66. Mahkemenin 27/1/2011 tarihli duruşmasında, başvurucular vekilinin, Safiye Savaşır'ın mirasçıları olan sözkonusu kişiler adına vekilliğinin kabulüne karar verilerek tefhimle duruşmaya devam olunmuştur.

67. İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin, başvuruya konu 31/3/2011 tarihli ve E.2010/333, K.2011/151 sayılı kararında, davacı olarak Safiye Savaşır dahil beş kişinin ismine yer verilmiş, Safiye Savaşır'ın mirasçıları ismen davacılar arasında gösterilmemiştir.

68. Başvurucular vekili, 27/5/2011 ve 9/4/2012 tarihli temyiz ve karar düzeltme dilekçelerinde, temyiz ve karar düzeltme yoluna başvuran davacılar arasında Safiye Savaşır'ın mirasçılarının isimlerini belirtmiş ise de temyiz ve karar düzeltmeye konu ettiği derece mahkemesi kararında taraf teşkilinin sağlanmadığı hususunu sözkonusu dilekçelerde dile getirmemiş, bu noktayla ilgili olarak hukuka aykırılık iddiasıyla kararın bozulması talebinde bulunmamıştır.

69. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmak için ihlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması şartı arandığından ve başvurucular vekili tarafından, taraf teşkilinin sağlanmadığına ilişkin iddia kanun yolları aşamasında ileri sürülmeden doğrudan bireysel başvuru konusu yapıldığından dolayı, idari ve yargısal başvuru yollarının tamamı tüketilmeksizin yapılan bir bireysel başvurunun kabul edilmesi mümkün değildir.

70. Açıklanan nedenlerle, başvurucular vekilinin, taraf teşkili sağlanmadan yargılama yapılmasına ilişkin iddiasının kanun yollarında ileri sürülmeden bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Gerekçeli Karar Hakkının İhlal Edildiği ve Eksik İnceleme Yapıldığı İddiası

71. Başvurucular, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 30/6/2009 tarihli ve E.2009/5114, K.2009/10567 sayılı bozma ilamı ile buna uyularak verilen, başvuruya konu derece mahkemesi kararının yeterli gerekçeden yoksun olduğunu, yine bozmaya uyulmasına karar verilen celsede, mahkeme hakiminin mazereti nedeniyle duruşmaya katılan başka bir hakim tarafından, bozmaya karşı direnilmesi talebiyle sundukları dilekçeleri ile yıllarca süren ve ekli dosyalarla birlikte onbin sayfayı geçen dosyanın hiç okunmadan bozma kararına uyulduğunu, bunun sonucunda adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler.

72. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, bu konuda bir değerlendirmede bulunmamıştır.

73. Başvurucuların, kararların yetersiz gerekçeyle verildiği iddiası *"Müdahalenin ölçülülüğü"* başlığı altında (Bkz. § 109 vd.) incelenip ihlal bulunduğundan dolayı, bu husus adil yargılama hakkı yönünden ayrıca incelenmemiştir.

74. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri HakkındaKanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

75. İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 21/10/2008 tarihli ve E.1997/1195, K.2008/342 sayılı kararıyla başvurucular lehine verilen men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat hükmü, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 30/6/2009 tarihli ve E.2009/5114, K.2009/10567 sayılı kararıyla bozulmuştur.

76. Başvurucular, 26/10/2010 ve 20/1/2011 tarihli dilekçeleriyle bozma kararına karşı direnilmesi talebinde bulunmuş, mahkeme tarafından farklı tarihlerde ara kararlarıyla, kamu kurumlarından taşınmaza ilişkin bilgileri temin etmek maksadıyla yazışmalar yapılmış, 27/1/2011 tarihli duruşmada taraflara usulüne uygun olarak söz verildikten sonra bozma ilamına uyulmasına karar verilmiştir.

77. Başvurucular, bozmaya uyma kararını veren hakimin dosya üzerinde yeterli bir inceleme yapmadan karar verdiğini ileri sürmekte ise de bu iddiasını somut bilgi ve belgelere dayandıramamakta, yalnızca hakimin davaya geçici yetkiyle baktığından dolayı, çok kapsamlı olan dosyayı kısa zamanda incelemesinin imkan haricinde olduğu varsayımına dayanmaktadırlar.

78. Hakimin bir dosyaya geçici yetkiyle bakmış olması, dosyayı eksik inceleyerek karar vermiş olduğunu göstermeye yeterli değildir. Bu durumda, sözkonusu iddianın varsayımsal niteliği nedeniyle kanıtlanmamış şikayet kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.

79. Açıklanan nedenlerle, mahkemenin eksik incelemeye dayalı olarak karar verdiği iddiası başvurucular tarafından kanıtlanamadığından, başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

d. Mülkiyet Hakkının İhlali İddiası

80. Başvuruculaın, mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin şikayetleri açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi bu şikayetler için diğer kabul edilmezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurunun bu bölümüne ilişkin olarak kabul edilebilirlik kararı verilmesi gerekir.

e. Yargılamanın Makul Sürede Sonuçlandırılmadığı İddiası

81. Başvuru formu ile eklerinin incelenmesi sonucunda, başvuruculaın, davanın uzun sürdüğüne ilişkin şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olmadığından ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından bu şikayet yönünden başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkiyet Hakkının İhlali İddiası

82. Başvurucular, başvuru konusu taşınmazın, İskenderun Kadastro Mahkemesinin 13/12/1996 tarihinde kesinleşen kararı ile adlarına hükmen tapuya tesciline karar verildiğini, tapu kaydına dayanılarak, men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat talebiyle açtıkları davanın ise; taşınmazın tespit tarihinden önce 3/2/1968 tarihinde kamulaştırıldığı ve davacılar (başvurucular) tarafından kamulaştırma bedelinin artırılması davası açıldığı dikkate alındığında, dava konusu taşınmaza ilişkin kamulaştırma işleminin idari yönden kesinleştiği ve mülkiyetin idareye geçtiği, bu itibarla kamulaştırmasız el atmadan bahsedilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmesi ile tapulu taşınmazlarını dava-

lıların işgalinden dolayı kullanamayıp, üzerinde herhangi bir şekilde tasarrufta bulunamamaları, davalı idarenin ise hiçbir bedel ödemeden taşınmazı kullanması nedeniyle mülkiyet haklarının orantısız bir şekilde ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

83. Adalet Bakanlığı görüş yazısında; taşınmaz halihazırda adlarına tapuya tescilli bulunduğundan, başvuruculaların taşınmazın kayden maliki olduklarını, kamulaştırmanın idari yönden kesinleştiği ve mülkiyetin idareye geçtiği yönündeki Yargıtayın tespitine değer verilse bile bu durumun, başvuruculaların mülkiyet hakkı konusunda meşru bir beklentiye sahip olmalarına engel teşkil etmeyeceğini, kamulaştırma işleminin geçerli olduğu ve mülkiyet hakkı bağlamındaki yasallık, kamu yararı vb. gereklere uyulduğu değerlendirilse dahi, başvuruculaların taşınmaza karşılık bir bedeli idareden alamadıkları gözetildiğinde, en azından taşınmazın bedeline yönelik meşru bir beklentilerinin bulunabileceği dile getirilmiştir.

84. Başvurucular Adalet Bakanlığı görüş yazısına karşı beyanlarında; Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin yıllar sonra, ortada haklı bir gerekçe yok iken görüş değiştirip, kamulaştırmanın idari yönden kesinleştiği, mülkiyetin idareye geçmiş olduğu gerekçesiyle derece mahkemesi kararını bozması ve bozma kararına uyularak men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat davasının reddedilmesi ile mülkiyet hakkının ihlal edildiğini, 210 nolu parselle ilgili kamulaştırmanın bulunmadığını, davalı idarenin 210 nolu parsel için herhangi bir bedel ödemeden konuyu kapatmaya çalıştığını ifade etmişlerdir.

85. Başvurucular yaptıkları başvuruda, öncelikle mülkiyet hakkının varlığının ve bu hakkın ihlal edildiğinin belirlenmesini, sonra da ihlali önleyecek şekilde bir karar verilmesini talep etmektedirler. Bu durumda öncelikle başvuruculaların başvuruya konu davada, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı kapsamında bir haklarının bulunup bulunmadığının, bu hakkın varlığı neticesine ulaşılması durumunda ise buna, kamu gücü eliyle yapılmış bir müdahalenin olup olmadığının ve varsa eğer, müdahalenin ihlal teşkil edip etmediğinin tartışılması gerekmektedir.

i. Anayasa Tarafından Korunan Bir Mülkiyet Hakkının Bulunup Bulunmadığı

86. 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."

87. 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."

88. 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 yasada 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. "

89. Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet hakkına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır (Anayasa Mahkemesinin 17/5/2012 tarih ve E.2011/58, K.2012/70 sayılı kararı).

90. 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 başvurucu, 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 (*İhsan Vurucuoğlu*, B. No: 2013/539, 16/5/2013, §§ 30, 31).

91. Anayasa ve AİHS'nin ortak koruma alanında yer alan mülkiyet hakkı, mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün, bu mülkte gelecekteki değer artışını da içerecek şekilde mülkiyetini kazanma hakkı, kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun Anayasa ve Sözleşme'yle korunan mülkiyet kavramı

içerisinde değildir. Gelecekte elde edileceği iddia edilen bir kazanç, kazanılmadığı veya bu kazanca yönelik icrası mümkün bir iddia mevcut olmadığı sürece mülk olarak değerlendirilemez (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Denimark Ltd/Birleşik Krallık*, B. No: 37660/97, 26/9/2000; *Kopecky/Slovakya*, B. No: 44912/98, 28/9/2004, § 35)

92. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 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.

93. Başvuru konusu 210 parsel sayılı taşınmaz hâlihazırda başvurucular adına tapuda kayıtlı olup, başvurucuların bu taşınmazı Ek 1 no'lu Protokol'ün 1. maddesi ile Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında *"mülk"* kavramı içerisinde yer almaktadır.

94. Kadastro Mahkemesinin yaklaşık 30 yıllık yargılaması neticesinde vermiş olduğu karar ile 210 nolu parsel başvurucular adına tescil edilmiştir. Bu tescil hükmü tapuya da işlenmiş olup, 1996 yılından beri ve hâlihazırda başvurucular taşınmazın kayden malikidirler. Taşınmazın kıyı-kenar çizgisi içinde kalmasına ve bireysel başvuruya konu olan mahkeme kararıyla, mülkiyetinin kamulaştırma yoluyla 1968 yılında idareye geçtiğine hükmedilmesine rağmen, başvurucular adına kayıtlı olan tapusu iptal edilmemiştir.

95. Sonuç olarak, başvurucuların, taşınmazın halen hükmen maliki oldukları nazarı itibara alındığında, uyuşmazlık konusu taşınmaz üzerinde korunmaya değer bir menfaatlerinin bulunduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

96. Başvurucuların, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında kalan mülkiyet hakkının mevcudiyeti neticesine ulaşıldığından, bu aşamada incelenmesi gereken husus, söz konusu mülkiyet hakkına kamu makamları eliyle yapılmış bir müdahalenin olup olmadığı ve varsa eğer müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığına ilişkin olmalıdır.

ii. Müdahalenin Varlığı

97. Somut olayda, başvurucuların hükmen maliki olmaya devam ettikleri 210 nolu taşınmaz üzerine, iktisap tarihinden önce dökülen fabrika atıkları ve cürufun kaldırılmayıp, başvurucuların ifadesine göre yeni atıklar ve cü-

ruf dökülmeye devam edilmek suretiyle, taşınmaza kamu otoritesince fiilen el konulduğu hususunda ihtilaf bulunmadığından, mülkiyet hakkına kamu makamları eliyle yapılmış bir müdahalenin varlığında tartışma sözkonusu değildir.

iii. Müdahalenin İhlal Teşkil Edip Etmediği

Genel İlkeler

98. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği 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 (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 28).

99. Anayasa'nın 35. maddesi ve (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesi paralel düzenlemelerle mülkiyet hakkına yer vermiştir. Her iki düzenleme de üç kural ihtiva etmektedir. İki düzenlemenin ilk cümleleri herkese mülkiyet hakkını tanımakta, ikinci cümlesi ise kişilere ait mülkiyetin hangi koşullarla sınırlandırılabileceğini ya da mülkünden yoksun bırakılabileceğini hüküm altına almaktadır (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 29).

100. Her iki düzenlemenin üçüncü cümleleri ise farklı şekilde ele alınmıştır. Anayasa'nın 35. maddesinin son fıkrası mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı şeklinde hakkın kullanımına ilişkin genel bir ilkeye yer verirken, Sözleşmeye Ek (1) numaralı protokolün birinci 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 girmediği belirtilmektedir. Bununla beraber Anayasa'nın birçok maddesi ilgili olduğu hususta devlete düzenleme yetkisi vermektedir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 30).

101. 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 ko-

şulları, 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 (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 31).

102. Anayasa'ya göre bu hakka ancak kamu yararı nedeniyle ve kanunla sınırlama getirilebilir. Özel mülkiyetteki bir taşınmazın kamu yararı amacıyla ihtiyaç duyulması halinde şekil ve koşulları yasayla belirlenmek şartıyla kamulaştırılmak suretiyle kamu hizmetine tahsis edilerek özel mülkiyeti sona erdirilebilir. Kamulaştırmanın nasıl ve hangi ilkelere göre yapılacağı Anayasa'nın 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. (Bkz. AYM, E.1988/34, K.1989/26, K.T. 21/6/1989; E.2011/58, K.2012/70, K.T. 17/5/2012 ve E.2004/25, K.2008/42, K.T. 17/1/2008)

Müdahalenin Kanuniliği

103. Hukuka uygunluğu konusunda farklı mahkeme kararları bulunmakla birlikte bu müdahale, TDÇİ'nin 27/1/1968 tarihli ve 52 sayılı Yönetim Kurulu kararıyla alınıp, Sanayi Bakanlığı Sanayi Dairesi Reisliğinin 3/2/1968 tarihli ve 01175 sayılı işlemiyle uygun görülerek gerçekleştirilen kamulaştırma işlemine dayanmaktadır. Bu işlemin, 6830 sayılı Kanun hükümleri tatbik edilerek tesis edildiği gözetildiğinde, müdahalenin en azından söz konusu tarihler itibarıyla kanunilik unsurunun varlığının kabul edilmesi gerekmektedir.

Meşru Amacın Varlığı

104. Başvuruculara hükmen elde ettikleri taşınmaza, 6830 sayılı Kanun hükümlerine dayanılarak yapılan müdahalenin kamu yararı amacına uygun olup olmadığının bu aşamada değerlendirilmesi gerekmektedir.

105. 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 (AYM, E.2010/30, K.2012/7, K.T.19/1/2012).

106. Kamu yararı doğası gereği geniş bir kavramdır. Özellikle kişileri bedelini ödeyerek mülkiyetlerinden yoksun bırakmayı düzenleyen yasalar gibi sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasını belirleyen düzenlemeler konusunda yasama organının geniş bir takdir yetkisi olması doğaldır. Açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça yasama organının neyin kamu yararına olduğuna dair verdiği karara saygı duyulmalıdır. Yasama ve yürütme organları toplumun ihtiyaçlarını dikkate alarak neyin kamu yararına olduğunu

belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Kural olarak kamu makamları ekonomik veya toplumsal bir politikayı hayata geçirmek amacıyla mülkiyet hakkına müdahale etmişlerse burada meşru bir kamu yararı amacının bulunduğunu varsaymak gerekir. Kamu yararı konusunda bir uyuşmazlığın çıkması halinde ise örneğin kamulaştırma gibi hususlarda uzmanlaşmış ilk derece ve temyiz yargılaması yapan mahkemelerin uyuşmazlığı çözmek konusunda daha iyi konumda oldukları açıktır. Bu nedenle müdahalenin kamu yararına uygun olmadığını ispat yükümlülüğü bunu iddia edene aittir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *James ve diğerleri/İngiltere*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 46*; Eski Yunan Kralı ve diğerleri/Yunanistan*, B. No: 25701/94, 23/11/2000, § 87; *Broniowski/Polonya* B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 148).

107. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru incelemesinde açıkça temelden yoksun veya keyfi olduğu anlaşılmadıkça yetkili kamu organlarının kamu yararı tespiti konusundaki takdirine müdahalesi söz konusu olamaz (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, § 36).

108. Uyuşmazlık konusu taşınmazın kamulaştırılması işleminin; İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı (1968-1972) çerçevesinde, yükselen ithalat oranları karşısında ülkenin ihtiyaç duyduğu yurtiçi demir-çelik üretimini artırarak dış ticaret dengesini korumak için, üçüncü demir-çelik sanayi tesisinin kurulması maksadıyla gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bununla aynı zamanda, gelişen ekonomi için lüzumlu mallar olan demir-çelik ürünlerinin maliyetlerinin düşürülmesi hedeflenmiştir. *(Bkz, Başbakanlık DPT Müsteşarlığı İkinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, s. 467 vd.).* Belirtilen nedenlerle, kamulaştırma işleminin gerçekleştirilmesinde genel bir kamu yararının bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Esasen başvurucular tarafından da idari işlemin tesisinde kamu yararı maksadı dışında bir gayenin güdüldüğü yönünde bir iddiada bulunulmamıştır.

Müdahalenin Ölçülülüğü

109. *"Mülkiyet hakkının ihlali iddiası"* ana başlığı altında son olarak, davalı idare tarafından kamu yararı gerekleriyle yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığının, kamunun ve başvurucuların menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının irdelenmesi gerekmektedir.

110. 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 uyarınca kişilerin mülklerinden mahrum bırakılmaları halinde elde edilmek istenen kamu yararı ile mülkünden mahrum bırakılan bireyin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir.

111. 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 ulaşılmasının mümkün olmamasını, *"Orantılılık"* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

112. AİHM de mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken, yapılan müdahalenin kamu yararı ya da genel yararı amaçlamasının yanı sıra toplumun genel yararı ile birey haklarının korunması arasında adil bir dengenin de gözetilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede bireylerin, mülklerinin değeriyle orantılı makul bir bedel ödenmeden mülklerinden mahrum edilmeleri halinde yapılan müdahalenin ölçülü olmadığına hükmetmektedir. Bununla beraber Sözleşme ile korunan mülkiyet hakkı her durumda tam bedelin ödenmesini güvence altına almamaktadır. Ekonomik reform ya da sosyal adaleti gerçekleştirmek gibi geniş çaplı tedbirleri uygulamaya yönelik istisnai durumlarda meşru kamu yararı amacıyla yoksun bırakılan mülkiyetin piyasa değerinin altında ödeme yapılmasını ölçülülük ilkesine aykırı bulmayabilmektedir (bkz. *Sporrong ve Lönnroth/İsveç*, B. No: 7151/75 ve 72/52/75, 23/9/1982, § 69; *James ve diğerleri/İngiltere*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 54; *Papachelas/Yunanistan*, B. No: 31423/96, 25/3/1999, § 48;*Lithgow ve diğerleri/İngiltere*, B. No: 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, 8/7/1986 § 120-121).

113. Somut olayda, Hatay ili İskenderun ilçesinde daha önce yapılmış olan iki adet demir-çelik fabrikasına, kamu yararı amacıyla ihtiyaç duyulması üzerine üçüncüsünün ilave edilmesi için, uyuşmazlık konusu taşınmazı da içine alan büyük çaplı bir kamulaştırma işlemi gerçekleştirilmiştir. Dosyadaki bilgilerden görüldüğü kadarıyla, idarece kamulaştırma bedelleri takdir edilmiş, kamulaştırma bedelini düşük bulan taşınmaz sahipleri tezyidi bedel davası açmışlardır. Bu bağlamda, başvurucuların da uyuşmazlık konusu taşınmazları dışında kalan birçok taşınmazları için (Karayılan köyü 51, 63, 77, 359, 360, 361, 516 ve 517 parsel sayılı taşınmazlar) açtıkları bedel artırma davasını kazanıp taşınmaz bedellerini aldıkları görülmektedir. Bu durumda, meşru kamu yararı amacıyla yoksun bırakılan mülkiyet için, piyasa değerinin altında ödeme yapılmasını gerektiren ekonomik reform ya da sosyal adaleti gerçekleştirmek gibi geniş çaplı tedbirleri uygulamaya yönelik istisnai bir durumun bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

114. 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. Kamulaştırmayı düzenleyen 46. maddenin birinci fıkrasında; *"Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir"* denilmektedir. 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).

115. Kamulaştırma işleminin yapıldığı tarihte, 210 nolu taşınmazın zilyedi olan başvurucular, mülkiyeti çekişmeli bulunan taşınmazın kamulaştırılması işlemi üzerine önce bedel artırma davası açmışlar, ancak taşınmazın tapuda kendi adlarına kayıtlı olmaması nedeniyle bu davalarını atiye terk edip onun yerine taşınmazın TDÇİ adına tapuya tespitine itiraz davası açmışlardır. TDÇİ ise adlarına tapuya tescil edilen fakat mülkiyeti çekişmeli bulunan taşınmaz için başvuruculara herhangi bir bedel ödemeden, üzerine fabrika atıkları ve cüruf dökmek suretiyle taşınmazı fiilen kullanmaya devam etmiştir.

116. Bakılan uyuşmazlıkta olduğu gibi, maliki konusunda ihtilaf bulunan bir taşınmaza ait mülkiyet hakkının varlığını tespit mahkemelere bırakılmıştır. Buna göre, kıyılar dâhil taşınmaz mallarda mülkiyet hukukuna yönelik, hakkın özünü ilgilendiren uyuşmazlıkların çözümü adli yargının görev alanı içerisinde kalmaktadır (Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu, E.1996/5, K.1997/3, K.T. 28/11/1997). Bunun için, bir taşınmaz üzerinde hak iddia eden kişinin söz konusu hakkın varlığını mahkeme önünde ispat etmesi gerekir.

117. Diğer yandan, hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kişilerin mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine itimadı azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir (Bkz. *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57).

118. Ancak, bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahşetmemektedir (Aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. *Unédic/Fransa*, B. No: 20153/04, 18/12/2008, § 74; *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye*, § 58). Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evrilen bir yaklaşımın sürdürülememesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden, kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz.*Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 36815/03, 14/1/2010, § 38).

119. Mahkeme içtihatlarındaki değişim yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup, böyle bir değişiklik özü itibarıyla, önceki çözümün tatminkâr bulunmaması anlamına gelir (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *S.S.Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 3573/05 . 17293/05, 30/11/2010, § 28). Ancak, aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde, mahkemelerce, bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 29784/07,18/7/2013, § 49).

120. İskenderun Tapulama Mahkemesinde görülen ve kamulaştırmayla mülkiyetin idareye geçtiği gerekçesiyle reddedilen tespite itiraz davalarının Yargıtay tarafından bozulması üzerine, mahkemece bozulan kararlardan birinin (Karayılan Köyü 235 parsele ilişkin dosya) dosyası öncü dosya seçilerek ilk kararda direnilmiş, ısrar kararını temyizen inceleyen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23/12/1987 tarihli ve 1987/7-431, K.1987/1077 sayılı kararında; *"Genel mahkemelerden, kadastro mahkemesine intikal eden davalara Kadastro Kanunu'nda yazılı kurallara göre kaldığı yerden devam edilir ve uyuşmazlık, aktarılan davanın açıldığı gündeki hukuksal duruma göre çözümlenir. Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi hükmüne göre; bir idarenin, diğer bir idareye ait taşınmazı kamulaştırma yetkisi yoktur. Her iki idare ancak anlaşma yolu ile işi halledebilirler. Buna rağmen verilen bir kamulaştırma kararı yok hükmündedir ve Kamulaştırma Kanunu'nun öngördüğü bir kamulaştırma işlemi olarak kabul edilemez. Nitekim, aynı Yasanın 1. maddesi hangi taşınmazlar hakkında kamulaştırma kararının verilebileceğini açıkça belirtmiştir. Olayda, genel mahkemedeki davanın açılmasından*(dava 30/5/1968 tarihinde açılmış, taşınmazın tapulama tespiti ise 20/4/1969 tarihinde yapılmıştır.) *önce alınan 3/2/1968 tarihli kamulaştırma kararı yok hükmünde olduğu için M.K.un 633. maddesinin ikinci hükmü uyarınca mülkiyetin geçtiği söylenemez. Mülkiyet, dava ve tespit tarihinden sonra, 3/7/1969 günü tapu memuru huzurunda 3522 sayılı Yasaya göre meccanen yapılan ferağ takriri üzerine davalı T. Demir ve Çelik İşletmeleri Genel Müdürlüğü'ne geçmiştir. Mahkemenin, bu gerçeği dikkate almayarak tespit gününden sonra tapuda yapılan intikale göre hüküm kurması usul ve yasaya aykırıdır. O halde mahkemece, dava günündeki hukuksal duruma göre uyuşmazlığın çözülmesi gerekir"* gerekçesiyle direnme kararını bozmuştur.

121. Uyuşmazlık konusu 210 nolu taşınmaz ve aynı kapsamda bulunan diğer taşınmazlar için açılan tespite itiraz davalarında bu karara uyularak, kamulaştırmaya itibar edilmemiş, taşınmazlara tespit öncesinde, kazandırıcı zamanaşımı süresi boyunca malik sıfatıyla zilyet olunduğu gerekçesiyle davalar davacılar lehine sonuçlandırılmıştır.

122. Başvuru konusu 210 nolu parsel için men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat davasında verilen kararı temyizen inceleyen Yargıtay 5. Hukuk Dairesi, 30/6/2009 tarihli ve E.2009/5114, K.2009/10567 sayılı kararında; *"Dosyada bulunan kanıt ve belgelerden dava konusu taşınmazın 3 Şubat 1968 tarihinde kamulaştırıldığı ve bu davanın davacıları tarafından kamulaştırma bedelinin artırılması davası açıldığı gözetilerek dava konusu taşınmaza ilişkin kamulaştırma işleminin idari yönden kesinleştiği ve mülkiyetinin de idareye geçtiği, bu itibarla kamulaştırmasız el atmadan bahsedilemeyeceği nazara alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken, taşınmaza davalıların kamulaştırma olmaksızın el attıkları ve dava konusu taşınmazın üzerine fabrika atıkları ile cüruf döktükleri, taşınmazı işgal ettikleri ve taşınmazı haksız olarak ellerinde bulundurdukları gerekçesiyle hüküm kurulması doğru görülmemiştir"* kanaatine ulaşarak, ilk derece mahkemesinin müdahalenin men'ine, ecrimisil ve tazminata hükmedilmesine ilişkin kararını bozmuş, mahkemece bozma kararına uyularak ve aynı gerekçeyle dava reddedilmiştir. Böylece, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, kamulaştırma kararının yok hükmünde olduğu gerekçesinin tam tersi bir sonuca ulaşılmıştır.

123. Dairece, Hukuk Genel Kurulunun dayandığı gerekçenin aksi yönde bir neticeye varılırken dayanılan gerekçe yeterli ve tatmin edici değildir. Daha açık bir ifadeyle, Hukuk Genel Kurulu, kamulaştırma kararının yok hükmünde olduğu kanaatine ulaşırken, Kamulaştırma Kanunu'nun 1. ve 30. maddelerindeki, ancak özel mülkiyetteki taşınmazların kamulaştırılabilip kamu malının kamulaştırılamayacağına, bir idarenin diğer bir idareye ait taşınmazı yalnızca anlaşma yoluyla devralabileceğine ilişkin hükümlere dayanmış iken, Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi, kanundaki bu açık hükmün tersi yönünde bir sonuca nasıl ulaştığını izah etmemiş, Hazine adına kayıtlı olan taşınmaz üzerinde yapılan kamulaştırmanın hangi gerekçelerle geçerli olduğunu ortaya koymamıştır. Ayrıca kamulaştırmanın yapıldığı tarihte taşınmazın Hazine adına kayıtlı olmadığı, yahut Hazine adına olan tapunun hukuki dayanaktan yoksun olduğu gibi bir gerekçeye de dayanmamış, kısaca, *"Kamu malının kamulaştırılamayacağı, ancak idari yoldan, anlaşarak devredilebileceği"*ilkesini nasıl aştığını izah etmemiştir.

124. Kamulaştırmanın yapıldığı 3/2/1968 tarihinde başvuru konusu taşınmazın Hazine adına kayıtlı olduğu ve 3/7/1969 tarihinde mal müdürlüğünce TDÇİ'ye devir ve temlik edildiği tapu kaydı ve ilgili belgelerde görülmektedir.

125. Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 14/10/1996 tarihli ve E.1996/4525, K.1996/8235 sayılı kararıyla onanmış olan ve taşınmazın başvurucular adına tapuya kayıt ve tesciline karar veren İskenderun Kadastro Mahkemesinin, 18/4/1996 tarihli ve E.1995/13, K.1996/15 sayılı kararında ise; 210 nolu parselin

Hazine adına idari yoldan tapunun oluşturulduğu 1961 yılına kadar davasız-aralıksız, malik sıfatıyla başvurucuların murisi tarafından kullanıldığı, Hazine adına idari yoldan tapunun teşekkül ettirildiği tarih itibarıyla başvurucuların murisi lehine kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz malı kazanma koşullarının meydana geldiği ve Hazine adına oluşturulan 26/12/1961 tarihli ve 96 nolu tapu kaydının hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesine dayanılmıştır. Daha net bir ifadeyle, mahkeme *"Kamu malının kamulaştırılamayacağı"* ilkesi kadar geçerli ve kuvvetli olan, *"Kamu malının özel mülkiyete konu olamayacağı"* ilkesini, Hazine adına kayıttan önce kazandırıcı zamanaşımı koşullarının oluştuğu, dolayısıyla Hazineye ait kaydın hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle karşılamıştır.

126. Aynı şekilde, başvuru konusu 210 parsel sayılı taşınmazla aynı saha içinde kamulaştırmaya konu edilen 26 parsel sayılı taşınmaz için başvuruculaın açtıkları kamulaştırmasız elkoyma nedeniyle tazminat davasında, İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 14/7/1995 tarihli ve E.1995/229, K.1995/753 sayılı kararıyla; davalı idarenin başvuruculara ait taşınmaza kamulaştırmasız el koyduğu gerekçesiyle davanın (kısmen) kabulüne ve tespit edilen bedel yatırıldığında Medeni Kanun'un 912. maddesi gereğince taşınmazın davalı idare adına tesciline, (taşınmazın değerini aşan fazlaya ilişkin tazminat talebinin reddine) karar verilmiş, sözkonusu karar Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin 18/10/1995 tarihli ve E.1995/15539, K.1995/16742 sayılı kararıyla onanarak, hükmedilen tazminat başvuruculara ödenmiştir.

127. Karayılan Köyü 105, 225, 231, 238, 286 ve 421 nolu parseller için açılan kamulaştırmasız elkoyma nedeniyle tazminat davaları da aynı derece mahkemesinin, aynı gerekçeyle verdiği kararlarla davacılar lehine sonuçlanmış, bu kararlar yine Yargıtay 5. Hukuk Dairesince onanmıştır.

128. Başvuruculara ait 26 parsel sayılı taşınmaz ile sayılan diğer taşınmazlar (Bkz. §. 127) için, idarenin kamulaştırmasız elkoyma nedeniyle başvuruculara ve diğer davacılara tazminat ödemesine ve tespit edilen bedel yatırıldıktan sonra taşınmazın davalı idare adına tesciline hükmedilirken, başvuru konusu 210 parsel sayılı taşınmaz için men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat istemi, *"Kamulaştırma kesinleşmiştir"*gerekçesiyle reddedilmiş, aynı mahkeme ve Yargıtayın aynı Dairesinin verdiği birçok kararda kamulaştırmanın geçerliliği konusunda birbirine taban tabana zıt bir sonuca ulaşılmıştır. Bu sonuç, kesinleşen mahkeme kararıyla taşınmaz mülkiyetine kavuşan başvurucuların mülkiyet hakkının ortadan kalkmasını netice vereceğinden dolayı, kesin hükmün etkisini izale edecek mahiyettedir.

129. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin, başvuru konusu uyuşmazlıkta kamulaştırmanın geçerliliğine dair değerlen-

dirmelerinin, başvuruculaların açtıkları davaya konu olayların farklılığından kaynaklanmadığı, hem kendisinin eski içtihatlarıyla, hem de 7. Hukuk Dairesinin ve Hukuk Genel Kurulunun farklı davalarda verdiği aynı konudaki ilamlarıyla çelişki oluşturduğu anlaşılmaktadır.Benzer olaylar çerçevesinde verilen mahkeme kararlarında görülebilecek tutarsızlıklar, hukuki belirsizlik oluşturmaları nedeniyle, Anayasa Mahkemesinin yapacağı incelemede dikkate alınacaktır.

130. Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur. Ancak, uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmaları, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkartır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir (*Türkan Bal,[GK]* B. No: 2013/6932, § 64, 6/1/2015).

131. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Karayılan Köyündeki taşınmazların kamulaştırma yoluyla TDÇİ'ye devrine ilişkin dosyalarda, kamulaştırmanın yok hükmünde olduğu içtihadını koymuş, 7. Hukuk Dairesi tespite itiraz davalarını davacılar lehine sonuçlandırmış, 5. Hukuk Dairesi de Genel Kurulun kararı doğrultusunda, kamulaştırmasız el atma nedeniyle açılan tazminat davalarında, kamulaştırmanın yok hükmünde olduğu yani taşınmazlara kamulaştırmasız el atıldığı gerekçesiyle verilen tazminat kararlarını istikrarlı bir şekilde onamıştır. Bu nedenle, açtıkları tespite itiraz davasını kazanarak taşınmazın hükmen maliki olan başvuruculaların, malik sıfatıyla açtıkları müdahalenin men'i, ecrimisil ve tazminat davasında, kamulaştırmanın yok hükmünde olduğuna, el atmanın da kamulaştırmasız el atma niteliğinde bulunduğuna dair, hukuki belirlilik ilkesi ışığında kendi davalarında verilecek karara ilişkin makul bir güvenin oluştuğunun kabulü gerekir. Dolayısıyla, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin, Hukuk Genel Kurulu ve kendisinin eski içtihatlarına ters bir şekilde, kamulaştırmanın geçerli olduğu, kamulaştırmasız el atmanın bulunmadığı ve mülkiyetin idareye geçtiği hususları bakımından farklı bir değerlendirme yapması, her ne kadar takdir yetkisi kapsamında kabul edilebilirse de mevcut başvurunun koşullarında öngörülebilir değildir ve gerekçelendirmeye ihtiyaç duymaktadır. Bu gereksinim değinilen (Bkz. § 129) açıklamalarla birlikte dikkate alındığında daha bariz şekilde ortaya çıkmaktadır.

132. Anayasa Mahkemesi bu nedenlerle, başvurucuların davasının ne şekilde sonuçlanması gerektiğine dair herhangi bir çıkarım yapmamakla birlikte, başvuru konusu uyuşmazlığa ilişkin kararla; taşınmazın aynına ilişkin olarak başvurucular lehine verilen ve kesinleşmiş bulunan kararın etkisiz hale getirilmesinin başvurucular için öngörülemez olduğunu, yine nihai yargılama makamını oluşturan Yargıtay daireleri, dairelerle Hukuk Genel Kurulu ve bir dairenin istikrar kazanmış bir içtihadından farklılık gösteren yeni bir içtihadı arasındaki yorum farklılıklarının, benzer nitelikteki davaların karara bağlanması sürecinde hukuki belirsizliğe yol açtığını ve başvurucular için öngörülemez olduğunu değerlendirmektedir.

133. Başvurucular, yaklaşık otuz yıl süren tespite itiraz davası sonucunda, hükmen uyuşmazlık konusu taşınmazın mülkiyetini kazanmışlar, taşınmaz üzerine dökülen ve bilirkişi raporuna göre kaldırılması büyük mali külfet gerektiren fabrika atıkları ve cüruf nedeniyle, mülkiyet hakkının malike sağladığı kullanma ve yararlanma hakkından istifade edememelerinden dolayı müdahalenin men'i, ecrimisil ve tazminat davası açmışlar, mahkeme tarafından ise yaklaşık onbeş yıl süren yargılama sonucunda, taşınmazın 1968 yılında kamulaştırıldığı ve mülkiyetin idareye geçtiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

134. Başvurucular, taşınmazın kamulaştırılmasına yönelik işlemin yok hükmünde olduğunu, zira kamulaştırmanın yapıldığı tarihte taşınmazın Hazine adına kayıtlı bulunduğunu, geçerli bir kamulaştırmanın varlığının kabulü durumunda ise kendilerine kamulaştırma bedeli ödenmesi gerekirken, hiçbir şekilde kamulaştırma bedeli ödenmediğini ileri sürmektedirler. Kamulaştırma bedelinin ödendiğine dair dosyada da herhangi bir bilgi-belge veya iddia bulunmamaktadır.

135. Öte yandan, 27/7/2007 tarihinde yapılan kıyı-kenar çizgisi tespit işlemi ile uyuşmazlık konusu parselin tamamı kıyı-kenar çizgisi içerisinde bırakılmış, hâlihazırda da kıyı-kenar çizgisi içerisinde bulunmasına rağmen idarece tapu iptali yapılmadığından dolayı mülkiyetin tapuda halen başvurucular adına kayıtlı olduğu anlaşılmıştır.

136. Davalı idareler bir yandan tapuda mülkiyeti halen başvuruculara ait olan taşınmazı fiilen kullanmaya devam etmekte, diğer yandan da bunun karşılığında başvuruculara herhangi bir bedel ödememektedirler. Başvuruculara gelince, taşınmaza hükmen ve tapu kaydına göre malik olmalarına karşın mülkiyet hakkının bahşettiği imkânlardan yararlanamamaktadırlar. Bu ise başvurucular üzerinde orantısız bir yük teşkil etmektedir.

137. Sonuç olarak, 210 nolu taşınmazın kamulaştırılması işleminin hukukiliği konusunda, kararlar arasında ittifak bulunmamakla birlikte, taşınmazın fiili kamulaştırma neticesinde davalı idarelerin kullanımına geçtiği, davalıların taşınmaz üzerine, kaldırılması büyük mali külfet gerektiren miktarda fabrika atığı ve cüruf dökmesinden dolayı, başvuruculaların hükmen maliki oldukları taşınmazı kullanamadıkları, davalıların kamulaştırma bedeli ödemeden tasarruf ettikleri taşınmazı, başvuruculaların mülkiyetine geçtikten sonra ve halen işgal ettikleri, mülkiyetin başvuruculara geçmesinden sonra da devam eden bu fiili durum nedeniyle başvuruculara ecrimisil ve tazminat ödemedikleri, kamu makamlarının (idare ve yargı mercilerinin) kamu ile birey arasında adil bir denge kuramadıkları anlaşılmakta olup, tüm bu durumların başvurucular üzerinde aşırı bir yük teşkil ettiği dikkate alındığında, başvuruculaların Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekmektedir.

b. Yargılamanın Makul Sürede Sonuçlandırılmadığı İddiası

138. Başvurucular, 1997 yılının aralık ayında açılan men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat davasına ilişkin yargılamanın, makul süreyi aşacak biçimde, ancak 15 yıla yaklaşan bir sürede tamamlanarak Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

139. Adalet Bakanlığı görüş yazısında; Anayasa Mahkemesinin yargılama süresinin makul olup olmadığını her olayın kendine özgü koşulları ve özellikle davanın karmaşık olup olmadığı, başvurucunun yargılama sürecinde gösterdiği tavır ve davranışları, kamu otoritelerinin özellikle yargılama organlarının tutumları, davanın başvurucu açısından taşıdığı değer gibi ölçütleri dikkate alarak karar verdiğini, somut davanın yaklaşık onbeş yıl sürdüğünü dile getirmiştir.

140. Başvurucular Adalet Bakanlığı görüş yazısına karşı beyanlarında; davanın uzun sürmesinin kendi kusurlarından kaynaklanmayıp mahkemenin işleyişinden ileri geldiğini, yargılama süresinin aslında onbeş yıl değil kırk yılı aştığını, zira, otuz yıllık hukuk mücadelesinin ardından 1997 yılında hükmen tapularına kavuştuklarını fakat kararı icra ettiremedikleri için yaklaşık onbeş yıl süren ikinci bir davayı açmak zorunda bırakıldıklarını, yargılama süresi hesaplanırken kırk yılı aşkın süredir taşınmazı kullanamadıkları gerçeğinin nazarı dikkate alınması gerektiğini beyan etmişlerdir.

141. 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."

142. 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."

143. 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."

144. Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı 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, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No:2012/13, 2/7/2013, § 39).

145. Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması, adaletin gerektiği şekilde temini ve hukuka olan inancın muhafazası olup, hukuki uyuşmazlığın çözümünde gerekli özenin gösterilmesi gereği de yargılama faaliyetinde gözardı edilemeyeceğinden, yargılama süresinin makul olup olmadığının her bir başvuru açısından münferiden değerlendirilmesi gerekir (*Güher Ergun ve diğerleri*, § 40).

146. Makul süre incelemesinde; yargılamaya intikal eden maddi vakıalar ve ispat araçlarından oluşan dava malzemesinin veya uygulanacak hukuk kurallarının karmaşık olması; tarafların genel olarak yargılama sürecindeki tutumu, yargılama sürecinin uzamasındaki etkisi ve usuli haklarını kullanırken gereken dikkat ve özeni gösterip göstermedikleri; yargı makamları yanında dava süreciyle ilgili kamu gücü kullanan tüm devlet organlarına atfedilebilir yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden kaynaklanan bir gecikme olup olmadığı ve yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilip gösterilmediği; başvurucu için hukuki korumanın bir an önce gerçekleştirilmesindeki yararının ne olduğu gibi davanın niteliği ve niceliğine ilişkin birçok hususun birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekmektedir (*Nesrin Kılıç*, B. No: 2013/772, 7/11/2013, § 58)

147. Başvuru konusu olayda, başvurucular, zilyetliklerinde olan 210 nolu taşınmazın, Toprak Tevzi Komisyonunca 1961 yılında Hazine adına tespit görerek, aynı tarihli tapu kaydına istinaden Hazine adına tescil edilmesi, TDÇİ tarafından, taşınmazlar üzerinde fabrika kurulmaya başlanması üzerine, 3/7/1969 tarihli ve 76 sayılı tapu kaydıyla, Hazine adına tescilli bulunan taşınmazın, mal müdürlüğünün devir ve temliki sonucunda TDÇİ adına tescili üzerine tespite itiraz davası açmışlar, Mahkeme, otuz yıla yaklaşan bir yargılama sürecinin sonunda 18/4/1996 tarihinde, gayrimenkulün kadastro tespitinin ve komisyon kararının iptaliyle taşınmaz mülkiyetinin başvurucular adına tapuya kayıt ve tesciline karar vermiştir.

148. Başvurucular, bu kez mülkiyet haklarına dayanarak anılan parsel için davalı idareye karşı 19/12/1997 tarihinde men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat davası açmışlar, Asliye Hukuk Mahkemesi yaklaşık 10 yıl 10 ay sonra davanın kısmen kabulü ile davalıların 210 parsel sayılı taşınmaza yapmış oldukları müdahalenin men'ine, bir miktar tazminat ve ecrimisilin başvuruculara ödenmesine karar vermiştir. Yaklaşık 11 yıl süren ilk derece mahkemesi sürecinde davaya birçok hâkim nezaret etmiş ve çok sayıda duruşma yapılmıştır.

149. İlk derece mahkemesi aşamasında ilki 17/6/1998 tarihinde, ikincisi 7/7/2000 tarihinde olmak üzere iki defa keşif yapılmıştır. Yapılan ilk keşifte paftanın zemine tatbiki sonucunda uyuşmazlık konusu yerin 210 nolu parselle örtüştüğü, taşınmaza cüruf ve atık maddelerle yapılan dolgunun miktarı, bir yıllık ecrimisil bedelinin ne olduğu ve cürufun taşınmazdan tamamen temizlenmesi için yapılması gerekli masrafın miktarı yönünde tespitler yapılmıştır. Davalı idare tarafından bilirkişi raporuna itiraz edilerek yeniden bir bilirkişi incelemesi talep edilmiştir. Yeniden yapılan keşif-bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen rapor birincisi ile genel olarak benzerlik göstermektedir. Farklı olarak, ilk raporda sadece kuru soğan üretimi esas alınarak ecrimisil miktarı tespit edilmiş iken ikincisinde, arazide üretilmesi muhtemel ürün çeşidi artırılarak farklı bir miktar tespit edilmiştir.

150. 210 nolu parselin başvurucular adına olan tapusunun iptal edilerek taşınmazın ½ sinin kendisi adına tescili için Zeliha Kayış tarafından 29/9/2000 tarihinde aynı mahkemeye dava açılması üzerine, eski esası 2000/993 olan ve başvuruya konu davayla birleştirilen dosya ayrılarak dava yeni esas üzerinden yürümüş, İskenderun 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1/12/2005 tarihli ve E.2004/467, K.2005/3195 sayılı kararıyla, taşınmazın ½'sinin tapusu iptal edilerek davacı Zeliha Kayış adına tescil edilmiş, karar 6/12/2007 tarihinde bu şekilde kesinleşmiştir.

151. Mahkeme her iki dosyayı 26/4/2002 tarihinde birleştirmiş, ikibuçuk yıl kadar yargılamayı birlikte sürdürdükten sonra 5/10/2004 tarihinde dosyaların ayrılmasına karar vererek E.2004/467 sayılı dosyayı, uyuşmazlığa konu dava

için bekletici mesele yapmıştır. E.2004/467 sayılı dosya hakkında karar verildikten sonra, tarafların talepleri de dikkate alınarak sözkonusu dosyanın kesinleşmesi beklenilmiş, 6/12/2007 tarihinde kesinleşmesi üzerine, uyuşmazlık konusu dosya hakkında 21/10/2008 tarihinde karar verilmiştir.

152. İlk derece yargılamasının uzun sürme nedenlerine bakıldığında; rapor sonuçları geneli itibarıyla benzer olan birden fazla keşif yapılmasının, ilk keşifte rapor ibrazı için on gün süre verilmesine rağmen, inşaat bilirkişisinin raporunu bir yıl dört aydan daha fazla bir süre geçtikten sonra mahkemeye teslim etmesinin, her hakim değişikliğinde birbirinin tekrarı mahiyetinde duruşmalar yapılmasının, tapu kaydı, kamulaştırmanın yapılıp yapılmadığı gibi hususlar için taraflardan ve kamu kurumlarından tekrarlayan bilgi-belge taleplerinin, sonradan ayrılıp işbu uyuşmazlık için bekletici mesele yapılmasına, yani öncelikle karara bağlanması gerekli görülmesine rağmen davanın, E.2004/467 sayılı dava ile birleştirilerek yaklaşık ikibuçuk yıl birikte yargılama yapılmasının, beklenilen dosya hakkında verilen kararın kesinleşmesinin üzerinden on aydan daha uzun bir süre geçtikten sonra karar verilmesinin etkili olduğu anlaşılmaktadır. Değinilen bu hususlar başvuruculardan kaynaklanmayan ve yargılamanın işleyişi ile ilgili sorunlar olduğundan, bu konularda başvuruculara atfedilecek bir kusur bulunmamaktadır.

153. Davacıları ve davalıları tarafından temyiz edilen davanın temyiz incelemesi yaklaşık 5 ay sürmüş ve ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur. Bozma kararına karşı yapılan karar düzeltme talebi ise yaklaşık 11 ay sonra karara bağlanmıştır. Mahkemenin 27/1/2011 tarihinde bozmaya uyma kararı verip 31/3/2011 tarihinde davayı reddetmesi üzerine davacılar 27/5/2011 tarihinde temyize gitmişler, 24/1/2012 tarihinde karar onanmış, karar düzeltme talebi de 1/11/2012 tarihinde reddedilerek karar kesinleşmiştir.

154. Gerek 11 yıl kadar devam eden ilk derece mahkemesi süreci, gerekse 15 yıla yaklaşan toplam yargılama süresi göz önünde bulundurulduğunda yargılama süresinin makul olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

155. Sonuç olarak, Asliye Hukuk mahkemesinde görülen men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat davasının toplam 15 yıla yaklaşan bir süre sonucunda neticelendiği, uyuşmazlığın konusu ve hukuki mesele, tarafların sayısı, nizalı taşınmaz adedi gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, yargılamanın bu kadar uzun sürmesini gerektirecek derecede davanın karmaşık olmaktan uzak olduğu, ayrıca başvuruculların tutumunun veya usuli haklarını kullanırken gösterdikleri tavırların davanın uzamasına sebebiyet verdiğine dair bir bilginin bulunmadığı anlaşılmıştır.

156. Açıklanan nedenlerle, başvuruculların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. maddesi Yönünden

157. Başvurucular, hükmen tapusuna sahip oldukları taşınmazın mülkiyetini, men'i müdahale, ecrimisil ve tazminat talebiyle açtıkları davada hukuka aykırı olarak verilen ret kararıyla kaybetme riskiyle karşı karşıya kaldıklarını ifade etmişler, *"İhlalin tespitini, mülkiyet, adil yargılanma ve makul sürede yargılanma hakkını ihlal eden kararın ortadan kaldırılarak, ağır mülkiyet hakkı ihlalini önleyecek bir karar verilmesinin temini yönünde karar verilmesini"* talep etmişlerdir.

158. 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. "*

159. Başvurucuların mülkiyet ve makul sürede yargılanma hakkına yönelik şikayetleri kabul edilebilir bulunmakla birlikte, maddi ve manevi tazminat ödenmesi yönünde bir taleplerinin olmadığı dikkate alınarak tazminat konusunda karar verilmesine yer olmadığına hükmetmek gerekmektedir.

160. Başvurucuların mülkiyet ve adil yargılanma haklarının, idari ve yargısal faaliyetler nedeniyle ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

161. Başvurucular tarafından yapılan 172,50 TL harç, kullanılmayan 150,00 TL masraf avansı ile 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.822,50 TL yargılama giderinin müştereken başvuruculara ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvuruculaların,

1. Taşınmazın kıyı-kenar çizgisinde kaldığına ilişkin şikayetlerinin *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"* nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

2. Taraf teşkilinin sağlanmadığına ilişkin şikayetlerinin *"başvuru yollarının tüketilmemiş olması"*nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

3. Eksik incelemeye dayalı karar verildiği iddiasının *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle**KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

4. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

5. Makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

C. Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan makul sürede yargılanma hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE**,

D. İhlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine,

E. Başvurucular tarafından yapılan 172,50 TL harç, kullanılmayan 150,00 TL masraf avansı ile 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.822,50 TL yargılama giderinin müştereken**BAŞVURUCULARA ÖDENMESİNE,**

F. Ödemenin, 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,

24/6/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

ADİL YARGILANMA HAKKI
(MD. 36)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

YANKI BAĞCIOĞLU VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/253)

Karar Tarihi: 9/1/2015

R.G. Tarih-Sayı : 12/5/2015-29353

GENEL KURUL

KARAR

Başkanvekili	:	Serruh KALELİ
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		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	:	Hüseyin TURAN
1.Başvurucu	:	Yankı BAĞCIOĞLU
Vekili	:	Av. Yavuz KATI
2.Başvurucu	:	Hatice Senay GÜNAYDIN
Vekili	:	Av. Mehmet Ali ÇERKEZ
3.Başvurucu	:	Fahri Yavuz URAS
4.Başvurucu	:	Metin ÖLMEZ
Vekili	:	Av. Erol MEMİŞ
5.Başvurucu	:	Murat ÖNDER
Vekili	:	Av. Murat ÖZKAN
6.Başvurucu	:	Zeki MESTEN

Vekili	:	Av. Kasım KUTBOĞA
7.Başvurucu	:	Hakan ÖZERGÜN
Vekili	:	Av. Selçuk ÇELİK
8.Başvurucu	:	Mehmet Emrah KÜÇÜKAKÇA
Vekili	:	Av. Murat ERGÜN
9.Başvurucu	:	Erkan DEMİR
Vekili	:	Av. Celal ÜLGEN
10.Başvurucu	:	Tuna EROL
Vekili	:	Av. Celal ÜLGEN
11.Başvurucu	:	Deniz Mehmet IRAK
Vekili	:	Av. Celal ÜLGEN
12.Başvurucu	:	Burak ÇETİN
Vekili	:	Av. Celal ÜLGEN
13.Başvurucu	:	Mehmet AYGÜN
Vekili	:	Av. Mete KUBİLAY
14.Başvurucu	:	Şafak YÜREKLİ
Vekili	:	Av. İbrahim ŞAHİNKAYA
15.Başvurucu	:	Esin Tolga UÇAR
Vekili	:	Av. Hüseyin ERSÖZ
16.Başvurucu	:	Hüseyin AKIN
Vekilleri	:	Av. Şeref DEDE
		Av. İbrahim ŞAHİNKAYA
17.Başvurucu	:	Tamer ÇETİN
Vekili	:	Av. Cenk TÜRKER
18.Başvurucu	:	Kubilay Şükrü ÖZDEMİR
19.Başvurucu	:	Bahattin ŞEN
20.Başvurucu	:	Mehmet Koray ERYAŞA
Vekili	:	Av. Murat ERGÜN

21.Başvurucu	:	Yiğit Ali ADLIĞ
Vekili	:	Av. Kemal Yener SARAĞOĞLU
22.Başvurucu	:	Hakan ÇETİNKAYA
Vekili	:	Av. Kemal Yener SARAĞOĞLU
23.Başvurucu	:	Engin TURAN
Vekili	:	Av. Kemal Yener SARAĞOĞLU
24.Başvurucu	:	Ekrem Saltuk BAYSAL
Vekili	:	Av. Hüseyin ERSÖZ
25.Başvurucu	:	Necmi YILDIRIM
26.Başvurucu	:	Tamer KARSLIOĞLU
Vekili	:	Av. Orhan ÖNDER
27.Başvurucu	:	Ali Haydar ESER
Vekili	:	Av. Orhan ÖNDER
28.Başvurucu	:	Ahmet Yasin ERDOĞAN
Vekili	:	Av. Vehbi KAHVECİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, kamuoyunda İstanbul Askeri Casusluk Davası olarak adlandırılan soruşturma kapsamında Deniz Kuvvetleri içerisinde fuhuş, şantaj, tehdit ve casusluk faaliyetlerini yürüten suç örgütüne üye olmak suçlarından yargılandıkları davada mahkumiyet kararı verildiğini belirterek, Anayasa'nın 36., 37., 38., 138., 139., 140. ve 141. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş, yargılamanın yenilenmesi ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

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. 8/1/2014 tarihli ve 2014/253 numaralı ilk başvuruya ilişkin olarak Birinci Bölüm, 31/10/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas hakkında-

ki incelemenin birlikte yapılmasına karar vermiştir. 2014/1052 numaralı başvuruya ilişkin olarak İkinci Bölüm, 17/9/2014 tarihinde, 2014/2184 numaralı başvuruya ilişkin olarak 12/9/2014 tarihinde, 2014/2188 numaralı başvuruya ilişkin olarak ise, 18/9/2014 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas hakkındaki incelemenin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

4. 2014/253, 2014/1052, 2014/2184 ve 2014/2188 numaralı başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 31/10/2014 tarihli yazısında, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen, başvuru hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

5. 30/12/2014 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvuruların görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

6. Yapılan incelemede; 2014/11112, 2014/5645, 2014/3778, 2014/2981, 2014/2722, 2014/2253, 2014/1968, 2014/1956, 2014/1710, 2014/1709, 2014/1707, 2014/1697, 2014/1727, 2014/2179, 2014/2178, 2014/1760, 2014/864, 2014/566, 2014/519, 2014/454, 2014/1052, 2014/2184, 2014/2188, 2014/10897 ve 2014/305 sayılı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte bulunmaları nedeniyle 2014/253 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. Başvurucular hakkındaki soruşturma, 24/4/2010 tarihinde emniyet birimlerine yapılan bir e-posta ihbarıyla başlamıştır. Söz konusu postada; "*Vika, Dilara ve Gül isimli şahıslar liderliğinde bir fuhuş çetesinin yurt dışından bayan getirerek zorla fuhuş yaptırdığı, bu çete içerisinde 18 yaşından küçük bayanların da bulunduğu ve fuhuş yaptırılan bayanların uyuşturucu bağımlısı yapılarak kullanıldığı*" iddia edilmiştir.

9. Bu ihbar üzerine İstanbul Cumhuriyet Savcılığınca, "*suç örgütüne yönelik yapılan soruşturma kapsamında dinleme ve tespit sonrasında örgütle irtibatı belirlenen İ.S. ve Z.M.'nin TSK mensubu olduğu, İ.S.'nin bu fuhuş çetesinden sık sık fuhuş amaçlı bayan temin ettiği ve Kadıköy'de bulunan ikametini fuhuş amaçlı kullandırdığı, Z.M.'nin de başka bir fuhuş örgütü ile irtibatlı olduğu ve fuhuş yap-*

tırılan bayanları Z.M.'ye tedavi ettirdikleri ve hamile kalanların kürtaj yaptırıldığı" şüphesiyle soruşturma başlatılmıştır.

10. 2/8/2010 ve 4/8/2010 tarihlerinde 155 polis hattına gelen bir ihbarda; "*TSK içerisinde bir fuhuş çetesi olduğu, bu çetenin özel olarak kiraladığı evlerde temin ettiği kadınlarla, üst düzey komutanların, subayların ve öğrencilerin fuhuş yapmasını sağladıkları*" iddia edilmiştir.

11. 2/8/2010 ve 4/8/2010 tarihlerinde yapılan bu ihbarlar üzerine İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucuların ev ve işyerlerinde arama yapılmış ve arama sonucu çok sayıda dijital (CD, DVD, flash bellek, hard disk gibi) veriler bulunmuş ve bunlara el konulmuştur.

12. Başvurucular hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 28/11/2011 tarih, 2010/1003 Soruşturma ve E.2011/123 sayılı iddianamesi ile kamu davası açılmıştır.

13. İddianamede özetle, dijital delillerden elde edilen bilgilere göre başvuruculardan bir kısmının fuhuş, şantaj ve tehdit amaçlı suç örgütü yöneticiliği yaptığı, diğer başvurucuların ise bu örgütün üyesi oldukları, birçok Türk Silahlı Kuvvetleri personeli hakkında kişisel verileri hukuka aykırı bir şekilde kaydettikleri ve örgüte teslim ettikleri, devletin güvenliğine ait gizli nitelikte belgeleri temin ederek örgüt arşivine ulaştırdıkları, casusluk faaliyetinde bulundukları, özel hayatın gizliliğini ihlal etmek, haberleşmenin gizliliğini ihlal etmek, kişilerin sesini gizlice kayda almak suçlarını işledikleri iddiasıyla başvurucuların cezalandırılması talep edilmiştir.

14. İddianamede; "*bu suç örgütünün TSK, TÜBİTAK, HAVELSAN ve GES Komutanlığı gibi Devletin en stratejik kurumlarında örgütlenerek ayrı bir hücre yapılanmasına gittiği, örgütün arşivini saklayan İ.S.'ye her türlü bilgi, belge ve materyalin gönderildiği, özellikle TÜBİTAK tarafından TSK için yürütülen ülke yararına gerçekleştirilen projeleri durdurmaya, yavaşlatmaya, engellemeye çalıştıkları, casusluk faaliyeti kapsamında elde ettikleri bazı belge ve projeleri yabancı ülkeye pazarlamayı planladıkları*" iddia edilmiştir.

15. Başvurucular, 10/11/2010 tarihli dilekçe ile tutuklanmalarına neden olan soruşturma kapsamında TÜBİTAK ve Genelkurmay Başkanlığı gibi kurumların gönderdiği ve kolluk tarafından dijital delillere ilişkin olarak düzenlenen tüm bilirkişi inceleme tutanağı örneklerinin verilmesi için İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına talepte bulunmuşlardır. Savcılığın ret cevabı üzerine İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesine 22/11/2010 tarihinde yapılan itiraz üzerine, Cumhuriyet Savcılığı mütalaasında; "*Genelkurmay Başkanlığı ile diğer kurumlardan gelen raporlar ile emniyet tarafından hazırlanan inceleme tutanakları bilirkişi*

raporu niteliğinde olmadığından ve özellikle ilgili kurumlardan gelen raporların şüpheli müdafilerine verilmesi halinde 'Devletin güvenliğine ilişkin belgelerin' inceleme yetkisi olmayan kişilerin eline geçmesi ihtimali bulunduğundan şüpheli müdafilerin taleplerinin CMK. 153. maddesi kapsamında görülmediğinden reddine karar verilmesi" talep edilmiştir.

16. İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi Nöbetçi Hâkimi, 28/11/2010 tarih ve 2010/1332 Değişik İş sayılı kararla bu mütalaa doğrultusunda talebin reddine karar vermiştir. Karar gerekçesinde yer alan ifade ise şöyledir:

"İstenen raporlar CMK kapsamında bilirkişi raporu niteliğinde olmadığından bu konudaki taleplerin reddine."

17. Bir kısım başvuruculaların bu karara itirazı üzerine İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi heyet halinde, 27/12/2010 tarih ve 2010/1378 Değişik İş sayılı kararla talebin kesin olarak reddine karar vermiştir. Karar gerekçesinde yer alan ifadeler ise şöyledir:

"Şüpheliler müdafilerin taleplerinin CMK.153 maddesi kapsamında olmadığı dikkate alınarak, Mahkeme Nöbetçi Hâkimliğinin vermiş olduğu kararda usul ve yasaya bir aykırılık bulunmadığından şüpheliler müdafilerinin itirazlarının reddine..."

18. Başvurucular bu kez kovuşturma evresinde, kamu davası açılmasına neden olan TÜBİTAK, Genelkurmay Başkanlığı ve diğer kurumların gönderdiği ve kolluk tarafından düzenlenen tüm bilirkişi inceleme tutanağı örneklerinin kendilerine verilmesini, CD, flaş bellek, DVD ve hard diskler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasını ve bunların imajlarının verilmesini talep etmiş, başvuruculaların bu talepleriyle ilgili olarak İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin, 20/4/2011 tarihli 1. celsesinde "*.adli emanette bulunan dijital materyaller ve diğer belgelerle ilgili iddianamede bu belgelerin devlet sırrı kapsamında kaldığı ve yine askeri belgelerle ilgili soruşturma aşamasında T.C. Genel Kurmay Başkanlığından gelen yazı cevabında da bu belgelerin devlet sırrı niteliğinde gizli belgeler olduğu belirtildiği buna karşılık bu belgelerin on binlerle ifade edilen sayıda olduğu göz önüne alınarak, sanıklarda ele geçirilen ve adli emanette bulunan dijital verilerin imajlarının ve diğer tüm belgelerin yukarıdaki kapsamda devlet sırrı niteliğinde ve aleniyet kazanmaması gereken gizli belgeler olup olmadığı hususunda değerlendirme yapıldıktan sonra sanık ve müdafilerine verilip verilmemesi hususunun karara bağlanmasına, bu aşamada bu yöndeki tüm taleplerin REDDİNE"* karar verilmiştir.

19. Başvuruculaların, dijital verilerin imajlarının verilmesine ilişkin talebi, yine İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 1/7/2011 tarihli 5. celsesinde, "*sanıklarda ele geçen dijital verilerle ilgili bilirkişi incelemesi yaptırılacağı"* gerekçesiyle reddedilmiştir.

20. Başvuruculların, dijital materyallerin verilmesi hususundaki talepleri, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 16/12/2011 tarihli 9. celsesinde de benzer gerekçe ile reddedilmiştir.

21. 16/12/2011 tarihli duruşmada başvuruculardan bir kısmı, suçlamaların dayanağı olan dijital verilerle ilgili uzman kişi sıfatıyla M.T.'nin dinlenmesi talebinde bulunmuşlar ve Mahkemece bu talebin kabulü üzerine M.T., uzman kişi sıfatıyla verdiği görüşünde; "*. üst veri bilgileri (dosyanın adı, kimin oluşturduğu, ne zaman oluşturduğu ve son tarihte ne zaman değiştirildiği gibi bilgiler) tek başına bir güvenlik bilgisi içermediği için güvenilir bir bilgi değildir. . Bu veriler bilgisayarı kullanan herkes tarafından değiştirilebilir.*" şeklinde beyanda bulunmuştur (*gerekçeli karar* s.308 v.d).

22. Başvuruculların, dijital verilerle ilgili inceleme raporları hazırlayan görevli polislerin huzurda dinlenilmesi talepleri ile diğer talepleri konusunda İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesince 29/6/2012 tarihli 14. celsede;

".Bir kısım talepler bakımından daha önce verilen ara kararlar doğrultusunda reddolunup bu aşamada yeniden değerlendirme yapılmasını gerektirmediğinden,

Bir kısım talepler bakımından da dijital belgelerin subuta ilişkin değerlendirilmesi hususunun mahkemenin takdirinde bulunduğu, tanık dinlenilmesi hususunun dijital belge bakımından esasa etkili bir katkısının bulunmayacağı nedeniyle,

Yine bir kısım taleplerin yerine getirilmesinin ise dosyaya yenilik katmayacağı anlaşıldığından,

Daha önceki ara kararlarda belirtilen sair nedenlerde nazara alınarak REDDİNE,"

...

"...yürürlükteki mevzuat bakımından devlete ait belgelere ilişkin sır kabul edilme, gizli, çok gizli, hizmete özel gibi değerlendirmelerin Genelkurmay Başkanlığı Adli Müşavirliği'nce mahkememizin yazısı üzerine verilen 28 Mayıs 2012 tarihli yazı cevabı ekinde sunulan mevzuat içeriklerinden de anlaşıldığı üzere belgenin sahibi olan ilgili kuruma ait olduğu, bunun dışında ilgili belgenin sözü edilen tasnif değerlendirmesini yapacak başka bir kurulun bulunmadığı, sanık müdafilerinin talepleri kabul edilip bilirkişi heyeti oluşturulacak olursa bu bilirkişi heyetinin serbest kişilerden oluşturulması halinde belgelerin özelliğinden kaynaklı güvenlik zafiyeti ortaya çıkabileceği, diğer ihtimal değerlendirilip ilgili belge sahibi kurumlardan birer temsilci alınmak suretiyle bilirkişi heyeti oluşturulması halinde de şimdiki uygulamadan farklı bir uygulamanın benimsenmiş olmayacağı, böylelikle dosya içinde mevcut değerlendirme raporları dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmakla, bu yöndeki taleplerin REDDİNE," şeklinde karar verilmiştir.

23. Başvurucuların suçlanmasına ve hakkında mahkûmiyete neden olan dijital kayıtlar üzerinde usulüne uygun olarak bilirkişi incelemesi yaptırılması talebi İlk Derece Mahkemesince;

"Dijital delillerin sanıkların ev veya iş yerlerinde usulüne uygun yapılan ve kamera görüntüleri ile desteklenen aramalar sonucunda ele geçirilmiş olması nazara alındığında delillere sonradan ilave yapıldığı ya da olay yerine daha önceden konulduğu ile ilgili iddiaları destekleyen bir bulgu bulunmadığından bu savların dayanaksız olduğu sonucuna varılmıştır. Ceza yargılamasında hâkim (mahkeme) önüne gelen delilleri serbestçe takdir eder. Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında da bilirkişi kesin delil olarak sayılmamıştır. Bu nedenle CMK. 161. maddesi anlamında Adli Kolluk sayılan Emniyet Müdürlüğü mensubu olan polislerin soruşturma safhasında Bilişim Şubesi aracılığıyla elde edilen dijital delillere ilişkin yukarıda yine dijital delillere ilişkin teorik anlatımda sözü edilen yazılımları kullanarak el konulan dijital delillerin çözümlemesini ve raporlamasını yapmış olmaları karşısında ulaşılan sonuç mahkememizce diğer dosya kapsamındaki deliller bir bütün olarak değerlendirilip dijital delil zinciri göz önünde bulundurularak, ayrıca Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2012/1750 esas sayılı 20/06/2012 tarihli onama kararına konu İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesi'nin TCK. 136. maddesinden mahkumiyete ilişkin örgüt mensubu sanıklardan elde edilen dijital verilerle ilgili benzeri kapsamdaki değerlendirmesi de dikkate alınarak yeterli kabul edilmiş, bu sebeple bir kısım sanıklar müdafisinin 16/12/2011 tarihli celsede beraberlerinde hazır bulundurdukları ve bilirkişi olarak dinlenmesini istedikleri M.T.'nin duruşma sırasındaki beyanında genel olarak bilgisayarlarda oluşturulan word belgelerinin üst ve alt veri yollarına rahatlıkla müdahale edilebildiğini, bunu önlemenin yolunun bilgisayarların bulunduğu mekanların uygun kontrol araçları ile takibi olduğunu ifade etmiş olması karşısında mahkememizin yukarıda sözü edilen delillerin serbestçe takdire dayalı olduğuna yönelik genel ceza hukuku kabulü dışında bir yenilik getirmediğinden hükme etkili sayılmamış ve yine aynı nedenlerle yeniden bilirkişi incelemesine başvurmaya gerek duyulmamıştır"gerekçeleriyle reddedilmiştir (bkz. gerekçeli karar s.396).

24. İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin, 2/8/2012 tarih ve E.2011/37, K.2012/166 sayılı kararı ile başvuruculara, örgüt üyeliği, kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, Devletin güvenliğine ilişkin gizli belgeleri temin etme gibi suçlardan cezalandırılmalarına, "*örgüt kurmak ve yönetmek*", "*siyasal veya askeri casusluk yapma*" ve "*fuhşa teşvik veya aracılık etme*" suçlarından ise beraatlerine karar verilmiştir.

25. Mahkeme, başvuruculara TCK'nun 220. maddesinde düzenlenen "*Suç işlemek amacıyla kurulan örgüte üye olma*" suçunu işlediğine gerekçe olarak "*dosya kapsamında ele geçirilen dijital belgelerde kendileri tarafından oluşturulduğu anlaşılan kısımlarında örgütle irtibatlarını gösterecek şekilde TCK 334/1, 327/1,*

326/1 maddeleri kapsamında olduğu tespit edilen belgeler" gösterilmiştir (*gerekçeli karar* s.*412-421*).Mahkeme, yine başvuruculaların TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen " *verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*", TCK'nun 134. maddesinde düzenlenen " *özel hayatın gizliliğini ihlal*", TCK'nun 334. maddesinde düzenlenen " *yasaklanan bilgileri temin etme*", TCK'nun 327. maddesinde düzenlenen " *Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme*" suçlarını işlediklerine gerekçe olarak; sanık İ. S.'de ve sanıkların evlerinde ele geçirilen CD, flash bellek, DVD, ve hard disk içerisindeki bilgi ve belgeler gösterilmiştir (*gerekçeli karar* s.427 v.d*).*

26. Başvurucular, temyiz dilekçesinde, İlk Derece Mahkemesinde ileri sürdükleri hususları aynen tekrar etmiş; Yargıtay 9. Ceza Dairesi, İlk Derece Mahkemesinin bilirkişi incelemesi yaptırılması talebini reddetmesine ilişkin temyiz itirazlarını, "*Askeri Yargıtay 4. Dairesinin 10.01.2007 gün ve 2007/1-1 sayılı kararında da işaret edildiği gibi, sanıklarda ele geçen ve Türk Silahlı Kuvvetleri ile Türkiye Bilimsel Teknik Araştırma Kurumuna ait bilgilerin TCK'nın 326 ve devamı maddeleri bakımından niteliğini tespit eden bu kurumlarca görevlendirilmiş kişilerin verdikleri mütalaaların, anılan maddelerde aranan evraka, bilgiye ve gizliliğe ilişkin koşullar ile bunlar arasındaki ayrıma ilişkin ölçütlere ve dosya kapsamına uygun biçimde hazırlandığı ve yine sanıklarda ele geçen bilgilerin sayısı, içeriği ve dosya kapsamına göre belirlenen ele geçiriliş amacı dikkate alındığında; niteliklerinin belirlenmesi bakımından özel veya teknik bilgi gerekmediği, nitekim Askeri Yargıtay 1. Dairesince de aynı suç tipine ilişkin bir inceleme sonucunda 18.06.2008 gün ve 2008/1890-1886 sayılı kararı ile aynı sonuca varıldığı anlaşıldığından, dava konusu bir kısım bilgilerin niteliğine ilişkin belirlemenin bilirkişilere yaptırılması gerektiğine dair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir*" gerekçesiyle reddetmiş, başvurucular hakkında verilen mahkumiyet kararını ise, 5/12/2013 tarih ve E.2013/8851, K.2013/14876 sayılı kararı ile onamıştır.

B. İlgili Hukuk

27. 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Kanun'un "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma*" kenar başlıklı 220. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması hâlinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir."

28. 5237 sayılı Kanun'un "*Kişisel verilerin kaydedilmesi*" kenar başlıklı 135. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."

29. 5237 sayılı Kanun'un "*Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*" kenar başlıklı 136. maddesi şöyledir:

"(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

30. 5237 sayılı Kanun'un "*Devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme*" kenar başlıklı 327. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."

31. 5237 sayılı Kanun'un "*Yasaklanan bilgileri temin etme*" kenar başlıklı 334. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Yetkili makamların kanun ve düzenleyici işlemlere göre açıklanmasını yasakladığı ve niteliği bakımından gizli kalması gereken bilgileri temin eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 9/1/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda 2014/253 numaralı başvuru dosyası incelenerek gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

33. Başvurucular,

i. Soruşturma ve kovuşturma boyunca haksız ve hukuka aykırı olarak tutuklu kalmalarını,

ii. Dijital delillerin sıhhati konusunda herhangi bir bilirkişi incelemesinin yapılmadığını ve buna ilişkin taleplerinin reddedildiğini, kolluk tarafından hazırlanan teknik raporlara dayanarak karar verildiğini, dijital delillerin kopyalarının talep edildiğini ancak bunların verilmediğini,

iii. Tanık dinletme taleplerinin reddedildiğini, dinlenen tanık beyanlarına ise itibar edilmediğini,

iv. Delillerin ortaya konulması ve tartışılması safhasının usulünce yerine getirilmediğini,

v. Üzerlerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmamasına rağmen haklarında mahkûmiyet kararı verildiğini,

vi. Hukuka aykırı olarak elde edilen, gerçek dışı delillere dayanılarak mahkûm edildiklerini,

vii. İlk Derece Mahkemesinin görevli ve yetkili olmadığını, kanuni hâkim güvencesinin ihlal edildiğini,

viii. Haklarında yeterli somut delil bulunmaksızın kolektif gerekçelere dayanılarak mahkûm edildiklerini, dijital verilerin kendileri ile illiyet bağlarının ispatlanamadığını,

ix. Derece Mahkemesi kararının ve temyiz incelemesi sonucunda Yargıtay tarafından verilen onama kararının geçerli, yeterli ve yasal olmadığını,

x. Kendileriyle aynı durumda olan bir kısım sanıklar hakkında verilen beraat kararının Yargıtay tarafından onanmasının, deliller irdelenmeden yerel Mahkeme kararının onandığını gösterdiğini,

xi. Soruşturma ve kovuşturma aşamasında başvurucuları küçük düşürmek, şeref ve saygınlıklarına zarar vermek maksadıyla haberler yapılıp iddialar ileri sürüldüğünü, fakat bunların engellenmesinde etkili başvuru imkânının bulunmadığını,

xii. Koşulları oluşmasına rağmen objektif, gerçek ve dosyaya uygun gerekçe gösterilmeden haklarında, erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmediğini,

xiii. Soruşturma evresinde suçlamaya konu delillerin incelenme taleplerinin gizlilik kararının arkasına sığınılarak engellenmiş olduğunu,

belirterek, Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesinin, 19. maddesinde güvence altına alınan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının, 20. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayatın, 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

i. Soruşturma ve Kovuşturma Aşamasındaki Tutukluluğa İlişkin Şikayetler

34. Başvurucular Ali Haydar ESER, Tamer KARSLIOĞLU, Hatice Senay GÜNAYDIN, Tamer ÇETİN, Mehmet Koray ERYAŞA ve Mehmet Emrah KÜ-

ÇÜKAKÇA, soruşturma ve kovuşturma boyunca tutuklu olarak tutulduklarını, adli kontrol taleplerinin kalıplaşmış gerekçelerle reddedildiğini ve bu sebeple Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

35. 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."

36. 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 nihaî işlem ve kararları da içerecek şekilde yetki kapsamının genişletilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/832, § 14, 12/2/2013).

37. 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 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).

38. 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.

39. Somut olayda bir kısım başvurucuların mahkûmiyet kararının açıklandığı 2/8/2012 tarihi itibarıyla başvurucuların tutukluluk halleri sona ermiştir. Buna göre tutuklulukla ilgili şikâyetlerin bir bütün olarak başvurucular hakkında hüküm verilmeden önceki dönemde kesinleşen kararlara ilişkin olduğu açıktır.

40. Dolayısıyla, başvurucuların tutukluluğa ilişkin şikâyetlerine konu olan kararların ve işlemlerin Anayasa Mahkemesinin yetkisinin başladığı 23/9/2012 tarihinden önce kesinleştiği anlaşıldığından, başvuruların bu kısmının *"zaman bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Mahkûmiyet Hükmüne Dayalı Yakalama Kararına İlişkin Şikâyetler

41. Başvurucular Hatice Senay GÜNAYDIN, Tamer ÇETİN, Mehmet Koray ERYAŞA ve Burak ÇETİN, mahkûmiyet kararının onanmasıyla birlikte çıkarılan yakalama kararı nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

42. 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."

43. Anayasa'nın 19. maddenin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu, ikinci ve üçüncü fıkralarında ise bireylerin bu haktan şekil ve şartları kanunda gösterilen bazı istisnai durumlarda mahrum edilebileceği kuralı yer almaktadır (B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 38). Buna göre, hürriyetten yoksun bırakılma ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan birinin varlığı halinde söz konusu olabilir. (B. No: 2012/348, 4/12/2013, § 39). "*Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi*" amacıyla kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılması maddenin ikinci fıkrasında sayılan hallerden biridir.

44. Somut olayda İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 2/8/2012 tarihinde açıklanan kararıyla başvurucuların hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş ve haklarında verilen hürriyeti bağlayıcı ceza, Yargıtay 9. Ceza Dairesince 5/12/2013 tarihinde onanmıştır. Mahkemenin vermiş olduğu mahkûmiyet kararları sonrasındaki özgürlükten yoksun bırakma halleri, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi*" kapsamındadır.

45. Açıklanan nedenlerle, başvurucular tarafından ileri sürülen bu iddiaların "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği Şikâyetleri

46. 6216 sayılı Kanun'un *"Bireysel başvuru usulü"* kenar başlıklı 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

"(5) Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir."

47. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün *"Başvuru süresi ve mazeret"* başlıklı 64. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1)Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir."

48. Bireysel başvurunun ön şartlarından biri de başvuru süresidir. Süre, başvurunun her aşamasında dikkate alınması gereken bir usul hükmüdür.

49. Bireysel başvuruların, 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 64. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Anayasa Mahkemesine doğrudan veya diğer mahkemeler yahut yurt dışı temsilcilikler vasıtasıyla yapılması gerekmektedir.

50. Ceza yargılamasında tüketilmesi gereken son başvuru yolu temyiz aşaması olup, temyiz incelemesinden geçen kararlara karşı itiraz yolu, 5271 sayılı Kanun'un 308. maddesi gereğince Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmıştır. Dolayısıyla başvurucunun itiraz yoluna gidilmesi istemi, sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının takdirini harekete geçirmeye yönelik bir taleptir. Bu kapsamda yapılan başvurular bireysel başvuru öncesinde tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmediğinden, bu yola gidilmesinin bireysel başvuru süresi üzerinde herhangi bir etkisi olmayacaktır. (B. No: 2013/2001, § 18, 16/5/2013).

51. Somut olayda başvuru yolları 5/12/2013 tarihinde Yargıtay 9. Ceza Dairesinin, İstanbul 11. Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onaması ile birlikte tüketilmiştir. Dosya kapsamından bu kararın başvuruculara tebliğ tarihi anlaşılmamakla birlikte, başvurucu Metin ÖLMEZ'in en geç Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na itiraz yoluna başvuru yaptığı 23/12/2013 tarihinde, başvurucu Hakan ÖZERGÜN'ün 23/12/2013 tarihinde, başvurucu Ekrem Saltuk BAYSAL'ın 7/1/2014 tarihinde, başvurucu Deniz Mehmet IRAK'ın 7/1/2014 tarihinde, başvurucu Ahmet Yasin ERDOĞAN'ın 20/12/2013 tarihinde öğrendikleri, Başvurucu Zeki MESTEN'in ise en geç Adalet Bakanlığı'na yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunduğu 7/2/2013 tarihinde öğrendiğinin kabulü gerekir. Bu durumda, söz konusu karara karşı öğrenme tarihinden itibaren otuz gün içinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun yapılmış olması gerekmektedir.

52. Başvurucu Metin ÖLMEZ'in 24/2/2014 tarihinde, başvurucu Hakan ÖZERGÜN'ün 14/2/2014 tarihinde, başvurucu Ekrem Saltuk BAYSAL'ın 11/2/2014 tarihinde, başvurucu Deniz Mehmet IRAK'ın 10/2/2014 tarihinde, başvurucu Ahmet Yasin ERDOĞAN'ın 4/7/2014 tarihinde ve başvurucu Zeki MESTEN'ın 9/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmaları nedeniyle bu başvurularda süre aşımının bulunduğu sonucuna varılmıştır.

53. Açıklanan nedenlerle, yukarıda belirtilen başvurucular yönünden başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılmayan bireysel başvuruların diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *"süre aşımı"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

54. Diğer başvurucular yönünden ise açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmeyen adil yargılanma hakkının değerlendirilmesine ilişkin başvuruları kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Silahların Eşitliği İlkesinin İhlal Edildiği İddiası

55. Başvurucuların bu başlık altındaki şikâyetleri özetle şöyledir:

i. Davanın temeli ve hükme esas alınan dijital kayıtlar hakkında sadece kolluk tarafından yapılan teknik tespitlerle yetinilmesi ve bu inceleme tutanaklarının kendilerine verilmesi yönündeki talebin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca reddedilmesi, Başsavcılığın ret kararına karşı yapılan itirazların da reddedilmesi, kendilerine ait olduğu iddia edilen dijital verilerin imajlarının verilmesine ilişkin taleplerin kabul edilmemesi, dijital verilerin sıhhati konusunda herhangi bir bilirkişi incelemesi yapılmamasının savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğu,

ii. Delil olarak ileri sürülen tüm dijital materyaller ile ilgili olarak kapsamlı bir bilirkişi incelemesi yaptırılması taleplerinin devlet sırrı olduğu gerekçesiyle reddedilmiş olmasının silahların eşitliği ilkesine aykırı olduğu,

iii. Mahkeme tarafından itibar edildiği gerekçeli hükümde kabul ve 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, ele geçirilen CD, Flash Bellek ve Hard Diskler 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. Hükme esas alınan dijital kayıtlar hakkında Dz. K.K.lığı'nın 6/4/2011 tarih ve ADMÜŞ.:2011/2016 (50984) sayılı yazısı ile bildirilen görüşe Mahkemece neden itibar edilmediğinin gerekçesinin bulunmadığı

ileri sürülmüştür.

56. 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."

57. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) "*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, hakkaniyete uygun ve kamuya açık olarak, . görülmesini isteme hakkına sahiptir."

58. Anayasa'daki hakların etkili bir biçimde korunması için, davaya bakan Mahkemelerin Anayasa'nın 36. maddesine göre "*tarafların 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). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarına göre bir mahkemenin davaya yaklaşımı, başvuruculaların iddialarına yanıt vermekten ve başvuruculaların 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).

59. İlk Derece Mahkemesince, başvurucular tarafından talep edilen dijital deliller üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmamasına veya bu delillere ilişkin imajların verilmemesine gerekçe olarak, söz konusu dijital delillerde bulunan belgelerin devletin güvenliğine ilişkin bulunması ve bu belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması halinde güvenlik zafiyeti doğacak olması gösterilmiştir (bkz. §§ 18-22). Mahkeme ayrıca, bilirkişi raporunun kesin delil olmadığını ifade eden kararında *"Ceza yargılamasında hâkim (mahkeme) önüne gelen delilleri serbestçe takdir eder. Ceza Muhakemesi Kanunu anlamında da bilirkişi kesin delil olarak sayılmamıştır. Bu nedenle CMK. 161. maddesi anlamında Adli Kolluk sayılan Emniyet Müdürlüğü mensubu olan polislerin soruşturma safhasında Bilişim Şubesi aracılığıyla elde edilen dijital delillere ilişkin yukarıda yine dijital delillere ilişkin teorik anlatımda sözü edilen yazılımları kullanarak el konulan dijital delillerin çözümlemesini ve raporlamasını yapmış olmaları karşısında ulaşılan sonuç mahkememizce. yeterli kabul edilmiş,*

bu sebeple ..yeniden bilirkişi incelemesine başvurmaya gerek duyulmamıştır" (*gerekçeli karar*, s. 396) açıklamalarına yer vermiştir.

60. İlk Derece Mahkemesi, yukarıda belirtildiği üzere başvurucuların, bilirkişi incelemesi yaptırılması veya imajlarının verilmesi talebini reddetmiştir. 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 tutulmasını gerektirir (bkz.*Bönısch/Avusturya*, B. No: 8658/79, 6/5/1985, §§ 32-33).

61. Hem cezai, hem de cezai olmayan davalarda uygulanan silahların eşitliği ilkesi, taraflara, talep ve açıklamalarını diğer tarafa nazaran dezavantajlı olmayacak şekilde ileri sürebilmeleri için makul bir fırsat verilmesini gerektirir (*Kress/Fransa*, B. No: 39594/98, 7/6/2001, § 72). Bu gerekliliğin bir sonucu olarak AİHS'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).

62. Ceza yargılamasının temel amacı maddi gerçeği, temel hak ve hürriyetler ile hukukun öngördüğü usule uygun bir biçimde ortaya çıkarmaktır. Bu amaca uygun olarak yargılama makamının önüne getirilen delillerin ve buna dayanan isnadın çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak tartışılması gerekir.

63. Ceza davalarında adil yargılamanın temel unsuru olarak silahların eşitliği ilkesi, yargılama faaliyetinde iddia makamı ile sanığın eşit imkânlara sahip olmaları anlamına gelir. İddia makamı, ceza davalarında bütün bir devlet mekanizmasını arkasına almakta olduğundan, silahların eşitliği, sanığın, savunma hakkının temel bir güvencesi olmaktadır. İlke gereği savunma ile iddia makamı eşit şartlarda davasını hazırlama ve sunmada aynı imkânlara sahip olmalıdır. Silahların eşitliği ilkesi, ceza yargılamasında asgari olarak, iddia makamı tarafından gösterilen ve edinilen maddi bilgilerin açıklanmasını, dava dosyasının incelenmesi konusunda iddia makamıyla savunma arasında bir farkın gözetilmemesini gerekli kılar.

64. Silahların eşitliği ilkesi kapsamında, mahkeme önünde cereyan eden yargılama sürecinde davanın tarafları arasında, sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından tam bir eşitlik sağlanmış olmalı ve bu eşitlik, yargılama süresince de devam etmelidir. Yargılama sürecinde yapılan her türlü usuli işlem, delil

ve karşı delil sunma, iddia ve karşı iddiada bulunma gibi hususlar da silahların eşitliği ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Silahların eşitliği prensibi, ceza yargılamasında sanığın aleyhine bir hukuki durumun yaratılmamasını da kapsamaktadır.

65. Dava dosyasına sunulan belgelerin incelenmesi ve bu belgelerden suret alınması, mahkemenin kararına dayanak oluşturduğu bilirkişi raporlarına ulaşılması ve bunları edinme fırsatının tanınmış olması, keza yargılamanın taraflarından birinin ileri sürdüğü delillere ve belgelere karşı diğer tarafa itiraz etme, görüş açıklama ve bu delilleri çürütme, ayrıca karşı delil gösterme hakkının tanınması silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir.

66. Silahların eşitliğinin denetlenmesinde esas olan, eşitlik denetimine konu olan işlemin yargılamadaki önemidir. AİHM, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken somut olayda şikayet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır (bkz. *Kremzov/Avusturya* B. No: 12350/86, 21/9/1993, § 75). Davanın taraflarından birinin iddiası karşısında diğer tarafın bu iddiaya karşı savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkanı tanınmıyorsa silahların eşitliği açısından ihlal doğabilmektedir (bkz. *De Haes ve Gijsels/Belçika* B. No: 19983/92, 24/2/1997, § 58).

67. Başvuru konusu olayda İlk Derece Mahkemesi, başvurucular tarafından duruşmada hazır edilip dinletilen uzman görüşüne itibar etmemiş, buna karşılık Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma sırasında kolluk mensuplarına yaptırılan inceleme raporlarının tümüne itibar ederek kararını vermiştir (*gerekçeli karar*, s.400 v.d.). Başvurucular, soruşturma evresinde dijital deliller üzerindeki araştırma ve incelemelerin eksik olduğunu ve olayı aydınlatmaya yeterli olmadığını, kendileri tarafından ileri sürülen talep ve beyanlara ise hiç itibar edilmediğini ileri sürerek yargılamanın temelini oluşturan ve ceza almalarına neden olan dijital delillere ilişkin olarak Mahkemeden bilirkişi raporu aldırılması talebinde bulunmuşlardır. İlk Derece Mahkemesi, bu talebi,*"CMK, bilirkişi mütalaasını açıkça delil olarak kabul etmediğinden bilirkişi görüşüne rağmen bilginin, özünde devlet sırrı olup olmadığını belirlemek, bunların içeriğini gerekirse bilirkişi mütalaası ile öğrendikten sonra hâkimlik mesleğinin genel ve hukuki bilgisi ile çözülmesi olanaklı olan bir konudur. Ancak, son kararı hâkim veya mahkeme hukuki ve mesleki bilgisi ile, madde düzenlemesinin lafzından çıkarılan özünde devlet sırrı tanımına göre bilgi, belge veya şeyin özünde devlet sırrı olup olmadığına kendisi karar verecektir"* gerekçesi ile reddetmiştir (*gerekçeli karar*, s.405*).*

68. Anayasa Mahkemesinin görevi herhangi bir davada bilirkişi raporunun gerekli olup olmadığına karar vermek değildir. Savunma makamının tanık dinletme talebinin gerekliliği ya da bilirkişi raporu benzeri delillerin kabul

edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları derece mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir (Aynı yönde AİHM kararı için bkz. *S.N./İsveç*, B. No: 34209/96, 2/7/2002, § 44).

69. Buna karşın Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından savunma kapsamında talep edilen suçlamaya konu dijital delillerin imajlarının verilmesi veya bu belgeler üzerinde bilirkişi raporu alınması talebinin reddi kararının da sanığın haklarını koruma amacına yönelik yeterli güvenceleri içeren bir usul çerçevesinde verilip verilmediğini inceleme yetkisine sahiptir.

70. Başvurucular, Cumhuriyet Savcısınca emniyet mensuplarına yaptırılan incelemelerin eksik olduğunu ve olayı aydınlatmaya yeterli olmadığını, kendileri tarafından duruşmada dinletilen uzman raporuna da itibar edilmediğini ileri sürerek yargılamanın temelini oluşturan dijital delillerin sıhhati konusunda Mahkemenin bilirkişi raporu aldırması talebinde bulunmuşlardır. İlk Derece Mahkemesi, "*Dijital delillerin sanıkların ev veya iş yerlerinde usulüne uygun yapılan ve kamera görüntüleri ile desteklenen aramalar sonucunda ele geçirilmiş olması nazara alındığında delillere sonradan ilave yapıldığı ya da olay yerine daha önceden konulduğu ile ilgili iddiaları destekleyen bir bulgu bulunmadığından bu savların dayanaksız olduğu sonucuna varılmıştır"*gerekçesiyle bilirkişi raporu alınmasına gerek bulunmadığına karar vermiştir (*gerekçeli karar*, s. 396).

71. Sanıklara isnat edilen eylemlerin esas olarak bilgisayar programlarıyla oluşturulmuş belgelere (CD, DVD, flash bellek, harici disk gibi) dayanması, bu belgelerin içeriklerinin maddi olay ve olguları yansıttığının ve gerçek olduklarının Mahkemece kabul edilmesi, 16/12/2011 tarihli celsede dinlenen uzman beyanında, bu verilerin müdahale edilebilir nitelikte olduğunun belirtilmiş olması, (*gerekçeli karar*, s. 396) bilirkişiye başvurulmasının ve bir heyet tarafından verilecek raporların maddi gerçeğe ulaşmada önemsiz olduğu söylenemez.

72. Dijital deliller üzerinde yapılacak teknik incelemenin suçların sübutu ve sanıkların bu suçlarla ilgisinin tespiti bakımından belirleyici olabileceği açıktır. Başvurucunun, dijital delillerin içindeki belgelerin kendisi tarafından oluşturulmadığı ve temin edilmemiş olduğu iddiası karşısında bu iddialarla ilgili olarak etkili bir şekilde savunma yapmaya imkân verecek bir erişimin sağlanmış olması ya da yargılama makamınca bu amaca uygun bir incelemenin yaptırılmış olması gerekir.

73. Sözleşmenin 6. maddesi çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkesi yanında, iddia makamının bütün maddi delilleri açıklamasını gerektirir. Fakat suçlamaya konu delillere erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Ulusal güvenlik, tanıkların korunması vb. gibi tedbirlerle ve ancak zorunlu olduğu

ölçüde savunma hakkı kısıtlanabilir. Bu amaçlarla bazı delillerin savunmadan saklı tutulması gerekebilir. Ancak savunma hakkını kısıtlayan bu yola kesinlikle gerekli olması halinde başvurulabilir. Böyle bir durumun varlığında bu sınırlamadan kaynaklanan zorlukların yargı makamlarınca başka usullerle mutlaka dengelenmesi gerekir. Bu usuller silahların eşitliği ilkesinin gereklerine uygun olmalı ve gerekli güvenceleri de içermelidir. (*Jasper/Birleşik Krallık* BD, B.No:27052/95, 16 Şubat 2000, § 52). Bu imkânların sağlanamadığı ve gizlenen delilin belirleyici bir kanıt olduğu durumda silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş olabilir.

74. İsnatların esasını oluşturan delillerle ilgili savunmanın etkisiz kalmasını doğuracak şekilde erişim ve inceleme imkânının sağlanmaması, ceza yargılamasının temel işlevinin yerine getirilmemesi sonucunu doğurur. Suçlamaların temelini oluşturan delillerin suçun sübutu bakımından uygun yöntemlerle ve uzman kişilerce incelenmemesi savunmanın faydasız ve gereksiz olması durumunu ortaya çıkarmaktadır.

75. Kural olarak, bilirkişinin sunduğu rapor ve mütalaalar derece mahkemeleri açısından bağlayıcı olmamakla birlikte, İlk Derece Mahkemesi tarafından esasa ilişkin değerlendirmeler yapılırken Cumhuriyet Savcısı tarafından yaptırılan incelemelerin belirleyici bir etkisi olmuştur. Başka bir deyişle somut davada İlk Derece Mahkemesi, yalnızca dijital deliller üzerinde Cumhuriyet Savcısı tarafından yaptırılan çözümleme ve incelemeler ile kurumlardan gelen çizelgelere itibar etmiş, bu raporlara karşın başvuruculların, mahkûmiyet kararının dayanağı olan dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı iddialarını değerlendirmek üzere mahkemenin bilirkişi heyeti tayin etmesi ve rapor aldırması yönündeki talepleri ile bu belgelerin imajlarının verilmesi talebini reddetmiştir. Somut olayda, dijital deliller içindeki bilgi ve belgelere dayanılarak başvuruculların mahkûmiyetine karar verilmiştir. Başvuruculların dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı yönündeki iddialarının araştırılması amacıyla bu deliller üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması veya bunlara ilişkin imajların verilmesi taleplerinin, dijital belgelerin içeriklerinin devlet sırrı kapsamında kaldığından ve dijital delillerin usulüne uygun aramalar sonucu ele geçirildiğinden bahisle reddedilmesi yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder niteliktedir.

76. Mahkemece delillerin bu şekilde gizlenmiş olması, özellikle de devlet sırrı gerekçesiyle delillerin savunma makamına açılmaması ve incelettirilmemiş olması, başvuruculların, dijital delillerin sıhhati konusundaki iddialarını tam olarak ileri sürmesini imkânsız kılmıştır. Oysa Mahkeme, bu dijital delillere göre bir değerlendirme yaparak mahkûmiyet kararı vermiş ve Yargıtay

tarafından aynı nedenlerle verilen hüküm onanmıştır (bkz. §§ 25-26). Bu koşullarda Mahkemece izlenen usul ve yöntemin, silahların eşitliği ilkesinin gereklerine uygun olmadığı ve başvurucunun menfaatlerini yeterince koruyan bir güvence içermediği açıktır.

77. Bu şekilde başvurucuların, kendilerine yöneltilen suçlamaların dayanağı olan delillere karşı savunma yapma imkânı ve kovuşturmanın genişletilmesini isteme hakkı kısıtlanmış, ceza yargılamasının, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacına yönelik olarak *"silahların eşitliği"* ilkesi ihlal edilmiştir.

78. Yukarıdaki açıklamalar karşısında başvurucuların, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Diğer Şikayetler

79. Başvuru hakkında, "*silahların eşitliği*" ilkesine aykırılık bulunması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verildiğinden adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetleri (bkz. § 33) hakkında kabul edilebilirlik ve esas yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

80. Başvurucular, adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinin tespitini, Derece Mahkemesi kararının ortadan kaldırılmasını ve tazminatın ödenmesini talep etmişlerdir.

81. 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."

82. Başvuru konusu olayda tespit edilen ihlal, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmesinden kaynaklandı-

ğından 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.

83. Başvurucular, tazminat talebinde bulunmuş ise de mevcut başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiğine, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verilmiş olduğundan tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

84. Başvuruları kabul edilebilir bulunan başvurucular tarafından aşağıda dökümü yapılan yargılama giderlerinin başvuruculara ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucular,

1. Ali Haydar ESER, Tamer KARSLIOĞLU, Hatice Senay GÜNAYDIN, Tamer ÇETİN, Mehmet Koray ERYAŞA ve Mehmet Emrah KÜÇÜKAKÇA'nın özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin şikâyetlerinin "*zaman bakımından yetkisizlik*" nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Hatice Senay GÜNAYDIN, Tamer ÇETİN, Mehmet Koray ERYAŞA ve Burak ÇETİN'in mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi kapsamında kalan özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin şikâyetlerinin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Metin ÖLMEZ, Zeki MESTEN, Hakan ÖZERGÜN, Ekrem Saltuk BAYSAL, Deniz Mehmet IRAK ve Ahmet Yasin ERDOĞAN'ın adil yargılanma hakkı şikâyetlerinin ise *"süre aşımı"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Necmi YILDIRIM, Ali Haydar ESER, Tamer KARSLIOĞLU, Yankı BAĞCIOĞLU, Mehmet AYGÜN, Fahri Yavuz URAS, Tuna EROL, Burak ÇETİN, Kubilay Şükrü ÖZDEMİR, Erkan DEMİR, Murat ÖNDER, Mehmet Koray ERYAŞA, Tamer ÇETİN, Hatice Senay GÜNAYDIN, Engin TURAN, Yiğit Ali ADLIĞ, Hakan ÇETİNKAYA, Mehmet Emrah KÜÇÜKAKÇA, Esin Tolga UÇAR, Şafak YÜREKLİ, Hüseyin AKIN ve Bahattin ŞEN'in silahların eşitliği

ilkesi yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelikiddialarının, KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvuruları kabul edilebilir bulunan başvurucuların, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma haklarının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuların tazminata ilişkin taleplerinin REDDİNE,

D. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere kararın bir örneğinin ilgili Mahkemeye GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucular; Metin ÖLMEZ, Zeki MESTEN, Hakan ÖZERGÜN, Ekrem Saltuk BAYSAL, Deniz Mehmet IRAK ve Ahmet Yasin ERDOĞAN tarafından yapılan yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde bırakılmasına,

F. 1. Başvurucular Engin TURAN, Yiğit Ali ADLIĞ ve Hakan ÇETİNKAYA tarafından 2014/1760 sayılı dosya için ayrı ayrı yatırılan 206,10 TL harcın ayrı ayrı; 1.500,00 TL vekâlet ücretinin ise müştereken ÖDENMESİNE,

2. Başvurucular; Necmi YILDIRIM tarafından 2014/1052, Fahri Yavuz URAS tarafından 2014/2981, Bahattin ŞEN tarafından 2014/519 ve Kubilay Şükrü ÖZDEMİR tarafından 2014/454 sayılı dosyalar için ayrı ayrı yatırılan 206,10 TL harcın ayrı ayrı ÖDENMESİNE,

3. Başvurucular; Yankı BAĞCIOĞLU tarafından 2014/253, Mehmet AYGÜN 2014/864, Murat ÖNDER tarafından 2014/2253, Tamer ÇETİN tarafından 2014/305, Hatice Senay GÜNAYDIN tarafından 2014/3778 ve Esin Tolga UÇAR tarafından 2014/566 sayılı dosyalar için yatırılan 206,10 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin ayrı ayrı ÖDENMESİNE,

4. Başvurucular; Ali Haydar ESER tarafından 2014/2184 ve Tamer KARSLIOĞLU tarafından 2014/2188 sayılı dosyalar için ayrı ayrı yatırılan 206,10 TL harcın ayrı ayrı; 1.500,00 TL vekâlet ücretinin ise müştereken ÖDENMESİNE,

5. Başvurucular; Tuna EROL tarafından 2014/1709, Burak ÇETİN tarafından 2014/1697 ve Erkan DEMİR tarafından 2014/1710 sayılı dosyalar için ayrı ayrı yatırılan 206,10 TL harcın ayrı ayrı, 1.500,00 TL vekâlet ücretinin ise müştereken ÖDENMESİNE,

6. Başvurucular; Mehmet Koray ERYAŞA tarafından 2014/5645 ve Mehmet Emrah KÜÇÜKAKÇA tarafından 2014/1956 sayılı dosyalar için ayrı ayrı yatırılan 206,10 TL harcın ayrı ayrı, 1.500,00 TL vekâlet ücretinin ise müştereken ÖDENMESİNE,

7. Başvurucular; Şafak YÜREKLİ tarafından 2014/2179 ve Hüseyin AKIN tarafından 2014/2178 sayılı dosyalar için ayrı ayrı yatırılan 206,10 TL harcın ayrı ayrı, 1.500,00 TL vekâlet ücretinin ise müştereken ÖDENMESİNE,

G- 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,

9/1/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

AHMET SAYGILI VE ŞEFİKA SAYGILI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/135)

Karar Tarihi: 21/1/2015

R.G. Tarih- Sayı: 3/6/2015-29375

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Serruh KALELİ
Üyeler	:	Burhan ÜSTÜN
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Zühtü ARSLAN
Raportör	:	Özcan ÖZBEY
Başvurucular	:	Ahmet SAYGILI
		Şefika SAYGILI
Vekilleri	:	Av. Halil ÖZTÜRK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, oğullarının askerlik görevini yerine getirdiği sırada meydana gelen trafik kazasında yaşamını yitirmesi nedeniyle kendilerine nakdi tazminat ödenmesi yönünde yaptıkları başvurunun idare tarafından kabul edilmemesi üzerine açtıkları davanın Askeri Yüksek İdare Mahkemesince (AYİM) reddedildiğini, söz konusu kazada hayatını kaybeden bir başka askerin yakınlarının açtığı davanın ise Ankara 8. İdare Mahkemesince kabul edildiğini, aynı olaya ilişkin aynı istemle açılan davalarda farklı kararlar verilmesinin kamuya duyulan güveni zedelediğini, bu durumun Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan*"Kanun önünde eşitlik"* ilkesini ihlal ettiğini ileri sürerek, işlemin iptali ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 7/1/2013 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, 21/4/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm tarafından, 10/10/2013 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular 11/10/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, verilen ek süre sonunda görüşünü 11/12/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı görüşü, başvuruculara 25/12/2013 tarihinde tebliğ edilmiş olup, başvurucular, karşı görüşlerini 3/1/2014 tarihinde sunmuşlardır.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvuruculaların oğlu İsmail Saygılı, Gölbaşı İlçe Jandarma Komutanlığı emrinde askerlik görevini ifa ederken, 19/1/2011 tarihinde Adıyaman'da yapılacak atış eğitimine katılmak üzere konvoy halindeki araçların atış alanına intikali sırasında içinde bulunduğu aracın devrilmesi sonucu yaşamını yitirmiştir.

9. Başvuruculaların, iç güvenliğin ve asayişin sağlanmasının bir parçası olan eğitim amaçlı atışa katılmak üzere görevlendirilen oğullarının meydana gelen kazada vefat ettiğini belirterek nakdi tazminat ödenmesi talebiyle İçişleri Bakanlığına yaptıkları başvuru, anılan Bakanlığın 5/6/2011 tarih ve 2011/135 sayılı kararıyla, ölüm olayının, 3/11/1980 tarih ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun kapsamına girmediği gerekçesiyle reddedilmiştir.

10. Başvuruculaların söz konusu işlemin iptali istemiyle Ankara 4. İdare Mahkemesinde açtıkları dava, Mahkemenin 29/12/2011 tarih ve E.2011/1654, K.2011/2038 sayılı kararıyla AYİM'in görevli olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

11. Bunun üzerine başvuruculaların AYİM Üçüncü Dairesinde açtıkları dava, anılan Mahkemenin 8/11/2012 tarih ve E.2012/1691, K.2012/2261 sayılı kararı ile reddedilmiş olup, bu karar başvuruculara 7/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir:

> *"2330 sayılı Kanun'un amacının barışta güven ve asayişi korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle görevli personelin, bu görev şartları nedeniyle karşılaşacağı tehlike ve risk nedeniyle bu işle görevlendirilen personel ve yakınlarının koruma altına alınması olduğu Kanun metninden açıkça anlaşılmaktadır.*

Şüphesiz her askerin ve bu kapsamda davacıların oğlunun da kendisine tevdi edilebilecek iç güvenlik ve asayişin temini görevleri de dâhil bütün görevleri en iyi şekilde aksatmadan yürütebilmesi için eğitimli olması gerekmektedir. Ancak 2330 sayılı Kanun, nakdi tazminat ödenebilmesi için askerlik hizmeti sırasındaki bütün görev ve faaliyetleri Kanun kapsamında saymamış, bizatihi öncelikle Kanun'un 1. maddesinde belirtilen görevlerle görevlendirilmiş olmayı aramıştır. Aksinin kabulü halinde hangi görevler sebebiyle nakdi tazminat ödenebileceğinin Kanun'da ayrıca sayma yoluyla belirtilmesine gerek bulunmayacağı açıktır.

Davacıların oğlu ile aynı kazada vefat eden bir başka askere Ankara 8. İdare Mahkemesince nakdi tazminat ödenmesine karar verilmesinin Mahkememiz yönünden bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, davacıların oğlunun vefatına neden olan trafik kazasının meydana gelmesinde 2330 sayılı Kanun'un 1. maddesinde sayılan emniyet ve asayişin temini kapsamında herhangi bir görevin sebep ve etkisinin bulunmadığı, askerlik hizmetinin olağan faaliyetlerinin 2330 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmek suretiyle uygulamanın genişletilmesinin kanunun amacına uygun düşmediği sonuç ve kanaatine varıldığından 2330 sayılı Kanun kapsamında nakdi tazminat ödenmemesi işleminde hukuka aykırılık görülmemiştir… Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun davanın reddine…"

12. Diğer taraftan, aynı trafik kazasında hayatını kaybeden jandarma er Ö. G.'nin yakınlarının idarenin red işlemine karşı benzer taleple açtıkları dava, Ankara 8. İdare Mahkemesinin 26/1/2012 tarih ve E.2011/1744, K.2012/78 sayılı kararı ile kabul edilerek işlemin iptaline karar verilmiş ve bu karar, Danıştay 10. Dairesinin 27/9/2012 tarih ve E.2012/3319, K.2012/4158 sayılı kararıyla da onanarak kesinleşmiştir.

13. Başvurucular, 7/1/2013 tarihli dilekçeleri ile süresi içinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

14. 2330 sayılı Kanun'un *"Amaç"* kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu kanunun amacı; barışta güven ve asayişi korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle, trafik ve yol güvenliğini veya tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakillerini sağlamakla görevli olanların bu görevlerinden dolayı ya da görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle derhal veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya hastalık sonucu ölmeleri veya engelli hâle gelmeleri halinde ödenecek nakdi tazminat ile birlikte bağlanacak aylığın ve bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemlerinin düzenlenmesidir."

15. 2330 sayılı Kanun'un *"Nakdi tazminat"* kenar başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendi şöyledir:

"a) (Değişik: 1/4/1998 - 4356/1 Md.) Ölenlerin kanuni mirasçılarına, en yüksek Devlet Memuru brüt aylığının (Ek gösterge dahil) 100 katı tutarında,

Nakdi tazminat ödenir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 21/1/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruculaların 7/1/2013 tarih ve 2013/135 numaralı bireysel başvuruları incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

17. Başvurucular, oğullarının askerlik görevini yerine getirdiği sırada meydana gelen trafik kazasında yaşamını yitirmesi nedeniyle kendilerine nakdi tazminat ödenmesi yönünde yaptıkları başvurunun idare ve AYİM tarafından reddedildiğini, oysa ölüm olayının asayişin ve iç güvenliğin sağlanması maksadıyla verilen bir görev esnasında gerçekleştiğini, ayrıca söz konusu kazada hayatını kaybeden bir başka askerin yakınlarının açtığı davanın Ankara 8. İdare Mahkemesince kabul edildiğini, aynı olaya ilişkin aynı istemle açılan davalarda farklı kararlar verilmesinin kamuya duyulan güveni zedelediğini, bu durumun Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan *"Kanun önünde eşitlik"* ilkesini ihlal ettiğini ileri sürerek, dava konusu işlemin iptali ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

18. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder. Başvuruculaların Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine yönelik iddialarının soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir.

19. Başvurucular, aynı olaya ilişkin aynı istemle açılan davalarda iki farklı yargı koluna ait mahkemeler tarafından farklı karar verilmesi nedeniyle eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini dile getirmişlerdir. Bu iddianın ciddiye alınabilmesi için başvuruculaların kendileri ile benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendilerine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din,

dil, cinsel yönelim vb. ayırımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koymaları gerekir. Somut olayda başvuruculaların bu yöndeki iddialarını temellendirecek somut bulgu ve kanıtlar ortaya koyamadıkları, iddialarının esas itibarıyla adil yargılanma hakkına ilişkin olduğu görülmüştür. Bu nedenle başvuruculaların şikâyetleri Anayasa'nın 36. maddesi ile ilişkili görülerek, yargılamanın sonucunun adil olmaması ve aynı konuda farklı yargı kolları arasında farklı karar verilmesi nedeniyle hukuki belirlilik ilkesinin zedelenmesi başlıkları kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Yargılamanın Sonucu İtibarıyla Adil Olmadığı İddiası

20. Başvurucular, oğullarının askerlik görevini yerine getirdiği sırada meydana gelen trafik kazası sonucu yaşamını yitirmesinden dolayı yaptıkları nakdi tazminat talebinin AYİM tarafından reddedilmesinin AİHS ve Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

21. Bakanlık görüş yazısında; söz konusu şikâyetin AİHS'nin 6. maddesi ve buna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları çerçevesinde ve Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, delillerin kabul edilebilirliği veya değerlendirilmesinin öncelikle yerel mahkemeleri ilgilendirdiği, AİHM'in, bir yerel mahkemenin şu veya bu şekilde karar vermesine neden olan unsurlar hakkında değerlendirme yapma yetkisinin olmadığını belirttiği, zira bunun kendisini üçüncü ya da dördüncü derece yargı organı gibi görmesi anlamına geleceğine ve ulusal mevzuatı yorumlama görevinin ilk elde ulusal makamlara ait olduğuna karar verdiği ifade edilmiştir.

22. Başvurucular Bakanlık görüşüne katılmayarak, başvuru dilekçesindeki şikâyetlerini tekrar etmişlerdir.

23. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

24. 30/3/2011 tarihli 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."

25. 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 kaldırılacağının belirlenmesi ile sınırlıdır. Bölümlerce kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz."

26. 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.

27. 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 veya açık bir keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri takdirinde bariz bir takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz (B. No: 2012/1027, 12/2/2013, §§ 25-26).

28. Somut olayda, başvurucuların oğlunun atış eğitimine katılmak üzere konvoy halindeki araçlarla atış alanına intikali sırasında içinde bulunduğu aracın devrilmesi sonucu yaşamını yitirdiği, bunun üzerine başvurucuların 2330 sayılı Kanun kapsamında yaptıkları nakdi tazminat talebinin, olayın anılan Kanun kapsamına girmediği gerekçesiyle Mahkemece reddedildiği, yine gerekçede başvurucuların oğlu ile aynı kazada vefat eden bir başka askere İdare Mahkemesince nakdi tazminat ödenmesine karar verilmesinin Mahkeme yönünden bağlayıcı olmadığının belirtildiği görülmektedir. Dolayısıyla uyuşmazlığın, başvurucuların oğlunun ölümünün 2330 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin olduğu anlaşılmış olup, yapılan yargılama neticesinde, Mahkeme, kendisine sunulan kanıtlar kapsamında 2330 sayılı Kanun'un uygulanabilirliğini değerlendirdikten sonra davanın özel koşullarını da dikkate alarak davanın reddi yönünde karar vermiştir (§ 11).

29. Adil yargılanma hakkı bireylere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetletme imkânını verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediği, bu süreçte 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 açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir (B. No: 2013/2767, 2/10/2013, § 22).

30. Başvuru konusu olayda, başvurucuların, yargılama sürecinin hakkaniyete aykırı olduğuna dair bir bilgi ya da belge sunmadıkları, Mahkemece mevzuat ve delillerin değerlendirilmesinin ve verilen kararın içeriğinin adil olmadığı şikâyetini dile getirdikleri anlaşılmaktadır. Buna göre, başvurucuların iddialarının esas itibarıyla Derece Mahkemesince verilen kararın yanlış olduğuna, delillerin değerlendirilmesinde ve hukuk kurallarının yorumlanıp uygulanmasında isabet bulunmadığına ve dolayısıyla kararın sonucuna ilişkin olduğu görülmektedir. Yapılan incelemede, AYİM tarafından yürütülen yargılama sırasında başvurucuların, karşı tarafın sunduğu deliller ve görüşlerle ilgili bilgi sahibi olma ve bunlara karşı etkili bir şekilde itiraz etme ve kendi delillerini ve iddialarını sunma konularında bir sorunla karşılaştıklarına dair bir bulguya rastlanılmadığı gibi, somut olayda dosyadaki bilgi ve belgeler dikkate alınarak yapılan yargılama ve kurulan hükümde herhangi bir bariz takdir hatası veya açıkça keyfi bir durum da tespit edilmemiştir.

31. Açıklanan nedenlerle, başvurucular tarafından ileri sürülen iddiaların kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu, Derece Mahkemesi kararının bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik de içermediği anlaşıldığından, başvurunun *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Hukuki Belirlilik İlkesinin İhlal Edildiği İddiası

32. Yapılan incelemede, başvurucunun belirtilen şikâyetinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

33. Başvurucular, söz konusu kazada hayatını kaybeden bir başka askerin yakınlarının açtığı davanın Ankara 8. İdare Mahkemesince kabul edildiğini,

aynı olaya ilişkin aynı istemle açılan davalarda farklı yargı kollarına ait mahkemeler tarafından farklı karar verilmesinin kamuya duyulan güveni zedelediğini ifade etmişlerdir.

34. Bakanlık görüş yazısında; AİHM'in, yetki ve görev farklılıkları olan mahkemelerden oluşan her yargı sisteminin doğal olarak içtihat farklılıkları barındırabileceğini, bu tür farklılıkların aynı yetki çevresinde bile görülebileceğini ve bunun başlı başına AİHS'ye aykırı olduğunun söylenemeyeceğini kabul ettiği, AYİM'in bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olduğu, mevcut davada kendisine sunulan kanıtlar ile 2330 sayılı Kanun'un uygulanabilirliğini adil bir şekilde değerlendirdikten sonra davanın özel koşullarını da dikkate alarak karar verdiği belirtilmiştir.

35. Başvurucular, Bakanlık görüşüne katılmayarak, başvuru dilekçesindeki şikâyetlerini tekrar etmişlerdir.

36. Somut davada, aynı yargı koluna tabi mahkemelerin içtihatlarından ortaya çıkan bir farklılık bulunmayıp, aralarında hiyerarşi olmayan ve her biri kendine özgü bir yüksek mahkemeye sahip, iki ayrı ve bağımsız mahkemenin içtihatlarının uyumsuzluğu söz konusudur. Başvurucuların, idari yargı ile askeri idari yargının meydana gelen trafik kazasının koşullarını aynı mevzuat kapsamında değerlendirmeleri aşamasında ortaya çıkan farklılıktan şikâyetçi oldukları anlaşılmaktadır.

37. Kural olarak, aynı derecedeki bağımsız yargı mercileri arasında, aynı hukuki metne ilişkin yorum ve içtihat farklılıkları tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemeyeceği gibi, temyiz mercilerinin, uyuşmazlıklara ilişkin olarak tarafların talepleri ve delilleri arasındaki yorum farklılıkları da tek başına adil yargılanma hakkının ihlali niteliğinde kabul edilemez (B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 45). Bu durumun farklı yargı kolları açısından da geçerli olduğunun kabulü gerekir.

38. Bu kapsamda farklı kararların aynı mahkemeden çıkmış olması da tek başına, adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir (aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. *Pinto*/*Portekiz*, B. No: 39005/04, 20/5/2008, § 41; *Tudor Tudor*/*Romanya*, B. No: 21911/03, 24/3/2009, § 29; ve*Remuszko*/*Polonya*, B. No: 1562/10, 16/7/2013, § 92). Değişik yönlerde kararlar verilmesi ihtimali, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi çeşitli yüksek mahkemelerden oluşan yargı sistemimizin kaçınılmaz bir özelliği olarak kabul edilmelidir.

39. Dolayısıyla, bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahşetmemektedir (aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. *Unédic*/*Fransa*, B. No:20153/04,

18/12/2008, § 74; ve *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye* [BD], yukarıda anılan, § 58). Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evirilen bir yaklaşımın sürdürülememesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden, kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 36815/03, 14/1/2010, § 38).

40. Mahkeme içtihatlarındaki değişme yargı organlarının takdir yetkisi kapsamında kalmakta olup, böyle bir değişiklik özü itibarıyla, önceki çözümün tatminkar bulunmaması anlamına gelir (aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *S.S.Balıklıçeşme Beldesi Tarım Kalkınma Kooperatifi ve Diğerleri/Türkiye*, B. No: 3573/05 … 17293/05, 30/11/2010, § 28). Ancak, aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde, mahkemelerce, bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir (aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Stoilkovska/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 29784/07, 18/7/2013, § 49).

41. Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol tam da yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmektir. Bununla birlikte, yeni kabul edilmiş bir yasanın yorumlanmasında olduğu gibi, bazı hallerde içtihadın müstekar hale gelmesinin belirli bir zamana ihtiyaç duyacağı açıktır (aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. *Zielinski and Pradal and Gonzalez ve Digerleri/Fransa* [BD], B. No: 24846/94 … 34173/96, 28/10/1999, § 59; ve *Schwarzkopf ve Taussik/Çek Cumhuriyeti* (k.k.), B. No: 42162/02, 2/12/2008).

42. İhtilaf konusu davalardaki uyuşmazlıkların veya olayların birbirinden farklılık göstermesi, iki karardaki farklılaşan değerlendirmeleri haklı gösterir ve aynı konuda verilmiş çelişen hükümlerden bahsedilemez (aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Erol Uçar/Türkiye* (k.k.), B. No: 12960/05, 29/9/2009).

43. Yüksek mahkemelerin ya da nihai merci olarak bir uyuşmazlığı çözüme bağlayan mahkemelerin aynı konuya ilişkin kararlarında, davaların içeriğinden kaynaklanmayan farklı kabullerin bulunması halinde ise, hareket noktası, derece mahkemelerinin değerlendirme veya yorumlarından hangisinin doğru olduğunun ve tercih edilmesi gerektiğinin tespit edilmesi olmayacaktır (aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Stefanica ve Diğerleri/Romanya*, B. No: 38155/02, 2/11/2010, § 34). Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, kararlarda yaşanan değişimin hukuki bir belirsizliğe yol açıp açmadığına ve başvurucu bakımından öngörülebilir olup olmadığına yönelik bir inceleme yapacaktır.

44. Şüphesiz hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır (bkz. AYM, E.2008/50, K.2010/84, K.T. 24/6/2010; ve E.2012/50, K.2012/128, K.T. 20/9/2012). AİHM de benzer biçimde adil yargılanma hakkı-

nın, hukuk devletinin Sözleşmeci Devletlerin ortak mirası olduğunu belirten Sözleşme'nin önsözüyle birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Hukuk devletinin asli unsurları arasında yer alan hukuki belirlilik veya güvenlik ilkesi ise, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı temin etmekte ve kamunun mahkemelere güvenine katkıda bulunmaktadır. Birbiriyle uyuşmayan mahkeme kararlarının sürüp gitmesi, yargı sistemine güveni azaltarak, yargısal bir belirsizliğe yol açabilir (bkz. *Nejdet Şahin ve PerihanŞahin/Türkiye* [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57).

45. Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtması yönüyle olumludur. Ancak, uygulamadaki birlikteliği sağlamaları beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin ya da farklı yargı kollarına ait mahkemelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşmalarının, bir kararın belirli bir daireye ya da farklı yargı koluna düştüğü takdirde onanacağı veya olumlu neticeleneceği, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı veya olumsuz neticeleneceği gibi birbirine zıt sonuçların ortaya çıkma beklentisinin, hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olduğu açıktır. Ayrıca, böyle bir algının toplumda yerleşmesi halinde, bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir.

46. Diğer taraftan aynı ya da farklı yargı kollarında farklı kararlar verilmesi halinde çözüm sunabilecek yapısal bir mekanizmanın varlığı da önemlidir.

47. AİHM, somut olay ile benzer bir başvuruyu incelemiş olduğu kararında özetle; bölgesel ve görevsel yetkilere sahip mahkemelerden oluşan her yargı sisteminin doğal olarak içtihat farklılıkları barındırabileceğini, bu tür farklılıkların aynı yetki çevresinde bile görülebileceğini, bunun, başlı başına, AİHS'ye aykırı olduğunun söylenemeyeceğini, hâkimlerin karar alma özerkliğinin, aynı metnin değişik yargı kademelerinde farklı yorumlanması sonucunu doğurabileceğini, ancak, mahkemelerin uygulamaları arasındaki uyumu ve içtihat birliğini sağlamaya yönelik mekanizmaların hayata geçirilmesinin de önemli olduğunu, mevcut davada ortaya çıkan içtihat farklılığının, idari yargı sisteminin yapısından ve bünyesinde aynı yetkiye sahip iki ayrı türde mahkeme barındırmasından kaynaklandığını, aynı yetki alanında paralel olarak faaliyette bulunan bu mahkemelerin, iç hukuk gereğince ilke olarak uymaları gereken kendi yetki sınırlarına riayet etmediklerini, başvuruculaların şikâyet ettikleri hukuki yorum farklılıklarının kaynağında mahkemelerin yetki sınırlarına riayet etmemeleri yattığından, Uyuşmazlık Mahkemesinin, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin yetkili olduğunu açıkça belirlediğini (Uyuşmazlık Mahkemesinin 11/12/2006 tarih ve E.2006/246, K.

2006/236 sayılı kararı), böylece bu konudaki hukuki yorum farklılıklarının kaynağının ortadan kaldırıldığı ve sivil idare mahkemelerinin askeri idare mahkemelerinin yetkisinde olan davalara bakmasına ilke olarak son verildiğini, bu itibarla, başvuruculaların ulusal mahkemelere başvurduğu tarihte, iki ayrı ve özerk mahkemenin aynı hukuki metin hakkında birbirinden farklı iki yorum yapmış olmasının tek başına hukuki güvenlik ilkesine aykırılık oluşturmamakla birlikte, iç hukuktaki bu uyumsuzluğun kaynağını ortadan kaldırılabilecekken bunun yapılmamış olmasının üzücü olduğunu, bununla birlikte iç hukuktaki farklı kararların, her ne kadar ilk bakışta benzer ihtilaflarla ilgili gibi görünseler dahi, bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş olmaları nedeniyle karşılaştırılamayacağını, Uyuşmazlık Mahkemesinin, askeri idare mahkemelerinin yetkisini pekiştiren tutumu göz önüne alındığında, mevcut davada, başvuruculaların, anlaşmazlığın bu mahkemeler tarafından incelenmesi ya da çözüme bağlanması nedeniyle görevli mahkemenin davaya bakmaktan imtina ettiği ve bu nedenle haksızlığa uğradıklarını iddia edemeyeceklerini belirterek, yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, bu tür sorunların çözümü için kurulmuş olan mekanizmaların önemine vurgu yapmıştır (bkz. *Nejdet ve Perihan Şahin/Türkiye*, B. No: 13279/05, 27/5/2010).

48. Buna göre somut olayda, aynı duruma ilişkin farklı yargı kollarına bağlı mahkemelerde açılan davalarda farklı hukuki sonuçlara ulaşıldığı açık olup, uygulamada bu tür ihlalleri ortadan kaldıracak mekanizmaların bulunduğu, ancak yetersiz kaldığı ve etkili bir çözüm sunamadığı görülmektedir. Örneğin, aynı yargı kolundaki mahkemeler arasında var olan içtihat farklılığını giderecek *"içtihadı birleştirme kararı"*yöntemi ile farklı yargı kolları arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlığını giderecek *"Uyuşmazlık Mahkemesi"*ne başvuru sistemi gibi yolların bulunduğu, fakat somut olay açısından gerek pratikte gerekse mevzuattan kaynaklı nedenlerle bu mekanizmaların işletilemediği anlaşılmaktadır.

49. Açıklanan nedenlerle, mevcut yapısal mekanizmanın işletilmesindeki eksiklikle birlikte ele alındığında, aynı olaya ilişkin olarak farklı yargı kollarına ait mahkemelerce farklı kararlar verilmiş olmasının, başvuruculaların açtığı davanın görülmesi bakımından hukuki belirsizliğe ve güvensizliğe neden olduğu ve başvurucular açısından öngörülemez bulunduğu sonucuna varılmakla, başvuruculaların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

50. Başvurucular, adil yargılanma haklarının ihlal edilmesi nedeniyle dava konusu işlemin iptali vetazminat talebinde bulunmuşlardır.

51. 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."

52. Tespit edilen ihlal kapsamında yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığından, başvurucunun yeniden yargılama yapılması yönündeki talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

53. Başvurucular açısından oluşan hukuki belirsizlik ve güvensizlik sebebiyle, yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruculara takdiren net 10.000,00 TL manevi tazminatın müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

54. 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 müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvuruculaların,

1. Yargılamanın sonucu itibarıyla adil olmadığı yönündeki iddiasının *"açıkça dayanaktan yoksun olması"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

3. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

B. Başvuruculara net 10.000,00 TL manevi TAZMİNATIN MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE, başvuruculaların tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

C. Yeniden yargılama yapılması yönündeki talebin reddine,

D. 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 müştereken 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,

21/1/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ABDULSELAM TUTAL VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/2319)

Karar Tarihi: 8/4/2015

R.G.Tarih- Sayı: 3/7/2015-29405

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Serruh KALELİ
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Burhan ÜSTÜN
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Muharrem İlhan KOÇ
Başvurucular	:	Abdulselam TUTAL
		Selim AYDIN
		Emin KOÇHAN
Vekili	:	Av. Mehmet ERBİL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucular, tutuklu olarak devam eden yargılamada savunma kapsamındaki taleplerin reddedilmesi, gözaltında fiziksel ve psikolojik baskı altında müdafi olmaksızın alınan ifadelere dayalı olarak mahkumiyet kararı verilmesi ile verilen hapis cezasının infazının ölünceye kadar devam edecek olması nedenleriyle Anayasa'nın 17., 19. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 28/3/2013 tarihinde İstanbul 12. Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 30/5/2013 tarihinde başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir. Bölüm 22/11/2013 tarihinde yapılan toplantıda kabul edilebilirlik ve esas hakkındaki incelemenin birlikte yapılmasına karar vermiştir.

4. Başvuru konusu olay ve olgular 22/11/2013 tarihinde Adalet Bakanlığına bildirilmiştir. Adalet Bakanlığı, görüşünü 24/1/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

5. Adalet Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş başvuruculara 10/2/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucular görüşe karşı beyanlarını 17/2/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

7. Başvurucular 30/4/2004 tarihinde İ.G. ve eşi S. G.'nin evlerinde ateşli silahla öldürülmeleri kapsamında, yasadışı İslami Büyük Doğu Akıncılar Cephesi (İBDA/C) örgütüyle bağlantılı olarak bu suçu işledikleri şüphesiyle 14/5/2004 tarihinde İstanbul'da polis tarafından gözaltına alınmışlardır.

8. Gözaltına alındığında Abdulselam Tutal 22, Emin 20 yaşında ve Selim Aydın 19 yaşındadır.

9. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde başvurucuların müdafileri olmaksızın 16-17 Mayıs 2004 tarihlerinde isnat edilen suçlamayla ilgili ifadeleri alınmıştır. Düzenlenen tutanaklarda, başvuruculaların bir avukatın hukuki yardımından yararlanmak istemedikleri ve isnat edilen suçla ilgili ifade vermek istedikleri beyanı ayrıca yer almaktadır.

10. Başvurucuların gözaltı ifadelerinde, cezaevinde bulunan İBDA/C örgütü lideri S. M.'ye zihin kontrolü yoluyla işkence edilmesinden sorumlu olduğu düşünülen İ.G.'nin öldürülmesine karar verilmesi, bu amaçla adresinin tespiti, silah satın alınması/temin edilmesi, olay günü bir kısmı dışarıda

gözcülük yaptığı sırada şüphelilerden birinin kurye kıyafetiyle eve giderek anılan kişiyi ve eşini öldürmesi ile olay sonrasına ilişkin ayrıntılı anlatımlar bulunmaktadır.

11. Başvurucular gözaltı sonrasında 18/5/2004 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet savcısına verdikleri ifadelerde, polis tarafından hazırlanan ifade tutanaklarının baskı altında imzalandığını, avukat yardımından yararlanmalarına imkan verilmediğini, avukatla görüşme ve müdafi yardımından yararlanma yönündeki girişimlerin engellendiğini belirtmişler ve anılan ifadeleri kabul etmediklerini beyan etmişlerdir.

12. Başvurucu Abdulselam Tutal müdafii, nöbetçi Cumhuriyet savcısı tarafından 16/5/2004 tarihinde kolluğa havale edilen yazılı müracaatına rağmen şüpheli ile görüştürülmediğini 18/5/2004 tarihli ifade sırasında soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısına bildirmiştir. Diğer başvurucu Emin Koçhan, emniyette boğazı tutularak ve küfredilerek konuşmaya zorlandığını, *"burada avukatın bir fonksiyonu yoktur, avukat istemenize gerek yok"* şeklinde sözler söylendiğini belirtmektedir. Başvurucu Selim Aydın ise Cumhuriyet savcısına verdiği ifadede, emniyette psikolojik baskı altında hazırlanan ifadeyi imzalamak zorunda kaldığını beyan etmiştir.

13. Başvurucular, 18/5/2004 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Hâkimi tarafından yapılan sorgulama sonrasında 2004/42 Sorgu sayılı kararla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını zorla tebdil ve ilgaya teşebbüs etmek ve bu amaçla eylem gerçekleştirmek suçundan tutuklanmışlardır. Başvurucular sorgularında gözaltı ifadelerini kabul etmediklerini, gözaltında avukatla görüştürülmediklerini, uykusuz bırakıldıklarını, kendilerine küfür edildiğini ve baskı uygulandığını belirterek suçlamaları reddetmişlerdir.

14. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca başvuruculaların aralarında olduğu sanıklar hakkında düzenlenen 14/6/2004 tarihli iddianamede, İBDA/C örgütü lideri S. M.'nin *"Telegram-Zihin Kontrolü"* isimli kitapta kendisine uygulanan işkence metotlarının, ismini açıkça yazmadan İ.G.'nin eseri olduğunu belirttiği, bu kitabın tanıtımı ile ilgili olarak bir dergide İ.G'nin adının açık olarak yazıldığı, başvuruculaların bu nedenle anılan şahsı öldürmeye karar verdikleri ve gözaltı ifadelerinde belirtilen şekilde eylemi gerçekleştirdikleri belirtilmiştir.

15. Tutuklu olarak devam eden yargılamada başvurucular, gözaltı ifade tutanaklarının içeriğini kabul etmediklerini, ifade tutanaklarının baskı ve yanıltmaya dayalı olarak imzalatıldığını, isnat edilen suçla ilgili kabul etmedikleri gözaltı ifadeleri dışında maddi bir delil olmadığını belirterek serbest bırakılmalarını talep etmişlerdir.

16. İlk Derece Mahkemesi 18/10/2004 tarihli duruşmada, başvuruculaların gözaltı sonrası alınan doktor raporlarını dikkate alarak kötü muamele iddialarıyla ilgili bir karar vermemiş, başvuruculaların bu konuda ilgili mercilere müracaat etmekte serbest olduklarını belirtmiştir.

17. 28/2/2005 tarihli duruşmada, soruşturma aşamasında şüpheli olarak gözaltına alınan ve daha sonra tanık olarak beyanda bulunan S. A. ve İ. K., başvuruculara gözaltı sırasında kötü muamelede bulunulduğunu, başvurucu Abdulselam Tutal'a yemek fişinin altında avukat istemediğine dair tutanak imzalatıldığını gördüklerini beyan etmişlerdir.

18. Davanın 11/7/2005 tarihli duruşmasında, olayın meydana geldiği binanın bazı dairelerinde tadilat olduğu belirtilerek çalışanların tespiti ve tanık olarak dinlenilmeleri talep edilmiş, ancak bu talep Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

19. Daha önce duruşma günü olarak belirlenmeyen 2/6/2009 tarihinde başvuru üzerine celse açılarak tanık Ç.E.'nin beyanı alınmıştır. Bununla birlikte, bu tanık yargılama kapsamında başvurucular ve müdafilerinin olduğu 23/11/2005 tarihli duruşmada daha önce beyanda bulunmuş ve İ.G. ve eşinin öldürülmesiyle ilgili görgüye dayalı bilgisinin olmadığını ifade etmiştir.

20. Yargılama devam ettiği sırada, gözaltında kötü muamele ve baskıya maruz kalındığı yönündeki şikayetler üzerine yürütülen soruşturmada Fatih Cumhuriyet Başsavcılığı 27/4/2006 tarihli ve Soruşturma No: 2004/26798 sayılı kararla kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

21. Yargılama sonunda İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 25/1/2012 tarihli ve E.2004/196, K.2012/7 sayılı kararıyla başvuruculaların da aralarında bulunduğu beş sanık, İBDA/C örgütü adına bu eylemi işledikleri gerekçesiyle, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan mene cebren teşebbüs*suçundan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinin birinci fıkrası kapsamında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

22. Mahkumiyet kararının gerekçesinin sonuç kısmı, "*sanıklar her ne kadar eylemi tüm ayrıntılarıyla anlattıkları emniyette alınan ifadelerinden sonra aşamalarda ısrarla bu ifadelerini reddetmişlerse de, yukarıda deliller kısmında izah edilen maktullerin otopsi tutanakları, otopsi raporları, maktullerin vücutlarından çıkan kurşunlara ilişkin ekspertiz raporları, sanıkların birbirleriyle uyumlu olarak olaya ilişkin emniyetteki anlatımlarını destekler, doğrular mahiyette oldukları, olay mahallinde maktul İ.G.'e kargo paketi olarak hazırlandığı belirtilen kitapların ele geçirilmiş olması,*

ayrıca haklarında takipsizlik kararları verilen ancak tanık sıfatıyla ifadeleri hazırlık aşamasında tespit edilen tanıkların anlatımlarının gerek eylem öncesinde gerekse eylem sonrasında sanıkların davranışlarına ilişkin emniyetteki anlatımlarıyla uyumlu olacak şekilde verdikleri ifadeleri, ayrıca sanıklardan A.E'nin emniyetteki anlatımı sonrasında savcılıkta vermiş olduğu ifadesinde sanıklardan B.'nin olay sonrasında evine geldiklerinde maktullerin öldürülmesine ilişkin gazetedeki haberleri göstererek bu eylemi kendilerinin gerçekleştirdiklerini söylediğine dair ifadesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde sanıkların sonradan savunmalarında yapmış oldukları ifade değişikliklerine tüm bu nedenlerle mahkememizce itibar edilmemiş, sanıkların bu eylemi yasadışı silahlı terör örgütü İBDA/C adına. gerçekleştirdikleri kanaatine varılmış" şeklindedir.

23. Mahkumiyet kararları Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 2/10/2012 tarihli ve E.2012/7356, K.2012/10175 sayılı ilamıyla onanmıştır.

24. Bu karar başvuruculara 1/3/2013, 8/3/2013 ve 21/3/2013 tarihlerinde tebliğ edilmiştir.

25. Başvurucular 28/3/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

26. Olay tarihinde yürürlükte olan 4/4/1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 135. maddesi şöyledir:

"Zabıta amir ve memurları ile Cumhuriyet Savcısı tarafından ifade almada ve hâkim tarafından sorguya çekilmede aşağıdaki hususlara uyulur:

1. İfade verenin veya sorguya çekilenin kimliği tesbit edilir. İfade veren veya sorguya çekilen kimliğe ilişkin soruları doğru olarak cevaplandırmak zorundadır.

2. Kendisine isnat edilen suç anlatılır.

3. Müdafi tayin hakkının bulunduğu, müdafi tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafi talep edebileceği ve onun hukuki yardımından yararlanabileceği, isterse müdafiin soruşturmayı geciktirmemek kaydı ile ve vekaletname aranmaksızın ifade veya sorguda hazır bulunacağı bildirilir; yakınlarından istediğine yakalandığını duyurabileceği söylenir.

4. İsnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.

5. Şüpheden kurtulması için somut delillerinin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkanı verilir.

6. İfade verenin veya sorguya çekilenin şahsi halleri hakkında bilgi alınır.

7. İfade veya sorgu bir tutanakla tesbit edilir. Bu tutanakta;

a) İfade verme veya sorguya çekme işleminin yapıldığı yer ve tarih,

b) İfade verme veya sorguya çekme sırasında hazır bulunan kişilerin isim ve sıfatları ile ifade veren veya sorguya çekilen kişinin açık kimliği,

c) İfade vermenin veya sorgunun yapılmasında yukarıdaki işlemlerin yerine getirilip getirilmediği, bu işlemler yerine getirilmemiş ise sebepleri,

d) Tutanak içeriğinin ifade veren veya sorguya çekilen ile hazır olan müdafi tarafından okunduğu ve imzalarının alındığı,

e) İmzadan imtina halinde bunun nedenleri yer alır."

27. 1412 sayılı Kanun'un 135/A maddesi şöyledir:

"İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni veya ruhi müdahaleler yapılamaz.

Kanuna aykırı bir menfaat vaat edilemez.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez."

28. 1412 sayılı Kanun'un 136. maddesi şöyledir:

"Yakalanan kişi veya sanık, soruşturmanın her hal ve derecesinde bir veya birden fazla müdafiin yardımından faydalanabilir. Kanuni temsilcisi varsa o da yakalanana veya sanığa bir müdafi seçebilir.

Zabıta amir ve memurları tarafından yapılacak sorgulama işlemlerinde, ancak bir müdafi hazır bulunabilir. Cumhuriyet Savcılığı işlemlerinde bu sayı üçü geçemez.

Zabıtaca yapılan soruşturma da dahil olmak üzere, soruşturmanın her safhasında müdafiin, yakalanan kişi veya sanıkla görüşme, ifade alma veya sorgu süresince yanında olma ve hukuki yardımda bulunma hakkı engellenemez, kısıtlanamaz."

29. 1412 sayılı Kanun'un 138. maddesi şöyledir:

"Yakalanan kişi veya sanık müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafi tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamaya-

cak derecede malul olur ve bir müdafi'de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edilir."

30. 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkum olur."

31. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 148. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz."

32. 4/1/2011 tarihli ve 5275 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 107. maddesinin (16) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır.

(2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır. "

33. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin (16) numaralı fıkrası şöyledir:

"5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz."

34. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 17. maddesinin son fıkrası şöyledir:

"Ölüm cezaları, 14/7/2004 tarihli ve 5218 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile değişik 3/8/2002 tarihli ve 4771 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları

ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası ölünceye kadar devam eder."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 8/4/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruculaların 28/3/2013 tarihli ve 2013/2319 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

36. Başvurucular,

i. Gözaltında baskı ve tehditle ifade tutanaklarının imzalatıldığını, müdafi yardımından yararlandırılmadıklarını, yargılama sürecinde tanıkları sorgulama imkânı verilmediğini, yargılama konusu olayın araştırılması taleplerinin reddedildiğini, lehe deliller dikkate alınmadan müdafi olmaksızın alınan ifadelere dayalı olarak ve tutuklu olarak devam eden yargılama sonunda mahkûmiyet kararı verildiğini belirterek adil yargılanma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliğinin,

ii. Yargılama sonunda ölünceye kadar infazı devam edecek bir cezaya hükmedilmesi nedeniyle yaşam hakkı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye tabi tutulma yasağının,

ihlal edildiğini ileri sürmüşler ve yargılamanın yenilenmesiyle birlikte tazminata hükmedilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Kişi Hürriyeti ve Güvenliğine İlişkin İddialar

37. 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."

38. Başvurucular 14/5/2004 tarihinde İstanbul'da polis tarafından gözaltına alınmışlar ve 18/5/2004 tarihinde İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi hâkimi tarafından tutuklanmışlardır.

39. Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı ol-

duğunun 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. 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 (*Korcan Pulatsü*, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 30).

40. *"Bir suç isnadına bağlı olarak"* tutuklulukta geçen sürenin başlangıcı, başvurucunun 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. Belirtilen tarihler arasında geçen süre esas alınarak *"bir suç isnadına bağlı olarak"* tutuklulukta geçen sürenin makul olup olmadığı değerlendirmesi yapılacaktır (*M. Emin Kılıç,* B. No: 2013/5267, 7/3/2014, § 27).

41. Bu kapsamda *"bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu olma"* durumunda, tutukluluk süresinin makul olmadığı iddiasıyla yapılacak 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. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, mahkumiyet kararından itibaren altı ay içerisinde yapılmayan *"bir suç isnadına bağlı"*tutma kapsamındaki başvurunun süresinde olmadığını belirtmiştir (*M. Emin Kılıç,* § 28).

42. Somut olayda başvurucular İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 25/1/2012 tarihli kararıyla müebbet hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir.

43. Başvurucuların yargılama kapsamında 14/5/2004-25/1/2012 tarihleri arasında *"bir suç isnadına bağlı olarak"* özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları, mahkûmiyet kararından sonraki özgürlükten yoksun bırakmanın*"mahkûmiyete bağlı tutma"* olduğu anlaşılmaktadır.

44. Bu belirlemeler karşısında, *"bir suç isnadına bağlı olarak"* tutukluluğun Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamındaki yetkisinden önce gerçekleştiği dikkate alınarak, başvurunun bu kısmının *"zaman bakımından yetkisizlik"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Adil Yargılanma Hakkına İlişkin İddialar

45. 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."

46. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'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 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:

...

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafiin 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 tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;

..."

47. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 22)

48. Başvuruculaların iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı, ayrıca başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığından, başvurunun *adil yargılanma hakkına* ilişkin kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

49. Adalet Bakanlığı, Anayasa'nın adil yargılanma hakkına ilişkin hükümlerinin, AİHS'nin 6. maddesi ve bu maddeye ilişkin AİHM'nin içtihatları ışığında yorumlanması ve uygulanmasının doğru olacağını değerlendirdiğini belirtmekte ve AİHM'nin *Salduz/Türkiye* kararında ilgilinin kolluk aşamasında avukattan yararlanma hakkını incelediğini (*Salduz/Türkiye* [BD], B. No. 36391/02, 27/11/2008), bu kararda öncelikle adil yargılanma hakkı-

nın hazırlık soruşturmasını da kapsayan en temel haklardan biri olduğunu vurguladığını, delillerin toplanması aşamasında ilgili mevzuat karmaşık olduğundan, ilgilinin haklarının korunması için avukat yardımından faydalanmasının zorunlu olduğunu, ayrıca adil yargılanma hakkının, iddia makamının baskı ve zorlama olmaksızın elde ettiği delillerle iddiasını ispat etmesi gerekliliğini de kapsadığını belirtmektedir. Sonuç olarak AİHM'nin, her davanın kendine has koşulları içinde bazı kısıtlamalar mümkün olmakla birlikte, ilgiliye kolluk tarafından ilk sorgulanmasından itibaren avukat yardımından yararlanma hakkı tanınmasının zorunlu olduğunun belirtildiği ifade edilmektedir.

50. Adalet Bakanlığı, yargılama kapsamında 18/10/2004 tarihli duruşmada, başvuruculardan Abdulselam Tutal vekilinin *".polisteki ifadesinde müvekkilimin 2 ve 6 sayfasındaki imzalar kendisine ait değildir bu hususta adli tıp incelemesi yapılmasını talep ederim."* şeklindeki talebi üzerine, aynı duruşmanın 5 no.lu ara kararı ile bu hususun araştırılmasına karar verildiğini, başvuran vekilinin bu talebi ile ilgili 18/3/2010 tarihli Adli Tıp Kurumu raporunun, 4/6/2010 tarihli duruşmada başvuruculara bildirildiğini, incelenen belgedeki imzanın başvurucu Abdulselam Tutal'ın eli ürünü olduğu yönünde görüşüne yer verildiğini belirtmiştir.

51. Başvurucular Adalet Bakanlığı görüşüne karşı başvuruda ifade ettikleri hususları tekrarlamışlardır.

52. Adil yargılanma hakkı kişilere dava sonucunda verilen kararın değil, yargılama sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetletme imkânı verir. Bu nedenle, bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikâyetlerin incelenebilmesi için başvurucunun 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 açık keyfiliğe ilişkin bir bilgi ya da belge sunmuş olması gerekir (*Naci Karakoç*, B. No: 2013/2767, 2/10/2013, § 22).

53. Başvurucular genel olarak yargılamanın hakkaniyete uygun yürütülmediğini ve bu kapsamda esas olarak, gözaltında avukata erişim imkânından yararlandırılmadıkları sırada, baskı altında imzalanan ancak içeriği kabul edilmeyen tutanaklarda yer alan ifadelere dayanılarak karar verildiğini ileri sürmektedirler.

54. AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi kapsamında, isnat altında bulunan kişi savunma hakkının kullanılmasında üç ayrı hakka sahiptir. Bunlar kendisini bizzat savunma, seçtiği bir müdafi yardımından yararlanma ve bir müdafi tayin etme olanağından yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görülürse resen atanacak bir müdafi yardımından yararlanma haklarıdır. Dolayısıyla, suç isnadı altında bulunan kişinin kendisini bizzat savunması talep edilemez (*Pakelli/Federal Almanya*, B.No: 8398/78, 25/4/1983, *Kazım Albayrak,* B. No:2014/3836, 17/9/2014, § 28).

55. Müdafi yardımından yararlanma hakkı, adil yargılama için suç isnadı altındaki kişilere savunma hakkı verilmesinin tek başına yeterli olmadığını, ayrıca bu kişilerin kendilerini savunma imkânına da sahip olmaları gerektiğini ortaya koymaktadır. Bu kapsamda savunma hakkının etkin bir şekilde kullanma imkânını sağlayan müdafi yardımından yararlanma hakkı aynı zamanda adil yargılanma hakkının diğer bir unsuru olan*"silahların eşitliği"* ilkesinin de gereğidir (*Kazım Albayrak,* B. No:2014/3836, 17/9/2014, § 29).

56. AİHS'nin anılan maddesi herhangi bir istisna gözetmeksizin suç isnadı altında bulunan herkesi kapsamakta ve ceza yargılamasının her aşamasında uygulanmaktadır. Dolayısıyla soruşturma aşamasında yapılan işlemler bakımından da bu hak güvence altına alınmıştır. Bu kapsamda AİHM, adil yargılanma hakkının güvencelerinin yargılama öncesi işlemlere de uygulanması gerektiğini belirtmiştir (*Imbrioscia/İsviçre*, B.No: 13972/88, 24/11/1993, § 36-38). Diğer taraftan AİHM, müdafi ile temsil hakkının sınırsız olmadığını, geçerli bir nedenle dava öncesi aşamada avukata erişimin kısıtlanabileceğini, her durumda yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında kısıtlamanın adil yargılamaya engel olup olmadığının değerlendirileceğini belirtmiştir (*John Murray/Birleşik Krallık,* B.No: 18731/91, 8/2/1996, § 63, *Magee/Birleşik Krallık*, 6/6/2000, B. No: 28135/95, § 41). Bu kapsamda suç isnadı altında bulunan kişinin, gerekirse resen atanan bir avukat tarafından etkili bir şekilde savunulma hakkı adil yargılanma hakkının temel unsurlarında biridir (*Poitrimol/Fransa,* B.No: 14032/88, 23/11/1993, § 34, *Kazım Albayrak,* B. No:2014/3836, 17/9/2014, § 30).

57. Bununla birlikte AİHM, AİHS'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesinin, bu hakkın güvencelerinden kişilerin kendi iradeleriyle vazgeçmelerini engelleyecek şekilde yorumlanamayacağını belirtmektedir (*Aksin ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 4447/05, 1/10/2013, § 48).

58. Adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan müdafi yardımından yararlanmadan vazgeçmenin geçerli ve etkin olabilmesi için her türlü şüpheden uzak bir açıklıkta olması, ayrıca sonuçlarının ağırlığı itibariyle asgari garantileri içermesi, önemli hiçbir kamu menfaatine ters düşmemesi ve vazgeçmenin sonuçlarının makul olarak öngörebileceğinin ortaya konulması gerekir

(*Salduz/Türkiye*, B. No: 36391/02, 27/11/2008, § 59; *Talat Tunç/Türkiye*, B. No: 32432/96, 27/3/2007, *Aksin ve diğerleri/Türkiye*).

59. AİHM, bazı durumlarda kişinin talebi olmasa da, resen ücretsiz olarak avukat tayin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kişinin olanağının olmaması yanında, ayrıca suçlama nedeniyle alabileceği özgürlükten mahrum bırakılmayı gerektiren bir ceza ve davanın karmaşıklığı, avukat yardımının sağlanmasını gerektiren bir hukuki menfaati ortaya çıkarmaktadır (*Talat Tunç/Türkiye*, § 55, 56; *Kazım Albayrak*, § 31).

60. Somut olayda, başvuruculaın 14/5/2004 tarihinde yakalanmaları sonrasında 18/5/2004 tarihinde Cumhuriyet savcısına ifade verinceye kadar gözaltında tutuldukları görülmektedir. Gözaltı ifade tutanaklarında başvuruculaın kendileri ve diğer şüpheliler hakkında isnat edilen suç konusunda sorumluluk doğuracak ayrıntılı anlatımlar yer almaktadır.

61. Başvuruculaın gözaltında bulundukları sırada yürürlükte olan mevzuat kişilerin bir avukatın hukuki yardımından yararlanmalarını engelleme sonucunu doğuracak bir kısıtlama öngörmemektedir. Bununla birlikte, avukat yardımı kural olarak kişinin talebine bağlıdır (§ 28, 29).

62. Başvuruculaın ifade tutanaklarında 1412 sayılı Kanun'un 135. maddesinde düzenlenen ifade vermeye ilişkin kurallar ve haklar belirtilmektedir. Başvuruculaın kolluk ifade tutanaklarında bir avukatın hukuki yardımından yararlanmak istemedikleri hususu matbu olarak yer almaktadır.

63. Bununla birlikte, başvurucular gözaltı sonrasında 18/5/2004 tarihinde Cumhuriyet savcısına verdikleri ifadelerinde, emniyette psikolojik ve fiziksel baskı altında ifade tutanaklarını imzalamak zorunda kaldıklarını, tutanakların içeriğini ve isnat edilen suçlamaları kabul etmediklerini beyan etmişlerdir.

64. Başvurucular hakkında İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 14/6/2004 tarihli iddianamede isnat edilen suçun işlenişine dair anlatım genel olarak gözaltı ifadelerine dayanmaktadır. Mahkûmiyet kararının gerekçesi (§ 22) dikkate alındığında, gözaltı ifadelerinin belirleyici biçimde hükme esas alındığı görülmektedir.

65. AİHM, soruşturma aşamasındaki ikrarın kötü muamele veya işkence altında verildiği belirtilerek hakim önünde reddedilmesi halinde, bu konu irdelenmeksizin esasa geçilerek ikrarın dayanak olarak kullanılmasını bir eksiklik olarak değerlendirmiştir (*Hulki Güneş/Türkiye*, B. No: 28490/95, 19/6/2003, § 91).

66. Sanığın hâkim önüne çıkarılmadan uzun süre tecrit halinde gözaltında tutulması nedeniyle şüpheler ortaya çıktığında, ikrara yönelik kuşkuların

hakkaniyete aykırılıklar yaratabileceği belirtilmektedir (*Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya*, B. No: 10590/83, 6/12/1988, § 87, *Magee/Birleşik Krallık,* § 43).

67. Bu kapsamda, başvurucuların gözaltında kötü muameleye maruz kaldıkları ve bu nedenle ifade tutanaklarını imzaladıkları yönündeki iddialarını doğrulayan somut bir bulgu sunulmamıştır. Başvurucuların bu iddialar temelinde insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamelede bulunma yasağının ihlal edildiği yönünde ayrı bir şikâyetleri de yoktur.

68. Baskı ve zorlamaya maruz kalındığına ilişkin iddiaların ayrı bir şikâyet olarak ifade edilmemesi ve buna ilişkin somut olguların ortaya konulmaması, adil yargılanma hakkı kapsamında yapılacak incelemede belirtilen koşulların göz önünde bulundurulmasına engel değildir (*Kolu/Türkiye,* B. No: 35811/97, 2/8/2005).

69. Başvurucular, yasadışı bir örgütün amacı doğrultusunda iki kişiyi öldürmek ve böylece anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs etmek suçunu işlemekle suçlanmışlar ve yargılama sonunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmişlerdir.

70. Yargılama sırasında suçsuz olduklarını ve suçla ilgilerini ortaya koyan delil bulunmadığını savunan başvurucuların gözaltı sonrasında Cumhuriyet savcısı ve hakim huzurunda kolluk ifadelerini kabul etmedikleri, ifade tutanaklarının baskı ve yanıltmayla imzalatıldığını belirttikleri görülmektedir.

71. Başvurucuların savunmaları ve şüpheli olarak gözaltına alınan ancak haklarında kamu davası açılmayan kişilerin beyanları ile avukata erişim imkânının sağlanmadığına ilişkin diğer iddialar irdelenmeksizin anılan ifadeler hükme esas alınmıştır.

72. Bu çerçevede, suçlamanın niteliği ve cezanın ağırlığı ile gözaltı sonrası savunmalar ve beyanlar dikkate alındığında, başvurucuların dört günlük gözaltı sırasında bilinçli ve anlayışlı bir biçimde avukat yardımı istemeyerek ifade vermeyi kabul ettikleri her türlü şüpheden uzak görünmemektedir. Başvurucuların bu vazgeçmenin sonuçlarını makul olarak öngörebildikleri somut olarak ortaya konulamamıştır.

73. Başvurucuların kabul etmedikleri ifadelerinin mahkûmiyetlerine dayanak oluşturduğu, daha sonra sağlanan avukat yardımı ve yargılama usulünün diğer güvencelerinin soruşturmanın başında savunma haklarına verilen zararı gideremediği görülmektedir.

74. Yargılama devam ederken yürürlüğe giren 5271 sayılı Kanun'un 148. maddesinin (4) numaralı fıkrası, kovuşturma aşamasında savunmanın etkin-

liğini sağlayacak nitelikte ise de, dava anılan ifadelerin oluşturduğu çerçevede sonuçlanmış ve bu durum temyiz aşamasında değerlendirilmemiştir.

75. Başvurucuların gözaltında avukat yardımından yararlanamamaları ve bu nedenle savunma haklarına verilen zarar, yargılamanın bir bütün olarak adil olmasını engellemiştir. Bu sebeple, yargılamanın daha sonraki aşamalarında adil yargılanma hakkının diğer güvencelerinin yerine getirilip getirilmediğinin ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

76. Açıklanan nedenlerle, başvurucuların Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

77. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının ölünceye kadar infaz edilmesinin Anayasa'nın 17. maddesini ihlal ettiğine ilişkin iddianın tespit edilen ihlal nedeniyle ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir. Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

78. 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."

79. Başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

80. Başvurucular maddi tazminat taleplerinin dayanağını yargılama kapsamında özgürlükten yoksun kalma nedeniyle elde etmeleri muhtemel çalışma gelirlerinden mahrum kalmaları olarak göstermişlerdir. Ancak, ihlalin gözaltında avukat yardımından yararlanamama nedenine dayandığı göz önüne alındığında, maddi tazminata ilişkin taleplerin ihlalin doğrudan sonucu olmadığından reddine karar verilmesi gerekir.

81. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki ihlalin giderilmesi için en uygun yolun başvurucuların yeniden yargılanmaları olacağı açıktır.

82. Başvurucular tarafından yapılan 198,35 başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvuruculara ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucuların *kişi hürriyeti ve güvenliğinin* ihlal edildiği yönündeki iddialarının *"zaman bakımından yetkisizlik"* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, **OY BİRLİĞİYLE,**

B. Başvurucuların adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, **OY BİRLİĞİYLE,**

C. Başvurucuların *gözaltında avukat yardımından yararlanamamaları nedeniyle* Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma haklarının İHLAL EDİLDİĞİNE, **OY BİRLİĞİYLE,**

D. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki diğer şikâyetlerin ayrıca incelenmesine yer olmadığına, **OY BİRLİĞİYLE,**

E. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere karar örneğinin ilgili mahkemeye GÖNDERİLMESİNE, **OY BİRLİĞİYLE,**

F. Başvurucuların tazminat taleplerinin REDDİNE, **OY BİRLİĞİYLE,**

G. Tespit edilen ihlal kapsamında yeniden yargılamaya karar verildiğinden, ölünceye kadar infazı devam edecek müebbet hapis cezası verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların ayrıca incelenmesine YER OLMADIĞINA, Serruh KALELİ'nin karşı oyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

H. Başvurucular tarafından yapılan 198,35 başvuru harcı ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ÖDENMESİNE, **OY BİRLİĞİYLE,**

İ. Ödemenin, kararın tebliğinden sonra Maliye Bakanlığına 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, **OY BİRLİĞİYLE,**

8/4/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

Başvurucular, şikayetlerine konu eylem ve kamu gücü işlemlerini müracaat dilekçelerinde anlatırken, önce yakalanmalarından başlayarak, savcılıkta ve hakimlikte verdikleri ifadeleri ve duruşmalarda yapılanları kronolojik sırayla yazmışlar, ifadelerinden, emniyette uğradıkları kötü muamele, eziyet ve gördükleri işkenceye dayalı ifade sonucu tutuklu yargılandıkları ve tahliye taleplerinin de reddedildiği bir yargılama süreci geçirdiklerini anlattıkları anlaşılmıştır.

Başvurucuların temel şikayeti ilk olarak, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının gelişim hakkı ve bu hakla ilintili, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer alan yaşama hakkı ve 3. maddesinde yer alan işkence yasağı yönündedir. İkinci olarak da Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan yargı mercileri önünde iddia ve savunma hakkına sahiplik olgusu ile bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ilgili suç ile itham edilen kişilerin sahip olduğu haklar kapsamından bahsettiği görülmektedir.

Nitekim, bu maddeler kapsamına giren olayları da başvuru formunda;

- Tehdit, hakaret, psikolojik ve manevi baskıya uğramak, kafalarına vurulmak,

- Gözaltında ve emniyette avukat yardımından faydalandırılmamak,

- Zorla istem dışı yazılı evrak imzalatılmak,

- Hukuka aykırı alınan ifadelere dayalı hüküm kurmak,

- Lehe olan tanık ve belgelerin dinlenme ve elde edilme taleplerine itibar edilmemek,

- Sanık ve avukatların tanıklara çapraz soru yapma hakkını tanımamak ve,

- Müebbet hapis cezasının niteliği itibarı ile yaşam hakkını korumadığı şeklinde ifade etmişlerdir.

Ayrıca uğradıkları haksızlığın giderimi için ise mahrum kaldığı gelir miktarını ispatlayabilmek ve çalışmadığı süreyi anlatabilmek için tutukluluk haline vurgu yaparak tazminat istemişlerdir. Tazminatın hak edilebilirliği için tutuklulukta geçen süreyi, kaybedilmiş- kazanılamamış kâr dönemini açıklayabilmek için ifade ettikleri, Asli şikayetlerinin tutuklanma ve tutuklu yargılanma değil, yargılama sürecinin tutuklu geçmesine sebep olan hukuksuz uygulamalar ve yargılama sürecindeki hukuka aykırılıklar olarak anlamak gerekir.

Özetle başvurucular Anayasa'nın 19. maddesinde ki kişi hürriyet ve güvenliğine yönelik iddialardan ziyade temelde ifadelerinin alınışından başlayan hukuksuzluklara atıfta bulunmuş bununda işkence ve eziyet altında alınan ifadeler nedeniyle oluştuğunu, eylemsel kamu gücü müdahalesinin, netice hukuksal haksız zarara yol açtığını ifade etmeye çalışmışlardır.

O halde Mahkemenin incelemesi kabul edilebilirlik yönünden gerçek şikayet konusu olmayan kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin tutma, tutukluluğun kanuniliği iddiaları açısından değil, kişi dokunulmazlığını, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkına yönelmiş Anayasa'nın 17. maddesi yönünden yapmalıydı.

Gerekçeli kararımızda yer alan kişi hürriyeti ve güvenliğine ilişkin iddialar başlığı altındaki 34 ve 41. paragraflar hukuki içerik itibarı ile doğru olmakla birlikte, başvurucunun talebinin karşılığı değildir.

Mahkemece ulaşılan netice değerlendirme adil yargılanma hakkı ihlali iddiası kapsamında başvurucuların sorgulanmasında Avukat yardımından yararlandırılmamaya özgülenmiş (45. - 48. paragraflar) ancak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ilişkin iddialar kabul edilebilirlik yönünde hiçbir incelemeye bu aşamada tabii tutulmamıştır. Bu eksik inceleme sonucunda esasa ilişkin değerlendirmede ise Avukat yardımından yararlandırılmadan yapılmış yargılamanın, hak ihlali olduğunu tespit eden mahkememiz dosyayı yeniden yargılama yapılması için mahkemesine gönderme kararı vermiştir.

Bu karar ile yapılacak yeniden yargılamada Avukat yoksunluğunda alınan ifadeler, gözaltında uğradıklarının iddia edildiği eziyet, işkence, baskıya uğradıklarına ilişkin itibar edilmemiş iddialar ve lehe tanıkların ifadelerine başvurma gerekliliği yargılama bütünlüğü içinde yeniden gözden geçirilecektir.

Hal böyle iken, verilen bu karar gereği gözden geçirilemeyecek tek husus ise başvurucunun Adil yargılanma hakkı kapsamında görülen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ilişkin iddiaları olacaktır. Çünkü Mahkememizin bu açık iddiayı, yapılacak yeniden yargılama sürecinde önceki cezadan sanık lehine çıkabilecek farklı bir sonuç ihtimaline bırakmış, iddiayı karşılamaktan uzak durmuştur.

Başvurucular, ölünceye kadar sürecek bir cezanın insan hakkı ihlali olduğunu, kendilerinin de terör suçlusu sayıldığını ve bu kapsamda hükmedilmiş ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasın da cezaların infazı hakkındaki kanunda yer alan şartlı salıvermeye ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını ve cezanın ölene kadar devam edeceğini söylemektedirler.

Anayasa'nın 17. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi kapsamındaki bu iddianın kararımızda esas yönünden incelenmediğine göre kabul edilemez, incelenemez bulunuşunun ya da kabul edilebilirlik kriterlerine uymadığının bir açıklanması bulunması gerekirken, bu konuda bir gerekçe kullanılmamış, somut iddianın dosyada Anayasa'nın 36. maddesi ile karşılanan Avukat yardımından yararlandırılmamış olması haline ilişkin ihlalin gölgesinde kaldığı anlaşılmaktadır. Bu kabule katılmaya olanak yoktur.

Mahkememiz başvuranların iddialarının hukuki tavsifi ile bağlı olmayıp iddiaları kendisi niteleyebilmekte ve bu kapsamda karşılamaktadır.

Somut davada anılan iddia ne kabul edilebilirlik ne de esas yönünden aşamaları da değerlendirilmeye alınmamıştır. Başvuruda yer alan bir başka iddia kapsamında Mahkememizce bulunmuş ihlalin varlığı ve onun niteliği, özü insan onuruna saygıya dayalı İnsan Hakları Sözleşme sisteminin ve temel insan hak ve hürriyetinin ihlali sayılabilecek son derece önemli bu iddiayı incelemenin önüne geçmemeli, hukuki değerlendirmesini, yeniden yargılamanın olası sonuçlarına bırakmamalıydı.

Örneğin, işkence görüldüğü sabit bir olayda, etkin soruşturma yapılmadığı iddiasının da kabulü halinde, işkence iddiası yapılacak bir etkili soruşturma içinde tespit edilebilir, o halde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinden ihlal bulduk Sözleşmesi'nin 2. maddesinden ihlal incelemesine gerek yok denilebilecek midir'

Yeniden yargılanıp beraat etme veya koşullu salıverme hükümlerinden yararlanma hakkına sahip olacağı varsayımı başvurucuda insan haysiyeti ile bağdaşmamış bir cezaya çarptırılmış olmak duygusuyla yaşanmışlığı yok etmiş ya da, ortadan kaldırmış mı olacaktır.

Bir ihlal ya da ihlale konu iddianın yer aldığı olgu, somut da ve geçmiş zaman sürecinde doğmuş ve sabittir.

Anılan aykırılık tespit edilmeli ve hukuk dünyasında olması gereken etkili alanında yer almalıdır. Bugün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 3.madde kapsamında bu konuda verdiği ihlal kararları önümüzde durduğunda, infazda şartlı salıverme haklarını ortadan kaldıran düzenlemelerin Anayasa ve Sözleşme'ye uygunluğu net bir tartışma alanı olup, yasa koyucu ve mahkemelere düşen (Anayasa Mahkemesi gibi) ihlalleri tespit ve uygulanabilirliğini önlemedir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi, somut davada ki gibi bir başka ihlal sonucuna bağlı olarak somut iddiayı incelemekten kaçınmamalı, bu yönde oluşmuş kararda yer alan inceleme usulü görüşü Anayasa Mahkemesi'nin hukuk düzeni bütünündeki etkili Anayasal şikayetleri inceleme görevi karşısında geçerli olmamalıdır.

Somut iddianın değerlendirilmesine gelince;

Başvurucular ölünceye kadar infazı devam edecek bir ceza verilmesi nedeniyle yaşam hakkı ve işkence yasağının ihlal edildiğini ileri sürmektedirler.

Adalet Bakanlığı başvuruya konu somut olaydaki şikâyetin Anayasa'nın 17. maddesi ve AİHS'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, AİHM'nin yerleşmiş içtihatlarına göre, AİHS'nin 3. maddesi "Sözleşme'de. tanımlanan hak ve özgürlükleri egemenliği altında bulunan herkes için güvence altına alır" diyen AİHS'nin 1. maddesi ile birlikte yorumlandığında, devletlerin kendi egemenlik alanlarında bulunan bireylerin, özel kişilerin kötü muameleleri dahil, herhangi bir şekilde işkenceye ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye tabi tutulmalarını engellemeyi amaçlayan tedbirler almalarını gerektirir.

9/7/2013 tarihli Vinter/İngiltere (B. No:66069/09, 130/10, 3896/10) Büyük Daire kararında, müebbet hapis cezasının tek başına AİHS'nin ihlaline neden olmayacağını, bu tür bir cezanın AİHS'nin 3. maddesi ile uyumlu olması için, serbest bırakılma olasılığı ile birlikte yeniden gözden geçirme olasılığının da bulunmasının gerekli olduğu,

Müebbet hapis cezasının süre bakımından hukuki ve fiili olarak indirilebilir bir ceza olması gerektiği, aksi halde AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmiş olacağının belirtildiği, ayrıca, hükmün verildiği an itibarıyla belirli olan bir süre sonunda yetkililer tarafından cezanın gözden geçirilerek, hükümlünün rehabilitasyonuna yönelik önemli gelişmelerin olup olmadığının ve kişiye müebbet hapis cezası verilmesi için geçerli olan gerekçelerin halen devam edip etmediğinin belirlenmesine yönelik bir sistem kurulması gerektiği, bununla birlikte yapılacak değerlendirmenin kişinin serbest bırakılacağı anlamına gelmeyeceği,

Hükümlü şahsın, hüküm verildiği tarih itibarıyla ne kadar süre sonra cezasının yeniden gözden geçirileceğini, tahliye şartlarını, serbest bırakılabilmesi için cezaevinde nasıl davranması, neler yapması gerektiğini bilebilmesi hususları üzerinde durulduğu, yerel mevzuatta yukarıdaki paragrafta belirtilen mekanizmaların ve imkânların bulunmaması durumunda, sanığın müebbet hapis cezasına mahkûm edildiği an itibarıyla AİHS'nin 3. maddesi ihlal edilmiş olacağını ifade etmiştir.

Başvurucular ölünceye kadar infazı devam edecek bir hapis cezası verilmesi nedeniyle ayrıca yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerse de, ölünceye kadar infazına devam edilecek bir hapis cezasına ilişkin şikâyetin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulma yasağı çer-

çevesinde Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ve AİHS'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17. maddesinde "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denilmektedir. Buna göre kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da Devlete görev olarak verilmiştir. Bu itibarla kişilerin yaşayışlarına ilişkin yasal düzenlemeler "maddî ve manevî varlığını koruma hakkını"önemli ölçüde zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içeremez (Anayasa Mahkemesinin 22/5/2014 tarih ve E.2013/137, K.2014/94 sayılı kararı)

Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" denilerek, bireyin başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüş ve Anayasa Mahkemesi kararlarında, insan haysiyeti kavramı da insanın hangi durum ve şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu değerin tanınması ve sayılması olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir, aleni infaz ve benzeri bedensel ceza ya da muameleye maruz kalmasının insan onuruyla bağdaşmayacağı belirtilmiştir (E.2013/137, K.2014/94 sayılı karar)

Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun toplumla uyum sağlayabilmesi başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel ilkelerden birini oluşturur. Suçun niteliği ve toplumun buna verdiği önem, cezanın tür ve miktarına esas olur. Bu husus, devletin cezalandırma politikasına uygun olarak yasa koyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine göre belirlenir. Ancak, cezanın infazı, suçlunun topluma uyum sağlamasını ve topluma yeniden kazandırılmasını amaçlar (E.1991/18, K.1992/20, 31/3/1992).

Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasına uygun olarak 5275 sayılı Kanun'un "İnfazda temel ilke" başlıklı 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz." denilmiş; yine Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde "Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir." hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle, ceza infaz kurumlarında tutulan hükümlülerin cezaları infaz edilirken, infazın hükümlü üzerinde zalimane, aşağılayıcı ve insanlık dışı etki yapmasının engellenmesi ve cezanın insan onuruna yakışır bir biçimde yerine

getirilmesi ve infazda gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğü ifade edilmiştir (E.2013/137, K.2014/94, 22/5/2014)

Bir mahkûmiyetin sonucu olan hapis cezasının infazının doğuracağı psikolojik etkilerin de, cezanın insan onuruna yakışır bir biçimde yerine getirilmesi ilkesine uygun olması gerekir. Bu kapsamda bir cezanın infazının onur kırıcı olmaması, maddi ve manevi varlığı yok edici nitelik taşımaması gerekir. Bu nedenle belirli suçlar nedeniyle verilen müebbet hapis cezasının infazının, suçlunun topluma yeniden kazandırılması amacının gerçekleştirilmesi imkânını ortadan kaldıracak nitelikte olması nedeniyle temel ilkelere uygun olduğu söylenemez.

Müebbet hapis cezasından yatanlar dâhil, bütün mahkûmlara rehabilitasyon ve bu rehabilitasyon başarıyla sonuçlanırsa serbest bırakılma şansının sunulması ilkesine artık Avrupa ve uluslararası hukukta açık destek bulunmaktadır (*Vinter ve diğerleri/İngiltere*, § 114).

İnfaz sürecinde belirli bir süre sonunda bu kapsamdaki cezanın gözden geçirilerek, rehabilitasyona yönelik önemli gelişmelerin olup olmadığının ve müebbet hapis cezası verilmesi için geçerli olan gerekçelerin halen devam edip etmediğinin belirlenmesine yönelik bir uygulama yapılamamaktadır. Bu durum, başvuruculların bir gün serbest kalma umudu olmaksızın, af veya sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılması durumu olmaması halinde, ölünceye kadar hapsedilmeleri sonucunu doğurmaktadır.

Kanunda yer alan suçlar nedeniyle verilen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının hafifletilmesi, sonlandırılması veya şartlı tahliye amacıyla gözden geçirilmesi imkânının sağlamasının, (geçerli nedenlerle cezanın infazına devam edilse dahi) insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza verilmesi yasağı yönündeki Anayasal ilke bakımından gerekli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, başvuruculların müebbet hapis cezalarının sabit ve gözden geçirilmez bir şekilde infaz edilmesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza verilmesi yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Nitekim, 18/3/2014 tarihli 2. Dairenin B. No: 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07sayılı başvurularına karşı verilen ÖCALAN kararında,

- Şikayetin hiçbir kabul edilemezlik engeli ile karşılaşmadığını(bizim kararın aksine) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi kapsamında inceleneceğini mahkemenin müebbet hapis cezasına mahkum edilen bir

mahkumun serbest kalma şansına sahip olup olmadığının değerlendirileceğini Mahkemenin bu konudaki içtihatına bakıldığında, ulusal hukukun, müebbet hapis cezasının infazını askıya alındığı veya sonlandırıldığı veyahut da hükümlünün şartlı tahliyesi amacıyla cezasının indirilmesi amacıyla tekrar gözden geçirilmesine imkan tanıdığı durumlarda, 3.maddenin gereklerine uygun davranıldığı sonucu ortaya çıkacağına vurgu yaparak (Vinter ve diğerleri (BD) kararı, par. 108 ve 109) Cezalandırmanın BİEBER davasında denildiği gibi caydırıcılığı, kamu korumasını ve ıslahını içermesi gerektirdiğini, bu temeller müebbet hapis cezası verildiğinde de mevcut olmalıdır demektedir.

Ayrıca, şartlı tahliye olmaksızın bir müebbet hapis mahkumu serbest bırakılma ümidi olmaksızın ve cezasının gözden geçirilmesini isteme ihtimali olmadan hapsedilirse, suçunu asla telafi edememe riski bulunmaktadır: mahkûm cezaevinde ne yaparsa yapsın, ıslah yoluyla gelişimi ne kadar olağanüstü olursa olsun, cezası sabit ve gözden geçirilemez kalacaktır. Gerçek şu ki, cezalandırma zamanla daha ağır hale gelmektedir: mahkûm ne kadar çok yaşarsa, cezası da o kadar çok olacaktır. Böylece, bir şartlı tahliye olmaksızın müebbet hapis cezası uygulanma zamanında hak edilmiş bir ceza olsa bile, zamanın geçmesiyle birlikte - Wellington davasında Lord Justice Laws'ın kelimeleriyle ifade edilirse - adaletin ve orantılı cezalandırmanın zayıf bir güvencesi haline gelecektir(.).

Mahkeme aynı zamanda, önündeki karşılaştırmalı ve uluslararası hukuk materyallerinin, müebbet hapis cezasının uygulanmasından sonra yirmi beş yılı geçmeyecek bir gözden geçirmeyi ve sonrasında da periyodik gözden geçirmeyi güvence altına alan özel bir mekanizma kurulmasına açık bir destek verdiğini de gözlemler.

Dolayısıyla iç hukukun böyle bir yeniden değerlendirme ihtimalini düzenlemediği durumlarda, bir mutlak müebbet cezası Sözleşme'nin 3. maddesinin gereklerine aykırı olarak kabul edilecektir.

Gerekli yeniden değerlendirme, zorunlu olarak hükmün verilmesinden sonra ileriye dönük bir olgu olmasına karşın, bir mutlak müebbet hapis cezası mahkumu, cezasına eklenen hukuki koşulların 3. madde gereklerini bu açıdan yerine getirmediği şikayetini ileri sürebilmeden önce, süresi belli olmadan yıllarca beklemek ve cezasını çekmek yükümlülüğünde olmamalıdır. Bu hem hukuk güvenliği ilkesine hem de Sözleşme'nin 34.maddesinde mağdur kavramına verilen anlam kapsamında mağdur statüsü hakkındaki genel ilkelere aykırı olacaktır. Bundan başka, bir cezanın verildiği zaman iç hukuka göre indirim yapılamaz olduğu durumlarda, belirsiz, gelecekteki bir tarihte, gösterdiği ıslaha göre serbest bırakılmasının değerlendirilmesine olanak sağ-

layacak bir mekanizmanın uygulanacağını bilmeden, bir mahkumun kendi ıslahı yönünde çalışmasını beklemek tutarsız olacaktır.

Dedikten sonra özetle, şikayetleri haklı ve Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal eder nitelikte bulmuştur.

Yukarıda açıklanan gerekçeler ile Genel Kurul'un 8/4/2015 günlü toplantıda Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların incelenmesine yer olmadığına şeklinde oluşan çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili

Serruh KALELİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

BARAN KARADAĞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/12906)

Karar Tarihi: 7/5/2015

R.G. Tarih- Sayı: 25/6/2015-29397

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	:	Alparslan ALTAN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Akif YILDIRIM
Başvurucu	:	Baran KARADAĞ
Vekili	:	Av. Baran BİLİCİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, yargılandığı ceza davasında, Mahkemeye savunmasını Kürtçe yapmak istediğini bildirmesine rağmen kendisine tercüman tayin edilmediğini, kendisine isnat edilen suçlara ilişkin tek delilin gizli tanık ifadeleri olduğunu ve bu gizli tanığa soru soramadığını belirterek, Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, ihlalin tespiti ile maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 17/7/2014 tarihinde Van 1. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvuruda Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 16/12/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 5/1/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru konusu olay ve olgular ile başvurunun bir örneği görüş için Ba-

kanlığa gönderilmiştir. Bakanlığın 6/2/2015 tarihli görüş yazısı 13/2/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş; başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formu ve ekleri ile Bakanlık görüşünde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu, 2/6/2011 tarihinde gözaltına alınmış, *"PKK KONGRA GEL terör örgütü üyesi olmamakla birlikte terör örgütü adına suç işlemek, terör örgütü faaliyeti çerçevesinde görevli memura etkin direnme ve terör örgütünün propagandasını yapmak"* suçlarından Van 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 2011/82 Sorgu sayılı kararı ile tutuklanmıştır.

8. Van Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma kapsamında gizli tanık HX922Q'nün beyanlarına başvurulmuştur. Tanığın kimliğinin gizlenmesi hususunda Cumhuriyet Başsavcılığınca gerekçe gösterilmemiş ve karara dayanak olabilecek hukukî ve fiilî nedenlere yer verilmemiştir. Tanığın, 30/3/2011 tarihli beyanını içeren ifade tutanağının ilgili kısmı şöyledir:

"...Tanığa gençlik yapılanması içerisinde bulunan ve Erciş ilçesinde meydana gelen 13/10/2010 günü saat 22.00 sıralarında Ağrı-Van karayolu üzerinde bulunan TEİAŞ isimli trafo merkezinde, aynı gün saat 23.50 sıralarında Ağrı Van karayolu üzerinde bulunan M. G. isimli şahsa ait Yunus Emre Çay Bahçesi isimli iş yerinde, yine 14/10/2010 saat 02:30 sıralarında Kışla Mahallesinde bulunan Belediye Otoparkı ile 02/10/2011 günü saat 21.50 sıralarında Halk Bankası önünde meydana gelen patlama olayı olmak üzere dört ayrı patlama olaylarının kim ya da kimler tarafından yapıldığı soruldu, emniyetten temin edilen, 1'den 30'a kadar numaralandırılmış vesikalık boyutlardaki resimler gösterildi. Beyanında;

Trafo ile Yunus Emre çay bahçesine molotof atanlar Baran KARADAĞ [Başvurucu] ile dosyada mevcut olan bana göstermiş olduğunuz resimlerde 4 nolu şahıs ile 2 nolu şahıstır. 4 nolu şahsı tanıyorum ancak ismini bilmiyorum. ***Bu şahısların yaptığını Erciş BDP binasında gençlik odasında kendi aralarında konuşurlarken duydum, ancak şüphe çekmemek için nasıl yapıldığını soramadım.***"

9. Van Cumhuriyet Başsavcılığının (CMK 250. Madde İle Görevli), 10/10/2011 tarihli ve E.2011/516 sayılı iddianamesi ile başvurucu hakkında *"PKK/KONGRA-GEL terör örgütünün propagandasını yapmak, tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma veya el değiştirme, korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda patlayıcı madde kullanma, görevi yaptırmamak için direnme, kamu malına zarar verme, silahlı*

terör örgütüne üye olma, terör örgütü propagandası yapmak, mala zarar verme, kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlere silahsız katılarak ihtara rağmen kendiliğinden dağılmama, toplantı ve yürüyüşlere silahla katılma" suçlarından Van 3. Ağır Ceza Mahkemesine (CMK 250. Madde İle Görevli) kamu davası açılmıştır.

10. İddianamenin ilgili kısmı şöyledir:

"Gizli tanık HX922Q ifadesinde, 13.10.2010 ve 14.10.2010 tarihlerinde Erciş ilçesinde Belediye otoparkında, TEİAŞ'a ait trafoda ve Yunus Emre Çay Bahçesi'nde meydana gelen bombalı saldırı olaylarının faillerinden birinin de şüpheli Baran KARADAĞ [Başvurucu] olduğunu ifade ettiği, bunun üzerine gizli tanığın beyanında geçen eylemlere ilişkin eylem evrakı getirilerek dosyaya konulduğu, yapılan incelemede TEİAŞ isimli trafo merkezinde patlama olayı meydana geldiği ancak bir hasar oluşmadığı, Yunus Emre Çay Bahçesinde patlama olayında duvarda maddi hasar oluştuğu, belediye otoparkında ise bombalı saldırı sonucu belediyeye ait bir aracın camlarının kırıldığı, maddi hasar oluştuğu, meydana gelen bombalı saldırı eylemlerinin aynı tarihte, çok yakın zaman dilimi içerisinde ve aynı tip ***bombalar ile aynı yöntemlerle gerçekleştirildiği de gözetildiğinde her üç eylemi aynı kişi yada kişilerin gerçekleştirdiğinin anlaşıldığı ve gizli tanığın olayların oluş şekline uygun ifadesi ve eylem evrakı içeriklerine göre şüphelinin de bu eylemleri gerçekleştirenlerden biri olduğu****, bu şekilde şüphelinin patlayıcı madde bulundurma, kullanma, şikayetçi A.G.'ye yönelik mala zarar verme, TEİAŞ isimli trafo merkezindeki eylem ile ilgili de genel güvenliğin kasten tehlikeye sokma ve belediye otoparkındaki eylemi ile de kamu malına zarar verme suçlarını işlediği ve TCK 174/1,2, 3713 sayılı Kanun 5, TCK 53 (3 kez), TCK'nın 151/1, 3713 sy Kanun 5. maddesi TCK 53, TCK 152/2-a, 3713 sy Kanun 5. maddesi, TCK 53, TCK 170/1-c, 3713 sayılı Kanun 5, TCK 53, maddeleri gereğince cezalandırılması gerektiği . anlaşılmıştır."*

11. Başvurucu, Cumhuriyet Başsavcılığındaki ifadesinde, sorguda ve yargılamanın ilk iki celsesinde Türkçe savunma yapmıştır.

12. İlk Derece Mahkemesi, soruşturma evresinde dinlenen gizli tanığın beyanlarını sanık ve müdafiinin bulunmadığı bir ortamda, günü ve saati savunma tarafına bildirilmeyen bir tarihte (celse arasında) tespit etmiştir. Tanığın neden bu şekilde dinlenmesi gerektiği hususunda tutanaklarda bir gerekçeye rastlanmamıştır. Ancak yargılamanın 3. celsesinde, başvurucu ve müdafiine, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi gün süre verilmiştir. Sanık müdafiinin dilekçe sunduğuna dair bir bilgi duruşma tutanaklarına geçmemiştir.

13. Mahkeme tarafından gizli tanığın beyanları 20/6/2012 tarihinde alınmıştır. Tanığın kimliğinin gizlenmesi hususunda gerekçe gösterilmemiş ve kara-

ra dayanak olabilecek hukukî ve fiilî nedenlere de yer verilmemiştir. Gizli tanığın beyanlarının alındığı celsede Cumhuriyet savcısı da hazır bulunmuştur. Gizli tanık aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

"...Ben bu konu hakkında Cumhuriyet Savcılığında ifade vermiştim. Ben B. K.'yı tanırım. B. K. Erciş'de parti adına gazete dağıtır, aynı zamanda katıldığı yasadışı olaylarda polislere taş attığını birçok kez gördüm. Erciş'deki trafo ile Yunus Emre Çay bahçesine 2010 yılının ekim ayında molotof atanlardan birinin B. K. olduğunu parti binasında konuşurken duydum. ***molotof atan B. K.'nın ilçe merkezinde kendisinin molotof attığına dair konuştuğunu, bunu duyan kişilerin de bana anlattığından dolayı biliyorum..."***

14. Yargılamanın 3/7/2012 tarihli 5. celsesinde, celse arasında mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanları okunmuş ve başvurucu müdafii gizli tanık beyanlarını kabul etmediğini bildirmiştir. Başvurucunun beyanları ise *"Kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşılamadı."* şeklinde zapta geçmiştir.

15. Mahkemenin 18/9/2012 tarihli ve E.2011/390, K.2012/491 sayılı kararı ile başvurucunun bazı suçlardan mahkûmiyetine karar verilmiştir.

16. Anılan kararın temyizi üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesinin, 4/6/2013 tarihli ve E.2013/3821, K.2013/8365 sayılı ilâmı ile İlk Derece Mahkemesi kararı bozulmuştur. Bozma gerekçesi şöyledir:

"Sanık Baran Karadağ [Başvurucu] hakkında iddia olunan A. G.'ye yönelik mala zarar verme ve TEİAŞ'a ait trafo merkezine patlayıcı madde atmak suretiyle genel güvenliğin kasten tehlikeye düşürülmesi suçlarından açılan davalar hakkında her zaman bir karar verilmesi mümkün görülmüştür.

...

A- Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar CMK'nın 231/12. maddesi uyarınca ve 6352 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin 1. fıkrasına göre verilen kovuşturmanın ertelenmesine ilişkin kararlar anılan maddenin 4. fıkrası ile CMK'nın 223. maddesinin 8. fıkrası 2. cümlesi hükmü karşısında durma kararıniteliğinde olup CMK'nın 223/1. maddesinde sayılan hüküm niteliğindeki kararlardan olmadığından temyiz incelemesine yer olmadığına, gereğinin itiraz merciince yerine getirilmesine,

...

C- Sanık Baran Karadağ hakkında silahlı terör örgütüne üye olma ve patlayıcı madde bulundurma suçlarından kurulan hükümlere yönelik temyize gelince;

Sanık ve müdafiinin yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak;

1- Silahlı terör örgütü içindeki hiyerarşik yapıya dahil olduğuna ilişkin örgüt üyeliği suçundan mahkumiyetine yeterli delil bulunmamakla birlikte; 13.10.2010 tarihli Yunus Emre Çay Bahçesine ve TEİAŞ'a ait trafoya patlayıcı madde atılması eylemlerini örgüt adına gerçekleştiren sanığın eyleminin silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçunu oluşturacağı gözetilip terör örgütü adına işlenen suçun tarihi de dikkate alınarak 05.07.2012 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanunun 85. maddesiyle TCK'nın 220/6. maddesinde yapılan değişiklik uyarınca sanığın hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunması,

Sanığın aynı gün içerisinde kısa aralıklarla Yunus Emre Çay bahçesine ve TEİAŞ'a ait trafoya attığı patlayıcı maddeler nedeniyle bir kez TCK'nın 174/1. maddesi uyarınca cezalandırılmasıyla yetinilmesi gerekirken, iki kez patlayıcı madde bulundurma suçundan hüküm kurulması, ... sanık Baran Karadağ ile sanıklar müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükümlerin bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, . karar verildi."

17. Bozma kararı sonrası yeniden yapılan yargılama sonucunda, 25/9/2013 tarihli celsede başvurucunun savunması tercüman eşliğinde alınmıştır.

18. Van 3. Ağır Ceza Mahkemesi, 25/9/2013 tarihli ve E.2013/215, K.2013/193 sayılı kararıyla*"...iddianame, sanık ifadeleri, olaya ilişkin tutanaklar, kriminal raporlar, arama ve el koyma tutanakları, adli emanetin 2011/271, 272 sırasına kayıtlı suç eşyaları, şüphelilerin karıştığı olaylara ilişkin görüntü ve fotoğraf kayıtları, bilirkişi raporu, gizli tanık HX922Q'nün ifadesi, nüfus ve adli sicil kayıtları ile tüm dosya"*kapsamında yaptığı değerlendirme sonucu başvurucunun terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemekten 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası, izinsiz patlayıcı madde bulundurma suçundan 4 yıl 2 ay hapis ve 100 TL adli para cezası, genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçundan 7 ay 15 gün hapis cezası, mala zarar verme suçundan ise 15 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

19. Mahkeme, *"silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme ve patlayıcı madde bulundurma"* suçları dışındakiler yönünden verdiği mahkûmiyet hükümlerinin açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir.

20. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeyen suçlar yönünden kararın başvurucu tarafından temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 5/3/2014 tarihli ve E.2014/1315, K.2014/2545 sayılı ilamıyla İlk Derece Mahkemesi kararını onamıştır.

21. Anılan karar başvurucu vekiline 17/7/2014 tarihinde elden tebliğ edilmiştir.

22. Bireysel başvuru 17/7/2014 tarihinde yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

23. 4/12/2014 tarihli 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 adlî 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."

24. Aynı Kanun'un 58. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"(2) Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

(3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıka-

rılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. ***Soru sorma hakkı saklıdır."***

25. 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun *"Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller"* kenar başlıklı 9. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Bu Kanun hükümlerine göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır.

(2) Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına mahkemece karar verilmesi hâlinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilir.

(3) Tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir.

(4) Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi hâlinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır.

(5) Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, Ceza Muhakemesi Kanununun 201 inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez.

(6) Bu madde hükümlerinin naip olunan hâkim veya istinabe suretiyle uygulanmasına görevli ve yetkili mahkemece karar verilebilir.

(7) Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir.

(8) Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, ***hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez.***

(9) Haklarında tedbir kararı alınan tanıkların, keşifte dinlenmeleri sırasında da bu madde hükümleri uygulanır.

(10) ***Bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz****."*

26. Aynı Kanun'un 4. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanun hükümlerine göre haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler şunlardır:

a) Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları.

b) (a) bendi hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler.

(2) Tanık koruma tedbirleri, birinci fıkrada sayılanların kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması halinde uygulanabilir."

27. Aynı Kanun'un 5. maddesi şöyledir:

(1) Bu Kanun kapsamında bulunanlar hakkında uygulanabilecek tanık koruma tedbirleri şunlardır:

a) Kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi.

b) Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi.

c) Tutuklu veya hükümlü olanların durumlarına uygun ceza infaz kurumu ve tutukevlerine yerleştirilmesi.

ç) Fizikî koruma sağlanması.

d) Kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi:

1) Adlî sicil, askerlik, vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi.

3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.

e) Geçici olarak geçimini sağlama amacıyla maddî yardımda bulunulması.

f) Çalışan kişinin iş yerinin ya da iş alanının değiştirilmesi veya öğrenim görenin devam etmekte olduğu her türlü eğitim ve öğretim kurumunun değiştirilmesi.

g) Yurt içinde başka bir yerleşim biriminde yaşamasının sağlanması.

ğ) Uluslararası anlaşmalara ve karşılıklılık ilkesine uygun şekilde, geçici olarak başka bir ülkede yerleştirilmesinin sağlanması.

h) Fizyolojik görünümün estetik cerrahi yoluyla veya estetik cerrahi gerektirmeksizin değiştirilmesi ve buna uygun kimlik bilgilerinin yeniden düzenlenmesi.

(2) Bu maddede yazılı olan tedbirlerden biri veya birkaçı aynı anda uygulanabilir. Bununla birlikte aynı sonuç daha hafif bir tedbir ile elde edilebiliyor ise bu durum da göz önünde tutulur."

28. Aynı Kanun'un 6. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

" Bu madde hükümlerine göre;

a) Tanık koruma kararının alınmasında; korunan kişi veya yakınlarının karşı karşıya kaldığı tehlikenin ağırlığı ve ciddiliği, soruşturma ve kovuşturma konusu suçun önemi, tanığın yapacağı açıklamalar, alınacak tedbirin yaklaşık maliyeti, tanığın psikolojik durumu ve benzer mahiyetteki diğer özellikler de göz önünde bulundurulur.

b) Yapılacak istemlerde, mutlaka gerekçe gösterilir ve karara dayanak olabilecek hukukî ve fiilî nedenlere de yer verilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 7/5/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 17/7/2014 tarihli ve 2014/12906 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

30. Başvurucu, yargılandığı ceza davasında, gerçeği yansıtmayan gizli tanık beyanlarına dayanılarak hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduğunu, Mahkemede ana dilinde savunma yapamadığını, Mahkemeye savunmasını Kürtçe yapmak istediğini bildirmesine rağmen kendisine tercüman tayin edilmediğini, esas hakkındaki mütalaa okunduktan sonra kendisine savunma hakkı verilmediğini, kendisine isnat edilen eylemlerin gerçekleştiği tarihte şehir dışında olduğunu, somut olaylara ilişkin bilirkişi talebinin Mahkemece reddedildiğini, kendisine isnat edilen suçlara ilişkin tek delilin gizli tanık ifade-

leri olduğunu ve kendisine bu gizli tanığa soru sorma imkânı tanınmadığını belirterek, Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş, ihlalin tespiti ile maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Tercümandan Yararlanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

31. Başvurucu, kendisini ana dilinde savunmak istemesine rağmen buna izin verilmemesi nedeniyle savunma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

32. 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."

33. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 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 tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak."

34. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendi, hakkında suç isnadı olan kişinin, mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde, bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkını güvence altına alır. Bu hak yalnızca hakkında suç isnadında bulunulan kişilere tanınmış bir haktır ve bu haktan faydalanabilmek için sanığın ödeme gücü olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır (*Ali İlhan Bayar*, B. No: 2013/725, 19/11/2014, § 48).

35. 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 düzeyde olup olmadığıdır (bkz.*Kamasinski/Avusturya*, B.No: 9783/82, 19/12/1989, §§ 74, 83).

36. Ancak somut başvuru açısından çözümlenmesi gereken asıl mesele devletin 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 herkesin değil, adil bir yargılamadan umulan yararın sağlanması amacıyla ve yalnızca yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilere tercüman atanması bir zorunluluktur. Yargılamada kullanılan dili bilmeyen, anlamayan ve konuşamayan kişilerin bir tercümanın yardımına ihtiyaç duyması halinde devletin çeviri sağlama yükümlülüğü doğar.

37. Bu kişilerin böyle bir ihtiyacının bulunup bulunmadığını belirlemek davaya bakan hâkimin görevdir. Hâkim, sanıkla görüştükten sonra yargılamada tercüman bulunmamasından sanığın zarar görmeyeceğinden emin olmalıdır (*Cuscani/Birleşik Krallık*, B. No: 32771/96, 24/9/2002, § 38)

38. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendinin, ancak mahkemede konuşulan dili bilmeyenlerin kullanabileceği bir hak getirdiğini; mahkemenin dilini *"anlayan"* ve *"konuşan"* bir sanığın, başka bir dilde, örneğin mensubu olduğu etnik dilde savunma yapabilmesi için tercümandan yararlanma talebinde ısrar edemeyeceğini belirtmektedir (*Lagerblom/İsveç*, B. No: 26891/95, 14/1/2003, §§ 61-64).

39. 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesine göre, sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir. Bu haktan, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar da yararlanır. 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesiyle, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen şüphelilerin/sanıkların kendilerini Türkçe dışındaki bir dilde savunmalarına imkân tanınmıştır. Böylece, Türkçeyi hiç konuşamayan ve anlayamayan kişilerin, ana dilleri ya da bildikleri başka bir dilde şikâyetlerini aktarabilmesi veya savunmalarını yapabilmesi sağlanmıştır.

40. Diğer taraftan, 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesine 24/1/2013 tarihinde ilave edilen (4) numaralı fıkra ile Sözleşme'de ve AİHM içtihatlarında 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.

41. Somut olayda ise başvurucu, 2/6/2011 tarihinde gözaltına alınmış ve bu tarihten itibaren soruşturma evresinde Cumhuriyet Başsavcılığında ve sorgu

sırasında Türkçe ifade vermiştir. Kovuşturma evresinde (bozma öncesinde) ise ilk iki celse Türkçe savunma yapmış, sonraki celselerde Kürtçe savunma yapmayı talep etmiş, ancak tercümandan yararlanma isteği kabul edilmemiştir. Bozma kararı ve yasal değişiklik sonrasında ise beyanları tercüman eşliğinde alınmıştır. Bu durumda, mahkemenin dilini *"anlayan"* ve *"konuşan"*-başvurucunun, mensubu olduğu etnik dilde savunma yapabilmesi için tercümandan yararlanma talebinin kabul edilmemesinin savunma hakkını kısıtlamadığı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

42. Açıklanan nedenlerle, tercümandan yararlanma hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı anlaşıldığından başvurunun, "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Savunma Hakkının Kısıtlandığı ve Bilirkişi Taleplerinin Reddedildiği İddiaları

43. Başvurucu, esas hakkındaki mütalaa okunduktan sonra kendisine savunma hakkı verilmediğini ve somut olaylara ilişkin bilirkişi talebinin Mahkemece reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

44. 30/3/2011 tarihli 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, . açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir. "*

45. 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı, 48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile İçtüzüğün 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 hukuki iddialarını kanıtlamak başvurucuya düşer (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, 19).

46. Başvurucunun, kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edildiğini ileri sürdüğü hak ve özgürlük ile dayanılan Anayasa hükümlerini, ihlal gerekçelerini, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğini başvuru dilekçesine eklemesi şarttır. Başvuru dilekçesinde kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmaline dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildi-

ği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, 20).

47. 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, başvurucu tarafından soyut şekilde, somut olaylara ilişkin bilirkişi talebinin Mahkemece reddedildiği ileri sürülmüş, hangi celse, hangi sebeplerle ve hangi hususlara ilişkin bilirkişi talebinde bulunulduğuna dair Anayasa Mahkemesine bir bilgi ya da kanıt sunulmamıştır. Diğer taraftan başvurucu esas hakkındaki mütalaa okunduktan sonra kendisine savunma hakkı verilmediğini ileri sürmekle birlikte, sözünü ettiği esas hakkındaki mütalaanın okunması esnasında müdafii ile birlikte hazır bulunduğu ve müdafiinin sonraki celselerde esas hakkındaki mütalaaya karşı itirazlarını ileri sürdüğü anlaşılmıştır.

48. Açıklanan nedenlerle, başvurucu tarafından ileri sürülen ihlal iddialarının başvurucu tarafından kanıtlanamamış olması ve bir ihlalin olmadığının açık olması nedenleriyle, başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "*açıkça dayanaktan yoksun olması*" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Tanık Sorgulama Hakkının İhlal Edildiği İddiası

49. Başvurucunun tanık sorgulama hakkının ihlaliyle ilgili şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi bu şikâyet için diğer kabul edilemezlik nedenlerinden herhangi biri de bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurunun bu bölümüne ilişkin olarak kabul edilebilirlik kararı verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

50. Başvurucu, kendisine isnat edilen "*patlayıcı madde bulundurma ve mala zarar verme*" suçlarına ilişkin tek delilin gizli tanık ifadeleri olduğunu ve bu gizli tanığı sorgulama imkânının tanınmadığını iddia etmektedir.

51. 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 (*Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).

52. Bir ceza yargılamasında sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekme veya çektirme, 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 başvurucunun bir tanığın dinlenmediği yönündeki iddiasının Anayasa'nın 36. ve Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

53. 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;"

54. Sözleşme'nin 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 tanıklarını aleni duruşmada çelişmeli 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 (*Ali İlhan Bayar*, B. No: 2013/725, 19/11/2014, § 36).

55. 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 (*Atila Oğuz Boyalı*, 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).

56. 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/Hollan-*

da, 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).

57. Bazı olaylarda tanığın kim olduğunun sanıklar tarafından bilinmesi, tanığın kendisi veya yakınları için tehlike doğurabilir. Tanıklık yapacak olanların misillemeye uğramaktan korkmak için haklı sebepleri bulunabilir. Ayrıca örgütlü suçla mücadelede tanığın kimliğinin gizli tutulması hafife alınamaz. Örgütlü suçlardaki artış, bazı tedbirlerin alınmasını gerektirebilir. Bu nedenle bir tanığın kimliği saklı tutulmuşsa, savunma tarafının ceza yargılamalarında normal koşullarda bulunmayan zorluklarla karşı karşıya kalabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

58. Bu hallerde savunmanın, kimliği gizlenen kişinin, önyargılı, düşmanlıkla hareket eden veya güvenilmez biri olup olmadığını sınama veya söyleyeceklerinin inandırıcılığı üzerine şüphe çekebilme imkânından yoksun kalabilmesi de söz konusudur. Diğer taraftan, kimliği gizlenen kişilerin duruşmada hazır bulunmaması, yargılamayı yapan hâkimlerin, bu kişilerin hal ve tavırlarını gözlemlemesini ve böylece bu kişilerin güvenilirliği hakkında kendi izlenimini oluşturmasını da engeller. Bu hususta AİHM, alınacak olan ifadenin güvenilirliğini adil ve uygun olarak değerlendirmeye imkân tanıyan usuli önlemleri de içeren yeterli dengeleyici faktörlerin bulunması gerektiğini belirtmektedir (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery/Birlesik Krallık* [BD], B. No: 26766/05 ve 22228/06, 15/12/2011, § 147; *Ellis, Simms ve Martin/Birlesik Krallık*, B. No: 46099/06 ve 46699/06, § 78, *Pesukıc/İsviçre*, B. No: 25088/07, 6/12/2012, § 45).

59. AİHM'e göre, gizli tanık anlatımlarının hükme esas alınmış olması, her koşulda Sözleşme'yle bağdaşmaz değildir. Sözleşme'nin 6. maddesi, her ne kadar tanıkların ve özel olarak tanıklık için çağrılan mağdurların menfaatlerinin dikkate alınmasını açıkça gerektirmese de, bu kişilerin yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi, genel olarak Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına giren birçok menfaatleri de tehlikeye girebilir. Tanıkların ve mağdurların bu tür menfaatleri, Sözleşme'nin maddi hükümleri tarafından korunmaktadır. Bu durumlarda, Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birlikte ele alınması suretiyle, sanık menfaatleri ile tanık menfaatlerinin, yargı makamları tarafından uygulanan usullerle yeterince dengelenmesi gerekir *(Doorson/Hollanda*, B. No: 20524/92, 26/03/1996, §§ 69-70, 72).

60. Nitekim kamu görevini yerine getirerek verdiği bilgilerden dolayı tanığın, kendisinin veya tanıklığı nedeniyle yakınlarının ya da mallarının korunmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Zira korunamayan ve kendisinin veya yakınlarının hayatından endişe duyan bir tanığın, ceza alacak bile olsa bildik-

lerini anlatması mümkün olamayabilecektir. Buna göre, kamu görevini yerine getiren tanığın verdiği bilgilerden dolayı zarara uğramaması için gerekli tedbirleri almak da Devlet'in sorumluluğundadır (AYM, E. 2008/12, K.2011/104, K.T. 16/6/2011).

61. Bu bağlamda, 5271 sayılı Kanun'un 58. maddesinde, iki tür tanık koruma tedbiri öngörülmüştür. Bunlardan ilki tanığın kimliğinin gizli tutulması, diğeri ise tanığın hâkim tarafından hazır bulunma hakkına sahip kişiler olmaksızın dinlenmesidir. 5726 sayılı Kanun'un 5. maddesinde ise, tanığın, kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligata ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi vb. gibi tedbirler de düzenlenmiştir (§§ 26-27).

62. 5726 sayılı Kanun uyarınca tanık koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için kanunda belirtilen suçlardan birisi hakkında soruşturma veya kovuşturma bulunması, tedbir uygulanacak kişinin tanık veya yakınlarından biri olması, kişinin hayatı, beden bütünlüğü ve malvarlığı için ağır ve ciddi bir tehlike bulunması, tedbirin ölçülü olması, yetkili mercilerin kararının bulunması gerekir (§§ 26-27).

63. AİHM, duruşma salonunda bulunmayan tanıkların durumu ile gizli tanıkların durumunun benzer olduğunu kabul etmektedir (bkz. *Ellis, Simms ve* Martin/*Birleşik Krallık*, § 78). Bu nedenle, mahkeme önünde sözlü olarak ifade vermesi için çağrılan gizli tanıkların bulunduğu bir yargılamanın adilliğini değerlendirirken, AİHM ilk olarak, tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığını incelemektedir. İkinci olarak, gizli tanık ifadesinin, verilecek hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olup olmadığını değerlendirmektedir. Üçüncü olarak, hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumunda, yargılamaları detaylı incelemelere tabi tutmaktadır (*Al-Khawaja ve Tahery*/*Birleşik Krallık,* §§ 119 ve 147*; Pesukıc*/*İsviçre*, § 45).

64. AİHM, gizli tanıkların yer aldığı davalarda, tanıkların kimliklerinin açıklanmasını istememelerinin nedeni olarak sanıkların kendilerinden intikam alacağı korkusunu, *Al-Khawaja ve Tahery*/*İngiltere* davasında geçerli bir neden olarak kabul etmiştir. Ancak AİHM'e göre, öznel bir korku yeterli değildir ve yargılamayı yapan mahkeme tarafından söz konusu korkunun nesnel dayanakları olup olmadığına dair gerekli araştırmanın yürütülmesi gerekmektedir (bkz. *Marcus Ellis, Rodrigo Simms ve Nathan Antonio Martin*/*İngiltere,* B. No: 46099/06 ve 46699/06, 10/4/2012, § 76).

65. AİHM'e göre, "*kanıtın tekliği"*nden sanık aleyhine tek kanıtın olması, "*kanıtın belirleyiciliği*"nden ise davanın sonucunu ağırlıklı olarak etkileme eğilimi olan belirleyici kanıt olması anlaşılmalıdır. Bu bağlamda, diğer kanıtlar ne kadar güçlü olursa, gizli tanığın ifadesinin belirleyici olma ihtimali o kadar azalır (bkz. *Marcus Ellis, Rodrigo Simms ve Nathan Antonio Martin/İngiltere*, § 77). Bu bakımdan gizli tanığın verdiği ifadenin mahkûmiyet kararının tek nedeni veya belirleyici unsuru olduğu durumlarda, usul işlemleri en detaylı incelemelere tabi tutulmalıdır. Verilen ifadenin güvenilirliğinin uygun bir şekilde değerlendirebilmesi için, usule ilişkin güçlü teminatlar da dâhil olmak üzere, taraflar arasında dengeleyici unsurların varlığından emin olunmalıdır (bkz. *Al-Khawaja ve Tahery/İngiltere*, § 147).

66. Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi kapsamında AİHM kararlarına da yollamada bulunmak suretiyle verdiği bir kararında; muhakemenin bir bütün olarak adil olması şartıyla sanıktan gelecek haksız müdahalelerden korunması için yeterli sebep mevcutsa tanığın kimliğinin gizli tutulmasının mümkün olabileceğini, mahkumiyet kararının yalnızca kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılamayacağı gibi bu ifadenin ağırlıklı rol oynayan delil konumunda da olamayacağını, açık celse dışında verilen bu tarz ifadelerin ancak savunma için, tanığın ve ifadesinin inanılırlığını ve güvenilirliğini sorgulama fırsatını teminat altına alan telafi edici önlemlerin sağlanması gerektiğini, savunma hakkı üzerindeki kısıtlamaların asgaride tutulmuş olması ve bu kısıtlamaların tanığın korunmasını sağlamak için gerekli olması gerektiğini, sanığın çıkarlarının ona karşı ifade veren tanığın çıkarlarıyla dengelenmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir (AYM, E. 2008/12, K.2011/104, K.T. 16/6/2011).

67. Nitekim 5726 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kimliği gizli tutulan tanık tarafından verilen beyanların, hâkim tarafından 5271 sayılı Kanun'un 58. maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanacağı, (8) numaralı fıkrasında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği, (10) numaralı fıkrasında madde hükümlerinin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı; 5271 sayılı Kanun'un 58. maddesinin (2) numaralı fıkrasında kimliği gizli tutulan tanığın, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklamakla yükümlü olduğu, (3) numaralı fıkrasında ise sanık ve müdafiinin soru sorma hakkının saklı olduğu kural altına alınmıştır. Buna göre belirtilen kurallara uygun olarak alınmış tanık ifadeleri 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olacaktır. Dolayısıyla sanık lehine kabul edilmiş anılan teminatlar gözetildiğinde, tanığın kendisi-

nin veya tanıklığı nedeniyle yakınlarının ya da mallarının korunmasını isteme hakkı ile sanığın adil yargılanma ölçütleri içerisinde yer alan haklarının adil bir şekilde dengelendiği görülmektedir (AYM, E. 2008/12, K.2011/104, K.T. 16/6/2011).

68. Bu durumda ilk olarak, tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığının ve ikinci olarak, gizli tanık ifadesinin, verilecek hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Üçüncü olarak, hükmün büyük ölçüde veya yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanması durumunda, yargılama detaylı incelemelere tabi tutulmalıdır. Eğer sanık veya müdafii tarafından güvenilirliğinin ve doğruluğunun saptanması amacıyla sorgulanmamış tanık delili, mahkeme kararının dayandığı esas veya belirleyici delil ise ve dengeleyici güvenceler sağlayan bir usul öngörülmemiş ise, adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olabilecektir.

69. Başvuru formu ve ekli belgelerden, tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda gerekçe gösterilmediği anlaşılmaktadır. Tanığın saygınlığı, sabıka kaydı ve güvenilirliği hususlarında da dosyada mevcut bir bilgi bulunmamaktadır.

70. Somut olayda, gizli tanığın beyanları soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından alınmıştır. Gizli tanık, celse arasında ve başvurucuya haber verilmeksizin mahkemece dinlenmiştir. Bununla birlikte, İlk Derece Mahkemesi, dinlemeden önceki bir aşamada yargılamanın 5/4/2012 tarihli 3. celsesinde, başvurucu ve müdafiine, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi gün süre vermiştir. Ayrıca, 3/7/2012 tarihli 5. celsede, mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanları okunmuştur. Başvurucu müdafii gizli tanık beyanlarını kabul etmediğini bildirmiş, başvurucunun beyanları ise *"Kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşılamadı."* şeklinde zapta geçmiştir.

71. Başvuruda, TEİAŞ trafo merkezinde ve Yunus Emre Çay Bahçesinde meydana gelen patlama olayları ile bombalı saldırı sonucu belediye otoparkında belediyeye ait bir aracın camlarının kırılması olayına ilişkin olarak, olay tutanakları ile gizli tanık beyanının mahkûmiyet hükmüne esas alındığı, hükmün esas olarak gizli tanığın anlatımına dayandığı gözlemlenmiştir. Diğer bir ifadeyle sözü geçen olaylarda gizli tanık anlatımının belirleyici delil olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü gizli tanık ifadesine kadar, bu olaylarla ilgili olarak hiç kimseye bir isnatta bulunulmamıştır. Meydana gelmiş olan maddi vakıalar ile başvurucu arasındaki bağlantı, gizli tanık beyanı dikkate alınarak kurulmuştur.

72. Gizli tanık beyanının, mahkeme kararının dayandığı belirleyici delil olduğu bu şekilde tespit edildikten sonra, savunma tarafına dengeleyici güven-

celer sağlayan bir usulün yürütülüp yürütülmediği de belirlenmelidir. Yeterli dengeleyici faktörlerin somut olayda mevcut olup olmadığı dikkatli bir şekilde incelendiğinde; yargılamayı yapan mahkemenin, savunma tarafının haklarını korumak amacıyla sanık ve müdafiine, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi gün süre verdiği ve 3/7/2012 tarihli 5. celsede, gizli tanık beyanlarının tarafların huzurunda okunduğu görülmüştür. Tanık, mahkeme heyeti tarafından dinlendiğinden, heyetin tüm üyeleri tanığın reaksiyonlarını doğrudan gözlemleyebilmişlerdir.

73. Ancak, başvurucu ve müdafii, gizli tanığın beyanlarının tespiti sırasında hazır bulunmadığından, ses bağlantısı yoluyla da olsa onu sorgulayamamış, sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı elde edememişlerdir. Bu yüzden tanığın beyanları arasındaki çelişkilere Mahkemenin dikkati çekilememiştir. Diğer bir ifadeyle, savunma tarafı böylelikle, sorgulama yoluyla gizli tanığın güvenilirliğini test edememiştir. Söz konusu tanığın beyanları daha sonra İlk Derece Mahkemesince sanık (başvurucu) ve müdafiinin huzurunda okunmuş ve başvurucuya tanık beyanlarına karşı diyecekleri sorulmuş ise de, bu durum tanık beyanlarına karşı yeterli bir itiraz imkânı olarak değerlendirilemez.

74. Soruşturma evresinde tanık, sözü geçen olayların başvurucu tarafından gerçekleştirildiğini kendi aralarında konuşurken duyduğunu beyan etmesine karşın, kovuşturma evresinde başkalarından duyduğunu beyan etmiştir. Diğer bir ifadeyle gizli tanığın beyanları kovuşturma evresinde değişmiştir. Mahkemece değişen beyanlar arasındaki çelişkiler giderilmemiştir. Tanığın açıklamaları önceden bilinemeyeceğinden, savunma tarafından, tanığın güvenirliğini sınamaya yönelik sorularını önceden mahkemeye bildirmesinin istenmesi de bu sakıncaları gidermeye yeterli değildir.

75. Sonuç olarak, tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda bir gerekçeye yer verilmediği, hükmün belirleyici ölçüde gizli tanığın ifadesine dayandırıldığı ve sanık (başvurucu) lehine alınan teminatlar gözetildiğinde, tanığın menfaatleri ile sanığın adil yargılanma ölçütleri içerisinde yer alan haklarının adil bir şekilde dengelenmediği görülmüştür.

76. Bu sebeplerle, başvurucunun, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan aleyhinde beyanda bulunan tanığı sorguya çekme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

77. 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."

78. Başvurucu, bir mahkeme kararından kaynaklanması nedeniyle, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın ilgili Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

79. Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmakta olup, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından hukuki yarar bulunduğundan, yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

80. Başvurunun incelenmesinde Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Başvurucu, 50.000,00TL maddi ve 50.000,00 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

81. Başvurucu tarafından maddi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığı anlaşıldığından, başvurucunun maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

82. Başvurucunun adil yargılama hakkına yönelik başvuru açısından ihlal tespitinin ve yeniden yargılamaya karar verilmesinin yeterli tatmin sağladığı değerlendirildiğinden, adil yargılama hakkına yapılan müdahale nedeniyle manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

83. Başvurucu tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan 1.706,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle,

A. Başvurucunun;

1. Tercümandan yararlanma hakkının ihlal edildiği iddiasının,

2. Savunma hakkının kısıtlandığı ve bilirkişi taleplerinin reddedildiği iddialarının,

"açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

3. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan aleyhinde beyanda bulunan tanığı sorguya çekme hakkının ihlal edildiği iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

4. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan aleyhinde beyanda bulunan tanığı sorguya çekme hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

B. Tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmak üzere kararın ilgili Mahkemeye **GÖNDERİLMESİNE,**

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

D. Başvurucu tarafından yapılan 206,10 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,**

E. 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,

7/5/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ALİGÜL ALKAYA VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/1138)

Karar Tarihi: 27/10/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 9/12/2015-29557

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Murat AZAKLI
Başvurucular	:	1. Aligül ALKAYA
		2. Hatice DUMAN
		3. Ahmet DOĞAN
		4. Hasan ÖZCAN
Vekilleri	:	Av. Faruk Nafiz ERTEKİN
		Av. Keleş ÖZTÜRK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, isnat edilen suçlardan dolayı yapılan yargılamanın adil bir biçimde yürütülmediği, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas

alındığı; davaya etkili katılma, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, avukat yardımı, susma ve savunma gibi haklardan yararlandırılmadıkları, Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı, kararların hukuki gerekçeden yoksun verildiği, yargılamanın makul sürede bitirilmediği gerekçeleriyle Anayasa'nın 17., 36., 38. ve 141. maddelerinin ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular, 17/1/2013 tarihinde İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçeler ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemeleri neticesinde Komisyona sunulmalarına engel teşkil edecek bir eksikliklerinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, 2013/1138 numaralı başvuru için 27/6/2013, 2013/1163 numaralı başvuru için 12/12/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Başvuruların incelemesi neticesinde, aralarında konu yönünden hukuki irtibat bulunduğu tespit edildiğinden Bölüm tarafından 22/12/2014 tarihinde, 2013/1163 numaralı dosyanın 2013/1138 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilerek incelenmesine karar verilmiştir.

5. Bölüm tarafından, 22/11/2013 ve 12/12/2013 tarihlerinde, başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemelerinin birlikte yapılmasına ve başvuru belgelerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

6. Başvuru konusu olay ve olgular 22/11/2013 ve 13/12/2013 tarihlerinde Bakanlığa bildirilmiştir. Bakanlık, tanınan ek süreler sonunda görüşünü 24/1/2014 ve 17/2/2014 tarihlerinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Bakanlık görüşü 12/2/2014 ve 28/2/2014 tarihlerinde başvuruculara tebliğ edilmiş olup başvurucular, karşı görüşlerini 13/3/2014 ve 24/3/2014 tarihlerinde sunmuşlardır.

8. Birinci Bölümün 11/3/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun Genel Kurula sevkine karar verilmiştir

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

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

1. Genel Olarak Yürütülen Soruşturmanın Konusu

10. Başvurucular hakkında, 1994 yılında Marksist Leninist Komünist Partisi (MLKP) ismi ile yeniden yapılanan yasa dışı silahlı örgütün üyesi olmak, yağma, örgüt adına adam öldürmek ve yaralamak gibi eylemlere bağlı olarak "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının tamamını veya bir kısmını bozma ve değiştirme veya kaldırmaya teşebbüs etme" suçundan değişik yer Cumhuriyet Başsavcılıklarınca soruşturmalar başlatılmıştır.

11. Bu soruşturmalar kapsamında, özellikle 1998 ila 2003 yılları arasında işlenen suçlardan dolayı başvurucular hakkında yakalama ve tutuklama kararları çıkartılmıştır.

2. Başvurucu Aligül Alkaya ile İlgili Yürütülen İşlemler

12. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü ekiplerince 9/4/2003 tarihinde başvurucunun İstanbul'da yeri tespit edilmiştir. Dosyadaki yakalama tutanağına göre başvurucu, direnmesine rağmen zor kullanılmak suretiyle üzerinde H. Ö. adına düzenlenmiş ve kendi fotoğrafı yapıştırılmış sahte kimlikle yakalanarak gözaltına alınmıştır.

13. Yakalama, el koyma ve arama tutanaklarına göre başvurucunun, diğer başvurucu Hatice Duman ile birlikte örgüt evi olarak kullandıkları tespit edilen evlerde 9/4/2003 tarihinde yapılan aramalarda; P. Ö. sahte kimliği ile yakalanan Hatice Duman yanında ayrıca, çok sayıda Kalashnikov marka tam otomatik tüfek, tabanca ile silahlara ait mermi ve şarjörler, MKE yapımı el bombası, bomba yapımında kullanılan kimyevi maddeler, beton çivisi, somun ve metal parçalar, çok miktarda maytap fitili, el telsizi ve anteni, dürbün, kamera, oto plakaları, sahte nüfus cüzdanları, kimlik kaplamada kullanılan çok sayıda şeffaf naylon, nüfus müdürlüğüne ait mühür, kar maskeleri, eldiven, bere, yasa dışı yayınlar, örgütsel dokümanlar, bomba yapımını anlatan daktilo edilmiş doküman, el yazısı ile yazılmış *"birincisi merkezi bir askeri komite kurulması"* ifadesi ile başlayan bir sayfa örgütsel doküman gibi malzemeler ele geçirilmiştir.

14. Başvurucu, müdafii olmadan verdiği 12/4/2003 tarihli kolluktaki ifadesinde, isnat edilen suçları nasıl ve kimlerle birlikte işlediğini ayrıntıları ile açıklamıştır. Anılan ifade tutanağında başvurucuya susma, yakınlarına haber verme ve lehine olan hususları öne sürme gibi usul hakları hatırlatılmıştır. Tutanağın sonunda başvurucu; ifadesini, kendi hür iradesi ile hiçbir baskı ve cebir altında kalmadan isteği ile verdiğini, yaptıklarından pişman olmadığını belirterek imzalamıştır.

15. Başvurucunun, kollukta verdiği ifadesinin bazı bölümleri şöyledir:

"...devrimci görüşleri benimserim. MARKSİST LENİNİST KOMÜNİST PARTİ (MLKP) örgütünün program ve tüzüğünü benimserim. Türkiye'de halkların ve işçi sınıfının sosyalizme varmak için silahlı mücadele yoluyla, mücadelenin önündeki engelleri kaldırarak kızıl güneşimiz Marksist Leninist Komünist Partisiyle insanlığın altın çağa komünizmi gerçekleştirmek için bu uğurda mücadele yürütmekteyim. Benim MLKP adlı örgüt içerisinde bu güne kadar hatırladığım kadarıyla katıldığım eylemler sırası ile şu şekildedir.

- 08.04.2001 günü . Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüme bağlı .çelik zırhlı resmi Shortlan Dover otosuna ateş edilmesi:

Bu eylemin amacı 19 Aralıkta cezaevlerine yapılan müdahaleyi protesto etmekti. Eyleme üç kişi olarak katıldık. Benim yanımda Tufan kod Ahmet Doğan, Ertan Kod, E. Ö. isimli arkadaşlarım vardı. Bu eylemde bende 7,65 mm çaplı tabanca ve taarruz tipi el bombası vardı... Ahmet Doğan'da Kaleşnikof tüfek, ...bulunuyordu... Ekip otosuna doğru ben üç el ateş ettim. Diğer arkadaşlar da ateş ettiler...

-10.04.2001 günü ...Üsküdar İlçe Emniyet Müdürlüğüne bağlı ...ekip otosuna silahlı ve bombalı şadında bulunulması sonucu olay yerinden geçmekte olan A. Ö. isimli şahsın öldürülmesi, saldırganların aynı yerde bulunan 34 ... plaka sayılı otoyu gasp ederek kaçmaları;

Bu eylemin amacı da 19 Aralıkta cezaevlerine yapılan müdahaleyi protesto etmekti. Eylemi (3) kişi gerçekleştirdik. Yine yanımda... Ahmet Doğan ile E. Ö. vardı. Eyleme ben kaleşnikof tüfekle gittim. Eylem sorumlusuydum... Ahmet Doğan'da Kaleşnikof tüfek ve el bombası, ...vardı... Ben kaleşnikof ile ateş ettim... Yanımdaki arkadaşlar da ateş ettiler... Daha sonra bu eylem sonucunda bir vatandaşın öldüğünü duyduk.

...

- 22.07.2001 günü ...meskun mahalde ateş etmek, molotof kokteyli atmak ve yasadışı örgüte ait pankart asmak ;

Bu eylem F tipi cezaevlerini protesto etmek için gerçekleştirildi. Eylemde hatırladığım kadarıyla 6-7 kişi vardı. Benden başka ...Ahmet Doğan ile ...katıldı. Yola molotof attık. Ses bombası patlatıldı, MLKP imzalı pankartı astık ...ateş edildi.

- 31.07.2001 günü ...Kalamış marina tel örgü kenarına bir adet fitil ateşlemeli, el yapımı, parça ve basınç etkili bomba konulması,

Bu bombayı ben hazırladım. Üç kişi eylem yerine gittik. Bombayı ben yerleştirdim. Diğer arkadaşım gözcülük yaptı. Bu eylemde yanımdaki şahıs burada benimle

gözaltında bulunan devrim nikahlı eşim Hatice Duman'dı... Bu eylemin de amacı cezaevlerine yapılan müdahaleleri protesto etmekti.

- 24.01.2003 günü ...Eyüp/Rami Akbank şubesinin maskeli ve silahlı 5 kişi tarafından soyulması, bankadan 14 milyar 289 milyon TL'si para ve güvenlik görevlisi ...üzerinde bulunan MKE yapımı ...tabancanın gasp edilmesi,

Bu eyleme (5) kişi katıldık. (2) bayan. (3) erkektik. Ben... benimle beraber gözaltında bulunan... devrim nikahlı eşim Hatice Duman ve ...şahıslardı. Amacımız örgüte yardım etmek, yani kamulaştırmaktı. Bende 14'lü tabanca vardı... Bundan hariç diğer arkadaşlarda kaleşnikof marka silahlar vardı... Bir araca binerek silahları eve götürdüm.

- 17.03.2003 günü ...döviz bürosu sahiplerinden ...3 adet tabancanın gasp edilmesi,

Bu eylemin amacı dövize yönelikti. İlk anda silahlar gündemde yoktu. Dövizcilerin istihbaratı ben yapmıştım. Eylem günü dövizcilerin evinin önüne beyaz bir araç ile 5 kişi gittik. 2 bayan 3 erkektik. Benim yanımda ...Hatice Duman .vardı...

İstihbarata göre dövizcilerde 200 Milyar Tl.sıma yakın para olması gerekiyordu. Eylem günü (2) şahıs evden çıktı. Ellerinde çanta vardı. İki arkadaşım bunlara müdahale ederek etkisiz hale getirdi. Üzerlerindeki silahları ve çantalarını alarak oradan uzaklaştık. İleride bıraktığımız araca bindik. E-5'e çıktık. Bizim ve dovizcilerin silahlarını ben aldım. Arabadan indim. Bir araca binerek eve geldim. Diğer dört arkadaş araba ile gittiler. Bu eylemde kar maskelerini taktık. Hücrelerdeki yapılanma şu şekildedir. 1. hücre: Ben Aligül Alkaya, Hatice Duman ...2.hücre: ...3.hücre: ...Ahmet Doğan..."

16. Başvurucu, avukatı olmaksızın 13/4/2003 tarihinde çıkarılmış olduğu Cumhuriyet Savcısının huzurunda ise kimliği hakkındaki bilgiler de dâhil olmak üzere, hiçbir beyanda bulunmayarak susma hakkını kullanmıştır.

17. Başvurucu, bir kısım şüpheliler ve onların avukatları ile aynı tarihte avukatı olmaksızın çıkarılmış olduğu sorgu hâkimliğinde ise suçlamaları kabul etmediğini, emniyette kendine bir şey sorulmadığını, beyanları emniyet yetkililerinin yazdığını, kendisinin de imzalamak zorunda kaldığını ve avukat tutmak istediğini söylemiştir. Başvurucu sorgusunda, suçlamaları kabul etmemiş ise de dosyadaki kanıt durumu ve suçun niteliği göz önüne alınarak Mahkemece tutuklanmasına karar verilmiştir.

18. Anılan suçlar nedeniyle başvurucu ve sekiz şüpheli hakkında İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz.2003/822 sayılı dosya üzerinden yürütülen soruşturma sonucunda, 23/7/2003 tarihli ve

E.2003/834 sayılı iddianame ile başvurucunun adam öldürme ve yaralama, ruhsatsız silah bulundurma, yağma gibi tespit edilen yirmi beş eylemden dolayı 13/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 146/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle İstanbul 4 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinde kamu davası açılmış olup dava, anılan Mahkemenin E.2003/213 sayılı numarasına kaydedilmiştir.

19. Öte yandan Malatya Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz.1994/204 sayılı dosya üzerinden yürütülen soruşturma sonucunda, 14/4/1994 tarihli ve E.1994/108 sayılı iddianameyle başvurucu ve dört arkadaşı hakkında TKP/ML adlı silahlı örgütüne üye olmak suçundan 765 sayılı Kanun'un 168/2 ve 121/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine muhalefetten Malatya 1 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinde kamu davası açılmış olup söz konusu davada başvurucu gıyabi tutuklu aranmakta iken anılan Mahkemenin 21/10/2003 tarihli ve E.1998/13, K.2003/116 sayılı kararıyla dava dosyası, aralarında hukuki ve fiilî bağlantı bulunduğu gerekçesiyle İstanbul 4 No.lu DGM'nin E.2003/213 sayılı dosyasıyla birleştirilmiştir.

20. Benzer şekilde Adana Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz.1997/307 sayılı dosya üzerinden yürütülen soruşturma sonucunda, 25/6/1998 tarihli ve 1998/234 sayılı iddianameyle başvurucu hakkında yasa dışı TKP/ML örgütünün üyesi olmak suçundan yargılanması istemiyle Adana 1 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinde kamu davası açılmış olup başvurucu hakkında gıyabi tutuklama kararı çıkarılmıştır. Anılan Mahkemenin 24/2/2004 tarihli ve E.1998/305, K.2004/26 sayılı kararında, *"sanık hakkında İstanbul 4 No.lu DGM'de aynı türden kamu davası bulunduğu, birleştirme önerimize olumlu yanıt verildiği, mahkememiz dosyası ile İstanbul 4 No.lu DGM'nin 2003/213 esas sayılı dava dosyası arasında şahsi, fiili ve hukuki bağlantı bulunduğu anlaşıldığından her iki davanın birleştirilmesi kanaatine varıldığı"* belirtilerek söz konusu dava, İstanbul 4 No.lu DGM'nin 14/4/2004 tarihli ve E.2004/102, K.2004/74 sayılı kararıyla aynı Mahkemenin E.2003/213 sayılı dosyasıyla birleştirilmiştir.

21. Ayrıca aynı suç örgütü ile ilgili olarak diğer bir kısım sanıklar yönünden İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturmalar sonucunda düzenlenen 9/10/2003 tarihli ve E.2003/1082, 6/5/2004 tarihli ve E.2004/525, 17/5/2005 tarihli ve E.2005/602 sayılı iddianameler; İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının 22/8/2003 tarihli ve E.2003/216 sayılı iddianamesi ve İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının (4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi ile görevli) 18/1/2007 tarihli ve E.2007/75 sayılı iddianamesi ile açı-

lan davalar da İstanbul 4 No.lu DGM'nin 19/1/2004, 13/10/2004, 5/10/2005 ve 21/3/2007 tarihli kararları ile E.2003/213 sayılı dosya ile birleştirilmiştir.

22. Diğer taraftan, İstanbul 4 No.lu DGM'de yargılama devam ederken, Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kaldırılması nedeniyle yargılama İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesince (CMK 250. madde ile görevli) yürütülmüştür.

23. Başvurucu hakkındaki yargılama, İstanbul 4 No.lu DGM'de 28/7/2003 tarihinde, iddianamelerin de tebliğini içeren tensip tutanağının düzenlenmesiyle başlamıştır. İlk duruşma 3/10/2003 tarihinde yapılmış olup hükmün kurulduğu 4/5/2011 tarihine kadar toplam on yedi celse açılmıştır. Başvurucu, bu kovuşturma süreci boyunca avukat yardımından yararlandırılmıştır. Başvurucu 19/1/2004 tarihli oturumda, avukatı ile görüşüp detaylı savunmada bulunacağını, bu nedenle süre talep ettiğini belirtmiş ve istenilen süre 14/4/2004 tarihli oturuma kadar tanınmıştır.

24. Başvurucunun, müdafii ile birlikte 14/4/2004 tarihinde Mahkemede yapmış olduğu savunması şöyledir:

"Öncelikle ben bu olayla ilgili olarak iddianamede bana atılı suçlardan sadece MLKP üyesi olduğumu kabul ediyorum, ayrıca söz konusu evde yakalanan eşyaların da yine bu partinin ve benim olduğunu kabul ediyorum, bunun dışında iddianamede bana yüklenen eylemlerle hiçbir ilgim olmadığı gibi dosyada benimle beraber yargılanan diğer sanıklardan Hatice Duman benim eşimdir, bunun dışında diğer sanıkların hiçbiri ile ilişkim yoktur, kendilerini de tanımam, bu olayla ilgili olarak ben 8/4/2003 tarihinde gözaltına alındığımda görevli olduklarını da bilmediğim sivil şahıslar tarafından zor kullanılarak kaçırıldım .bu şekilde zorla şubeye getirildikten sonra çok yoğun bir şekilde işkenceye tabi tutuldum, bu arada hafıza zayıflatıcı bir ilaç bana uygulanmak suretiyle ve verilmek suretiyle hafızamda kısmen kayıplara sebep olacak şekilde işkenceye tabi tutuldum, daha doğrusu hafızamı tamamen kaybettim, bu şekilde bana değişik eylemleri zorla kabul ettirmek istediler, bununla tehdit ettiler, yine eşimle ilgili olarak tehditte bulundular; ben her defasında susma hakkımı kullandığımı bildirdiğim halde bana kendi gösterdikleri şahıslarla ilgili ve belirtilen eylemlerle ilgili bazı şeyleri kabul etmemi istediler, bu şekilde benim ifade vermediğim halde yazdıkları şeyleri bana imzalattılar, bu şekilde de savcılık huzuruna yine savcılık huzurunda da benzer şekilde çıkarılırken tabi tutuldum ve daha sonra, cezaevine gittiğimde bunlar tespit edilmiştir, sorumlular hakkında yasal işlemler talep ediyorum ve işkence yapan ve bana ilaç uygulaması yapan şahıslar hakkında suç duyurusunda bulunuyorum .sadece örgüt üyeliğini ve evde yakalanan malzemeleri kabul ediyorum."

25. Müşteki mağdur C. Ö. aynı tarihli oturumda *".olay akşamı işyerimi kapattım. minibüse bindim. Acıbadem köprüsünün altında iki şahıs yüzleri maskeli .silah-*

larını çekip enseme ve göğsüme dayadılar, elimdeki çantayı istediler. Ben yüzlerine baktığımda gözleri ve alın kısmı .görünüyordu. Yanımdaki maktul S. O. ne oluyor diye deyince diğer şahıs ateş etti ve maktulü kafasında vurduğunu .gördüm. Çantamı alıp kaçtılar... Benim kafama silahı dayayan şahıs şu anda huzurda gösterdiğim .Aligül Alkaya'dır. Çantamda evrak vb şeyler vardı .para yoktu." şeklinde teşhis ve anlatımda bulunmuştur.

26. Öte yandan 1/4/2009 tarihli oturumda Cumhuriyet Savcısı tarafından mütalaa okunmuş ve somut başvurudaki tüm başvurucular hakkında mahkûmiyet talebinde bulunulmuştur. Bu duruma karşı söz alan başvuruculaın avukatının sarf ettiği sözlerden dolayı duruşma Savcısı tarafından Mahkeme aracılığı ile suç duyurusunda bulunulmuştur. Devam eden oturumlarda başvuruculaın avukatı, Cumhuriyet Savcısı ile olan tartışması nedeniyle hakkında dava açıldığını, Cumhuriyet Savcısının çekilmesi gerektiğini belirtmiş; Mahkemece bu talep kabul edilmemiştir. Başvurucular, Mahkeme heyetinin tarafsız davranmadığını ileri sürerek 17/6/2010 tarihli dilekçeleri ile "hâkimin reddi" talebinde bulunmuşlardır. Mahkemece, anılan talebin 25/2/2011 ve 25/3/2011 tarihli oturumlarda reddedilmesi üzerine başvuruculaın 1/4/2011 tarihinde yaptıkları itiraz da *"dosyanın karar aşamasında bulunduğu, daha önce defaatle benzer nedenlerle red taleplerinin reddedilip kesinleştiği, reddi hakim taleplerinin yargılamayı uzatmaya yönelik olduğu"* gerekçesiyle 7/4/2011 tarihinde reddedilmiştir. Başvuruculaın bu karara karşı 28/4/2011 havale tarihli dilekçesi ile yaptığı itirazı değerlendiren İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi de verilen kararı usul ve yasaya uygun bularak başvuruculaın talebini 6/5/2011 tarihinde reddetmiştir.

27. Anılan Mahkeme tarafından 3 maktul, 3 mağdur, 15 şikâyetçi ve 19 sanık ile 8 iddianame ve birçok eylemi kapsayan davada yapılan yargılama sonucunda, 71 sayfadan oluşan 4/5/2011 tarihli ve E.2003/213, K.2011/84 sayılı kararda başvurucu ile ilgili olarak *"sanığın 1996 tarihinden itibaren yasadışı MLKP terör örgütü adına faaliyette bulunduğu, öldürme, yaralama, yağmalama ve bombalama gibi birçok eyleme katıldığı, değişik kod isimler kullandığı, sahte kimlik ile yakalandığı, hücre evinde çok sayıda silah vb. malzemelerin ele geçirildiği, ekspertiz raporlarına göre bazı olaylarda bu silahların kullanıldığının belirlendiği"* şeklinde değerlendirmeler yapıldıktan sonra *"sanığın işlediği kabul edilen eylemlerin sayısı, niteliği, vahamet arz eden boyutu dikkate alındığında yasa dışı silahlı MLKP terör örgütü adına Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın tamamını veya bir kısmını bozma veya kaldırmaya cebren teşebbüs etme suçunun sübuta erdiği kabul edilmiştir."* denilmek suretiyle 765 sayılı Kanun'un 146/1 ve 59/1. maddeleri uyarınca bir kısım eylemden sorumluluğu tespit edilen başvurucunun müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir.

28. İlk Derece Mahkemesinin, başvurucuya isnat edilen eylemlerin sübutu konusundaki değerlendirmesi şöyledir:

"Sanığın 1996-1997 tarihinden itibaren yasadışı MLKP terör örgütü adına faaliyette bulunduğu, yakalandığı tarihe kadar bir dizi eyleme katıldığı, sanığın örgüt içerisinde Şişman-Saim-Süleyman kod isimlerini kullandığı, Halil Özdemir adına düzenlenmiş sahte kimlik ile yakalandığı hücre evinde yukarıda ayrıntısı verilen 8 adet muhtelif çapta tabanca, bu tabancalara ait fişek ve mermiler, 3 adet el telsizi, kar maskeleri, 1 adet el bombası, 2 adet kalaşnikof marka tam otomatik silah vb. malzemelerin ele geçirildiği, yine yukarıda ayrıntısı verilen söz konusu silahların ekspertiz raporlarına göre, sanığın beyanlarıyla da kabul ettiği eylemlerde bu silahların kullanıldığı, ekspertiz raporu içeriklerine göre örgüt evinde ele geçirilen 3 adet tabancanın kuyumculuk yapan müştekiler A. K. ve H. K.'den gasp edilen silahlar olduğu anlaşılmıştır. Sanığın yukarıda sabit kabul edilen ve ayrıntısı belirtilen;

08/04/2001 tarihinde polise ait zırhlı aracın taranması, 10.04.2001 tarihinde Üsküdar İlçe Emniyet Müdürlüğüne ait ekip otomobiline bombalı ve silahlı saldırı, maktul A. Ö.'nün ateşli silahla öldürülmesi. 19.02.2003 tarihinde Kadıköy ilçesinde maktul S. O.'nun ateşli silahla öldürülmesi eylemlerini işlediği."

29. Başvurucu Aligül Alkaya'nın, başvurucu Hatice Duman ile birlikte örgüt evi olarak kullandığı tespit edilen ikametinde yapılan aramada ele geçirilen malzemeler konusunda Mahkeme gerekçesinde yer alan bazı tespitler ise şöyledir (gerekçeli karar 71 vd.):

"Ele geçirilen silahların İstanbul Kriminal Polis Laboratuarınca yapılan balistik incelemeleri sonucu düzenlenen 10/4/2003 tarihli ekspertiz raporuna göre; .TARIG marka yarı otomatik tabancanın;

30/10/1998 günü .meydana gelen ve A. Y.'ye ait şahsa ait olan markette silah tehdidi ile para istemek ve ateş etmek olayında,

27/11/1998 günü .markette silahlı saldırı neticesi A. Y.'nin öldürülmesi eleminde,

1/8/2000 günü .yerde bulunan iş yeri kepenklerine "HÜCRELER ÖLÜMDÜR MLKP" ibareli pankart asılması ve olay yerine intikal eden 79 222 kod nolu polis ekip otosuna ateş edilmesi olayında,

10/12/2000 günü saat 02.45 sıralarında maskeli ve silahlı şahısların Piyalepaşa Mahallesi Avcılar Sokak ile Nükhet Sokak üzerinde duvarlara yazılar yazdığı ihbarı alınması üzerine belirtilen adrese giderek olaya müdahale eden güvenlik kuvvetleri ile çıkan silahlı çatışmada Ö. T.'nin ölü, Fatih Buğrul sahte kimlikli Ş. C. ve Ş. Y. isimli şahısların yaralı ele geçirilmesi olayında,

22/7/2001 günü ...korsan gösteri yapılması, meskun mahalde ateş edilmesi, molotof kokteyl atılması ve yasadışı MLKP örgütüne ait pankart asılması olayında,

16/10/2001 günü ...E. Bilardo salonu içersinde S. Ç.'nin kafasına silahla ateş edilerek öldürülmesi olayında,

Çin yapısı Kalashnikov marka seyyar dipçikli otomatik tüfeğin;

8/4/2001 günü .şubemize bağlı 40-254 kod nolu zırhlı resmi Shortland Rover otosuna ateş edilmesi olayında,

10/4/2001 günü ...Üsküdar İlçe Emniyet Müdürlüğüne bağlı 97 160 kod nolu ekip otosuna silahlı ve bombalı saldırıda bulunulması sonucu olay yerinden geçmekte olan A. Ö. isimli öğretmenin yaralanarak öldürülmesi ve saldırganların aynı yerde bulunan 34 .plaka sayılı otoyu gasp ederek kaçmaları olayında,

Smith Wesson marka 6'h toplu tabancanın;

8/4/2001 günü .şubemize bağlı 40-254 kod nolu zırhlı resmi Shortland Rover otosuna ateş edilmesi olayında,

10/4/2001 günü .Üsküdar İlçe Emniyet Müdürlüğüne bağlı 97 160 kod nolu ekip otosuna silahlı ve bombalı saldırıda bulunulması sonucu olay yerinden geçmekte olan A. Ö. isimli öğretmenin yaralanarak öldürülmesi ve saldırganların aynı yerde bulunan 34 ...plaka sayılı otoyu gasp ederek kaçmaları olayında kullanıldıkları tespit edilmiştir.

Ayrıca BKF 2929-470 seri numaralı 357 kalibre Magnum tipi fişek atar A.B.D. yapısı Smith Weşson marka 19-6 model 6'lı toplu tabanca ile A01-00228 numaralı 9 mm çaplı Parabellum tipi fişek atar yerli yapım Sarsılmaz marka Kılınç 2000 model yarı otomatik tabancanın, 17/3/2003 günü saat 08.30 sıralarında Maltepe ilçesi Cevizli Mahallesi Eczacıbaşı Caddesi Atilla Sokak No: 7 sayılı yer önünde A. Dövizcilik ve Kuyumculuğun sahibi A. K. ile H. K.'den gasp edilen silahlar oldukları anlaşılmıştır.

Sanık Aligül Alkaya'nın üzerinde çıkan Halil Özdemir adına tanzim edilmiş nüfus cüzdanının alınan ekspertiz raporu içeriğine göre tamamen sahte olarak hazırlandığı tespit edilmiştir.

Sanık Hatice Duman'ın yakalanmış olduğu örgüt evinden elde edilen ve İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğüne gönderilen Sanık Aligül Alkaya'nın fotoğrafı yapışık olan Yalçın Palamut adına düzenlenmiş V-03/527980 seri numaralı nüfus cüzdandaki halen mevcut fotoğrafın daha önce aynı yerdeki fotoğrafın sökülmesinden sonra yapıştırılmış olduğu,

Sanık Hatice Duman isimli örgüt mensubunun üzerinden elde edilen ve üzerinde bu şahsın fotoğrafının yapışık olduğu Perihan Özdemir adına düzenlenmiş S-06/000499 seri numaralı nüfus cüzdanındaki mevcut fotoğrafın daha önce aynı yerdeki fotoğrafın sökülmesinden sonra yapıştırılmış olduğu,

Boş vaziyetteki .seri numaralı nüfus cüzdanlarının hakiki oldukları, 'T.C.İLÇESİ NÜFUS MÜDÜRLÜĞÜ" ibareli dişili-erkekli bir adet soğuk mührün sahte nüfus cüzdanı düzenlemek amacıyla kullanıldığı, (4) adet PVC kaplamanın ise sahte nüfus cüzdanı kaplamaya elverişli malzemelerden olduğu ve İstanbul Kriminal Polis Laborotuvarı Müdürlüğünün 11.04.2003 gün BLG : 2003/1737 sayılı ekspertiz raporundan anlaşılmıştır.

Sanık Hatice Duman'ın hücre evi olarak kullandığı değerlendirilen ikamette yapılan incelemede,

Söz konusu evde, görevlilerce alınan bira şişesi üzerindeki parmak izinin Hatice Duman'ın sağ el yüzük parmak izi ile aynı olduğu,

Mutfak masası üzerindeki kül tablasında bulunan parmak izinin Hatice Duman'ın sağ el baş parmak izi ile aynı olduğu.

Söz konusu hücre evinin televizyon odası kapısının dış yüzeyi kapı kolu üst kısmı üzerinden tespit edilen parmak izinin Sanık Aligül Alkaya'nın sağ el orta parmak izi ile aynı olduğu,

Aynı evden alınan ASTUCA yazılı parfüm şişesi üzerinden tespit edilen parmak izi ile Sanık Aligül Alkaya'nın sağ el baş parmak izinin aynı olduğu,

Hücre evinden elde edilen Aselsan marka el telsizi içerisindeki pil üzerinden tespit edilen parmak iziyle yasadışı MLKP terör örgütüne yönelik olarak 8/1/1999 günü başlatılan operasyonlarda yakalanarak hakkında tanzim edilen tahkikat evrakı ile birlikte sevk edildiği ilimiz DMG.C.Başsavcılığının 15/1/1999 gün ve Hz: 1999/88, Sorgu: 1999/11 sayısına kayden tutuklanarak cezaevine konulan, .doğumlu M. T.'nin sol el baş parmak izinin aynı olduğu İstanbul Emniyet Müdürlüğü Olay Yeri İnceleme ve Kimlik Tespit Şube Müdürlüğünün 11/472003 gün ve B.05.1.EGM.4.34.00.21/02/245 sayılı inceleme raporundan anlaşılmıştır.

Söz konusu evde yapılan aramada ele geçirilen (1) adet 34 .sayılı plakanın 1996 model Kartal SLX tipi metalik bordo renkli hususu otoya ait olduğu, aracın 21/8/2002 günü Beşiktaş bölgesinden çalındığı ve 12/3/2003 tarihinde de bulunduğu Bağcılar İlçe Emniyet Müdürlüğünün 11/4/2003 tarihli yazılarından anlaşılmıştır.

Yine hücre evi olarak değerlendirilen mekanda ele geçirilen bir kısım yazılı dokümanın da daha önce toplatma kararı verilen basılı evrak olduğu belirlenmiştir."

30. Başvurucu tarafından 6/5/2011 tarihli süre tutum ve sonradan verilen gerekçeli temyiz dilekçeleri ile mahkûmiyet kararının temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin duruşmalı olarak yaptığı inceleme sonucunda 25/9/2012 tarihli ve E.2012/4794, K.2012/10066 sayılı ilamla öncelikle başvurucunun hâkimin reddi talebinin geri çevrilmesine yönelik itirazın reddine dair merci kararının hükümden sonra verilmiş olması ve Mahkemece bu itiraz sonucu beklenmeden davanın sonlandırılmış olması durumu ön sorun olarak incelenerek denetim yapılmıştır. Anılan Dairece yapılan incelemede, *"sanık Aligül Alkaya müdafiinin hâkimin reddi taleplerine ilişkin ileri sürdüğü nedenlerin tüm dosya kapsamına göre yerinde olmadığı anlaşıldığından ret isteminin geri çevrilmesine ilişkin itirazın reddine; reddi hâkim talebine ilişkin yasal sürecin işleyiş biçimine bağlı olarak ileri sürülen savunma hakkının kısıtlandığına yönelik iddialar, reddi hâkim talebinin ileri sürüldüğü tarih, bu tarihte kovuşturmanın geldiği aşama, tüm savunmalar ve reddi hâkim talebinin geri çevrilmesine yönelik itirazın reddedilmiş olması karşısında yerinde görülmemiştir."* denilerek toplanan deliller karşısında başvurucunun diğer temyiz nedenleri yerinde görülmeyerek usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına karar verilmiştir.

31. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin başvurucunun müdafiinin yokluğunda verdiği onama kararı başvurucu tarafından 11/1/2013 tarihinde öğrenilmiştir.

32. Ayrıca başvurucunun psikolojik baskı gördüğü yönündeki şikâyeti de dikkate alınarak 9/4/2003 tarihinde yapılan muayenesinde *"1 gün iş ve güç kaybı oluşturacak biçimde sağ el bileğinde ve sol el baş parmak üstünde sıyrık ve sol uyluk orta ön kısmında 1 cm.lik eski lezyon"* tespit edilmiş, başvurucunun*"sorulara rahat yanıt verdiği, herhangi bir psikolojik araz belirtisi bulunmadığı"* saptanmıştır. Yine cezaevine alınmadan önce 13/4/2003 tarihinde yapılan ve dört günlük açlık grevi sırasında ilaç verilerek şuurunun zayıflatıldığı ve darp edildiği şeklindeki iddiaları da gözetilerek yapılan muayenede *"sağ göz altında ekimoz, sağ el bileğinde kabuklu yara"* tespit edilmiştir.

33. Başvurucu, kolluğun yakalama sırasında kendisini darp ettiğini ve gözaltı sırasında ise psikolojik baskı uygulayarak kötü muamelede bulunduğunu iddia etmesi üzerine Fatih Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz.2003/16662 sayılı dosya üzerinden soruşturma başlatılmış olup beş polis memuru hakkında 20/2/2004 tarihinde Fatih 1. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. Mahkemenin 26/7/2007 tarihinde beraat kararı vermesi üzerine, başvurucu tarafından temyiz kanun yoluna gidilmiş ve Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 18/3/2010 tarihli ve E.2010/4605 sayılı ilamıyla *"suçun son kesme nedeninin oluştuğu tarihe göre temyiz süreci içinde dava zamanaşımının gerçekleştiği anlaşıldığından, katılan Aligül Alkaya vekilinin temyiz nedenleri yerinde bulunmakla sanık yararına olduğu anlaşılan 765 sayılı Kanun'un 102/4. maddesi uyarınca kamu davasının düşürülmesine"* karar verilmiştir.

34. Öte yandan Bakanlık görüşünde şu ilave bilgilere yer verilmiştir:

i. Başvurucu, yargılandığı davaya ilişkin olarak 26/7/2012 tarihinde *"makul süreyi aşan yargılama sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS/ Sözleşme) 6/1'inci maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği"* gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM - B. No: 54693/12) başvurmuştur.

ii. Başvurucu, 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun"* gereğince AİHM önündeki başvuru ile ilgili Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığına başvurmuştur.

iii. Komisyon, başvurucu hakkındaki kararın Yargıtay tarafından onandığı tarihe kadar olan yargılama süresini hesap ederek *"makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine, başvurucuya 6.000,00 TL tazminat ödenmesine ve dilekçedeki diğer iddialar hakkında yetkisizlik nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına"* karar vermiştir.

iv. Komisyonun kararı başvurucu vekiline 13/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup itiraz edilmediğinden 31/12/2012 tarihinde kesinleşmiştir.

3. Başvurucu Hatice Duman ile İlgili Yürütülen İşlemler

35. Başvurucu, dosyadaki yakalama tutanağına göre 9/4/2003 tarihinde, başvurucu Aligül Alkaya ile birlikte kullanmış olduğu ikamette P. Ö. sahte kimliği ile yakalanmış, aynı evde birçok silah ve başka suç eşyasına da el konulmuştur (bkz. § 13).

36. Müdafii olmadan 12/4/2003 tarihinde alınan kolluk ifade tutanağında başvurucunun *"açlık grevi yaptığı, susma hakkını kullandığı, ifadesini Cumhuriyet Savcılığında vereceği"* belirtilmiştir. Anılan tutanak başvurucu tarafından imzalanmamıştır. 13/4/2003 tarihli kolluk tutanağına göre de başvurucu gözaltında iken açlık grevine başlamıştır.

37. Başvurucu, avukatı olmaksızın 13/4/2003 tarihinde çıkarılmış olduğu Savcının huzurunda da susma hakkını kullanacağını belirterek ifade vermekten ve imza atmaktan imtina etmiştir.

38. Başvurucu, bir kısım şüpheliler ile aynı tarihte çıkarılmış olduğu sorgu hâkimliğinde ise müdafii eşliğinde *"Ben üzerime atılı suçları kabul etmiyorum, benim herhangi bir şekilde örgütsel bağım yoktur. Ayrıca Aligül Alkaya isimli sanığı da tanımıyorum. Ben iddia edildiği gibi Aligül Alkaya'nın evinde yakalanmadım, beni sokakta yakaladılar. Benim hakkımda neden bu şekilde suç isnadında bulunduk-*

larını da bilemiyorum, suçların hiçbirini kabul etmiyorum, ben herhangi bir eyleme katılmadım." şeklinde savunmada bulunmuştur. Dosyadaki kanıt durumu ve suçun niteliği göz önüne alınarak başvurucunun tutuklanmasına karar verilmiştir.

39. Başvurucu, müdafii eşliğinde Mahkemede verdiği savunmalarında ise olaylarla ilgisi olmadığını belirtmiştir.

40. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz.2003/822 sayılı dosya üzerinden yürütülen soruşturma sonucunda, 23/7/2003 tarihli ve E.2003/834 sayılı iddianame ile üç eylemde sorumluluğu ve örgüt üyeliği tespit edilen başvurucu ile sekiz şüpheli hakkında 765 sayılı Kanun'un 146/1. maddesi uyarınca cezalandırılmaları istemiyle İstanbul 4 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinde kamu davası açılmış olup dava, anılan Mahkemenin E.2003/213 sayılı dosyasına kaydedilmiştir.

41. Başvurucu hakkındaki yargılama, İstanbul 4 No.lu DGM'de 28/7/2003 tarihinde, iddianamenin de tebliğini içeren tensip tutanağının düzenlenmesiyle başlamıştır. İlk duruşma 3/10/2003 tarihinde yapılmış olup hükmün kurulduğu 4/5/2011 tarihine kadar toplam on yedi celse açılmıştır. Başvurucu bu kovuşturma süreci boyunca avukat yardımından yararlandırılmıştır. Başvurucu ilk oturumda "suçlamaları kabul etmediğini, diğer sanıkları tanımadığını, avukatı ile görüşüp detaylı savunmada bulunacağını, bu nedenle süre talep ettiğini" belirtmiş ve istenilen süre tanınmıştır.

42. Anılan Mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda, 4/5/2011 tarihli ve E.2003/213, K.2011/84 sayılı karar ile MLKP adlı terör örgütü mensubu olarak anayasal düzeni zor yoluyla ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek suçu kapsamında bir kısım eylemden sorumluluğu tespit edilen başvurucunun 765 sayılı Kanun'un 146/1 ve 59/1. maddeleri uyarınca müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir.

43. İlk Derece Mahkemesinin, başvurucuya isnat edilen eylemlerin sübutu konusundaki gerekçeli değerlendirmesi şöyledir:

"İlk olarak 1992 tarihinde Gaziantep Emniyet Müdürlüğünce gözaltına alındığı ve salıverildiği, 1992 tarihinden yakalandığı tarihe kadar MLKP terör örgütü adına faaliyette bulunduğu, yakalandığı tarihte Aligül Alkaya ile birlikte kaldığı hücre evinden değişik çapta silahların ele geçirildiği, Perihan Özdemir adına düzenlenmiş sahte kimlik ile yakalandığı, Meral kod adını kullandığı, sanığın yakalandığı hücre evinde bira şişesi üzerinde sağ el yüzük parmağının izi ile yine mutfak masası üzerinde bulunan kül tablası üzerinde parmak izinin bulunduğu, oda kapısında Aligül Alkaya'nın parmak izinin bulunduğu, aynı evde bulunan parfüm şişesi üzerinde

Aligül Alkaya'nın parmak izinin bulunduğu, sanığın yukarıda sabit kabul edilen ve ayrıntısı belirtilen;

31/7/2001 günü Kadıköy ilçesi Kızıltoprak mahallesi, Kalamış Marina dış tel örgü kenarına patlayıcı madde koymak,

24/1/2003 günü Eyüp ilçesi Rami Kuru Gıda Toptancılar Sitesinde bulunan Akbank Topçular Şube Müdürlüğünün silahla yağma edilmesi,

17/3/2003 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 kısımı bozmaya veya kaldırmaya cebren teşebbüs etme suçunun sübuta erdiği kabul edilmiştir."

44. Başvurucu tarafından mahkûmiyet kararının temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin duruşmalı olarak yaptığı inceleme sonucunda 25/9/2012 tarihli ve E.2012/4794, K.2012/10066 sayılı ilamıyla hükmün onanmasına karar verilmiştir. Bu karar başvurucu tarafından 11/1/2013 tarihinde öğrenilmiştir.

45. Öte yandan Bakanlık görüşünde, başvurucu ile ilgili şu ilave bilgilere yer verilmiştir:

i. Başvurucu, yargılandığı davaya ilişkin olarak 19/7/2012 tarihinde makul süreyi aşan yargılama sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e (B. No: 50441/12) başvurmuştur.

ii. Başvurucu, 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun gereğince AİHM önündeki başvuru ile ilgili olarak Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığına başvurmuştur.

iii. Komisyon, başvurucunun *"makul sürede yargılanma hakkının"* ihlal edildiğine, başvurucuya 6.000 TL tazminat ödenmesine ve dilekçedeki diğer iddialar hakkında yetkisizlik nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

iv. Başvurucu hakkındaki Komisyon kararı, başvurucu vekiline 13/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup itiraz edilmediğinden 31/12/2012 tarihinde kesinleşmiştir.

46. Öte yandan başvurucu, aynı olay kapsamında uzun tutukluluk ve devam eden tutukluluğun hukuka aykırılığına itiraz edilebilecek etkili bir başvuru yolu bulunmaması iddiası ile ilgili olarak AİHM'e başvuruda bulunmuş; AİHM'in 22/5/2012 (B. No: 43918/08) tarihli kararı ile anılan şikâyetler yönünden Sözleşme'nin 5/3 ve 5/4. maddesinin ihlaline karar verilmiştir.

4. Başvurucu Ahmet Doğan ile İlgili Yürütülen İşlemler

47. Başvurucu, iki ayrı soruşturma kapsamında aranmakta iken 12/3/2004 tarihinde İzmir ili Konak Çınarlı Polis Karakolu yakınında meydana gelen bir patlama olayından sonra olay mahallinden uzaklaşmaya çalıştığı sırada kolluk görevlilerince yapılan takip neticesinde yakalanmıştır. Başvurucu, aynı tarihli yakalama tutanağı içeriğine göre polislere direnmiş ve saldırmış, ayrıca üzerinde A. S. adına düzenlenmiş sahte kimlik ele geçirilmiştir.

48. Başvurucu, müdafii eşliğinde verdiği 16/3/2004 tarihli kolluk, Cumhuriyet Savcılığı ve sorgu ifadelerinde susma hakkını kullanmıştır.

49. Anılan suçlar nedeniyle başvurucu hakkında İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, 6/5/2004 tarihli ve Hz.2003/1583, E.2004/525 sayılı iddianame ile adam öldürme, silahlı saldırı, pankart asma ve patlayıcı atma gibi dokuz kadar eylemden dolayı 765 sayılı Kanun'un 146/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle İstanbul 4 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesine kamu davası açılmış olup dava, anılan Mahkemenin E.2004/164 sayılı dosyasına kaydedilmiştir. Bu dosya, 13/10/2004 tarihinde aynı Mahkemenin E.2003/213 sayılı dosyası ile birleştirilmiştir.

50. Başvurucu hakkındaki ilk duruşma, tensip tutanağının düzenlenmesinden sonra, 11/8/2004 tarihinde yapılmıştır.

51. Başvurucu 26/7/2006 tarihli oturumda özetle *"Ben MLKP'nin üyesiyim ve askeriyim. Eylemlere katıldığım .Aligül Alkaya ve B. M.'nin beyanlarına dayandırılmıştır. Ayrıca İzmir'deki Çınarlı Karakolunun bombalanması olayı ile de bağlantı kurulmaya çalışılmaktadır. Delil elde edilmemiştir."* şeklinde savunmada bulunmuştur.

52. Başvurucunun, müdafii ile birlikte 4/5/2011 tarihinde yapmış olduğu Mahkemedeki savunması şöyledir:

"Sanık Ahmet Doğan'ın 4/5/2011 tarihinde mahkememizdeki ifadesinde; savunmamı yazılı olarak hazırladım. Okumak istiyorum dedi. Sanık 11 sayfadan ibaret olan yazılı savunmasını saat 14:10 itibariyle okumaya başladı 14:50'de son buldu. Beyanlarında özetle devrimci olduğunu, sosyalist olduğunu, MLKP'li olduğunu, bu nedenle yargılandığını, ancak isnat edilen eylemleri kabul etmediğini. Aligül Alkaya'nın ve

.ayrıca İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinde yargılanan B. M.'nin beyanlarına dayalı olarak suçlandığını. MLKP'li olmaktan başka isnat edilen hiçbir suçu işlemedim."

53. Anılan Mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda, 4/5/2011 tarihli ve E.2003/213, K.2011/84 sayılı karar ile MLKP adlı terör örgütü mensubu olarak Anayasal düzeni zor yoluyla ortadan kaldırmaya teşebbüs etmek suçu kapsamında bir kısım eylemden sorumluluğu tespit edilen başvurucunun 765 sayılı Kanun'un 146/1 ve 59/1. maddeleri uyarınca müebbet hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir.

54. İlk Derece Mahkemesinin, başvurucuya isnat edilen eylemlerin sübutu konusundaki değerlendirmesi şöyledir:

"Sanık Aligül Alkaya'nın beyan ve teşhisleri, B. M. isimli örgüt mensubunun teşhis ve beyanları, yine Aligül Alkaya'nın fotoğraflı teşhis tutanağı, sanığın örgüt içerisinde Tufan kod adını kullandığı, 12/3/2004 tarihinde İzmir Konak ilçesi Çınarlı Polis Karakolu Binasının yan tarafına basınç etkili el yapımı bomba konularak patlatılması eyleminden sonra şüphe üzerine yapılan kimlik kontrolünde Adem Saykal adına düzenlenmiş sahte kimlik ile yakalandığı, sanığın 12/3/2004 günü İzmir Konak ilçesi Polis Karakolu binasının duvarına el yapımı bomba konulması eylemini, dosyada mevcut cerahim evrakı, 13/3/2004 tarihli olay yeri inceleme tutanağı ve krokisi, mahkememizin birleşen 2004/164 esas sayılı dava dosyası içerisinde bulunan tüm evrak kapsamından anlaşılmış ve kabul edilmiştir.

Sanığın ayrıca dosyamız kapsamında yargılaması yapılan ve yukarıda sübuta ilişkin ayrıntıları belirtilen;

8/4/2001 tarihinde polise ait zırhlı aracın taranması,

10/4/2001 tarihinde Üsküdar İlçe Emniyet Müdürlüğüne ait ekip otomobiline bombalı ve silahlı saldırı, maktul A. Ö.'nün ateşli silahla öldürülmesi ve Ş. G.'ye ait 34. plakalı aracın gasp edilmesi,

22/7/2001 günü Maltepe İlçesi Gülensu Mahallesi, ateş edilmesi ve molotof kokteyl atılması eylemi,

16/10/2001 tarihinde E. Bilardo salonunda S. Ç.'nin kafasına silahla sıkılmak suretiyle öldürülmesi eylemi,

25/7/2001 tarihinde Pendik İş Bankası, Kartal Garanti Bankası ve Pendik Finansbank şubelerine bomba konulması eylemlerine katıldığı tüm dosya kapsamından anlaşılmış ve kabul edilmiştir.

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 kısımı bozmaya veya kaldırmaya cebren teşebbüs etme suçunun sübuta erdiği kabul edilmiştir."

55. Başvurucu tarafından mahkûmiyet kararının temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin duruşmalı olarak yaptığı inceleme sonucunda 25/9/2012 tarihli ve E.2012/4794, K.2012/10066 sayılı ilamı ile hükmün onanmasına karar verilmiştir. Bu karar başvurucu tarafından 11/1/2013 tarihinde öğrenilmiştir.

56. Öte yandan Bakanlık görüşünde de başvurucu ile ilgili şu ilave bilgilere yer verilmiştir:

i. Başvurucu, yargılandığı davaya ilişkin olarak 4/9/2012 tarihinde *"makul süreyi aşan yargılama sebebiyle AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği"* gerekçesiyle AİHM'e (B. No: 73347/12) başvurmuştur.

ii. Başvurucu, 6384 sayılı *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun"* gereğince AİHM önündeki başvuru ile ilgili Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığına başvurmuştur.

iii. Komisyon, başvurucunun *"makul sürede yargılanma hakkının"* ihlal edildiğine, başvurucuya 6.000 TL tazminat ödenmesine ve dilekçedeki diğer iddialar hakkında yetkisizlik nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

5. Başvurucu Hasan Özcan ile İlgili Yürütülen İşlemler

57. Başvurucu, 16/11/2005 tarihinde yakalanmıştır. Aynı tarihli yakalama tutanağı içeriğine göre başvurucu direnmiş ve O.G. adına düzenlenmiş sahte kimlikle yakalanmıştır.

58. Başvurucu, 19/11/2005 tarihinde müdafii eşliğinde kollukta susma hakkını kullanmış, Cumhuriyet Savcılığı ve sorguda müdafii eşliğinde vermiş olduğu ifadesinde ise kollukta kötü muamele görmediğini belirterek suçlamaları reddetmiştir.

59. Başvurucu hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı (CMK 250. madde ile görevli) tarafından düzenlenen 18/1/2007 tarihli iddianame ile başvurucunun tespit edilen eylemlerinden dolayı 765 sayılı Kanun'un 146/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmış olup dava anılan Mahkemenin E.2003/213 sayılı numarası ile birleştirilmiştir.

60. Başvurucunun, müdafii eşliğinde 21/3/2007 tarihinde Mahkemede yapmış olduğu savunması şöyledir:

"İddianamedeki suçlamaları tek tek okudum. Bunların hiçbirini kabul etmiyorum. Öncelikle ben muhalif bir insan olduğum için polis tarafından yıllardır devamlı takip edilmiş, baskınlar düzenlenmiş ve üzerime işkenceler yapılmış olup, ben ve eşim hakkında. defalarca işlemler yapılmıştır. Ben daha önce bir kez daha gözaltına alınmıştım. Hiçbir örgütle ilişkim yoktur. devamla, ben devamlı olarak polis tarafından rahatsız edildiğim için ve basında da devamlı işkencelerle ilgili okuduğum hususları gözeterek eniştem Orhan G.'nin kimliğini alıp, kendi fotoğrafımı koymak suretiyle bu kimliği sahte olarak kullanıyordum, ancak sadece üzerimde taşıyordum, fakat hiçbir yerde de kullanmadım, ayrıca üzerimde bir öğrenci pasosu U. A. adına düzenlenmiş akbil kartı vardı, bunu bulmuştum, Karaköy merkezi olduğu için oraya getirip teslim edecektim, yanımda bulunmasının sebebi de budur, başka anlamı yoktur, ancak bu sahte değildir."

61. Anılan Mahkemenin 4/5/2011 tarihli ve E.2003/213, K.2011/84 sayılı kararında başvurucu ile ilgili olarak kurulan hüküm şöyledir:

"Sanık. Hasan Özcan'ın . 765 sayılı TCK'nın 146/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemi ile kamu davası açılmış ise de; sanığın yasadışı MLKP örgütünün emir ve kumandaya haiz üyesi olduğu konusunda tam bir kanaat oluşmuş ise de; dosya kapsamında işlenen eylemlerle doğrudan bağlantısı ve iştiraki tespit edilemediği anlaşıldığından sanığın eyleminin 765 sayılı TCK'nın 168/1. maddesi kapsamında kaldığı, .yasadışı MLKP örgütünün emir ve kumandaya haiz üyesi olduğu sabit görülmekle eylemine uyan 765 sayılı TCK'nın 168/1 maddesi. Sanığın eylemlerinin terör suçu niteliğinde bulunduğu anlaşıldığından 3713 sayılı Yasanın 5. maddesi. Duruşmalardaki iyi halleri lehine takdir edilerek TCK'nın 59/2 maddesi gereğince .18 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına."

62. İlk Derece Mahkemesinin, başvurucuya isnat edilen eylemlerin sübutu konusundaki gerekçeli değerlendirmesi şöyledir:

"Sanığın Bursa Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesinden 28/11/1991 tarihinde mezun olduğu, sanık hakkında daha önce İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinde yasadışı MLKP terör örgütü üyesi olmaktan 1997/137 esasla kamu davası açıldığı, sanığın eniştesi Orhan G. adına düzenlenmiş kimlik kullandığı, örgüt içinde Şapkalı-Cem-Cemal kod isimlerini kullandığı, H. A'nın ek klasör (d:9-16)'daki beyanı, S. G.'nin (d:6-8)'deki beyanı, S. Y.'nin beyan ve teşhisi, A. G.'nin beyan ve teşhisi (dizi:17-21) dikkate alındığında sanığın MLKP silahlı terör örgütünün merkez komite üyesi olduğu, örgüt içinde Anadolu Yakası sorumlusu olarak faaliyet yürüttüğü, S. Y.'nin beyan içeriği dikkate alındığından işbirlikçi olduğu iddiasıyla S. Y.'nin bu sanık tarafından sorgulandığı tüm dosya kapsamından anlaşılmış ve kabul edilmiştir.

S. Y.'nin Aligül Alkaya tarafından sanık Hasan Özcan'ın talimatıyla örgüte ihanet ettiği gerekçesiyle öldürülmesi talimatının verildiği, S. Y.'nin İstanbul Bağcılar

civarında bir yere götürülerek Aligül Alkaya tarafından ateş edildiği, öldüğü zannedilerek terk edildiği, daha sonra S. Y.'nin teslim olup olayı anlattığı tüm dosya kapsamından anlaşılmakta ise de;

İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2001/384 Esas sayısı üzerinden yapılan yargılama sonunda örgüt üyeliğinden beraate ilişkin karar, S. Y.'nin daha sonra ifade değiştirerek yaralanmanın kız meselesi nedeniyle yapıldığına ilişkin beyanı üzerine İstanbul C.Başsavcılığının bu eylem nedeniyle görevsizlik kararı verdiği hususu dikkate alındığında;

Esasen S. Y.'nin örgüt mensuplarınca özellikle sanık Hasan Özcan tarafından sorgulandığı konusunda gerek S. Y.'nin dosya kapsamıyla uyuşan beyanı gerekse yukarıda ayrıntısı anlatılan 16/10/2001 tarihinde E. Bilardo salonunda Suat. Ç. isimli maktulün Suat. Y. zannedilerek örgüt mensuplarınca öldürüldüğü dikkate alındığında tam bir kanaat oluşmuştur. Ancak İstanbul C.Başsavcılığının S. Y.'nin yaralanması ile ilgili görevsizlik kararı vererek İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin S. Y. hakkındaki beraat ve görevsizlik kararları dikkate alındığında sanık Hasan Özcan'ın Suat Y.'nin Bağcılar'da silahla vurulması eylemiyle ve Suat Ç.'nin Suat Y. zannedilerek öldürülmesi eylemiyle doğrudan bağ kurulamamıştır. En azından yukarıda bahsedilen yargısal kararlar dikkate alındığında bu hususta çelişki ve şüphe oluşmuştur.

Ancak daha önce yargılanan örgüt mensubu H. A.'nın beyanı, bu beyanı doğrulayacak şekilde Hasan Özcan tarafından teslim edildiği beyan edilen 2 adet anti-tank Law roketinin yakalanması, S. G. ve A. G.'nin 9 örgüt mensubu ve Hasan Özcan'ın katılımıyla delege seçimi yapıldığına ilişkin beyanı, yine A. G.'nin beyanına göre Hasan Özcan'ın merkez komite üyesi olabileceğine ilişkin beyanları ve tüm dosya kapsamı dikkate alındığında sanık Hasan Özcan'ın yasadışı MLKP terör örgütünün emir ve kumandaya haiz yöneticisi konumunda olduğu konusunda tam bir kanaat hasıl olmuştur.

Her ne kadar sanığın MLKP terör örgütü adına Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının tamamını veya bir kısmını bozmaya veya kaldırmaya cebren teşebbüs etme suçundan cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de sanığın dosya kapsamında işlendiği kabul edilen eylemlere doğrudan katıldığı yönünde tam bir kanaat hasıl olmadığı gibi Suat Ç.'nin Suat Y. zannedilerek öldürülmesi eyleminin talimatını verdiği konusunda tam bir kanaat oluşmadığı, yine Suat Y.'nin Bağcılar civarında silahla vurularak öldüğü zannedilerek bırakılmasına ilişkin eylemde de daha sonra verilen görevsizlik kararı nedeniyle çelişki ve şüphe oluştuğundan sanığın eyleminin silahlı örgütün amir ve kumandaya haiz yönetici konumunda olduğu kabul edilerek dosya kapsamında işlenen eylemlerle doğrudan bağlantısı ve iştiraki tespit edilemediği anlaşıldığından sanığın eyleminin 765 sayılı TCK'nın 168/1. maddesi kapsamında kaldığı. kanaatine varılmıştır."

63. Başvurucu tarafından mahkûmiyet kararının temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin duruşmalı olarak yaptığı inceleme sonucunda 25/9/2012 tarihli ve E.2012/4794, K.2012/10066 sayılı ilamı ile hükmün onanmasına karar verilmiştir. Bu karar başvurucu tarafından 11/1/2013 tarihinde öğrenilmiştir.

64. Öte yandan Bakanlık görüşünde, başvurucu ile ilgili şu ilave bilgilere yer verilmiştir:

i. Başvurucu, yargılandığı davaya ilişkin olarak 5/9/2012 tarihinde *"makul süreyi aşan yargılama sebebiyle AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiği"* gerekçesiyle AİHM'e (B. No: 81603/12) başvurmuştur.

ii. Başvurucu, 6384 sayılı *"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun"* gereğince AİHM önündeki başvuru ile ilgili Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığına başvurmuştur.

iii. Komisyon, başvurucunun *"makul sürede yargılanma hakkının"* ihlal edildiğine, başvurucuya 5.250 TL tazminat ödenmesine ve dilekçedeki diğer iddialar hakkında yetkisizlik nedeniyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

iv. Başvurucu hakkındaki Komisyon kararı vekiline 13/12/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup itiraz edilmediğinden 31/12/2012 tarihinde kesinleşmiştir.

65. Başvurucular, 17/1/2013 tarihli dilekçeleri ile süresi içinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

B. İlgili Hukuk

66. 765 sayılı mülga Kanun'un 146. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Türkiye Cumhuriyeti Teşkilatı Esasiye Kanununun tamamını veya bir kısmını tağyir ve tebdil veya ilgaya ve bu kanun ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini iskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkum olur."

67. 3713 sayılı Kanun'un *"Cezaların arttırılması"* kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"(Değişik: 29/6/2006-5532/4 md.) 3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlîpara cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı

aşılabilir. 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."

68. 5271 sayılı Kanun'un "*İfade ve sorgunun tarzı*" kenar başlıklı 147. maddesi şöyledir:

"(1) Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur:

...

c) Müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafiin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceği, kendisine bildirilir. Müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirilir."

69. 5271 sayılı Kanun'un "*Müdafiin görevlendirilmesi*" kenar başlıklı 150. maddesi şöyledir:

"(1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

70. 4/4/1929 tarihli ve 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138. maddesi şöyledir:

"Yakalanan kişi veya sanık müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse talebi halinde baro tarafından kendisine bir müdafi tayin edilir. Yakalanan kişi veya sanık onsekiz yaşını bitirmemiş yahut sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olur ve bir müdafi'de bulunmazsa talebi aranmaksızın kendisine müdafi tayin edilir."

71. 18/11/1992 tarihli ve 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrası 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."

72. 16/6/1983 tarihli ve 2845 sayılı mülga Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Yakalama ve tutuklama"* kenar başlıklı 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.

Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde yakalanan veya tutuklanan kişiler hakkında ikinci fıkrada dört gün olarak belirlenen süre, Cumhuriyet savcısının talebi ve hakim kararıyla yedi güne kadar uzatılabilir. Hakim, karar vermeden önce yakalanan veya tutuklanan kişiyi dinler.

Tutuklu bulunan sanık, müdafii ile her zaman görüşebilir. Hakim tarafından gözaltı süresinin uzatılmasına karar verildikten sonra gözaltında bulunan kişi hakkında da aynı hüküm uygulanır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

73. Mahkemenin 27/10/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuruculaların 17/1/2013 tarihli ve 2013/1138 numaralı bireysel başvuruları incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruculaların İddiaları

74. Başvuruculardan Aligül Alkaya,

i. Gözaltında tutulduğu sırada maddi ve manevi baskı ve işkenceye uğradığını, iradesini zayıflatıcı ilaçlar verildiğini, ölümle tehdit edildiğini, ailesine ve gözaltına alınan eşi Hatice Duman'a zarar verileceği yönünde tehditlerde bulunulduğunu,

ii. Emniyet, Savcılık ve sorgu ifadelerinde talep etmiş olmasına rağmen bir avukatın hukuki yardımından yararlandırılmadığını,

iii. Gözaltında iken kendisine yapılan kötü muamele sonucunda suçlamaları kabul etmek zorunda kaldığını, hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilen polis ifadesinin hükme dayanak yapıldığını,

iv. Yargılama sırasında, iddia makamının talepleri derhâl kabul edilirken kendisinin ve avukatının savunmaya ilişkinin taleplerinin ısrarla reddedildiğini, özellikle esası etkileyecek tanıklar İ.S., O.N.B., Y.T., H.C., M.G., M.Y., C.L., G.D. ve A.T.nin duruşmada dinlenilmesi taleplerinin hiçbir gerekçe sunulmadan geri çevrildiğini, yüzleştirme yapılmadığını, bu suretle silahların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığını,

v. Yine, 19/2/2003 tarihinde S. O.nun öldürülmesi ile ilgili olarak iddianamede ve Mahkeme kararında beyanları delil olarak kullanılan M.Z. ve R.K.nın duruşmada dinlenmediklerini,

vi. Maktul A.Ö.nün ölümüne neden olan ve vücudundan çıkarılan mermi çekirdeğine ilişkin ekspertiz raporu alınmadığını, mermi çekirdeğinin hangi silaha ait olduğunun tespiti için bilirkişi incelemesi yapılmadığını ve bu konudaki taleplerinin de reddedildiğini,

vii. Anılan olay sırasında yaralanan polis memuru S. T.nin, aynı ekipte yer alan polis memuru S. A. K. tarafından vurulduğunu, bu nedenle bu kişilerin vereceği ifadeler önemli olmasına rağmen duruşmada dinlenmediklerini,

viii. Davanın esasını etkileyecek nitelikli birçok delilin araştırılmadığını, son kararda esaslı delil olarak kullanılan birçok delilin de duruşmaya getirilmediğini, Mahkemenin eksik araştırmayla karar verdiğini, somut dava dosyasıyla birleştirilen Malatya Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) ve Adana DGM dosyalarının ayrıntılı incelenmediğini, önemli bazı delillerin toplanması ve keşif yapılması gibi taleplerinin reddedildiğini, bu nedenle çelişmeli yargılama, davanın düzgün bir şekilde incelenmesi hakkı ve yargılamaya etkili katılma hakkının zedelendiğini,

ix. Mahkeme heyetinin tarafsız olmadığını, hâkimin reddi talebinin reddine yapılan itiraz sonuçlanmadan hüküm kurulduğunu, ayrıca yargılamayı yapan Mahkemenin kuruluş ve işleyişinin de Anayasa'ya aykırı olduğunu, aynı tür uyuşmazlıkları çözen mahkemelerin aynı kurallara tabi olması gerekirken ağır cezalık fiiller arasında ağır ceza/özel ağır ceza ayrımı yapılmış olmasının yargılamanın birliği ilkesini ihlal ettiğini,

x. Mahkemenin ara kararları ve son mahkûmiyet kararı ile Yargıtayın onama kararının hukuki gerekçeden yoksun olduğunu,

xi. Hakkındaki iddianame 14/4/1994 tarihinde hazırlanmış olmasına rağmen İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin nihai kararını verdiği 4/5/2011 tarihine kadar 17 yıl, Yargıtayın onama kararına kadar da 18,5 yıldan fazla bir süre geçtiğini; yargılamanın uzun sürmesinde mahkemenin sorumluluğunun olduğunu, Mahkeme tarafından tutukluluğunun dikkate alınmadığını ve yargılamanın makul bir sürede tamamlanmadığını, yargılamanın uzun sürmesi karşısında başvurulabilecek bir hukuk yolu bulunmadığını belirterek,

xii. Başvurucular Hatice Duman, Ahmet Doğan ve Hasan Özcan da başvurucu Aligül Alkaya ile benzer hak ihlali iddialarında bulunarak hukuka aykırı elde edilmiş Aligül Alkaya'nın ifadesinin mahkûmiyete esas alındığını, delillerin yeterince araştırılıp değerlendirilmediğini, müdafi yardımından yararlandırılmadıklarını, Mahkemenin tarafsız ve bağımsız olmadığını, makul sürede yargılamanın bitirilmediğini iddia ederek,

Anayasa'nın 17/3., 36., 38. ve 141. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; yargılamanın yenilenmesini, her biri için 25.000 TL (Hasan Özcan için 50.000 TL) manevi tazminat, 3.960 TL maddi tazminat ödenmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

75. Başvuruculaların iddiaları "işkence yasağı" ve "adil yargılanma hakkı" başlıkları altında ayrı ayrı incelenmiştir.

a. Başvurucu Aligül Alkaya'nın İşkence Yasağının İhlal Edildiği İddiası

76. Başvurucu, gözaltında tutulduğu sırada maddi ve manevi baskı ve işkenceye uğradığını, iradesini zayıflatıcı ilaçlar verildiğini, ölümle tehdit edildiğini, ailesine ve gözaltına alınan eşi Hatice Duman'a zarar verileceği yönünde tehditlere maruz kaldığını, bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

77. Bakanlık görüşünde, başvurucunun işkence yasağına ilişkin şikâyetlerinin, Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun başladığı 23/9/2012 tarihinden öncesine yönelik olduğu ve bu konudaki adli sürecin anılan tarihten önce kesinleştiği belirtilmiştir.

78. 30/3/2011 tarihli 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."

79. Bu hüküm gereğince Anayasa Mahkemesi, 23/9/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceler. Dolayısıyla Mahkemenin 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 (*G.S.*, B. No: 2012/832, 12/2/2013, § 14).

80. Somut olayda başvurucunun kolluğun gözaltı sırasında kendisine kötü muamelede bulunduğunu iddia etmesi üzerine Fatih Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Hz.2003/16662 sayılı dosya üzerinden soruşturma başlatılmış olup beş polis memuru hakkında Fatih 1. Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır. Mahkemenin 26/7/2007 tarihinde beraat kararı vermesi üzerine, başvurucu tarafından temyiz kanun yoluna gidilmiş ve Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 18/3/2010 tarihli ve E.2010/4605 sayılı kararıyla, zamanaşımının gerçekleşmesi nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir (bkz. §§ 32, 33).

81. Açıklanan nedenlerle başvurucunun "işkence yasağının" ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerine konuolayda yargılama sürecine ilişkin nihai kararın 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 Hakkının İhlal Edildiği İddiası

82. Başvuruculaın bu başlık altındaki şikâyetleri; Mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, makul sürede yargılanma, hakkaniyete uygun yargılanma, müdafii yardımından yararlandırılma hakları kapsamında ayrı ayrı incelenmiştir.

i. Mahkemenin Bağımsız ve Tarafsız Olmadığı Şikâyeti

83. Başvurucular, Mahkemenin kuruluş ve işleyişinin Anayasa'ya aykırı olduğunu, aynı tür uyuşmazlıkları çözen mahkemelerin aynı kurallara tabi olması gerekirken ağır cezalık fiiller arasında ağır ceza/özel ağır ceza ayrımı yapılmış olmasının yargılamanın birliği ilkesini ihlal ettiğini, ayrıca Mahkeme heyetinin tarafsız olmadığını iddia etmişlerdir (bkz. § 26).

84. Bakanlık görüşünde, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yasayla kurulduğu, tabii hâkim ilkesinin gereklerini karşıladığı, işleyişine ilişkin düzenlemelerin Ceza Muhakemesi Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nda öngörülmüş olduğu ve yasayla önceden belirlenmiş hükümler çerçevesinde yargılama faaliyetlerini sürdürdüğü, AİHM'in de benzer şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddettiği belirtilmiştir.

85. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı olarak başvuru dilekçelerindeki iddialarını tekrarlamışlardır.

86. 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."

87. 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. Sözleşme'nin 6. maddesinde, mahkemenin "*kanunla kurulmuş*" olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca Anayasa'nın 37. maddesinde hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı, bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağı; 142. maddesinde mahkemelerin kuruluş, görev, işleyiş ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği hükümlerine yer verilmiştir.

88. Yukarıda belirtilen kuralların amacı, mahkemelerin bağımsızlığının sağlanması istikametinde, demokratik toplumda yargı sisteminin, yürütmenin müdahalelerine karşı korunması ve sistemin münhasıran millet iradesini temsil eden parlamento tarafından şekillenmesinin sağlanmasıdır. Pek tabii bu kural, sistemin teşekkül ve işleyişine ilişkin tüm ayrıntılarının mutlaka kanunla belirlenmesini gerektirmemektedir. Ayrıntılara ilişkin koşullar, yargı denetimi sağlanmak koşuluyla ikincil mevzuatla belirlenebilir. Yine Sözleşme'nin 6. maddesi, kanunla kurulmuş olmak şartıyla özel mahkemelerin (örneğin terör mahkemeleri) kurulmasını yasaklamamaktadır (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. *X ve Y/İrlanda* [KK], B. No: 8299/78, 10/10/1980).

89. Mahkemenin fiilen kanuna uygun olarak kurulmuş olması da kanunla kurulmuş olmanın diğer yönünü teşkil etmektedir. Buna göre bir mahkemenin, görev ve işleyişi ile ilgili kurallara uygun olarak teşekkül etmemiş ve faaliyet göstermemiş olması hâlinde belirtilen güvenceye aykırı bir durum oluşacaktır.

90. AİHM, özel yetkili mahkemelerde yargılanmış olmasının şikâyet konusu edildiği bir başvuruyu incelemiş ve bu mahkemelerin kanun ile kuruluşu ve oradaki hâkimlerin teminatları gibi güvenceleri dikkate alarak bir sorun

olmadığını ifade etmiş ve bu yöndeki şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur (*Osman Keser/Türkiye*, B. No: 29321/11, 15/10/2013, §§ 24-28).

91. Somut davada başvuruculaların yargılandıkları Mahkeme kanunla kurulmuş olup genel adli yargı sistemi içerisinde yer almaktadır. Öte yandan suç tarihinde başvuruculara yüklenen suçlara bakmakla görevli olan DGM'lerin hukuki dayanağını oluşturan Anayasa'nın 143. maddesi ve 2845 sayılı Kanun, suç tarihinden sonra yürürlükten kaldırılmış ve 16/6/2004 tarihli ve 5190 sayılı Kanun'la 1412 sayılı mülga Kanun'a 394/a maddesi eklenmiş, daha sonra da 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 2. ve 1/6/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Kanun'un 250. maddeleri ile bu suçlara ağır ceza mahkemelerinin bakacağı belirlenmiş olup anılan Kanunların amaç, kapsam ve gerekçeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın 37. ve 142. maddesi hükümleri çerçevesinde, yargılamayı yapan Mahkemenin suçtan sonra ve bu sanıklara yönelik kurulan özel bir mahkeme olmadığı ve dolayısıyla doğal hâkim ilkesi ve kanunla kurulmuş mahkemede yargılanma hakkına yönelik bir müdahale olmadığı açıktır.

92. Öte yandan başvurucular, Mahkeme heyetinin tarafsız olmadığını, bu yönden yaptıkları "hâkimin reddi" taleplerinin sonuçsuz kaldığını belirtmişlerdir.

93. Adil yargılanma hakkından bahsedebilmek için mahkemenin tarafsız olması gerekir. "Tarafsızlık", ön yargılı ve yanlı davranmamak anlamına gelmekte olup bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği ancak her somut olayda öznel ve nesnel testler uygulanmak suretiyle saptanabilir. AİHM'e göre adil yargılanma anlamında tarafsızlığın varlığı, hem belirli bir davada belirli bir hâkimin kişisel düşüncelerini temel alan öznel bir teste, hem de hâkimin bu konudaki meşru şüpheleri giderebilecek güvenceleri taşıyıp taşımadığına ilişkin nesnel teste göre belirlenmelidir (*Hauschıldt/Danimarka*, B. No: 10486/83, 24/5/1989, § 46).

94. Buna göre "tarafsızlık" koşulunda, "işlevsel/nesnel" ve "şahsi/öznel" yanlılık hâlleri birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Aynı kişinin yargısal faaliyetler çerçevesinde farklı işlevlere sahip olması ya da yargılamanın diğer taraflarıyla arasında hiyerarşik veya benzer nitelikli bağlar bulunması, mahkemenin nesnel tarafsızlığına dair meşru bir şüphe ortaya çıkarabilir. Kişisel tarafsızlıkla ilgili olarak değerlendirilebilecek husus ise hâkimin kişisel tutumunun böyle bir şüphe oluşturup oluşturmadığı veya yanlı bir davranış teşkil edip etmediğidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Kyprianou/Kıbrıs*, [BD], B. No: 73797/01, 15/12/2005, § 122).

95. Bir hâkimin başvurucuya karşı kişisel bir yanlılıkla hareket ettiğini gösteren bir delil olmadıkça hâkimin tarafsız olduğu kabul edilmelidir (*Hauschıldt/Danimarka*, § 47).

96. AİHM, nesnel tarafsızlık testinde önemli olanın, demokratik bir toplumda mahkemelerin halkta ve ceza davalarında yargılanan sanıklarda oluşturacağı güven duygusu olduğunu vurgulamıştır. Nesnel tarafsızlık incelenirken mahkemenin tarafsız olmadığını iddia eden tarafın görüşü önemli ama sonuca etkili değildir. Mühim olan, tarafsızlıkla ilgili şüphelerin nesnel olarak haklı gösterilip gösterilmediğidir. Şayet hâkimin tarafsızlığına yönelik meşru bir şüphe varsa o hâkim davadan çekilmelidir (*Fey/Avusturya*, B. No: 14396/88,24/2/1993, § 30; *Hauschıldt/Danimarka*, § 48).

97. Nesnel tarafsızlık daha çok bir ceza davasında yargılamayı yapan hâkimin davanın önceki aşamalarına çeşitli nedenlerle katıldığı durumlarda teste tabi tutulmaktadır. Bir hâkimin aynı davada kovuşturmadan önceki aşamalarda görev ya da karar almış olması o hâkimin nesnel tarafsızlığına ilişkin şüphe veya endişeleri haklı kılmaz (*Fey/Avusturya*, § 30). Şayet soruşturma aşamasında savcılık sıfatıyla bir dosya ile ilgilenmesini gerektiren türden bir görev yapılmış ve daha sonra da aynı davada hâkim olunmuşsa ilgililerin o kişinin tarafsızlığını sağlamak için yeterli güvencelerin var olmadığı konusunda endişelenmeye hakları vardır(*Piersack/Belçika*, B. No: 8692/79, 1/10/1982, § 30).

98. Yargıtay kararlarında da hâkimin nesnel tarafsızlığı tartışılmış ve hangi hâllerde tarafsızlığın ihlal edileceği saptanmaya çalışılmıştır. Buna göre, iddianame veya son soruşturmanın açılması kararındaki suç niteliği yönünden görevsizlik kararı veren, soruşturma sırasında doğrudan doğruya ya da talimatla sanığın sorgusunu yapan ya da tanıkları dinleyen, soruşturma aşamasında sanığın tutuklanmasına ya da salıverilmesine karar veren hâkimin asıl davaya bakan mahkemeye katılmasının sakıncalı olmadığı ve tarafsızlığı ihlal etmediği kabul edilmiştir. Soruşturma aşamasında değişik sebeplerle görev almış olan hâkim için önemli olan, söz konusu dava ile ilgili olarak oy ve kanaatini belli etmiş olup olmadığıdır. Gerçekten esaslı işlemler niteliğinde bir soruşturmayı yapan veya duruşmayı yöneterek delilleri toplayan, olay hakkında belli bir kanıya varıp suçun niteliği ve uygulanacak yasa maddelerini açıklayan ve böylece kanaat ve oyunu belli etmiş bulunan hâkimin, bu işe ait davada hükme iştirak etmesi tarafsızlığı şüpheli hâle getirebilir [Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı (YİBK), E.1977/2, K.1977/3, 5/12/1977].

99. Bu genel ilkelerden hareketle somut olay incelendiğinde başvurucular tarafından, başvurucuların avukatı ile duruşma Savcısı arasında meydana gelen olay ve bu olay kapsamında Savcının duruşmadan çekilmesi gerektiği

yönündeki talep ve talebi yerine getirmediği için heyetin tarafsızlığını yitirdiği gerekçesi ile Mahkeme heyetinin reddinin talep edildiği anlaşılmıştır. Bu talep, dosyanın karar aşamasına geldiği, haklı gerekçe bildirilmediği ve yargılamayı uzatma amacına matuf olduğu gerekçesiyle 5271 sayılı Kanun'un 31. maddesi uyarınca reddedilmiştir. Bu itiraz temyiz aşamasında da ileri sürülmüş ve Yargıtay tarafından da hâkimin reddi talebinin yerinde görülmediğine karar verilmiştir.

100. Şikâyet konusuna ilişkin olarak Mahkemenin 25/2/2011 ve 25/3/2011 tarihli oturumlarındaki ara kararlarında şu tespitlere yer verilmiştir:

"1-Sanık Ali Gül Alkaya müdafi Av. Faruk Nafiz Ertekin'in 17/06/2010 havale tarihli heyeti red dilekçesi duruşmayı uzatmak amacıyla yapıldığı anlaşıldığından CMK 31/c maddesi uyarınca red talebinin REDDİNE, Kararın Av. Faruk Nafiz Ertekin'e tebliğinden itibaren 7 günlük süre içerisinde 13. Ağır Ceza Mahkemesine itirazı kabil olmak üzere." (25/2/2011 tarihli oturum);

"1-Geçen celse 1 nolu ara karı uyarınca sanık Ali Gül Alkaya müdafii Av. Faruk Nafiz Ertekin'in 17/06/2010 havale tarihli heyeti red dilekçesinin duruşmayı uzatmayı matuf olduğundan bahisle CMK 31/c maddesi uyarınca red talebinin reddine karar verildiği ancak kendisine tebliğ edilmemiş olduğundan ve bu celse kendisine okunmakla sanık Ali Gül Alkaya müdafii Av. Faruk Nafız Ertekin'e bu günden itibaren 7 günlük yasal süresi içinde İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine itiraz hakkının bulunduğunun hatırlatılmasına, (ihtarat yapıldı)

2-Her ne kadar sanık .Hasan Özcan, Ahmet Doğan, . Hatice Duman. müdafii Av. Keleş Öztürk ve .sanıklardan Ali Gül Alkaya müdafii Av. Faruk Ertekin'nin özellikle mazeret nedeniyle mazeretlerinin yargılamayı uzatmaya matuf olduğu ve bunu alışkanlık haline getirdiklerinden bahisle barodan müdafii istenmesi ve yine daha önce duruşmalarda meydana gelen olaylar nedeniyle heyetin tarafsızlığını kaybettiğinden bahisle gerek önceki celse itibariyle ve gerekse bu celse itibariyle heyeti red taleplerinde bulunmuşlarsa da uzun zaman devam eden davanın karar aşamasında olduğu, sanıklar ve müdafilerinin heyeti red taleplerinin hiç bir geçerli sebebe dayanmadığı ve davayı uzatmaya yönelik olduğu anlaşıldığından CMK 31/c maddesi gereğince heyeti red taleplerinin REDDİNE, bu karara karşı yukarda belirtilen sanık ve müdafilerinin tebliğden itibaren 7 günlük süre içinde İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine itirazda bulunabileceklerinin ihtarına, (ihtarat yapıldı).

5-Sanık müdafilerinin özellikle heyeti red talepleri hususunda varsa itirazları ile ilgili hususlarda karara bağlandıktan sonra sanıkların. iddia makamının mütalaasına karşı savunmalarını hazırlamaları için yeniden ve son kez gelecek celseye kadar mehil verilmesine." (25/3/2011 tarihli oturum).

101. Şikâyet konusuna ilişkin olarak Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 25/9/2012 tarihli ve E.2012/4794, K.10066 sayılı ilamında şu gerekçeye yer verilmiştir:

"CMK'nın 29 ve 31. maddelerinin kapsam ve gerekçesi, hakimin reddi talebinin geri çevrilmesine yönelik itirazın reddine dair mercii kararının hükümden sonra verilmiş olması göz önünde bulundurulup, CMK'nın 'hakimin tarafsız olup olmadığı sorununun bir an önce çözümlenerek esasa ilişkin yargılamaya devam edilmesini' öngören yaklaşımı dikkate alınarak; hakimin reddine ilişkin itirazların CMUK'nın 308. maddesi çerçevesinde Dairemizce ön sorun olarak incelenip sonuçlandırılması gerektiği değerlendirilerek yapılan incelemede;

Sanık Aligül Alkaya müdafiinin hâkimin reddi talebine ilişkin olarak ileri sürdüğü nedenlerin tüm dosya kapsamına göre yerinde olmadığı anlaşıldığından ret isteminin geri çevrilmesine ilişkin itirazın reddine,

Reddi hâkim talebine ilişkin yasal sürecin işleyiş biçimine bağlı olarak ileri sürülen savunma hakkının kısıtlandığına ilişkin iddialar, reddi hâkim talebinin ileri sürüldüğü tarih, bu tarihte kovuşturmanın geldiği aşama, tüm savunmalar ve reddi hâkim talebinin geri çevrilmesine yönelik itirazın reddedilmiş olması karşısında yerinde görülmemiştir."

102. Buna göre başvuruculara hâkimin reddi taleplerinin genel ve soyut nitelikte olması ve yargılamayı uzatmaya matuf bulunması sebebiyle Mahkeme ve Yargıtay tarafından yerinde görülmediği anlaşılmıştır. Yukarıdaki ilkeler gözetildiğinde anılan davada Mahkeme heyetinin öznel ve nesnel tarafsızlığı ile ilgili şüphe oluşmasına neden olabilecek bir husus saptanmadığı gibi başvuru dilekçelerinde de bu hususu ortaya koyacak esaslı bir bilgi ya da belge sunulmamıştır.

103. Açıklanan nedenlerle başvuruculara "mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığı" ile ilgili şikâyetleri yönünden bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması*nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Makul Sürede Yargılanmama Şikâyeti

104. Başvurucular, soruşturma ve kovuşturmanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

105. Bakanlık görüş yazısında AİHM kararlarına atıf yapılarak yargılamanın (Aligül Alkaya ile ilgili olarak) iki dereceli yargılama sisteminde 9 yıl 5 ay 16 gün sürdüğü, ayrıca başvuruculara aynı nedenlerle Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığına başvurdukları, Komisyonun, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini tespit ederek başvuruculara

6.000 TL (Hasan Özcan için 5.250 TL) tazminat ödenmesine karar verdiği, makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiaları ile ilgili başvuruculların mağdur sıfatlarının olup olmadığı konusunda yukarıda anlatılanların Anayasa Mahkemesinin dikkatine sunulması gerektiği ifade edilmiştir.

106. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün olmayıp (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18), 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 birçok kararında -ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle- Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve 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 (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 38, 39).

107. Başvuru konusu olayda başvurucular hakkında, "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın tamamını veya bir kısmını bozma ve değiştirme veya kaldırmaya teşebbüs etme" suçundan 1994 yılında soruşturma başlatılmıştır. İsnat olunan suç 5237 ve 3713 sayılı Kanun hükümleri kapsamında hapis cezasını gerektirir şekilde tanımlanmıştır. Bu çerçevede başvurucular hakkındaki suç isnadına dayalı yargılamanın Anayasa'nın 36. maddesinin güvence kapsamına girdiği konusunda kuşku bulunmamaktadır (*B.E.*, B. No: 2012/625, 9/1/2014, § 32).

108. 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 an olup somut başvuru açısından bu tarih, başvurucuların (İlk gözaltına alınan başvurucular Aligül Alkaya ve Hatice Duman yönünden; diğer iki başvurucu ise daha sonraki tarihlerde yakalanmışlardır.) bahse konu suç kapsamında gözaltına alındığı anlaşılan 9/4/2003 tarihidir. Sürenin bitiş tarihi ise suç isnadına ilişkin nihai kararın verildiği tarihtir *(Ersin Ceyhan*, B. No: 2013/695, 9/1/2014, § 35).

Bu kapsamda, somut yargılama faaliyeti açısından sürenin bitiş tarihi, başvurucular hakkında verilen mahkûmiyet kararının onandığı 25/9/2012 tarihidir.

109. Başvuruya konu yargılama sürecinin incelenmesi neticesinde, yargılamanın konusunun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın tamamını veya bir kısmını bozma ve değiştirme veya kaldırmaya teşebbüs etme suçu ile ilgili olduğu, 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 9 yıl 5 ay 16 günlük yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak anılan davada makul olmayan bir gecikme tespit edilmiş olmakla beraber başvurucuların "mağdur sıfatı"nı taşıyıp taşımadıklarının da incelemesi gerekir.

110. Anayasa Mahkemesi açısından, idari makamlar ve derece mahkemeleri tarafından başvurucu lehine bir tedbir ya da kararın alınması suretiyle ihlalin tespit edilmesi ve verilen karar ile bu ihlalin uygun ve yeterli biçimde giderilmesi hâlinde ilgili tarafın artık mağdur olduğu ileri sürülemeyecektir. Bu iki koşul yerine getirildiği takdirde bireysel başvuru mekanizmasının ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesinin inceleme yapmasına gerek kalmayacaktır. Bu kapsamda Anayasa'nın 36. maddesine ilişkin şikâyetler açısından,yargılama sürecinin ve usulünün adilliğine riayet edilerek ve hakkaniyete uygun, makul bir gerekçeye dayalı olarak verilen bir karar mağdur sıfatını ortadan kaldırabilecektir (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 83; *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, §§ 61, 74).

111. 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, 9/2/2006, § 68). Başvurucuya 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 başvurucunun mağdur sıfatı, Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet ettiği durum için aynı zamanda idari veya yargısal bir kararla kendisine ödenmesine karar verilen tazminata da bağlı olabilecektir (*Sadık Koçak ve diğerleri*, § 84;*Yavuz Selim Akkoç*, B. No:2012/1277, 20/11/2014, § 51; benzer yönde AİHM kararları için bkz. *Fatma Yüksel/Türkiye*, B. No: 51902/08, 9/4/2013, §§ 48, 49; *Gafgen/Almanya* [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, § 116).

112. Başvuru konusu olay açısından öncelikli olarak başvurucuların, *makul süreyi aşan yargılama*sebebiyle AİHM'e başvuruda bulundukları (bkz. §§ 34, 45, 56, 64), ayrıca 6384 sayılı Kanun gereğince AİHM önündeki başvuru ile ilgili Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığına da başvurdukları; Komisyonun, başvurucular hakkındaki kararın Yargıtay tarafından onandığı tarihe kadar olan yargılama süresini hesap ederek *"makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine, başvuruculara 6.000,00'er TL (Hasan Özcan için 5.250,00 TL) tazminat ödenmesine"* karar verdiği ve itiraz edilmeksizin kararların kesinleştiği görülmüştür. Komisyonun kararından sonra başvurucular vekilinin talebi üzerine, başvurucular Aligül Alkaya, Hatice Duman ve Hasan Özcan için 14/3/2014 tarihinde, başvurucu Ahmet Doğan için 10/7/2014 tarihinde hükmedilen tazminatların ödendiği belirlenmiştir. Bu şekilde Komisyon tarafından açık bir şekilde ihlal tespitinin yapıldığı, başvuruculara iddialarının kabul edilerek başvurucular lehine hükmedilen tazminatların ödendiği ve başvuruya konu edilen mağduriyetin ortadan kaldırıldığı anlaşılmıştır.

113. Buna göre başvuruya konu edilen şikâyetin Komisyon kararı ile başvurucular lehine sonuçlandığı, bu kararın başvurucular açısından belirli bir tatmin sağladığı ve ileri sürülen ihlal iddiasının bu yolla giderilmek suretiyle mağdur sıfatının ortadan kalktığı sonucuna varılmıştır.

114. Açıklanan nedenlerle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği şikâyeti yönünden başvuruculara mağdur sıfatının ortadan kalktığı anlaşıldığından başvurunun bu bölümünün *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

iii. Başvurucular Hatice Duman, Ahmet Doğan ve Hasan Özcan'ın Soruşturma Aşamasında Müdafii Yardımından Yararlandırılmamasına İlişkin Şikâyetleri

115. Başvurucular, soruşturma aşamasında bir avukatın hukuki yardımından yararlandırılmadıklarını ileri sürmüşlerdir.

116. 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 (*Onurhan Solmaz*, § 22).

117. Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" başlıklı 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (c) bendi şöyledir:

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

...

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafiin 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"

118. Şüpheliye, kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması, kendisini suçlamama ve susma hakları yanında, genel olarak da adil yargılanma hakkının etkili bir koruma işlevine sahip olması bakımından gereklidir. Her davanın kendine özgü koşulları çerçevesinde zorunlu sebepler ortaya çıkması hâlinde bu hak kısıtlanabilir ise de bu hâllerde dahi suç şüphesi altındaki kişinin savunma hakkına, telafisi mümkün olmayacak şekilde zarar verilmemesi gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz.*Salduz/Türkiye* [BD], B. No: 36391/02, 27/11/2008, § 55; *Mustafa Gür/Türkiye*, B. No: 39182/08, 14/1/2014, § 31).

119. Başvuruculardan Hatice Duman'ın gözaltında tutulduğu dönemde, DGM'lerin görev alanına giren suçlar yönünden kural olarak müdafi yardımından yararlanmanın ancak belli bir aşamadan sonra mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Anılan tarihlerde, ilgili mevzuatta bu kapsamdaki suçlara yönelik soruşturmalar için normal gözaltı süresinde avukata erişim imkânı tanınmamıştır (*Güllüzar Erman,* B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 48).

120. Buna göre dört gün gözaltında tutulan başvurucu Hatice Duman, avukatı olmaksızın 9/4/2003 tarihinde kollukta, 13/4/2003 tarihinde Cumhuriyet Savcısı huzurunda susma hakkını kullanmıştır. Başvurucu, bir kısım şüpheliler ile aynı tarihte çıkarılmış olduğu sorgu hâkimliğinde ise müdafii eşliğinde savunmasını yapmış ve kovuşturma süresince de avukat yardımından yararlanmıştır (bkz. §§ 36, 37, 38).

121. Başvurucu Ahmet Doğan, müdafii eşliğinde 16/3/2004 tarihli kolluk ve aynı tarihli Savcılık ile sorgu ifade tutanaklarında susma hakkını kullandığını belirtmiş ve kovuşturma süresince de avukat yardımından yararlanmıştır (bkz. § 48).

122. Başvurucu Hasan Özcan, 19/11/2005 tarihinde müdafii eşliğinde kollukta susma hakkını kullanmış, Savcılık ve sorguda müdafii eşliğinde vermiş olduğu ifadesinde ise kollukta kötü muamele görmediğini belirterek suçlamaları reddetmiş ve kovuşturma süresince de avukat yardımından yararlanmıştır (bkz. § 58).

123. Görüldüğü üzere her ne kadar başvurucular, gözaltında bulundukları sırada bir avukatın hukuki yardımından yararlanmadıklarını iddia etmişlerse de başvurucu Hatice Duman'ın hâkim huzurundaki sorgusuna kadar devam eden süreçte susma hakkını kullandığı için kendisini suçlayıcı herhangi bir beyanda bulunmadığı veya aleyhine herhangi bir delil göstermediği saptanmıştır. Başvurucunun, bir avukatın hukuki yardımından mahrum bırakılmış olması savunma hakkının kullanılması bakımından bir eksiklik ise de bu durum, başvurucunun savunma hakkı bakımından telafisi mümkün olmayan bir zarara neden olmamış ve belirtilen bu eksiklik, sorgu işleminde avukatın katılımı ile giderilmiştir. Ayrıca başvurucunun bu aşamada, avukat yardımından faydalanmak için açık bir talebi de olmamıştır. Diğer iki başvurucu ise tüm aşamalarda avukat yardımından yararlanabilmişlerdir. Dolayısıyla başvuruculara belirtilen iddialarının, adil yargılanma hakkına yönelik bir ihlal oluşturmadığı açıktır.

124. Açıklanan nedenlerle başvuruculara soruşturma aşamasında bir avukatın hukuki yardımından yararlandırılmadıkları iddialarının adil yargılanma hakkına yönelik bir ihlal oluşturmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının, *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

iv. Başvurucu Aligül Alkaya'nın Müdafii Yardımından Yararlandırılmaması Şikâyeti

125. Yapılan inceleme neticesinde başvurucunun bu şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun bu bölümünün kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

v. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği Şikâyeti

126. Yapılan inceleme neticesinde başvuruculara bu şikâyetinin 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

a. Başvurucu Aligül Alkaya'nın Müdafii Yardımından Yararlandırılmadığı İddiası

127. Başvurucu; Emniyet, Cumhuriyet Başsavcılığı ve sorgu ifadeleri sırasında bir avukatın hukuki yardımından yararlandırılmadığını ileri sürmüştür.

128. Bakanlık görüş yazısında AİHM kararlarına atıf yapılarak başvurucu hakkında hükme esas alınan tek delilin kolluk aşamasında alınan ifadesi olmadığı, başvurucu ve diğer sanıkların beyanları ile birlikte mağdur beyanlarına, teşhis tutanağına, çeşitli ekspertiz raporlarına; arama, el koyma tutanaklarına dayanıldığının görüldüğü, şikâyet konusunda takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu belirtilmiştir.

129. 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."

130. Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve (3) numaralı fıkrasının (c) 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:

...

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafiin 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."

131. AİHM'e göre Sözleşme'nin 6. maddesinin asıl amacı, cezai kovuşturma söz konusu olduğunda isnat edilen suçlamalar ile ilgili olarak karar vermeye yetkili bir "mahkeme" tarafından adil bir yargılama yapılmasını sağlamak olsa da bu durum, 6. maddenin hazırlık soruşturmasına uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla bir yargılamanın adilliğinin soruşturmanın ilk safhalarında 6. madde hükümlerine uygun hareket edilmemesi nedeniyle ciddi derecede zarara uğratılması söz konusuysa 6. madde ve özellikle bu maddenin 3. fıkrası, yargılama öncesi durumlar için de geçerli olabilir. Buna göre Sözleşme'nin 6. maddesinin 3(c) paragrafında belirtilen hak, birinci paragrafta yer alan ceza davalarında adil yargılanma kavramının unsurlarından birini teşkil eder (*Salduz/Türkiye*, § 50).

132. AİHM, -mutlak olmamakla birlikte- cezai bir suçla itham edilen herkesin, gerekiyorsa resmî olarak görevlendirilen bir avukat tarafından etkili bir şekilde savunulması hakkının adil yargılanmanın temel özelliklerinden biri

olduğunu belirtmekle beraber (*Poitrimol/Fransa*, B. No: 14032/88, 23/11/1993, § 34;*Demebukov/Bulgaristan*, B. No: 68020/01, 28/2/2008, § 50), avukat tayin edilmesinin tek başına sanığa yapılacak adli yardımın etkili olmasını garanti etmediğini de vurgulamaktadır (*Salduz/Türkiye,* § 51).

133. Özellikle hukuki düzenlemeler uyarınca sanığın soruşturma aşamasındaki ifade ve tutumu, kovuşturma aşamasında savunma açısından belirleyici bir rol oluşturuyorsa avukattan yararlanma hakkı, soruşturmanın ilk evrelerinden itibaren sağlanmalıdır. Öte yandan haklı sebeplerden ötürü bu hakkın sınırlamalara maruz kalabileceği düşünülebilir. Her durumda sınırlamanın haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı, eğer haklı sebeplere dayanıyorsa dava sürecinin bütününe bakıldığında sanığı adil yargılama hakkından mahrum edip etmediği tartışılmalıdır.

134. Sanığın müdafii yardımından yaralanması ile aynı zamanda kamu görevlilerinin haksız uygulamalarının önlenmesi, adli hataların oluşmaması, sorgulama veya iddia makamı ile sanık arasında silahların eşitliğinin sağlanması ilkesi başta olmak üzere 6. maddenin amaçlarının gerçekleştirilmesi de sağlanmış olacaktır (*Sami Özbil*, B. No: 2012/543, 15/10/2014, § 63; *Dağdelen ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 1767/03., 25/11/2008).

135. Bu bakımdan soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlanma en az kovuşturma aşaması kadar önemlidir. Çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede ele alınacağını belirlemektedir. Özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hâle geldiğinden sanık, kovuşturmanın bu aşamasında kendisini savunmasız bir durumda bulabilir ve ancak bu savunmasızlık ya da kendini suçlamaya karşı koruma hakkı bir avukatın yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir (*Sami Özbil*, § 64).

136. Avukattan yararlanma hakkı esasen iddia makamının, sanığın arzusu hilafına baskı ve zorlama metotları ile elde edilen delilleri kullanmadan iddialarını ispat etmeye çalışmasını öngörmektedir (*Jalloh/Almanya* [BD], B. No: 54810/00, 11/7/2006; *Kolu/Türkiye*, B. No: 35822/97, 2/8/2005; *Salduz/Türkiye,*§ 54). Bir yargılamanın kendini suçlamama imtiyazının özünü yok edip etmediğini değerlendirirken AİHM'in özel bir ihtimamla gözettiği usul güvencelerinden birisi kovuşturmanın ilk aşamalarında avukat erişiminin sağlanıp sağlanmadığıdır (*Jalloh/Almanya*). AİHM, bu bağlamda, tutuklunun avukat yardımı almasının kötü muameleye karşı temel bir koruma olduğunu vurgulayan İşkenceyi Önleme Komitesinin tavsiyelerini dikkate almakta ve ağır suçlamalar söz konusu olduğunda bu ilkelere özellikle uyulması gerektiğini belirtmektedir (*Salduz/Türkiye,* § 54).

137. Bu açıklamalara göre adil yargılanma hakkının yeterince "uygulanabilir ve etkili" olabilmesi için Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca kural olarak her davanın kendine has koşulları ışığında bu hakkın kısıtlanması için zorunlu sebepler olmadıkça şüpheliye, polis tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması gerekir. Avukat erişiminin sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile böylesi bir kısıtlama -gerekçesi ne olursa olsun- sanığın 6. madde tarafından güvence altına alınan haklarına halel getirmemelidir (*Magee/İngiltere*, B. No: 28135/95, 6/6/2000). Avukat erişimi sağlanmayan sanığa polis soruşturması sırasında suçlayıcı ifadeler kullanılması durumunda prensip olarak sanığın haklarına telafi edilemeyecek şekilde zarar gelir (*Salduz/Türkiye*§ 55).

138. Somut olayda, başvurucuya isnat edilen birçok eylem bulunmaktadır. Mahkemenin gerekçeli kararı incelendiğinde yasa dışı örgüt üyesi olmak, örgüt adına adam öldürmek ve yaralamak suçlarından aranan başvurucu, H. Ö. adına düzenlenmiş üzerinde kendi fotoğrafı yapıştırılmış sahte kimlikle birlikte 9/4/2003 tarihinde yakalanarak 4 gün gözaltında tutulmuştur. Başvurucu, müdafii olmadan 12/4/2003 tarihli kolluktaki ifadesinde, isnat edilen suçları nasıl ve kimlerle birlikte işlediğini ayrıntıları ile açıklamıştır. Anılan ifade tutanağında başvurucuya susma, yakınlarına haber verme ve lehine olan hususları öne sürme gibi usule ilişkin hakları hatırlatılmıştır. Tutanağın sonunda başvurucu; ifadesini kendi hür iradesi ile hiçbir baskı ve cebir altında kalmadan isteği ile verdiğini, yaptıklarından pişman olmadığını söyleyerek imza atmıştır.

139. Başvurucu, avukatı olmaksızın 13/4/2003 tarihinde çıkarılmış olduğu Savcının huzurunda ise kimlik bilgileri dâhil olmak üzere hiçbir beyanda bulunmayarak susma hakkını kullanmıştır.

140. Başvurucu, yine müdafii olmadan bir kısım şüpheliler ve onların avukatları ile aynı tarihte çıkarılmış olduğu sorgu hâkimliğinde ise suçlamaları kabul etmediğini, emniyette kendisine herhangi bir şey sorulmadığını, beyanları emniyet görevlilerinin yazdığını, kendisinin de imzalamak zorunda kaldığını, avukat tutmak istediğini söylemiştir.

141. Başvurucu, müdafii ile birlikte 14/4/2004 tarihinde vermiş olduğu Mahkemedeki savunmasında da özetle, iddianamede kendisine atılı suçlardan sadece MLKP üyesi olduğu ve ayrıca söz konusu evde yakalanan eşyaların da yine bu partinin ve kendisine ait olduğu yönündeki suçlamayı kabul ettiğini, bunun dışındaki suçları ise kabul etmediğini, kendisi ile beraber yargılanan sanıklardan Hatice Duman'ın eşi olduğunu, diğer sanıkların hiçbiri ile ilişkisi bulunmadığını, kolluk aşamasında işkence görmesi nedeniyle eylemleri üstlendiğini söylemiştir.

142. Başvurucu Aligül Alkaya'nın, başvurucu Hatice Duman ile birlikte örgütevi olarak kullandıkları tespit edilen ikametinde yapılan aramada çok sayıda silah ve örgütsel doküman ele geçirilmiş, silahların hangi eylemlerde kullanıldığı ekspertiz raporları ile ortaya konulmuştur. Ayrıca başvurucu, bazı mağdurlar tarafından teşhis edilmiştir.

143. Yukarıdaki tespitler (bkz. §§ 127-142) ışığında başvurucuya, talebine rağmen avukat yardımının sağlanmamış olmasının ihlal nedeni oluşturup oluşturmadığı ayrıca incelenmelidir. Gözaltında şüpheliye avukat erişim imkânının sağlanmaması yönünde bir düzenlemeye dayanan uygulamanın, müdafi yardımından yararlanma hakkının ihlali sonucunu doğuracağı açıktır.

144. Nitekim başvurucunun gözaltında tutulduğu sırada DGM'lerin görev alanına giren suçlar yönünden 3842 sayılı Kanun'un 31. maddesi uyarınca kural olarak müdafi yardımından yararlanma hakkı ancak belli bir aşamadan sonra mümkün olabilmekteydi. Dolayısıyla anılan tarihlerde ilgili mevzuat, gözaltı sırasında avukata erişim imkânını güvence altına almamıştır (*Sami Özbil*, § 71).

145. Açıklanan nedenlerle başvurucunun, Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında güvence altına alınan soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlandırılma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiği İddiası

146. Başvurucu Aligül Alkaya, gözaltında gördüğü kötü muamele sonucunda verdiği ifadesinin hükme dayanak yapıldığını, esası etkileyecek tanıkların duruşmada dinlenilmesi gibi bir kısım savunmaya ilişkin taleplerinin reddedildiğini, yeterince delil araştırması yapılmadığını, dinlenilmesini talep ettiği tanıkların dinlenmediğini ve yüzleştirme yapılmadığını, birleşen dosyaların ayrıntılı incelenmediğini, kararların gerekçeden yoksun olduğunu, bu nedenle silahların eşitliği, çelişmeli yargılama, davanın düzgün bir şekilde incelenmesi ve yargılamaya etkili katılma gibi ilke ve haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, diğer başvurucular da benzer iddiaları dile getirmişlerdir.

147. Bakanlık görüşünde özet olarak, Anayasa Mahkemesinin yerel mahkeme kararlarını gözden geçiren dördüncü derece bir yargı organı olmadığı, delillerin kabul edilebilirliği veya değerlendirilmesi gibi konuların öncelikle yerel mahkemeleri ilgilendirdiği, başvurucular Aligül Alkaya ve Hatice Duman'ın evinde arama yapıldığı, birçok silahın ele geçirildiği, başvurucu Aligül Alkaya'nın duruşmadaki ifadeleriyle bu durumun kabul edildiği, başvurucular tarafından ileri sürülen soruşturmanın genişletilmesi taleplerinin duruşmada değerlendirildiği, gerekçeleri belirtilerek taleplerin bir kısmının kabul edildiği, bir kısmının ise reddedildiği, Mahkeme heyetinin reddi talebi-

nin Mahkeme ve Yargıtay tarafından tartışılıp reddedildiği, son savunma için başvurucular ve vekilleri tarafından istenen sürelerin verildiği, dava sürecinde başvurucuların, davaya katılma hakkına riayet edildiği ve yargılama süreci boyunca haklarını savunmak için kendi görüşlerini sunma imkânı buldukları, başvurucuların iddialarının Mahkeme tarafından esastan dinlendiği ve incelendiği, gerekçeli kararda silahlar ve diğer delillerin değerlendirilmesinin yapıldığı ve başvuruculara isnat edilen eylemlerle iş bu delillerin bağlantısının kurulduğunun anlaşıldığı, bu konuda takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

148. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı sundukları dilekçelerinde önceki iddialarını tekrarlamışlardır.

149. 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."

150. Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısımları 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.

...

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;"

151. 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 (*Onurhan Solmaz*, § 22).

152. Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında kişilerin, davalarının hakkaniyete uygun olarak görülmesini isteme hakları güvence altına alınmıştır. Bu hak, Sözleşme'nin 6. maddesinin diğer fıkralarında yer alan suç isnadı ile karşı karşıya bırakılmış kişilere yönelik asgari hak ve güvencelerle doğrudan bağlantılı olduğu gibi anılan fıkralardaki güvenceler, (1) numaralı fıkrada ifadesini bulan, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının somut görünümleridir. Dolayısıyla hakkaniyete uygun yargılama hakkı, Sözleşme'nin 6. maddesinin özellikle (3) numaralı fırkasındaki somut güvenceler bakımından tamamlayıcı bir fonksiyon ifa etmektedir.

153. Görüldüğü üzere, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ceza muhakemesini ilgilendiren boyutu, savunma hakkı ile ilintili olup özellikle yargılama faaliyeti kapsamında alınan önlemlerin, savunma hakkının gerektiği gibi kullanılmasını teminat altına alacak düzeyde olmasını gerektirmektedir. Delil sunmak veya bazı belgeleri istemek gibi davanın tarafının inisiyatifine bırakılan konularda dahi mahkemenin, gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakları güvence altına alma pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır (Benzer yönde AİHM kararı için bkz. *Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya*, B. No: 10590/83, 6/12/1988, § 75; *Kerojarvi/Finlandiya*, B. No: 17506/90, 19/7/1995, § 42). Ayrıca delillerin elde edildiği koşulların, onların gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde şüphe doğurup doğurmadığının dikkate alınması gereklidir.

154. Sözleşme'nin 6. maddesinde, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin ilkeleri düzenleyen açık bir kural bulunmaması, yargılama makamının, taraflarca ileri sürülen iddiaları ve gösterilen delilleri gereği gibi inceleme zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bununla birlikte, belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemesine aittir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya*, § 68). 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.

155. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında taraflara, iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması, tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında gerekli imkânların tanınması şarttır. Bu anlamda delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının da yargılamanın bütünü esas alınarak değerlendirilmesi gerekir (*Yüksel Hançer*, B. No: 2013/2116, 23/1/2014, § 19).

156. Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usule ilişkin 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 gelir (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32).

157. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve *"suç isnadı altındaki kişiler"*e ilişkin olan "*suçlamayla ilgili bilgilendirilme*", "*savunma için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma*", "*bizzat, müdafii vasıtasıyla veya adli yardımla savunma*", "*tanık dinletme ve tanık sorgulama*" ile "*çevirmenden ücretsiz yararlanma*" hakları, 6. maddenin (1) numaralı fıkrasında koruma altına alınmış daha genel nitelikteki "*hakkaniyete uygun yargılanma*" hakkının özel görünüm şekilleridir (Benzer yönde AİHM kararları için bkz.*Sakhnovskiy/Rusya* [BD], B. No: 21272/03, 2/11/2010, § 94; *Asadbeyli ve diğerleri/Azerbaycan*, B. No: 3653/05., 11/12/2012, §§ 130-132). Diğer taraftan 6. maddenin (3) numaralı fıkrasının (a-e) bentlerinde düzenlenen güvenceler arasında da bağ bulunmakta olup bunlardan her biri yorumlanırken diğerleri dikkate alınmalıdır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Pélissier ve Sassi/Fransa* [BD], B. No: 25444/94, 25/3/1999, §§ 51-54).

158. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinde ilk olarak 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 konulmaları gerekir. Bu kuralın istisnaları olmakla 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 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 sorgulama imkânı bulamadığı bir dönemde alınan önceki ifadesine dayanılarak mahkûmiyet kararı verilemez (Benzer yöndeAİHM kararı için bkz. *Sadak ve diğerleri (no. 1)/Türkiye*, B. No: 29900/96-29903/96, 17/7/2001, §§ 64, 65).

159. Yukarıda anlatılan ilkeler doğrultusunda, kural olarak tüm delillerin sanığın huzurunda ortaya konulması gerekmekle birlikte bu şart, uyuşmazlık konusu kovuşturmanın öncesinde ya da haricinde alınan ifadelerin kesinlikle delil olarak kabul edilemeyeceği şeklinde anlaşılamaz. Tanık ifadelerinin okunulmasıyla yetinilmesi kimi durumlarda, sanık aleyhinde beyanda bulunan kişilerin mahkeme huzurunda dinlenmesini imkânsız kılacak bir zorunluluktan (ölüm, adresin tespit edilememesi vs.) kaynaklanabilmektedir. Dolayısıy-

la savunma haklarına saygı gösterilmek kaydıyla bu ifadelerin yargılamada kullanılması, adil yargılanma hakkına ve özelde tanıkları sorgulama veya sorgulatma hakkına aykırılık teşkil etmez (Benzer yönde AİHM kararları için bkz. *Asch/Avusturya*, B. No: 12398/86, 26/4/1991, § 25; *Buglov/Ukrayna*, B. No: 28825/02, 10/7/2014, § 58).

160. Hükme esas alınan bir delilin, başka delillerle desteklenmemiş olması, mutlak biçimde her durumda adil yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturmaz. Delilin çok kuvvetli olması ve güvenilirliği konusunda herhangi bir şüphe bulunmaması, destekleyici delillere olan ihtiyacın yoğunluğunu azaltır. Buna karşılık gücü ve güvenilirliği konusunda birtakım şüpheler bulunan bir delilin, suçun sübutu konusunda ulaşılan vicdani kanaat bakımından belirleyici olması hâlinde bu durum, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturabilir (*Güllüzar Erman*, § 63).

161. İkrar içeren ifadelerin müdafi huzurunda alınmış olması da önemli olup müdafiin hazır bulunmadığı ifadelerin hükme esas alınabilmesi için kovuşturma aşamasında bu ifadelerin baskı altında alınıp alınmadığını kontrol edecek yeterli mekanizmaların mevcut olup olmadığı hususu önem kazanmaktadır. Ayrıca ikrarın kişinin hür iradesine dayalı olup olmadığının -kovuşturma aşamasında- çelişmeli bir usulle yargılama makamı tarafından irdelenip değerlendirilmiş olması da gereklidir. Dahası özellikle sanığın soruşturma aşamasındaki ikrarını, kötü muamele veya işkence altında verdiğini belirterek hâkim önünde reddetmesi hâlinde işin esasına geçilmeksizin öncelikle bu konunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Aksi yöndeki bir uygulama, hakkaniyete uygun yargılama hakkı bakımından önemli eksiklik oluşturabilir (*Hulki Güneş/Türkiye*, B. No: 28490/95, 19/6/2003, § 91).

162. Somut olayda başvurucu Aligül Alkaya, bir avukatın katılımı sağlanmaksızın kollukta verdiği 12/4/2003 tarihli ifadesinde isnat edilen eylemleri kabul etmiştir (bkz. § 15). Başvurucu Aligül Alkaya, avukatı olmaksızın 13/4/2003 tarihinde çıkarılmış olduğu Savcılıkta susma hakkını kullanmış olup aynı tarihli sorgudaki ifadesinde ise özetle; suçlamaları kabul etmediğini, emniyette kendine bir şey sorulmadığını, beyanları emniyet yetkililerinin yazdığını, kendisinin de imzalamak zorunda kaldığını, avukat tutmak istediğini söylemiştir. Başvurucu Aligül Alkaya, müdafii ile birlikte 14/4/2004 tarihinde vermiş olduğu Mahkemedeki savunmasında ise MLKP üyesi olduğunu, evinde yakalanan eşyaların da yine bu Partiye ve kendisine ait olduğunu kabul ettiğini belirtmiş, diğer suçları ise reddetmiş ve kollukta kötü muamele altında ifade verdiğini ileri sürmüştür.

163. Başvurucu Aligül Alkaya'nın, işkence ve kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak müşteki sıfatıyla Cumhuriyet Savcılığında verdiği ifadesinde ilgili

görevlilerden şikâyetçi olduğu, bu konuda yapılan soruşturma sonucunda beş kolluk görevlisi hakkında dava açıldığı, yapılan yargılama neticesinde bu görevlilerin beraat ettiği ve temyiz aşamasında davanın zamanaşımı nedeniyle düşürüldüğü anlaşılmıştır (bkz. § 33).

164. Öte yandan başvurucular Aligül Alkaya ve Hatice Duman'ın evinde çok sayıda silah bulunmuş ve bu silahların birtakım eylemlerde kullanıldığı hususunda ekspertiz raporları alınmıştır (bkz. § 29). Yine başvurucu Aligül Alkaya'nın bir öldürme olayına katıldığı hususunda da teşhis yaptırılmıştır (bkz. § 25). Başvurucu Ahmet Doğan'ın, katılmış olduğu bir bombalama olayı sırasında yakalandığı saptanmış; isnat edilen diğer eylemelere nasıl katıldığı ise Mahkeme tarafından yapılan değerlendirme ile ortaya konulmuştur. Başvurucu Hasan Özcan'ın örgüt üyeliği yönündeki kabul de başka sanık anlatımları ve diğer delillere dayandırılmıştır.

165. Ancak başvurucular, savunma tanıklarının dinlenilmesi taleplerinin hiçbir gerekçe sunulmadan geri çevrildiğini, yüzleştirme yapılmadığını, bu suretle silahların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığını, 19/2/2003 tarihinde S.O.nun öldürülmesi ile ilgili olarak iddianamede ve Mahkeme kararında beyanları delil olarak kullanılan M.Z. ve R.K.nın duruşmada dinlenmediklerini iddia etmişlerdir. Yine başvurucu Aligül Alkaya, S.O.nun ölümünün Kadıköy ilçesinde meydana geldiğini ve kendisine isnat edilen başka bir eylemin ise aynı gün Beyoğlu ilçesinde meydana geldiğini, aynı anda iki eyleme katılmasının mümkün olmamasına rağmen bu durumun Mahkemece değerlendirilmediğini, ayrıca maktul A.Ö.nün ölümüne neden olan ve vücudundan çıkarılan mermi çekirdeğine ilişkin ekspertiz raporu alınmadığını, mermi çekirdeğinin hangi silaha ait olduğunun tespiti için bilirkişi incelemesi yapılmadığını ve bu konudaki taleplerinin de reddedildiğini, bu olay sırasında yaralanan polis memuru S. T.nin, aynı ekipte yer alan polis memuru S. A. K. tarafından vurulduğunu, bu nedenle bu kişilerin vereceği ifadeler önemli olmasına rağmen duruşmada dinlenmediklerini de ileri sürmüştür.

166. 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 bütünlüğü içinde adil olup olmadığının değerlendirilmesidir. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkeleri ışığında, ta-

raflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda, delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerekir (*Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).

167. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinde sanığın, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla "aynı koşullar altında" davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme hakkı güvence altına alınmıştır. Sanığa tanınan bu güvence, silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir. Tanıkların dinlenmek üzere çağrılmasının uygun olup olmadığının değerlendirmesi kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilindedir. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi, sanığın lehine olan bütün tanıkların çağrılmasını ve dinlenmesini gerektirmez. Bu düzenlemenin esas amacı, sanığın "aynı koşullar altında" ve "silahların eşitliği ilkesi"ne uygun olarak tanık dinletme talebinde bulunabilmesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikâyet etmesi yeterli olmayıp ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin hangi nedenlerle önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için neden gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerekmektedir (*Atila Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014, § 47).

168. Başvuru konusu olayda, başvurucu Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafii olmaksızın ifadesinin alınması nedeniyle başvurucunun, Sözleşme'nin 6/3.c paragrafında özel olarak düzenlenen ve Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında güvence altına alınan "soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlandırılma" hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Dosya bir bütün hâlinde incelendiğinde başvurucu Aligül Alkaya'nın mahkûmiyetine esas olarak başvurucunun yalnızca kolluk aşamasında müdafii olmaksızın alınan ifadesinin dikkate alınmadığı, kolluk ifadesindeki genel ve Mahkemedeki kısmi ikrarı dışında, bu ikrarı doğrulayan kamera görüntü kayıtları, banka çalışanlarının ve diğer mağdurların teşhisleri, bir kısım tanıkların anlatımları, sanıkların birbirleri aleyhine olan savunmaları, olay yeri inceleme raporları, başvuruculara ev aramalarında bulunan silahlar, bu silahların isnat edilen olaylarda kullanıldığına dair ekspertiz raporları, sahte nüfus cüzdanları ve başkaca birçok delile dayandırıldığı anlaşılmıştır. Ancak başvurucu Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasındaki ifadesinin de dikkate alındığı, hâlbuki bu ifadenin müdafi olmaksızın alınması ve bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle gerekçe olarak dikkate alınamayacağı, ayrıca başvurucunun tanık olarak dinlenmesini talep ettiği bir kısım tanıkların

dinlenmediği, bir kısmının dinlenmesi talebinin ise gerekçe gösterilmeksizin reddedildiği belirlenmiştir.

169. Sonuç olarak başvurucu Aligül Alkaya'nın müdafii olmaksızın alınan ifadelerin mahkûmiyete esas alınması, ayrıca tanık dinletme taleplerinin değerlendirilmemesi, bir kısım tanıkların dinlenmesi taleplerinin reddedilmesinde yeterli ve makul gerekçeler ortaya konulmaması, bir bütün olarak hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucunu doğurmaktadır.

170. Diğer başvuruculaların mahkûmiyetleri ise esas olarak başvurucu Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafi olmaksızın alınan ifadelerine dayandırıldığı, o ifadeler dikkate alınarak mahkûmiyet hükmünün gerekçesinin oluşturulduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere, başvurucu Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafii olmaksızın ifadesinin alınması nedeniyle başvurucunun, Sözleşme'nin 6/3.c paragrafında özel olarak düzenlenen ve Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında güvence altına alınan soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlandırılma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu durumda başvurucu Aligül Alkaya'nın kolluk aşamasında müdafii olmaksızın alınan ifadeleri, diğer başvuruculara isnat edilen suçlamaların değerlendirilmesinde tek başına kullanılamayacağı gibi bu ifadelerden yola çıkılarak diğer başvurucular hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi de hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlali niteliğindedir. Ayrıca başvurucu Aligül Alkaya dışında diğer başvurucular tanık dinlenmesini talep ettikleri hâlde Mahkemece bu konuda değerlendirme yapılmadığı, başvuruculaların bir kısmının mahkûmiyetine esas olarak farklı mahkemelerce dinlenen tanıkların beyanlarının dikkate alınmasına rağmen bu tanıkların duruşmada dinlenmediği ve bir kısım tanıkların dinlenmesi taleplerinin reddedilmesinde yeterli ve makul gerekçeler gösterilmediği, bu şekilde tanık sorgulama/dinletme hakkının gereklerinin yerine getirilmemesi nedeniyle bir bütün olarak hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

171. Bu tespitler ışığında, başvurucular hakkındaki yargılamanın bir bütün olarak adil olduğu söylenemeyeceğinden başvuruculaların hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

172. Açıklanan nedenlerle, başvuruculaların Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

173. Başvurucular, ihlalin tespitini, ihlal ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini talep etmişlerdir.

174. 6216 sayılı Kanun'un "*Kararlar*" kenar başlıklı 50. maddesi şöyledir:

"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.

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."

175. Başvurunun değerlendirilmesi neticesinde başvurucu Aligül Alkaya'nın Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında güvence altına alınan soruşturma aşamasında bir avukat yardımından yararlandırılma hakkının ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi, diğer başvuruların ise Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi nedenleriyle ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere kararın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

176. Başvurucular tarafından tazminat talebinde de bulunulmuş olup mevcut başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği tespit edilmiş olmakla beraber, tespit edilen ihlal sonucu yeniden yargılama yapılmasına karar verildiği için tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

177. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Başvurucu Aligül Alkaya'nın işkence yasağının ihlal edildiği iddiasının *zaman bakımından yetkisizlik*,

2. Başvuruculaların Mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddialarının *açıkça dayanaktan yoksun olması*,

3. Başvuruculaların makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarının *kişi bakımından yetkisizlik*,

4. Başvurucular Hatice Duman, Ahmet Doğan ve Hasan Özcan'ın soruşturma aşamasında müdafi yardımından yararlandırılmadığına ilişkin şikâyetlerinin *açıkça dayanaktan yoksun olması*

nedenleriyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

5. Başvurucu Aligül Alkaya'nın müdafii yardımından yararlandırılmadığına ilişkin şikâyetinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

6. Başvuruculaların hakkaniyete uygun yargılanma haklarının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerinin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Başvurucu Ali Alkaya'nın Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında güvence altına alınan soruşturma aşamasında avukat yardımından yararlandırılma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Başvuruculaların, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma haklarının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere kararın İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine,

D. Başvuruculaların tazminata ilişkin taleplerinin REDDİNE,

E. 198,35 TL harç ve 1.500 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

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

27/10/2015 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

SENDİKA HAKKI (MD. 51)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

KRİSTAL-İŞ SENDİKASI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/12166)

Karar Tarihi 2/7/2015

R.G. Tarih- Sayı: 12/8/2015-29443

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Okan TAŞDELEN
Başvurucu	:	Kristal-İş Sendikası (Cam, Çimento, Seramik ve Top rak Sanayi İşçileri Sendikası)
Vekili	:	Av. Abdi PESOK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu Sendika, yürütülen toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde anlaşma sağlanamaması üzerine aldıkları grev kararının Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenmesi ve bu erteleme kararına karşı yaptıkları yürütmenin durdu-

rulması talebinin reddedilmesi nedeniyle sendika kurma, toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme ile grev haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tedbir talebinde bulunmuştur.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 23/7/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca, 5/9/2014 tarihinde kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 15/9/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvurunun bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığı, görüşünü 15/10/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Adalet Bakanlığı görüşü başvurucuya 27/10/2014 tarihinde bildirilmiştir. Başvurucu, 10/11/2014 tarihinde karşı beyanda bulunmuştur.

7. Birinci Bölüm tarafından 21/5/2015 tarihinde yapılan toplantıda, başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

9. Başvurucu Kristal-İş Sendikası ile Türkiye Cam, Çimento ve Toprak Sanayi İşverenleri Sendikası arasında yürütülen 24. Dönem Toplu İş Sözleşmesi Görüşmeleri'nde anlaşma sağlanamaması üzerine Kristal-İş Sendikası tarafından 20/6/2014 tarihinde greve gidilmiştir. Grev, altı şirketi ve on ayrı fabrikayı ilgilendirmekte ve cam sektörünün tüm alt sektörlerini (düz cam, otomotiv camı, cam ev eşyası, şişe, cam elyaf, ısıya dayanıklı camlar vb.) kapsamaktadır.

10. Bakanlar Kurulunun 27/6/2014 tarihli ve 2903 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 25/6/2014 tarihli kararıyla "*Türkiye Şişe ve Cam Fabrikaları Anonim*

Şirketine bağlı işyerlerinde Kristal-İş Sendikası tarafından uygulanmakta olan grevin genel sağlığı ve millî güvenliği bozucu nitelikte görüldüğünden 60 gün süreyle ertelenmesi" kararlaştırılmıştır.

11. Bu kararın iptal edilmesi için başvurucu Sendika tarafından Danıştay Onuncu Dairesine E.2014/3628 sayılı dosya üzerinden dava açılmış ve yürütmenin durdurulması talep edilmiştir.

12. Yürütmenin durdurulması talebi Danıştay Onuncu Dairesi tarafından 16/7/2014 tarihinde oy çokluğuyla reddedilmiştir. Karar gerekçesinde, grev uygulanan iş yerlerinde ülkemizin cam üretiminin %90'ının gerçekleştirildiği ve davalı Başbakanlıkça gönderilen Ekonomi Bakanlığının, Millî Savunma Bakanlığının, Sağlık Bakanlığının ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin yazılarında, uygulanan grevin genel sağlığı ve millî güvenliği bozucu etkisinin olduğu yönünde görüş bildirdikleri dikkate alındığında başvurucunun ileri sürdüğü hususların erteleme kararının yürütülmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte görülmediği belirtilmiştir.

13. İki üye, uygulanmakta olan grevin millî güvenliği ve genel sağlığı bozucu nitelikte olduğunu ortaya koyan geçerli ve inandırıcı kanıtların bulunmadığı ve kararın kanunda öngörülmeyen ekonomik sebeplere dayalı olarak alındığını belirterek karara muhalif kalmışlardır. Muhalif üyeler, a) grev hakkının sadece yasada sayılan nedenlere dayanılarak ertelenebileceği; ekonomik, siyasi veya başka bir gerekçeyle erteleme kararı alınmasının mümkün bulunmadığı b) birçok temel hak ve özgürlüğün kullanımının sınırlanmasına veya yasaklanmasına sebep olarak gösterilen millî güvenlik ve genel sağlık kavramlarına ilişkin bir tanım bulunmadığı, soyut ve belirsiz olan bu kavramların geniş yorumlanmasının bu gerekçelerle hemen hemen bütün grevlerin ertelenmesine yol açacağı c) millî güvenlik kavramının Danıştay Onuncu Dairesinin 19/4/2006 tarihli ve E.2003/6134, K.2006/2551 sayılı, genel sağlık kavramının 15/10/1997 tarihli ve E.1995/6497, K.2005/3777 sayılı kararlarında tanımlandığı d) anayasal bir hak ve işçi açısından güvence olan grev hakkının kullanılması nedeniyle üretimin bir süre durmasının millî güvenliği ve/veya genel sağlığı nasıl ve ne şekilde bozduğunun açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması ve bu yapılırken ölçülülük ilkesi ile demokratik toplum gereklerinin dikkate alınması gerektiği şeklinde değerlendirmede bulunmuşlardır.

14. Başvurucu, 23/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Bireysel Başvuru Sonrası Gelişmeler

15. Yürütmenin durdurulması talebinin reddine ilişkin karar 4/8/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 6/8/2014 tarihinde, ret kararına itiraz etmiştir.

17. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu; 23/9/2014 tarihinde, idari işlemin uygulanması hâlinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmediği gerekçesiyle başvurucunun itirazını reddetmiştir.

18. İtirazın reddine ilişkin karara iki üye muhalif kalmıştır. Muhalif üyeler öncelikle, itiraz tarihi itibarıyla altmış günlük erteleme süresinin dolmuş olması nedeniyle 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmemiş olduğunun ileri sürülebileceğini, bununla birlikte grev ertelemesi kararı alındıktan sonra greve devam etme imkânının kalmadığını ve erteleme süresi sonunda taraflarca anlaşma sağlanamaması hâlinde uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca çözümleneceği göz önüne alındığında anayasal bir hak olan grev ve toplu sözleşme hakkının Bakanlar Kurulu kararı ile fiilen ve hukuken ortadan kaldırıldığını belirtmişlerdir. Muhalif üyeler bu nedenlerle işlemin uygulanmasının devam etmesi nedeniyle telafisi güç zarar bulunma koşulunun gerçekleştiği, diğer koşul olan işlemde açıkça hukuka aykırılık bulunup bulunmadığının incelenerek karar verilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmişlerdir.

19. Davanın esasına ilişkin yargılama ise hâlen devam etmektedir.

B. İlgili Hukuk

20. Anayasa'nın "*Grev hakkı ve lokavt*" kenar başlıklı 54. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

"Grev ve lokavtın yasaklandığı hallerde veya ertelendiği durumlarda ertelemenin sonunda, uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Uyuşmazlığın her safhasında taraflar da anlaşarak Yüksek Hakem Kuruluna başvurabilir. Yüksek Hakem Kurulunun kararları kesindir ve toplu iş sözleşmesi hükmündedir."

21. 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "*Grev ve lokavtın ertelenmesi*" kenar başlıklı 63. maddesi şöyledir:

"(1) Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavt genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte ise Bakanlar Kurulu bu uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebilir. Erteleme süresi, kararın yayımı tarihinde başlar.

(2) Erteleme kararının yürürlüğe girmesi üzerine, 60 ıncı maddenin yedinci fıkrasına göre belirlenen arabulucu, uyuşmazlığın çözümü için erteleme süresince her türlü çabayı gösterir. Erteleme süresi içerisinde taraflar aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme de götürebilir.

(3) Erteleme süresinin sonunda anlaşma sağlanamazsa, altı iş günü içinde taraflardan birinin başvurusu üzerine uyuşmazlık Yüksek Hakem Kurulunca çözülür. Aksi takdirde işçi sendikasının yetkisi düşer."

22. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Yürütmenin durdurulması*" kenar başlıklı 27. maddesinin (2) ve (7) numaralı fıkralarının ilgili kısımları şöyledir:

"(2) (Değişik fıkra: 02/07/2012-6352 S.K./57.md.) 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. Yürütmenin durdurulması kararlarında idari işlemin hangi gerekçelerle hukuka açıkça aykırı olduğu ve işlemin uygulanması halinde doğacak telafisi güç veya imkânsız zararların neler olduğunun belirtilmesi zorunludur. ...

(7) Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar; Danıştay dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarına, … kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde 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."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 2/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 23/7/2014 tarihli ve2014/12166 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

24. Başvurucu Sendika, Bakanlar Kurulu kararına göre uyuşmazlık kapsamında yer alan iş yerlerindeki grevin 60 gün süreyle ertelenmesi ve bu süre sonuna kadar taraflar arasında anlaşma sağlanamaması veya tarafların aralarında anlaşarak uyuşmazlığı özel hakeme götürmemesi durumunda 1/9/2014 tarihine kadar taraflardan birinin başvurusu üzerine konunun Yüksek Hakem Kurulu tarafından çözüleceğini belirtmiştir. Başvurucu, Anayasa'nın 54. maddesine göre Yüksek Hakem Kurulu kararlarının kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olması sebebiyle erteleme kararının fiili olarak bir grev yasağına dönüştüğünü ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, gerekçelendirilmeksizin soyut olarak Kanun'da belirtilen nedenlere dayanılmasının yeterli olmayacağı-

nı, yargı kararları uyarınca millî güvenlik ve genel sağlık kavramlarının dar yorumlanması gerektiğini, Bakanlar Kurulu kararında grev ile erteleme kararına dayanak yapılan gerekçeler arasındaki bağın ortaya konulmadığını ifade etmiştir. Başvurucu, 2003 ve 2004 yıllarındaki grev erteleme kararlarına ilişkin olarak Uluslararası Çalışma Örgütünün denetim organı olan Sendika Özgürlüğü Komitesi tarafından 87 sayılı Sözleşme'ye aykırılık tespit edilmiştir. Başvurucu, bu nedenlerle Anayasa'nın 51., 53. ve 54. maddelerindeki sendika kurma, toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme ile grev haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, iddia ettiği ihlallere dayanarak tedbiren grev erteleme kararının durdurulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

25. Başvurucu ayrıca somut olayda etkili yolun yürütmenin durdurulması talebi olduğunu fakat Danıştayın, bu yöndeki taleplerini reddettiğini belirtmiştir. Başvurucu Sendikaya göre devam etmekte olan iptal davası etkili bir yol oluşturmamaktadır. Başvurucu, uyuşmazlığın 6356 sayılı Kanun'un 63. maddesinin öngördüğü hükümler çerçevesinde Yüksek Hakem Kuruluna taşınmasına kadar Danıştayın iptal davasını esastan karara bağlamasının mümkün olmadığını ve daha sonrasında verilecek yargı kararının, toplu iş sözleşmesi hükmündeki Yüksek Hakem Kurulunun kararına bir etkisi olmayacağını belirtmiştir.

B. Değerlendirme

26. Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirme ile bağlı olmaksızın olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder.

27. Sendika hakkı, örgütlenme özgürlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır. Bu hak, mensuplarının menfaatlerini korumak üzere yapılan sendikal faaliyetlere izin verilmesini de gerektirmektedir. Bu çerçevede her ne kadar ayrı bir hak grubu teşkil etmeseler de grev ve toplu sözleşme hakkı, üyelerinin menfaatlerini korumak için sendikaların kullanabileceği en önemli yollardandır (Aynı yöndeki AİHM kararları için bkz.*Demir ve Baykara/Türkiye* [BD], B. No: 34503/97, 12/11/2008, § 154; ve *Schmidt ve Dahlström/İsveç*, B. No:5589/72, 6/2/1976, § 36). Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, başvurucunun şikâyetlerini sendika hakkı kapsamında incelemiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Etkili Başvuru Yolunun Tespiti

28. Adalet Bakanlığı görüşünde, yürütmenin durdurulması talebinin Danıştay tarafından reddedilmesinin ardından dosyanın, hâlen bu konudaki itiraz incelenmek üzere Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu önünde olduğu belirtilmiştir. Bakanlık ayrıca Danıştayın iptal kararı vermesi hâlinde erteleme

kararının hiç alınmamış gibi olacağının ve eski hâle dönülmesi için idarenin fiilî ve hukuki eylemleri icra etmesi gerekeceğinin altını çizmiştir.

29. Başvurucu cevaben Danıştay tarafından verilecek grev ertelemesinin iptali kararının, sendika ve grev hakkına yönelik ihlalin onarımını sağlamayacağını ve bu haklarını yeniden kullanamayacaklarını ileri sürmüştür. Başvurucu, yürütmenin durdurulması talebi bakımından ise 2577 sayılı Kanun'un 27. maddesinin yedinci fıkra hükmüne rağmen İdari Dava Daireleri Kurulunun yedi gün içinde karar vermemesi nedeniyle 28/9/2014 tarihinde toplu iş sözleşmesi imzalamak zorunda kaldıklarını ve yürütmeyi durdurmanın reddine itirazın etkili yol olmaktan çıktığını iddia etmiştir.

30. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için ihlale neden olduğu iddia edilen işlem veya eylem için öngörülen idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerekir. Asıl olan, hak ve özgürlüklere kamu otoritelerince saygı gösterilmesi ve olası bir ihlal durumunda bunun idari ve/veya yargısal olağan yollarla giderilmesidir. Bu nedenle bireysel başvuru yoluna ancak kanunda öngörülen olağan yollar tüketilmesine rağmen ihlalin ortadan kaldırılamadığı durumlarda gidilebilir (bkz. *Hamit Kaya*, B. No: 2012/338, 2/7/2013, § 29).

31. Bununla birlikte, tüketilmesi gereken başvuru yolları, başvurucunun şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yollarını ifade etmektedir. Ayrıca başvuru yollarını tüketme kuralına uygunluğun denetlenmesinde somut başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda yalnızca hukuk sisteminde birtakım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvurucunun kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvurucunun, kendisinden başvuru yollarının tüketilmesi noktasında beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediğinin başvurunun özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gerekir (bkz. S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28; aynı yöndeki AİHM kararı için *İlhan/Türkiye*, B. No: 22277/93, 27/7/2000, §§ 56-64).

32. Somut olayda başvurucu Sendika, toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sürerken üyelerinin menfaatlerini korumak üzere grev kararı almıştır. Bakanlar Kurulunun, 25/6/2014 tarihli kararıyla grevin uygulanması 60 gün süreyle ertelenmiştir. Başvurucu, buna yönelik olarak iptal davasıyla birlikte yürütmenin durdurulmasını da talep etmiştir.

33. 60 günlük sürenin sonunda Sendika, yetkisinin düşmesinin önüne geçmek için 6356 sayılı Kanun'un 63. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince uyuşmazlığın çözümü için Yüksek Hakem Kuruluna başvurmak veya toplu iş söz-

leşmesi imzalamak zorunda kalacaktır ki mevcut başvuruda da ikinci durum gerçekleşmiştir. Uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunun önüne getirilmesi durumunda ise verilen karar, Anayasa'nın 54. maddesi uyarınca kesin ve toplu iş sözleşmesi hükmünde olduğundan bu aşamadan sonra idari dava kapsamında işin esasına yönelik olarak verilecek bir iptal kararı toplu iş sözleşmesindeki hakları korumak için yapılan grev hakkını canlandıramayacaktır. Bu nedenle iptal davasının esastan karara bağlanması, somut olayın koşullarında Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında tüketilmesi gereken bir yol olarak nitelendirilemez.

34. Sonuç olarak mevcut başvuru yönünden, başvurucu Sendikanın grev hakkının engellendiği iddiası bakımından makul bir başarı şansı sunan ve bir çözüm sağlayabilecek başvuru yolunun, Sendikanın grev kararını tekrar uygulamaya koymasına imkân tanıyabilecek yürütmenin durdurulması usulü olduğunun kabulü gerekir.

b. Kabul Edilebilirlik Değerlendirmesi

35. Anayasa'nın 148. maddesinin (3) numaralı 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. 30/3/2011 tarihli 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."

37. Anılan hükümler uyarınca 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. Temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürülmesi, bu makamlar tarafından değerlendirilmesi ve bir çözüme kavuşturulması esastır (bkz. *Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 16).

38. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nite-

likte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca başvurucunun, 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 (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, § 17).

39. Ayrıca 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması, başka bir deyişle bireysel başvurunun yapıldığı tarihte başvuru koşullarının tamamının sağlanmış olması gerekir. Bununla birlikte bir başvuru yolu yoksa ya da olan başvuru yolları etkili değilse Anayasa Mahkemesi somut olayın koşullarını dikkate alarak bir başvurunun incelenmesine karar verebilir (bkz. *Ümit Ata*, B. No: 2012/254, 6/2/2014, § 33).

40. Diğer yandan başvuru yollarının tüketilmiş olmasına dair usul kuralı yorumlanırken kişilerin mahkemeye erişim hakkına halel getirecek bir yorumun benimsenmesinden de kaçınılmalıdır.

41. Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için usule ilişkin belli şartların öngörülmesinin, doğrudan mahkemeye erişim hakkının ihlaline yol açacağı söylenemez. Yine de mahkemelerin usul kurallarını uygularken bir yandan davanın hakkaniyetine halel getirecek kadar katı şekilcilikten, öte yandan kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı esneklikten kaçınmaları gereklidir. Usul kurallarının, hukuki güvenliğin sağlanması ve yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülmesi sonucu adaletin tecelli etmesine hizmet etmek yerine kişilerin davalarının yetkili bir mahkeme tarafından görülmesi bakımından bir çeşit engel hâline gelmeleri durumunda mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır (bkz. *Kamil Koç*, B. No: 2012/660, 7/11/2013, §§ 65 ve 68; aynı yöndeki AİHM kararları için bkz. *Walchli/Fransa,* B. No. 35787/03, 26/7/2007, § 29; *Efstathiou ve Diğerleri/Yunanistan*, B. No: 36998/02, 27/7/2006, § 24; ile *Osu/İtalya*, B. No: 36534/97, 11/7/2002, § 31).

42. AİHM benzer durumlara ilişkin kararlarında, iç hukuktaki başvuru yolları tüketilmeksizin başvuru yapılması hâlinde kabul edilebilirliğe ilişkin incelemesini yaptığı tarih itibarıyla bu yolların tüketilip tüketilmediğine bakmaktadır. İç hukuktaki süreçlerin tamamlanması durumunda başvuruyu iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmamakta ve diğer kabul edilebilirlik şartlarını da karşılayan başvuruları esastan incelemektedir (bkz. *Gavriliță/Moldova*, B. No: 22741/06, 22/4/2014, § 53; *Mercuri/İtalya*,

B. No: 14055/04, 22/10/2013, § 27; *Yelden ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 16850/09, 3/5/2012, § 40; *E.K./Türkiye*(k.k.), B. No: 28496/95, 28/11/2000 ve *Reringeisen/Avusturya*, B. No: 2614/65, 16/7/1971, §§ 89-93).

43. Mevcut başvuruda, grevin ertelenmesi kararına karşı yapılan yürütmenin durdurulması talebi Danıştay Onuncu Dairesi tarafından 16/7/2014 tarihinde reddedilmiştir. Başvurucu Sendika, talebin reddedilmesine karşı Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna itiraz hakkını kullanmasının öncesinde ve itiraz başvurusunun sonucunu beklemeksizin 23/7/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

44. Başvurucunun yürütmenin durdurulması talebinin reddi kararına karşı itiraz talebi ise 6/8/2014 tarihli olup 23/9/2014 tarihinde karara bağlanmıştır (§§ 16 ve 17).

45. Yukarıda açıklanan ilkeler ışığında, başvuru tarihi itibarıyla başvuru yolları tüketilmeden başvuruda bulunulmuş ise de yürütmenin durdurulması talebinin reddi kararına karşı itirazın incelemesinin bireysel başvuru süreci içinde tamamlandığı anlaşıldığından somut olayın koşullarında başvuru yollarının tüketildiğinin kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

46. Bu itibarla 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

47. Bakanlık görüş yazısında, AİHM içtihatları uyarınca Sözleşme'nin 11. Maddesinin, ortak hareket edilmesi yoluyla sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını koruma ilkesini kapsadığı, devlet tarafından sendikaların üyelerinin ortak çıkarlarını korumak için başvuracağı araçların ve bunlardan birini oluşturan grev hakkının toptan ve genel olarak yasaklanmaması gerektiği, grev hakkının sendika üyelerinin çıkarlarının korunması açısından önemli olduğu fakat 11. maddenin zorunlu bir unsuru olmadığı, bir müdahale söz konusu olduğunda müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının değerlendirildiği ifade edilmiştir.

48. Başvurucu cevap dilekçesinde, AİHM'in çeşitli kararlarında grev hakkının Sözleşme'nin 11. maddesi tarafından açık bir biçimde korunduğunun belirtildiğini ve grev hakkının, anılan maddenin ayrılmaz bir parçası olduğunu ileri sürmüştür.

49. Anayasa'nın "*Sendika kurma hakkı*" kenar başlıklı 51. maddesinin (1) numaralı fıkrası 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."

50. Anayasa'nın "*Toplu iş sözleşmesi ve toplu sözleşme hakkı*" kenar başlıklı 53. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler."

51. Anayasa'nın "*Grev hakkı ve lokavt*" kenar başlıklı 54. maddesinin (1), (2) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir.

Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz.

…

Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir."

52. Sözleşme'nin "*Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü*" kenar başlıklı 11. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

(2) Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

53. Demokrasilerde, vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı bir toplumun önemli bir bileşenidir. Ayrıca 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. 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 görülmektedir (bkz. *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, §§ 31 ve 32).

54. Diğer yandan Sözleşme'nin 11. maddesi metninde yer alan "*çıkarlarını korumak amacıyla*" ibaresi, gereksiz bir detay olmaktan ziyade üyelerin mesleki menfaatlerini korumak için gerçekleştirecekleri sendikal faaliyetlerinin Sözleşme tarafından korunduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Üye devletlerden, bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesine ve geliştirilmesine izin vermelerinin yanı sıra bunları mümkün kılması da beklenmektedir (bkz. *Belçika Ulusal Polis Sendikası/Belçika*, B. No: 4464/70, 27/10/1975, § 39).

55. Bu çerçevede 11. madde içerisinde açıklıkla zikredilmemekle birlikte grev hakkı, sendika üyelerinin çıkarlarının korunmasına hizmet eden en önemli araçlardan biri olarak kabul edilmektedir (bkz. *Schmidt ve Dahlström/İsveç*, § 36). Toplu iş sözleşmesi hakkı ise sendika hakkının asli bir unsuru olarak değerlendirilmelidir (bkz *Demir ve Baykara/Türkiye*, § 154).

56. 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 iki ila altıncı fıkralarında yer alan gerekçelerle müdahaleye izin veren koşullara tabi tutulmuştur (bkz. *Tayfun Cengiz*, § 37). Öte yandan sendika hakkının asıl amacı, "*bireyi, korunan hakkın kullanılmasında kamu makamlarının keyfî 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).

57. Aslında devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasında kesin ayrımlar yapmak her zaman olanaklı değildir. Buna karşın devletin her iki yükümlülüğüne ilişkin olarak, 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 (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Sorensen ve Rasmussen/Danimarka*, B. No: 52562/99 ve 52620/99, 11/1/2006 § 58). Anayasa Mahkemesi bu adil dengenin kurulup kurulmadığına karar verir-

ken, kamu gücünü kullanan organların bu alanda belirli bir takdir aralığına sahip olduğunu göz önünde bulunduracaktır (bkz. *Tayfun Cengiz*, § 37).

58. 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 önünde bulundurulmak zorundadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir (bkz. *Tayfun Cengiz*, § 38).

59. 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 incelenecektir.

a. Müdahalenin Mevcudiyeti

60. Başvurucu Sendika, almış oldukları grev kararının Bakanlar Kurulu kararıyla 60 gün süreyle ertelenmesinin sendika hakkına müdahale teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Bakanlık görüşünde, başvurucunun iddiasına yönelik bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

61. Başvurucunun sendikal faaliyet kapsamında uygulamaya koyduğu grev kararının ertelenmesi sonucunda sendika hakkına yönelik bir müdahalenin gerçekleştiği açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

62. Yukarıda anılan müdahalenin Anayasa'nın 51. maddesinin ihlali sonucuna yol açıp açmadığına karar vermek için müdahalenin; kanunilik, meşru amaç gütme ile demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük şartları ışığında incelenmesi gerekir.

i. Kanunilik

63. Kanunilik şartı, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların yalnızca şeklî olarak kanunla düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp bunların içerik olarak belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmalarına ilişkin gerekliliği de 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 öncesin-

de 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 statüsü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip bir kanunun, aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir (bkz. *Günay Okan*, B. No: 2013/8114, 17/9/2014, § 23; AYM, E.2011/62, K.2012/2, K.T. 12/1/2012).

64. Anayasa Mahkemesi, 6356 sayılı Kanun'un "*Grev ve lokavtın ertelenmesi*" kenar başlıklı 63. maddesinin "*kanunilik*" ölçütünü karşıladığı sonucuna varmıştır (§ 21).

ii. Meşru Amaç

65. 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 yapılmış olması gerekir.

66. Bakanlar Kurulu, erteleme kararını grevin, genel sağlığı ve milli güvenliği bozucu nitelikte olması gerekçesine dayandırmıştır. Danıştay Onuncu Dairesi ise gelen yazılarda, grevin yukarıda belirtilen iki olumsuz şartı taşıdığının bildirilmesini, yürütmenin durdurulması talebinin reddine gerekçe olarak kabul etmiştir. Danıştay bununla birlikte grevin ne şekilde genel sağlığı ve millî güvenliği bozucu bir nitelik taşıdığına ilişkin bir değerlendirmede bulunmamıştır.

67. Anayasa Mahkemesi, grev erteleme kararının 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 somut başvurunun koşullarında gerekli olmadığı şeklinde değerlendirmektedir.

iii. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

68. Bakanlık görüşünde, örgütlenme özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin varlığı hâlinde söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına bakılacağı ve demokratik toplumda gereklilik kavramının müdahale teşkil eden eylemin acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanması ve takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olması unsurlarını içerdiği belirtilmiştir.

69. Sendika hakkı mutlak olmadığından bazı sınırlandırmalara tabi tutulabilir. Bu nedenle Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan gerekçelere dayanan sınırlandırmaların, Anayasa'nın 13. maddesinin güvencesinde olan demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır.

70. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup bu hak ve özgürlükleri tümüyle kullanılamaz hâle 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 (bkz. AYM, E.2006/142, K.2008/148, K.T. 24/9/2008). Diğer bir ifadeyle yapılan sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunarak bu hak ve özgürlüklerin kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hâle getiriyorsa veya ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlama aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır (bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No.: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 49 ve 50).

71. 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 (bkz. *Bekir Coşkun*, § 53). Anayasa Mahkemesi amaç ile araç arasında makul bir ilişki ve dengenin bulunup bulunmadığını inceler.

72. 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, seçilen müdahalenin hedeflenen amaca ulaşabilmek için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir (*Bekir Coşkun*, § 54).

73. Başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmenin temel ekseni, 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 konulamadığı olacaktır.

74. "G*erekli*" kavramı, "*zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç*"a işaret etmektedir (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72,

7/12/1976, § 48). O hâlde örgütlenme özgürlüğüne ve sendika hakkına yargısal veya idari bir müdahalenin, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığına bakmak gerekecektir. Bu çerçevede bir müdahale, meşru amaçla orantılı bir müdahale olmalıdır. İkinci olarak müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdikleri gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalıdır (Aynı yöndeki AİHM kararı için bkz. *Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonyalılar Örgütü/Bulgaristan*, B. No: 29221/95 29225/95, 2/10/2001, § 87).

75. Somut olay bakımından, yürütülmekte olan 24. Dönem Toplu İş Sözleşmesi Görüşmeleri'nde anlaşma sağlanamaması üzerine, başvurucu Sendika 20/6/2014 tarihinde greve başlamıştır. Bakanlar Kurulunun 27/6/2014 tarihinden itibaren geçerlilik kazanan kararıyla ise genel sağlığı ve millî güvenliği bozucu nitelikte olduğu gerekçesiyle grevin 60 gün süreyle ertelenmesi kararlaştırılmıştır.

76. Bakanlar Kurulu kararına karşı açtığı davada başvurucu, şikâyetine ilişkin etkili bir çözüm sunabilecek yürütmenin durdurulması talebinde de bulunmuştur. Danıştay Onuncu Dairesi, cam üretiminin %90'ının grev uygulanan iş yerlerinde gerçekleştirildiği ve ilgili kurumlarca verilen görüşlerde, uygulanan grevin genel sağlığı ve millî güvenliği bozucu etkisinin olduğunun belirtildiği gerekçeleriyle yürütmenin durdurulması şartlarının gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. Başvurucu Sendika, bu karara karşı itiraz etmişse de Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, kararını 23/9/2014 tarihinde yani 60 günlük erteleme süresinin dolmasının sonrasında verebilmiştir. Başvurucunun itirazı, sonuç olarak yürütmenin durdurulması şartlarının gerçekleşmediği belirtilerek reddedilmiştir.

77. Başvurucu Sendika, erteleme süresi içinde yürütmenin durdurulması talebinin karara bağlanmaması nedeniyle Sendikanın toplu iş sözleşmesi yetkisinin düşmemesi için 28/8/2014 tarihinde zorunlu olarak toplu iş sözleşmesi imzaladığını belirtmektedir.

78. Anayasa Mahkemesi "*millî güvenlik*" ifadesini, uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfîliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel bir kavram olarak nitelendirmiştir (bkz. AYM, E.1973/41, K.1974/13, K.T. 25/4/1974).

79. Başvurucu Sendika, benzer bir durum bağlamında 2003 yılında da grev kararı almış ve millî güvenliği bozucu nitelikte olduğu gerekçesiyle Bakanlar Kurulu kararı ile grev ertelenmiştir. Başvurucunun, iptal ve yürütmenin durdurulması talebiyle açtığı davada Danıştay Onuncu Dairesi, yasal bir grevin yasada öngörülen anlamda millî güvenliği bozucu nitelikte görülebilmesi için

ülke ve devletin özel savunma ve güvenlik altına alınmasını zorunlu kılacak ciddi tehlikelerin ortaya çıkması gerektiğini belirtmiştir. Danıştay; dosyadaki bilgileri, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin grevin millî güvenlik açısından büyük bir sıkıntı yaratmayacağı şeklindeki görüşünü ve grevin yapıldığı iş yerlerinin ve yapılan işlerin niteliğini dikkate alarak, ertelenen grevin Kanun'da öngörülen anlamda millî güvenliği bozucu nitelik taşımadığı sonucuna varmıştır. İdare tarafından öne sürülen ekonomik sebeplerin, erteleme kararının alınmasını yasal kılmayacağı not edilmiş ve yürütmenin durdurulması talebi kabul edilmiştir (Danıştay Onuncu Dairesinin 12/1/2004 tarihli ve E.2003/6134 sayılı yürütmenin durdurulması kararı). Daha sonrasında ise grev erteleme kararının iptaline hükmedilmiştir (bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 19/4/2006 tarihli ve E.2003/6134 ve K.2006/2551 sayılı kararı).

80. Yukarıda belirtilen yürütmenin durdurulması kararı üzerine başvurucu Sendika tarafından tekrar grev kararı alınmış fakat Bakanlar Kurulu, genel sağlık ve millî güvenlik gerekçeleriyle tekrar grevin ertelenmesi kararı almıştır. Buna karşı açılan davada, Danıştay Onuncu Dairesi millî güvenliğe ilişkin tanımını yinelemiştir. Genel sağlık bakımından ise toplumun önemli bir kesiminin sağlık yönünden veya buna bağlı olarak sosyal bakımdan ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya kalması, giderilmesi olanaksız kayıp ve zararların söz konusu olması gerektiği belirtilmiştir. Danıştay, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin bir önceki davadakiyle aynı nitelikteki görüşünü, grevin etkileyeceği iş yerlerini ve işleri de göz önüne alarak, ertelenen grevin millî güvenliği ve genel sağlığı bozucu nitelikte olmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle, Bakanlar Kurulu kararının iptaline karar verilmiştir (bkz. Danıştay Onuncu Dairesinin 19/4/2006 tarihli ve E.2003/6134 ve K.2006/2551 sayılı kararı).

81. Somut olayda grevi erteleme kararına dayanak yapılan millî güvenlik ve genel sağlık gerekçelerinin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca işaret etmeleri mümkün görünmektedir. Ancak yürütmenin durdurulması incelemesinin başvurucu Sendikanın haklarının korunması bakımından taşıdığı önem dikkate alındığında bu zorlayıcı nedenin inandırıcı biçimde ve açıklıkla ret kararında ortaya konması gerekmektedir. Ek olarak benzer davalarda verilen yürütmenin durdurulması ve iptal kararları da grevin bu davada neden millî güvenliği ve genel sağlığı bozucu nitelikte değerlendirildiğinin gerekçelendirilmesine olan ihtiyacı belirginleştirmiştir.

82. Danıştay Onuncu Dairesinin ret kararında ilgili kurumların genel sağlık ve millî güvenliğe ilişkin görüşlerinin belirtilmesiyle yetinilmiştir. Danıştay bu konuda kendi değerlendirmesinin ne şekilde olduğuna yer vermemiştir. Diğer yandan millî güvenlik ve genel sağlık hususunda yeterli açıklamanın yapılmamasıyla birleştiğinde grevin cam üretiminin %90'ını gerçekleştiren iş yerlerini kapsadığı ifadesi, ekonomik gerekçelerin yürütmenin durdurulması talebinin

reddine esas alındığı algısına da yol açabilecektir. Bu nedenle grevin ertelenmesi kararına karşı yapılan yürürlüğün durdurulması talebinin reddine ilişkin Danıştay kararındaki gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu söylenemez (§ 74).

83. Açıklanan nedenlerle grev erteleme kararının zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca dayandığının ortaya konmadığı ve "*demokratik toplumda gerekli olmadığı*" sonucuna varılmıştır. Sonuç olarak başvurucunun Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

84. Başvurucu, tedbiren grev erteleme kararının durdurulmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

85. 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."

86. Somut olayda, başvurucu herhangi bir maddi veya manevi tazminat talebinde bulunmamıştır.

87. Başvurucu tarafından ödenen ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

88. Kararın bir örneğinin bilgi için Danıştayın ilgili dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

A. Başvurucunun,

1. Sendika hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

B. Kararın bir örneğinin Danıştayın ilgili dairesine GÖNDERİLMESİNE,

C. Başvurucu tarafından ödenen 206,10 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.706,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

D. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal faiz uygulanmasına,

2/7/2015 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

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

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

BÜYÜK BİRLİK PARTİSİ VE SAADET PARTİSİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/8843)

Karar Tarihi: 10/12/2015

R.G. Tarih ve Sayı: 27/1/2016-29606

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:	Murat ŞEN
Başvurucu 1	:	Büyük Birlik Partisi
Temsilcisi	:	Mustafa DESTİCİ
Başvurucu 2	:	Saadet Partisi
Temsilcisi	:	Mustafa KAMALAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, siyasi partilerin devlet yardımından yararlanmaları için milletvekili genel seçimlerinde %3 oy alma şartının aranmasının seçim hakkını ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Büyük Birlik Partisi tarafından 12/6/2014 tarihinde, diğer başvurucu Saadet Partisi tarafından ise 24/6/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan başvuru yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Başvurucu Büyük Birlik Partisinin 2014/8843 sayılı başvurusu için İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 30/6/2014 tarihinde, başvurucu Saadet Partisinin 2014/10107 sayılı başvurusu için İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 30/9/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemelerinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Başvurucu Saadet Partisinin 2014/10107 sayılı başvurusunun, konu bakımından aynı olması nedeniyle diğer başvurucu Büyük Birlik Partisinin 2014/8843 sayılı başvurusu ile birleştirilmesine ve incelemenin birleştirilmiş dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından 5/9/2014 tarihinde, başvuru belgelerinin bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

6. Başvuru konusu olay ve olgular 5/9/2014 tarihinde Bakanlığa bildirilmiş; Bakanlık, verilen ek süre sonunda 10/11/2014 tarihinde görüşlerini Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

7. Bakanlık görüşü 13/11/2014 tarihinde başvurucu Büyük Birlik Partisine tebliğ edilmiş; başvurucu, karşı beyanlarını 27/11/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

8. İkinci Bölümün 1/12/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

10. Yüksek Seçim Kurulunun, 12 Haziran 2011 tarihli 24. Dönem Milletvekili Genel Seçiminde başvurucu Büyük Birlik Partisinin %0,75 oranında, diğer

başvurucu Saadet Partisinin %1,26 oranında oy aldığına ilişkin 22/6/2011 tarihli ve K.1070 sayılı kararı, 23/6/2011 tarihli ve 27973 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

11. Başvurucular, 24. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri'nde 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 33. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen %10'luk seçim barajının altında kalmaları nedeniyle milletvekili çıkaramadıkları ve 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun ek 1. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen %7 oranından fazla oy alamadıkları için siyasi partilere yapılan devlet yardımından yararlanamamıştır.

12. 2820 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinde 2/3/2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda siyasi partilerin devlet yardımı alabilmeleri için öngörülen, milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %7'sinden fazla oy oranına ulaşma şartı %3'e indirilmiştir.

13. Başvurucular 24. Dönem Milletvekili Genel Seçimi'nde aldıkları oy oranını, 2015 yılında yapılacak milletvekili genel seçiminde de almaları durumunda söz konusu hükümlerin uygulanacağını ve bu nedenle devlet yardımından yararlanamamaları hâlinde hak ihlalinin söz konusu olacağını belirterek bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

14. Başvurunun incelendiği tarihten önce 7 Haziran 2015 tarihinde yapılan 25. Dönem Milletvekili Genel Seçimi'nde başvurucu siyasi Partiler seçim ittifakı yaparak Saadet Partisi çatısı altında %2,06 oranında; 1 Kasım 2015 tarihinde yapılan 26. Dönem Milletvekili Genel Seçimi'nde ise Büyük Birlik Partisi %0,53, Saadet Partisi %0,68 oranında oy almıştır.

B. İlgili Hukuk

15. 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Genel seçimlerde ülke genelinde, ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde, geçerli oyların %10'unu geçmeyen partiler milletvekili çıkaramazlar. Bir siyasi parti listesinde yer almış bağımsız adayların seçilebilmesi de listesinde yer aldığı siyasi partinin ülke genelinde ve ara seçimlerde seçim yapılan çevrelerin tümünde yüzde onluk barajı aşması ile mümkündür."

16. 2820 sayılı Kanun'un 61. maddesi şöyledir:

(12/8/1999 tarihli ve 4445 sayılı Kanun'un 6 maddesi) Siyasi partilerin gelirleri amaçlarına aykırı olamaz.

Siyasi partiler aşağıda belirtilen gelirleri elde edebilirler:

a) Parti üyelerinden alınacak giriş aidatı ile üyelik aidatı,

b) Partili milletvekillerinden alınacak milletvekilliği aidatı,

c) (Değişik bent: 7/8/1988 tarihli ve 3420 sayılı Kanun'un 6. maddesi) Milletvekili, belediye başkanlığı, belediye meclis üyeliği ve il genel meclis üyeliği aday adaylarından alınacak özel aidat, (Bu aidatlar 64 üncü maddedeki esaslar dahilinde siyasi partilerin yetkili merkez karar organlarınca tespit ve tahsil olunur.)

d) Parti bayrağı, flaması, rozeti ve benzeri rumuzların satışından sağlanacak gelirler,

e) Parti yayınlarının satış bedelleri,

f) Üye kimlik kartlarının ve parti defter, makbuz ve kağıtlarının sağlanması karşılığında alınacak paralar,

g) Partice tertiplenen balo, eğlence ve konser faaliyetlerinden sağlanacak gelirler,

h) Parti mal varlığından elde edilecek gelirler,

i) Bağışlar.

j) (Ek bent: 27/6/1984tarihli ve 3032 sayılı Kanun'un 1 maddesi) Devletçe yapılan yardımlar.

(h) bendinde yazılı parti mal varlığından elde edilen gelirler hariç olmak üzere, diğer bentlerde yazılı kaynaklardan elde edilen gelirlerden hiçbir surette vergi, resim ve harç alınmaz."

17. 2820 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Yüksek Seçim Kurulunca son milletvekili genel seçimlerine katılma hakkı tanınan ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 33 üncü maddesindeki genel barajı aşmış bulunan siyasi partilere her yıl Hazineden ödenmek üzere o yılki genel bütçe gelirleri "(B) Cetveli" toplanmış beşbinde ikisi oranında ödenek mali yıl için konur.

(Değişik ilk cümle: 12/8/1999 tarihli ve 4445 sayılı Kanun'un 21. maddesi) Bu ödenek, yukarıdaki fıkra gereğince Devlet yardımı yapılacak siyasi partiler arasında, bu partilerin genel seçim sonrasında Yüksek Seçim Kurulunca ilan edilen toplam geçerli oy sayıları ile orantılı olarak bölüştürülmek suretiyle her yıl ödenir. Bu ödemelerin o yılki genel bütçe kanununun yürürlüğe girmesini takiben on gün içinde tamamlanması zorunludur.

(Mülga üçüncü fıkra: 12/8/1999 tarihli ve 4445 sayılı Kanun'un 21. maddesi)

(Değişik fıkra: 2/3/2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanun'un 4. maddesi) Bu madde uyarınca yapılacak yardımlar sadece parti ihtiyaçları veya parti çalışmalarında kullanılır.

(Değişik fıkra: 2/3/2014 tarihli ve 6529 sayılı Kanun'un 4. maddesi) Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %3'ünden fazlasını alan siyasi partilere de Devlet yardımı yapılır. Bu yardım en az Devlet yardımı alan siyasi partinin ikinci fıkra gereğince almış olduğu yardım ve genel seçimlerde aldığı toplam geçerli oy esas alınarak kazandıkları oyla orantılı olarak yapılır. Bu fıkra uyarınca yapılacak yardım bir milyon Türk Lirasından az olamaz. Bunun için her yıl Maliye Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konulur.

(Ek fıkra: 7/8/1988 tarihli ve 3420 sayılı Kanun'un 1. maddesi) Yukarıdaki fıkralarda öngörülen yardım miktarları; bu yardımdan faydalanabilecek siyasi partilere, milletvekili genel seçiminin yapılacağı yıl üç katı, mahalli idareler genel seçim yılı için iki katı olarak ödenir. Her iki seçim aynı yıl içerisinde yapıldığında bu ödemenin miktarı üç katı geçemez. Bu fıkra gereğince yapılacak katlı ödemeler, Yüksek Seçim Kurulunun seçim takvimine dair kararının ilanını izleyen 10 gün içinde yapılır.

(Ek fıkra: 12/8/1999 tarihli ve 4445 sayılı Kanun'un 21. maddesi) Bu Kanunun 76 ncı maddesi hükmü dairesinde gelirleri Hazineye irad kaydedilen ve taşınmaz malları Hazine adına tapuya tescil edilen siyasi partilere, bu madde gereğince yapılacak Devlet yardımından, Hazineye irad kaydedilen gelirin Hazine adına tapuya tescil edilen taşınmazların toplam değerinin iki katı indirilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 10/12/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvurucuların 12/6/2014 tarihli ve 2014/8843 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

19. Başvurucular; Anayasa'nın 68. maddesinde siyasi partilere yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapılacağı hususunun düzenlendiğini, seçim barajını geçemeyen siyasi partilere devlet yardımı yapılmamasının adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu, siyasi partiler arasında fırsat eşitsizliği yaratıldığını, anılan hükümlerin 2015 yılında yapılacak seçimlerde uygulanması kuvvetle muhtemel olduğundan bu işlemden potansiyel mağdur olarak etkilendiklerini belirterek Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 68., 69. ve 90. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

20. Başvurucular, devlet yardımı yapılmasına ilişkin anılan hükmün iptal edilmesi için başvurunun Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna sevk edilmesi

talebinde bulunmuşlardır. Başvuruculardan Saadet Partisi ayrıca geriye dönük olarak gerekli devlet yardımının ödenmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

21. Bakanlık görüşünde öncelikle "potansiyel mağdur" kavramı temelinde değerlendirmeler yer almaktadır. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) içtihatlarına atıfta bulunularak AİHM'in mağdur kavramını iç hukuktan farklı olarak özerk bir şekilde yorumladığı ve bu bağlamda potansiyel mağdurluk statüsünü kabul ettiği belirtilmiştir. Öte yandan Bakanlık, 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceğini hatırlatmıştır.

22. Bakanlığın esas hakkındaki görüşlerinde AİHM'in ülkemizle ilgili verdiği yakın tarihli bir kararında, genel seçimlere katılıp %7'nin altında oy alan siyasi partilere devlet yardımı yapılamaması nedeniyle seçme ve seçilme hakkı ile ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri incelediği belirtilmiştir (*Özgürlük ve Dayanışma Partisi/Türkiye*, B. No: 7819/03, 10/5/2012). Bakanlık anılan kararda, olay tarihinde Türkiye'deki oranın (%7) Avrupa Konseyine üye devletler arasındaki en yüksek oran olduğunu ancak söz konusu barajın yüksek olmasının devlet yardımında bir tekel oluşmasına yol açmadığını, pek çok siyasi partinin anılan yardımdan yararlandığını, başvurucu Partinin de geçmiş seçimlerde elde ettiği oy oranının %7'nin epeyce altında olduğunu ve bu oy oranı ile diğer birçok Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde de devlet yardımından yararlanılamayacağını belirterek anılan başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddede düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar verildiği vurgulanmıştır.

23. Başvurucu Büyük Birlik Partisi, Bakanlık görüşüne karşı beyanında özetle başvurunun kabul edilebilir nitelikte olduğunu, AİHM'in ayrımcılık temelinde sınırlı bir inceleme yaptığını ve bu bağlamda siyasi partilere yapılan mali yardımın demokrasi için önemini ifade etmiştir.

24. Başvurucular, Anayasa'nın 68. maddesinde siyasi partilere yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapılacağının düzenlendiğini, öngörülen barajı geçemeyen siyasi partilere devlet yardımı yapılmamasının adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu ve bunun siyasi partiler arasında fırsat eşitsizliği yarattığını belirterek Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 68., 69. ve 90. maddelerinde tanımlanan hakların ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Anayasa Mahkeme-

si, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Bu nedenle başvurucuların şikâyetlerinin esas itibarıyla seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkıyla ilgili olduğu ve Anayasa'nın 67. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

25. Öte yandan başvuru tarihi dikkate alındığında ileride kendilerine uygulanması muhtemel bir yasama işlemine karşı başvuruda bulunan başvurucuların bireysel başvuru anlamında mağdur olup olmadıklarının ön mesele olarak incelenmesi gerekir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

26. Başvurucular, 2011 yılında yapılan 24. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri'nde aldıkları oy oranını gözeterek 2015 yılında yapılacak genel seçimlerde de aynı oranda oy almaları hâlinde 2820 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi gereğince devlet yardımından yararlanamayacak olma ihtimallerinin Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına aykırı olduğunu ve bahsedilen Kanun maddesinin iptalinin gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

27. 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. ..."

28. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasışöyledir:

"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."

29. 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 ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir."

30. 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 ön koşullar; başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı başvurucunun "güncel bir hakkının ihlal edilmesi", bu ihlalden dolayı kişinin "kişisel olarak" ve "doğrudan" etkilenmiş olması ve bunların sonucunda başvurucunun kendisinin "mağdur" olduğunu ileri sürmesidir (*Fethi Ahmet Özer*, B. No: 2013/6179, 20/3/2014, § 24).

31. Başvuru konusu olayda başvurucu siyasi partiler, 2011 Milletvekili Genel Seçimi sonuçlarına bakarak 2015 genel seçimlerinde %3'lük devlet yardımı için gerekli oy oranına ulaşamama ihtimali üzerine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Bu kapsamda başvurucular kendilerine uygulanması muhtemel yasama işleminin hak ihlaline yol açacağını ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla başvuru, 2015 Milletvekili Genel Seçimleri sonucuna ilişkin ihtimallere dayanmaktadır. Bu durumda başvuru tarihi itibarıyla başvuruculara 2820 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin uygulanmasının kesin olduğunu söylemek mümkün değildir. Sonuç olarak başvurucuların başvuru tarihinde "mağdur" oldukları söylenemez.

32. Öte yandan başvurunun incelendiği tarih itibarıyla 2015 yılında iki ayrı milletvekili genel seçimi yapılmış, her iki seçimde de başvurucu siyasi partiler %3 oy oranına ulaşamamışlardır. Başvuru konusu olay bu açıdan değerlendirildiğinde sözü edilen hükmün başvurucular aleyhine bir sonuç doğurduğu ve bu nedenle başvurucu siyasi partilerin devlet yardımından yararlanamayacakları açıktır. Bu durumda başvurunun inceleme tarihi gözetildiğinde başvuruculaların "mağdur" statüsü kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

33. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı"* kenar başlıklı 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."*

34. Anılan Kanun hükmü ile yasama işlemleri aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı kurala bağlanmıştır.

35. Bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespit edildiği ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvencedir. Ancak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak düzenlenmemiştir. Bir yasama işlemi veya düzenleyici idari işlemin, temel hak ve özgürlüğün ihlaline neden olması durumunda bireysel başvuru yoluyla doğrudan bu işlemlere değil,

ancak yasama veya düzenleyici idari işlemin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir (*Süleyman Erte*, B. No: 2013/469, 16/4/2013, §§ 15, 17; *Serkan Acar*, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 37).

36. 24. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri'nde %3'lük barajın altında kalarak devlet yardımından faydalanamayan başvurucuların iddialarının -başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla- doğrudan yasama işlemine değil, yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki örtülü işleme karşı olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurucuların bireysel başvuru anlamında mağdurluk statülerinin bulunduğunun kabulü gerekir.

37. Açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de görülmeyen başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekmektedir. Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

38. 2820 sayılı Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasına göre bir siyasi partinin devlet yardımından yararlanmaya hak kazanabilmesi için Yüksek Seçim Kurulunca bu partiye son milletvekili seçimlerine katılma hakkı tanınmış ve partinin de 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinde öngörülen %10'luk barajı aşmış olması gerekmektedir. Ancak anılan maddenin dördüncü fıkrasının birinci cümlesine göre bir siyasi parti geçerli oyların %3'ünden fazlasını almışsa 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesindeki genel barajı aşamamış olsa da devlet yardımına hak kazanmaktadır. Sonuç olarak bir siyasi partinin devlet yardımından yararlanabilmesi için ön koşul, milletvekili genel seçimlerine girmiş olmak ve bu seçimlerde geçerli oyların %3'ünden fazlasını elde etmektir.

39. 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."

40. Anayasa'nın 68. maddesinin son fıkrası şöyledir:

"Siyasi partilere, Devlet, yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapar. Partilere yapılacak yardımın, alacakları üye aidatının ve bağışların tabi olduğu esaslar kanunla düzenlenir."

41. Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi şöyledir:

"Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.'

42. Anayasa'nın 67. maddesinde; seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Çoğulcu demokratik rejimlerin vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilen siyasi partiler, millî iradenin oluşumu, anayasal rejimin işleyişi, siyasal düzeninin varlığı için belirleyici rolü olan kuruluşlardır. (*Şeyhmus Turan*, B. No: 2014/9894, 22/6/2015, § 66). Bu nedenle Anayasa'nın 68. maddesi, siyasi partileri demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez ögeleri olarak nitelendirmiş ve son fıkrasında siyasi partilere yeterli düzeyde ve hakça devlet yardımı yapılacağı kabul edilmiştir.

43. 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. Sözleşme ve demokrasi arasındaki ilişkinin açıkça ortaya konduğu Sözleşme'nin ön sözünde insan haklarının ve temel özgürlüklerin hayata geçirilmesi ve sürdürülebilmesinin bir yandan etkili bir siyasal demokrasi, diğer yandan insan haklarına ortak bir yaklaşım ve uyum ile sağlanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda demokrasi, Sözleşme'nin öngördüğü tek ve Sözleşme'ye uygun tamamlayıcı bir siyasal sistemdir (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye,* B. No: 19392/92, 30/1/1998, § 45; *Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika*, B. No: 9267/81, 2/3/1987, § 47; *Ždanoka/Letonya,* B. No: 58278/00, 16/3/2006, §§ 98, 103; *Yumak ve Sadak/Türkiye* [BD], B. No: 10226/03, 8/7/2008, § 105).

44. Çoğulcu demokrasilerin geliştirilmesi ve sürdürülebilmesi için seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının mevcudiyeti ve bu hakkın çağdaş demokrasilerde sağlanan güvenceler ile seçimlerde hayata geçirilmesi elzemdir. Bu nedenle seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının sadece teorik olarak ve görünüşte bir varlığa sahip olması yeterli olmayıp, etkili bir şekilde uygulanması da gereklidir (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye,* § 33).

45. Anayasa'nın 67. maddesinde düzenlenen seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına ilişkin bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesinin görevi, bireysel başvurunun ikincilliği ve olağanüstü bir kanun yolu olması nedeniyle öncelikle hakka yönelik bir müdahale olup olmadığını, varsa müdahale ile hakkın özüne zarar verilip verilmediğini, kanuni bir amaç güdülüp

güdülmediğini, etkinliğini kaybetmesine neden olacak şekilde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını ve uygulanan yöntemlerin ölçülü olup olmadığını incelemektir.

46. Siyasi partilerin yukarıda açıklanan rollerini yerine getirebilmeleri için gerekli, yeterli maddi ve nakdî olanaklara sahip olmaları zorunludur. Milletvekili ve yerel yönetimler seçimlerine katılarak "millî iradenin" oluşmasını sağlamayı üstlenen siyasi partilerin yaşamalarına ve gelişmelerine halkın ilgisinin yeterli olmadığı durumlarda onları, çok partili demokratik düzenin gerekli kıldığı ölçüde devletçe yardım yapılmasından yoksun kılmak, onların paraca güçlü kimi kişi ve kuruluşların etki ve baskısı altına düşme tehlikesi ile karşılaşmalarını istemek olur. Parti içi çalışmaların demokrasi esaslarına uygun olması zorunluluğunu zedeleyen böyle bir tehlike ancak devletin yardımıyla giderilebilir (AYM, E.1988/39, K.1989/29, 6/7/1989).

47. Anayasa'nın 68. maddesinin son fıkrasında siyasi partilere devlet tarafından yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapılması da bir yükümlülük olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda siyasi partilere yapılacak devlet yardımının belirlenmesinde 2820 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi gereğince %3 oranında bir sınır belirlenmesinin seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır. Bu bağlamda incelenmesi gereken diğer bir husus, devlet yardımından yararlanmanın belirli kriterlere bağlanmasının, seçilme hakkının etkinliğini kaybetmesine neden olacak şekilde özüne dokunup dokunmadığını ve uygulanan yöntemlerin ölçülü olup olmadığını belirlemektir.

48. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin siyasi partilerin finansmanına ilişkin 22/5/2001 tarihli ve 1516 sayılı tavsiye kararında siyasi partilerin görünürlük kazanmak ve fikirlerine siyasi destek bulabilmek için ciddi parasal kaynaklara ihtiyacı olduğuna vurgu yapılarak siyasi partilere ilişkin düzenlemelerin bu gerçekler dikkate alınarak yapılması gerektiği hatırlatılmıştır. Diğer taraftan Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), 9-10/3/2001 tarihinde yapılan 46. Genel Kurul toplantısında "Parti Finansmanına İlişkin Rehber İlkeler" kabul etmiştir. Buna göre kamusal finansman, parlamentoda temsil edilen her partiyi kapsamalıdır. Ancak farklı siyasi partiler arasında fırsat eşitliğini sağlamak amacıyla kamusal finansman, seçmenlerin önemli bir kısmını temsil eden ve seçimlerde aday gösteren partileri de kapsayabilir. Kamusal yardımın düzeyi, yasama organı tarafından periyodik olarak ve objektif kriterler esas alınarak tespit edilir.

49. Siyasi partilere devlet yardımı ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve AİHM de çeşitli başvuruları incelemiştir. Devlet yardımından yararlanabilmek için geçerli oyların en az %3'ünü almış olma zorunluluğu

getiren kanun ile ilgili olarak Güney Kıbrıs aleyhine yapılan bir başvuruda (*New Horizons/Güney Kıbrıs*, B. No: 40436/98, 10/9/1998), Sözleşme'nin partilere devlet yardımını düzenlemediğini hatırlatan Komisyon, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde yer alan hükmün Sözleşme organları tarafından, adaylara ve siyasi partilere seçimlere katılma hakkı tanıdığı şeklinde yorumlandığını hatırlatmıştır. Mahkeme ve Komisyon içtihadında, bu hükümde yer alan *"halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde"* ibaresiyle seçimlere katılma ve oy haklarının kullanılmasında devletin bütün yurttaşlara eşit davranma yükümlülüğünün bulunduğuna işaret edildiği belirtilmiştir (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt/Belçika*, § 54).

50. Siyasi partilerin, devlet yardımı almaksızın sadece parti üyeliğinden veya geleneksel kaynaklardan elde edilen finansmanla ayakta kalmalarının zorluğu ortadadır. Özellikle politik rekabetin arttığı, karmaşık ve masraflı iletişim imkânlarının sürekli geliştiği günümüzde bu daha da anlaşılır olmaktadır. Devlet yardımının amacı, siyasi partilerin yolsuzluklara bulaşmasını ve ekonomik olarak güçlü kimi kişi ve kuruluşların etki ve baskısı altına girme tehlikesini engellemektir. Bu bağlamda devlet yardımı yapılması, siyasi çoğulculuğu güçlendirmeye ve demokratik kuruluşlardan beklenen görevlerin yerine getirilmesini sağlamaya yöneliktir (*Özgürlük ve Dayanışma Partisi/Türkiye*, § 37).

51. Diğer taraftan devlet yardımı için asgari bir sınırın belirlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde asgari bir sınırın olmadığı bir sistem, ters etki yaparak yardımdan yararlanma beklentisinde olan siyasi parti sayılarında bir artışa neden olabilir. Zira alınan her oy, devlet yardımı temelinde bir gelir kapısı olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla siyasi partilerin devlet yardımından yararlanabilmeleri için 2820 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi ile bir sınır belirlenmesi, seçilme hakkının etkinliğini ortadan kaldıran bir düzenleme olarak değerlendirilemez. Bu kapsamda Avrupa ülkelerinde standart bir devlet yardımı uygulamasından bahsetmek de mümkün değildir (*Özgürlük ve Dayanışma Partisi/Türkiye*, § 38).

52. Öte yandan devlet yardımına ilişkin olarak yapılan bir düzenlemede siyasi partilerin demokratik çoğulculuğu güçlendirme fonksiyonu ile aşırı ve işlemez bir aday enflasyonunun dengelenmesi beklenir. Başka bir ifade ile ölçülü bir sınırın belirlenmesi seçilme hakkının etkinliğinin sağlanması için gereklidir.

53. Somut olayda başvurucular 2011 yılında yapılan 24. Dönem ve 2015 yılında yapılan 25. ve 26. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinde %3 sınırını aşamamışlardır. Bu sınır, siyasi partilerin parlamentoda temsil edilme barajı olan %10 oranının çok altında bir orandır. Dolayısıyla seçimlerde parlamen-

toda temsil edilebilmek için yeterli oy oranına ulaşamayan siyasi partiler de devlet yardımından yararlanabilmektedir. Bu sebeple sadece %10 barajını geçebilen siyasi partilerin devlet yardımından yararlandırılması gibi bir durumdan söz etmek mümkün değildir.

54. Öte yandan siyasi partilerin tek gelir kaynağı, doğrudan yapılan devlet yardımı değildir. Bunun dışında 2820 sayılı Kanun'un 61. maddesinde siyasi partilerin diğer gelir kaynakları da belirtilmiştir. Maddede belirtilen gelir kaynaklarından "*parti mal varlığından elde edilecek gelirler*" dışındaki kaynaklardan elde edilen gelirlerin hiçbir surette vergi, resim ve harca tabi olmayacağı kabul edilmiştir.

55. Sonuç olarak mevcut başvuruda, %3 oranında oy alamadıkları için başvurucuların devlet yardımından yararlandırılmamalarının seçilme hakkının etkinliğini kaybetmesine neden olacak şekilde sınırlandığı ve uygulanan yöntemlerin ölçülü olmadığı söylenemez.

56. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Hicabi DURSUN bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Anayasa'nın 67. maddesinin ihlaline ilişkin şikâyetlerin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OY ÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE OY BİRLİĞİYLE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucuların üzerinde bırakılmasına

10/12/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY VE FARKLI GEREKÇE

1. Başvurucular, 2820 sayılı Kanun'un ek birinci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen siyasi partilerin devlet yardımından yararlanabilmeleri için milletvekili genel seçimlerinde %3 oranında oy alma şartının arandığını, bu hükmün adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğunu, siyasi partiler arasında fırsat eşitsizliği yaratıldığını, Anayasa'nın 68. maddesinde siyasi partilere yeterli düzeyde ve hakça mali yardım yapılacağı hususunun düzenlendiğini, seçim barajını geçemeyen partilere devlet yardımı yapılmamasının adalete

uygun olmadığını, anılan hükmün 2015 yılında yapılacak genel seçimlerde uygulanmasının kuvvetle muhtemel olduğunu ve bu hükümden dolayı potansiyel mağdur olarak etkilendiklerini belirterek, Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 68. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşler ve söz konusu hükmün Genel Kurula sevk edilerek iptalini talep etmişlerdir.

2. 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun ek birinci maddesinin dördüncü fıkrası şu şekildedir;

"Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %3'ünden fazlasını alan siyasi partilere de Devlet yardımı yapılır. Bu yardım en az Devlet yardımı alan siyasi partinin ikinci fıkra gereğince almış olduğu yardım ve genel seçimlerde aldığı toplam geçerli oy esas alınarak kazandıkları oyla orantılı olarak yapılır. Bu fıkra uyarınca yapılacak yardım bir milyon Türk Lirasından az olamaz. Bunun için her yıl Maliye Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konulur."

3. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu çoğunluğunca, yapılan başvurunun esasına geçilerek değerlendirme yapılmış, Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır. Ancak anılan çoğunluk görüşüne aşağıda belirtilen nedenlerle katılmamaktayım.

4. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" kenar başlıklı 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."

5. 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemlerin doğrudan bireysel başvuru konusu yapılamayacağı açıkça düzenlenmektedir.

6. Bireysel başvuru yolu, bireylerin maruz kaldığı temel hak ihlallerinin tespitini yapan ve tespit edilen ihlalin ortadan kaldırılması için etkin araçları içeren anayasal bir güvencedir. Bu güvence kapsamında, kişilere doğrudan yasama işleminin iptalini isteme yetkisi tanınmamıştır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu, kamusal bir düzenlemenin soyut biçimde Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini sağlayan bir yol olarak kabul edilemez (B. No. 2012/30, 5/3/2013, § § 16-17).

7. Başvuru konusu olayda, başvurucular 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun ek birinci maddesinin dördüncü fıkrasında yer düzenlenen; "*Milletvekili genel seçimlerinde toplam geçerli oyların %3'ünden fazlasını alan siyasi partilere*

de Devlet yardımı yapılır." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ve iptali edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

8. Bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir. Diğer bir deyişle bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz (B. No. 2014/8842, 6/1/2015, §26) .

9. Başvurucuların, kendilerine uygulanması muhtemel yasama işleminin hak ihlaline yol açtığını ileri sürmesi, iddialarını 2015 Milletvekili Genel Seçimleri sonucundaki ihtimallere dayandırması, bu durumunda kararda başvuru tarihi itibariyle mağdur olmadıkları; ancak başvurunun incelendiği tarih itibariyle 2015 genel seçimlerinin de geçtiği göz önüne alınarak başvuruculuların mağdur statüsünün kapsamında olduğuna ilişkin değerlendirmeye gidilmesi tutarlı görülmemektedir. Bu hususta seçim öncesi ve seçim sonrası şeklinde ikili bir ayrım yapılması neticesinde, seçim öncesi başvurular değerlendirildiğinde "*konu bakımından yetkisizlik*", seçimden sonrasında değerlendirildiğinde ise "*potansiyel mağdur*" olarak karar verilmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Böyle bir durum ise aynı konuda başvuranlar hakkında eşitsizliğe yol açacak, çelişkili karar verilmesine neden olacaktır.

10. Başvurucu siyasi partiler daha önce %10'luk seçim barajının anayasal haklarını ihlal ettiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi 6/1/2015 tarihli ve 2014/8842 başvuru numaralı kararıyla, başvuruculuların iddialarını *".bireysel başvuru yoluyla doğrudan yasama işlemine değil ancak yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem ve ihmallere karşı başvuru yapılabilecektir. bir yasama işleminin doğrudan ve soyut olarak Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılamaz."* gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Başvuru konusunun, başvuruculuların daha önceki % 10'luk seçim barajına ilişkin başvurusundan farkı bulunmamaktadır.

11. Açıklanan nedenlerle, bir yasama işlemi aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından, başvuruların diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *"konu bakımından yetkisizlik"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkemenin çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

12. Başvurucu siyasi partilerin 2015 Milletvekili Genel Seçimlerinde anılan Kanun hükmünün uygulanması ile mağdur oldukları ve yasama işlemine değil de yasama işleminin uygulanması mahiyetindeki işlem, eylem aleyhine bireysel başvuruda bulundukları iddiası haklı görülerek esasa geçilmiştir.

13. 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.**"*

14. 6216 sayılı 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."

15. 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 ihlalini 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.

16. 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, başvurucunun 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).

17. Farklı kurumlar tarafından gerçekleştirilen ihalelerle ilgili olarak Kamu İhale Kurumuna (KİK) yapılan itirazen şikâyet başvurularında alınan başvuru bedellerinin, lehe karar verilmesine rağmen şikâyet eden başvurucuya

iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet, adil yargılanma ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiği iddiası ile yapılan bireysel başvuruda (B. No: 2013/3389, 16/9/2015) Anayasa Mahkemesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 11. ve 12. maddelerine atıfta bulunarak başvurucunun, itirazen şikâyet başvurusu sırasında KİK tarafından kendisinden tahsil edilen bedellerin iade edilmesi konusunda KİK'ten talepte bulunması, KİK'in bu talebe olumsuz cevap vermesi hâlinde bu işleme karşı idare mahkemelerinde dava açması gereğine işaret etmiş ve başvurunun *"başvuru yollarının tüketilmemesi"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

18. Başvurucular açısından da benzer bir durum söz konusu olup öncelikle talepler hakkında ilgili kurum ya da kurumlara başvuruda bulunup bu başvuru/başvurulara olumsuz cevap verilmesi hâlinde dava açma yoluna gidilmesi gerekmektedir. Eğer siyasi partilerin devlet yardımından yararlanabilmeleri hakkındaki Kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülüyorsa, Anayasa'nın 152. maddesinde yer alan hükme göre, ilgili Kanun hükmünün iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne getirilmesi mümkündür.

19. Açıklanan nedenlerle, başvuruya konu ihlal iddiası ile ilgili olarak etkili bir giderim yolu olan dava açma ve itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne getirilmesi imkânı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşıldığından, başvurunun *"başvuru yollarının tüketilmemesi"* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımdan, esasa ilişkin çoğunluk görüşüne bu gerekçe ile katılmaktayım.

Üye
Hicabi DURSUN

SİYASİ ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ (MD. 68)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

METİN BAYYAR VE HALKIN KURTULUŞ PARTİSİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/15220)

Karar Tarihi: 4/6/2015

R.G.Tarih- Sayı: 9/7/2015-29411

GENEL KURUL

KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Alparslan ALTAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Engin YILDIRIM
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Erdal TERCAN
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
Raportör Yrd.	:	Ceren Sedef EREN
Başvurucular	:	1. Metin BAYYAR
		2. Halkın Kurtuluş Partisi
Temsilcisi	:	Nurullah ANKUT (İkinci başvurucu yönünden)
Vekili	:	Av. Sait KIRAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kuruluş tarihinden itibaren üç yıl içinde il kongresini yapmayan başvurucu partinin il teşkilâtı yönetim kurulu başkanı olan birinci başvurucu hakkında idari para cezasına hükmedilmesi nedeniyle her iki başvurucu yönünden ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin; kanuni dayanağı olmadan idari para cezası uygulanması nedeniyle birinci başvurucu yönünden suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin; idare tarafından savunması alınmadan ceza verilmesi nedeniyle birinci başvurucu yönünden adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiaları hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 19/9/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. Bölüm Başkanı tarafından 5/1/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

4. Başvuru konusu olay ve olgular 5/1/2015 tarihinde Bakanlığa bildirilmiştir. Bakanlık, görüşünü 5/2/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

5. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş, başvurucuya 11/2/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 20/2/2015 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. İkinci Bölümün 7/5/2015 tarihinde yaptığı toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAYLAR VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. İkinci başvurucu Halkın Kurtuluş Partisi, yasal olarak kurulmuş ve faaliyetlerini sürdüren bir siyasi partidir. Birinci başvurucu Metin Bayyar hakkında, Bartın Valiliğinin 17/4/2014 tarihli ve 2174 sayılı oluru ile parti il teşkilâtı yönetim kurulu başkanı sıfatıyla 759 TL idari para cezası verilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

" Genel Merkezi Ankara ilinde kurulu ve ilimizde faaliyet gösteren "Halkın Kurtuluş Partisi Bartın İl Teşkilâtı"nın dosyasında yapılan incelemede, 26.11.2010 tarihinde ilimiz merkezinde kuruluşlarını yaparak faaliyetlerini sürdürdükleri, ancak kuruluş tarihinden itibaren 3 (üç) yıl geçmesine rağmen il kongresini yapmadıkları tespit edilmiş olup,

Konu ile ilgili olarak, "Halkın Kurtuluş Partisi Bartın İl Teşkilâtı hakkında il kongresini zamanında yapmadıklarından dolayı 5253 sayılı Dernekler Kanununun 32/b maddesine istinaden İl Teşkilâtı Yönetim Kurulu Başkanına 759 TL idari para cezası uygulanması ."

9. Bartın İl Dernekler Müdürlüğünün, yukarıda verilen karara istinaden birinci başvurucuya uyguladığı idari para cezası tebliğinin ilgili kısmı şöyledir:

" 26.11.2010 tarihinde Bartın il merkezinde Halkın Kurtuluş Partisi İl Teşkilâtının kuruluşunu yaptığınız, ancak kuruluş tarihinden itibaren 3 (üç) yıl geçmesine rağmen il kongresinin zamanında yapılmasını sağlamadığınız tespit edildiğinden, hakkınızda ilgi'de kayıtlı Valilik Makamı Olur'u ile Yediyüzellidokuz (759) TL idari para cezası uygulanmıştır."

10. Birinci başvurucunun anılan işleme karşı yaptığı itiraz, Bartın Sulh Ceza Hâkimliğinin 11/8/2014 tarihli ve D.İş 2014/50 sayılı kararında, idari para cezasının miktarı itibarıyla kesin olarak reddedilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"KABUL GEREKÇE VE DEĞERLENDİRME; Başvuru dilekçesi, Bartın İl Dernekler Müdürlüğü 13/06/2014 tarihli cevabi yazısı ve tüm dosya içeriği birlikte değerlendirildiğinde;

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 14/6, 19/3 ve 20/7. maddelerinde siyasi partilerin her kademe kongrelerinin (büyük kongre, il kongresi, ilçe kongresi)parti tüzüğünün göstereceği süreler içerisinde iki yıldan az 3 yıldan fazla olmayacak süre içerisinde yapılacağı amir hükümle düzenlenmiştir.

Siyasi partilerin il ve ilçe teşkilatlarının olağan kongrelerini süresinde yapmamaları veya birden fazla kez yapmamaları ilgili partinin o il veya ilçedeki teşkilatın kendiliğinden dağılması sonucunu doğrumamakla birlikte kongre süresi geçtikten sonra anılan il ve ilçedeki parti organlarının görevleri ve sıfatları son erecektir.

Bilindiği üzere 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun "kongrelerle ilgili genel hükümler " kenar başlıklı 29/1. maddesinde "22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanununda bu kanuna aykırı olmayan hükümleri siyasi partilerin her kademedeki kongreleri içinde uygulanır hükmünü,

Aynı Kanun'un "Ceza Genel Hükümleri "kenar başlıklı 118. maddesi "bu kanunla 22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanununda bu kanuna yapılan atıflar hakkında söz konusu kanunda yer alan ve bu kanun hükümlerine aykırı bulunmayan ceza müeyyideleri siyasi partiler ve sorumluları hakkında da uygulanır" hükmünü taşımaktadır.

Yukarıda bahsi geçtiği üzere 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 19/3 ve 20/7. maddelerine göre ilçe kongresinin, il kongresinin yapılmasına engel olmayacak şekilde, il kongresinin de büyük kongrenin yapılmasına engel olmayacak şekilde parti tüzüğünde gösterilecek süreler içerisinde toplanacağının düzenlendiği ve yasal süreyi aşmamak şartıyla siyasi partilere takdir hakkı verildiği, anılan amir hükme uyulmaması durumunda ise aynı kanunun 29/1 ve 118. maddeleri aracılığıyla Dernekler Kanunu hükmünün uygulanacağının düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Dernekler Kanunu'nun "Ceza Genel Hükümleri " kenar başlıklı 32 /b maddesinde ise; genel kurulu süresinde toplantıya çağırmayan, genel kurul toplantılarını kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak veya dernek merkezinin bulunduğu veya tüzüğünde belirtilen yer dışında yapan dernek yöneticilerinin idari para cezasına çarptırılacağı hükme bağlanmıştır.

Dosya kapsamındaki tüm bilgi ve belgeler ile yukarıda izah edilen mevzuat çerçevesinde yapılan değerlendirmede; her nekadar itiraz eden vekili itiraza konu dilekçesinde partinin kurulmasından bu yana yeni üye yapamadıklarından dolayı ilk genel kurul toplantısını yapamadıklarını bu nedenle işlenemez suç mahiyetinde bulunduğunu, Medeni Kanun'un 78.maddesinde "... Ancak, bu toplantıya katılan üye sayısı, yönetim ve denetim kurulları üye tam sayısının iki katından az olamaz" hükmünün düzenlendiğini itiraz dilekçesinde belirtmiş ise de, yukarıda 2820 sayılı Yasa'nın ilgili madde hükümlerinde belirtildiği üzere il ve ilçe kongresinin büyük kongrenin yapılmasına engel olmayacak şekilde parti tüzüğünde gösterilecek süreler içerisinde toplanacağı ve genel kurul toplantılarının iki yıldan az 3 yıldan fazla olmayacak süre içerisinde yapılacağı hükmünün düzenlendiği, ilçe seçim genel kurul toplantılarında toplantı yeter sayısının sağlanamaması halinde toplantının nasıl yapılacağı hususunda herhangi bir düzenleme yapılmamış ise de, büyük kongre toplantısının toplantı yeter sayısına ilişkin düzenleme getirdiği ve buna göre ilk çağrıda toplantı yeter sayısının elde edilememesi halinde ikinci çağrı üzerine yapılacak toplantıda toplantı yeter sayısının aranmayacağının hükme bağlandığı, 2820 sayılı Kanun'da düzenlenmeyen konularda Medeni Kanun'un ancak bu kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanabileceği, Medeni Kanun'un toplantı yeter sayısını düzenleyen 78. maddesinin ise özel kanun niteliğindeki 2820 sayılı Kanun'un 14/6 ve 14/9 maddesinde düzenlenen amir nitelikteki hükümlere aykırılık teşkil etmesi nedeniyle uygulanmasının mümkün olmadığı kanaatine varılmakla ilgili mevzuata uygun olarak verilen idari para cezasına ilişkin itirazın reddine karar verilerek aşağıdaki şekilde hüküm tesis edilmiştir."

11. Bu karar, birinci başvurucuya 22/8/2014 tarihinde tebliğ edilmiş, 19/9/2014 tarihinde de bireysel başvuru yapılmıştır.

B. İlgili Hukuk

12. 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun "*İl teşkilâtı*" başlıklı 19. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"İl kongresi, büyük kongrenin yapılmasına engel olmayacak şekilde parti tüzüğünde gösterilen süreler içinde toplanır."

13. Halkın Kurtuluş Partisi Tüzüğü'nün "*Yerel örgütler ve kongreler*" başlıklı 7. maddesinin (c) bendi şöyledir:

"YEREL KONGRELER: Üç yılda bir birbirlerini tamamlayacak sırayla toplanır."

14. 2820 sayılı Kanun'un "*Kongrelerle ilgili genel hükümler*" başlıklı 29. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, siyasi partilerin her kademedeki kongreleri için de uygulanır."

15. 2820 sayılı Kanun'un "*Genel ceza hükümleri*" başlıklı 118. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunla, 22 Kasım 1972 tarihli ve 1630 sayılı Dernekler Kanununa yapılan atıflar hakkında, söz konusu Kanunda yer alan ve bu Kanun hükümlerine aykırı bulunmayan ceza müeyyideleri, siyasi partiler ve sorumluları hakkında da uygulanır."

16. 2820 sayılı Kanun'un "*Diğer sebeplerle başvuru*" başlıklı 104. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Bir siyasi partinin bu Kanunun 101 inci maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bulunması sebebiyle o parti aleyhine Anayasa Mahkemesine, Cumhuriyet Başsavcılığınca re`sen yazı ile başvurulur.

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasî parti hakkında ihtar kararı verir."

17. 22/11/1972 tarihli ve 1630 sayılı mülga Dernekler Kanunu'nun "*Ceza hükümleri*" başlıklı 10. bölümünde yer alan 66. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Genel kurul toplantılarını kanun ve tüzüklerine aykırı olarak yapan dernek yöneticileri hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ikibin liraya kadar ağır para cezası hükmolunur. Gerektiğinde, kanun ve tüzüğe aykırı yapılan genel kurul toplantılarının iptaline de mahkemece karar verilebilir."

18. 4/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "*Cemiyetler ve Dernekler kanunlarına yapılan atıflar*" başlıklı 34. maddesi şöyledir:

"Diğer kanunlarda, 3512 sayılı Cemiyetler Kanunu, 1630 sayılı Dernekler Kanunu veya 2908 sayılı Dernekler Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine veya belli maddelerine yapılan atıflar, bu Kanuna veya bu Kanunun aynı konuları düzenleyen madde veya maddelerine yapılmış sayılır. Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde aynı konuları düzenleyen 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerine atıf yapılmış sayılır."

19. 5253 sayılı Kanun'un "*Ceza hükümleri*" başlıklı 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi şöyledir:

"Genel kurulu süresinde toplantıya çağırmayan, genel kurul toplantılarını kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak veya dernek merkezinin bulunduğu veya tüzüğünde belirtilen yer dışında yapan dernek yöneticilerine beşyüz Türk Lirası idarî para cezası verilir. Mahkemece, kanun ve tüzük hükümlerine aykırı olarak yapılan genel kurul toplantılarının iptaline de karar verilebilir."

20. 5253 sayılı Kanun'un "*Cezaların uygulanması*" başlıklı 33. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunda yazılı olan idarî yaptırımlara karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

21. Mahkemenin 4/6/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurucunun 19/9/2014 tarihli ve 2014/15220 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

22. Başvurucular; ilgili mevzuatta il kongresinin yapılmaması halinde idari para cezası uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamasına rağmen il teşkilâtı yönetim kurulu başkanı Metin Bayyar hakkında, üç yıl içinde il kongresinin gerçekleştirilmediğinden bahisle idari para cezası uygulandığını, il kongresinin gerçekleştirilememe sebebinin kanunda öngörülen yeterli sayıya henüz ulaşılamaması olduğunu, genel kurul yapmak için yeterli üye sayısına ulaşamayan siyasi parti yöneticilerine idari para cezası verilmesinin, özellikle Halkın Kurtuluş Partisi teşkilât yöneticilerinin çoğunun işçi, işsiz, öğrenci ve toplumun yoksul kesimlerinden olduğu da düşünüldüğünde, faaliyetlerini maddi olarak yürütemez hale gelmelerine sebep olacak, il örgütünü kapanma tehlikesiyle karşı karşıya bırakacak, ayrıca birinci başvurucunun örgütlenme

ve dernek kurma faaliyeti içerisinde yer almasını engelleyecek nitelikte bulunduğundan usul ve yasaya aykırı olduğunu belirterek ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin; kanuni dayanağı olmadan idari para cezası uygulanması nedeniyle birinci başvurucu yönünden suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

23. Başvurucular ayrıca, ilgili mevzuata aykırı biçimde idari para cezasını uygulayan idare tarafından savunmasının alınmaması nedeniyle birinci başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini de ileri sürmüşlerdir.

B. Değerlendirme

24. Başvurucular, genel kurul yapmak için yeterli üye sayısına ulaşamayan siyasi parti yöneticisine kanunla öngörülmüş olmamasına rağmen idari para cezası verilmesi ve buna karşı yapılan itirazın mahkemece reddedilmesi sebebiyle ifade özgürlükleri ile birinci başvurucu yönünden suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerse de, anılan iddiaların özü siyasi örgütlenme özgürlüğüne ilişkin bulunduğundan, inceleme ve değerlendirme bu başlık altında yapılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Uygulanabilirlik

25. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına 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 (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 (*Adnan Oktar*, B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 16).

26. Başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinde öncelikle, siyasi örgütlenme özgürlüğünün Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında olup olmadığı değerlendirilmelidir.

27. Anayasa'nın "*Parti kurma, partilere girme, partilerden ayrılma*" başlıklı 68. maddesi şöyledir:

> *"Vatandaşlar, siyasî parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve partilerden ayrılma hakkına sahiptir. Parti üyesi olabilmek için onsekiz yaşını doldurmuş olmak gerekir.*

Siyasî partiler, demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.

Siyasî partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içerisinde faaliyetlerini sürdürürler.

Siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemleri, Devletin bağımsızlığına, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz; sınıf veya zümre diktatörlüğünü veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayamaz; suç işlenmesini teşvik edemez.

..."

28. Sözleşme'nin "*Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü*" başlıklı 11. maddesi şöyledir:

"Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

29. Siyasi parti kurma, üye olma, ayrılma ve siyasi parti içinde faaliyette bulunma serbestîlerini içeren siyasi örgütlenme özgürlüğü, Anayasa'nın 33. maddesinde yer alan genel örgütlenme özgürlüğünden ayrı olarak, Anayasa'nın 68. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 11. maddesinde ise genel olarak örgütlenme özgürlüğü öngörülmüş olup, siyasi örgütlenme özgürlüğüne ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Uygulamada ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarıyla, siyasi partilerin de Sözleşme'nin 11. maddesinde öngörülen korumadan yararlanacakları kabul edilmiştir (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*[BD], B. No: 19392/92, 30/1/1998, § § 24, 25; *Refah Partisi/Türkiye*, [BD], B. No: 41340/98, 41342/98, 41343/98 ve 41344/98, 13/2/12003, § 50).

30. AİHM konuyla ilgili içtihadında, Sözleşme'nin 11. maddesinde her ne kadar bu hakkın başkalarıyla birlikte sendikalar kurma hakkını içerdiğinden bahsedilmekteyse de, maddede geçen "*içerir*" ifadesinden de açıkça anlaşılabileceği gibi sendikaların, koruma altına alınmak istenen örgütlenme formla-

rından yalnızca biri olduğu ve bu sebeple Sözleşme taslağını hazırlayanların, siyasi partileri maddede öngörülen hakkın korumasından yararlandırmamak gibi bir amaçlarının olduğundan bahsedilemeyeceği sonucuna varmıştır. Anılan maddenin lafzıyla ilgili bu yorumundan sonra AİHM siyasi partilerin, demokrasinin düzgün işlemesi için elzem olduğunu belirtmiş ve siyasi partilerin demokrasi için haiz oldukları önemi dikkate alarak onların, Sözleşme'nin 11. maddesinde öngörülen korumadan yararlandıkları konusunda herhangi bir şüphe bulunmadığı sonucuna varmıştır (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, §§ 24, 25).

31. Anayasa Mahkemesi de, siyasi partilerin devlet erkine yönelik toplumsal talepleri yalnızca dile getiren kurumlar değil, toplumsal direktifleri somutlaştıran, yorumlayan ve devlete yönlendiren yaşamsal kurumlar niteliğinde bulunduğunu, bu nedenle siyasi partilerin, Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile Sözleşme'nin "*örgütlenme*", "*düşünce ve ifade*" özgürlüğünü düzenleyen 10. ve 11. maddelerinin koruması altında olduğunu belirtmiştir (AYM, E.2008/1 [Siyasi Parti Kapatma], K.2008/2, K.T. 30/7/2008).

32. Açıklanan nedenlerle, siyasi örgütlenme özgürlüğünün Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı içerisinde olduğu ve konu bakımından Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun yetkisi kapsamında kaldığı açıktır.

b. Mağdur Statüsünün Varlığı

33. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*" başlıklı 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir."*

34. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde kimlerin bireysel başvuru yapabileceği sayılmış olup, anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre; bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmesi için iki temel ön koşul bulunmaktadır. Bunlardan birincisi başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı, "*güncel bir hakkının ihlal edilmesi*" ve bunun sonucunda başvurucunun kendisinin "*mağdur*" olduğunu ileri sürmesi, ikincisi ise bu ihlalden dolayı kişinin "*kişisel olarak ve doğrudan*" etkilenmiş olmasıdır (*Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014, § 42).

35. AİHM de, Sözleşme'nin 34. maddesinde yer alan "*mağdur*" kelimesi ile ihtilaf konusu eylem ya da ihmalden doğrudan etkilenen kişinin kastedildiğini belirtmektedir (*Brumarescu/Romanya* [BD], B. No: 28342/95, 28/10/1999, § 50).

36. Bu kapsamda başvuruya konu idari para cezası nedeniyle başvuruculaın siyasi örgütlenme özgürlüklerinin doğrudan etkilenip etkilenmediğinin belirlenmesi gerekir.

i. Birinci Başvurucu Yönünden

37. Somut olayda başvuruya konu idari para cezası, il teşkilâtının yöneticisi olduğu siyasi partiyle ilgili kanunda öngörülen yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle birinci başvurucu hakkında uygulanmıştır. Dolayısıyla birinci başvurucunun güncel bir hakkının kişisel olarak ve doğrudan etkilendiği açıktır. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun birinci başvurucu yönünden kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. İkinci Başvurucu Yönünden

38. Başvurucular, söz konusu idari para cezası nedeniyle, Halkın Kurtuluş Partisi teşkilât yöneticilerinin çoğunun işçi, işsiz, öğrenci ve toplumun yoksul kesimlerinden olduğu da düşünüldüğünde, faaliyetlerini maddi olarak yürütemez hale gelmelerine sebep olacak ve il örgütünü kapanma tehlikesiyle karşı karşıya bırakacak nitelikte bulunduğundan parti tüzel kişiliğinin siyasi örgütlenme özgürlüğünün de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

39. Anayasa Mahkemesi yalnızca üyelerinin haklarını etkileyen müdahalelerden dolayı, onlar adına üye oldukları örgüt tarafından yapılan başvurularda, topluluğun tüzel kişiliğine ait herhangi bir hakkına müdahalede bulunulmadığı ve doğrudan etkilenme şartının gerçekleşmediğinden bahisle "*kişi bakımından yetkisizlik*" nedeniyle kabul edilemezlik kararları vermiştir (*Türk Pediatrik Onkoloji Grubu Derneği*, B. No: 2012/95, 25/12/2012, § 23; *Yusufeli İlçesini Güzelleştirme Yaşatma ve Kültür Varlıklarını Koruma Derneği*, B. No: 2013/1212, 12/9/2013, §§ 22, 23). AİHM de yalnızca üyelerinin haklarını etkileyen işlemlerden ötürü, doğrudan etkilenme şartı gerçekleşmediğinden örgütlerin mağdur olduklarını iddia edemeyeceklerini kabul etmektedir (*Maupas ve Diğerleri/Fransa*, B. No: 13844/02, 19/9/2006, § 14; *Norris, National Gay Federation/İrlanda*,[Kom.], B. No: 10581/83, 16/5/1985, s.135).

40. Anayasa Mahkemesi ve AİHM tarafından, yalnızca üyelerinin haklarını etkileyen işlemlerden dolayı örgütler tarafından onlar adına bireysel başvuruda bulunulamayacağı ilkesi kabul edilmiştir. Somut olayda, parti üyesi ve il teşkilâtı yöneticisi olan birinci başvurucu hakkında uygulanan idari para cezası nedeniyle parti tüzel kişiliğinin siyasi örgütlenme özgürlüğünün doğrudan etkilenip etkilenmediğinin belirlenmesi gerekmektedir.

41. AİHM, evlerinin olduğu bölgede baraj inşaatına karşı çıkan bir grup insanın, sadece baraj inşaatını durdurmak ve kendilerini yasal süreçte temsil

etmesini sağlamak amacıyla kurdukları derneğin, diğer gerçek kişi başvurucularla birlikte adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruda, derneğin iç hukuktaki davaya taraf olduğunu belirterek mağdur statüsünü kabul etmiştir (*Gorraiz Lizarraga ve Diğerleri/İspanya*, B. No: 62543/00, 10/11/2004, § 36).

42. AİHM ayrıca, mevzuattan kaynaklanan ya da ulusal otoriteler tarafından gerçekleştirilen müdahaleler nedeniyle bir üyenin seçimlerde parti listesinden aday olmasının engellendiği durumlarda, serbest seçim hakkı gibi daha önceki içtihatlarında gerçek kişilerle sınırlı uygulama alanı bulan bir hakkın ihlal edildiğinin siyasi parti tüzel kişiliği tarafından da ileri sürülebileceğini ve parti tüzel kişiliğinin üyelerinden bağımsız olarak mağdur sıfatının bulunduğunu kabul etmiştir (*Rusya Muhafazakar Girişimciler Partisi/Rusya*, B. No: 55066/00 ve 55638/00, 11/1/2007, §§ 53- 67).

43. Siyasi partilerin üyelerinden bağımsız bir tüzel kişiliği olmakla birlikte faaliyetlerini yürüten organları, üyeleri tarafından oluşturulmaktadır. Somut olayda idari para cezası, partinin il teşkilatının bir organının toplanmamasıyla bağlantılı olarak, il teşkilatı yöneticisi sıfatıyla birinci başvurucu hakkında uygulanmıştır. 2820 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre, il başkanları, siyasi partilerin il teşkilatını oluşturan organlardan biridir. Bu durumda idari para cezası ile ikinci başvurucunun organ ve faaliyetleri arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Dolayısıyla anılan ceza nedeniyle ikinci başvurucunun güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiğini kabul etmek gerekir. Başka bir kabul edilemezlik nedeni de bulunmadığı anlaşıldığından, ikinci başvurucu yönünden de başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmelidir.

2. Esas Yönünden

44. Bakanlık, görüş yazısında özet olarak; AİHM'e göre devletlerin kendi ceza politikalarını kabul etmekte serbest olmakla birlikte bunu yaparken Sözleşme'nin 7. maddesinin gereklerini yerine getirmek durumunda olduklarını, bu güvencenin amacı ve hedefi doğrultusunda keyfi kovuşturma, mahkûmiyet veya cezalandırmaya karşı etkili koruyucular sağlayacak şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiğini, Anayasa Mahkemesine göre de hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesinin hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, kamu otoritesini temsil eden yasama, yürütme ve yargı erklerinin bu ilkeye saygılı hareket etmeleri gerektiğini, suç ve cezalara ilişkin kanuni düzenlemelerin sınırlarının yasama organı tarafından belirgin biçimde çizilmesi, yürütme organının sınırları kanunla belirlenmiş bir yetkiye dayanmaksızın düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza ihdas etmemesi ve ceza hukukunu uygulamakla görevli yargı organının da kanunlarda belirlenen suç ve cezaların kapsamını yorum yoluyla genişletmemesi gerek-

tiğini belirterek söz konusu ilkelerin esas incelemesi aşamasında dikkate alınması gerektiğini öne sürmüştür.

45. Başvurucular, Bakanlık görüş yazısına karşı sundukları beyanlarında, başvuru dilekçelerinde yer alan iddialarını tekrarlamışlardır.

a. Genel İlkeler

46. AİHM, Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk rolü ve uygulama alanı dışında, 10. maddeyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, düşüncelerin ve bunların ifade edilebilmesi özgürlüğünün, örgütlenme özgürlüğünün hedeflerinden biri olduğunu ve bu durumun, çoğulculuk ve demokrasinin düzgün işlemesinin sağlanması açısından siyasi partilerin önemini daha da artırdığını vurgulamıştır (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, §§ 42, 43).

47. AİHM ayrıca, yasama organının seçimi konusunda görüş dile getirme özgürlüğünün, ülke nüfusu içinde mevcut farklı düşünceleri temsil eden siyasi partilerin çoğunluğunun katılımı olmaksızın tasavvur edilmesinin mümkün olmadığını, buna dayanarak siyasi partilerin, demokratik toplum kavramının tam merkezinde yer alan siyasi tartışmalara yeri doldurulamaz bir katkıda bulunduğunu belirtmiştir (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, § 44).

48. Siyasi partilerle ilgili düzenlemeler, devletlerin hukuk sistemleri ve geleneklerine göre farklılık arz etmektedir. Bazı devletlerde siyasi partilerle ilgili özel düzenlemeler mevcutken, bazılarında örgütlerle ilgili genel düzenlemeler siyasi partiler hakkında da uygulanmaktadır. Venedik Komisyonuna (Komisyon) göre, siyasi partilerle ilgili özel düzenlemeler, işleyen bir demokrasi açısından zorunlu değildir. Bununla birlikte özel düzenlemelerin varlığı halinde bunların, yürütme değil bir yasama işlemi şeklinde olması ve siyasi partilerin faaliyetlerini ve haklarını orantısız bir biçimde sınırlamaması gerekir. Bu düzenlemeler siyasi partilerin demokratik bir toplum için sahip oldukları önemle orantılı bir etkinliğe kavuşmalarını sağlamaya ve faaliyetlerini düzgün biçimde yürütebilmeleri için haklarının korunmasını garanti altına almaya odaklanmalıdır. Ayrıca siyasi partiler, aday gösterme ve seçimlerde yer alma hakları yanında asgari düzeyde diğer örgütlere tanınan tüm haklardan da yararlanmalıdır (*Siyasi Parti Düzenlemeleri Üzerine İlkeler*, [Komisyon], 25/10/2010, § § 28, 29).

49. Komisyon, partinin iç işleyişine ilişkin kurallarla ilgili olarak; bunların en sağlıklı şekilde parti tüzüğü ya da partinin ayrıntılı biçimde kabul ettiği ilkeler yoluyla düzenlenebileceğini, partinin iç işleyişine ilişkin hususların genel olarak devlet müdahalesine kapalı olması gerektiğini belirtmiştir. Komisyona göre bazı devletler, siyasi partilerin demokratik bir toplumda sahip

olduğu önem doğrultusunda parti içi demokrasiyi sağlamak amacıyla belli konularda bazı yükümlülükler öngörmekteyse de, buna ilişkin düzenlemelerin esası ve uygulanabilirliği özenle değerlendirilmeli, ayrıca söz konusu düzenlemeler siyasi partilerin kendi iç işleyişlerine ilişkin faaliyetlerine gereksiz bir müdahaleyi engellemek amacıyla sınırlı olmalıdır (*Siyasi Parti Düzenlemeleri Üzerine İlkeler*, § § 62, 97). Komisyon, kamu otoritelerinin siyasi partiler üzerinde aşırı kontrol ve denetim fonksiyonu üstlenmekten kaçınması gerektiğini vurgularken üyelik, parti kongre ve toplantılarının sayısı ve sıklığı ya da yerel teşkilâtın faaliyetleri gibi konularda yapılacak düzenlemeleri, geniş denetim yetkisine örnek olarak göstermiştir (*Venedik Komisyonunun Siyasi Partilerle İlgili Görüş ve Raporları Derlemesi*, [Komisyon], 16/10/2013, s.21).

50. Siyasi partilerle ilgili düzenlemeleri uygulayacak olan otoriteler yönünden ise Komisyon; yetkili otoritelerin hem yasal düzeyde hem de uygulamada tarafsızlıklarının garanti altına alınmış olması, düzenlemelerde verilen yetkinin sınırları ve kapsamının açıkça belirlenmesi ve yetkili organların, kuralları tarafsız ve keyfi olmayan bir biçimde uygulamasının sağlanması gerektiğini ifade etmiştir (*Siyasi Parti Düzenlemeleri Üzerine İlkeler*, § 10). Bu bağlamda Komisyon, siyasi partiler üzerindeki bürokratik kontrolün azaltılması ve şeffaflık ile kurumsal güvenin sağlanması amacıyla siyasi partiler üzerindeki denetim yetkisinin yürütme organından ayrı, bağımsız bir otoriteye verilmesi gerektiğini de belirtmiştir (*Venedik Komisyonunun Siyasi Partilerle İlgili Görüş ve Raporları Derlemesi*, s.21).

51. Yukarıda yer verilen ilkeler ışığında başvuru konusu olayda, siyasi örgütlenme özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde öncelikle müdahalenin mevcut olup olmadığı ve daha sonra müdahalenin haklı sebeplere dayanıp dayanmadığı değerlendirilecektir.

b. Müdahalenin Mevcudiyeti Hakkında

52. Siyasi parti il teşkilatı yöneticisi sıfatıyla birinci başvurucu hakkında, il kongresinin toplanmasıyla ilgiliyükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle uygulanan idari para cezasının, başvurucuların siyasi örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiği kabul edilmelidir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı Hakkında

53. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği ve Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında öngörülen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanmadığı müddetçe anılan Anayasa maddelerinin ihlali söz konusu olacaktır. Bu nedenle müdahalenin; kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde be-

lirtilmiş sebeplerden birine dayanma, öze dokunmama, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

54. Başvurucular, ilk olarak müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığını ileri sürmektedirler.

55. İdari makamlar ve derece mahkemesi ise, müdahalenin yasal dayanağı olarak 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendini göstermişlerdir.

56. Kanunilik koşulunun yerine gelmesi için şeklen bir kanun maddesine dayanılması yeterli değildir. İlgili kanun maddesinin belirli olması ve bireyler tarafından öngörülebilir olması da gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ifade edildiği üzere, 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 birtakım 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).

57. AİHM de, "*kanunilik*" ölçütünün sağlanması bakımından iç hukuka uygunluğun gerekli bir koşul olduğunu ifade etmekle birlikte, Sözleşme'nin 11. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan kanunla öngörülme şartının yerine getirilmiş sayılması için ilgili düzenlemenin; bireylere, bir davaya uygulanacak hukuk kurallarının ayrıntıları konusunda yeterli bilgiye sahip olma imkânı sağlayacak ölçüde erişilebilir, ayrıca kendi davranışlarını düzenlemelerini sağlayacak ölçüde açık ve belirgin olması gerektiğini belirtmektedir (*Sunday Times/Birleşik Krallık,* [BD], B.No: 6538/74, 26/4/1979, § 49).

58. Başvuruya konu idari para cezası, 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesinde yapılan atıfla, 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının (b)

bendine istinaden uygulanmıştır. Söz konusu ceza, 5253 sayılı Kanun'un 33. maddesine dayanılarak valilik tarafından verilmiştir.

59. 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesinde, "*1630 sayılı Dernekler Kanunu'na yapılan atıflar hakkında*" aynı Kanun'da yer alan ve 2820 sayılı Kanun'a aykırı bulunmayan ceza müeyyidelerinin siyasi partiler ve sorumluları hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür. Buna göre, anılan maddede, 1630 sayılı mülga Kanun'da yer alan ceza müeyyidelerinin tamamına yollama yapılmamış; anılan Kanun'daki cezai müeyyidelerin siyasi partiler ve sorumluları hakkında uygulanması, 2820 sayılı Kanun'da 1630 sayılı Kanun'a yapılan atıflar ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, önce somut olaydaki idari para cezası yönünden böyle bir atıf yapılıp yapılmadığının belirlenmesi gerekir.

60. 2820 sayılı Kanun'un 29. maddesinde, 1630 sayılı mülga Kanun hükümlerinin, "*siyasi partilerin her kademedeki kongreleri*" için de uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, siyasi partilerin her kademedeki kongreleri yönünden 2820 sayılı Kanun'da, 1630 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerine atıf yapıldığı ve bu hükümlerin uygulanmasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Diğer taraftan 5253 sayılı Kanun'un 34. maddesinde, diğer kanunlarda 1630 sayılı Kanun'a yapılan atıfların, bu Kanun'a yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

61. Belirtilen hususlar dikkate alındığında, 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesi uyarınca, 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının, genel kurulu toplantıya çağırmayan veya toplantıyı mevzuata uygun yapmayan yöneticiler hakkında cezai müeyyide öngören (b) bendinin, siyasi partilerin her kademedeki kongrelerini toplantıya çağırmayan veya kongreleri mevzuata uygun yapmayan siyasi parti sorumluları hakkında da uygulanması mümkündür.

62. Bununla birlikte somut olayda siyasi parti sorumlusu olan birinci başvurucu hakkındaki idari para cezası, 5253 sayılı Kanun'un "*Cezaların uygulanması*" başlıklı 33. maddesinin ikinci fıkrasının "*Bu Kanunda yazılı olan idarî yaptırımlara karar vermeye mahalli mülki amir yetkilidir.*" şeklindeki hükmü uyarınca valilik tarafından verilmiştir. Hâlbuki 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesinde sadece "*ceza müeyyideleri*" bakımından derneklerle ilgili hükümlere atıf yapılmış olup ceza müeyyidelerinin uygulanma usulü ve bu kapsamda müeyyideleri uygulayacak merci bakımından atıf yapılmamıştır.

63. Diğer taraftan 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesinde, derneklerle ilgili ceza müeyyidelerinin sadece siyasi parti sorumluları hakkında değil "*siyasi partiler*" hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür. Ancak 2820 sayılı Kanun'un 101. maddesinde, Kanun'da sayılan hâllerde bir siyasi partinin kapatılmasına veya devlet yardımından yoksun bırakılmasına; 2820 sayılı

Kanun'un 104. maddesinde ise bu Kanun'un 101. maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bir siyasi parti hakkında ihtarda bulunulmasına karar verme yetkisi Anayasa Mahkemesine tanınmıştır.

64. Dolayısıyla kanun koyucunun 2820 sayılı Kanun'un 118. maddesiyle, 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinde düzenlenen "*ceza müeyyideleri*" dışında, aynı Kanun'un 33. maddesinde düzenlenen "*ceza müeyyidelerini uygulayacak merci*" bakımından da dernekler hakkındaki hükümlere atıf yaptığı düşünülemez.

65. Buna göre siyasi parti sorumluları hakkında yaptırım uygulama konusunda mülki amirlerin kanuni yetkilerinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, 2820 sayılı Kanun'un 101. ve 104. maddelerinde, Anayasa Mahkemesine sadece siyasi partilerin kendileri yönünden yaptırım uygulama yetkisi tanınmış, siyasi parti sorumluları yönünden ise böyle bir açık yetkiye yer verilmemiştir.

66. Anayasa'nın 68. maddesine göre, siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarından biridir. Bu anayasal ilkenin hayata geçirilmesinin gerekliliklerinden biri de, yukarıda yer verilen Venedik Komisyonu raporlarında da ifade edildiği üzere, siyasi partiler hakkındaki düzenlemelerde, kamu otoritelerine verilen yetkilerin sınırlarının ve kapsamının açıkça belirlenmesi, böylelikle siyasi partiler ve sorumlularının muhtemel keyfi uygulamalarla karşılaşmalarının önüne geçilmesidir.

67. Belirtilen hususlar dikkate alındığında, siyasi partilerin her düzeyde kongrelerini toplantıya çağırmayan veya kongreleri mevzuata uygun olarak yapmayan siyasi parti sorumluları hakkında 5253 sayılı Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi mümkün ise de, bu ceza müeyyidesini uygulayacak mercinin bir hukuk devletinde olması gereken belirlilikte kanunla tayin edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

68. Açıklanan nedenlerle, başvuruya konu idari para cezasının "*kanunilik*" şartını karşılamadığına ve başvurucuların siyasi örgütlenme özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serruh KALELİ, bu sonuca katılmamıştır.

69. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesi gerektiğinden, birinci başvurucunun ilgili mevzuata aykırı biçimde idari para cezasını uygulayan idare tarafından savunmasının alınmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

70. Başvurucular, idari para cezasına karşı yapılan itirazın reddedildiği, Bartın Sulh Ceza Hâkimliğinin 11/8/2014 tarihli ve D.İş 2014/50 sayılı kararının kaldırılması talebinde bulunmuşlardır.

71. 6216 sayılı Kanun'un "*Kararlar*" 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."

72. Başvuruya konu idari para cezasının, başvurucuların siyasi örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiği gözetilerek söz konusu idari para cezasına itiraz edilmesine ilişkin davada yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmüştür. İhlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

73. Başvurucular tarafından yapılan ve dosyadaki belgeler uyarınca tespit edilen 213,70 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.713,70 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucuların, Anayasa'nın 68. maddesinde güvence altına alınan siyasi örgütlenme özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,**

B. Başvurucuların Anayasa'nın 68. maddesinde güvence altına alınan siyasi örgütlenme özgürlüklerinin**İHLAL EDİLDİĞİNE,** Serruh KALELİ'nin karşı oyu ve **OY ÇOKLUĞUYLA,**

C. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili Mahkemesine **GÖNDERİLMESİNE, OY BİRLİĞİYLE,**

D. Birinci başvurucunun, adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden inceleme yapılmasının gerekli olmadığına, **OY BİRLİĞİYLE,**

E. 213,70 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.713,70 TL yargılama giderinin**BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE**, **OY BİRLİĞİYLE,**

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruculara 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, **OY BİRLİĞİYLE,**

G. Kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvuruculara ve Adalet Bakanlığına gönderilmesine, **OY BİRLİĞİYLE,**

4/6/2015 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

Başvuruculardan, Metin BAYYAR hakkında, Bartın il Teşkilat Yönetim Kurul Başkanı olması sıfatıyla kendisi hakkında partisinin kuruluş tarihinden itibaren üç yıl içinde il kongresini gerçekleştirmediğinden bahisle, Bartın Valilik makamının oluru ile 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 32/b maddesine istinaden idari para cezasına hükmedilmiştir.

Anılan işleme karşı yapılan itiraz;

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 14/6, 19/3, 20/7 maddelerinde partinin her kademe kongresinin öngörülen süresi içinde yapılacağı, 29/1 ve 118. maddelerine göre Dernekler Kanunu'nun aykırı olmayan hükümlerinin Siyasi Partilerin her kademede ki kongreleri ile ceza müeyyidelerinin, Siyasi Partiler ve sorumluları hakkında da uygulanacağı, 1630 sayılı Dernekler Kanunu'nun 32/b maddesine göre ise, genel Kurulu süresinde toplantıya çağırmayan yöneticilerin para cezasına çarptırılacağı hükmünün gerekçe yapıldığı bir karar ile Bartın Sulh Ceza Hakimliği'nce kesin olarak reddedilmiştir.

Başvurucu, iddiasını da mevzuatta İl Kongresinin yapılmaması halinde idari para cezası uygulanacağına dair hüküm bulunmamasına rağmen Genel Kurulu çağırmamaya yönelik hükme dayanarak ceza verildiğini, Genel Kurulu yapacak üyesi bulunmayan, yöneticileri işsiz, işçi öğrenci, yoksul kesimden olan parti teşkilatının maddi güçsüzlük içinde olup, verilen ceza ile (759 TL) il örgütünün kapanma tehlikesi ile karşılaşacağını, örgütlenme faaliyetinin

engelleneceğini, cezanın mevzuata aykırı olması ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Ayrıca, verilen ceza nedeniyle parti tüzel kişiliği adına da yapılan başvuruda da aynı gerekçeler ile suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiğini, anılan cezanın yoksul partinin dernek kurma, toplantı özgürlüğü, düşünceyi yayma özgürlüğüne bir tehdit olduğunu ileri sürüldüğü görülmüştür.

Mahkememizin bireysel başvuru Genel Kurul'u, ulaştığı gerekçesinde Siyasi Parti adına yapılmış başvuruda, partinin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez bir örgütlenme unsuru olduğu, bunlara saygı gösterilmesi gerektiği, toplumsal direktifleri devlete yönelten bu kurumların Anayasa ve AİHS'nin 10. ve 11. maddelerinin (düşünce ve ifade özgürlüğü) koruması altında olduğu ve bu manada sırf siyasi parti olmuş olmayı Halkın Kurtuluşu Partisi Tüzel kişiliğinin örgütlenme özgürlüğünden etkilendiğinin kabulü için yeterli görmüştür.

Önce bu hususun karşı oyum yönünden değerlendirilmesi gereklidir.

Siyasi partilerin, demokratik çoğunluk ve teşkilatlanma düzeni ile siyasi hayata ve düzene toplumsal refleksleri yansıtma görevi kapsamında vazgeçilmez ve korunma görmesi gereken organlar olduğunda duraksama yoktur. Siyasi partiler hakkında devletçe yapılacak yasal düzenlemelerin onların demokratik düzende sahip etkinliğini engellememe, orantısız bir şekilde sınırlamama, haklarının korunması ve işlevselliği için tedbirler almak zorunda olduğu da bir gerçektir.

Siyasi partilerin parti içi demokrasinin sağlanması ile iç işleyişi, devletin müdahale alanı dışına, parti tüzüğü ve ilkelerine bırakılarak temin edilebilecek ise de, Siyasi partilerin varoluş nedeninin salt kendi ilkesel değerlerine hizmetten öte, ortak payda da demokratik düzene olan katkısı da göz önüne alındığında, getireceği kamusal yararın sahip olduğu önemle orantılı olarak kamu otoritesince gerek topluma gerek kendisine verebileceği zararlara karşı, kontrol ve denetlenmesi de bir zorunluluktur.

Nitekim, Demokratik düzende zorunluluğu tartışmasız Siyasi Parti faaliyetlerini ancak aracılığı ile sürdüren parti yöneticilerinin örgütlenme özgürlüğünü yürütemez hale getirme, tehlikelerine karşı korunmaları da zorunludur. Yöneticilerin yasa ve tüzük hükümlerine uygun davranma yükümlülüğünün, kamu adına denetimi ve kontrolü ile yetkilerini kötüye kullanmasını engellenmesi örgütlenme, ifade ve düşünce özgürlüğü ve parti içi demokrasinin vazgeçilmezi olduğu da tartışmasız olmalıdır.

Hal böyle iken, somut dosyada kendisine düşen görevi yerine getirmediği belirlenmiş yöneticiye yöneltilmiş cezanın, siyasi partinin ne gibi, ve hangi kapsamda

örgütlenme özgürlüğünün zarar verdiği başvuruda ifade edilmiş değildir. Başvuruda iddiada yer alan partinin yoksul kişilerden, işsizlerden oluştuğu ve çalışamaz hale gelebileceği gibi soyut varsayımsal bir olguyu, tehdit algısı boyutu ile ifade etmek ve bunun mahkememizce kabulü, inandırıcı bir gerçek olmaktan uzaktır.

Anılan hallerde siyasi parti yöneticilerinin şahsi kusur, kabahat ya da suçlarına verilecek cezaların, parti tüzel kişiliği ile eşleştirilmesi kaçınılmaz olacak, şahsi ve tüzel kişi sorumlulukları birbirinden ayrılmaz hale gelecektir. Siyasi parti yöneticisinin kusurundan dolayı Siyasi Partinin kapatılmaması gerektiği yönündeki günümüz demokrasisi anlayışına uygun, siyasi partiye atfedilen önem gözden kaçırılmadığında, sorumlulukların birbirinden bağımsız olması gerektiği ve örgütlenme özgürlüğünün korunmasına verilen önem korunmuş olacaktır. Tüm bu anlatımlar ışığında uygulanmış idari para cezasının aynı zamanda Siyasi Partiye de uygulandığı ve bu nedenle partinin de mağdur ve hak ihlalinden etkilenmiş ilgili-mağdur olduğu kabulüne yönelik yaklaşım fiili ve hukuki gerçeklikle, somut olayda uyuşmamaktadır.

Siyasi Parti, 759 TL'lik idari bir para cezası ile, toplumu yönlendirecek siyasi hedefleri olan, yaşamsal kurum niteliğine sahip örgütlenme, düşünce ve ifade özgürlüklerini yerine getirmede nasıl zorlandığını, inandırıcı biçimde ifade etmek zorundadır. Anayasa Mahkemesi, siyasi parti mali denetimlerinde, yıl içinde hiçbir maddi gelir gideri olmayan bir siyasi partiyi, kira giderlerini, iletişim ücretlerini nasıl karşıladığını yani yaşamsal asgari bir geliri olması gerektiğini sorgulamakta aksi halde sundukları bilançoları ve hesap denetimini yasaya uygun bulmayabilmektedir.

Siyasi Partiye verilmiş ceza Anayasa'nın 68. ve AİHS'nin 10 ve 11. maddelerinde yer alan ilkelerin korunmasına halel getirecek ölçüsüzlükte olmayıp, parti tüzel kişiliğinde mağdur sıfatı yaratacak nitelikte ve ilgi aralığında değildir. Tüzel kişilik adına yapılan başvurunun kabul edilmemesi gerekirken Tüzel kişiliğin örgütlenme özgürlüğünün soyut niteleme ile etkilendiğinin kabulü yönündeki çoğunluk görüşe katılınmamıştır.

Gerçek kişi yönünden başvurunun kabulünde bir sorun olmamakla birlikte Esas yönünden yapılan değerlendirmesinde ise; Mahkememiz başvurucu Metin BAYYAR'ın Parti il Teşkilat Yönetim Kurulu Başkanı olmasının parti organı sıfatını da sağladığının kabulü ile, iddiaları örgütlenme özgürlüğüne müdahale kapsamında değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkememiz 2012/95 sayılı başvuruda, üyelerinin haklarını etkileyen müdahalelerden dolayı (Olayımızda Siyasi Partinin maddi güçsüzlük nedeniyle siyasi faaliyette bulunma zorluğu içine düşeceği) onlar adına üye oldukları örgüt (olayımızda Siyasi Parti Tüzel kişiliği)tarafından yapılan başvurularda toplulu-

ğun tüzel kişiliğine ait herhangi bir hakkına başvuruda bulunulmadığı ve doğrudan etkilenme şartının gerçekleşmediğinden bahisle "Kişi Bakımından Yetkisizlik" nedeniyle "Kabul Edilemezlik" kararı verildiğine dikkat çekmek gerekir.

AİHM'de üye haklarını etkileyen işlemlerden ötürü örgütlerin mağdur olduklarının iddia edemeyeceğini kabul etmektedir.

Somut olayda, parti yöneticisine verilmiş 759 TL lik idari para cezası nedeniyle parti tüzel kişiliği hakkı sayılan örgütlenme özgürlüğünün doğrudan etkilenmiş olduğu kabul edilmiş ise de,

Küçük ölçekli ve yasaca kendisine verilmiş bir yükümlülüğü, partiyi korumak adına yerine getirmeyen yöneticiye verilmek zorunda kalınan para cezası ile örgütsel kişiliğin tüm faaliyet alanlarını yok edecek (ölçüsüz) nitelikli nasıl bir müdahale yapıldığının kabulüne yönelik mahkememizce herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

Kaldı ki, kurumsal kimliği ile demokratik düzenin vazgeçilmezleri arasında yer alan bir siyasi parti örgütü, küçük bir para cezası ile dağılacak, amaçsal faaliyetlerini, işlevselliğini yerine getiremeyecek hale gelebilecek ise, bu denli zayıf bir yapının, kendisine biçilen ve beklenen yüce amaçlarını yerine getirebileceğini varsaymak orantısız bir çelişki oluşturmaktadır.

Kararda, verilen para cezasının niteliği tartışılmamış, cezanın partiyi doğrudan etkileyebilmesine neyin sebep olacağı açıklanmamış, illiyet somut dışında soyut düzlemde kurulmuştur.

Ayrıca verilen cezanın parti yöneticisinin görevi kapsamı dışında kaldığına ilişkin nedeni de izah edilmiş değildir.

Kararda yer alan, mevzuatta belirsizlik ifadelerine katılmaya olanak yoktur. Müdahale meşru bir temele dayanmakta ve gücünü 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ve diğer yasalardan almaktadır.

Anılan nedenler ile, ölçüsüz olduğu söylenemeyecek meşru temelli müdahalede ihlal varlığı bulgusu olmadığı ve ayrıca para cezası verilmesine neden olan sorumluluk, bizzat partiyi koruma amacına yönelik Siyasi Partiler Kanunu'nun 2. maddesinden doğduğundan ve Siyasi Parti organları ile ilişkilendirilemeyeceğinden müdahale, Siyasi Partinin örgütlenme özgürlüğünün hakkı kapsamı dışında kaldığı düşüncesi ile hak ihlali varlığına yönelik çoğunluk gerekçesine katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ