T.C.
ANAYASA MAHKEMESİ

BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2017/1

BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2017/1

Ankara, 2018

©Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN : 978-605-2378-13-7

Baskı ve Tasarım
Epa-Mat Basım Yay. Prom. San. Tic. Ltd. Şti.
Ağaçişleri Sanayi Sitesi 1357. Sok. No:41
Yenimahalle/ANKARA
Tel : 0312 394 48 63-64
Faks : 0312 394 48 65
www.epamat.com.tr
epamat@hotmail.com
epamatbacilik@gmail.com

ÖNSÖZ

Türk anayasa yargısında yaşanan en önemli gelişmelerden biri, hiç kuşkusuz, 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren uygulanmaya başlayan bireysel başvuru sisteminin kabul edilmesidir. Bireysel başvuruyla birlikte Anayasa Mahkemesi, soyut ve somut norm denetimi yapan bir yüksek yargı organı olmanın yanında, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiği iddialarını inceleyen, bu yönüyle toplumla doğrudan temas eden bir kuruma dönüşmüştür.

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları inceleme yetkisi veren Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde bu kurumun amacı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Buna göre bireysel başvuru "haklar ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltecek" bir kurum olarak değerlendirilmiştir. Yine gerekçeye göre "Türkiye'de bireysel başvuru yolunun kabul edilmesi, bir yandan bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacak, öte yandan da kamu organlarını, Anayasa'ya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacaktır".

Geride bıraktığımız beş yıllık tecrübe, bireysel başvurunun getiriliş amacının önemli ölçüde gerçekleştiğini göstermektedir. Bununla birlikte, böylesine yeni bir kurumun tam olarak anlaşılabilmesi ve yerleşebilmesi için beş yıllık süre yeterli değildir. Türkiye için çok önemli bir kazanım olan bireysel başvurunun zamanla daha iyi anlaşılacağını ve temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında çok daha etkili bir başvuru yolu olarak işlev göreceğini belirtmek gerekir.

Bireysel başvuru konusunda Anayasa Mahkemesinin önündeki önemli sorunlardan birinin artan iş yükü olduğu bilinmektedir. Bilhassa 15 Temmuz 2016 darbe teşebbüsü sonrasında bireysel başvuru sayısı ciddi şekilde artmıştır. 2016 yılında 15 Temmuza kadar yapılan başvuru sayısı 12.712 iken yılın kalan beş buçuk ayında 68.044 başvuru yapılmıştır. 2017 yılında da olağan dönemdeki sayıların üzerinde başvuru gelmeye devam etmiştir. 25 Nisan 2017 tarihi itibarıyla Mahkememiz önündeki

derdest başvuru sayısı yüz bini geçmiştir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru incelemesi yapan hiçbir ulusal veya uluslararası yargı organının karşılaşmadığı kadar büyük bir iş yüküyle birkaç ay içinde karşılaşmıştır.

Anayasa Mahkemesi, önceki yıllarda olduğu gibi, 2017 yılında da hızlı ve kararlılıkla hareket ederek gerekli tüm tedbirleri almış, bu sayede bir yandan başvuru yolları tüketilmeden yapılan başvuruları reddederek derdest başvuru sayısını azaltmış, diğer yandan da olağanüstü hal (OHAL) kapsamında yapılan özellikle tutukluluğa ilişkin başvurular hakkında öncü kararlar vermiştir. Bu ilke kararlarının OHAL döneminde bireysel başvuru incelemelerinin nasıl yapılacağına dair çok önemli değerlendirmeler içerdiğini ifade etmem gerekir.

Bu ilke kararlarının bazılarının da içinde bulunduğu elinizdeki kitap, daha önceki yıllarda hazırlanmış kitapların devamı niteliğindedir. Kitapta içtihadın gelişimi açısından önem taşıyan ve kamuoyunun ilgisini çeken 2017 yılında verilmiş bir kısım bireysel başvuru kararları yer almaktadır.

Kitabın ilgililer açısından faydalı olmasını dilerim.

Nisan 2018

Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı

SUNUŞ

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddialarının öncelikle idari ve/veya yargısal başvuru makamları önünde ileri sürülmesi, ihlal iddialarının bu yollarla giderilememesi hâlinde başvurulabilecek, kişilere ikincil nitelikte telafi imkânı sunan bir hak arama yoludur.

Bu kitapta Anayasa Mahkemesi Bölümleri ve Genel Kurulu tarafından bireysel başvuru kapsamında 2017 yılında verilen bazı kararlar yer almaktadır. Kitapta bireysel başvuruların esası hakkında verilen kararlar yanında ilkesel anlamda önemli görülen kabul edilemezlik kararları da bulunmaktadır. Başvuruların esasının incelendiği kararlar seçilirken ihlal kararları esas alınarak bir çalışma yapılmış olmakla birlikte kabul edilebilir nitelikte olan ancak hak ihlali bulunmadığı sonucuna ulaşılan bazı kararlar da kitap da yer bulmuştur.

Başvuruların kabul edilebilirliği ve esasına ilişkin kararlardan ayrı olarak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesi ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 73. maddesi çerçevesinde öncelikle değerlendirilerek verilen tedbire ilişkin ara kararlara da kitabın birinci bölümünde yer verilmiştir.

Kitapta yer verilen kararların seçiminde; söz konusu kararların içtihadın gelişimi açısından taşıdığı önem ve benzer nitelikteki konularda emsal teşkil edebilecek olması ile kamuoyu tarafından 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 şekilde sıralanmıştır.

Bireysel başvuru kararlarında, bir kararın içerisinde birden fazla hakka ilişkin şikâyetlerin değerlendirilmesi söz konusu olabilmektedir (aynı karar içinde adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü 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.

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.

Nisan 2018

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM
TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARARLAR

1. Seher Arslan Köken, B. No: 2017/5808, 14/2/2017 3

Başvurucunun riskli bir gebelik dönemi geçirmesi sebebiyle ceza infaz kurumunda tutulmasının yaşam hakkını ihlal ettiği iddiası: Başvurucu tarafından dosyaya sunulan raporlar ile Ceza İnfaz Kurumu tarafından ibraz edilen bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde, hamile olan başvurucunun Hepatit (B) hastası bir tutuklunun da bulunduğu odada otuz iki kişi ile birlikte kalmasının başvurucunun gerek kendisinin gerek bebeğinin yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike ortaya çıkarabileceği, başvurucunun tutulma koşullarının sağlık durumuna uygun olarak sağlanması gerektiği gerekçesiyle başvurucunun sağlık durumuna uygun koşulların sağlanması yönünde tedbir kararı verilmesine ilişkindir.

2. Semih Özakça ve Nuriye Gülmen, B. No: 2017/27678, 28/6/2017 11

Hayati tehlike riski içeren sağlık sorunu bulunduğu hâlde ceza infaz kurumunda tutulmanın yaşam hakkını ihlal ettiği iddiası: Başvurucuların sağlık durumlarının Ceza İnfaz Kurumunda tutulmaya başlandıkları günden itibaren takip edildiği, tedavi ve kontrol amacıyla Ceza İnfaz Kurumu tarafından Devlet Hastanesine sevklerinin yapılmasının planlandığı ancak başvurucular tarafından bu taleplerin reddedildiği, Ceza İnfaz Kurumu Aile Hekimliği tarafından gözlemin yapıldığı ve başvurucuların takibinin yapılmakta olduğu, ayrıca acil durumlar için her türlü tedbirin hazır bulundurulduğu, başvurucuların Ceza İnfaz Kurumunda tutulup tutulmayacakları konusunda alınacak rapor için Adli Tıp Kurumuna sevk süreçlerinin başlatıldığı, sürekli olarak sağlık hizmetleri sağlanan başvurucuların Ceza İnfaz Kurumunda tutulmalarının yaşamlarına, maddi veya manevi bütünlüklerine yönelik ciddi bir tehlike oluşturduğuna dair derhal tedbir kararı verilmesini gerektirir bir durum bulunmadığı gerekçesiyle başvurucuların tedbir taleplerinin reddine ilişkindir.

3. V. N., B. No: 2017/31746, 21/8/2017 21

Türkiye'ye kabul edilmeme hâlinde işkence ve kötü muamele yasağı ile yaşam hakkının ihlal edileceği iddiası:

Türkiye'ye giriş talebi yönünden: Başvurucunun ülkeye giriş yapmadığı, Türkiye Devletinin egemenlik alanında bulunmadığı, hakkında sınır dışı kararı tesis edilmediği, bu nedenle kamu makamlarınca başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturabilecek nitelikte bir işlem yapılmadığı gerekçesiyle tedbir talebinin reddine,

Avukat ile görüşme talebi yönünden: Ruanda Cumhuriyeti vatandaşı olan ve kabul edilemez yolcu salonunda tutulan başvurucunun, avukatıyla görüştürülmediği ve vekâlet ilişkisi kurmasına izin verilmediği, bu durumun, başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ihlal iddialarını yetkili makamlar önünde dile getirebilme imkânını sınırlandırdığı gerekçesiyle başvurucunun avukatıyla görüşebilmesi ve vekâlet ilişkisi kurabilmesi yönündeki tedbir talebinin kabulüne ilişkindir.

İKİNCİ BÖLÜM
KABUL EDİLEMEZLİĞE İLİŞKİN KARARLAR

1. K.V. [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016 31

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından 54,55 TL karar düzeltme para cezasına karar verilmesi ile bu cezanın tahsili işlemine karşı açılan davada tebligata ilişkin iddiaların incelenmemesi ve 660 TL avukatlık ücretine hükmedilmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası: Başvurucunun, iddialarının Derece Mahkemesi tarafından karşılanmadığına dair iddiası, adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı yönüne, aleyhe avukatlık ücretine hükmedilmesine dair iddiası ise adil yargılanma hakkının mahkemeye erişim hakkı yönüne ilişkin olup Anayasa Mahkemesi, önüne gelen birçok başvuruda gerekçeli karar hakkının ve mahkemeye erişim hakkının kapsam ve içeriğini belirlediği ve yorumladığı, başvurucunun her iki şikâyetine konu Derece Mahkemesi uygulamasının Mahkemenin içtihadında benimsediği yorumlardan farklı olduğu ileri sürülebilirse de bu farklılığın genel bir soruna işaret etmediği gibi Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların

kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından da önem taşıdığının ortaya konulamadığı, kişisel önem yönünden ise; başvurucunun, ihlal iddiaları nedeniyle uğradığı maddi zararın toplam tutarının 1.058,85 TL olup bu tutarın serbest avukat olarak çalışan başvurucunun mali durumuna ciddi anlamda zarar verdiği ve kendisi için ne denli önemli olduğu hususunda herhangi bir açıklamasının olmadığı da gözetildiğinde söz konusu tutarın başvurucu açısından önemli bir zarar olduğu kanaatine ulaşılamadığı gerekçesiyle anayasal ve kişisel önemden yoksun olduğu anlaşılan başvurunun kabul edilemezliğine ilişkindir.

2. Murat Hikmet Çakmakcı, B. No: 2016/35094, 15/2/2017 53

Hâkimlik mesleğinden çıkarılmaya karar verilmesi ve bu kararın doğurduğu hukuki sonuçlar nedeniyle Anayasa'da düzenlenen bir kısım hak ve ilkelerin ihlal edildiği iddiaları: 685 sayılı KHK'da, 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilenlerin kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya dava açabilecekleri ve bu kişilerden daha önce dava açmış olanların idare mahkemelerinde derdest olan veya karar verilen dosyalarının Danıştaya gönderileceğinin hükme bağlandığı, böylelikle 667 sayılı KHK'nın 3. maddesi kapsamında meslekten çıkarılan yargı mensuplarının bu karara karşı Danıştay'da dava açabilecekleri açıkça belirtilerek anılan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargıda hangi yargı yerinin görevli olduğuna yönelik uygulamada yaşanan tereddütlerin giderildiği, 685 sayılı KHK ile belirginleştirilen dava yolunun başvurucunun durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz, etkili bir yargı yolu olduğu ve bu başvuru yolu tüketilmeden başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincillik niteliği" ile bağdaşmadığı gerekçesiyle başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

3. Şaban Dal, B. No: 2014/2891, 16/2/2017 63

Koşullu salıverilmenin geri alınması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası: Koşullu salıverilme tarihinden sonra denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işleyen başvurucu hakkında koşullu salıvermenin geri alınmasına ve sonraki suçu işlediği tarihten itibaren hak ederek tahliye tarihine kadar kalan cezasının aynen infazına karar verilmesinin kanunun öngördüğü

şekilde olduğu ve bu uygulamanın koşullu salıvermenin amacına da aykırı olmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

4. Mustafa Tepeli [GK], B. No: 2014/5831, 1/3/2017 79

Bir blogspot İnternet sitesinde yer alan iddialarla ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi nedeniyle itibara saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiği iddiası: Başvurucunun, kimliği tespit edilemeyen bir şahsın blogda kendisi hakkındaki duyumları yazmasından şikâyetçi olduğu, şikâyetten sonra söz konusu yazının blogdan kaldırıldığı, kimliği belirli olmayan kişilerce herhangi bir dayanağı olmaksızın yapılan suçlayıcı beyanların hukuksal bir değerinin olmadığı, nitekim olay tarihinde Türk Silahlı Kuvvetlerinde albay rütbesi ile görev yapan bir subay olan başvurucu hakkında söz konusu iddialar nedeniyle ne adli soruşturma ne de disiplin soruşturması açıldığı, Cumhuriyet Savcısının, İnternet üzerinden işlenen suçlara yönelik soruşturmalardaki güçlükleri de gözeterek Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlükler bağlamında ciddi endişeler ortaya çıkarabilecek şekilde geniş kapsamda etkiler uyandırmayan ya da toplumsal menfaati etkilemeyen bir şikâyet hakkında soruşturmayı daha fazla sürdürmediği, başvurucunun önemli olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kaldığına dair yeterli delil bulunmadığı ve şikâyet konusunun önemli bir ilkesel soruna yol açmadığı dikkate alındığında soruşturmanın sürdürülmemesinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler bakımından bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında açık bir dengesizlik bulunmadığı, başvurucunun şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkına yönelik bir ihlalin olmadığının açık olduğu gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

5. Galip Öğüt [GK], B. No: 2014/5863, 1/3/2017 89

Kesinleşmiş mahkûmiyet kararının infazı kapsamında yakalama emri çıkarılması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası: Yakalama emirlerinin infaz edilmediği dönemde temel hak ve hürriyetlere yönelik bazı etkileri bulunsa da bu dönemde henüz kişilerin fiziksel özgürlükleri maddi olarak kısıtlanmamış olduğundan söz konusu etkilerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak nitelendirilmesinin

mümkün olmadığı, bireysel başvuruda bulunulduğu tarihte başvurucunun yurt dışında olduğu ve hakkındaki yakalama emrinin henüz infaz edilmediği, ayrıca başvurunun incelendiği tarih itibarıyla da infazın gerçekleştiğine yönelik herhangi bir bilgi ya da belgenin bulunmadığı, buna göre başvurucunun fiziksel olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahalede bulunulmadığı gerekçesiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğundan açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

6. Devran Duran [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017 103

Tutukluluğa ilişkin itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılması ve bu inceleme sırasında alınan Savcılık görüşünün bildirilmemesi nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası: Tutukluluğun devamı kararına yönelik itirazı inceleyen Mahkemeye Cumhuriyet Savcısı tarafından bildirilen yazılı görüşün içeriğinin, yalnızca "talebin (itirazın) reddedilmesi" şeklinde olduğu, bu görüş yazısında, başvurucunun ayrıca cevap vermesini gerektiren daha önce ileri sürülmemiş herhangi yeni bir olgudan bahsedilmediği hatta hiçbir olguya veya gerekçeye yer verilmediği, başvurucunun; anılan görüş yazısında, cevap vermesini gerekli kılan ve daha önceden haberdar olmadığı yeni bir olgunun bulunduğunu ileri sürmediği gibi bu hususta herhangi bir açıklama da yapmadığı, itirazın reddine ilişkin Mahkeme kararında, hükmün Cumhuriyet Savcısı'nın görüşüne uygun olduğu belirtilmişse de Savcılık görüşünde yer alan herhangi bir olguya atıf yapılması veya bu görüşe dayanılmasının söz konusu olmadığı, Savcılık görüşünün kendisine bildirilmemesi nedeniyle ciddi anlamda zarar gördüğü, bu görüşün kendisi için ne denli önemli olduğu hususunda başvurucunun herhangi bir açıklamasının bulunmadığı gerekçesiyle anayasal ve kişisel önemden yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

7. Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi [GK], B. No: 2014/12727, 25/5/2017 133

Başvurucu şirketin bazı illerde yaptığı radyo yayınlarının durdurulmasının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiası: Başvurucu, yalnızca ve soyut olarak karasal yayın lisansının kapsamının hatalı olarak belirlendiğini ileri sürdüğü, Anayasa

Mahkemesinin görevinin, mevcut başvurudaki gibi bir yayın lisansının kapsamını belirlemek olmadığı, başvurucunun, bazı teknik nedenlerle getirildiği anlaşılan sınırlandırmanın Anayasa'nın 26. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasındaki koşullara aykırı biçimde ve ifade özgürlüğünü ihlal edecek tarzda uygulandığını gösteremediği, başvurucunun, ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma ve bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getiremediği, dolayısıyla ileri sürdüğü iddialarını temellendiremediği gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

8. Nurullah Efe ve Halkın Kurtuluşu Partisi, B. No: 2017/20127, 7/6/2017 141

16/4/2017 tarihli halkoylaması devam ederken Yüksek Seçim Kurulu tarafından sandık kurulu mührü taşımayan oy pusulası ve zarfların geçerli sayılmasına dair karar nedeniyle seçme hakkı ve bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiası: Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrası uyarınca anayasal bir hak olarak düzenlenen halkoylamasına katılma hakkının bireysel başvuruya konu olabilmesi için aynı zamanda Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller tarafından da korunması gerektiği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihadı uyarınca anılan maddede düzenlenmiş olan serbest seçim hakkının sunduğu güvencelerin, özü itibarıyla yasama yetkisi kullanan organların seçimleriyle sınırlı olup halkoylamalarının Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında bulunmadığı, bu bağlamda Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamı dışında kalan başvuru konusu halkoylamasında serbest seçim hakkının ihlal edildiği iddiasının, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan bir hakka ilişkin olmadığı, öte yandan Yüksek Seçim Kurulu kararlarının, Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrası gereği yargı denetimi dışında bırakıldığı ve bireysel başvuruya konu edilemeyeceği gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

9. Remziye Duman, B. No: 2016/25923, 20/7/2017 147

Olağanüstü Kanun Hükmünde Kararname ile kamu görevinden (öğretmenlik mesleğinden) çıkarılmaya karar verilmesi ve bu kararın doğurduğu hukuki sonuçlar nedeniyle Anayasa'da düzenlenen bir kısım ilke ve hakkın ihlal edildiği iddiası: 685 sayılı KHK'nın 1. maddesiyle

Anayasa'nın 120. maddesi kapsamında ilan edilen ve 21/7/2016 tarihli TBMM kararıyla onaylanan olağanüstü hâl kapsamında, terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna MGK'ca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan KHK hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun kurulduğu, anılan Komisyona başvuru yolunun kamu görevine dönüşe imkân tanıması, buna ilişkin kararların icra yöntemini belirlemesi, anılan kararların icrasının hızlı şekilde gerçekleşmesine ilişkin hükümler içermesi ve göreve iade hâlinde mali kayıpların telafi edilebilmesine imkân tanıması nedenleriyle potansiyel olarak yeterli giderim sağlama kapasitesine de sahip olduğu, başvurucunun ihlal iddiaları dikkate alındığında ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görünen (Komisyona) başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincil niteliği" ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

10. Mehmet Şentürk [GK], B. No: 2014/13478, 25/7/2017 163

7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun kapsamında kabul edilen hak sahipliği iddiasıyla açılan davanın reddedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiası: Anayasa'nın 35. maddesi soyut bir temele dayalı olarak mülkiyete erişmeyi ve mülkiyeti edinmeyi değil mülkiyet hakkını güvence altına almakta olup başvuru konusu olayda ise 7269 sayılı Kanun kapsamında hak sahibi olunabilmesi için zorunlu olan, deprem sonucu yıkılan veya ağır hasara uğrayan yapının depremden önce oturmaya elverişli olması koşulunu taşımadığı tespit edilen başvurucunun, anılan Kanun kapsamında meşru bir beklentiye sahip olduğunu gösterir kanun hükmü, yerleşik bir yargısal içtihat veya idari uygulama ortaya koyamadığı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

11. Selçuk Özdemir [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017 183

Darbe teşebbüsü sonrasında yürütülen soruşturmalar kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olduğundan bahisle bir hâkim hakkında

uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmadığı iddiası: Somut olayda başvurucu hakkında verilen tutuklama kararında tutuklama nedeni olarak öncelikle isnat edilen suçun Kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasında olmasına dayanıldığı, ayrıca suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı ile işin önemi itibarıyla tutuklamanın ölçülü olduğu belirtilerek adli kontrolün yetersiz kalacağına değinildiği, ayrıca hâkim olarak görev yapmakta olan başvurucunun serbest bırakılması hâlinde adaletin işleyişine zarar verecek faaliyette bulunabileceğine işaret edildiği, tutukluluğa yönelik itirazın reddi kararında ise tutuklama nedenleri açıklanırken soruşturma konusu olayla ilgili delillerin henüz tam olarak toplanmadığı, darbe teşebbüsüne ilişkin ülke genelinde elde edilen deliller ile dijital veriler üzerindeki incelemelerin henüz tamamlanmadığı, darbe girişiminin tüm unsurlarıyla aydınlatılmadığı belirtilerek bu aşamada delillerin karartılmasını ve kaçma şüphesini engellemek için adli kontrolün yetersiz kalacağının ifade edildiği, bu itibarla başvurucu hakkında tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın özel koşulları ile tutuklamaya ve tutukluluğa itirazın reddine ilişkin kararların içerikleri birlikte değerlendirildiğinde, başvurucu yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunmasının yanı sıra kaçma ve delilleri etkileme tehlikesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olduğu gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

12. Feyzi İşbaşaran, B. No: 2014/19529, 21/9/2017 211

Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası: Tutuklama nedenleri konusunda hâkimliklerce dayanılan hususların olgusal temellerinin bulunduğu, tutukluluk sürecinin 43 gün devam ettiği, dolayısıyla başvurucunun, delillerin toplanmasını ve soruşturma sürecinin tamamlanmasını müteakip tahliye edildiği, bu itibarla somut olayın koşullarında kuvvetli suç şüphesinin var olduğunun kabul edildiği, diğer tutuklama koşullarının mevcut olduğuna dair yargı organlarının genel değerlendirmelerinin somut olayın koşulları ile açıkça çelişmediği, başvurucunun tutuklu kaldığı süre de dikkate alındığında tutuklamanın süreç bakımından "gerekli" olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

13. Yusuf Gürkan [GK], B. No: 2014/11067, 18/10/2017 225

Askere alma kararının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı: Bireysel başvuruya dayanak davanın açılmasına sebep olan olgunun, askerliğe elverişli olmadığı ileri sürülen bir kimsenin askerlik hizmeti yapmakla yükümlü tutulması olduğu, tartışılması gereken temel meselenin "askere alma kararı" olduğu, Devletin salt egemenlik yetkisinin kullanımının tezahürü mahiyetinde olan askere alma yetkisiyle doğrudan bağlantılı görülen ve "askere alma kararı"nın tartışılmasını gerektiren bu uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülük kapsamında değerlendirilemeyeceği, başvurucunun askerlik yapmanın doğal sonuçları dışında bedensel veya ruhsal bütünlüğünün zarar gördüğüne yönelik bir iddiasının da bulunmadığı, sonuç olarak medeni hak ve yükümlülük kapsamında yer almayan askerlik hizmeti yükümlülüğüne ilişkin olduğu anlaşılan uyuşmazlığın Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

14. Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017 237

Milletvekili olan başvurucunun tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiası: İsnat edilen suçlar için öngörülen yaptırımın ağırlığını ve işin niteliğini de göz önünde tutarak milletvekili olan başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varılmasının keyfî ve temelsiz olduğunun söylenemeyeceği, ayrıca tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin Anayasa'da öngörülenin dışında siyasi bir amaçla gerçekleştirildiği iddiasının incelenmesini gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

15. B.T. [GK], B. No: 2014/15769, 30/11/2017 307

Sabiha Gökçen Havalimanı nezarethanesinde ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde idari gözetim altında tutmanın hukuki olmaması, tutulma koşullarının gayriinsani ve onur kırıcı olması, tutmaya karşı etkili bir başvuru yolunun bulunmaması nedenleriyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği iddiası: İdari yargı mercilerinin, bulundukları yerde yabancıların tutuldukları nezarethane ve Geri Gönderme Merkezlerinin fiziki koşullarını

değerlendirme bakımından Anayasa Mahkemesine göre daha avantajlı durumda oldukları, geri gönderme merkezlerinin fiziki koşullarına ilişkin öncelikli olarak idari yargı mercileri tarafından bir inceleme yapılmasının sadece ikincillik ilkesine uygun bir yaklaşım olmakla kalmayıp aynı zamanda bunun başvurucu bakımından lehe bir durum oluşturacağı, bu durumda 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi dikkate alındığında ulaşılabilir ve tutulma koşullarının standartlara uygun olmaması sebebiyle doğan maddi ve manevi zararların karşılanması bakımından başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesini haiz olduğu görülen "tam yargı davası" başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincil niteliği" ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

16. Selahattin Demirtaş [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017 367

Milletvekili olan başvurucunun tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiası: İsnat edilen suçlar için öngörülen yaptırımın ağırlığını ve işin niteliğini de göz önünde tutarak milletvekili olan başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varılmasının keyfî ve temelsiz olduğunun söylenemeyeceği, ayrıca tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin Anayasa'da öngörülenin dışında siyasi bir amaçla gerçekleştirildiği iddiasının incelenmesini gerektiren bir durumun söz konusu olmadığı gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına ilişkindir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ESASA İLİŞKİN KARARLAR

YAŞAMA HAKKI (MD. 17/1)

1. Gürkan Kaçar ve Diğerleri, B. No: 2014/11855, 13/9/2017 449

Zihinsel engelli bir çocuğun demir yolu hattı üzerinde bulunan yüksek gerilim hattı kablolarından geçen elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralanması üzerine açılan tazminat davasının reddedilmesinin yaşam hakkını ihlal ettiği iddiası: Olaya ilişkin davanın, yaklaşık dokuz yıl sonra sonuçlandırılabildiği, yürütülen tehlikeli faaliyete ilişkin gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmadığı ve başvurucunun zihinsel engelli bir çocuk olduğu ile ebeveyninin tehlikeli alanda

oynamasına izin vermesinin idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacağının gözetilmediği, başvurucunun, tedbirsiz davranışta bulunduğu gerekçe gösterilerek olayda tam kusurlu kabul edildiği, söz konusu davanın yaşama yönelik gerçek bir tehlikeye karşı etkili yargısal koruma sağlama ilkesiyle açıkça bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Serfinaz Öztürk, B. No: 2014/18274, 21/9/2017 471

Hükümlü olarak bulunulan ceza infaz kurumunda intihar edilmesi ve bu intihar olayına ilişkin etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesinin yaşam hakkını ihlal ettiği iddiası: Cumhuriyet Başsavcılığının, U.Ö.nün psikolojik durumunun tespiti ve intihar emaresi olarak değerlendirilebilecek davranışlar sergileyip sergilemediğinin ortaya konulması amacıyla U.Ö.nün oda arkadaşlarının ifadelerine başvurabilecekken bu kapsamda kimsenin ifadesini almadığı ve şüpheli sıfatıyla dinlenen kişilerin beyanlarıyla yetindiği, ayrıca U.Ö. ile birçok görüşme gerçekleştiren ve somut olayda kilit isim olan Ceza İnfaz Kurumu psikoloğunun beyanına da başvurmadığı, sonuç olarak Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturmada ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulamadığı, dolayısıyla somut olayda yürütülen soruşturmanın teoride olduğu gibi fiilen de hesap verilebilirliği sağlayamadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Seyfullah Turan ve Diğerleri, B. No: 2014/1982, 9/11/2017 501

Kolluk görevlisi tarafından güç kullanılması sonucu hayati tehlike geçirilmesine neden olacak şekilde yaralanma meydana gelmesine rağmen etkili soruşturma yürütülmemesi nedenleriyle yaşama hakkının ihlal edildiği iddiası: Olay yeri olan Hakkâri'de yürütülmesi kamu güvenliği için tehlike oluşturduğu değerlendirilen davanın Hakkâri'ye yaklaşık 1.500 kilometre uzaklıktaki Isparta'ya herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin nakledilmesi ile başvurucunun söz konusu davaya meşru menfaatlerini korumak için katılabilmesinin önüne geçilerek soruşturmanın bu yönüyle etkililiğinin derinden zedelendiği gerekçesiyle yaşama hakkının etkili soruşturma yürütülmesine ilişkin usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkindir.

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

1. T.A.A., B. No: 2014/19081, 1/2/2017 559

HIV pozitif olan işçinin iş akdinin sona erdirilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması, geliştirilmesi, özel hayata saygı hakları ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiaları:
Ayrımcılık Tazminatı Verilmesi Talebiyle Açılan Davanın Reddi Nedeniyle Eşitlik İlkesiyle Birlikte Değerlendirilen Özel Hayata Saygı, Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ile Geliştirilmesi Haklarının İhlal Edildiğine İlişkin İddia yönünden: Yargıtay ve İş Mahkemesi kararlarında, hastalığın *"bulaşıcı"* olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümün başvurucunun iş yerinden uzaklaştırılması olduğunun kabul edildiği, ancak söz konusu kararlarda işverenin, iş yerinde başvurucunun diğer çalışanları yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması imkânları hakkında değerlendirme yapması yükümlülüğü olup olmadığının ele alınmadığı, Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvurucu ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı haklarının ihlal edildiğine;

Yargılamanın Üçüncü Kişilere Kapalı Yapılması Talebinin Reddi Nedeniyle Özel Hayata Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia yönünden: HIV enfeksiyonu rahatsızlığı olan kişilerin uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu, söz konusu dışlanma, damgalanma ve ön yargıların özellikle iş hayatında mevcut olması durumunda kişiler üzerindeki etkilerinin çok daha yıkıcı olabileceği dikkate alındığında başvurucunun gizlilik talebinin, özel hayata saygı hakkına ilişkin makul ve savunulabilir nitelikte olduğu, İş Mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği gizlilik talebinin reddedildiği belirtilmekle birlikte söz konusu ifade muğlak olup hangi somut nedenlere bağlı olarak gizlilik kararı verilmediğini açıklamaktan uzak olduğu, kararın temyizi aşamasında aynı iddialar ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususlara ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği gerekçesiyle Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

İŞKENCE VE EZİYET YASAĞI (MD. 17/3)

1. A.A. ve A.A. [GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017 609

Öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiası: Geri gönderilecek ülkedeki riskin kamu görevlisi olmayan kişi veya gruplardan kaynaklandığının ileri sürüldüğü durumlarda hem riskin gerçekliğinin hem de söz konusu ülkenin kamu makamlarının bu riski ortadan kaldırmak konusunda yeterli korumayı sağlamakta yetersiz kalacaklarının başvurucu tarafından ispatlanması gerektiği, başvurucuların, DAEŞ terör örgütünün evlerini bombaladığını belirterek bazı fotoğraflar sundukları, İdare Mahkemesinde görülen davada kötü muamele yasağı kapsamında sağlanması gereken usul güvencelerinin bir kısmının sağlanmadığı görülmekle birlikte (araştırma yükümlülüğü, yargılama sürecine etkili katılım) başvurucuların gerek yargılama sürecinde gerekse bireysel başvuruda söz konusu fotoğrafların kendi evlerine ait olduğunu ispata yarayacak bir açıklamada bulunmadıkları, başvurucuların Irak'ın hangi bölgesinden geldiklerine ilişkin bilgi vermekten kaçınmalarının iddialarının doğruluğu yönünde bir kanaat oluşmasını zorlaştırdığı, sonuç olarak başvurucuların sınır dışı edilmeleri hâlinde ülkelerinde kötü muameleye maruz kalabileceklerine ilişkin iddialarının savunulabilir nitelikte olmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine ilişkindir.

2. Ümit Ömür Salar, B. No: 2014/187, 23/3/2017 639

Hava Harp Okulundan ayrılmaya zorlamak için bazı subay ve öğrencilerin diğer öğrencilere sistematik ve onur kırıcı davranışlarda bulunduğundan bahisle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiaları: Bazı Harp Okulu öğrencilerinin eğitim sırasında, ancak eğitim gerekleriyle bağdaşmayan fiziki ve psikolojik kötü muamelelere tabi tutuldukları, sürekli ve sistemli olarak bezdirme uygulaması nedeniyle Harp Okulundan kayıtlarını sildirmeye mecbur bırakıldıkları, Askerî Savcılığın, başvurucuya yönelik eylemlerin örgütsel bir yapı içinde ve yaygın şekilde, başka öğrencilere yönelik olarak da gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini detaylı bir şekilde araştırdığının söylenemeyeceği, Askerî savcının askerî disiplinin gerekleri söz konusu olduğunda olağan karşılanabilecek bazı eylemlerin bu amaç dışında özel bir motivasyonla yapıldığında

kötü muamele teşkil edebileceğini değerlendirerek somut verilerle de desteklenen iddiaları araştırması gerektiği, bu tür iddiaların zamanında ve detaylı bir şekilde araştırılmamasının Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) içinde örgütlenmesi muhtemel yapıların ortaya çıkarılmasını da engellediği, bu durumun kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinin üstü örtülü bir şekilde, sistematik olarak devam ettirilmesine ve eylemlerin askerî bir eğitim kurumunda olması nedeniyle millî güvenlik yönünden de sorunlara yol açabilecek nitelikte olduğu, sonuç olarak başvurucunun, soruşturmadaki diğer delillerle birlikte işkence ve kötü muameleye ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunmasına rağmen somut olayda bu iddiaların özen ve hassasiyetle soruşturma konusu yapılmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının usul bakımından ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Azizjon Hikmatov, B. No: 2015/18582, 10/5/2017 659

Öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiası: Başvurucunun sunduğu bilgi ve belgeler, geri gönderilen ülkenin koşullarına ilişkin AİHM tarafından yapılan değerlendirmeler, başvurucunun Suriye'deki çatışmalar başlamadan önceki bir tarihte (2009) Türkiye'ye giriş yaparak uluslararası koruma talebinde bulunması ve BMMYK tarafından başvurucuya 2010 yılında geçici mülteci statüsü verilmesi birlikte değerlendirildiğinde, başvurucunun ülkesinde kötü muameleye maruz kalabileceğine ilişkin iddialarının araştırmaya değer nitelikte olduğu, İdare Mahkemesinin; başvurucunun kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturan kişilerden olduğunu, hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunduğunu ve uluslararası koruma talebinin reddedildiğini belirterek sınır dışı edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar verdiği, bununla birlikte başvurucunun 2009 yılından itibaren istikrarlı bir şekilde önce BMMYK ve Göç İdaresi önünde sonrasında ise İdare Mahkemesinde görülen davada dile getirdiği iddialarının dikkate alınmadığı, başvurucunun AİHM'in kararlarına ve insan hakları alanında araştırma yapan sivil toplum örgütlerinin raporlarına konu olmuş iddialarının doğru olup olmadığı hususunda yargılama aşamasında herhangi bir araştırma yapılmadığı gibi kararda da anılan iddialara neden itibar edilmediği konusunda bir değerlendirmeye yer verilmediği, dolayısıyla idari dava sürecinde Özbekistan'a gönderilme durumunda maruz kalınabileceği iddia

edilen riske ilişkin araştırma ve değerlendirme yükümlülüğünün yerine getirilmediği gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkindir.

4. Cihan Koçak, B. No: 2014/12302, 21/9/2017 681

Ceza infaz kurumundaki kötü muamele nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiası: Başvurucunun müşahede odasından çıkarıldıktan on yedi gün sonra doktor muayenesine götürüldüğü, yapılan soruşturmada müşahede odasından çıkarıldıktan sonra başvurucuya doktor muayenesi yapılmamasının araştırılmadığı, nitekim olaydan on yedi gün sonrasında dahi sıyrıkların bulunduğu gözetildiğinde başvurucunun müşahede odasından çıktıktan sonra şikâyet dilekçesi vermesine rağmen doktor muayenesine götürülmemesinin değerlendirilmediği, bunun yanında soruşturmada başvurucunun yaklaşık altı saat kadar ayaklarından ve elleri arkadan kelepçeli olarak süngerli odada tutulması şeklindeki uygulamanın başvurucuyu cezalandırmak amacıyla yapılıp yapılmadığının da değerlendirilmediği gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul boyutu bakımından ihlal edildiğine ilişkindir.

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI (MD. 19)

1. Ercan Bucak, B. No: 2014/11651, 16/2/2017 705

Tutuklu kalınan sürenin koşullu salıverme tarihinden hak ederek tahliye tarihine kadar olan kısmının bir başka suçtan alınan cezadan mahsup edilmemesinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiası: Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 15/12/2011 tarihli kararı ile verilen cezaya ilişkin olarak anılan Mahkemenin 5/6/2014 tarihli kararı ile mahsup koşullarının bulunduğu belirtilmesine rağmen başvurucunun koşullu salıverme sonrası hak ederek tahliye tarihine kadar olan hürriyetinin kısıtlandığı sürenin mahsubu yoluna gidilmediği, bunun sonucunda, Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 15/12/2011 tarihli kararı ile verilen mahkûmiyet kararının infazı kapsamında başvurucunun ceza infaz kurumunda kalacağı sürenin uzamasının söz konusu olacağı, başvurucunun hukuk sistemince belirlenenden daha fazla bir süre hürriyetinden yoksun kalmasının hukuki bir temelinin bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Halas Aslan, B. No: 2014/4994, 16/2/2017 723

Tutukluluğun makul süreyi aşması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası: Başvurucuya isnat edilen suçun "çocuğun cinsel istismarı" suçu olduğu, tutukluluğun devamına ilişkin derece mahkemelerince açıklanan gerekçelerin hürriyetten yoksun bırakılmanın meşru nedenlerinin belirtilmesi bakımından ilgili ve yeterli olması ve davanın yürütülmesinde bir özensizliğin bulunmaması dikkate alındığında 2 yıl 4 ay 4 günlük tutukluluk süresinin somut olayın koşullarında makul olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediğine ilişkindir.

3. Aydın Yavuz ve Diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017 747

Darbe teşebbüsüyle bağlantılı olarak yürütülen soruşturmada uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmaması, tutukluluğun makul süreyi aşması, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması ve tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiaları:

Tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin iddia yönünden: Burhan Güneş ve Aydın Yavuz'un, FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen "ByLock" uygulamasının kullanıcısı oldukları, anılan uygulamanın özelliklerine ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma mercilerinde yapılan tespit ve değerlendirmeler göz önüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu, darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY ile ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda, soruşturma makamlarınca veya tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce, "ByLock"un kullanılmasının ve/veya kullanılmak üzere elektronik/mobil cihazlara yüklenmesinin somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" olarak kabul edilmesinin, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfî bir tutum olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla "ByLock" kullanıcısı olduğu belirtilen başvurucular Burhan Güneş ve Aydın Yavuz bakımından bu yönüyle de suç şüphesine ilişkin kuvvetli bir belirtinin bulunduğu, başvurucular hakkında tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ile somut olayın özel koşulları birlikte değerlendirildiğinde, Hâkimlik tarafından açıklanan ve delillerin karartılması ile kaçma şüphesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin bulunduğu gerekçesiyle açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararına,

Tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapıldığına ilişkin iddia yönünden: Darbe teşebbüsü sonrasında soruşturma mercileri ve yargı organları bakımından ortaya çıkan öngörülemez nitelikteki ağır iş yükü, bu iş yüküyle mücadele edecek ve ülkenin hukuk sistemini işletecek hâkim ve savcıların önemli bir bölümünün (yaklaşık 1/3'ünün) HSK tarafından FETÖ/PDY ile iltisak ve irtibatları bulunduğu gerekçesiyle görevden el çektirilerek meslekten çıkarıldığı, soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde görev alacak yardımcı adliye personeli ve kolluk görevlilerinin de önemli bir bölümünün FETÖ/PDY ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarıldığı, tutukluların güvenliğini ve muhafazasını sağlamakla görevli ceza infaz koruma memurlarının ve jandarma personelinin bir kısmının da kamu görevinden çıkarıldığı veya uzaklaştırıldığı, özellikle darbe teşebbüsü, FETÖ/PDY ve terör ile ilgili suçlardan dolayı tutuklu olan ve büyük çoğunluğu il merkezlerindeki ceza infaz kurumlarında bulunan binlerce kişinin tutukluluk incelemelerinin yapılması için periyodik olarak adliyelere veya SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) yoluyla dinlenebilecekleri yerlere getirilmeleri hâlinde çok ciddi güvenlik sorunları yaşanabileceği, bu bakımdan devletin ve toplumun varlığına ve millî güvenliğe yönelik ağır bir saldırı olan 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde, söz konusu suçlar yönünden tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılmasının kamu güvenliğinin sağlanması bakımından gerçek bir ihtiyaç olarak değerlendirilebileceği, bu itibarla darbe teşebbüsü kapsamında bir suç işledikleri iddiasıyla tutuklanan başvurucuların, tutukluluk durumlarının 8 ay 18 gün boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesinin "durumun gerektirdiği ölçüde" bir tedbir olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirilen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediğine ilişkindir.

4. Furkan Omurtag, B. No: 2014/18179, 25/10/2017 873

Çocuk olan başvurucunun tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiası: Tutuklama kararında başvurucunun çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmediği, dolayısıyla başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan ilkelere riayet edildiğinin, bu bağlamda diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının yetersizliğinden bahsedilirken başvurucunun yaşının dikkate alındığının söylenemeyeceği, tutuklamanın ancak çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda mümkün

olduğu dikkate alındığında başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken tutuklamaya konu hırsızlığa teşebbüs suçunun somut olayın koşullarında ne denli ciddi bir suç olduğunun ortaya konulamadığı, ayrıca başvurucuya isnat edilen suçun cezası itibarıyla da ağır bir suç olduğunun söylenemeyeceği, nitekim yapılan yargılama sonucunda da başvurucun adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, sonuç olarak suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı açısından tutuklama kararı verilmesinin ölçülü olduğunun kabul edilemeyeceği gerekçesiyle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

5. Ayhan Bilgen [GK], B. No: 2017/5974, 21/12/2017 899

Milletvekili olan başvurucunun tutuklanmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiası: Halkların Demokratik Partisinin (HDP) sosyal medya hesabından Merkez Yönetim Kurulu (MYK) adına, "6-7 Ekim olayları"na ilişkin olarak halkın sokağa çıkması ve direnişe katılması yönünde çağrı yapıldığı ve başvurucunun MYK üyesi olduğu hususlarında kuşku bulunmadığı, bununla birlikte başvurucunun suça konu çağrının yapılması yönünde bir iradesinin olmadığını her aşamada ifade ettiği, suça konu çağrının yapılmasının kararlaştırıldığı iddia edilen MYK toplantısında çağrının yapılmasına karar verildiği sırada başvurucunun da hazır bulunduğuna ve bu çağrının başvurucu tarafından sahiplenildiğine, dolayısıyla çağrının başvurucunun iradesi doğrultusunda yapıldığına dair soruşturma makamlarının somut olgulara dayalı bir tespitinin bulunmadığı, bu itibarla eldeki belgelere göre somut olayda "suç işlendiğine dair kuvvetli belirti"nin soruşturma makamlarınca yeterince ortaya konulamadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

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

1. Birsen Berrak Tüzünataç, B. No: 2014/20364, 5/10/2017 939

Evin terasında bulunulduğu sırada çekilen görüntülerin televizyonda yayımlanması nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkının ihlali iddiası: Belli bir hayran kitlesine sahip başvurucu ile Ş.G. arasında yaşananları muhabirin haber yapmaya değer görmesinin anlaşılabilir bir durum olduğu, görüntülerin kayıt altına

alınması kişilik hakları yönünden hassasiyet taşısa da bunların başvurucunun dışarıya kapalı konutuna girilmeksizin kamunun kullanımına açık bir alandan (sokaktan) ve herkes tarafından görülebilen bir yerden çekilmiş olması ve görüntüsü çekilenlerin sanatçı kişiliği dikkate alındığında basın özgürlüğünün sınırları içinde kaldığı, görüntülerin içeriğine bakıldığında başvurucu ile Ş.G.nin yakınlaşmasından ibaret olduğu ve ilgililer açısından kabul edilemez derecede rahatsızlığa yol açabilecek unsurlar içermediği, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan pozitif yükümlülüklere uyulduğu ve başvurucunun özel hayatının korunması hakkı ile davalının basın özgürlüğü arasında makul bir dengenin gözetildiği gerekçesiyle özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediğine ilişkindir.

İFADE, SANAT VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ (MD. 26, 27, 28)

1. Ahmet Temiz (6), B. No: 2014/10213, 1/2/2017 961

Ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan başvurucuya gönderilen günlük gazetenin bazı sayfalarının çıkarılarak verilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası: Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin hedef olmasını engellemek ve Ceza İnfaz Kurumunda güvenliği sağlamak amacıyla başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğu, başvurucunun gazetede yer alan yalnızca bir habere erişimine müdahale edildiği, gazetenin ilgili sayısının geri kalan kısmına veya sonraki sayılarına erişimine herhangi bir müdahalede bulunulmadığı, bu sebeple sınırlamanın, güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine ilişkindir.

2. Orhan Pala, B. No: 2014/2983, 15/2/2017 973

İnternet'te yayın yapan bir haber sitesinin genel yayın yönetmeninin yayımlanan bir haber nedeniyle cezalandırılmasının ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası: Gazetecilerden bir beyanın doğruluğunu kanıtlamakla yükümlü savcı gibi hareket etmelerini beklemenin aşırı yüksek bir ispat külfeti getireceği ve böyle bir mükellefiyetin sanık veya davalı olarak yargılandıkları davalarda hakkaniyete uygun düşmeyen sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceği, somut davada başvurucunun bir gazeteci olarak yeterince sorumlu bir şekilde davrandığını kabul etmek gerektiği,

dahası bir basın suçundan dolayı hapis cezası verilmesinin gazetecinin ifade ve basın özgürlüğüyle bağdaşmayacağı, bir yayın sonucu maddi ya da manevi zarara uğramış bir kimsenin, hakkında yanlış bilgiler yayımlayan gazeteci aleyhine en azından özel hukuk kapsamında bir tazminat davası açabileceği kabul edilse bile somut başvurudaki gibi klasik hakaret davalarında oldukça ağır olan hapis cezasının ifade ve basın hürriyetinin kullanılması üzerinde kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yarattığı, İlk Derece Mahkemesince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilerek başvurucu beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alınmışsa da yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde kesintiye uğratıcı bir etkisinin olduğu, bu etkinin kişinin düşünce açıklama veya basın faaliyetlerini baskılamasına neden olabileceği gerekçesiyle Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Hakan Yiğit, B. No: 2015/3378, 5/7/2017 989

Bir İnternet sitesinde sorumlu müdür olarak görev yapan başvurucunun yayımladığı haberde yer alan videonun haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle cezalandırılmasının ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası: Başvurucunun, kamuoyunca emekli bir vaiz olarak bilinen Fetullah Gülen'in daha önce küresel ölçekte yayın yapan, İnternet'te yayımlanan iletişim içeriklerini ifşa etmiş olmaktan mahkûm edildiği, söz konusu haberleşme içerikleri gerek olayların geçtiği dönemde gerekse de 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrası süreçte inkâr edilemez bir tanınmışlık derecesine sahip şikâyetçinin fikir ve tutumlarının, müştekinin başında olduğu gurubun siyasi, sosyal ve ekonomik alandaki faaliyetlerinin keşfedilmesi ve bunlara ilişkin kanaat oluşturulması işlevini gördüğü, dolayısıyla konuşmanın yayımlanmasının kamuoyu gündeminin ilk sıralarında yer alan kamusal faydası yüksek bir tartışmaya katkı sunduğunda kuşku bulunmadığı, başvurucunun söz konusu haber içeriğini değiştirerek veya haber kapsamına bir ekleme yaparak gerçek dışı bir haber yaptığının da iddia edilmediği, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet gerekçesinde bahse konu iletişim içeriklerinin ilk kez başvurucu tarafından yayımlanmamış olmasının da tartışılmadığı, sonuç olarak derece mahkemelerinin müştekinin haberleşme özgürlüğünü koruma amacının, başvuranın Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri kapsamındaki ifade ve basın özgürlüğü haklarına uygulanan

sınırlamaların haklı çıkarılması için yeterli olmadığı, derece mahkemelerince basın özgürlüğünün korunması ile özel hayatın bir unsuru olan haberleşme özgürlüğünün korunması arasında adil bir denge kurulmadığı ve başvurucunun, 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilerek beş yıl denetimli serbestlik tedbiri altına alındığı, yaptırıma maruz kalma endişesinin kişiler üzerinde caydırıcı bir etkisinin olduğu ve sonunda kişinin denetim süresini yeni bir mahkûmiyet almadan geçirse bile bu etki altında ileride düşünce açıklamalarından veya basın faaliyetlerini yapmaktan imtina etme riskinin bulunduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

4. Engin Kabadaş, B. No: 2014/18587, 6/7/2017 1011

Asker olan başvurucunun, verdiği konferanslarda kullandığı ifadelerin siyasi faaliyette bulunmak suçunu oluşturduğundan bahisle cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası: Somut olayın koşullarında yüksek rütbeli bir asker olan başvurucunun askerî tesislerde tertip edilen, askerî personel ve onların eşlerine yönelik katılımı zorunlu konferanslarda anılan tarihlerde ülkenin Cumhurbaşkanı'nı, Başbakanı'nı ve bazı bakanları eleştirmesinin siyasi söylem olarak kabul edilip cezalandırılmasının demokratik bir toplum düzeninde gerekli olduğu, ilk derece mahkemesinin gerekçeleri, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahale için yeterli ve ilişkili sayılması gerektiği, verilen kararda, başvurucunun ifade özgürlüğü ile onun ödev ve sorumlulukları arasında adil bir denge kurulduğu, başvurucuya verilen ve nispeten düşük miktardaki 780 TL adli para cezasının Türkiye Cumhuriyeti'nin temel niteliklerinden olan demokratik düzenin korunması için gerekli ve ölçülü olmadığının söylenemeyeceği gerekçesiyle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine ilişkindir.

5. Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş. [GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017 1025

Yayınlarına ara veren başvurucu radyonun yeniden yayına başlama talebinin kabul edilmemesinin ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası: Devletin medyada etkili çoğulculuğu sağlamak ve medya organlarının basın ve haber verme özgürlüğünü güvence altına

almak için gerekli yasal ve idari düzenleme yapma ve var olan mevzuatı etkili bir şekilde işletme yükümlülüğünü yerine getirmediği, sınırlı sayısı olan kanal ve frekansların, koşullarını yerine getiren kişiler arasında yayın yapmalarına olanak sağlayacak biçimde ve hakkaniyete uygun olarak tahsis edilmesi gerektiği, Anayasa'nın ilgili hükümlerine rağmen karasal radyo yayıncılığı organize edilerek bu alanda frekansların hakkaniyete uygun bir yöntemle tahsislerinin sağlanması suretiyle düzen kurulmadığı takdirde söz konusu yapısal sorunun devam edeceği gerekçesiyle Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkindir.

6. Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017 1057

Siyasi parti liderinin parti grup toplantısında Başbakan'a karşı söylediği sözler nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası: İlk derece mahkemesinin, kararlarında tazminat miktarlarının takdir ve tayin ederken yalnızca "tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını" nazara aldığını belirttiği, başvurucunun ne hükme esas alınan dava dosyalarındaki bilgi ve belgeleri Anayasa Mahkemesine ibraz ettiği ne de tazminat miktarının aşırılığından şikâyetçi olduğu, bununla birlikte her bir dava için hükmedilen tazminat miktarının başvurucunun sahip olduğu ekonomik olanakları zora sokacak veya ortadan kaldıracak miktarda olmadığının değerlendirildiği, dolayısıyla verilen tazminat cezasının miktarının -bu tür davalarda genellikle verilen tutarlar ve söz konusu konuşmanın ağırlığıyla karşılaştırıldığında- ulaşılmak istenen amaç ile orantısız olduğunun değerlendirilmediği gerekçesiyle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine ilişkindir.

7. Ali Kıdık, B. No: 2014/5552, 26/10/2017 1095

İnternet haber sitesinde yer alan köşe yazıları ile bazı haberlere erişimin engellenmesi kararı verilmesinin ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası: Şikâyet edilen internete erişimin engellenmesi kararı ile Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde koruma altında olan ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalenin daha ağır basan bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği, başvuru konusu internete erişimin engellenmesi kararının müştekinin itibarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli olmadığı, başvuruya konu haber ve yazıların belirsiz bir süre için engellendiği dolayısıyla

uyuşmazlık konusu kısıtlamanın belirli bazı yazılara ilişkin olduğu ve sınırlı etkileri olduğu iddia edilse bile müdahalenin öneminin azalmadığı, somut olayın koşullarında ilgili ve yeterli gerekçe olmadan tedbir mahiyetinde alınan bir kararın süresiz olarak etki göstermesinin ölçülü olarak da nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

8. İrfan Sancı, B. No: 2014/20168, 26/10/2017 1125

Bilimsel, sanatsal veya edebî değeri olduğu tespit edilmeksizin ve çocukların korunmasına ilişkin bir tedbir alınması gerekip gerekmediği değerlendirilmeksizin kovuşturmanın ertelenmesine ve üç yıl denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesinin ifade ve basın özgürlüğünü ihlal ettiği iddiası: İçinde müstehcen unsurlar bulunduğu tespit edilen ancak bilimsel, sanatsal veya edebî değeri olduğu ileri sürülen eserlere ilişkin uyuşmazlıklarda önce kamu gücünü kullanan organlar ve daha sonra da derece mahkemelerinin, ihtilafa konu eserlerin bilimsel, sanatsal ve edebî değerini tespit etmesi, söz konusu eserlerin bu nitelikleri haiz olduğu kabul edildiği takdirde bilimsel olduğu değerlendirilen eserler dışındaki sanatsal ve edebî eserlerin gösterilmesi, yayımlanması, dağıtılması ve başkalarına verilmesi sırasında çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin alınıp alınmadığı, tedbir alınmış ise bu tedbirlerin ölçülü olup olmadığı değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiği halde, başvuruya konu kitabın ne edebî nitelikte bir eser olup olmadığının ne de çocukların korunmasına ilişkin bir tedbir alınması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmediği, dolayısıyla Mahkemelerin gerekçeleri ilgili ve yeterli olmadığı için Anayasa'nın 26., 27. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade, sanat ile basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkindir.

9. Halil Bayık [GK], B. No: 2014/20002, 30/11/2017 1165

Ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan başvurucuya gönderilen bir dokümanın ceza infaz kurumu idaresince sakıncalı bulunarak verilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası: Ceza İnfaz Kurumu Eğitim Kurulunun, doküman içeriğinin Ceza İnfaz Kurumu güvenliği için tehlike oluşturabileceğini ifade etmekle birlikte hangi yazının hangi surette Ceza İnfaz Kurumu güvenliğine zarar verebileceğini belirtmediği, derece mahkemelerinin Eğitim Kurulunun gerekçesini hiçbir şekilde

göz önüne almadığı, Eğitim Kurulunun kararından farklı olarak Mahkemelerin, dokümanda yer alan yazıların yasaklanmış yayınlardan alındığını kabul ettiği ancak hangi yazının hangi yayından alındığını ve söz konusu yazının hangi mahkemece yasaklandığını belirtmediği, başvuruya konu dergi biçimindeki yazılı dokümanın başvurucuya verilmemesinin demokratik bir toplumda gerekli olduğunun ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilemediği gerekçesiyle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkindir.

DERNEK HAKKI (MD. 33)

1. Hint Aseel Hayvanları Koruma ve Geliştirme Derneği ve Hikmet Neğuç, B. No: 2014/4711, 22/2/2017 1187

Derneğin kapatılması nedeniyle dernek hakkının ihlal edildiği iddiası: Görünüşte başka amaçlarla kurulmuş olsa bile Dernek faaliyetlerinin suçun işlenmesine hizmet eden ve suç işlenmesinin kolaylaştırıldığı bir zemin hâline geldiği ve asıl olarak "hayvanları koruma" amacı altında bahis veya başka nedenlerle hayvanların dövüştürülmesine hizmet ettiği, hayvanlara sırf eğlenmek ya da zevk için acı çektirmenin ahlaken ve hukuken yanlış olduğunun kabul edilmesi gerektiği, mevcut davanın koşullarında başvurucu Derneğin faaliyetlerinin ne genelde gözlemlendiği gibi ifade özgürlüğü ile ne de Anayasa'da korunan diğer haklarla bir ilgisinin olmadığı, Derneğin kapatılmasının ve diğer başvurucuya verilen hapis cezasının ertelenerek onun belirli bir süre denetim altına alınmasının demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 33. maddesinde güvence altına alınan dernek hakkının ihlal edilmediğine ilişkindir.

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ DÜZENLEME HAKKI (MD. 34)

1. Dilan Ögüz Canan [GK], B. No: 2014/20411, 30/11/2017 1207

Düzenlenen bir toplantıda slogan atıldığı ve pankart açıldığı iddiasıyla açılan kamu davasında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesi nedeniyle toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlali iddiası: Söz konusu gösterinin 12 Eylül Darbesi'nin yıl dönümünde yapıldığı, bu önemli olayın yıl dönümünde bireylerin ve grupların toplumsal ve siyasal meselelere ilişkin kanaatlerini toplantı ve gösteri yapmak gibi çeşitli araçlarla açıklamalarının

engellenmesinin demokratik toplumun temellerini tahrip edeceği, Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile başvurucunun aynı maddenin birinci fıkrası kapsamındaki hakları arasında adil bir denge sağlanamadığı, gösterinin polis zoruyla dağıtılmasının, başvurucunun gözaltına alınmasının ve kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilerek başvurucunun üç yıl denetimli serbestlik altına alınmasının Anayasa'nın 34. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kamu düzeni meşru amacının sağlanması için gerekli olmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 34. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

MÜLKİYET HAKKI (MD. 35)

1. Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 2/2/2017 1233

İş yeri olarak kiraya verilen taşınmazın bulunduğu sokak yaya ve araç trafiğine kapatıldığı için kira gelirinin azalmış olması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali iddiası: Derece Mahkemesinin, sokağın araç ve yaya trafiğine kapatılması nedeniyle meydana geldiği ileri sürülen zararın tazminine yönelik olarak açılan tazminat davasında zarar ve illiyet bağının varlığına yönelik bir inceleme yapılmasının idarenin kusurunun bulunması koşuluna bağlayan yorumu sebebiyle başvurucular, uğradıkları zararı ve idarenin fiiliyle zarar arasındaki illiyet bağının varlığını ispatlayarak tazminat elde etme ve bu suretle yüklendikleri külfeti dengeleme imkânından mahrum kaldıkları, başvurucuların toplumun tümünün menfaatine olan bu tedbirden doğan külfete tahammül gösterme mecburiyetiyle karşı karşıya bırakılmalarının, kamu yararı amacı ile malikin mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken makul dengenin malik aleyhine bozulması sonucunu doğurduğu ve mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kıldığı gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

2. ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. [GK], B. No: 2014/2267, 21/2/2017 1257

Mahkemece hükmedilen alacağın değer kaybına uğratılarak ödenmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası: Kural olarak kişilerin kamudan olan alacaklarının herhangi bir yargısal sürece veya icra takibine gerek olmadan ödenmesi gerektiği, somut olayda ise başvurucunun alacağının geç ödenmesinin makul bir gerekçesi

mevcut olmadığı gibi, derece mahkemelerinin geriye dönük olarak tespit ettiği başvurucunun alacağını kamu makamlarının ancak yapılan yargılama sonucu ödeyebildiği ve yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle yine kamu makamlarının yarar sağlamış olduğu, başvurucunun mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağının enflasyon karşısında önemli ölçüde değer kaybına uğratılarak ödenmesinin başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağan dışı bir külfet yüklediği, derece mahkemelerinin başvurucunun zarara uğradığını ayrıca ispatlaması gerektiği yönündeki katı yorumu nedeniyle somut olay bakımından kamunun yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Süleyman Oktay Uras ve Sevtap Uras, B. No: 2014/11994, 9/3/2017 1293

Yol şartıyla belediyeye terk edildikten sonra imar planında değişiklik yapılarak konut alanına dönüştürülen ve başka bir parsel ile birleştirilen taşınmazın önceki maliklerine iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası: Başvurucuların, maliki bulundukları taşınmazı yol yapılması şartıyla Belediyeye bağışladığı, ancak Belediye tarafından yapılan imar planı değişiklikleriyle taşınmazın konut alanına dönüştürülmek suretiyle bağış vaadi sözleşmesinde belirtilen mükellefiyetin ihlal edildiği, olayda iade hakkının ortadan kaldırılmasının başvuruculara önemli bir külfet yüklediği, buna karşılık Belediyenin, kamu yararı amacıyla yol yapılmak üzere bağışlanan taşınmazdan önemli ekonomik yarar elde ettiği, konut alanına dönüştürülen taşınmazın eski malikine iade edilmeyerek Belediyenin özel mülkü hâline getirilmesinin, amme menfaatlerinin gözetilmesindeki kamusal yarar ile bireyin mülkiyet hakkının korunmasındaki bireysel yarar arasında kurulması gereken makul dengenin malik aleyhine orantısız bir biçimde zedelenmesine yol açtığı, bu durumda, başvurucuların mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olduğundan söz edilemeyeceği gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

4. Yasemin Balcı [GK], B. No: 2014/8881, 25/7/2017 1319

Bilirkişi sıfatıyla gerçekleştirilen otopsiler karşılığında ödenen ücretin yetersiz görülmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası: Başvurucu lehine hükmedilen bilirkişi ücretinin hangi gerekçeye

dayanılarak takdir edildiğine ilişkin dosya kapsamında herhangi bir bilgi ve belgeye rastlanmadığı, ayrıca yaklaşık sekiz ila on yıl gecikmeli olarak ödenen ücretin önceki yılların rayiçleri esas alınarak takdir edilmesinin adalet ve hakkaniyetle bağdaşmadığı, değinilen tarife ve fiyat listesi ile başvurucuya 2011 yılında gerçekleştirdiği otopsiler için takdir edilen ücrete göre bariz bir şekilde düşük olduğu anlaşılan ücretin başvurucunun emek ve mesaisini karşılayacak mahiyette olmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

5. Ahmet Uğur Balkaner [GK], B. No: 2014/15237, 25/7/2017 1357

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilen bankadan kullandığı kredileri ödemeyen şirketin kamu alacağına dönüşen bu borcundan, kanuni temsilcinin sorumlu tutulmasının mülkiyet hakkının ihlal ettiği iddiası: Başvurucunun, kanuni temsilcisi bulunduğu Şirkete ait kredi borcunu ödeme yükümlülüğünü ifa etmemesinden doğan ve Şirket kaynaklarından tahsil edilemeyen 37.200.326,54 TL kamu alacağından sorumlu tutulmasının başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklemediği ve bu suretle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararı ile malikin mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine ilişkindir.

6. Ferda Yeşiltepe [GK], B. No: 2014/7621, 25/7/2017 1383

Varlığı mahkeme kararıyla tespit edilen emekli ikramiyesinin enflasyon karşısında uğradığı değer kaybının telafi edilmemesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiası: Başvurucunun emekli ikramiyesine hak kazandığı tarihten ödemenin yapıldığı tarihe kadar geçen yirmi beş yıllık süredeki enflasyon oranları dikkate alındığında mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilen söz konusu alacağın değer kaybına uğratılarak ödendiği, belirtilen değer kaybının miktarı gözetildiğinde müdahaleyle başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağandışı bir külfet yüklendiği, bu sebeple söz konusu müdahalenin kamunun yararı ile başvurucunun mülkiyet hakkının korunması arasında kurulması gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

7. Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13677, 20/9/2017 1411

Akaryakıt istasyonunda yapılan denetimler sonucu teknik düzenlemelere uygun olmadığı tespit edilen sıvılaştırılmış petrol gazının değeri kadar paranın müsaderesine karar verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası: 5252 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi, 5237 sayılı Kanun'un 2. ve 5. maddeleri ile konuya ilişkin Yargıtayın içtihatları birlikte dikkate alındığında başvuruya konu olayda teknik düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle LPG'nin kaim bedelinin müsaderesinin açık, belirli ve öngörülebilir bir kanun hükmüne dayanmadığı, bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına müsadere yoluyla yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

8. Hanife Ensaroğlu, B. No: 2014/14195, 20/9/2017 1437

Suçta kullanıldığı şüphesiyle el konulan otobüsün iyi niyetli üçüncü kişiye ait olduğu tespit edilmekle müsaderesine yer olmadığına karar verilmesine rağmen uğranılan zararların karşılanmaması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası: El konulan otobüsün müsadere edilemeyeceğinin anlaşılmasına ve başvurucunun finansal kiracısı olduğu otobüsün sicil kaydına şerh konulmak suretiyle daha az zarara yol açabilecek bir yolun da varlığına rağmen yargılama sonuna kadar otobüse fiilen alıkonulması şeklindeki müdahalenin ölçülülük anlamında gereklilik ölçütünü sağlamadığı, bunun yanında el konulan otobüsün derece mahkemelerince iyi niyetli üçüncü kişi konumundaki finansal kiralama şirketi ile kiracısı olan başvurucuya ait olduğunun tespit edildiği ve ortada tedbirin devamını gerektirir makul ve haklı bir gerekçe de bulunmadığı hâlde el koyma tedbirinin fiilî olarak uygulanmasına devam edilmesi ve iade hükmünün infazı kesinleşme şartına bağlanarak mülkiyetin kısıtlanma süresinin uzamasına neden olunmasının orantılı da olmadığı, başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

9. İrfan Öztekin, B. No: 2014/19140, 5/12/2017 1465

İlköğretim okulunun ek bina inşaatı sırasında konuta zarar verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiası: İdarenin yürüttüğü inşaat faaliyeti nedeniyle oluşan toprak kayması sonucu

başvurucunun konutunda meydana gelen zararın tazmin edilmesi yönündeki başvurucunun talebinin, binanın ruhsatının bulunmadığı gerekçesiyle reddedildiği, dolayısıyla, idarenin kusuru nedeniyle başvurucunun konutunun zarar gördüğü, ancak buna rağmen başvurucuya hiçbir tazminat ödenmediği, derece mahkemelerinin olayın gelişiminde kamu makamlarının tutum ve yaklaşımlarını gözetmeyen bu katı yaklaşımının, başvurucuya şahsi olarak aşırı ve olağandışı bir külfet yüklediği, başvurucunun mülkiyet hakkının korunması ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengenin başvurucu aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

ADİL YARGILANMA HAKKI (MD. 36)

1. Ufuk Rifat Çobanoğlu, B. No: 2014/6971, 1/2/2017 1491

İddianamenin düzenlenmesinden sonra ortaya çıkan esaslı değişikliklerin başvurucuya bildirilmemesi ve savunma yapması için gerekli zamanın tanınmaması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası: Başvurucunun yargılandığı Mahkemenin kapatılarak dosyanın başka bir mahkemeye devredildiği, başvurucunun, yargılamanın karar aşamasında gerçekleşen esaslı bir gelişmeden (Mahkemenin kapatılmasından) haberdar edilmediği, savunmasını planlayıp dosyanın devredildiği mahkeme önünde de yapabilme imkânından yararlandırılmadığı, cezaevinde olan başvurucunun özel durumunun nazara alınmadığı, diğer yandan savunma için gerekli hazırlıkları yapması amacıyla iddianame başvurucuya (sanığa) -duruşma gününden önce tebliğ edilmediği hâlde- duruşmaya ara verilmesini isteyebileceğinin de hatırlatılmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Ali Kemal Tekin, B. No: 2014/875, 2/2/2017 1507

İsnadın sebebinin ve niteliğinin zamanında bildirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiası: Başvurucu istinabe suretiyle alınan savunmasında eşi ile çocuğun kendisine verilmesi hususunda anlaştığını, annenin rızası ile çocuğu teslim aldığını ve onu kaçırmadığını beyan ettiği, dolayısıyla başvurucunun suçlamaları inkâr ederek savunma yapma fırsatı

elde ettiği, suçlamanın başvurucunun öncesinde haberdar olduğu bir eyleme ilişkin olduğu, olayın karmaşık nitelikte olmadığı ve başvurucunun temyiz aşamasında müdafi yardımından yararlandığı gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan suçu (isnadın sebebini) öğrenme hakkının ihlal edilmediğine ilişkindir.

3. Ali Önal [GK], B. No: 2015/11798, 25/5/2017 1525

Dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarından yürütülen yargılama sonucunda karar sonucunu etkileyecek esaslı iddiaların tartışılmamasının gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği iddiası: Başvurucuya isnat edilen eylemler, başvurucunun araştırılmasını ısrarla talep ettiği konular ve İlk Derece Mahkemesinin mahkûmiyet hükmünü kurduğu hususlar dikkate alındığında başvurucunun taşınmaz satışına ilişkin tanık beyanları ve açığa imzanın kötüye kullanılması ile ilgili taleplerinin hangi nedenlerle kabul edilmediğinin Derece Mahkemesi kararlarında açıklanmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının unsurlarından olan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

4. Yaşar Çoban [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017 1569

Tapu siciline güvenilerek satın alınan taşınmazın kadastro çalışması sonucu Hazine adına tespit ve tescili sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilmesi istemiyle açılan davanın zamanaşımı gerekçesiyle reddedilmesi: Yargıtay Hukuk Dairesinin, 18/11/2009 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ile oluşan hukuki yol için zamanaşımı süresinin 1980 yılından itibaren işlemeye başladığı yolundaki kabulü, 4721 sayılı Kanun'un 1007. maddesinde öngörülen dava yolunu başvurucu açısından anlamsız hâle getirdiği, 18/11/2009 tarihinden önce başvurucunun tazminat talebi yönünden etkisiz olduğu açık olan bir yolun başvurucu tarafından 1990 yılından önce tüketilmesinin beklenmesi başvurucuya aşırı bir külfet yüklenmesi sonucunu doğurduğu, zira bu yolun, başvurucunun talebi yönünden 18/11/2009 tarihinden sonra etkili hâle geldiği, başvurucunun dava açma hakkını kullanabilmesindeki bireysel yarar ile hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin sağlanmasındaki kamu yararı arasında dava açmanın süreye bağlanmış olmasını anlamsız kılmayacak şekilde bir denge kurulması gerektiği, önemli olan hususun, 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolmuş bulunanlar yönünden 4721 sayılı Kanun'un 1007.

maddesi kapsamında dava açılabilmesine imkân tanınmış olduğu, bu durumda 18/11/2009 tarihinden önce zamanaşımı süresi dolan başvurucuların dava açabilmelerini mümkün kılacak makul bir süre öngörülmesi, kamu yararı ile bireylerin mülkiyet hakkının korunması arasında adil bir dengenin kurulabilmesi bakımından yeterli olup bu sürenin ne kadar olacağının takdirinin derece mahkemelerine ve özellikle içtihat mahkemesi konumunda olan Yargıtaya ait olduğu, sonuç olarak başvurucunun tapu siciline güvenilerek satın alınan taşınmazın kadastro çalışması sonucu Hazine adına tespit ve tescili sebebiyle uğranılan zararın tazmin edilmesi talebi yönünden 18/11/2009 tarihinde etkili hâle gelen hukuk yolunun bu tarihten önce tüketilmesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmesi suretiyle başvurucuya yüklenen külfet, kamu yararı ile bireyin mahkemeye erişim hakkı arasında kurulması gereken adil dengeyi başvurucu aleyhine bozduğu ve mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahaleyi orantısız kıldığı gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

EĞİTİM HAKKI (MD. 42)

1. Özcan Özsoy, B. No: 2014/5881, 15/2/2017 1593

Öğrencisi olduğu üniversite yönetimine verdiği dilekçede dile getirdiği görüşlerden dolayı disiplin cezası verilen ve bu sebeple okula devam edemeyen başvurucunun uğradığı zararın giderilmemesinin eğitim hakkını ihlal ettiği iddiası: Başvurucunun, ifade özgürlüğünü kullanması nedeniyle yükseköğretim kurumundan çıkarıldığı, davanın koşulları ışığında böylesine bir disiplin yaptırımının uygulanmasının demokratik toplum düzeninde gerekli olduğunun söylenemeyeceği, nitekim İdare Mahkemesinin de başvurucunun eylemini ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek işlemi iptal ettiği, bunun üzerine başvurucunun tazminat talepleri ise okul yönetimi ve Mahkemelerce, idarenin tazminat sorumluluğuna yol açacak ölçüde önemli bir hukuki yanlışlık ve ağır bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle reddedildiği, dolayısıyla başvurucunun daha sonra okuluna dönebilmiş olsa bile maddi ve manevi zararları telafi edilmediğinden mağduriyetinin devam ettiği gerekçesiyle Anayasa'nın 42. maddesinde güvence altına alınan eğitim hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

SENDİKA HAKKI (MD. 51)

1. Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017 1611

Bir sendikanın düzenlediği basın açıklamaları nedeniyle üyelerine ve sendikaya idari para cezası kesilmesinin sendika hakkını ihlal ettiği iddiası: Göstericilerin şiddet eylemlerine karışmadıkları durumlarda kamu makamlarının toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına belirli bir ölçüye kadar müsamaha göstermesi ve barışçıl bir gösterinin veya basın açıklamasının ilke olarak cezai yaptırım tehdidine maruz bırakılmaması gerektiği, gösterinin veya basın açıklamasının yerinin özgüllüğü gibi özel nedenlerle bu hakka sınırlama getirildiği durumlarda göstericilere -yetkili mercilerin emirleri uyarınca- yapılacak müdahalelerin kamu düzeninin sağlanması için gerekli olduğunun ve cezaların kamu düzeninin bozulması veya bozulma tehlikesinin ortaya çıkması sebebiyle verildiğinin kamu gücünü kullanan yetkili mercilerin kararlarında (örneğin ceza tutanağını düzenleyen polis raporlarında veya derece mahkemelerinin gerekçelerinde) gösterilmesi gerektiği, Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçları gerçekleştirmek için gerekli görülen önlemler ile başvurucu Sendikanın aynı madde kapsamındaki hakları arasında adil bir denge sağlanamadığı, başvurucuya verilen idari para cezasının Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca eğitim kurumundaki düzenin sağlanması için gerekli olmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

2. Anıl Pınar ve Ömer Bilge, B. No: 2014/15627, 5/10/2017 1645

Sendikal gerekçelerle iş sözleşmesi feshedildiği hâlde sendikal tazminat talebinin reddedilmesinin sendika hakkını ihlal ettiği iddiası: Somut olayda Derece Mahkemesince ilgili delil ve olguların değerlendirilmesi sonucu edinilen ve detaylı olarak gerekçelendirilen kanaate dayanan hükmün, Yargıtay ilgili Dairesi tarafından gerekçesiz bir şekilde bozulduğu, Devletin pozitif yükümlülüklerinin, işveren tarafından yapılan müdahaleye ilişkin olarak usule ilişkin güvenceler kapsamında oluşturulan yargısal mekanizmaların etkili bir şekilde işletilmesini ve derece mahkemelerinin konuyla ilgili ve yeterli gerekçe ortaya koymasını gerektirdiği, Derece Mahkemesinin yeterli ve ikna edici olduğu anlaşılan değerlendirmesine karşın Dairenin gerekçesiz bir şekilde

kararı bozması nedeniyle usule ilişkin pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği gerekçesiyle Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

3. Abdulvahap Can ve Diğerleri, B. No: 2014/3793, 18/11/2017 1663

Sendikal faaliyet çerçevesinde afiş asıldığı için idari para cezası uygulanmasının sendika hakkını ihlal ettiği iddiası: Suç unsuru içermeyen ve özel bir şirketten kiralanan ilan panolarına sendikal faaliyet çerçevesinde asılan afişlerin kamu düzenini bozduğu veya kamu düzeninin bozulması tehlikesine yol açtığı hususunda herhangi bir değerlendirme yapılmadan, suçun oluştuğuna ilişkin ilgili ve yeterli gerekçe ortaya konulmadan idari para cezası uygulanmasının -somut olayın koşulları gözetildiğinde- demokratik toplumda gerekli olmadığı, bu koşullar çerçevesinde başvuruculara verilen idari para cezasının sendikal faaliyette bulunulması bakımından caydırıcı bir etki doğurabileceği gerekçesiyle Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkindir.

BİRİNCİ BÖLÜM
TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

SEHER ARSLAN KÖKEN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/5088)

Karar Tarihi: 14/2/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
ARA KARAR

Başkan Y. : Serruh KALELİ

Üyeler : Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Kadir ÖZKAYA

Rıdvan GÜLEÇ

Raportör : Sinan ARMAĞAN

Başvurucu : Seher ARSLAN KÖKEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başvurucunun riskli bir gebelik dönemi geçirmesi sebebiyle ceza infaz kurumunda tutulmasının yaşam hakkını ve işkence ve kötü muamele yasağını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

2. Başvurucu, hakkında uygulanan tutukluluk kararının kaldırılarak tedbiren tahliyesine karar verilmesini talep etmektedir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

3. Başvuru Kars 1. Asliye Hukuk Mahkemesi kanalıyla 7/2/2017 (2017/5808 sayılı) tarihinde Anayasa Mahkemesine yapılmıştır.

4. Birinci Bölüm İkinci Komisyonunca, tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

5. Başvuru formunda ifade edildiği şekliyle ve ilgili kamu

makamlarından alınan bilgilere göre olaylar özetle şöyledir:

6. Başvurucu, *silahlı terör örgütüne üye olma suçundan* Kars Sulh Ceza Hakimliğinin 29.08.2016 tarih ve 2016/197 sayılı sorgusunda verilen kararla tutuklanarak Kars T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna yerleştirilmiştir.

7. Başvurucu, 38 yaşında ve 8 aylık hamile olması nedeniyle düşük ve erken doğum riski olduğunu, Hepatit B hastalığı olan bir kadın ile aynı koğuşta kaldığını ve kendisine bulaşma riski bulunduğunu iddia etmiştir.

8. Başvurucu riskli bir hamilelik dönemi geçirmesi, bulaşıcı hastalık kapma tehlikesi ve cezaevinin fiziki şartlarının olumsuzluğunun bebeğinin sağlığını riske atar durumda olması sebepleriyle tahliyesini talep etmiştir.

9. Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından sunulan bilgilerin tedbir hususunu sağlıklı bir şekilde karara bağlamaya yeterli nitelikte olmadığını gözeterek -benzer olaylarda takip ettiği usule uygun olarak- başvurucunun tutulmakta olduğu Ceza İnfaz Kurumundan 07/02/2017 tarihli müzekkereyle iddialarına ilişkin bilgi ve belge istemiştir.

10. Ceza İnfaz Kurumunun 10/02/2017 tarihli ve 2017/3265 sayılı yazısında, başvurucunun Ceza İnfaz Kurumunda A Blok 1. Koğuşta bulunduğu, aynı koğuşta bulunan başka bir tutuklunun bulaşıcı olmayan taşıyıcı Hepatit B hastası olduğu, gebeliği nedeniyle başvurucu dışında diğer koğuşta bulunan tutuklulara koruyucu aşı yapıldığı, Ceza İnfaz Kurumunda mesai saatleri içerisinde doktor olmasından dolayı her an sağlık hizmetlerinden yararlandırılmakta olduğu, mesai saatleri dışında acil durumda 112 Acil Servisinin olduğu, acil durumlarda butona basıldığında görevli personelin anında müdahale ettiği, Ceza İnfaz Kurumunda FETÖ/PDY örgütünden tutuklu kadınlara ait 1 adet koğuş bulunduğu, bu koğuşun bugün itibariyle mevcudunun 32 olduğu, ancak kapasitesi nedeniyle 15 kadın tutuklunun naklinin Erzurum E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna çıktığı ve en kısa sürede bu nakillerin gerçekleştirileceği, tutukluların havalandırma bahçelerinin olduğu, bu bahçede sabah 08:00 ile akşam 17:00'a kadar yararlanıldığı, tutuklu olan başvurucunun psikolog, sağlık hizmetleri, avukat, ziyaret ve haberleşme hizmetleri dışında bir haktan yararlandırılmadığı, koğuşların şu an kalabalık olması nedeniyle gebelik durumunun koşullara uygun olmadığı, ancak nakiller gerçekleştirildikten sonra tutulduğu yerdeki kişi sayısı azalacağından biraz daha uygun duruma geleceği belirtilmiştir.

B. İlgili Hukuk

11. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *"Tutukluların yükümlülükleri"* kenar başlıklı 116. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunun; … hastalık nedeniyle nakil, … muayene ve tedavi istekleri, ... muayene ve tedavileri, … sağlık denetimi, hastaneye sevk, infazı engelleyecek hastalık hâli, … 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."

12. 5275 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri şöyledir:

" Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi

Madde 16- (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.

(3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adlî Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adlî Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelere, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkrada yazılı usule uygun olarak incelettirilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler,

bildirimin yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkrada yazılı yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir.

(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.

(5) ***(Ek: 24/1/2013-6411/3 md.)*** *Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkrada öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur.*

(6) ***(Ek: 24/1/2013-6411/3 md.)*** *Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından ağır ve somut tehlike oluşturmayacağı değerlendirilen mahkûmun cezasının infazı üçüncü fıkrada belirlenen usule göre iyileşinceye kadar geri bırakılabilir.*

Hastalık nedeniyle nakil

Madde 57- (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.

Hükümlünün muayene ve tedavi istekleri

Madde 71- (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.

Hükümlünün muayene ve tedavisi

Madde 78- (1) Kurumun sağlık koşullarının düzenlenmesi, hükümlünün acil veya olağan muayene ve tedavisi kurumun hekimi tarafından yapılır. Genel veya hastalık nedeniyle yapılan tüm muayene ve tedavi sonuçları, sağlık izleme kartına işlenir ve dosyasında saklanır.

(2) Sağlık Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşları, hükümlülerin tedavileri bakımından gerekli yardımları yapmakla görevlidirler.

Hastaneye sevk

Madde 80- (1) Hükümlünün sağlık nedeniyle hastaneye sevkine gerek duyulduğunda durum, kurum hekimi tarafından derhâl bir raporla ceza infaz kurumu yönetimine bildirilir.

İnfazı engelleyecek hastalık hâli

Madde 81- (1) Kurum hekimi veya görevli hekim tarafından yapılan muayene ve incelemeler sonucunda hükümlünün cezasını yerine getirmesine engel olabilecek hastalığı saptanırsa durum, kurum yönetimine bildirilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

13. Başvuru evrakı incelenip tedbir hususu hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

14. Başvurucu, ceza infaz kurumunda tutulması nedeniyle yaşamına, maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunu belirterek yaşam hakkının ve işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüş; tedbiren tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

15. 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 Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

16. Anayasa'nın 17. maddesi, tutuklu veya hükümlülerin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması yönünde genel bir zorunluluk getirmemektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir (*Mouisel/Fransa*, B. No: 67263/01, 14/11/2002, § 38). Somut olayda bu genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmadığından başvurucunun tahliyeye yönelik tedbir talebinin değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

17. Bununla birlikte Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devletin hükümlü ve tutukluların sağlık hizmetlerine erişimini ve insan haysiyeti ile bağdaşan koşullarda tutulmasını sağlamak şeklinde genel bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla somut olaya ilişkin tedbir talebinin anılan yükümlülük çerçevesinde incelenmesi gerekir.

18. Başvurucu tarafından dosyaya sunulan raporlar ile Ceza İnfaz Kurumu tarafından ibraz edilen bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde, hamile olan başvurucunun Hepatit (B) hastası bir tutuklunun da bulunduğu odada otuz iki kişi ile birlikte kalmasının başvurucunun gerek kendisinin gerek bebeğinin yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike ortaya çıkarabileceği, başvurucunun tutulma koşullarının sağlık durumuna uygun olarak sağlanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

19. Açıklanan nedenlerle başvurucunun sağlık durumuna uygun koşulların sağlanması yönünde tedbir kararı verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle,

A. Tedbir talebinin kabulüne,

B. Kars Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, başvurucunun sağlık durumuna uygun koşulların sağlanması yönünde tedbirlerin alınmasına,

C. Kars Cumhuriyet Başsavcılığının gelişmelerden Anayasa Mahkemesini gecikmeksizin bilgilendirmesine,

D. Başvuru kapsamında yeni gelişmeler olması halinde tedbir hususunun resen yeniden değerlendirilebileceğine ve başvurucunun her aşamada tedbir talebinde bulunabileceğine,

E. Kararın bir örneğinin başvurucuya, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne ve Kars Cumhuriyet Başsavcılığına tebliğine,

14/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

SEMİH ÖZAKÇA ve NURİYE GÜLMEN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/27678)

Karar Tarihi: 28/6/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
ARA KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Nuri NECİPOĞLU
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Mustafa Eyyub DEMİRBAŞ
Başvurucular	:	1. Semih ÖZAKÇA
		2. Nuriye GÜLMEN
Vekilleri	:	Av. Duygu DEMİREL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hayati tehlike riski içeren bir sağlık sorunu bulunduğu hâlde ceza infaz kurumunda tutulmanın yaşam hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

2. Başvurucular, haklarında uygulanan tutukluluk kararının kaldırılarak tedbiren tahliyelerine karar verilmesini talep etmektedirler.

II. BAŞVURU SÜRECİ

3. Başvuru, 22/6/2016 tarihinde doğrudan Anayasa Mahkemesine yapılmıştır.

4. 2017/27680 başvuru sırasına kayıtlı başvurucu Nuriye GÜLMEN adına yapılan başvurunun fiili ve hukuki irtibat nedeniyle işbu dosya ile birleştirilmesine karar verilmiş ve her iki başvuru 2017/27678 başvuru numaralı dosya üzerinden yürütülmüştür.

5. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca, başvurucuların tedbir taleblerinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesinin (2) numaralı

fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

6. Başvuru formunda ifade edildiği şekliyle ve ilgili kamu makamlarından alınan bilgilere göre olaylar özetle şöyledir:

7. Başvuruculardan, öğretmen olan Semih ÖZAKÇA:

26/10/2016 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 675 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile kamu görevinden ihraç edilmiş, 23/11/2016 tarihinden itibaren kamu görevine iadesini temin amacıyla oturma eylemine, 9/3/2017 tarihinden itibaren de açlık grevine başlamış, tutuklandığı 23/5/2017 tarihine kadar 17 kez gözaltına alınmış ve adli kontrol tedbirleri ile salıverilmiş, 23/5/2017 tarihinde Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 2017/455 Sorgu sayılı kararı ile tutuklanmış, hakkındaki tahliye talebi Ankara 20. Ağır Ceza Mahkemesinin 13/6/2017 ve 2017/155 D. İş sayılı kararı ile kesin olarak reddedilmiştir. Yargılama Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesinin 2017/137 Esas sayılı dosyasında derdesttir.

8. Başvuruculardan akademisyen olan Nuriye GÜLMEN;

3/10/2016 tarihinde açığa alınmış, 6/1/2017 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan 679 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile kamu görevinden ihraç edilmiş, 9/3/2017 tarihinden itibaren açlık grevine başlamış, tutuklandığı 23/5/2017 tarihine kadar 28 kez gözaltına alınmış ve adli kontrol tedbirleri ile salıverilmiş, 23/5/2017 tarihinde Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 2017/455 Sorgu sayılı kararı ile tutuklanmış, hakkındaki tahliye talebi Ankara 20. Ağır Ceza Mahkemesinin 13/6/2017 ve 2017/155 D. İş sayılı kararı ile kesin olarak reddedilmiştir. Yargılama Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesinin 2017/137 Esas sayılı dosyasında derdesttir.

9. Başvuru tarihi olan 22/6/2017 tarihi itibarıyla açlık grevinin 105. gününü geçirdikleri ve başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın 24 kilo; başvurucu Nuriye GÜLMEN'in 12 kg kaybettiği iddia edilmiştir. Ayrıca başvurucular; tansiyon ve nabızda düşme, baş ağrısı, midede yanma, kas ağrıları, yürümede güçlük, ağız içi yarası, ışığa ve sese hassasiyet yaşadıklarını belirterek tutukluluk hâllerinin hayati risk oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir.

10. Başvuru Semih ÖZAKÇA Ankara Tabip Odası İnsan Hakları Komisyonu tarafından tanzim edilen 14/6/2017 tarihli raporu ibraz etmiş ve rapor içeriğine göre başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın Ceza İnfaz Kurumunda bulunmasının yaşam süresini kısaltıcı bir etkisinin bulunduğu saptaması yapılmıştır.

11. Başvurucular, kalıcı sakatlık ve ölüm tehlikesi altında olduklarını, tutukluluk hâllerinin tedbiren sonlandırılarak derhal salıverilmelerini talep etmişlerdir.

12. Anayasa Mahkemesi, başvurucular tarafından sunulan bilgilerin tedbir talebini sağlıklı bir şekilde karara bağlamaya yeterli nitelikte olmadığını gözeterek -benzer olaylarda takip ettiği usule uygun olarak- başvurucuların tutuklu olarak bulundukları, başvurucu Semih ÖZAKÇA için Sincan 1 Nolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumuna, başvurucu Nuriye GÜLMEN için Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne 22/6/2017 tarihli müzekkere ile (süreli) *"başvurucular hakkında sağlık durumu nedeniyle Ceza İnfaz Kurumunda tutulup tutulmayacakları hususunda Adli Tıp Kurumu tarafından tanzim edilen raporlar bulunup bulunulmadığı, ya da bu amaçla Adli Tıp Kurumuna sevklerinin yapılıp yapılmadığı, ayrıca başvurucuların bu amaçla sevke ilişkin bir taleplerin olup olmadığı, başvurucuların tutuklu bulundukları tarihten itibaren Ceza İnfaz Kurumunda hangi sağlık şikâyeti nedeniyle hangi sağlık biriminde muayene edildikleri, hangi sağlık kurumuna sevk edildikleri, tedavi ve takip süreçlerin nasıl devam ettiği hususunun varsa belgeleri ile ve kronolojik olarak bildirilmesinin istendiği, başvurucuların tutulma koşullarının nasıl olduğu ve acil sağlık hizmetlerinden faydalanma imkânları bulunup bulunmadığı"* hususlarında bilgi ve belge talebinde bulunmuştur.

13. Ceza İnfaz Kurumu 23/6/2017 tarihli ve 2017/5694 sayılı yazısı ile verdiği cevapta başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın ceza infaz kurumunda tutulup tutulmayacağı hususunda Adli Tıp Kurumu tarafından tanzim edilen bir rapor bulunmadığı belirtilmiş olmakla beraber Adli Tıp Kurumuna sevkinin yapılabilmesi hususunda Ankara Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi Sağlık Kuruluna sevkinin temini için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına yazı yazıldığı belirtilmiştir. Ancak başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın Adli Tıp Kurumuna sevk konusunda bir talebinin olmadığı da iletilmiştir. Başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın Kurum Aile Hekimliği tarafından muayenesinin yapılmaya çalışıldığı ancak

başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın 31/5/2017 tarihinde Kuruma verdiği dilekçe ile Kurumun Aile Hekimi ve sağlık personeli tarafından yapılacak ölçümleri ve kontrolleri reddettiğini, Ankara Tabipler Odası tarafından görevlendirilecek kişiler dışında kimsenin tedavisini kabul etmeyeceğini belirtmiştir.

14. Başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın kan şekeri, tansiyon, nabız, ateş ve kilo ölçümü işlemlerini reddetmesi üzerine her defasında tutanaklar tutulmuş ve Kurum tarafından Mahkememize gönderilmiştir. Kurum Aile Hekimliği tarafından B1 (Thiamin) 100 mg vitamin tableti yazıldığı ve başvurucu Semih ÖZAKÇA'ya her gün 1 adet teslim edildiği belirtilmiştir. Ayrıca BENEXOL B12 isimli ilacın haftada 1 kullanılması önerisi yapılmıştır. Kurum tarafından Kurum Aile Hekimliğinin raporuna uygun olarak başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın tüketmesi amacıyla akide şekeri alınmış ve talep doğrultusunda başvurucu Semih ÖZAKÇA'ya teslim edilmiştir. Akide şekeri teslimi başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın talebi üzerine 22/6/2017 tarihinde 3. kez yapılmıştır. Başvurucu Semih ÖZAKÇA, Ankara Ceza İnfaz Kurumu Kampüs Devlet Hastanesine sevk edilmek istenmiş ancak tedaviyi ve hastaneye sevki reddetmiştir. Kurumun cevabi yazısında anlaşıldığı üzere Kurum Yerleşkesinde Devlet Hastanesi bulunmaktadır ve Hastanenin 24 saat hizmet veren acil servis birimi mevcuttur. Ayrıca hasta sevkleri için kurum bünyesinde tam teşekküllü bir ambulans ekibi de görevlendirilmiştir. Ceza İnfaz Kurumu cevabi yazısında ayrıca açlık grevi eylemini sürdüren başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın odadayken gelişebilecek ani olumsuzlukları bildirmesi ve yalnız kalmasını önlemek için bir başka tutukluyu başvurucu Semih ÖZAKÇA'nın yanına yerleştirildiğini bildirmiş ve Kurum bu hususlarla ilgili tutanak ve belgeleri de yazısı ekinde Mahkememize göndermiştir.

15. Ceza İnfaz Kurumu 23/6/2017 tarihli ve 2017/5694 sayılı yazısı ile verdiği cevapta başvurucu Nuriye GÜLMEN'in Ceza İnfaz Kurumunda tutulup tutulmayacağı hususunda Adli Tıp Kurumu tarafından tanzim edilen bir rapor bulunmadığı belirtilmiş olmakla beraber Adli Tıp Kurumuna sevki için resen işlemlere başlandığı belirtilmiştir. Ancak başvurucu Nuriye GÜLMEN'in Adli Tıp Kurumuna sevk konusunda bir talebinin olmadığı da iletilmiştir.

16. Kurumun cevabi yazısına göre başvurucu Nuriye GÜLMEN Kurum Aile Hekimi tarafından muayene edilmiş ve kullanması için B1 vitamini

kendisine teslim edilmiş, açlık grevini bırakması konusundaki telkinlere rağmen açlık grevine devam ettiği belirlendiği bildirilmiştir. Başvurucu Nuriye GÜLMEN'in tansiyon, nabız, kilo kontrolü rutin olarak yapılmış; 29/5/2017 tarihli rutin kontrolde Kardiyoloji Polikliniğine sevki uygun görülmüş, başvurucu Nuriye GÜLMEN 30/5/2017 tarihinde polikliniğe sevki kabul etmemiş ancak bu konuda istenmesine rağmen yazılı bir beyan da vermemiştir.

17. Kurumun Nuriye GÜLMEN için verdiği cevabi yazıdan anlaşıldığı üzere Kurum Yerleşkesinde Devlet Hastanesi bulunmaktadır ve Hastanenin 24 saat hizmet veren acil servis birimi mevcuttur. Ayrıca hasta sevkleri için kurum bünyesinde tam teşekküllü bir ambulans ekibi de görevlendirilmiştir. Bu hususlarla ilgili tutanak ve belgeleri de yazısı ekinde Mahkememize göndermiştir.

B. İlgili Hukuk

18. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *"Tutukluların Yükümlülükleri"* kenar başlıklı 116. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun; … hastalık nedeniyle nakil, … muayene ve tedavi istekleri, ... muayene ve tedavileri, … sağlık denetimi, hastaneye sevk, infazı engelleyecek hastalık hâli, … 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."

19. 5275 sayılı Kanun'un ilgili maddeleri şöyledir:

" Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi

Madde 16- (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.

(3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adlî Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adlî Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelere, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkrada yazılı usule uygun olarak incelettirilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirimin yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkrada yazılı yükümlülüklere aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir.

(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.

(5) ***(Ek: 24/1/2013-6411/3 md.)*** *Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkrada öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur.*

(6) ***(Ek: 24/1/2013-6411/3 md.)*** *Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından ağır ve somut tehlike oluşturmayacağı değerlendirilen mahkûmun cezasının infazı üçüncü fıkrada belirlenen usule göre iyileşinceye kadar geri bırakılabilir.*

Hastalık nedeniyle nakil

Madde 57- (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.

Hükümlünün muayene ve tedavi istekleri

Madde 71- (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.

Hükümlünün muayene ve tedavisi

Madde 78- (1) Kurumun sağlık koşullarının düzenlenmesi, hükümlünün acil veya olağan muayene ve tedavisi kurumun hekimi tarafından yapılır. Genel veya hastalık nedeniyle yapılan tüm muayene ve tedavi sonuçları, sağlık izleme kartına işlenir ve dosyasında saklanır.

(2) Sağlık Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşları, hükümlülerin tedavileri bakımından gerekli yardımları yapmakla görevlidirler.

Hastaneye sevk

Madde 80- (1) Hükümlünün sağlık nedeniyle hastaneye sevkine gerek duyulduğunda durum, kurum hekimi tarafından derhâl bir raporla ceza infaz kurumu yönetimine bildirilir.

İnfazı engelleyecek hastalık hâli

Madde 81- (1) Kurum hekimi veya görevli hekim tarafından yapılan muayene ve incelemeler sonucunda hükümlünün cezasını yerine getirmesine engel olabilecek hastalığı saptanırsa durum, kurum yönetimine bildirilir."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Başvuru evrakı incelenip tedbir talebi hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvuruların İddiaları

21. Başvurucular, açlık grevi nedeniyle sağlık sorunları yaşadıklarını belirtmişler, haklarında uygulanan tutukluluk kararının kaldırılarak tedbiren tahliyelerine karar verilmesini talep etmişlerdir.

B. Değerlendirme

22. 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 Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

23. Başvurucular, ceza infaz kurumunda tutulmalarının yaşamları bakımından tehlike oluşturduğunu belirterek derhâl tahliyelerine karar verilmesini talep etmektedirler.

24. Başvurucuların sağlık durumlarının Ceza İnfaz Kurumunda tutulmaya başlandıkları günden itibaren takip edildiği, tedavi ve kontrol amacıyla Ceza İnfaz Kurumu Devlet Hastanesine sevklerinin yapılmasının planlandığı ancak başvurucular tarafından bu taleplerin reddedildiği, Ceza İnfaz Kurumu Aile Hekimliği tarafından gözlemin yapıldığı ve başvurucuların takibinin yapılmakta olduğu, ayrıca acil durumlar için

her türlü tedbirin hazır bulundurulduğu, başvurucuların Ceza İnfaz Kurumunda tutulup tutulmayacakları konusunda alınacak rapor için Adli Tıp Kurumuna sevk süreçlerinin başlatıldığı görülmektedir.

25. Başvurucuların sağlık durumlarına ilişkin şikâyetlerinin dikkate alınarak sağlık kuruluşlarına sevklerinin sağlandığı, ayrıca Ceza İnfaz Kurumu bünyesinde bir Devlet Hastanesinin bulunduğu görülmektedir. Dosya kapsamında yer alan ve Ceza İnfaz Kurumu tarafından sunulan bilgi ve belgeler birlikte değerlendirildiğinde, sürekli olarak sağlık hizmetleri sağlanan başvurucuların Ceza İnfaz Kurumunda tutulmalarının yaşamlarına, maddi veya manevi bütünlüklerine yönelik bir tehlike oluşturduğuna dair derhal tedbir kararı verilmesini gerektirir bir durum bulunmadığı anlaşılmıştır.

26. Açıklanan nedenlerle bu aşamada başvurucuların tedbir taleplerinin reddine dair karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucuların tahliyeye yönelik tedbir taleplerinin REDDİNE,

B. Başvurucuların sağlık durumlarına uygun ve fiziksel hâlleriyle uyumlu koşullarda tutulmaları için gerekli önlemlerin Ceza İnfaz Kurumları tarafından alınmasına,

C. Başvuru kapsamında yeni gelişmeler olması hâlinde tedbir hususunun resen yeniden değerlendirilebileceğine ve başvurucuların her aşamada yeniden tedbir talebinde bulunabileceklerine,

D. Kararın bir örneğinin başvurucular vekiline, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına ve ilgili Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüklerine tebliğine,

28/6/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

TEDBİRE İLİŞKİN ARA KARAR

V. N. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/31746)

Karar Tarihi: 21/8/2017

İKİNCİ BÖLÜM
ARA KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Recep KÖMÜRCÜ
		Muammer TOPAL
		Recai AKYEL
Raportör	:	Mustafa Eyyub DEMİRBAŞ
Başvurucu	:	V. N.
Vekili	:	Av. Sinem ULUDAĞ GÖK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Türkiye'ye kabul edilmeme hâlinde işkence ve kötü muamele yasağı ile yaşam hakkının ihlal edileceği iddialarına ilişkindir.

2. Başvurucu, Türkiye'ye girişinin sağlanması ve avukatı ile görüştürülmesi hususlarında tedbir kararı verilmesini talep etmiştir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

3. Başvuru, 14/8/2017 tarihinde İstanbul Ceza Mahkemeleri Ön Bürosu aracılığıyla yapılmıştır.

4. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca, başvurucunun tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

6. Başvurucu, 1983 doğumlu olup Ruanda Cumhuriyeti vatandaşıdır.

7. Başvurucu Malavi'den Kosova'ya gitmek üzere transit yolcu olarak İstanbul Atatürk Havalimanına 28/7/2017 tarihinde gelmiş ve Türkiye'ye giriş yapmak istemiştir.

8. Kamu makamları tarafından başvurucu hakkında 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca giriş yasağı bulunan başvurucunun ülkeye girişine izin verilmemiş; "Kabul Edilemez Yolcu Belgesi" düzenlenerek durum başvurucuya tebliğ edilmiştir.

9. Başvurucu, Türkiye'ye kabul edilmemesinin yaşamı ile maddi ve manevi bütünlüğü bakımından tehdit oluşturacağını, ülkesine gönderilirse işkence ve kötü muamele göreceğini belirterek 14/8/2017 tarihinde tedbir talepli bireysel başvuruda bulunmuştur.

10. Başvurucu avukat olup, 2008 yılında girmiş olduğu sınavı kazanarak Ruanda Yüksek Mahkemesince Kigali kentinde bulunan Nyarugenge Mahkemesine katip olarak atandığını, ülkesinde mevcut siyasi oluşuma karşı muhalefet olanlar hakkında yasaklayıcı ve cezalandırıcı uygulamalar nedeniyle baskı ve zulüm gördüğünü, 28/7/2009 tarihinde Malavi ülkesine gittiğini, buradan 23/11/2016 tarihinde ülkesi olan Ruanda'ya gitmek için Kenya ülkesinde bulunan Jomo Kenyatta havaalanına vardığını ancak Ruanda Hükümetinin talimatı ile Ruanda ülkesine giden uçağa alınmadığını ve Malavi ülkesine geri döndüğünü, akabinde Malavi ülkesinden Kosava ülkesine gitmek isterken Kosova ülkesinde Türkiye Cumhuriyeti'nden transit geçtiği gerekçesiyle başvurusu alınmayarak Türkiye Cumhuriyetine gönderildiği ve İstanbul Atatürk Havalimanının "Kabul Edilemez Yolcu Salonunda" tutulduğunu belirtmiştir. Başvurucu, Ruanda'da hukuk devleti olmadığını, geri gönderilirse işkence ve kötü muameleye maruz kalacağını, muhalif olduğu gerekçesiyle infaz edileceğini ileri sürmüş, bununla ilgili haber metinleriyle uluslararası kuruluşların raporlarını başvurusuna eklemiştir.

11. Başvurucu, uluslararası koruma talebinde bulunmasına karşın kamu makamlarınca prosedürün işletilmediğini, hukuki dayanak olmaksızın kabul edilemez yolcu salonunda tutulduğunu, geldiği ülke olan Kosova ya da Malavi'ye geri dönmek istemediğini, Türkiye Cumhuriyetinde kalmak istediğini beyan ederek ülkeye girişinin sağlanmasını talep etmiştir.

12. Başvurucu, 29/10/2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (676 sayılı KHK) ile 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesinin değiştirildiğini, anılan Kanun'un 54. maddesinin (2) numaralı fıkrasına istinaden, (1) numaralı fıkranın (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvurusu sahibi kişiler hakkında her aşamada sınır dışı etme kararı alınabileceğini, bu nedenle idari yargıda dava açılmasının -değişiklikten önceki durumdan farklı olarak- sınır dışı etme işlemini kendiliğinden durdurmayacağını belirtmiştir.

13. Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından sunulan bilgilerin tedbir hususunu sağlıklı bir şekilde karara bağlamaya yeterli nitelikte olmadığını gözeterek Göç İdaresi Genel Müdürlüğünden 15/8/2017 tarihli müzekkereyle (süreli) başvurucunun durumuyla bilgi ve belge istemiştir.

14. Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün 18/8/2017 tarihli ve 37435 sayılı yazısında, başvurucu hakkında kamu makamlarınca tesis edilen 6458 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmiş ve uluslararası koruma için gereken kriteri taşımadığı anlaşıldığından ülkeye girişine izin verilmeyerek kabul edilemez yolcu olarak işlem yapıldığı, ülkeye giriş yapmadığı için hakkında sınır dışı kararı tesis edilmediği bilgisi verilmiştir. Bununla birlikte başvurucunun Türkiye Cumhuriyetinde kalmak istediğini, ülkemizde uluslararası koruma başvuru talebinde bulunmak istediğini beyan ederek 3/8/2017 tarihinde vermiş olduğu dilekçe ile uluslararası koruma başvurusunda bulunmuştur. Ayrıca başvurucunun uluslararası korumu başvurusu hakkında son karar verilinceye kadar kabul edilemez yolcu salonunda kalışına izin verileceği hususunun başvurucuya tebliğ edildiği bildirilmiştir.

B. İlgili Hukuk

15. 6458 sayılı Kanun'un *"Türkiye'ye giriş yasağı"* kenar başlıklı 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Genel Müdürlük, gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak, Türkiye dışında olup da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini yasaklayabilir."

16. 6458 sayılı Kanun'un "*Türkiye'ye giriş yasağının tebliği*" kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

"(1) Giriş yasağına ilişkin tebligat, 9 uncu maddenin birinci fıkrası kapsamında olan yabancılara Türkiye'ye giriş yapmak üzere geldiklerinde sınır kapılarındaki yetkili makam tarafından, 9 uncu maddenin ikinci fıkrası kapsamında olan yabancılara ise valilikler tarafından yapılır. Tebligatta, yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabilecekleri ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülükleri de yer alır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Başvuru formu ve ekleri incelenip gizlilik, adli yardım ve tedbir talepleri hakkında gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

18. Başvurucu, Türkiye'ye kabul edilmemesi hâlinde yaşamı ile maddi ve manevi bütünlüğünün tehlikeye gireceğini, işkence ve kötü muamele görme riskinin bulunduğunu belirterek tedbir kararı verilmesini aynı gerekçeyle kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulmasını talep etmiştir. Başvurucu ayrıca bireysel başvuru harç ve masraflarını karşılama imkânının bulunmadığını belirterek adli yardım isteminde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

1. Gizlilik Talebi Yönünden

19. Başvurucunun gizlilik talebinin, ileri sürdüğü gerekçenin makul olması nedeniyle kabulü gerekir.

2. Adli Yardım Talebi Yönünden

20. Adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için başvurucunun kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun

olması, ikinci olarak da taleplerinin dayanaksız olmaması gerekmektedir (*Mehmet Şerif Ay*, B. No: 2012/1181, 17/9/2013, § 23).

21. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 49. maddesi ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 62. maddesiyle yapılan göndermeler doğrultusunda, adli yardım talepleri 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan hükümler uyarınca karara bağlanacaktır. 6100 sayılı Kanun'un 334. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca ise adli yardım talebinin kabul edilmesi için yabancılar bakımından ayrıca karşılıklılık şartının gerçekleşmesi de aranmıştır (*Nadalı Agheli Kohne Shari*, B. No: 2014/12633, 9/9/2015, § 17).

22. Bununla birlikte 6216 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, diğer usul kanunlarda yer alan hükümlerin, bireysel başvurunun niteliğine uygun düştükleri ölçüde uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu kapsamda bir değerlendirmeye gidildiğinde temel hak ve özgürlüklerinin kamu makamları tarafından ihlal edildiği iddiasında bulunan yabancı bir kişinin sunduğu adli yardım talebinin, sadece karşılıklılık ilkesine uyulmadığı gerekçesiyle reddedilmesinin, bireylerin hak ve özgürlüklerini merkeze alan bireysel başvurunun ruhuyla bağdaşmayacağı anlaşılmıştır (*Nadalı Agheli Kohne Shari*, § 18).

23. Somut olayda yabancı ülke vatandaşı olan başvurucunun; herhangi bir geliri veya malvarlığı tespit edilemediği, dolayısıyla geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu dosya kapsamından anlaşıldığından açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne, yargılama giderlerini ödemekten geçici olarak muaf tutulmasına karar verilmesi gerekir.

3. Tedbir Talebi Yönünden

a. Türkiye Cumhuriyetine Giriş Talebi Yönünden

24. 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, Bölümlerce resen veya başvurucunun talebi üzerine gerekli tedbirlere karar verilebilir.

25. Anayasa Mahkemesi, sınır dışı işlemlerine karşı yapılan başvurularda, geri gönderilen ülkenin koşullarını ulusal ve uluslararası kuruluşların ve hükümetlerin düzenlemiş olduğu insan hakları raporlarından da yararlanmak suretiyle resen araştırmakta; sınır dışı işleminin başvurucunun *yaşamına* ya *da maddi veya manevi bütünlüğüne* yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturabilecek nitelikte olması hâlinde İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca tedbir kararı verebilmektedir.

26. Somut olayda ise başvurucu Malavi'den transit olarak Kosova'ya iade edilirken Havalimanında Türkiye'ye giriş yapmak istemiş ancak 6458 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca konulan yasak nedeniyle ülkeye girişi kabul edilmemiştir. Dolayısıyla başvurucu hakkında sınır dışı kararı yoktur. Başvurucunun kabul edilemez yolcu olarak hâlen Havalimanının buna mahsus salonunda kendi isteğiyle kaldığı; öte yandan ilk çıkış yaptığı ülkeye, vatandaşı olduğu ülkeye veya kendisini kabul edecek herhangi bir ülkeye gidebileceği anlaşılmıştır.

27. Başvurucunun ülkeye giriş yapmadığı, Türkiye Devletinin egemenlik alanında bulunmadığı, hakkında sınır dışı kararı tesis edilmediği, bu nedenle kamu makamlarınca başvurucunun *yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne* yönelik gerçek ve ciddi bir tehlike oluşturabilecek nitelikte bir işlem yapılmadığı anlaşıldığından tedbir talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

b. Avukat ile Görüşme Talebi Yönünden

28. Ruanda Cumhuriyet vatandaşı olan ve kabul edilemez yolcu salonunda tutulan başvurucunun; avukatıyla görüştürülmediği ve vekâlet ilişkisi kurmasına izin verilmediği anlaşılmaktadır. Bu durum, başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ihlal iddialarını yetkili makamlar önünde dile getirebilme imkânını sınırlandırmaktadır.

29. Bu nedenle, başvurucunun avukatıyla görüşebilmesi ve vekâlet ilişkisi kurabilmesi yönündeki tedbir talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun;

1. Gizlilik talebinin KABULÜNE ve kamuya açık belgelerde kimliğinin GİZLİ TUTULMASINA,

2. Adli yardım talebinin KABULÜNE ve 6100 sayılı Kanun'un 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten GEÇİCİ OLARAK MUAF TUTULMASINA,

3. Tedbir talebinin;

a. Türkiye Cumhuriyetine giriş talebi yönünden REDDİNE,

b. Avukat ile görüşme talebi yönünden KABULÜNE,

B. Kararın bir örneğinin başvurucuya, Atatürk Havalimanı Mülki İdare Amirliğine ve Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne tebliğine,

21/8/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

İKİNCİ BÖLÜM

KABUL EDİLEMEZLİĞE İLİŞKİN KARARLAR

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

K.V. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/2293)

Karar Tarihi: 1/12/2016

GENEL KURUL
KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkan Vekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkan Vekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Mehmet Sadık YAMLI
Başvurucu	:	K. V.

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) tarafından 54,55 TL karar düzeltme para cezasına karar verilmesi ile bu cezanın tahsili işlemine karşı açılan davada tebligata ilişkin iddiaların incelenmemesi ve 660 TL avukatlık ücretine hükmedilmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/2/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyon, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar vermiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, başvuruya ilişkin görüş sunmamıştır.

7. Birinci Bölümün 17/11/2016 tarihinde yaptığı toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülen başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu, serbest avukat olarak görev yapmakta olup zorunlu askerlik görevini ifa ettiği sırada meydana gelen hakaret olayı nedeniyle AYİM'de tam yargı davası açmıştır. AYİM İkinci Dairesi 9/10/2002 tarihli ve E.2001/856, K.2002/791 sayılı kararı ile tazminat isteminin kısmen kabulüne, kısmen reddine karar vermiştir. Başvurucu, kısmen ret kararına karşı karar düzeltme yoluna gitmiş; AYİM İkinci Dairesi 26/2/2003 tarihli ve E.2003/189, K.2003/147 sayılı kararıyla bu talebi reddetmiş ve aynı kararda başvurucuya 54,55 TL karar düzeltme para cezası vermiştir.

10. AYİM Başkanlığı, anılan para cezasının tahsilinin temini için 3/3/2003 tarihinde Vergi Dairesi Müdürlüğüne (Müdürlük) müzekkere yazmış ve ekinde ilgili kararı göndermiştir. Müdürlük, para cezasının tahsili için ödeme emri düzenlemiş ve 4/5/2007 tarihinde ödeme emrini AYİM kararında ve müzekkerede belirtilen *"Ertuğrul Mah. [...] İçcebeci/ Ankara"* adresine göndermiştir. Ödeme emri, adresin kapalı olması ve muhatabın tanınmaması nedenleriyle tebliğ edilememiştir.

11. Müdürlük 22/7/2008 tarihinde aynı adrese memur eliyle tebligat yapmak istemiş ise de aynı sebeple tebligat yapılamamış ve bunun üzerine 29/12/2008 tarihinde ödeme emri ilanen tebliğ olunmuştur.

12. Müdürlük daha sonra *"Murat Mah. [...] Çankaya/Ankara"* adresine borcun ödenmesi konusunda görüşme yapılması için görüşme mektubu göndermiştir.

13. Posta kutusuna bırakıldığını belirttiği görüşme mektubuna karşı başvurucu, anılan cezanın zamanaşımına uğradığı iddiasıyla 31/12/2011 tarihinde terkin talebinde bulunmuş; başvurucunun istemi 27/1/2012 tarihli işlemle reddedilmiştir. Söz konusu borç, faiziyle birlikte 184 TL olarak 29/2/2012 tarihinde tahsil edilmiştir.

14. Başvurucu 2004 yılından beri serbest avukat olarak vergi mükellefi olduğunu, her ay beyanname verdiğini, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 101. maddesinde vergi beyannamelerinde belirtilen adreslerin bilinen adresler arasında sayıldığını, ödeme emrinin bilinen adres dışında ve yeterli araştırma yapılmadan tebliğ edilmeye çalışıldığını, bu nedenle tebligatın hukuka aykırı olduğunu ve borç için tahsil zamanaşımının geçtiğini belirterek ilanen yapılan tebligatın ve terkin talebinin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmıştır.

15. Ankara 6. İdare Mahkemesi 31/1/2013 tarihli ve E.2012/653, K.2013/268 sayılı kararıyla davayı reddetmiştir. Karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *"Olayda; davacı adına kesilen cezanın tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emrine rağmen ödenmeyen kamu alacağının tahsili için davacıya gönderilen görüşme mektubu üzerine 31.12.2012 [2011] tarihinde cezanın terkini talebiyle davalı idareye başvurulduğu, başvurunun reddi üzerine zamanaşımı iddiası ileri sürülerek dava konusu işlemin ve ilanen tebligat işleminin iptali sitemiyle bakılan dava açılmıştır.*

Dava konusu ilanen tebligat işlemi, davacının hukuki durumunda doğrudan bir değişikliğe sebep olmamakta olup, tek başına kesin ve yürütülebilir bir yanı olmadığından dava konusu ilanen tebligat işleminin esasının incelenmesine olanak bulunmamaktadır.

Dava konusu 27.01.2012 tarih ve 5026 sayılı işlemin iptali istemine gelince; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 2. Dairesi Başkanlığınca 26.02.2003 tarihli veE:2003/189, K:2003/147 sayılı karar ile karar düzeltme talebi reddedilen davacı adına hüküm altına alınan 54,55 TL para cezasının tahsili ile mükellef olan davalı idare tarafından, zamanaşımı söz konusu olmadığından davacının terkin talebinin reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, ilan tebligat işleminin iptali isteminin incelenmeksizin, dava konusu işlemin iptali isteminin ise esastan reddine, aşağıda dökümü yapılan 97,20 TLyargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca belirlenen 660,00 TL vekalet ücretinin davacıdan alınarak davalı idareye verilmesine..."

16. Başvurucu, ilanen tebligatın usulsüz olduğuna ilişkin iddialarının incelenmediği, davalı idarenin avukat ile temsil edilmemesine rağmen aleyhine avukatlık ücretine hükmedildiği iddiaları ile anılan karara itiraz etmiş; Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Kurulu, İlk Derece Mahkemesi kararına atıf yapmak suretiyle 18/12/2013 tarihli ve E.2013/29596, K.2013/25436 sayılı kararıyla itirazı reddetmiştir.

17. Karar 3/2/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu karar düzeltme talep etmemiştir.

18.Başvurucu 20/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

19. 213 sayılı Kanun'un 103. maddesi şöyledir:

"Aşağıda yazılı hallerde tebliğ ilan yoliyle yapılır.

1. Muhatabın adresi hiç bilinmezse;

2. Muhatabın bilinen adresi yanlış veya değişmiş olur ve bu yüzden gönderilmiş olan mektup geri gelirse;

3. Başkaca sebeplerden dolayı posta ile tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa;

4. Yabancı memleketlerde bulunanlara tebliğ yapılmasına imkan bulunmazsa."

20. 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"Devlete, vilayet hususi idarelerine ve belediyelere ait vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası gibi asli, gecikme zammı, faiz gibi fer'i amme alacakları ve aynı idarelerin akitten, haksız fiil ve haksız iktisaptan doğanlar dışında kalan ve amme hizmetleri tatbikatından mütevellit olan diğer alacakları ile; bunların takip masrafları hakkında bu kanun hükümleri tatbik olunur.

Türk Ceza Kanununun para cezalarının tahsil şekli ve hapse tahvili hakkındaki hükümleri mahfuzdur."

21. Aynı Kanun'un 8. maddesi şöyledir:

"Hilafına bir hüküm bulunmadıkça bu kanunda yazılı müddetlerin hesaplanmasında ve tebliğlerin yapılmasında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur."

22. Aynı Kanun'un 58. maddesinin birinci fıkrası ise şöyledir:

"Kendisine ödeme emri tebliğ olunan şahıs, böyle bir borcu olmadığı veya kısmen ödediği veya zamanaşımına uğradığı hakkında tebliğ tarihinden itibaren 7 gün içinde alacaklı tahsil dairesine ait itiraz işlerine bakan vergi itiraz komisyonu nezdinde itirazda bulunabilir. İtirazın şekli, incelenmesi ve itiraz incelemelerinin iadesi hususlarında Vergi Usul Kanunu hükümleri tatbik olunur."

23. 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Avukatlık ücreti, avukatın hukukî yardımının karşılığı olan meblâğı veya değeri ifade eder.

...

Avukatlık asgarî ücret tarifesi altında vekâlet ücreti kararlaştırılamaz. Ücretsiz dava alınması halinde, durum baro yönetim kuruluna bildirilir."

24. 2/11/2011 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 14. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

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

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Hükmü ve AİHM İçtihadı

25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 1/6/2010 tarihinden geçerli olmak üzere 14. Protokol'le değişik 35. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Aşağıdaki hallerde Mahkeme, 34. madde uyarınca sunulan bireysel başvuruları kabul edilemez bulur:

a) Başvurunun konu bakımından Sözleşme veya Protokollerinin hükümleriyle bağdaşmaması, açıkça dayanaktan yoksun veya bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olması veya;

b) Başvurucunun önemli bir zarar görmemiş olması; meğer ki Sözleşme ve Protokolleri ile güvence altına alınan insan haklarına saygı ilkesi başvurunun esastan incelenmesini gerektirsin. Ancak ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmemiş hiçbir dava bu gerekçe ile reddedilemez."

26. 1/6/2010 tarihinde yürürlüğe giren 14 No.lu Protokol'ün 20. maddesiyle Sözleşme'nin 35. maddesine *"önemli bir zarar görmemiş olma"* kabul edilemezlik kriteri olarak eklenmiştir. Bu ilkeye göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), önüne gelen başvuruda başvurucunun önemli bir zarara uğramadığını tespit ederse bu başvuruyu kabul edilemez bulabilecektir. Fakat bu kriterin uygulanmasının hakkaniyete

aykırı sonuçlar doğurmasını önleme amacına dönük iki koruyucu unsur kabul edilmiştir. Bu unsurlar, insan haklarına saygı ilkesinin başvurunun esastan incelenmesini gerektirmesi ile davanın ulusal bir mahkeme tarafından gereği gibi incelenmiş olmasıdır.

27. AİHM, bu yeni kriterin Sözleşme ve protokolleri ile güvence altına alınan hakların Avrupa düzeyinde korunmasını sağlama yönündeki temel görevine yoğunlaşması için oluşturulduğunu belirtmiştir (*Stefanescu/Romanya* (k.k.), B. No: 11774/04, 12/4/2011, § 35). *De minimis non curat praetor (Hâkim önemsiz ve küçük işlerle uğraşmaz.)* ilkesinden doğan bu yeni kabul edilebilirlik şartı, bir hak ihlalinin ne denli gerçek olursa olsun uluslararası bir mahkeme tarafından incelenmeyi gerektirecek asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması gerektiği görüşüne dayanır (*Korolev/Rusya* (k.k.), B. No: 25551/05, 1/7/2010).Bu seviyenin değerlendirilmesinde ise ihlal edildiği iddia edilen hakkın doğası, ihlal iddiasının ciddiyeti ve ihlalin başvurucunun kişisel durumu üzerinde oluşturacağı olası sonuçlar gözönünde bulundurulur (*Giusti/İtalya*, B. No: 13175/03, 18/10/2011, § 34).

28. AİHM, bu kriteri uygularken (i) başvurucunun önemli bir zarar görüp görmediğini, (ii) Sözleşme ve eki protokollerinde tanımlandığı şekliyle insan haklarına saygı hususunun şikâyetin esası bakımından bir inceleme gerektirip gerektirmediğini, (iii) davanın, ulusal mahkeme tarafından gereği gibi incelenip incelenmediğini ele almaktadır (*Tayfun Görgün/Türkiye* (k.k.), B. No: 42978/06, 16/9/2014).

29. Başvurucunun önemli bir zarar görüp görmediğinin tespitinde kendi özel şartları içinde başvurucunun yaşadığı dezavantajın gözönünde bulundurulması gerekir. Bu noktada parasal tutar önemli olmakla birlikte her zaman tek ölçüt değildir. Ayrıca olayda başvurucu için önemli bir prensip meselesi söz konusu olabilir ancak bu durum AİHM açısından, başvurucunun önemli bir zarar gördüğü sonucuna varmak için yeterli olmayıp başvurucunun subjektif düşüncesinin objektif unsurlarla da haklılaştırılması gerekir (*Korolev/Rusya*).

30. Sözleşme ve protokollerinin güvence altına aldığı insan haklarına saygının başvurunun esastan incelenmesini gerektirip gerektirmediği hususuyla ilgili olarak AİHM,başvurunun davalı devletin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüğünün netleştirilmesi veya davalı devletin yapısal bir eksikliği gidermeye teşvik edilmesi ihtiyacının olduğu

durumlar gibi Sözleşme gerekliliklerinin yerine getirilmesini etkileyen genel nitelikte bir konuyu gündeme getirdiği durumlarda başvurunun esastan incelenmesi gerekeceğini belirtmiştir (*Zwinkels/Hollanda* (k.k.), B. No: 16593/10, 9/10/2012, § 28).

31. Bu kapsamda AİHM, söz konusu kriter getirilmeden önce de önüne gelmiş olan Sözleşme'yle ilgili hususlarda açık ve çokça uygulanmış olan bir içtihadın bulunması durumunda bu incelemenin yapılmasının gerekli olmadığına hükmettiğini (*Van Houten/Hollanda* (kayıttan düşürme), B. No: 25149/03; *CEDH 2005-IX ve Kavak/Türkiye* (k.k.), B. No: 34719/04, 37472/05, 19/5/2009) hatırlatarak Mahkeme içtihatlarını genişletebilecek veya bunlara katkı sağlayabilecek nitelikteolmayan başvuruları incelemediğini belirtmektedir (*Tayfun Görgün/Türkiye*).

32. Ayrıca AİHM'e göre "önemli bir zarar görmemiş olma" kabul edilebilirlik kriterinin Sözleşme kapsamında güvenceye alınan herhangi bir hakka uygulanması kısıtlanmamıştır (*Sylka/Polonya,* (k.k.), B. No: 19219/07, 03/06/2014).

2. Karşılaştırmalı Hukuk

33. Federal Almanya Anayasa Mahkemesine (FAYM) yapılan bireysel başvurularda meydana gelen artışın Mahkemenin anayasal hakları koruma işlevini yerine getiremez hâle getireceği endişesiyle FAYM Kanunu'nda 1993 yılında değişiklik yapılmıştır. Değişiklik sonrası FAYM Kanunu'na göre iki nedenden birinin bulunması hâlinde bir başvuru kabul edilebilir bulunmaktadır. Bunlar, başvurunun temel anayasal öneme sahip olması ve olası bir kabul edilemezlik kararının başvurucu açısından ağır sonuçlar meydana getirecek olmasıdır.

34. FAYM'a göre başvurunun temel haklarla ilgili esaslı bir soruna temas ettiğinin yani "temel anayasal önemi"nin başvurucu tarafından ortaya konulması gerekmektedir. FAYM, bir kararında bireysel başvurunun subjektif işlevinin geri plana itildiğini ve objektif işleve yerini bıraktığını açıkça göstermiştir. FAYM anılan kararda bir anayasa şikâyeti açısından esaslı anayasal önemin ancak anayasadan doğrudan çıkarılamayan ve anayasa yargısı tarafından henüz yanıtlanmamış ya da değişen koşullar nedeniyle yeniden açıklanması gereken anayasal bir sorunu ortaya çıkarması hâlinde söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bunun yanı sıra sorunun açıklığa kavuşturulmasında somut olayı aşan bir yarar olmalıdır.

Göz ardı edilemez sayıdaki anlaşmazlıklar için anlamlı olması ya da gelecekteki durumlar için de çözüm oluşturabilecek önemde bir sorunla ilgili olması hâlinde böyle bir yarardan söz edilebilir (*BVerfGE 90*, 24-25, 8/2/1994).

35. İspanya Anayasa Mahkemesinin Teşkilat Kanunu'nda (AYMTK) 2007 yılında yapılan değişiklikle Mahkemeye yapılacak başvuruların (amparo başvurusu) özel anayasal önem taşıması koşulu getirilmiştir. İspanya AYMTK, başvurunun anayasal öneminden bahsetmiş ancak onun başvurucu açısından oluşturduğu zarara değinmemiştir. Başvurucunun uğradığı zararın ağırlığının bir kriter olarak kabul edilmemiş olması, ilgili başvuruların subjektif niteliğini dışlayarak söz konusu başvurulara münhasıran objektif bir anlam yüklemiştir. İspanya Anayasa Mahkemesinin, özel anayasal önemi başvurucunun subjektif zararının ağırlık derecesinden bağımsız olarak ele alması İspanya örneğini Türkiye, Federal Almanya ve AİHM uygulamasından ayırmaktadır. Diğer yandan İspanya AYMTK'ya göre başvuru dilekçesinde söz konusu başvurunun anayasal açıdan özel öneminin ortaya konulması gerekmektedir. İspanya Anayasa Mahkemesi, özel anayasal önem kriterinin başvuru dilekçesinde sadece belirtilmesini yeterli bulmamakta, bunun kanıtlanmasını da beklemektedir. Başvurucunun bu konuda bir açıklama getirmemesi hâlinde Mahkemenin dilekçeyi resen inceleyerek bu hususları gözetme imkânı bulunmamaktadır. Mahkeme anayasal önem ile ilgili üç kıstası gözönüne alarak inceleme yapmakta olup bunlar (i) anayasanın yorumlanması açısından önemi, (ii) anayasanın uygulanması ve genel etkinliği açısından önemi, (ii) temel hakların içeriğinin ve kapsamının belirlenmesi açısından önem kıstaslarıdır (İspanya Anayasa Mahkemesi Kararı, 155/2009, 25/6/2009).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 1/12/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Karar Düzeltme Talebinin Reddedilmesi Nedeniyle Para Cezası Verilmesinin Adil Yargılanma Hakkını İhlal Ettiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

37. Başvurucu, karar düzeltme başvurusunun AYİM İkinci Dairesinin 26/2/2003 tarihli kararı ile reddedilmesi üzerine aynı kararda para

cezasına hükmedilmesinin hak arama hürriyetini kısıtladığınıbelirterek Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

38. 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."*

39.Anılan hüküm uyarınca Anayasa Mahkemesinin yetkisinin zaman bakımından başlangıcı 23/9/2012 tarihi olup Mahkeme, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruları inceleyebilecektir. Anayasa Mahkemesinin yetki kapsamının anılan tarihten önce kesinleşmiş nihai işlem ve kararları da içerecek şekilde genişletilmesi mümkün değildir (*Hasan Taşlıyurt,* B. No: 2012/947, 12/2/2013, § 16).

40. Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi için kesin bir tarihin belirlenmesi ve Mahkemenin yetkisinin geriye yürür şekilde uygulanmaması hukuk güvenliği ilkesinin bir gereğidir (*Zafer Öztürk,* B. No: 2012/51, 25/12/2012, § 18).

41. Başvuru konusu olayda başvurucu, karar düzeltme talebinin reddi üzerine verilen para cezası nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de ilgili para cezası AYİM İkinci Dairesinin 26/2/2003 tarihli kararı ile kesin olarak verilmiştir.

42. Bu durumda başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti 23/9/2012 tarihinden önce kesinleşen Mahkeme kararına dayanması nedeniyle anılan şikâyet, zaman bakımından Anayasa Mahkemesinin yetkisi dışında kalmaktadır.

43. Açıklanan nedenlerle başvuru konusu ihlal iddiası 23/9/2012 tarihinden öncesine ait olduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Para Cezasının Tahsili İşlemine Karşı Açılan Davada Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

44. Başvurucu, 54,55 TL tutarındaki karar düzeltme para cezasının tahsiline ilişkin ödeme emrinin usulüne uygun olarak tebliğ edilmemesi nedeniyle bu cezanın zamanaşımına uğradığı yönündeki iddiasının Derece Mahkemesi tarafından karşılanmamasından dolayı gerekçeli karar hakkının ve aleyhine 660 TL vekâlet ücretine hükmedilmesinden dolayı da mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

45. 6216 sayılı Kanun'un "*Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi*" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."*

46. Somut olayda başvurucu; 54,55 TL tutarındaki karar düzeltme para cezasını184 TL olarak ödediğini, tahsil işlemine karşı açtığı davada aleyhine 660 TL vekâlet ücretine hükmedildiğini, ayrıca söz konusu yargılama için 114,85 TL harç ve 100 TL posta ücreti ödediğini belirtmektedir. Başvurucunun ileri sürdüğü ihlal iddiaları nedeniyle uğradığı maddi zararın toplam tutarı böylece 1.058,85 TL etmekte olup başvurununkabul edilebilirlik kriterlerinden olan anayasal ve kişisel önemden yoksun olma kriteri yönünden incelenmesi gerekir.

a. Anayasal ve Kişisel Önemden Yoksun Olma Kriterine İlişkin Genel İlkeler

i. Kriterin Kökeni ve Amacı

47. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında herkesin bireysel başvuru hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Buna karşın yukarıda yer verilen Kanun maddesinde (bkz. § 45) anayasal ve kişisel önemi düşük olan veya bulunmayan başvuruların esastan incelenmeksizin reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemenin kaynağı, hâkimin küçük/

önemsiz işlerle uğraşmaması gerektiğini ifade eden kadim *De minimis non curat praetor* ilkesidir. Bu ilkenin temelinde yatan düşüncelerden biri mahkemelerin asıl işlevlerine odaklanmalarını sağlamak ve buna engel teşkil edecek olan önem derecesi düşük davaların ve başvuruların iş yükü oluşturmasını önlemektir.

48. Karşılaştırmalı hukukta mahkemeler, farklı hukuk alanlarında ortaya çıkan uyuşmazlıklar yönünden *De minimis non curat praetor* ilkesini öteden beri uygulamaktadır. Anılan ilke, bireysel başvuruları ya da anayasa şikâyetlerini incelemekle görevli uluslararası mahkemeler ile anayasa mahkemelerinin karşılaştıkları ağır iş yükü ve buna bağlı olarak asıl işlevlerini yerine getirmekte zorlanmaları nedenleriyle insan hakları hukuku alanında da uygulanmaya başlanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin yanı sıra Federal Almanya ve İspanya Anayasa Mahkemelerinin görev ve yetkilerini düzenleyen kanunlarda bu yönde düzenlemelere gidilmiştir (bkz. §§ 25-35).

49. Hukukumuzda da önem derecesi düşük olan bazı uyuşmazlıklara ilişkin kararlara karşı kanun yollarına başvurma imkânı tanımayan düzenlemeler öteden beri bulunmaktadır. Bu düzenlemeler Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olmuştur. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi, belli miktarın altındaki adli para cezasına mahkûmiyet hükümlerine karşı kanun yoluna başvurulamayacağını öngören bir kuralı Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Mahkeme, anılan kararında kuralın kanun yolu mercilerinin iş yükünü azaltma amacına dikkat çekmiş; Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının, davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını öngören Anayasa'nın 141. maddesiyle sınırlandırılabileceğini belirterek "önem derecesi az suçlar" yönünden kanun yollarına başvurma imkânının tanınmamasının hukuk devleti ilkesini ve adil yargılanma hakkını zedelemeyeceği sonucuna varmıştır (AYM, E.2011/64, K.2012/168, 1/11/2012).

50. Nihayet 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla Anayasa Mahkemesinin asıl işlevlerine odaklanmasını sağlamak, buna engel teşkil edecek olan anayasal ve kişisel önemden yoksun başvuruların Mahkemenin iş yükünü artırmasını önlemek amacıyla Mahkemeye, anayasal ve kişisel önemden yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verme yetkisi tanınmıştır. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un alt Komisyondaki görüşmelerinde; benzer düzenlemelerin uluslararası

hukuk ve karşılaştırmalı hukukta yer aldığı, amacının mahkemeleri iş yükünden kurtarmak olduğu belirtilmiştir.

51. Anayasal ve kişisel önemden yoksun olma kriterinin uygulanma koşulları yorumlanırken kuralın amacının dikkate alınması ve bu kapsamda öncelikle bireysel başvuru yönünden Anayasa Mahkemesinin işlevlerinin ortaya konması gerekir.

52. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında objektif ve subjektif olmak üzere iki temel işlevi bulunmaktadır. Mahkemenin objektif işlevi Anayasa'nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmektir. Subjektif yönü ise bireysel başvuru yoluyla önüne gelen somut olayda anılan hükümlerin ihlal edilip edilmediğini incelemek, gerektiğinde başvurucu lehine giderime hükmetmektir.

53. Mahkemenin Anayasa'yı yorumlama ve uygulama şeklinde ortaya çıkan objektif işlevinin subjektif işlevine göre ön planda olduğu kabul edilmelidir. Zira bireysel başvuru yolunun temel ilkelerinden ikincillik ilkesi ile bunun yansıması olarak Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen bireysel başvuruda bulunmadan önce başvuru yollarının tüketilmesi koşulu dikkate alındığında temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelikle kamu makamları ve derece mahkemelerinin, sonrasında ise Anayasa Mahkemesinin rolü bulunduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ilk elden kamu makamları ve derece mahkemeleri tarafından korunması gerekir. Belli bir meselede bu merciler tarafından Anayasa'ya uygun korumanın sağlanmadığının ileri sürülmesi hâlinde bireysel başvuru yapılabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, o meseleye ilişkin olarak Anayasa'yı yorumlar ve bir karar verir. Bundan sonra kamu makamları ve derece mahkemelerinin aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri beklenir. Aksi durum, aynı meseleye ilişkin tüm uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesi önüne taşınması sonucunu doğurur. Bu şekilde işleyen bir bireysel başvuru yolunun sürdürülebilmesi ise imkânsızdır. Söz konusu yolun işlerliğini devam ettirmesinde Mahkemenin Anayasa'yı yorumlaması kritik öneme sahiptir. Bu işlevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi ise -her bir başvuruda adaleti sağlamaktan ziyade- Mahkemenin daha önce Anayasa'yı yorumlamadığı meselelere odaklanmasına bağlıdır.

ii. Kriterin Uygulama Koşulları

(1) Genel Olarak

54. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir.

55. Anılan hükümle anayasal ve kişisel önemden yoksun başvuruların esastan incelenmemesine imkân tanıyan ek bir kabul edilebilirlik kriteri getirilmiştir. Dolayısıyla diğer tüm kabul edilebilirlik kriterlerini taşısa hatta esas hakkında incelemeye geçildiğinde ihlal kararı verilebilecek nitelikte olsa bile Kanun'da belirtilen nitelikteki bir başvuru kabul edilemez bulunabilecektir.

56. Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklerin herhangi biri, bu kabul edilebilirlik kriterinin kapsamı dışında bırakılmamıştır. Buna göre temel hak ve özgürlüklerden herhangi birinin ihlal edildiğine ilişkin başvurunun bu kriter uygulanarak kabul edilemez bulunması mümkündür. Bununla birlikte ihlal edildiği ileri sürülen hak ve özgürlüğün niteliğinin anılan kriterin koşullarına ilişkin değerlendirme yapılırken dikkate alınması gerekir.

57. Kanun'da anayasal ve kişisel önemden yoksun başvuruların kabul edilemez bulunabilmesi için iki koşul öngörülmüştür: "Anayasal önem" olarak adlandırılabilecek olan birinci koşul "başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımaması", "kişisel önem" olarak adlandırılabilecek olan ikinci koşul ise "başvurucunun önemli bir zarara uğramaması"dır.

58. Kanun metninde iki koşul arasında "ve" bağlacının kullanılmış olması nedeniyle anayasal ve kişisel önemden yoksunluk kriteri uygulanarak bir başvurunun kabul edilemez bulunabilmesi için somut olayda anılan iki koşulun birlikte bulunması gerekir.

59. "Anayasal önem" ve "kişisel önem" koşullarının neyi ifade ettiği Kanun'da açıkça düzenlenmemiş, bu husus Anayasa Mahkemesinin

takdirine bırakılmıştır. Dolayısıyla anılan koşullara ilişkin ilkeleri Mahkeme, anayasal ve kişisel önemden yoksunluk kriterini uyguladığı başvurularda verdiği kararlarla belirleyecektir. Nitekim 6216 sayılı Kanun'un alt Komisyondaki görüşmelerinde; söz konusu koşulların Kanun'da "müphem" olarak düzenlendiği, uluslararası hukuk ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklerinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin içtihadıyla somutlaşacağı ifade edilmiştir.

60. Her somut olayda kriterin uygulama koşullarının bulunup bulunmadığı Anayasa Mahkemesinin takdirine bırakılmış olmakla birlikte başvurucuların anayasal önem ve kişisel önemin varlığını gösterme konusunda göstereceği özen, Mahkemenin yapacağı değerlendirmede etkili olacaktır.

(2) Anayasal Önem

61. Anayasal önem koşulunun uygulanmasıyla ilgili olarak kanun koyucu "Anayasa'nın uygulanması açısından önem taşıma", "Anayasa'nın yorumlanması açısından önem taşıma" ve "temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıma" şeklinde üç unsur belirlemiş olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerle ilgili Anayasa hükümlerinin yorumlanması işin doğası gereği temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve sınırlarının belirlenmesini de içermektedir. Bu nedenle anayasal önemin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümlerinin "yorumlanması" ve "uygulanması" açısından önem taşıma şeklinde ifade edilebilecek iki unsurunun bulunduğunu kabul etmek gerekir.

62. İşin doğası ve kanun metni dikkate alındığında bir başvurunun anayasal öneminin bulunduğu sonucuna varılabilmesi için onun bu iki unsurdan biri açısından önem taşımasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır.

63. Anayasa hükümlerinin yorumlanması açısından önem taşıma unsurunun başta Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla daha önce yorumlamadığı meseleleri kapsadığında kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, bir meseleyle ilgili olarak daha önce Anayasa'nın ilgili hükümlerini yorumlamış olsa bile değişen durumları dikkate alarak yeniden yorumlama ihtiyacı duyabilir. Bu durumda da o meseleye ilişkin başvurunun anayasal öneminin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Sosyal ve ekonomik koşulların değişmesi, temel hak ve özgürlüklerle ilgili mevzuatın yeniden düzenlenmesi ya da belli bir

meseleye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin yorumları arasında Anayasa'nın uygulanması bakımından tereddüte neden olabilecek bir farklılığın ortaya çıkması gibi durumlar Anayasa'nın yeniden yorumlanması ihtiyacını ortaya çıkarabilir.

64. Anayasa'nın uygulanması açısından önem taşıma unsuru ise özellikle Mahkemenin Anayasa hükümleriyle ilgili yorumu ile kamu makamları ve derece mahkemelerinin uygulamaları arasındaki farklılıkta kendisini gösterir. Ancak her uygulama farklılığı, başvurunun Anayasa'nın uygulanması açısından "önemli" olduğu anlamına gelmez. Anayasal ve kişisel önemden yoksun olma kriterinin getirilmesinin amacı da gözetilerek temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümlerinin uygulanması açısından başvurunun önem taşıdığının söylenebilmesi için kamu makamları ve derece mahkemelerinin belli bir meseleye ilişkin uygulamalarının Anayasa Mahkemesi yorumlarından farklı olması ve bu farklılığın da önemli olması gerekir. Bir başka ifadeyle bu ölçüt Anayasa'ya saygı gösterilmesiyle doğrudan bağlantılı olduğu için Anayasa Mahkemesinin yorumu ile kamu makamları ve derece mahkemelerinin uygulamaları arasında ortaya çıkan her türden faklılık değil yalnızca Anayasa'ya saygıyı zedeleyecek farklılıklar önemli kabul edilmelidir.

65. Bu kapsamda, bir başvurunun Anayasa Mahkemesinin yorumlarından farklı ve yaygın bir uygulamaya ilişkin olması Anayasa'nın uygulanması bakımından önemli olduğu anlamına gelir. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesinin yorumundan farklı olan bir uygulama yaygın olmasa bile, Anayasa'ya saygı ilkesiyle açıkça bağdaşmaz nitelikteyse buna ilişkin başvurunun da Anayasa'nın uygulanması bakımından önemli olduğu kabul edilmelidir. Böyle durumlarda Anayasa'nın uygulanmasından açıkça kaçınma hatta bazen ona bir meydan okuma söz konusu olur.

(3) Kişisel Önem

66. Kişisel önem koşulu, başvurucunun önemli bir zarara uğramamış olmasını ifade eder. Bu koşul, somut olayın başvurucunun kişisel durumu üzerindeki olumsuz etkisinin derecesiyle ilgilidir.

67. Somut olayda ortaya çıkan kişisel zararın önemli olup olmadığını başvurucunun subjektif algısı belirlemez. Bu husus başvurucunun içinde bulunduğu koşullar da dâhil olmak üzere her olayın kendine özgü

koşulları dikkate alınarak ve objektif verilerden hareket edilerek Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilir.

68. Zararın parayla ölçüp ölçülememesi, onun önemini değerlendirme bakımından belirleyici değildir. Parayla ölçülmesi mümkün olmayan zararlar yönünden de anayasal ve kişisel önemden yoksun olma kriterinin uygulanması mümkündür. Öte yandan parayla ölçülebilen zararlar yönünden her başvurucu yönünden geçerli olacak ve kişisel önem koşulunun belirlenmesinde esas alınacak belli bir meblağ belirlenmesi mümkün değildir. Belli bir meblağ, başvurucuların içinde bulundukları kişisel koşullara göre farklı önem derecesine sahip olabilir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

i. Anayasal Önem Yönünden

69. Başvurucu, karar düzeltme para cezasına ilişkin ödeme emrinin tarafına usulüne uygun olarak tebliğ edilmemesi nedeniyle bu cezanın zamanaşımına uğradığı yönündeki iddialarının Derece Mahkemesi tarafından karşılanmadığını ileri sürmüştür. Başvurucunun bu iddiası, adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı yönüne ilişkindir.

70. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen birçok başvuruda gerekçeli karar hakkının kapsam ve içeriğini belirlemiştir. Mahkeme, içtihadında insan haklarına ilişkin güvencelerin soyut ve teorik olarak değil uygulamada ve etkili bir şekilde sağlanması amacının gerçekleşmesi için derece mahkemelerinin ileri sürülen iddia ve savunmalara şeklen cevap vermiş olmalarının yeterli olmadığına, iddia ve savunmalara verilen cevapların dayanaksız olmaması, tutarlı ve makul olması gerektiğine vurgu yapmıştır. Mahkeme özellikle açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir (*Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, §§ 25, 26; *Vesim Parlak*, B. No: 2012/1034, 20/3/2014, §§ 33, 34; *Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, §§ 56, 57; *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31-39; *Münür Ata*, B. No: 2014/4958, 22/1/2015, §§ 37-43; *Hikmet Çelik ve diğerleri*, B. No:

2013/4894, 15/12/2015, §§ 54-59;*Şah Tarım İnş. Tur. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/7847, 9/3/2016, §§ 36-48).

71. Başvurucu ayrıca, avukatlık ücretine hükmedilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğinden şikâyet etmektedir. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen birçok başvuruda mahkemeye erişim hakkının kapsam ve içeriğini belirlemiştir. Anayasa Mahkemesi vekâlet ücretinin mahkemeye erişim hakkına bir müdahale olduğunu belirterek yükletilen ücretin kanuni dayanağının bulunması (*Yahya Özay*, B. No: 2014/11141, 22/9/2016), meşru bir amaç izlemesi, ölçülü olup başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerektiğine dikkat çekmiştir (*Serkan Acar*, B. No: 2013/1613, 2/10/2013, §§ 38, 39; *Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, §§ 52-54, 58, 61-67; *Murat Daş*, B. No: 2013/3063, 26/6/2014, §§ 43, 51-54). Anayasa Mahkemesi, *Ahmet Turko* (B. No: 2013/5949, 12/3/2015) kararında ödeme emrinin bilinen adres dışında ve yeterli araştırma yapılmadan tebliğ edilmeye çalışılması, nihayetinde ilanen tebliğ yoluna gidilmesi sonucu başvurucunun ihbarnameye karşı dava açma hakkının engellenmesi ve düzenlenen ödeme emrine karşı sınırlı dava açma hakkının bulunması nedenleriyle başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

72. Bu açıklamalar çerçevesinde somut başvuruda dile getirilen şikâyetlere benzer şikâyetlerin Anayasa Mahkemesince daha önce incelendiği ve ilgili Anayasa kurallarının yorumlandığı anlaşılmaktadır.

73. Her ne kadar başvurucunun her iki şikâyetine konu Derece Mahkemesi uygulamasının Mahkemenin yukarıda yer verilen içithadında benimsediği yorumlardan farklı olduğu ileri sürülebilirse de bu farklılığın genel bir soruna işaret etmediği anlaşılmaktadır.

74. Buna göre Mahkemenin sıklıkla uygulanmış açık bir içtihadının bulunduğu gerekçeli karar hakkının ve mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurunun genel bir soruna işaret etmediği gibi Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından da önem taşıdığının ortaya konulamadığı sonucuna varılmaktadır.

ii. Kişisel ÖnemYönünden

75. Başvuru konusu olayda başvurucunun zararına ilişkin kalemler, 184 TL olarak ödediği karar düzeltme para cezası ve henüz ödemediğini

belirttiği 660 TL vekâlet ücretidir. Başvurucu ayrıca bu yargılama için 114,85 TL harç ödediğini ve 100 TL posta masrafı yaptığını belirtmektedir.

76. Başvurucu, manevi bir zarara uğradığından bahsetmemiş ve manevi tazminat istememiş; yalnızca yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi ile bireysel başvuru masrafları ve bireysel başvuru vekâlet ücretinin Hazine üzerinde bırakılmasını talep etmiştir.

77. Başvurucu açısından asıl önem taşıyan hususun; kesin nitelikteki AYİM kararının tebliğinin ardından ödenmesine bir engel bulunmayan 54,55 TL karar düzeltme para cezasının başvurucu tarafından süresinde ödenmemesi üzerine vergi dairesi tarafından takibe alınması ve bu takipte usulüne uygun tebligat yapılmaması nedeniyle başvurucunun cezayı 184 TL olarak ödemesi ile buna karşı açtığı davada 874,85 TL yargılama giderine katlanmak zorunda kalması olduğu anlaşılmaktadır.

78. Özetle Mahkeme, somut olayda başvurucunun zararının toplam 1.058,85 TL olduğunu kabul ederek hüküm kurmak durumundadır. Bu miktarın serbest avukat olarak görev yapan başvurucunun mali durumuna ciddi anlamda zarar verdiği ve kendisi için ne denli önemli olduğu hususunda başvurucunun herhangi bir açıklamasının olmadığı da gözetildiğinde başvuru konusu miktarın başvurucu açısından önemli bir zarar olduğu kanaatine ulaşılamamıştır.

iii. Sonuç

79. Yukarıda açıklanan nedenlerle başvurunun Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanması açısından önem taşımadığı gibi başvurucunun da önemli bir zarara uğramadığı sonucuna varılmaktadır.

80. Açıklanan gerekçelerle anayasal ve kişisel önemden yoksun olduğu anlaşılan başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. 1. Karar düzeltme talebinin reddedilmesi sonucunda para cezası verilmesine ilişkin iddianın *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Para cezasının tahsili işlemine karşı açılan davaya ilişkin iddiaların *anayasal ve kişisel önemden yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 1/12/2016tarihinde OYBİRLİĞİYLEkarar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MURAT HİKMET ÇAKMAKCI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/35094)

Karar Tarihi: 15/2/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör	:	Akif YILDIRIM
Başvurucu	:	Murat Hikmet ÇAKMAKCI
Vekili	:	Av. Nuran ÖZDEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hâkimlik mesleğinden çıkarılmaya karar verilmesi ve bu kararın doğurduğu hukuki sonuçlar nedeniyle Anayasa'da düzenlenen bir kısım hak ve ilkelerin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/12/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

6. 15 Temmuz 2016 gecesi Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) içinde örgütlenmiş bir grup tarafından darbe girişiminde bulunulmuştur.

7. Bu kapsamda devletin yetkili organları tarafından tehdit değerlendirmesi yapılarak başta Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) olmak üzere demokratik anayasal düzene, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine, millî güvenliğe yönelik tehdit oluşturan tüm terör örgütlerine ve illegal yapılanmalara karşı tedbirler alınması kararlaştırılmıştır.

8. Anılan tedbirler kapsamında olağanüstü hâl ilan edilmiş ve birçok olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarılmıştır.

9. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca 22/7/2016 tarihinde kararlaştırılan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK) 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinde yargı mensuplarından terör örgütlerine veya MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin meslekten veya kamu görevinden çıkarılmalarına karar verileceği hususları düzenlenmiştir.

10. Başvurucu, Sarıveliler hâkimi iken FETÖ/PDY örgütü ile iltisak ve irtibatı sabit görülerek Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) 31/8/2016 tarihli ve 2016/428 sayılı kararı ile 667 sayılı KHK kapsamında başvurucunun meslekte kalmasının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmasına karar verilmiştir.

11. Başvurucu, anılan kararın kaldırılması için HSYK'ya başvurarak yeniden inceleme talebinde bulunmuştur. Başvurucunun talebi, HSYK Genel Kurulunun 29/11/2016 tarihli ve 2016/434 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

12.Başvurucu, 15/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

13. Bireysel başvurunun yapılması sonrasında Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca 2/1/2017 tarihinde kararlaştırılan 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 23/1/2017 tarihli ve 29957 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan KHK'da, 667 sayılı KHK'nın 3. maddesi uyarınca başvurucu gibi meslekten çıkarılan yargı mensupları ile ilgili düzenlemelere de yer verilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. İlgili Mevzuat

14. Anayasa'nın *"Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"* kenar başlıklı 159. maddesinin onuncu fıkrası şöyledir:

"Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz."

15. 11/12/2010 tarihli ve 6087 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun *"Yeniden inceleme, itiraz ve yargı yolu"* kenar başlıklı 33. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

"Genel Kurulun veya dairelerin, meslekten çıkarma cezasına ilişkin kesinleşmiş kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulabilir; diğer kararları yargı denetimi dışındadır. Meslekten çıkarma kararlarına karşı açılan iptal davaları ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Bu davalar, acele işlerden sayılır."

16. 667 sayılı KHK'nın *"Yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlara ilişkin tedbirler"* kenar başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ... hâkim ve savcılar hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunca ve Sayıştay meslek mensupları hakkında Sayıştay Başkanının başkanlığında, başkan yardımcıları ile Sayıştay Başkanı tarafından belirlenecek bir daire başkanı ve bir üyeden oluşan komisyonca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir..."

17. 685 sayılı KHK'nın *"Yargı denetimi"* kenar başlıklı 11. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinin birinci fıkrası ile 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten

çıkarılmalarına karar verilenler, kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya dava açabilir."

18. 685 sayılı KHK'nın *"Geçiş hükümleri"* kenar başlıklı geçici 1. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımlandığı tarihten önce 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinin birinci fıkrası ile 6749 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilenler, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımlandığı tarihten itibaren altmış gün içinde 11 inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan hükümlere göre dava açabilir. Bu kapsamda idare mahkemelerinde derdest olan davalar Danıştaya gönderilir. Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yayımlandığı tarihten önce açılmış olup da karar verilen dosyalarda da bu fıkra hükümleri uygulanır."

B. Danıştay İçtihadı

19. Danıştay Beşinci Dairesinin 4/10/2016 tarihli ve E.2016/8196, K.2016/4066 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"T.C. Anayasasının 139. maddesinde " Hâkimler ve savcılar azlolunamaz, (...) ***Meslekten çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymiş olanlar, (...) veya meslekte kalmalarının uygun olmadığına karar verilenler*** *hakkında kanundaki istisnalar saklıdır." hükmüne, 159. maddesinin 8. fıkrasında, "Kurul, (...)* ***meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme****, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; (...) ." hükmüne ve10. fıkrasında ise "****Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz****." hükmüne yer verilmiştir.*

Görüldüğü üzere, Anayasa, hakim ve savcıların görevlerinin sona ermesi sonucunu doğuran işlemleri disiplin cezaları vemeslekte kalmalarının uygun olmadığı yolunda verilen kararlar olarak ikiye ayırmış, bunlardan sadece bir disiplin cezası olan meslekten çıkarma cezasına karşı yargı yolunu açık tutmuştur.

(...)

Buna göre ***KHK'nın 3. ve 4. maddelerinde öngörülen meslekten veya kamu görevinden çıkarma; adli suç veya disiplin suçu işlenmesi***

karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak *terör örgütleri ile milli güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran "**olağanüstü tedbir"** niteliğindedir.*

*Bu durumda, davacı hakkındaki, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulu'nun 24.08.2016 tarih ve 2016/426 sayılı kararının **disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan ve yargı denetimine tabi bir disiplin cezası olan meslekten çıkarma cezası niteliğinde olmadığı** dikkate alındığında,6087 sayılı Kanunun yukarıda yer verilen 33. maddesi'nde yer alan hüküm uyarınca, **ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülebilecek bir uyuşmazlık bulunmadığından,** çözümünde idari yargıda genel görevli yargıyeri olan idare mahkemelerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır." (Vurgulamalar Danıştay tarafından yapılmıştır).*

V. İNCELEME VE GEREKÇE

20. Mahkemenin 15/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A.Adli Yardım Talebi Yönünden

21. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli ölçüde güçleştirmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurucunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Kabul Edilebilirlik Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları

22. Başvurucu, meslekte kalmasının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmasına ilişkin karara karşı gidilebilecek bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle mahkeme hakkının alt unsuru olan mahkemeye erişim hakkının ve etkili başvuru hakkının; kesin hükümle mahkûm edilmeden terör örgütleri ile iltisak ve irtibatının sabit görülmesi nedeniyle masumiyet karinesinin; ihraç kararında şahsileştirme yapılmaması, savunma hakkı tanınmadan ve hakkındaki delillerin aksini ileri sürmesine fırsat verilmeden ihraç kararı verilmesi, tanık dinletme ve sorgulama hakkı

ile müdafiden yararlanma hakkının tanınmaması ve hangi eylemlerden sorumlu tutulduğunun belirtilmemesi nedenleriyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının; sosyal yaşamı ve geçmişte yasal alanda kalan ilişkilerinin aleyhinde delil olarak kullanılması, gizli izleme tedbirleriyle elde edildiği değerlendirilen delillere dayanılması nedenleriyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ve bu kapsamda şeref ve itibarının korunması hakkının; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyecek olması, emeklilik hakkının elinden alınması ve bu kararın hukuka aykırı olarak birçok hukuki sonuç doğurması nedenleriyle çalışma ve sosyal güvenlik haklarının, zorla çalıştırma yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüş; adli yardım, ihlallerin ortadan kaldırılması ve tazminat taleplerinde bulunmuştur.

2. Değerlendirme

23. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

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

24. 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."*

25.Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan başvuru 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).

26. 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 şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, § 17).

27. 685 sayılı KHK'da, 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilenlerin kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya dava açabilecekleri ve bu kişilerden daha önce dava açmış olanların idare mahkemelerinde derdest olan veya karar verilen dosyalarının Danıştaya gönderileceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle 667 sayılı KHK'nın 3. maddesi kapsamında meslekten çıkarılan yargı mensuplarının bu karara karşı Danıştay'da dava açabilecekleri açıkça belirtilmiş ve anılan uyuşmazlıkların çözümünde idari yargıda hangi yargı yerinin görevli olduğuna yönelik uygulamada yaşanan tereddütler giderilmiştir. Daha önce açılan davalar yönünden de geçiş hükümleri ihdas edilmiştir.

28. Buna göre 685 sayılı KHK ile belirginleştirilen dava yolunun başvurucunun durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz, etkili bir yargı yolu olduğu ve bu başvuru yolu tüketilmeden başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincillik niteliği" ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

29. Açıklanan nedenlerle başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. Başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA 15/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ŞABAN DAL BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/2891)

Karar Tarihi: 16/2/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	:	Şaban DAL
Vekili	:	Av. İbrahim KIRIKCI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, koşullu salıverilmenin geri alınması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/2/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Şırnak Ağır Ceza Mahkemesinin 25/5/1998 tarihli kararı ile başvurucunun ırza geçmek suçundan 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 414. maddesi uyarınca 7 yıl 6 ay (ağır) hapis ve alıkoyma suçundan aynı Kanun'un 430. maddesi uyarınca 7 yıl 6 ay (ağır) hapis olmak üzere toplam 14 yıl 12 ay (ağır) hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu karar 9/6/1999 tarihinde kesinleşmiştir.

8. Başvurucu, anılan mahkûmiyet kararının infazı kapsamında Muğla Ağır Ceza Mahkemesinin 26/9/2003 tarihli kararı ile 6/10/2003 tarihinde koşullu olarak salıverilmiştir. Başvurucunun hak ederek tahliye tarihi 29/9/2015'tir.

9. Gölyaka Asliye Ceza Mahkemesinin 17/7/2008 tarihli kararı ile başvurucunun 31/10/2007 tarihinde işlediği çocuğun basit cinsel istismarı suçundan 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, anılan karar 15/11/2012 tarihinde kesinleşmiştir. Mahkeme, hükümle birlikte Şırnak Ağır Ceza Mahkemesinin 25/5/1998 tarihli kararına ilişkin olarak koşullu salıverme sonrası hak ederek tahliye tarihi dolmadan suç işlenmesi nedeniyle gereği için yazı yazılmasına karar vermiştir.

10. Şırnak Cumhuriyet Başsavcılığı 1/2/2013 tarihinde, Şırnak Ağır Ceza Mahkemesinden başvurucu hakkında verilen koşullu salıverme kararının geri alınmasını talep etmiştir. Mahkemenin 7/2/2013 tarihli kararı ile başvurucunun hak ederek tahliye tarihi dolmadan yeni bir suç işlediği belirtilerek başvurucu hakkında verilen koşullu salıverme kararının geri alınmasına ve sonraki suçun işlendiği tarihten (31/10/2007) hak ederek tahliye tarihine kadar (29/9/2015) olan ceza süresinin aynen çektirilmesine karar verilmiştir.

11. Başvurucu 25/11/2013 tarihinde, daha ağır bir suç işlenmemesi, dolayısıyla koşullu salıvermenin geri alınması kararının hukuka aykırı olduğunu, kanun gereği cezasından on yıllık sürenin mahsup edilmesi gerektiğini belirterek karara itiraz etmiştir. Siirt Ağır Ceza Mahkemesinin 6/1/2013(4) tarihli kararı ile *"kararda bir isabetsizlik görülmediği"* gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

12. Başvurucu, anılan kararı 29/1/2014 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

13. Başvurucu 26/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun Metinleri

14. 21/12/2010 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle;

...

2. (Yeniden düzenleme: 21/5/2002-4758/1 md.) Müebbet ağır hapis cezasına hükümlü olanların veya şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilenlerin ya da aldıkları ceza herhangi bir nedenle şahsî hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüştürülenlerin tâbi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıl indirilir. İndirim, verilen her bir ceza için ayrı ayrı değil, toplam ceza üzerinden bir defaya mahsus yapılır. Ancak bir kişinin muhtelif suçlarından dolayı cezaları ayrı ayrı tarihlerde verilmiş olsa bile, bu cezaların toplamı üzerinden yapılacak indirim on yılı geçemez.

Birinci paragraf hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlar, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhal; toplam cezaları on yıldan fazla olanlar kalan cezalarını çektikten sonra şartla salıverilirler.

...

4. (Yeniden düzenleme: 21/5/2002-4758/1 md.) 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenmiş ve ilgili kanun maddesinde öngörülen şahsî hürriyeti bağlayıcı cezanın üst sınırı on yılı geçmeyen suçlardan dolayı haklarında henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girişilmiş olmakla beraber dava açılmamış veya son soruşturma aşamasına geçilmiş olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemiş ise, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenir; varsa tutukluluk halinin kaldırılmasına karar verilir. Bu suçlarla ilgili dosya ve deliller, her bir suçun dava zamanaşımı süresinin sonuna kadar muhafaza edilir.

Erteleme konusu suçun dava zamanaşımı süresi içinde bu suç ile aynı cins veya daha ağır şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlendiğinde,

erteleme konusu suçtan dolayı da dava açılır veya daha önce açılmış bulunan davaya devam edilerek hüküm verilir. Bu süre, erteleme konusu suç ile aynı cins veya daha ağır şahsî hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç işlenmeksizin geçirildiğinde, ertelemeden yararlanan hakkında kamu davası açılmaz; açılmış olan davanın ortadan kaldırılmasına karar verilir.

...

5. Ancak;

a) Türk Ceza Kanununun 125 ilâ 157, 161, 162, 168, 171, 172, 188, 191, 192, 202, 205, 208, 209, 211 ilâ 214, 216 ilâ 219, 240, 243, 264, 298, 301 ilâ 303, 305 inci maddelerinde, 312 nci maddenin ikinci fıkrasında, 313 üncü maddesinde, 314 üncü maddesinin birinci fıkrasında, 339 ilâ 349, 366, 367, 383, 394, 403 ilâ 408, 414 ilâ 418 ve 503 ilâ 506 ncı maddelerinde,

...

yer alan suçları işleyenler hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz."

15. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *"Koşullu salıverilme"* kenar başlıklı 107. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

(1) Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir.

(2) ... diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.

...

(11) Bir hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, hükmü veren mahkemeye; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemeye verilir.

Mahkeme, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir. Mahkeme, raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.

(12) Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını

gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır.

(13) Koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün;

a) Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen,

...

Ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez.

(14) Denetim süresi yükümlülüklere uygun ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

(15) Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına;

a) Hükümlü geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse, hükmü veren ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi tarafından,

...

Dosya üzerinden karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır.

..."

16. 765 sayılı mülga Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Şartla salıverilmiş olan hükümlü, geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir cürümden dolayı şahsi hürriyeti bağlayıcı bir cezaya mahkum olur veya mecbur olduğu şartları yerine getirmez ise, şartla salıverilme kararı geri alınır. Bu takdirde suçun işlendiği tarihten sonraki kısım hükümlünün ceza süresine mahsup edilmeyerek aynen çektirilir ve şartla salıverilmeye esas teşkil eden hükmün infazı ile ilgili olarak bir daha şartla salıverilmeden yararlanamaz."

2. Yargıtay Kararları

17. Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 16/3/2010 tarihli ve E.2010/212, K.2010/1559 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

"...

Sinop Ağır Ceza Mahkemesi'nin 05.12.2001 tarihli ... kararıyla 4616 sayılı ... Kanun'un 1/2-7. maddesi gereğince 08.12.2001 tarihinden geçerli olmak üzere şartla tahliyesine karar verilen hükümlünün, bihakkın tahliye tarihi olan 07/04/2022 tarihinden önce 22.06.2003 tarihinde kasıtlı bir suç işlediğinden, hükümlünün koşullu salıverilme kararının geri alınmasına ve 22/06/2003 tarihi ile 07/04/2022 tarihi arasındaki sürenin aynen çektirilmesine karar verilmesi gerekirken,yazılı şekilde verilen karara karşı itirazın kübulü yerine reddine dair Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/08/2009 tarihli ... kararı yasaya aykırı[dır.]"

18. Aynı Dairenin 16/6/2010 tarihli ve E.2010/3288, K.2010/4502 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

"...

4616 sayılı Yasanın 4758 sayılı Yasayla değişik 1. maddesinin 2. bendi uyarınca, tabi oldukları infaz hükümlerine göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanların, iyi halli olup olmadıklarına bakılmaksızın, toplam cezaları (içtimalı) on yıldan çok olanlar kalan cezalarını çektikten sonra koşullu salıverilirler hükmüne yer vermiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05/02/2002 tarihli ve 2002/6-42-156 sayılı kararında da açıklandığı gibi, koşullu salıverilmeye esas alınan ilk suçun ve gerekse koşullu salıverilmenin geri alınmasına neden olan ikinci suçun, süre ve diğer koşulları yönünden 4616 sayılı Yasanın kapsamında bulunması halinde:

a)Koşullu salıverilme kararının geri alınması ile aynen infazına karar verilen ilk suçun cezasının tümüyle;

b)Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına neden olan ikinci suç için 647 sayılı Yasanın 19 ve ek 2. maddeleri uygulanarak belirlenecek infazı gereken sürenin;

Toplamı üzerinden 4616 sayılı Yasanın 4758 sayılı Yasa ile değişik hükümleri uyarınca yapılan on yıllık sürenin indirilmesinden sonra kalan sürenin çektirilmesi gerekmektedir.

Bu açıklamanın ışığında dosya kapsamına göre; hükümlünün durumu değerlendirildiğinden;

... hükümlünün koşullu salıverilmesinin 5275 sayılı ...Kanun'un 107. maddesi uyarınca koşullu salıverilmesinin geri alınmasına neden olan; ikinci suçun 19/11/2009 tarihinde işlenmiş olduğundan ve suç tarihi itibariyle 4616 sayılı Yasa kapsamı dışında kaldığından, anılan hükümlünün cezasından toplam 10 yıllık indirim yapılmasına da imkan bulunmamaktadır.

..."

19. Aynı Dairenin 28/2/2013 tarihli ve E.2012/6224, K.2013/1575 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

"...

4616 sayılı Yasanın 1. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendinin 2 nolu parağrafının infaz aşamasında verilen koşullu salıverilme kararının geri alınması ile ilgili olarak uygulanma olanağı bulunmamaktadır.Bu hüküm devam edendavalardaverilen 'davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi' kararının kaldırılmasına ilişkindir. İnfaz aşamasında koşullu salıverilmeden sonra koşullu salıverilmenin geri alınma şartlarını gösteren bir hüküm 4616 sayılı Yasada yer almamaktadır.

Somut durumda koşullu salıverilmenin geri alınmasının şartlarını gösteren hükümler 765 sayılı TCK.nun 17 ve 5275 sayılı CGTİHK.nun 107. maddeleridir. Her iki maddede de koşullu salıverilen hükümlünün denetim süresi içerisinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi durumunda koşullu salıverilme kararının geri alınacağı ve ikinci suçu işlediği tarih ile ilk suç açısından bihakkın tahliye tarihi arasındaki sürenin aynen infaz edileceği belirtilmektedir. Bu durum karşısında denetim süresi içerisinde işlenen suçun koşullu salıverilme kararı verilen suç ile aynı cins olması gerekmemektedir. Denetim süresi içerisinde işlenen ikinci suçun kasıtlı bir suç olması, bu suçun hapis cezasını gerektiren bir suç olması ve bu suç nedeniyle hapis cezası verilmiş olması yeterlidir.

..."

20. Aynı Dairenin 30/9/2013 tarihli ve E.2013/3295, K.2013/5297 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

"...

Gerek 22/12/2000 günlü resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 4616 sayılı ... Kanun ile gerekse bu yasanın bazı maddelerinin Anayasa

Mahkemesi tarafından iptali üzerine aynı tarihte yeniden düzenlenerek 28 Mayıs 2002 günlü resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren ve daha lehe olan 4758 sayılı ... Kanun'a göre;

...

... düzenlemedeki –aynı cins suç- kavramını 765 sayılı TCK. nun da yer alan kabahat ve cürüm şeklindeki suç ayrımına göre anlamak gerekir. 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun da kabahat ve cürüm ayırımı kaldırılmış, ağır hapis, hapis ve hafif hapis şeklindeki düzenlemeye son verilerek, süresi ne olursa olsun tüm hürriyeti bağlayıcı cezalar- hapis- olarak nitelendirilmiştir.

Nitekim Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107/12. maddesinde 'koşulu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi…' şeklindeki düzenlemede konu açıklığa kavuşturulmuştur.

Sonuçta, bihakkın tahliye süresi içinde işlenen ikinci suçun para cezası gerektiren suç dışında hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç olması, birinci suçtan dolayı verilen koşulu salıverilme kararının geri alınmasını gerektirecektir.

..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

21. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadı

22. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre kanun gereği yetkilendirilmiş, yürütme organı ve taraflardan bağımsız ve yeterli güvencelere sahip yargısal organ olarak Mahkemece verilen ve özgürlükten mahrumiyete yol açan her türlü mahkûmiyet kararı, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi kapsamına girmektedir (*Engel ve diğerleri/Hollanda,* B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976, § 68). Anılan bentte yer alan "*sonra*" ifadesi, tutmanın sadece zaman bakımından mahkûmiyetin ardından gelmesi anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda tutma, mahkûmiyetin bir sonucu olmalı; mahkûmiyetin ardından ve mahkûmiyete bağlı olarak veya mahkûmiyet sebebiyle gerçekleşmelidir (*Weeks/Birleşik Krallık,* B. No: 9787/82, 2/3/1987, § 42). Kısacası mahkûmiyet kararı ile söz konusu özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır (*Monnell ve Morris / Birleşik Krallık,* B. No: 9562/81, 9818/82, 2/3/1987, § 40).

23. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin, bir mahkûmun af yasasından ya da erkenden şartlı tahliye veya kesin tahliye durumlarından yararlanmasını güvence altına almadığını belirtmektedir (*Alican Demir/Türkiye,* B. No: 41444/09, 25/2/2014, § 89). Ancak yetkili makamların, bu tür bir tedbirden faydalanmak için kanunda belirtilen koşulları yerine getiren herkese, herhangi bir takdir yetkileri bulunmadan bu tedbiri uygulamakla yükümlü olmaları hâlinde durum farklı olacaktır (*Del Rio Prada/İspanya* [BD], B. No: 42750/09, 21/10/2013, § 126).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 16/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu, mahkûmiyetine karar verilen 765 sayılı mülga Kanun'un 430. maddesi kapsamındaki suçun 4616 sayılı Kanun kapsamında olması nedeniyle bu suçtan verilen cezanın tamamen ertelendiğini, hakkında yalnızca 765 sayılı mülga Kanun'un 414. maddesi kapsamındaki suç dolayısıyla koşullu salıverme uygulandığını, buna göre koşullu salıverme ve erteleme hükümlerinin de her bir suç için ayrı olarak

uygulanması gerektiğini, her iki suçtan verilen koşullu salıvermenin geri alınmasının 4616 sayılı Kanun'a göre hukuka aykırı olduğunu belirterek Anayasa'nın 19., 36., 38. ve 40. maddeleri ile tanınan temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; hak ihlali tespiti ile birlikte yeniden yargılama kararı verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

26. Anayasa'nın 19. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; ... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz."

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). Somut olayda başvurucunun iddialarının özü, koşullu salıvermenin geri alınması kararının hukuki bir dayanağının bulunmadığına ve dolayısıyla hukuka aykırı olarak hürriyetinden yoksun bırakıldığına ilişkin olduğundan başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

28. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti 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 kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman,* B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

29. Kişilerin fiziksel hürriyetlerini güvence altına alan Anayasa'nın 19. maddesinin, kişi hürriyetinin kısıtlanmasına imkân tanıdığı durumlardan biri de maddenin ikinci fıkrasında "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi*" olarak belirlenmiştir. Bu nedenle yargı organlarınca verilecek mahkûmiyet kararları kapsamında

hapis cezasının veya güvenlik tedbirlerinin infaz edilmesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal etmez *(Tahir Canan (2)*, B. No: 2013/839, 5/11/2014, § 33).

30. Mahkemelerce verilmiş mahkûmiyet kararlarının yerine getirilmesi dolayısıyla ortaya çıkan özgürlükten yoksun bırakma hâlleri, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına dâhil ise de anılan kural, mahkûmiyet kararının değil tutmanın hukuka uygun olmasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla bu güvence kapsamında, kişi hakkında hükmedilen hapis cezasının yerindeliği veya orantılılığı incelemeye tabi tutulamaz (*Günay Okan,* B. No: 2013/8114, 17/9/2014, § 18).

31. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi*" ile bağlantılı bir ihlal iddiası söz konusu ise Anayasa Mahkemesinin görevi kişinin hürriyetten yoksun bırakılmasının kısmen ya da tamamen bu koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekle sınırlıdır. Bir kimse Anayasa'da yer alan diğer sebepler (yakalama, gözaltı ve tutuklama gibi) dışında ancak "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi*" kapsamında hürriyetinden yoksun bırakılabilir. Eğer tutmanın kısmen veya tamamen bu koşulları taşımadığı tespit edilirse bu durumun meşru bir amacının olduğundan veya ölçülü olduğundan söz edilemez, doğrudan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlal edilmiş olur.

32. Bir mahkûmiyet kararının infazına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesi açık bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 19. maddesinin amacı kişileri keyfî bir şekilde hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı korumak olup maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi hürriyetine getirilecek sınırlamaların da maddenin amacına uygun olması gerekir (*Abdullah Ünal,* B. No: 2012/1094, 7/3/2014, § 38). Bir kimsenin "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi*" kapsamında hürriyetinden yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için her şeyden önce hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin bir mahkeme tarafından verilmesi gereklir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir askere, üstü tarafından verilen oda hapsi cezasının "yetkili bir mahkeme" tarafından verilmediğini belirterek Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Hasan Baki Gülcan,* B. No:2013/760, 12/3/2015, §§ 36-50). İkinci olarak yerine getirilecek

kararın hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirlerine ilişkin olması gerekir. Ceza veya güvenlik tedbiri içermeyen bir karara dayanılarak bir kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılması mümkün değildir. Son olarak hürriyetten yoksun bırakılmanın mahkemece verilen hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin kapsamını aşmaması gerekir.

33. Bu itibarla hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalacağı süreyi doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen durumların Anayasa'nın 19. maddesinde tanımlanan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği Anayasa Mahkemesince kabul edilmiştir (*İbrahim Uysal,* B. No: 2014/1711, 23/7/2014, § 26; *Günay Okan,*§ 13). Koşullu salıverme ve koşullu salıvermenin geri alınmasına ilişkin kurallar gereği cezaevinde kalınması gereken süre, hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesinin kapsamına dâhildir.

34. Mahkeme tarafından verilen bir mahkûmiyet kararının infazının sağlanması ve bu bağlamda ceza infaz kurumunda tutulma süresi bakımından ceza mahkemesinin kararına uygun hareket edilmesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının korunması açısından zorunludur. Dolayısıyla hükümlülerin ceza infaz kurumunda kalacakları sürenin, mahkûmiyet kararına ve ilgili mevzuata uygun olması Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında güvence altına alınmıştır (*İbrahim Uysal,* § 32). Bununla birlikte 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 (*Abdullah Ünal,* § 39). 4616 sayılı Kanun'un koşullu salıvermeye, 5275 sayılı Kanun'un koşullu salıvermenin geri alınmasına ilişkin hükümlerinin nasıl uygulanacağı ve bu itibarla hukuk kurallarının yorumu ile somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır.

35. Koşullu salıverilme cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla (iyi hâliyle) topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün şarta bağlı olarak ödüllendirilmesidir. Suçlunun kendisine verilen cezadan daha kısa bir sürede uslanması, eyleminden pişmanlık duyması ve bunu iyi davranışıyla kanıtlaması durumunda cezaevinde daha fazla kalması gereksiz olabilir. Bu durumda koşullu salıverilme, infaz sistemindeki en etkili araçtır. Koşullu salıverilmenin en önemli ögeleri, cezanın belirli bir

süre çekilmiş olması, hükümlünün bu süre içinde iyi hâl göstermesi, koşullu salıverildikten sonra gözetim altında kalması ve koşullu salıverilmenin gereklerine uyulmaması durumunda koşullu salıverilme kararının geri alınabilmesidir (*Günay Okan*, § 20; AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

36. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası bir hükümlünün koşullu salıvermeden otomatik olarak yararlandırılmasını güvence altına almamaktadır. Ancak koşullu salıvermeden yararlanmak için Kanun'da öngörülen tüm şartları taşıyan hükümlüler bakımından ilgili yargı organlarının takdir yetkisinin bulunmadığı (belli bir sürenin çekilmiş olduğu) durumlarda koşullu salıverme hükümlerinin uygulanmaması, kişilerin keyfî olarak hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarını yasaklayan Anayasa'nın 19. maddesi ile bağdaşmayacaktır (Konuya ilişkin AİHM'in yaklaşımı bakımından bkz. § 23).

37. Koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle kişinin yeniden hapsedilmesi durumunda infazına karar verilen ceza ile önceki mahkûmiyeti arasındaki nedensellik bağının kesilmemiş olması gerekir (Benzer yöndeki AİHM değerlendirmesi için bkz. § 22). Buradaki tutma, koşullu olarak salıverilen cezanın infazı kapsamında olmalıdır. Koşullu salıverilme kararının geri alınması kararı, koşullu salıvermeye ilişkin kanunda ya da mahkeme kararında belirtilen amaç ile bağlantılı olmayan bir sebebe ya da bununla ilgili olmayan bir değerlendirmeye dayanmamalıdır.

38. Koşullu salıverilmeye ilişkin hükümlerin yer aldığı kanun maddelerine göre koşullu salıverilen hükümlünün denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır. Koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün sonraki suçu işlediği tarihten itibaren hak ederek tahliye tarihine kadar kalan cezasının aynen infazına karar verilir. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilemez. Buna karşılık hükümlünün denetim süresini yükümlülüklere uygun ve iyi hâlli olarak geçirmesi hâlinde ceza infaz edilmiş sayılır (*Günay Okan*, § 25).

39. 4616 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca koşullu salıverme kararının verilmesi için hükümlünün iyi hâlli olması şartı aranmamıştır.

Buna göre çekmeleri gereken toplam cezalarından on yıllık indirim yapıldıktan sonra ceza süresi dolmuş olanlar, iyi hâlli olup olmadıklarına bakılmaksızın ve istemleri olmaksızın derhâl; toplam cezaları on yıldan fazla olanlar, kalan cezalarını çektikten sonra şartla salıverilirler. Anılan Kanun'da koşullu salıvermenin geri alınmasına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan 4616 sayılı Kanun uyarınca koşullu olarak salıverilen hükümlüler hakkında da koşullu salıvermenin geri alınması müessesinin uygulanması genel hükümlere göre tabidir.

40. Dolayısıyla 4616 sayılı Kanun hükümleri uyarınca koşullu salıverilen hükümlüler yönünden de denetim süresince hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlenmesi hâlinde 765 sayılı mülga Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrası ve/veya 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinin (12) numaralı fıkrası uyarınca koşullu salıverme kararı geri alınacaktır. Yargıtay uygulamasında da belirtildiği üzere bu suçun koşullu salıverilen suç ile aynı cins veya daha ağır hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Sonradan denetim süresi içinde işlenilen suçun kasıtlı bir suç olması, bu suçun yaptırım olarak da hapis cezasını gerektirmesi ve hapis cezası verilmiş olması koşullu salıvermenin geri alınması için yeterlidir (bkz. § 19).

41. Öte yandan Yargıtay, 4616 sayılı Kanun'un devam eden davalarda verilen "davanın kesin hükme bağlanmasının ertelenmesi" kararının kaldırılmasına ilişkin olarak getirdiği dava zamanaşımı süresi içinde işlenilen suçun aynı cins veya daha ağır hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç olması koşulunu, 765 sayılı Kanun'da yer alan kabahat ve cürüm ayrımı olarak anlamak gerektiğine işaret etmektedir. Yargıtay kararında da belirtildiği üzere 5237 saylı Kanun'da kabahat ve cürüm ayırımı kaldırılmış; ağır hapis, hapis ve hafif hapis şeklindeki düzenlemeye son verilerek süresi ne olursa olsun tüm hürriyeti bağlayıcı cezalar "hapis" olarak nitelendirilmiştir (bkz. § 20).

42. Somut olayda ırza geçme suçundan 7 yıl 6 ay ve alıkoyma suçundan 7 yıl 6 ay olmak üzere toplam 14 yıl 12 ay (ağır) hapis cezasına mahkûm edilen başvurucu, anılan cezanın infazı kapsamında 4616 sayılı Kanun hükümleri uygulanarak 6/10/2003 tarihinde koşullu olarak salıverilmiştir. Başvurucun, hak ederek tahliye tarihinden (29/9/2015) önce denetim süresi içinde 31/10/2007 tarihinde kasıtlı bir suç (çocuğun basit cinsel istismarı) işlemesi nedeniyle hakkındaki koşullu salıvermenin geri alınmasına karar verilmiştir.

43. Başvurucunun koşullu olarak salıverildiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Kanun'un 17. maddesinde ve koşullu salıvermenin geri alınması kararına dayanak olan suçun işlendiği tarihte yürürlükte bulanan 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinde, koşullu olarak tahliyesine karar verilen hükümlülerin hak ederek tahliye tarihine kadar hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suç işlemeleri hâlinde koşullu salıvermenin geri alınacağı belirtilmiştir (bkz. §§ 15, 16). Diğer yandan başvurucunun mahkûmiyetine konu suçlar yönünden erteleme ve koşullu salıverme hükümlerinin ayrı uygulanması gerektiği yönündeki şikâyeti bakımından hem 4616 sayılı Kanun kapsamında bulunan hem de anılan Kanun kapsamında olmayan suçlarailişkin olarak koşullu salıverme ile koşullu salıvermenin geri alınması müesseselerinin nasıl uygulanacağı Yargıtay kararlarıyla ortaya konulmuştur (bkz. §§ 17-20).

44. Buna göre koşullu salıverilme tarihinden sonra denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işleyen başvurucu hakkında koşullu salıvermenin geri alınmasına ve sonraki suçu işlediği tarihten itibaren hak ederek tahliye tarihine kadar kalan cezasının aynen infazına karar verilmesinin kanunun öngördüğü şekilde olduğu ve bu uygulamanın koşullu salıvermenin amacına da aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

45. Açıklanan nedenlerle başvurucunun iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 16/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MUSTAFA TEPELİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5831)

Karar Tarihi: 1/3/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Mustafa TEPELİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir blogspot İnternet sitesinde yer alan iddialarla ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi nedeniyle itibara saygı gösterilmesini isteme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 28/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

8. Birinci Bölüm tarafından 2/2/2017 tarihinde yapılan toplantıda verilecek kararın Bölümlerin önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. Başvurucu, olayların geçtiği tarihte Edirne ilinin Keşan ilçesinde bulunan 4. Mekanize Piyade Tugay Komutanlığında albay rütbesi ile görev yapmaktadır. 2013 yılının Mayıs ve Haziran aylarında 1. Ordu Komutanlığı kapsamındaki birliklerin yer aldığı askerî bir tatbikat yapılmış ve toplam üç hafta kadar süren bu tatbikata başvurucu da katılmıştır.

11. Askerî tatbikattan kısa bir süre sonra *karanettv.blogspot.com* (blog) isimli bir blog sitesinde başvurucu ile birlikte bazı rütbeli subayların tatbikat süresince yedikleri yemeğin parasını ödemediklerinin iddia edildiğine ilişkin bir yorum yer almıştır. Söz konusu yazıya göre adı geçen kişilerin maaşlarından yemek ücretleri kesilmesi gerektiği hâlde bu kişilerin kesintiye izin vermediği ve bu cimri tutumlarının da personel tarafından çok ayıplandığı ifade edilmiştir.

12. Başvurucu, Keşan Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak kendisini hedef alan"iftira" niteliğindeki yazıyı yazan kişinin tespit edilerek cezalandırılmasını istemiştir. Başvurucu, blogda yer alan ifadelerin tamamen gerçek dışı olduğunu iddia etmiş ve Savcılığa tatbikat sırasında yediği yemeklerin ücretlerinin maaşından kesildiğini gösterir maaş bordrosunu ibraz etmiştir.

13. Keşan Cumhuriyet Başsavcılığı, 2013 yılının Aralık ayında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir. Mezkur kararda ilk olarak şüphelilerin açık kimlik bilgilerinin tespitinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Savcılıkça, ilgili İnternet bloğunun bağlı olduğu elektronik servis hizmetleri sağlayıcısının yurt dışı kaynaklı olması nedeniyle dijital delil elde edilmesi mümkün olmadığı ve adı geçen blog İnternet sitesi yabancı kanunlara tabi olduğundan kullanıcıları hakkında sitenin bilgi vermediği ifade edilmiştir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda ikinci olarak şikâyete konu yazının blogdan kaldırıldığına işaret edilmiştir.

14. Başvurucunun söz konusu kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yaptığı itiraz, Kırklareli Ağır Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Ret kararı 18/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 28/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden... bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır...

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur."

17. 12/01/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*Tasarruf ilkesi"* kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"(1)Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz.

(2) Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz.

(3) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."

18.6100 sayılı Kanun'un "*Taraflarca getirilme ilkesi*" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 1/3/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

20. Başvurucu; blogda yer alan gerçeğe aykırı iddialar nedeniyle kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturan, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasında bulunan şeref ve itibarına üçüncü kişilerce saldırı yapıldığını ileri sürerek Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunmuş fakat Savcılık şikâyet hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Başvurucu, yargı mercilerince sağlanan korumanın yetersiz olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, ihlalin tespitini istemektedir.

21. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) itibarın korunmasına ilişkin bazı kararları hatırlatılmıştır. Bakanlık, başvurucunun itibarının Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının koruması altında olduğunu ve devletin keyfî müdahalelere karşı hak sahiplerini korumak şeklinde pozitif yükümlülüğünün bulunduğunubelirtmiştir.

B. Değerlendirme

22. Kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olduğu hâllerde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında

mündemiç negatif yükümlülüğe, bireyin maddi ve manevi varlığına etkin bir saygının sağlanması için gerekli pozitif yükümlülükler eklenir. Pozitif yükümlülükler, kişilerin birbirleri ile olan ilişkilerini de kapsayacak şekilde kişisel itibara saygının güvence altına alınması amacıyla birtakım tedbirler alınmasını gerektirir (*İlhan Cihaner (2)*, B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 47; *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, § 40).

23. Türk hukukunda mevcut başvuruya benzer şekilde hakaret fiili ile bireylerin şeref ve itibarlarına müdahale edildiği durumlarda hem cezai hem de hukuk dava yolu kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik hâle gelen içtihatlarında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin sözlü ya da yazılı hakaretin hapis cezasını gerektiren suç olmaktan çıkarılması yönündeki tavsiye kararlarına (*Parliamentary Assembly, Towards decriminalisation of defamation*, Resolution 1577, 04/10/2007, §§ 11, 13, 17; *Parliamentary Assembly, Towards decriminalisation of defamation*, Resolution 1814, 04/10/2007, § 1; *Parliamentary Assembly, Respect for media freedom*, Recommendation 1897, 27/1/2010, § 11) ve AİHM'in Sözleşmeci devletlerin zaman geçirmeksizin hakareti suç olmaktan çıkarması gerektiği yönündeki vurgusuna (*Sabanović/Sırbistan ve Karadağ*, 5995/06, 31/5/2011, § 43; *Niskasaari ve diğerleri/Finlandiya*, 37520/07, 6/7/2010, § 77) atıf yapılmış ve hakaretin özel yaşama etkileri ile ilgili olarak hukuk davası açmak suretiyle başvurucuların giderim sağlayabilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir (*Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, §§ 38-44). Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi, devletin maddi ve manevi varlığa yönelik müdahalelere karşı etkili mekanizma kurma yükümlülüğünün mutlaka ceza soruşturması yapılmasını gerekli kılmadığına, bireyin üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla tazminat davası yoluyla da giderim sağlamasının mümkün olduğuna karar vermiştir (*Adnan Oktar (3)*, § 35).

24. Söz konusu içtihada göre tazminat davalarının daha yüksek başarı şansı sunabilecek etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (*Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 44). Zikredilen içtihat nedeniyle bir başvurucu, şeref ve itibarına yönelik müdahale iddiası nedeniyle yalnızca cezalandırma talebinde bulunmuş ve tazminat davası açmamış ise başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmektedir.

25. Buna karşın mevcut başvuruda, başvurucunun itibarına kimlik bilgileri bilinmeyen bir kişi tarafından müdahalede bulunulmuştur.

Üstelik Cumhuriyet Savcısı, şüphelinin açık kimlik bilgilerinin tespitinin mümkün olmadığını belirtmiştir (bkz. § 13). Öte yandan mevcut başvuruda tazminat davalarının yüksek başarı şansı sunabilecek etkili bir başvuru yolu olduğu kabul edilse bile başvurucunun en azından itibarına müdahalede bulunan kişinin kim olduğunu bilmeden böyle bir dava açabilmesi mümkün değildir. Zira 6100 sayılı Kanun'da esas itibarıyla tasarruf ilkesi (bkz. § 17) ve taraflarca hazırlama ilkesi (bkz. § 18) kabul edilmiştir. Söz konusu ilkelerin uygulandığı davalardan olan hakaret davalarında kamu gücünü kullanan organlardan biri veya davaların görüleceği mahkemeler davalının kimlik bilgilerini ve adresini tespit ederek başvurucunun bu kişiye karşı dava açması için yardımcı olamayacaktır. Dolayısıyla sadece -münhasıran- tarafları ilgilendiren ve kamunun hiçbir menfaati olmayan bir özel hukuk uyuşmazlığı olan hakaret davalarındahaksız müdahaleyi yapan kişinin kimlik bilgileri kamu gücü tarafından tespit edilemeyeceğine göre başvurucunun tatmin olması için geriye yalnızca ceza yolu kalmaktadır.

26. Buradan çıkan sonuca göre mevcut başvuruda cevaplanması gereken mesele sıradan kişilerce elde edilmesi son derece zor veya imkânsız olan bir bilginin devlet olanakları ile elde edilmesi için Savcılık soruşturmasına devam edilmesinin gerekip gerekmediğidir.

27. Bireyler arası bir ilişkiye müdahale edilirken hangi tedbirlerin alınması gerektiğinin belirlenmesinde devletin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Bilhassa kişilerin şeref ve itibarlarına yönelik saldırıların özel kişilerden geldiği durumlarda, özel kişilerin bireylerin şeref ve itibarlarına "saygı" göstermelerini temin bakımından kamu gücünü kullanan organlara yüklenecek pozitif yükümlülükleri belirlemenin kolay olmadığının kabul edilmesi gerekir. Fakat her durumda pozitif yükümlülüklerin belirlenmesinde bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekir ve yine her durumda devlet belirli bir takdir alanına sahiptir.

28. İnternet küresel bir ağdır ve hiçbir sınırı yoktur. Bu nedenle İnternet ortamında yayımlanan ve başvurucuların iftira ve hakaret niteliğinde olduğunu ileri sürdüğü bir iddiaya karşı adli mekanizmaları devreye sokmak çoğu zaman güç veya çok maliyetli olabilir. Buna karşın kaçınılmaz olarak doğrudan etkili olan ciddi anlamda incitici veya temel haklara zarar veren müdahalelere karşı bireylerin ve kamunun korunmasının devletin yükümlülüklerinden olduğunun da kabul edilmesi gerekir.

29. Bu kapsamda İnternet servis sağlayıcıları tarafından kullanılacak standartları geliştirmek, ulusal veya uluslararası mekanizmaların kurulmasına veya mevcut mekanizmaların işletilmesine ve geliştirilmesine katkıda bulunmak, İnternet üzerinden anayasal haklara yöneltilen saldırılara karşı uygun yasal düzenlemeler dâhil bireylerin itirazlarını iletebilecekleri ve uygun görülecek başka önlemleri almak devletin yükümlülükleri olarak sayılabilir.

30. Mevcut davada başvurucu, kimliği tespit edilemeyen bir şahsın blogda kendisi hakkındaki duyumları yazmasından şikâyetçi olmuştur. Başvurucunun Cumhuriyet Savcılığına yaptığı şikâyetten sonra söz konusu yazı blogdan kaldırılmıştır. Yazının yayımlandığı bloğun genel olarak askerî personelin kullandığı ve dar bir çevreye hitap eden bir İnternet paylaşımı olduğu anlaşılmaktadır. Kimliği belirli olmayan kişilerce herhangi bir dayanağı olmaksızın yapılan suçlayıcı beyanların hukuksal bir değerinin olmadığı ise açıktır. Nitekim olay tarihinde Türk Silahlı Kuvvetlerinde albay rütbesi ile görev yapan bir subay olan başvurucu hakkında söz konusu iddialar nedeniyle ne adli soruşturma ne de disiplin soruşturması açılmıştır. Ayrıca başvuruya konu yazının dilinin -suçlayıcı ve ima edici olduğu kabul edilse bile- başvurucunun kişisel yaşamı üzerinde kayda değer bir etki göstermesi de söz konusu değildir. Başvurucunun şüphelinin cezalandırılması için ısrarcı olması, kişisel algı açısından bir ilke sorunu olabilir ancak bu algı kamu gücünü kullanan organlara, şeref ve itibara müdahale eden kişileri bir ceza soruşturması ve kovuşturmasına konu etmeleri şeklinde bir yükümlülük yüklemez.

31. Somut olayda Cumhuriyet Savcısı, İnternet üzerinden işlenen suçlara yönelik soruşturmalardaki güçlükleri de gözeterek Anayasa'da korunan temel hak ve özgürlükler bağlamında ciddi endişeler ortaya çıkarabilecek şekilde geniş kapsamda etkiler uyandırmayan ya da toplumsal menfaati etkilemeyen bir şikâyet hakkında soruşturmayı daha fazla sürdürmeyi reddetmiştir. Başvurucunun önemli olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kaldığına dair yeterli delil bulunmadığı, ayrıca şikâyet konusunun önemli bir ilkesel soruna yol açmadığı dikkate alındığında bir toplumda yaşıyor olmanın kabul edilebilir bir bedeli olarak görülebilecek olan -bir sözlü karşılaşmaya ilişkin olarak- soruşturmanın sürdürülmemesinde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler bakımından bireyin menfaatleri ile toplumun menfaatleri arasında açık bir dengesizlik bulunduğu değerlendirilmemiştir.

32.30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Mahkemece kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı açık olan başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir (*Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24). Somut olayda başvurucunun şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkınayönelik bir ihlalin olmadığının açık olduğu anlaşılmıştır.

33. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 1/3/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

GALİP ÖĞÜT BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5863)

Karar Tarihi: 1/3/2017

GENEL KURUL
KARAR

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	:	Galip ÖĞÜT
Vekili	:	Av. Ömer ÖNEREN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kesinleşmiş mahkûmiyet kararının infazı kapsamında yakalama emri çıkarılması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 30/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. Birinci Bölüm tarafından 16/2/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu, 4. Kolordu Komutanlığı nezdinde kurulu Sıkıyönetim (1) No.lu Askerî Mahkemesinin (Ankara) 3/3/1992 tarihli kararı ile devlet hâkimiyeti altındaki topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmayı amaçlayan PKK terör örgütüne mensup olması; örgütün amacı doğrultusunda bir kişinin evine patlayıcı madde atılması, farklı tarihlerde iki kişinin öldürülmesi ve örgüte zorla para toplanması olaylarına katıldığı gerekçeleriyle 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca idam cezasıyla cezalandırılmıştır. Anılan karar, Askerî Yargıtayın 7/12/1993 tarihli ilamı ile onanarak kesinleşmiştir.

11. Başvurucu, söz konusu mahkûmiyet kararına ilişkin soruşturma/kovuşturma sürecinde 25/9/1980 tarihinde gözaltına alınmış; 17/12/1980 tarihinde tutuklanmış; 24/8/1991 tarihinde tahliye edilmiş olup toplam 10 yıl 10 ay 29 gün süreyle hürriyetinden yoksun bırakılmıştır.

12. Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesinin 20/7/2005 tarihli kararı ile başvurucu hakkındaki idam cezası, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına dönüştürülmüştür. Anılan karar, Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 3/12/2010 tarihli ilamıyla düzeltilerek onanmış ve aynı tarihte kesinleşmiştir.

13. UYAP kayıtlarına göre Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca anılan mahkûmiyet hükmünün infazı için 13/6/2012 tarihinde başvurucu hakkında yakalama emri çıkarılmıştır. Başvurucunun yakalandığına ilişkin bir kayıt bulunmamaktadır. Başvuru formunda başvurucunun adresi olarak Almanya'daki bir yerleşim yeri gösterilmiştir.

14. Başvurucunun 26/11/2013 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti'nin Hamburg Başkonsolosluğunda düzenlenen vekâletname ile avukatına yetki verdiği görülmektedir.

15. Başvurucu, avukatı aracılığıyla 7/1/2014 tarihinde Ankara 7. Ağır Ceza Mahkemesine başvurmuş; tutukluluk süresi gözetildiğinde infazı gerektirecek hükümlülük süresi kalmadığını belirterek hakkındaki arama, tutuklama ve yurt dışı çıkış yasağının kaldırılmasını talep etmiştir. Başvurucu anılan talebine dayanak olarak 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen geçici 4. maddenin (d) bendini, bu düzenlemeden yararlanmasını engelleyen aynı maddenin (a) ve (b) bentlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesini, 21/10/2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun'un 1. maddesini göstermiştir.

16. Mahkeme 16/1/2014 tarihinde Cumhuriyet Savcısından görüş sormuştur. Cumhuriyet Savcısı 17/1/2014 tarihinde, başvurucu hakkındaki ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infaz edilmediğini belirterek yurt dışına çıkma yasağının ve yakalama emrinin kaldırılmasının söz konusu olamayacağı yönündeki yazılı görüşünü Mahkemeye sunmuştur. Anılan görüş yazısında mahkûmiyete ilişkin ceza zamanaşımı süresinin 11/5/2023 tarihinde dolmakta olduğu, başvurucun aranmasına yakalamalı olarak devam edildiği de ifade edilmiştir.

17. Mahkemenin 31/1/2014 tarihli kararı ile *"hükmolunan cezanın nevi, lehe olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 112/1 maddesinde belirtilen ceza zamanaşımı süresinin 30 yıl olması, kararın 11/5/1993 tarihinde kesinleşmesi, kesinleşme tarihinden itibaren bu sürenin geçmediği"* gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiştir. Anılan kararda Cumhuriyet Savcısının görüşüne detaylı bir şekilde yer verildiği görülmektedir.

18. Başvurucu 4/3/2014 tarihinde karara itiraz etmiştir. Ankara 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 11/3/2014 tarihli kararı ile *"5275 sayılı yasanın 107/16 maddesine göre suç nevi itibarıyla koşullu salıvermeden de yararlanamayacağı açık ve tartışmasız olan hükümlü* [başvurucu] *hakkındaki itiraza konu kararın gerekçesi*[nin] *yasa ve yönteme uygun ol*[duğu]*"* gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir. Bununla birlikte kararda *"3713 sayılı Kanun'un 4/6-son maddesine göre"* başvurucunun yirmi yılını ceza infaz kurumunda hükümlü olarak geçirdiği takdirde koşullu salıverileceği, tutuklulukta geçen sürenin yirmi yıllık infaz süresinden mahsup edileceği belirtilmiştir.

19. Karar 11/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu, 30/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

21. 12/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *"Yakalama emri"* kenar başlıklı 19. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Hükümlü, hapis cezası veya güvenlik tedbirinin infazı için gönderilen çağrı kâğıdının tebliği üzerine on gün içinde gelmez, kaçar ya da kaçacağına dair şüphe uyandırırsa, Cumhuriyet savcısı yakalama emri çıkarır.*
>
> *(2) (Değişik: 24/1/2013-6411/5 md.) Kasten işlenen suçlarda üç yıl, taksirle işlenen suçlarda ise beş yıldan fazla hapis cezasının infazı için doğrudan yakalama emri çıkarılır."*

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

22. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

> *"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir."*

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadı

23. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında geçen "*özgürlük*" kavramı, kişinin fiziksel özgürlüğünü kapsamaktadır (*Engel ve diğerleri /Hollanda,* B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976, § 58). AİHM, özgürlükten yoksun bırakmanın nesnel ve öznel iki unsurunun bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre nesnel unsur, kişinin göz ardı edilemeyecek uzunlukta bir süre boyunca sınırları belli bir yere kapatılması; öznel unsur ise bu kapatılmanın geçerli bir rızaya dayanmamasıdır (*Storck/ Almanya,* B. No: 61603/00, 16/6/2005, § 74).

24. AİHM'e göre kişilerin fiziksel özgürlüğünün konu edildiği Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının amacıhiçkimsenin özgürlüğünden keyfî bir biçimde mahrum bırakılmamasını güvence altına almaktır. Yalnızca seyahat özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar ise bu maddenin değil Sözleşme'ye ek 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin kapsamına girmektedir. Bununla birlikte özgürlükten mahrum bırakma ve özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark esasa ya da niteliğe ilişkin olmayıp bir derece ya da yoğunluk farkıdır. Bir kimsenin 5. madde anlamında özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığının değerlendirilmesinde somut olayın özelliklerinin yanı sıra uygulanan tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi çeşitli faktörlerin dikkate alınması gerekir (*Guzzardi/İtalya,* B. No: 7367/76, 6/11/1980, §§ 92, 93).

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

25. Mahkemenin 1/3/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

26. Başvurucu, 3713 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesinin yanı sıra 4616 sayılı Kanun ile getirilen ceza indiriminden de yararlanması gerektiğini, buna göre yargılama sürecinde hürriyetinden yoksun kaldığı sürenin cezasını karşıladığını, bu doğrultuda hakkındaki arama, tutuklama ve yurt dışı çıkış yasağının kaldırılması talebinde bulunduğunu, talebinin Savcılık görüşüne dayanılarak gerekçesiz bir şekilde Mahkemece reddedildiğini, alınan savcılık görüşünün de kendisine tebliğ edilmediğini belirterek Anayasa'nın 36., 38. ve 141.; Sözleşme'nin 5., 6. ve 14. maddeleri ile güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş, tazminat talebinde bulunmuştur.

27. Bakanlık görüşünde, yakalama emrinin kaldırılması talebinin reddine ilişkin şikâyetlerin kanun yolunda ileri sürülebilecek nitelikte olduğu ifade edildikten sonra Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen bu hususa ilişkin şikâyetlerle ilgili görüş sunulmayacağı bildirilmiştir. Bakanlık, başvurucunun diğer şikâyetlerine ilişkin olarak AİHM kararlarına atıf yapmak suretiyle silahların eşitliği ilkesinin, kural olarak bir davanın taraflarının sunulan kanıt ve bütün görüşler hakkında bilgi sahibi olmasını ve bunlarla ilgili görüş bildirme hakkını da barındırdığını belirtmiştir. Bakanlığa göre somut olayda, Mahkemece dosya üzerinden yapılan inceleme sırasında alınan Savcılık görüşü başvurucuya tebliğ edilmese de başvurucu verilen karara itiraz etmiş olduğundan itiraz sürecinde Savcılık görüşünden haberdar olmuş ve buna karşı hukuki gerekçelerini ileri sürme imkânına kavuşmuştur.

28. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında Mahkemenin taleplerine ilişkin bir inceleme yapmaksızın Savcılıktan gelen ve taleple ilgisiz olan açıklamalara dayanarak karar verdiğini, Bakanlık görüşünde de silahların eşitliği ilkesine aykırı davranıldığının kabul edilmiş olduğunu iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

29. Anayasa'nın 19. maddesi şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen :

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu maddeveya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bununhemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

(Değişik cümle: 3.10.2001-4709/4 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 hâkim önüne çıkarılır.Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.)Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.)Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."

30. 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). Anayasa Mahkemesince, hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalacağı süreyi doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen durumların Anayasa'nın 19. maddesinde tanımlanan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir (*İbrahim Uysal*, B. No: 2014/1711, 23/7/2014, § 26; *Günay Okan*, B. No: 2013/8114, 17/9/2014, § 13). Somut olayda başvurucunun iddialarının özü, koşullu salıverme süresine ilişkin iki ayrı kanunda öngörülen hükümlerin birlikte uygulanmamasından dolayı hakkındaki yakalama emrinin kaldırılması talebinin kabul edilmemesi sonucunda ceza infaz süresinin uzadığına ilişkin olduğundan başvurunun Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

31. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62).

32. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hürriyetten yoksun bırakma kavramını tanımlamıştır. Buna göre hürriyetten yoksun bırakma, bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutmaya rıza göstermemiş olması şeklinde ifade edilebilecek iki unsuru içermektedir (*Cüneyt Kartal*, B. No: 2013/6572, 20/3/2014, § 17).

33. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin hürriyetlerinden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak

sayılmıştır (*Murat Narman,* B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42). Devam eden fıkralarda ise hürriyetinden yoksun bırakılan kişiler bakımından güvencelere yer verilmiştir. Bu bağlamda maddenin dördüncü fıkrasında yakalama veya tutuklama sebepleri ile iddiaların bildirilmesi, beşinci fıkrasında gözaltı süresi, altıncı fıkrasında yakalama veya tutuklamanın yakınlara bildirilmesi, yedinci fıkrasında tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkı, sekizinci fıkrasında hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı yargı merciine başvurma hakkı, dokuzuncu fıkrasında tazminat hakkı güvence altına alınmıştır.

34. Maddenin birinci fıkrasında geçen "*hürriyet*" sözcüğü, özgürlük ve bağımsızlığın yanı sıra serbestlik anlamına da gelmektedir. Bu anlamda kişi hürriyetine yönelik bir müdahalenin bulunduğunun söylenebilmesi için kişinin hareket serbestisinin maddi olarak sınırlandırılmış olması gerekir. Buradaki hareket serbestisine yönelik kısıtlama, Anayasa'nın 23. maddesinde güvence altına alınan seyahat hürriyetine yönelik bir müdahaleye göre çok daha yoğundur. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale için kişi, rızası olmaksızın en azından rahatsızlık verecek uzunlukta bir süre boyunca belirli bir yerde fiziki olarak tutulmalıdır (AİHM'in konuya ilişkin yaklaşımı için bkz.§§ 23, 24).

35. Anayasa'nın 19. maddesinin metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki sınırlama sebeplerinin kişilerin fiziksel özgürlüklerine ilişkin olduğu, ayrıca devam eden fıkralardaki güvencelerin de fiziki olarak hürriyetinden yoksun bırakılmış kişiler bakımından getirildiği görülmektedir. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının güvence altına aldığı şey, bireylerin yalnızca fiziksel özgürlüğüdür.

36. Bu itibarla soruşturma veya kovuşturma ya da infaz mercilerince çıkarılan yakalama emirlerinin (kararlarının) kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında incelenmesi gerekir.

37. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen sınırlama nedenleri kapsamında, ilgili merciler tarafından çıkarılan yakalama emirlerinin infaz edilmesi, bir başka ifadeyle kişinin yakalanarak fiziksel özgürlüğünün kısıtlanması hâlinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahalenin olduğu açıktır.

38. Bununla birlikte yakalama emirlerinin henüz infaz edilmediği, yani kişinin fiziksel özgürlüğünün henüz kısıtlanmadığı durumlarda, yalnızca kişinin yakalanmasına ilişkin emir (karar) verilmesinin anılan hakka yönelik bir müdahale oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi gerekir.

39. Anayasa Mahkemesi, *Fetih Ahmet Özer* (B. No: 2013/6179, 20/3/2014) başvurusunda denetimli serbestlikten yararlanarak salıverilen bir hükümlünün daha önce işlediği iddia edilen bir suçtan dolayı hakkında dava açılması nedeniyle koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmek üzere yakalanmasına karar verilmesini, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak kabul etmiştir. Anılan kararda *"Başvurucunun Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunduğu sırada hakkında verilmiş bulunan yakalama emri nedeniyle yakalanarak özgürlüğünden mahrum bırakılma tehdidi altında bulunması nedeniyle onun geri çevrilemez bir zarardan korunması amacıyla mağdur olarak kabul edilmesi gerekmektedir."* ifadelerine yer verildiği görülmektedir (bkz. § 30). Bununla birlikte bireysel başvuruya konu olayda, başvurucu henüz yakalanmadan ilgili yargı organınca yakalama emrinin geri alınmış olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahalenin giderilmiş olduğu ve başvurucunun mağdurluk statüsünün sona erdiği kabul edilerek başvurunun düşmesine karar verilmiştir (bkz. §§ 32-34).

40. Yukarıda yer verilen kararda belirtildiği üzere yakalama emirlerinin henüz infaz edilmediği dönemde de kişiler üzerinde hürriyetten yoksun kalma bakımından bir tehdit oluşturduğu söylenebilir. Bu tehditle birlikte yaşamanın kişilerin iç dünyasında bir huzursuzluğa sebebiyet vermesi de olağandır. Haklarında yakalama emri bulunan kişilerin bu tehditten korunmak için saklanmaları, diledikleri yerlere gitme hususunda çekingen davranmaları mümkündür. Bu bağlamda yurt dışında bulunan bir kimsenin yakalama emri uyarınca aranıyor olması ülkeye dönme iradesini belirli ölçüde etkileyebilecektir. Bununla birlikte seyahat hürriyetiyle ilgili olabilecek bu hususlar, konu bakımından bireysel başvurunun kapsamına girmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yurt dışına çıkış yasağı getiren adli kontrol tedbirinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına değil seyahat hürriyetine ilişkin olduğunu belirttikten sonra başvurucunun bu yasak nedeniyle özgürlüğünün kısıtlandığı iddiasını konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez bulmuştur (*Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, §§ 41-54).

41. Yakalama emirlerinin infaz edilmediği dönemde temel hak ve hürriyetlere yönelik bazı etkileri bulunsa da bu dönemde henüz kişilerin fiziksel özgürlükleri maddi olarak kısıtlanmamış olduğundan söz konusu etkilerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

42. Somut olayda, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 13/6/2012 tarihinde, ağırlaştırılmış müebbet hapse ilişkin mahkûmiyet kararının infazı kapsamında başvurucu hakkında yakalama emri çıkarılmıştır. Başvurucu, tutukluluk süresi gözetildiğinde infazı gerektirecek hükümlülük süresi kalmadığından bahisle, hakkındaki yakalama emrinin kaldırılmasını talep etmiş; Mahkemece başvurucunun talebi,infaz edilmekte olan cezaya ilişkin ceza zamanaşımı süresinin dolmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu anılan karara ilişkin itiraz yolunu tükettikten sonra bireysel başvuruda bulunmuştur. Bireysel başvuruda bulunulduğu tarihte başvurucunun yurt dışında olduğu ve hakkındaki yakalama emrinin henüz infaz edilmediği, ayrıca başvurunun incelendiği tarih itibarıyla da infazın gerçekleştiğine yönelik herhangi bir bilgi ya da belgenin bulunmadığı görülmektedir. Buna göre başvurucunun fiziksel olarak özgürlüğünden yoksun bırakılması söz konusu değildir. Sonuç olarak başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahalede bulunulmamıştır.

43. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi *Neytullah Bayram* (B. No: 2014/10339, 15/4/2015, § 44) başvurusunda; başvurucunun hüküm sonrasına ait kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin tutuklulukla ilgili kararların gerekçelerinin ilgili ve yeterli olmadığı, tutukluluk konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı, başvuru konusu yaptığı talep ve bu talebin reddine ilişkin incelemelerin duruşmasız yapıldığı, tutukluluk hâlinin devamına ilişkin karara karşı yapılan itiraz incelemesinin etkin bir şekilde yapılmadığı ve başvuruya konu yaptığı tutukluluk incelemesine ilişkin Cumhuriyet savcısının mütalaasının kendisine bildirilmediği gibi şikâyetlerini,Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi*" kapsamında değerlendirmiş ve açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Başvuru konusu olayda kesinleşen bir mahkûmiyet kararının infazı kapsamında hakkında yakalama emri çıkarılan başvurucunun "talebinin gerekçesiz bir şekilde reddedildiği ve savcılık görüşünün tebliğ edilmediği" şikâyetleri yönünden anılan karardan ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

44. Açıklanan nedenlerle başvurucunun iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekmektedir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 1/3/2017 tarihinde OY BİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

DEVRAN DURAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/1045)

Karar Tarihi: 25/5/2017

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
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Recai AKYEL
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	:	Devran DURAN
Vekili	:	Av. Gazal BAYRAM KOLUMAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; tutuklamanın hukuki olmaması, tutukluluğun makul süreyi aşması, tutukluluğa ilişkin itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılması ve bu inceleme sırasında alınan Savcılık görüşünün bildirilmemesi nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 24/6/2014 ve 1/10/2015 tarihlerinde yapılmıştır.

3. Başvurular, başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. 2014/10405 numaralı başvuru bakımından başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. Yapılan incelemede 2015/16156 numaralı başvurunun aynı başvurucu tarafından yapılması ve konu bakımından aynı nitelikte olması nedeniyle 2014/10405 numaralı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

9. Birinci Bölüm tarafından 6/4/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

10. Başvuru formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

11. Mardin ili Nusaybin ilçesinde 21/11/2011 tarihinde saat 22.30 sıralarında otomobil ile şehir merkezine doğru hareket hâlinde olan Nusaybin Merkez Jandarma Karakol Komutanı O.A. ve Millî İstihbarat Teşkilatı (MİT) Mardin Bölge Başkanlığına bağlı sivil memur olarak görev yapan R.Ü.nün yaklaşan bir araçtan otomatik silahlarla ateş edilerek

öldürülmesi olayına ilişkin olarak Nusaybin Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma kapsamında Nusaybin Sulh Ceza Mahkemesinin 25/11/2011 tarihli kararı ile *"kendisine ulaşılamadığı, kaçma ve delilleri karartma ihtimali bulunduğu"* gerekçesiyle başvurucu hakkında yakalama emri çıkarılmıştır. Başvurucu 30/11/2011 tarihinde gözaltına alınmıştır.

12. Nusaybin Sulh Ceza Mahkemesinin 2/12/2011 tarihli kararı ile başvurucunun kasten öldürme, kasten yaralama, hırsızlık malı kullanma ve örgüt adına suç işleme suçlarından tutuklanmasına karar verilmiştir. Mahkeme, tutuklama nedeni olarak suçun vasıf ve mahiyetine, mevcut delil durumuna, suçun tutuklama nedeni bulunduğu varsayılabilen katalog suçlardan olmasına ve kaçma şüphesine dayanmıştır.

13. Nusaybin Cumhuriyet Başsavcılığının 3/2/2012 tarihli fezlekesi ile başvurucu hakkındaki soruşturma dosyası, olayın terör eylemi niteliğinde bulunması nedeniyle Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

14. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının (TMK mülga 10. madde ile görevli) 10/10/2012 tarihli iddianamesiyle,ifa ettikleri kamu görevi nedeniyle iki kişiyi tasarlayarak öldürme, devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozma, sayı ve nitelik bakımından vahim olan silah veya mermilerin satın alınması, taşınması veya bulundurulması ve mala zarar verme suçlarını işlediğinden bahisle başvurucunun cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamenin ilgili bölümü şöyledir:

> *"Şüpheliler Devran Duran [başvurucu] ve B.T.nin olayda kullandıkları aracı, çalıntı olduğunu bilerek sırf bu eylemde kullanmak amacıyla aldıkları, maktüllerin uzun süredir aynı kahvehaneye gidiş gelişlerini rutin hale getirdiklerini tespit edip bu doğrultuda plan yaptıkları, olay günü kısa sürede gerçekleşen eylem öncesi ve sonrasında bir düğün mahallinde görünerek olayla irtibatlarını gizlemeye çalıştıkları, ancak gizli tanık S.nin beyanı ve teşhisi, araçta bulunan parmak izleri, olay sonrası şüpheli S.D. ile ... buluştuklarında araçla ilgili olarak şüpheli B.T.nin 'Olay olmuşsa olmuştur. Arabada parmak izi bırakmadık. Hepsini sildik, senin canın sağolsun, gerekirse arabayı yakarız, gömeriz' demesi ve bu sözlerin tanıklar tarafından teyid edilmesi, şüpheliler Devran ve B.nin olayların anlatımına ilişkin çelişkili beyanları, şüpheli Devran'ın olaydan hemen sonra kendisinde bulunan ... araç yerine tanık*

H.M.nin ... aracını isteyerek kullanması, şüpheli Devran'ın olay gecesi ... aracı evinin yanına park etmeyerek hayatın olağan akışına aykırı bir şekilde evinden uzakta bulunan ... sokağa park ettiği yönündeki beyanı, ekspertiz raporları, iletişim tespit tutanakları (HTS dökümleri) nazara alındığında, şüpheliler Devran Duran ve B.T.nin olay günü diğer şüpheli M.L.E. de yanlarında olduğu halde, maktüllerin içinde bulunduğu ... plakalı aracı takip edip sıkıştırarak, yan yana geldiklerinde kalaşnikof marka silahla seri şekilde ateş açıp merkez jandarma karakol komutanı olan maktül O.A. ile MİT Mardin bölge müdürlüğüne bağlı sivil memur olarak görev yapan R.Ü.yü, ifa ettikleri kamu görevi nedeniyle, tasarlayarakkasten öldürdükleri anlaşılmıştır."

15. İddianamede; ayrıca PKK/KCK terör örgütü adına yayın yapan bir İnternet sitesinde 23/11/2011 tarihinde yayımlanan haberde eylemin bu örgüt tarafından üstlenildiği, yine başvurucunun evinde yapılan aramada PKK ile irtibatının olduğuna ilişkin deliller (6 adet DVD ve 1 adet hafıza kartı) elde edildiği belirtilmiştir. İsnat edilen suçlamalara ilişkin delil olarak Savcılık tarafındanözellikle olay yeri inceleme tutanakları, gizli tanık beyanı, teşhis tutanakları, ekspertiz raporları, inceleme rapor ve tutanakları, cep telefonu görüşme kayıtlarına ilişkin HTS dökümleri ve şüphelilerin savunmalarına dayanılmıştır.

16. Dava, Diyarbakır 8. Ağır Ceza Mahkemesinin (TMK mülga 10. madde ile görevli) E.2012/108 sayılı dosyası üzerinden başvurucu yönünden tutuklu olarak görülmüştür.

17. 21/2/2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) mülga 10. maddesiyle görevlendirilen ağır ceza mahkemelerinin kaldırılması üzerine Diyarbakır 8. Ağır Ceza Mahkemesi 7/3/2014 tarihinde görevsizlik/yetkisizlik kararı vererek dosyayı Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir.

18. Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesinde E.2014/84 sayılı dosya üzerinden devam olunan yargılamada 15/5/2014 tarihinde yapılan duruşmaya başvurucu, tutuklu olarak bulunduğu İzmir 4 No.lu T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS) aracılığıyla katılarak tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir. Başvurucu müdafiinin de aynı duruşmada hazır olduğu ve başvurucunun tahliyesine karar verilmesini talep ettiği anlaşılmıştır. Mahkeme, talepleri kabul etmeyerek tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir.

19. Başvurucu 16/5/2014 tarihinde karara itiraz etmiştir. Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesi aynı tarihte itiraza konu kararın yerinde olduğu düşüncesiyle itirazın değerlendirilmesi için dosyanın itiraz merciine gönderilmesine karar vermiştir.

20. İtiraz mercii olan Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesi, Cumhuriyet Savcısı'ndan görüşünü yazılı olarak bildirmesini istemiştir. Savcılık, talebin (itirazın) reddi yönünde yazılı görüşünü Mahkemeye sunmuştur. Mahkemece dosya üzerinden yapılan inceleme sonunda 23/5/2014 tarihinde, Cumhuriyet Savcısı'nın yazılı görüşü doğrultusunda itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

21. Anılan karar 26/5/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

22. Başvurucu 2014/10405 numaralı başvuru bakımından 24/6/2014 tarihinde süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

23. Yargılamanın devamında 6/8/2015 tarihinde yapılan duruşmaya başvurucu ve başvurucu müdafii bizzat katılarak tahliye talebinde bulunmuşlardır. Mahkemece tutukluluğun devamına karar verilmiştir.

24. Başvurucu 10/8/2015 tarihinde karara itiraz etmiştir. Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesi itiraza konu tutukluluğun devamı kararının yerinde olduğunu belirterek itirazın değerlendirilmesi için dosyanın itiraz merciine gönderilmesine karar vermiştir.

25. İtirazı inceleyen Midyat Ağır Ceza Mahkemesince dosya üzerinden yapılan inceleme sonunda 28/8/2015 tarihinde itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir. Kararda Cumhuriyet Savcısı'nın görüşünün sorulduğuna ya da Savcılık tarafından Mahkemeye görüş bildirildiğine dair herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir.

26. Anılan karar 14/9/2015 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

27. Başvurucu 2015/16156 numaralı başvuru bakımından 1/10/2015 tarihinde süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

28. 10/11/2016 tarihinde yapılan duruşmada Cumhuriyet Savcısı, davanın esası hakkındaki görüşünü Mahkemeye sözlü olarak bildirmiş; başvurucunun isnat edilen tüm suçlardan cezalandırılmasını talep etmiştir.

29. Mahkeme 25/11/2016 tarihinde yaptığı tutukluluk incelemesi sonunda ağır ceza mahkemesinin görevine giren işler bakımından tutuklama tedbirinin en fazla beş yıl süreyle uygulanabileceğini ve başvurucu yönünden beş yıllık azami tutukluluk süresinin dolmasına az bir süre kaldığını belirterek başvurucunun tahliyesine karar vermiştir. Başvurucu, aynı gün serbest bırakılmıştır.

30. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla İlk Derece Mahkemesinde derdesttir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

31. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü 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; (2)

...

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

...

10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

..."

32. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 101. maddesinin (1), (2) ve (5) 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: 2/7/2012-6352/97 md.) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki 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.

...

(5) Bu madde ile 100 üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir."

33. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklulukta geçecek süre"* kenar başlıklı 102. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir; uzatma süresi toplam üç yılı geçemez."

34. 5271 sayılı Kanun'un *"Tazminat istemi"* kenar başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

...

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

...

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

35. 5271 sayılı Kanun'un *"Tazminat isteminin koşulları"* kenar başlıklı 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."

36. 5271 sayılı Kanun'un *"Karar"* kenar başlıklı 271. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenir."

37. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Nitelikli hâller"* kenar başlıklı 82. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Kasten öldürme suçunun;

a) Tasarlayarak,

...

g) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

...

İşlenmesi halinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır."

38. 5237 sayılı Kanun'un *"Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak"* kenar başlıklı 302. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Devlet topraklarının tamamını veya bir kısmını yabancı bir devletin egemenliği altına koymaya veya Devletin bağımsızlığını zayıflatmaya veya birliğini bozmaya veya Devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını Devlet idaresinden ayırmaya yönelik bir fiil işleyen kimse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır."

B. Uluslararası Hukuk

39. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* kenar başlıklı 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası şöyledir:

"Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

40. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrası kapsamında yer verilen ilk güvencenin, tutukluluk hâline itirazı değerlendirecek bir mahkeme önüne çıkma hakkı olduğunu belirtmektedir. Buna göre suç isnadı nedeniyle tutulan kişiler için duruşma yapılması gereklidir *(Nikolova/Bulgaristan* [BD], B. No: 31195/96, 25/3/1999, § 58; *Reinprecht/Avusturya*, B. No: 67175/01, 15/11/2005, § 31). Tutukluluğa itirazı değerlendirecek hâkim karşısına makul aralıklarla çıkma imkânı bu kişilere sağlanmalıdır (*Knebl/Çek Cumhuriyeti*, B. No: 20157/05, 28/10/2010, § 85).

41. Bununla birlikte AİHM, sanığın tutukluluğuna karar veren ilk derece mahkemesinde hâkim karşısına çıkarılmış olduğu hâllerde itirazın incelenmesi sırasında hâkim karşısına çıkarılmamasının -tarafların eşitliği ilkesi gözetildiği müddetçe- tek başına Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ihlali anlamına gelmediğini belirtmektedir (*Altınok/Türkiye*, B. No: 31610/08, 29/11/2011, § 54; *Saghinadze ve diğerleri/Gürcistan*, B. No: 18768/05 27/5/2010, § 150).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

42. Mahkemenin 25/5/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

43. Başvurucu; soruşturma mercilerince yetersiz delillere dayanılarak suçlandığını, isnat edilen suçu işlediğine ilişkin somut olguların bulunmadığını, olayda kuvvetli suç şüphesinin mevcut olmadığını, kolluk görevlilerinin ifadesini almak üzere evine geldiğini öğrenmesi üzerine kendiliğinden karakola gitmesi karşısında kaçma ve delilleri karartma şüphesinin bulunmadığı gözetilmeksizin tutuklandığını belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

44. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvurucunun bu bölümdeki şikâyetleri hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

2. Değerlendirme

45. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

> *"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."*

46. Başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığına ilişkin bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Genel İlkeler

47. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

48. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın -Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen- kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53,54).

49. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralına yer verilmiştir. Bu bağlamda birbirleriyle uyumlu olan Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman*, § 43; *Halas Aslan*, § 55).

50. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında; tutuklamaya kimler hakkında, hangi hâllerde ve kimin tarafından karar verileceği açıklanmıştır. Maddede, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 57).

51. Buna göre tutuklama, ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamada meşru bir amacın olması için ön koşul, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bu husus, 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 (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

52. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmayabilir.Tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını/kovuşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87). Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Dolayısıyla 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*, § 73).

53. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, tutuklamanın "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak *"bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde"* ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır. Anayasa'nın, tutuklamanın meşru nedenlerinin belirlenmesi bakımından kanun koyucuya takdir hakkı tanıdığı görülmektedir (*Halas Aslan*, § 58).

54. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde, kişilerin ancak haklarında suç işlediklerine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabileceği belirtildikten sonra tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hâllerinde tutukluluk kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir liste bulunmaktadır (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46; *Halas Aslan*, § 59).

55. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"tutuklamayı zorunlu kılan"* ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir. Anılan Anayasa hükümlerine paralel bir şekilde 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72).

56. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "ölçülülük" ilkesini gözetmek öncelikle tutuklama tedbirini uygulayan yargı mercilerinin görevidir. Bu nedenle bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir (*Murat Narman*, § 62). Bir kişinin gerekçeden yoksun bir yargı kararıyla tutuklanması kabul edilemez. Bununla beraber tutukluluğu meşru kılan gerekçeler gösterilerek bir şüpheli ya da sanığın tutuklanması mümkündür. Ancak aşırı derecede kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı vermek, bu çerçevede değerlendirilmemelidir (*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 70).

57. Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde, tutuklamanın ön şartı olan "kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğu" nun ayrıca "tutuklama nedenleri" nin ortaya konulması gerekmektedir. Bu husus tutuklama kararlarının düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da ifade edilmiştir. Buna göre tutuklamaya ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilecektir (*Halas Aslan*, § 75). Diğer taraftan tutukluluğun ölçülü olduğunun söylenebilmesi için buna ilişkin kararlarda öncelikle adli kontrol tedbirlerinin tutuklamayla ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından neden yeterli olmadığı ortaya konmalıdır. Bu husus tutuklama istemleri yönünden 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 79).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

58. Başvurucu, biri asker diğeri istihbarat görevlisi olan iki kişinin silahlı saldırı sonucu öldürülmesi olayına ilişkin olarak yürütülen soruşturma kapsamında söz konusu silahlı saldırıyı gerçekleştiren kişilerden biri olduğu iddiasıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi

uyarınca tutuklanmıştır. Bu itibarla başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

59. Başvurucu hakkında verilen tutuklama kararındaki gerekçeler (bkz. § 12) dikkate alındığında kuvvetli suç şüphesine ve tutuklama nedenlerine ilişkin olarak Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmeler karşısında anılan müdahalenin Anayasa ve Kanun'un öngördüğü anlamda meşru bir amacının bulunduğu görülmektedir.

60. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında ilk tutuklamaya ilişkin yargısal denetimin en önemli parçası, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama tedbirine başvurmanın zorunlu koşulları arasında sayılan suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" bulunup bulunmadığı hususudur. Bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı ilk tutma bakımından yeterli olabilir (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 84).

61. Başvurucunun tutuklanmasına konu olayda soruşturma mercilerinin tespitine göre iki kamu görevlisinin öldürülmesi, PKK/KCK terör örgütü adına yayın yapan bir İnternet sitesinde 23/11/2011 tarihinde yayımlanan haberde üstlenilmiştir. Diğer taraftan olayda kullanılan aracın daha önceden çalındığına ilişkin polis kaydının bulunduğu belirtilmiştir. Düzenlenen iddianameye göre başvurucu, (sanık) B.T. ile birlikte olayda kullandıkları aracı -çalıntı olduğunu bilerek- sırf bu eylemde kullanmak amacıyla almış; olay günü de yapılan plan doğrultusunda B.T. ile birlikte otomatik silahlarla ateş ederek iki kamu görevlisini öldürmüştür. İddianamede delil olarak özellikle olay yeri inceleme tutanakları, gizli tanık beyanı, teşhis tutanakları, ekspertiz raporları, inceleme rapor ve tutanakları, HTS kayıtları ve şüphelilerin savunmalarına dayanıldığı görülmüştür (bkz. §§ 14, 15).

62. Başvurucu hakkında verilen tutuklama kararında açıklanan gerekçeler, iddianame ile başvurucuya isnat edilen ve yukarıda özetlenen eylemler ile bu eylemlere ilişkin olarak dayanılan delillerin içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvurucu yönünden suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

63. Diğer taraftan yargılanmasına devam olunan başvurucu için uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı değerlendirilirken

anayasal denetimintutuklamaya ilişkin süreç ile tutuklama gerekçeleri üzerinden yapılması gerekir (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 79; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, § 136).

64. Öncelikle terör suçlarının soruşturması kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır (*Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, § 214).

65. Başvurucu hakkında tutuklama kararı verilirken Mahkemenin tutuklama nedeni olarak suçun niteliğine, kaçma şüphesinin bulunmasına, delil durumuna ve suçun tutuklama nedeni bulunduğu varsayılabilen katalog suçlardan olmasına dayandığı görülmektedir.

66. Kendisine ulaşılamadığı ve delillerin karartılması ihtimalinin bulunduğu gerekçesiyle soruşturma mercilerinin başvurucu hakkında yakalama emri çıkardığı,hakkında yakalama emri çıkarılmasından beş gün sonra başvurucunun gözaltına alındığı anlaşılmıştır. Diğer taraftan başvurucunun tutuklandığı kamu görevlisini görevinden dolayı tasarlayarak öldürme suçu, Türk hukuk sisteminin öngördüğü en ağır yaptırım olan "ağılaştırılmış müebbet hapis" cezasını gerektirmektedir. İsnat edilen suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın ağırlığı, kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (*Hüseyin Burçak*, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61). Ayrıca başvurucuya isnat edilen biri asker diğeri istihbaratçı olan iki kamu görevlisinin silahlı saldırı sonucu öldürülmesi olayı PKK tarafından üstlenilmiş, başvurucunun da bu terör örgütü ile ilgisinin olduğuna dair birtakım delillere ulaşılmıştır (bkz. § 15). PKK'nın yurt içinde ve yurt dışındaki faaliyetleri dolayısıyla bu terör örgütü adına iki kamu görevlisini öldürmekle suçlanan başvurucunun serbest bırakıldığında yurt içinde saklanması veya yurt dışına çıkması ve burada barınması imkânı diğer kişilere göre çok daha fazladır (Benzer yöndeki bir değerlendirme için bkz. *Yıldırım Ataş*, B. No: 2014/4459, 26/10/2016, § 61). Bu itibarla olayda tutuklama nedenlerinin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

67. Öte yandan soruşturma konusu silahlı saldırı olayının gerçekleşmesinden dört gün sonra hakkında yakalama emri düzenlenen başvurucunun gözaltına alındıktan iki gün sonra tutuklandığı dikkate alındığında soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülü/gerekli olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı anlaşılmıştır.

68. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Tutukluluğun Makul Süreyi Aştığına İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

69. Başvurucu,yalnızca suçun niteliği gözetilerek matbu gerekçelerle tutukluluğunun devamına karar verildiğini ve bu kararlarda adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin açıklanmadığını belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

70. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvurucunun bu bölümdeki şikâyetleri hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

2. Değerlendirme

71. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

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

72. 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."*

73. Yukarıda belirtilen Anayasa ve Kanun hükümleri gereğince 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 (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt,* B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 17).

74. Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun kanunda öngörülen azami süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurular bakımından bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvurucu tahliye edilmiş ise asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır (*Erkam Abdurrahman Ak,* B. No: 2014/8515, 28/9/2016, §§ 48-62; *İrfan Gerçek,* B. No: 2014/6500, 29/9/2016,§§ 33-45).

75. Somut olayda bireysel başvuruda bulunduktan sonra 25/11/2016 tarihinde tahliyesine karar verilen başvurucunun tutukluluğunun makul süreyi aştığına ilişkin iddiası, 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada incelenebilir. Bu madde kapsamında açılacak dava sonucuna göre başvurucunun tutukluluğunun makul süreyi aştığının tespiti hâlinde görevli mahkemece başvurucu lehine tazminata da hükmedilebilecektir. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolu, başvurucunun durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz etkili bir hukuk yoludur ve bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvurunun incelenmesi bireysel başvurunun "ikincillik niteliği" ile bağdaşmamaktadır.

76. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasına ilişkin olarak yargısal başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Tutukluluğa İtiraz İncelemesinin Duruşmasız Yapıldığına İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

77. Başvurucu, (2014/10405 numaralı başvurusunda) tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması gerekirkenMahkemece dosya üzerinden inceleme yapıldığını belirterek Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

78. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvurucunun bu bölümdeki şikâyetleri hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir. Bakanlık, bununla birilikte başvurucunun yargılandığı davada 15/5/2014 tarihinde yapılan duruşmada SEGBİS yoluyla beyanı alındıktan sekiz gün sonra itirazın karara bağlandığına değinmiştir.

79. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında bu bölümdeki iddialarına ilişkin ek bir açıklamada bulunmamıştır.

2. Değerlendirme

80. 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."

81. Başvurucu, bu bölümdeki şikâyetlerine ilişkin olarak Anayasa'nın herhangi bir maddesine atıf yapmaksızın Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. 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 tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılması dolayısıyla silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine riayet edilmediğine yönelen iddiasının Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Genel İlkeler

82. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası göre hürriyeti kısıtlanan bir kimsenin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkı bulunmaktadır (*Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 122). Fıkrada kısıtlama sebebi bakımından bir ayrım yapılmadığından başvuru hakkı, elbette suç şüphesine dayalı tutuklama nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmayı da kapsamaktadır (*Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, § 165).

83. Serbest bırakılmak amacıyla yetkili yargı merciine yapılması gereken başvurudan söz edildiğinden anılan hakkın uygulanması ancak talep hâlinde söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla burada belirtilen bir yargı merciine başvurma hakkı, suç isnadıyla hürriyetinden yoksun bırakılan kimseler bakımından tahliye talebinin yanı sıra tutuklama, tutukluluğun devamı ve tahliye talebinin reddi kararlarına karşı yapılan itirazların incelenmesi sırasında da uygulanması gereken bir güvencedir (*Mehmet Haberal*, § 123).

84. Bununla birlikte 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre şüpheli veya sanığın istemi olmaksızın tutukluluğun resen incelenmesi durumunda, hürriyeti kısıtlanan kişiye tanınan yargı merciine başvurma hakkı kapsamında bir değerlendirme yapılmadığından bu incelemeler Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamına dâhil değildir (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, § 32; *Faik Özgür Erol ve diğerleri*, B. No: 2013/6160, 2/12/2015, § 24).

85. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla başvurulacak yerin bir yargı mercii olması öngörülmüş olduğundan işin doğası gereği burada yapılacak incelemenin yargısal bir niteliği bulunmaktadır. Yargısal nitelikteki bu inceleme sırasında adil yargılanma hakkının tutmanın niteliğine ve koşullarına uygun güvencelerinin sağlanması gerekir. Bu bağlamda tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkelerine riayet edilmelidir (*Hikmet Yayğın*, B. No: 2013/1279, 30/12/2014, §§ 29, 30).

86. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları 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 tanınıp 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).

87. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını, 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).

88. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasından kaynaklanan temel güvencelerden biri de tutukluluğa karşı itirazın hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hakkıdır. Zira hürriyetinden yoksun bırakılan kimsenin bu duruma ilişkin şikâyetlerini, tutuklanmasına dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarınıhâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirebilme imkânına sahip olması, tutukluluğa itirazını çok daha etkili bir şekilde yapmasını sağlayacaktır. Bu nedenle kişi, bu haktan düzenli bir şekilde yararlanarak makul aralıklarla dinlenilmeyi talep edebilmelidir (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 66; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 267; AİHM'in yaklaşımı için bkz. § 40).

89. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 267. maddesine göre resen ya da talep üzerine tutukluluk hakkında verilmiş tüm kararlar, mahkeme önünde itiraza konu olabilmektedir (*Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 269). Tutukluluğa ilişkin kararların itiraz incelemesi bakımından aynı Kanun'un 271. maddesinde; itirazın kural olarak duruşma yapılmaksızın karara bağlanacağı, ancak gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekilin dinlenebileceği düzenlemesine yer verilmiştir (bkz. § 36). Buna göre tutukluluk incelemelerinin ya da tutukluluğa ilişkin itiraz incelemelerinin

duruşma açılarak yapılması hâlinde şüpheli, sanık veya müdafiinin dinlenilmesi gerekmektedir.

90. Bununla birlikte tutukluluğa ilişkin her kararın itirazının incelenmesinde veya her tahliye talebinin değerlendirilmesinde duruşma yapılması ceza yargılaması sistemini işlemez hâle getirebilecektir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen inceleme usulüne ilişkin güvenceler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir durum olmadığı sürece tutukluluğa karşı yapılacak itirazlar için her durumda duruşma yapılmasını gerektirmez (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 73; AİHM uygulaması yönünden bkz. § 41).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

91. Başvurucu, tutukluluğun devamı kararlarından hangisine veya hangilerine karşı yaptığı itiraz(lar)ın incelenmesi sırasında itiraz merciinin duruşma yapmadığını başvuru formu ve eklerinde bildirmemiştir. Bu nedenle başvurucunun anılan şikâyetine ilişkin olarak bireysel başvuruya konu ettiği 15/5/2014 tarihli duruşmada verilen tutukluluğun devamı kararına yönelik itirazın incelenmesi ile sınırlı bir değerlendirme yapılmıştır.

92. Başvurucu, Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen davada 15/5/2014 tarihinde yapılan duruşmaya tutuklu olarak bulunduğu ceza infaz kurumundan SEGBİS aracılığıyla katılmış; tutukluluğa ilişkin itirazlarını ve tahliye talebini sözlü olarak Mahkemeye bildirmiştir. Aynı duruşmada başvurucunun müdafiinin de hazır bulunduğu, tutukluluğa yönelik şikâyetlerini sözlü olarak Mahkemeye ifade ettiği ve tahliye talebinde bulunduğu görülmektedir. Duruşma sonunda başvurucunun ve müdafiinin tahliye talepleri kabul edilmeyerek tutukluluk hâlinin devamına karar verilmiş, anılan karara yönelik itiraz Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesince dosya üzerinden yapılan inceleme sonunda 23/5/2014 tarihinde verilen kararla reddedilmiştir.

93. Dolayısıyla Mardin 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından başvurucunun ve müdafiinin dinlenildiği, tahliyeye ilişkin beyan ve taleplerinin alındığı, başvurucunun yüzüne karşı tutukluluğun devamına karar verildiğinin açıklandığı tarih (15/5/2014) ile Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesince başvurucunun tutukluluğa yönelik itirazının duruşmasız olarak incelendiği tarih (23/5/2014) arasında yalnızca sekiz günlük bir süre bulunmaktadır.

94. Anayasa Mahkemesi, daha önce verdiği kararlarında tutukluluğa itiraz incelemesinin başvurucuların dinlenilmesinden 1 ay 2 gün sonra(*Hikmet Yayğın*, § 35); 1 ay 28 gün sonra (*Mehmet Haberal*, § 128) duruşmasız olarak yapılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

95. Resen ya da talep üzerine tutukluluk hakkında verilmiş tüm kararların bir başka mahkeme önünde itiraza konu edilebildiği ceza usul sisteminde, başvuruya konu dava bakımından tüm itirazların duruşmalı incelenmesi tutukluluk bakımından yargılamanın itiraz merciinde tekrar edilmesi anlamına gelecektir. Bu durumda başvurucunun ve müdafiinindinlenilmesinden ve tutukluluğun devamına ilişkin kararın tefhim edilmesinden sekiz gün sonra yapılan itiraz incelemesinin duruşmasız olmasının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini ihlal ettiği söylenemez.

96. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapıldığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. Tutukluluğa İtiraz İncelemelerinde Alınan Savcılık Görüşünün Bildirilmediğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

97. Başvurucu 15/5/2014 ve 6/8/2015 tarihli duruşmalarda verilen tutukluluğun devamı kararlarına yönelik itirazları inceleyen mercilerin Cumhuriyet Savcısı'nın görüşünü sormalarına rağmen bu görüşü kendisine tebliğ etmeden itirazı reddettiklerini ileri sürmüştür.

98. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvurucunun bu bölümdeki şikâyetleri hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir. Bakanlık, bununla birlikte 15/5/2014 tarihli tutukluluğun devamı kararı yönünden itirazı inceleyen Mahkemenin Savcılık görüşünü başvurucuya bildirmesi gerekirken bu bildirimin yapılmadığına değinmiştir.

99. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında iddialarının Bakanlık tarafından da açıkça kabul edildiğini belirtmiştir.

2. Değerlendirme

100. Başvurucu, bu bölümdeki şikâyetlerine ilişkin olarak hangi temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiği hususunda bir açıklamada bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (bkz. § 81). Bu itibarla başvurucunun tutukluluğa ilişkin itiraz incelemeleri sırasında alınan Savcılık görüşünden haberdar edilmediğine ilişkin iddiasının Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Midyat Ağır Ceza Mahkemesinin Kararı Yönünden

101. Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını kanıtlamak ve dayanılan Anayasa hükmünün kendisine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak hukuki iddialarını ortaya koymak başvurucuya düşer. 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 neler olduğunu başvuru dilekçesinde belirtmesi 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 hak ve özgürlüklerden hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği, buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20).

102. Somut olayda başvurucu 6/8/2015 tarihli duruşmada verilen tutukluluğun devamı kararına yönelik itirazını inceleyen Midyat Ağır Ceza Mahkemesince Cumhuriyet Savcısının görüşünün tebliğ edilmediğini belirtmişse de başvuru formu ve eklerinde Mahkemenin Cumhuriyet Savcısı'ndan görüş sorduğuna ya da Savcılık tarafından Mahkemeye görüş bildirildiğine dair bilgi ya da belge sunulmamıştır. Ayrıca itirazın reddine ilişkin kararda Savcılıktan görüş sorulduğu veya Savcılığın Mahkemeye görüş bildirdiği yönünde bir ifadeye yer verilmemiştir (bkz. § 25). Dolayısıyla anılan kararın verilmesi sürecinde Savcılıktan görüş alındığı ve bu görüşün başvurucuya bildirilmediği yönünde bir olgu tespit edilememiştir.

103. Açıklanan nedenlerle başvurucunun 6/8/2015 tarihli tutukluluğun devamı kararına yönelik itiraz incelemesi sırasında Savcılıktan görüş alındığına ve bu görüşten haberdar edilmediğine dair iddiasının temellendirilmemiş olduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin Kararı Yönünden

104. 6216 sayılı Kanun'un *"Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi"* kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Mahkeme, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımayan ve başvurucunun önemli bir zarara uğramadığı başvurular ile açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."*

105. Başvurucunun anılan karara ilişkin olarak ileri sürdüğü ihlal iddiasının niteliği nazara alınarak başvurunun bu bölümünün öncelikle kabul edilebilirlik kriterlerinden olan anayasal ve kişisel önemden yoksun olma kriteri yönünden incelenmesi gerekir.

i. Genel İlkeler

106. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasında herkesin bireysel başvuru hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında anayasal ve kişisel önemi düşük olan veya bulunmayan başvuruların esastan incelenmeksizin reddedilebileceği hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemenin kaynağı, hâkimin küçük/önemsiz işlerle uğraşmaması gerektiğini ifade eden kadim *De minimis non curat praetor* ilkesidir. Bu ilkenin temelinde yatan düşüncelerden biri mahkemelerin asıl işlevlerine odaklanmalarını sağlamak ve buna engel teşkil edecek olan önem derecesi düşük davaların ve başvuruların iş yükü oluşturmasını önlemektir (*K.V.* [GK], B. No: 2014/2293, 1/12/2016, § 47).

107. Anılan hükümle anayasal ve kişisel önemden yoksun başvuruların esastan incelenmemesine imkân tanıyan ek bir kabul edilebilirlik kriteri getirilmiştir. Dolayısıyla diğer tüm kabul edilebilirlik kriterlerini taşısa hatta esas hakkında incelemeye geçildiğinde ihlal kararı verilebilecek

nitelikte olsa bile Kanun'da belirtilen nitelikteki bir başvuru kabul edilemez bulunabilecektir (*K.V.*, § 55). Kanun'da anayasal ve kişisel önemden yoksun başvuruların kabul edilemez bulunabilmesi için iki koşul öngörülmüştür: "Anayasal önem" olarak adlandırılabilecek olan birinci koşul başvurunun Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşımaması, "kişisel önem" olarak adlandırılabilecek olan ikinci koşul ise başvurucunun önemli bir zarara uğramamasıdır (*K.V.*, § 57).

108. Anayasal önem koşulunun uygulanmasıyla ilgili olarak kanun koyucu "Anayasa'nın uygulanması açısından önem taşıma", "Anayasa'nın yorumlanması açısından önem taşıma" ve "temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem taşıma" şeklinde üç unsur belirlemiş olmakla birlikte temel hak ve özgürlüklerle ilgili Anayasa hükümlerinin yorumlanması -işin doğası gereği- temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve sınırlarının belirlenmesini de içermektedir. Bu nedenle anayasal önemin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Anayasa hükümlerinin "yorumlanması" ve "uygulanması" açısından önem taşıma şeklinde ifade edilebilecek iki unsurunun bulunduğunu kabul etmek gerekir (*K.V.*, § 61).

109. İşin doğası ve kanun metni dikkate alındığında bir başvurunun anayasal öneminin bulunduğu sonucuna varılabilmesi için onun bu iki unsurdan biri açısından önem taşımasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa hükümlerinin yorumlanması açısından önem taşıma unsurunun başta Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla daha önce yorumlamadığı meseleleri kapsadığında kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, bir meseleyle ilgili olarak daha önce Anayasa'nın ilgili hükümlerini yorumlamış olsa bile değişen durumları dikkate alarak yeniden yorumlama ihtiyacı duyabilir. Bu durumda da o meseleye ilişkin başvurunun anayasal öneminin bulunduğu kabul edilmelidir (*K.V.*, §§ 62, 63).

110. Anayasa'nın uygulanması açısından önem taşıma unsuru ise özellikle Anayasa Mahkemesinin Anayasa hükümleriyle ilgili yorumu ile kamu makamları ve derece mahkemelerinin uygulamaları arasındaki farklılıkta kendisini gösterir. Ancak her uygulama farklılığı, başvurunun Anayasa'nın uygulanması açısından "önemli" olduğu anlamına gelmez. Anayasa hükümlerinin uygulanması açısından başvurunun önem

taşıdığının söylenebilmesi için kamu makamları ve derece mahkemelerinin belli bir meseleye ilişkin uygulamalarının Anayasa Mahkemesi yorumlarından farklı olması ve bu farklılığın da önemli olması gerekir (*K.V.*, § 64).

111. Kişisel önemin bulunmaması koşulu, başvurucunun önemli bir zarara uğramamış olmasını ifade eder. Bu koşul, somut olayın başvurucunun kişisel durumu üzerindeki olumsuz etkisinin derecesiyle ilgilidir. Somut olayda ortaya çıkan kişisel zararın önemli olup olmadığını başvurucunun subjektif algısı belirlemez. Bu husus başvurucunun içinde bulunduğu koşullar da dâhil olmak üzere her olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak ve objektif verilerden hareket edilerek Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilir (*K.V.*, §§ 66, 67).

112. Zararın parayla ölçülüp ölçülememesi, onun önemini değerlendirme bakımından belirleyici değildir. Parayla ölçülmesi mümkün olmayan zararlar yönünden de anayasal ve kişisel önemden yoksun olma kriterinin uygulanması mümkündür (*K.V.*,§ 68).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

(1) Anayasal Önem Yönünden

113. Başvurucu, tutukluluğa ilişkin itiraz incelemesi sırasında alınan Savcılık görüşünden haberdar edilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucunun bu iddiası, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında serbest bırakılmak amacıyla bir yargı yerine başvuru yapılması üzerine yapılacak inceleme sırasında uygulanması gereken ve esasen adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkelerine ilişkindir.

114. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen iddialara ilişkin birçok başvuruda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin kapsam ve içeriğini belirlemiştir. Bu kapsamda;

- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başsavcısının görüşünün (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, §§ 32-37; *Kamil Koç*, B. No: 2012/660, 7/11/2013, §§ 42-48; *Ramazan Tosun*, B. No: 2012/998, 7/11/2013, §§ 34-42; *Muharrem Keserci*, B. No: 2012/575, 8/5/2014, §§ 43-55),

- Danıştay Başsavcılığı görüşünün (*Ahmet Teyit Keşli*, B. No: 2013/2237, 18/9/2014, §§ 55-65; *Abdulselam Tunç*, B. No: 2013/6986, 5/11/2014, §§ 56-66; *Zeki Güngör*, B. No: 2013/8491, 31/3/2016, §§ 46-57; *Fahri Gösteriş*, B. No: 2013/1297, 13/4/2016, §§ 27-37),

- Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tebliğnamesinin (*Gürhan Nerse*, B. No: 2013/5957, 30/12/2014, §§ 33-40; *Zekayi Çelebi*, B. No: 2014/5633, 18/5/2016, §§ 25-30; *Özgür Murat Engin*, B. No: 2014/7806, 21/9/2016, §§ 38-44),

- Yeniden yargılama talebine ilişkin inceleme sırasında Cumhuriyet savcısından alınan görüşün (*Laleş Çeliker*, B. No: 2013/8413, 21/9/2016, §§ 24-31) taraflara tebliğ edilmemesine ilişkin şikâyetlerin Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiği, somut başvuruda dile getirilen şikâyetlere benzer şekilde silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin başvurularda ilgili Anayasa kurallarının yorumlandığı anlaşılmaktadır.

115. Anılan başvurularda başvurucunun yargılama mercileri önündeki başarı şansını zedeleyen her türlü mütalaadan haberdar edilme hakkına sahip olduğu ve bu nitelikteki mütalaalara karşı başvuruculara yazılı görüş bildirme olanağının tanınmamasının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

116. Özellikle tutukluluk ve/veya tutukluluğa itiraz incelemeleri sırasında alınan savcılık görüşünün süpheli/sanık veya müdafiine bildirilmemiş olmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlaline sebebiyet verdiği birçok kararda ifade edilmiştir (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, §§ 76-80; *Ahmet Uğur Soylu*, B. No: 2012/1036, 15/10/2014, §§ 37-40; *Hikmet Yaygın*, §§ 39-42; *Bergin Karaboğa ve Yusuf Aldemir*, B. No: 2014/2626, 27/10/2016, §§ 63-66; *Erman Ergin*, B. No: 2014/2680, 27/10/2016, §§ 33-36).

117. Buna göre Anayasa Mahkemesinin sıklıkla uygulanmış açık bir içtihadının bulunduğu tutukluluk ve/veya tutukluluğa itiraz incelemeleri sırasında alınan Savcılık görüşünün süpheli/sanık veya müdafiine bildirilmemiş olması nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğine ilişkin başvurunun, genel bir soruna işaret etmediği gibi Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından da önem taşıdığının ortaya konulamadığı sonucuna varılmıştır.

(2) Kişisel ÖnemYönünden

118. Başvurucunun iddiasında dile getirdiği 15/5/2014 tarihli duruşmada verilen tutukluluğun devamı kararına yönelik itirazı inceleyen Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesine Cumhuriyet Savcısı tarafından bildirilen yazılı görüşün içeriği, yalnızca *"talebin (itirazın) reddedilmesi"* şeklindendir.

119. Anılan görüş yazısında, başvurucunun ayrıca cevap vermesini gerektiren daha önce ileri sürülmemiş herhangi yeni bir olgudan bahsedilmemiş hatta hiçbir olguya veya gerekçeye yer verilmemiştir. Öte yandan başvurucu; anılan görüş yazısında, cevap vermesini gerekli kılan ve daha önceden haberdar olmadığı yeni bir olgunun bulunduğunu ileri sürmediği gibi bu hususta herhangi bir açıklama da yapmamıştır. Son olarak itirazın reddine ilişkin Mahkeme kararında, hükmün Cumhuriyet Savcısı'nın görüşüne uygun olduğu belirtilmişse de Savcılık görüşünde yer alan herhangi bir olguya atıf yapılması veya bu görüşe dayanılması söz konusu değildir.

120. Tutukluluğa ilişkin itiraz incelemesi sırasında alınan Savcılık görüşünün kendisine bildirilmemesi nedeniyle ciddi anlamda zarar gördüğü, bu görüşün kendisi için ne denli önemli olduğu hususunda başvurucunun herhangi bir açıklamasının bulunmadığı da gözetildiğinde başvurunun bu kısmı açısından önemli bir zararın olmadığı kanaatine varılmıştır.

(3) Sonuç

121. Yukarıda açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanması açısından önem taşımadığı gibi başvurucunun da önemli bir zarara uğramadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi yakın zamanda verdiği bir kararda, hapis cezası ile sonuçlanan bir davanın temyiz incelemesi sırasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının "hükmün onanmasına" ilişkin tebliğnamesinin başvurucuya (sanığa) tebliğ edilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği iddiasını benzer gerekçelerle kabul edilemez bulmuştur (*İbrahim Kızılkaya*, B. No: 2014/2517, 5/4/2017, §§ 20-38).

122. Açıklanan gerekçelerle *anayasal ve kişisel önemden yoksun olması* nedeniyle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları

yönünden incelenmeksizin kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

A. 1.Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Tutukluluğun makul süreyi aşması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Midyat Ağır Ceza Mahkemesinin kararı bakımından tutukluluğa itiraz incelemesinde alınan savcılık görüşünün bildirilmemesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

5. Mardin 2. Ağır Ceza Mahkemesinin kararı bakımından tutukluluğa itiraz incelemesinde alınan Savcılık görüşünün bildirilmemesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *anayasal ve kişisel önemden yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 25/5/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

SABAH YILDIZI RADYO VE TELEVİZYON YAYIN İLETİŞİM REKLAM SANAYİ VE TİCARET ANONİM ŞİRKET BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/12727)

Karar Tarihi: 25/5/2017

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
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Yunus HEPER
Başvurucu	:	Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi
Vekili	:	Av. İsmail YEŞİLOVA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başvurucu şirketin bazı illerde yaptığı radyo yayınlarının durdurulmasının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/8/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

7. Birinci Bölüm tarafından 5/4/2017 tarihinde yapılan toplantıda, verilecek kararın Bölümlerin önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi (Radyo); Isparta, Kahramanmaraş, Antalya, Hatay, Mersin ve Adana il merkezleri ile Kaş, Kemer, Alanya ve İskenderun ilçelerinde 2006 yılından itibaren bölgesel karasal radyo yayın lisansı ile radyo yayını yapmaktadır.

10. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) 10/8/2011 tarihinde başvurucu Şirketin Isparta, Burdur ve Kahramanmaraş il merkezlerine yönelik yaptığı yayınları durdurması gerektiğini belirten bir idari işlem tesis etmiştir. RTÜK'e göre başvurucunun yayın lisansı söz konusu illerde yayın yapılmasını kapsamamaktadır.

11. Başvurucu Radyonun anılan idari işlemin hukuka aykırı olduğu iddiasıyla açtığı davada Ankara 14. İdare Mahkemesi 27/4/2012 tarihli

kararı ile idari işlemi hukuka uygun bulmuş ve davanın reddine karar vermiştir.İlk Derece Mahkemesine göre 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 uyarınca 13/4/1994 tarihli ve 3984 sayılı mülga Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un geçici 6. maddesi kapsamında yayında olan kuruluşların Üst Kurulca müsaade edilen yerleşim yerleri ile sınırlı olarak yayınlarına devam etmelerine imkân tanınmıştır. İlk Derece Mahkemesine göre başvurucunun Antalya, Hatay, Mersin ve Adana il merkezleri ile Antalya'nın Kaş, Kemer ve Alanya ilçeleri ve Hatay'ın İskenderun ilçesi haricinde kalan Isparta, Burdur ve Kahramanmaraş il merkezlerine yönelik radyo yayını yapması mümkün değildir.

12. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay Onüçüncü Dairesi 30/1/2014 tarihli ilamı ile İlk Derece Mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir. Başvurucunun karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 12/6/2014 tarihli ilamıyla reddedilmiştir. Karar, başvurucuya 16/7/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucu 6/8/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

14. 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."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

15. Mahkemenin 25/5/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

16. Başvurucu, 2006 yılından itibaren kesintisiz olarak Akdeniz Bölgesi'ne ilişkinbölgesel karasal radyo lisansı ile yayın yaptığını ve bu konuda RTÜK ile bir anlaşmazlık da bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucuya göre anlaşmazlık, yayın lisansının Isparta, Burdur ve Kahramanmaraş illerini kapsayıp kapsamadığına ilişkindir. Başvurucu, yayın lisansının bu üç ili de kapsadığını ve 2006 yılından yayınlarının durdurulduğu 2011 yılına kadar bu illerde yayın yapmaya devam ettiğini ifade etmiştir. Başvurucu, Akdeniz Bölgesi yayın lisansı sahibi olduğunu ve bahsi geçen Isparta, Burdur ve Kahramanmaraş illerinin de Akdeniz Bölgesi'ne dâhil olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu, söz konusu illerde yayın yapmasına müsaade edilmemesi nedeniyle Anayasa'nın *"Cumhuriyetin nitelikleri"* kenar başlıklı 2. maddesinin, *"Devletin temel amaç ve görevleri"* kenar başlıklı 5. maddesinin, *"Kanun önünde eşitlik"* kenar başlıklı 10. maddesinin, *"Haberleşme hürriyeti"* kenar başlıklı 22. maddesinin *"Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"* kenar başlıklı 26. maddesinin, *"Basın hürriyeti"* kenar başlıklı 28. maddesinin, *"Süreli ve süresiz yayın hakkı"* kenar başlıklı 29. maddesinin, *"Basın araçlarının korunması*" kenar başlıklı 30. maddesinin ve *"Mülkiyet hakkı"* kenar başlıklı 35. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesi talebinde bulunmuştur.

17. Bakanlık görüşünde, görsel ve işitsel iletişim özgürlüğünün basın özgürlüğünün bir alt dalı olduğu hatırlatılmış ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarından bazı örnekler verilmiştir. Bakanlık görüşünde, yayın izninin sınırlandırılmasının farklı meşru nedenlerinin bulunduğu belirtilmiş; teknik nedenlerle yapılan sınırlandırmalar ile diğer nedenlere dayanılarak yapılan sınırlandırmaların haklı gösterilip gösterilmediğinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

18. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı, başvuru dilekçesindeki beyanlarını tekrar etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Genel İlkeler

19. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı,

48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 59. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı 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. Zikredilen kurallara göre 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 edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20; *Ünal Yiğit*, B. No: 2013/1075, 30/6/2014, §§ 18, 19).

20. Yukarıda belirtilen koşullar yerine getirilmediği takdirde Anayasa Mahkemesi, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulabilir. İddiaların dayanaktan yoksun olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesinin ikna edilmesi, başvurucu tarafından ortaya konulan somut bilgi ve belgelerin niteliğine bağlıdır. Başvurucunun başlangıçta, başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesini önlemek için başvuru formu ve eklerinde iddialarını destekleyici belgeleri sunması ve gerekli açıklamaları yapması zorunludur (*Veli Özdemir*, § 23; *Ünal Yiğit*, § 22).

21. Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda, başvurucuların başvurularını titizlikle hazırlama ve takip etme yükümlülükleri vardır. Mahkeme, başvurucunun soyut şekilde birtakım Anayasa hükümlerine atıfta bulunmasının iddiaların ispatlandığı anlamına gelmeyeceğini birçok kez vurgulamıştır. Bundan başka Anayasa Mahkemesi; başvurucunun başvuru formunu özenle doldurmak, ihlal iddiasının dayanağı olan tüm olayları göstermek, başvuruyu aydınlatacak ve hükmün esasını etkileyecek argümanları destekleyici tüm belgeleri başvuru dilekçesine eklemek yükümlülüğü olduğunu ve bir bilgi veya belge elde edilememişse bunun da nedenlerini açıklamak yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir (Şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasının kanıtlanamadığına ilişkin bir karar için bkz. *Ünal Yiğit*, §§ 25, 26; özgürlük ve güvenlik hakkı ile

adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarının kanıtlanamadığına ilişkin bir karar için bkz. *Veli Özdemir*, § 26; hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasının kanıtlanamadığına ilişkin bir kararlar için bkz. *Tevfik Tunç*, B. No: 2014/11204, 8/12/2016, §§ 52-53; *Hüseyin Çiftçi*, B. No: 2014/3439, 28/9/2016, §§ 43-53; haberleşmenin gizliliğinin ihlal edildiği ve ayrımcılık iddialarının kanıtlanamadığına ilişkin bir karar için bkz. *Sadullah Remzi Karagöz,* B. No: 2014/8870, 8/6/2016, §§ 39-47; yasak sorgu yöntemlerine başvurulduğu iddiasının kanıtlanamadığına ilişkin bir karar için bkz. *Feyzullah Erarslan*, B. No: 2014/7226 , 4/11/2014, §§ 36-39; özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiği iddialarının kanıtlanamadığına ilişkin kararlar için bkz. *Nevzat Albayrak ve diğerleri*, B. No: 2013/9822, 22/6/2015, §§ 43-51; *Zeki Rüzgar*, B. No: 2013/6084, 6/4/2016, §§ 29-33; kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasının kanıtlanamadığına ilişkin bir karar için bkz. *N.A.*, B. No: 2013/5076, 6/4/2016, §§ 16-23; mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının kanıtlanamadığına ilişkin bir karar için bkz. *Nurettin Albayrak ve diğerleri*, B. No: 2013/4809, 22/1/2015, §§ 39-46; yargılamada kullanılan delillerin yargılamanın adilliğini etkilediği iddiasının kanıtlanamadığına ilişkin bir karar için bkz. *Hamdullah Demirtaş*, B. No: 2013/3552, 15/12/2015, §§ 27-30; adil yargılanma ve etkili başvuru yolu hakkının ihlal edildiği iddiasının kanıtlanamadığına ilişkin bir karar için bkz. *Murat Karayel (2)*, B. No: 2013/2125, 16/9/2015, §§ 23-28)

2. İlkelerin Olaya Uygulanması

22. Mevcut başvuruda RTÜK ile başvurucu arasındaki temel anlaşmazlık, başvurucunun sahibi olduğu bölgesel karasal yayın lisansının Isparta, Burdur ve Kahramanmaraş illerini kapsayıp kapsamadığına ilişkindir. Yayın izni verilmesi veya bu talebin reddedilmesine dair kamu makamlarınca alınan kararlar kitlesel medyanın ifade ve basın özgürlükleri ile ilişkilidir.

23. Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde ifade özgürlüğünün radyo yayınlarının izin sistemine bağlanmasına engel olmadığı açıkça ifade edilmiştir. Buna karşın mevcut izin sisteminde izinsiz yayın yapan kuruluşlar da dâhil olmak üzere alınan önlemler Anayasa'nın 26. maddesinde korunan ifade özgürlüğü ve Anayasa'nın 28. maddesinde korunan basın özgürlüğüçerçevesinde geliştirilen standartlar çerçevesinde incelenmelidir.

24. Başvurucu, yalnızca ve soyut olarak karasal yayın lisansının kapsamının hatalı olarak belirlendiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesinin görevi, mevcut başvurudaki gibi bir yayın lisansının kapsamını belirlemek değildir. Başvurucu, bazı teknik nedenlerle getirildiği anlaşılan sınırlandırmanın Anayasa'nın 26. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasındaki koşullara aykırı biçimde ve ifade özgürlüğünü ihlal edecek tarzda uygulandığını gösterebilmiş değildir.

25. Başvurucu, ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma ve bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş; dolayısıyla ileri sürdüğü iddiaları temellendirememiştir.

26. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 25/5/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

NURULLAH EFE VE HALKIN KURTULUŞU PARTİSİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/20127)

Karar Tarihi: 7/6/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Nuri NECİPOĞLU
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör Yrd.	:	Ceren Sedef EREN
Başvurucular	:	1. Nurullah EFE
		2. Halkın Kurtuluş Partisi
Vekili	:	Av. Doğan ERKAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, 16/4/2017 tarihlihalkoylaması devam ederken Yüksek Seçim Kurulu tarafından sandık kurulu mührü taşımayan oy pusulası ve zarfların geçerli sayılmasına dair karar nedeniyle seçme hakkı ve bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/4/2017 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4.Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III.OLAY VE OLGULAR

5. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'la gerçekleştirilen anayasa değişikliğine ilişkin halkoylaması 16/4/2017 tarihinde yapılmıştır.

6. Halkoylaması devam ederken Yüksek Seçim Kurulu tarafından, bazı sandık kurullarının seçmene oy pusulası ve zarflarını sandık kurulu mührüyle mühürlemeden verdikleri yolundaki şikâyetler üzerine sandık kurulu mührü taşımayan oy pusulası ve zarfların dışarıdan getirilerek kullanıldığı kanıtlanmadıkça geçerli sayılmasına karar verildiği duyurulmuştur.

7. Yüksek Seçim Kurulu tarafından gönderildiğine dair şüphe bulunmayan hâllerde sandık kurullarının hata veya ihmali sonucu mühürlenmeyen oy zarfı ve pusulası ile kullandırılan oyların geçerli kabul edilmesi gerektiğine dair 16/4/2017 tarihli ve 2017/560 sayılı gerekçeli karar ise 18/4/2017 tarihinde Yüksek Seçim Kurulu İnternet sitesinde yayımlanmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

8. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün "*Serbest seçim hakkı*" kenar başlıklı 3. maddesi şu şekildedir:

> *"Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler."*

9. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesine ilişkin uygulamasında, yalnızca yasama yetkisi kullanan organların seçiminde serbest seçim hakkının güvence altına alındığını kabul etmiştir. *Matthews/Birleşik Krallık* (B. No: 24833/94, 18/2/1999, §§ 45-54) kararında Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında yaptığı kabul edilebilirlik incelemesinde AİHM, öncelikle Avrupa Parlamentosunun yasama organı niteliğini tartışmış ve sahip olduğu yetkilerin özü itibarıyla yasama etkisi doğurduğundan bahisle Avrupa Parlamentosu seçimlerinin serbest seçim hakkı kapsamında incelenebileceğine karar vermiştir. Yine *Vito Sante Santoro/İtalya* (B. No: 36681/97, 1/10/2004, §§ 50-53) kararında, bölgesel konseylerin niteliği itibarıyla yasama yetkisi kullandığı gerekçesiyle bölgesel konsey seçimlerinde serbest seçim hakkının öngördüğü garantilerin sağlanması gerektiğine hükmetmiştir. *Rasul Guliyev/Azerbaycan* (B. No: 35584/02, 27/5/2004, § 5) kararında ise AİHM, Azerbaycan Anayasası'nın devlet başkanına kanunları onaylama veya veto etme yanında başkanlık kararnameleri ve emirnameleri çıkarma yetkisi verdiğini ancak bu yetkinin

yasama yetkisinden farklı olduğunu vurgulamak suretiyle devlet başkanı seçimlerinin ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde yer alan "*yasama organının seçimi*" kapsamında kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

10. *X/Birleşik Krallık* (B. No: 7096/75 [Komisyon kararı], 3/10/1975,Kararlar ve Raporlar, s. 165, § 2) kararında Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon), serbest seçim hakkının öngördüğü garantilerin yasama yetkisi kullanan organların seçimiyle sınırlı olduğunu vurgulamış ve Birleşik Krallık'ın Avrupa Ekonomik Topluluğuna üye olmasına ilişkin halkoylamasının yasama organı seçimiyle ilgili olmadığı gerekçesiyle serbest seçim hakkı kapsamında incelenemeyeceğini kabul etmiştir. Komisyon, *Bader/Avusturya*(B. No: 26633/95 [Komisyon kararı], 15/5/1996, § 4) kararında da aynı gerekçeyle Avusturya'nın Avrupa Birliği'ne üyeliğine dair anayasal değişiklik için yapılan halkoylamasının serbest seçim hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve taraf devletlerin söz konusu hak bağlamındaki yükümlülüklerinin halkoylamalarını da içerecek şekilde genişletilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Aynı şekilde AİHM de *McLean ve Cole/Birleşik Krallık* (B. No:12626/13 ve 2522/12, 11/6/2013, §§ 31-33) kararında halkoylamalarının serbest seçim hakkı kapsamında incelenemeyeceğine ilişkin yerleşik içtihadından ayrılmasını gerektiren bir durum bulunmadığından bahisle milletvekillerinin seçilme şekillerini değiştiren alternatif oy sistemine ilişkin halkoylamasında serbest seçim hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti "konu bakımından yetkisizlik" *(ratione materiae)* nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

11. Mahkemenin 7/6/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

12. Başvurucular, Yüksek Seçim Kurulu tarafından mühürsüz oy pusulası ve zarflarına ilişkin olarak alınan kararın Kanun'a, hukuk güvenliği ve hukuki belirginlik ilkelerine açıkça aykırı olduğunu; bu sebeple Anayasa'nın 67. maddesinde öngörülen seçme hakkı ve bağlantılı olarak etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

13. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şu şekildedir:

"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. 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 Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin 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 (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

15. Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasına göre "*Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir.*" Ancak anayasal bir hak olarak düzenlenen halkoylamasına katılma hakkının bireysel başvuruya konu olabilmesi için aynı zamanda Sözleşme veya Türkiye'nin taraf olduğu ek Protokoller tarafından da korunması gerekir.

16. AİHM, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde yer alan "*yasama organı*" kavramını ulusal parlamentolar ile sınırlı tutmamakta, sahip olduğu yetkilerin niteliğini değerlendirerek özü itibarıyla yasama yetkisi kullandığına karar verdiği ulusal ya da uluslararası organların seçimini de serbest seçim hakkı kapsamında görmektedir (bkz.§ 9). Bununla birlikte anılan maddede düzenlenmiş olan serbest seçim hakkının sunduğu güvenceler, özü itibarıyla yasama yetkisi kullanan organların seçimleriyle sınırlı oluphalkoylamaları Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamında değildir (bkz. § 10). Bu bağlamda Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesi kapsamı dışında kalan başvuru konusu halkoylamasında serbest seçim hakkının ihlal edildiği iddiasının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan birhakka ilişkin olmadığı görülmektedir.

17. Öte yandan Yüksek Seçim Kurulu kararları, Anayasa'nın 79. maddesinin ikinci fıkrası gereği yargı denetimi dışında bırakıldığından Anayasa'nın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlerin bireysel başvuru konusu olamayacağına dair 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa

Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca da başvurucunun iddialarının bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün değildir (*Atila Sertel* [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, §§ 37- 40).

18.Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle,

A. Başvurunun *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 7/6/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLEkarar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

REMZİYE DUMAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/25923)

Karar Tarihi: 20/7/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Celal Mümtaz AKINCI
		Recai AKYEL
Raportör	:	Akif YILDIRIM
Başvurucu	:	Remziye DUMAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kamu görevinden (öğretmenlik mesleğinden) çıkarılmaya karar verilmesi ve bu kararın doğurduğu hukuki sonuçlar nedeniyle Anayasa'da düzenlenen bir kısım ilke ve hakkın ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 29/12/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

6. 15 Temmuz 2016 gecesi Türk Silahlı Kuvvetleri içinde örgütlenmiş bir grup tarafından darbe girişiminde bulunulmuştur.

7. Bu kapsamda devletin yetkili organları tarafından tehdit değerlendirmesi yapılarak başta Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet

Yapılanması (FETÖ/PDY) olmak üzere demokratik anayasal düzene, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine, millî güvenliğe yönelik tehdit oluşturan tüm terör örgütlerine ve illegal yapılanmalara karşı tedbirler alınması kararlaştırılmıştır.

8. Anılan tedbirler kapsamında olağanüstü hâl ilan edilmiş ve birçok olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamesi çıkarılmıştır.

9. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca 15/8/2016 tarihinde kararlaştırılan 672 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname (KHK) 1/9/2016 tarihli ve 29818 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan KHK ile ülke genelinde ilan edilen olağanüstü hâl kapsamında, kamu personeline ilişkin bazı tedbirlerin alınması amaçlanmıştır.

10. 672 sayılı KHK'nın 2. maddesinde; terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna Millî Güvenlik Kurulunca (MGK) karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ve anılan KHK'ya ekli listelerde yer alan kişilerin başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarıldığı belirtilmiştir.

11. Başvurucu, sosyal bilgiler öğretmeni iken 672 sayılı KHK ile kamu görevinden çıkarılmıştır.

12. Başvurucu 28/9/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

13. Bireysel başvuru yapılması sonrasında Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunca 2/1/2017 tarihinde kararlaştırılan 685 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 23/1/2017 tarihli ve 29957 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

14. 685 sayılı KHK'nın 1. maddesiyle olağanüstü hâl kapsamında tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (Komisyon) kurulmuştur. Anılan KHK'nın 2. maddesinde, Komisyonun olağanüstü hâl kapsamında doğrudan kanun hükmünde kararnameler ile *"kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişiğin*

*kesilmesi"*ne ilişkin olarak tesis edilen işlemler hakkındaki başvuruları değerlendirip karar vereceği belirtilmiştir.

15. Başbakanlık tarafından yapılan duyuruda Komisyona başvuruların 17/7/2017 tarihinde başlayacağı ilan edilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. 672 sayılı KHK'nın *"Kamu personeline ilişkin tedbirler"* kenar başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan;*
>
> *a) Ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden,*
>
> *....*
>
> *başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir."*

17. 685 sayılı KHK'nın *"Komisyonun oluşumu"* kenar başlıklı 1. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

> *" (1) Anayasanın 120 nci maddesi kapsamında ilan edilen ve 21/7/2016 tarihli ve 1116 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararıyla onaylanan olağanüstü hal kapsamında, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan kanun hükmünde kararname hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur.*
>
> *(2) Komisyon, yedi üyeden oluşur. Üyelerin üçü kamu görevlileri arasından Başbakan tarafından, bir üye Adalet Bakanlığının merkez teşkilatı ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında çalışan hâkim ve savcılar arasından Adalet Bakanınca, bir üye mülki idare amirleri sınıfına mensup personel arasından İçişleri Bakanınca, birer üye Yargıtayda ve Danıştayda görev yapan tetkik hâkimleri arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından*

belirlenir. Komisyon, kendi üyeleri arasından yapacağı seçimle bir başkan ve bir başkanvekili seçer."

18. 685 sayılı KHK'nın *"Komisyonun görevleri"* kenar başlıklı 2. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Komisyon, olağanüstü hal kapsamında doğrudan kanun hükmünde kararnameler ile tesis edilen aşağıdaki işlemler hakkındaki başvuruları değerlendirip karar verir.

a) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişiğin kesilmesi.

...

(2) Olağanüstü hal kapsamında yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerle gerçek veya tüzel kişilerin hukuki statülerine ilişkin olarak doğrudan düzenlenen ve birinci fıkra kapsamına girmeyen işlemler de Komisyonun görev alanındadır."

19. 685 sayılı KHK'nın *"Komisyonun görev süresi"* kenar başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Komisyon, bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl süreyle görev yapar. Bakanlar Kurulu, gerek görmesi halinde bu süreyi bitiminden itibaren birer yıllık sürelerle uzatabilir. "

20. 685 sayılı KHK'nın *"Üyelerin güvenceleri ve hakları"* kenar başlıklı 4. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Üyelerin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez. Ancak üyenin;

a) Komisyon tarafından kabul edilebilir mazereti olmaksızın bir takvim yılı içinde toplam beş Komisyon toplantısına katılmaması,

b) Ağır hastalık veya engellilik nedeniyle iş göremeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi,

c) Görevi ile ilgili olarak işlediği suçlardan dolayı hakkında verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmesi,

ç) Geçici iş göremezlik halinin üç aydan fazla sürmesi,

d) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302 nci, 309 uncu, 310 uncu, 311 inci, 312 nci, 313 üncü, 314 üncü ve 315 inci maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılması,

e) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle hakkında Başbakanlıkça idari soruşturma başlatılması veya soruşturma izni verilmesi,

hallerinin tespit edilmesi üzerine Komisyon tarafından üyeliğine son verilir. Ölüm, istifa veya herhangi bir diğer nedenle boşalan üyelikler için en geç iki ay içinde 1 inci maddenin ikinci fıkrasındaki usule göre yeni üyeler belirlenir.

(2) (Ek cümle: 17/4/2017-KHK-690/52 md.) Üyeler, Komisyondaki görevleri süresince kurumlarından aylıklı izinli sayılır. Üyeler, mali ve sosyal haklarını kurumlarından almaya devam ederler. Üyelere, kurumlarınca mali haklar kapsamında bir ayda yapılan toplam ödeme tutarı ile (142.000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunan tutar arasındaki fark, damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın ve görev yaptıkları süreyle orantılı olmak üzere Başbakanlıkça ayrıca her ay ilave ücret olarak ödenir. "

21. 685 sayılı KHK'nın *"Bilgi ve belge talep etme yetkisi"* kenar başlıklı 5. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Komisyon, görev alanı ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi ilgililerden talep edebilir.

(2) Soruşturmanın gizliliğine ve Devlet sırlarına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla kamu kurum ve kuruluşları ile yargı mercileri, Komisyonun görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu her türlü bilgi ve belgeyi gecikmeksizin Komisyona göndermek veya yerinde incelenmesine imkân sağlamak zorundadır."

22. 685 sayılı KHK'nın *"Başvurularda usul ve süre"* kenar başlıklı 7. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Komisyona başvurular valilikler aracılığıyla yapılır. Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılanlar ya da ilişiği kesilenler, en son görev yaptıkları kuruma da başvurabilir. Başvuru tarihi, valiliklere veya ilgili kurumlara başvurunun yapıldığı tarih olarak kabul edilir. Valilikler ve ilgili kurumlar kendilerine yapılan başvuruları gecikmeksizin Komisyona iletir. Mükerrer başvurular işleme alınmaz.

....

(3) Komisyonun başvuru almaya başladığı tarihten önce yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerle ilgili olarak başvuru alma tarihinden itibaren altmış gün içinde; bu tarihten sonra yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerle ilgili olarak ise Resmi Gazetede yayımlanma tarihinden itibaren altmış gün içinde yapılmayan başvurular işleme alınmaz."

23. 685 sayılı KHK'nın *"İnceleme ve karar"* kenar başlıklı 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Komisyon incelemelerini dosya üzerinden yapar. Komisyon, inceleme sonucunda başvurunun reddine veya kabulüne karar verebilir."

24. 685 sayılı KHK'nın *"Kararların uygulanması"* kenar başlıklı 10. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılan ya da ilişiği kesilenlere ilişkin başvurunun kabulü halinde karar Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Bu şekilde bildirilen personelin atama teklifleri; statüleri, unvanları ve yürüttükleri görevler itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar hariç olmak üzere daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve unvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara Devlet Personel Başkanlığı tarafından ikamet ettikleri il dikkate alınarak onbeş gün içinde yapılır. Bu fıkra kapsamında kamu görevine iade edilmesine karar verilenlerden, yöneticilik görevinde bulunmakta iken kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında, yöneticilik görevinden önce bulundukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınır. Bu kapsamda yer alan personele ilişkin kadro ve pozisyonlar; atama teklifi gerçekleştirilen kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgililere ilişkin atama onaylarının alındığı tarih itibarıyla diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek kalmaksızın ihdas, tahsis ve vize edilmiş sayılır. İhdas, tahsis ve vize

edilmiş sayılan kadro ve pozisyonlar 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ekli cetvellerin ilgili bölümüne eklenmiş sayılır.

(2) Kapatılan kurum ve kuruluşlara ilişkin başvurunun kabulü halinde ilgili kanun hükmünde kararname hükümleri, söz konusu kurum ve kuruluş bakımından tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte söz konusu kanun hükmünde kararnamenin yayımı tarihinden geçerli olmak üzere ortadan kalkmış sayılır. Buna ilişkin işlemler ilgisine göre İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı veya Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yerine getirilir."

(3) (Ek: 17/4/2017-KHK-690/53 md.) Komisyonun karara bağladığı dosyaya ilişkin olarak Komisyonda bulunan tüm evrak, birinci fıkra kapsamına giren dosyalarda ilgilinin son görev yaptığı kurum veya kuruluşa ... devredilir."

25. 685 sayılı KHK'nın *"Yargı denetimi"* kenar başlıklı 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

" (1) Komisyon kararlarına karşı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde ilgilinin en son görev yaptığı kurum veya kuruluş aleyhine iptal davası açılabilir... "

V. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 20/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

27. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurucunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Kabul Edilebilirlik Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları

28. Başvurucu, KHK ile kamu görevinden çıkarılmasına karar verildiği için bu işleme karşı gidilebilecek bir yargı yolu bulunmaması nedeniyle mahkemeye erişim hakkının; savunması alınmadan terör örgütleri ile

iltisak ve irtibatının görülmesi nedeniyle masumiyet karinesinin; yargılama yapılamadan terör örgütleriyle ilişkisi bulunduğu değerlendirilerek kamu görevinden çıkarılması nedeniyle adil yargılanma hakkının diğer tüm güvencelerinin; sosyal çevre bilgisinin, mesleki hayatının ve geçmişte yasal alanda kalan ilişkilerinin aleyhinde delil olarak kullanılması, fişlemelerle elde edilen delillere dayanılması, yargı kararı olmaksızın örgüt üyesi ilan edilip KHK ile isminin ifşa edilmesi, bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyecek olmasının çocuklarının da hayatını etkileyecek olması ve bu işlemin birçok hukuki sonuç doğurmasının adeta sivil ölümüne sebebiyet vermesi nedenleriyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının, bu kapsamda şeref ve itibarının korunması hakkının ve ayrımcılık yasağının; kamu görevinde çalışarak gelir elde etme ve emeklilik hakkının elinden alınması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş; ihlallerin ortadan kaldırılması ve tazminat taleplerinde bulunmuştur.

29. Başvurucu; ayrıca hangi gerekçelerle kamu görevinden çıkarıldığının belirtilmemesine karşın yetkililerin iddia ettikleri ve medyada da yer alan nedenlerin bulunduğu varsayılsa bile bu durumda da örgütlenme özgürlüğünün, ifade hürriyetinin, özel hayata saygı hakkının, mülkiyet hakkının ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

30. 685 sayılı KHK'nın geçici 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre Komisyonun görev alanına giren konularda daha önce herhangi bir yargı merciine başvurmuş veya dava açmış olanlar hakkında yargı mercilerince karar verilmesine yer olmadığına dair karar verilir ve dosyalar yeni bir başvuru şartı aranmaksızın incelenmek üzere Komisyona gönderilir. Ancak anılan düzenlemenin olağan kanun yollarına ilişkin olduğu açıktır. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu ise olağan nitelikte bir kanun yolu değildir. Açıklanan nedenle Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular 685 sayılı KHK'nın geçici 1. maddesinin (3) numaralı fıkrası kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla somut bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri bakımından değerlendirilmesi gerekir.

31. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

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

32. 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."

33. 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 edildiğine ilişkin iddiaların 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).

34. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca başvurucunun şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması, aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, § 17).

35. Başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği, ilke olarak Anayasa Mahkemesine başvurunun yapıldığı tarihteki duruma bakılarak değerlendirilir. Ancak Anayasa Mahkemesi bazı durumlarda bireysel başvuru yapıldıktan sonra oluşturulan yeni başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine de karar verebilir. Özellikle belli bir konudaki yapısal ve sistemik sorunlara çözüm bulmak amacıyla sonradan oluşturulmuş bir yol söz konusu ise ikincillik ilkesi,o konudaki temel hak ve özgürlüklerin ihlali

iddialarının -bu yol vasıtasıyla- öncelikle idari ve yargısal makamlarca değerlendirilmesine imkân tanınmasını gerekli kılabilir.

36. Her hâlükârda bir başvuru yolunun tüketilmesinin gerekli olması için ulaşılabilir olması, ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesine sahip olması gerekir. Belli bir başvuru yolunun soyut olarak belirtilen niteliklere sahip olması yeterli değildir. Bu yolun uygulamada da anılan niteliklere sahip olması ya da en azından sahip olmadığının kanıtlanmamış olması gerekir. Bununla birlikte soyut olarak makul bir başarı sunma kapasitesi bulunan bir yolun uygulamada başarıya ulaşmayacağına dair süphe, o başvuru yolunun tüketilmemesini haklı kılmaz. Özellikle sonradan oluşturulan ve henüz uygulaması olmayan bir başvuru yolunun bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

37. Dolayısıyla bireysel başvuru yapıldıktan sonra yeni bir başvuru yolunun oluşturulması hâlinde Anayasa Mahkemesinin görevi, söz konusu başvuru yolunundüzenleniş şekli itibarıyla ulaşılabilir olup olmadığını, ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesine sahip olup olmadığını değerlendirmektir.

38. 685 sayılı KHK'nın 1. maddesiyle Anayasa'nın 120. maddesi kapsamında ilan edilen ve 21/7/2016 tarihli TBMM kararıyla onaylanan olağanüstü hâl kapsamında, terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna MGK'ca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan KHK hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur. Sonradan oluşturulan bu başvuru yolunun ulaşılabilirlik açısından ve başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi yönünden ayrı ayrı ve sırayla incelenmesi gerekir.

a. Ulaşılabilir Olma

39. Komisyona başvurular valilikler aracılığıyla yapılabilir. Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılanlar ya da ilişiği kesilenler en son görev yaptıkları kuruma da başvurabilir (bkz. § 22). Komisyona başvurulması için başvuranlardan masraf talep edilmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Diğer yandan 685 sayılı KHK,

makul bir süre içinde Komisyona başvurma imkânı da tanımaktadır. Daha önce yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnameler yönünden de başvuru süresine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir (bkz. § 22). Dolayısıyla kişileri mali külfet altına sokmaması ve kişilere makul bir süre içinde valilikler ve kurumlar vasıtasıyla başvuru imkânı tanıyarak başvuruda kolaylık sağlaması da dikkate alındığında sonradan oluşturulan bu başvuru yolunun ulaşılabilir olmadığı bu aşamada söylenemez.

b. Başarı Şansı Sunma Kapasitesine Sahip Olma

40. Komisyon, başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan kanun hükmünde kararname hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere kurulmuştur. Olağanüstü hâl kapsamında doğrudan KHK'lar ile tesis edilen kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişiğin kesilmesi; öğrencilikle ilişiğin kesilmesi; dernekler, vakıflar, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, özel sağlık kuruluşları, özel öğretim kurumları, vakıf yükseköğretim kurumları, özel radyo ve televizyon kuruluşları, gazete ve dergiler, haber ajansları, yayınevleri ve dağıtım kanallarının kapatılması; emekli personelin rütbelerinin alınması işlemleri hakkındaki başvuruları Komisyon değerlendirip karara bağlayacaktır. Ayrıca olağanüstü hâl kapsamında yürürlüğe konulan KHK'lar ile gerçek veya tüzel kişilerin hukuki statülerine ilişkin olarak doğrudan düzenlenen diğer işlemlerle ilgili de Komisyona talepte bulunma hakkı verilmiştir(bkz. §§ 17, 18). Dolayısıyla Komisyonun başvuru konusu işlemi inceleme hususunda yetkili olduğu anlaşılmaktadır.

41. Komisyon, incelemelerini dosya üzerinden yapacak ve inceleme sonunda başvurunun reddine veya kabulüne karar verecektir. Komisyon, görev alanı ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi ilgililerden talep edebilir. Soruşturmanın gizliliğine ve devlet sırlarına ilişkin ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla kamu kurum ve kuruluşları ile yargı mercileri, Komisyonun görevi kapsamında ihtiyaç duyduğu her türlü bilgi ve belgeyi gecikmeksizin Komisyona göndermek veya yerinde incelenmesine imkân sağlamak zorundadır. Başvurucuların Komisyona bilgi/belge sunmasına da bir engel bulunmamaktadır.

42. Komisyonun yapısı önceden KHK ile belirlenmiştir. Komisyon yedi üyeden oluşmakta olup üyelerin üçü yargı mensubu kişiler arasından

seçilir. Komisyon üyeleri atanma, görevlerinin sona ermesi ve çalışma şartları bakımından bazı güvencelerle donatılmıştır (bkz. § 20). Buna göre üyelerin süreleri dolmadan herhangi bir nedenle görevlerine son verilemez. Ayrıca üyeliğin sona ermesini gerektirecek bir durum söz konusu olduğunda buna Komisyon tarafından karar verilir. Üyeler, mali ve sosyal haklarını kurumlarından almaya devam eder. Komisyon, 685 sayılı KHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki yıl süreyle görev yapar ve Bakanlar Kurulunun gerek görmesi hâlinde bu sürenin bitiminden itibaren Komisyonun görev süresi birer yıllık sürelerle uzatılabilir.

43. Komisyon kararlarına karşı yargı yolu açıktır. Başvurucular, Komisyon kararlarına karşı idare mahkemelerinde dava açarak yargı yoluyla da hakkını arayabilir. Komisyon kararları yargı denetimine açık olduğundan anılan kararlara karşı yargı yoluna başvurulduğunda Anayasa'nın 36. maddesi gereği başvuruculara adil yargılanma hakkının tüm güvencelerinin sağlanması gerekir. Bu bağlamda yargılamanın bağımsız ve tarafsız bir mahkemece, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırı olmayacak şekilde hakkaniyete uygun yürütülmesi ve makul sürede sonuçlandırılması anayasal zorunluluktur. Yargılamanın adil yargılanma hakkı kapsamındaki usul güvencelerine uygun yürütülmesi gerektiğinden ve aksine bir düzenleme de bulunmadığından yargılamada potansiyel olarak başvurucuların dosyaya erişmelerine, davaya etkili şekilde katılmalarına, delillerini sunma ve inceletme fırsatına sahip olmalarına engel bir durum bulunmamaktadır.

44. Komisyonun başvuru konusu işlemi incelemeye, başvuruyu kabul ederek icra edilebilir bir karar verebilmeye, bilgi/belgelere ulaşma ve incelemeye yetkili olması, başvurucuların Komisyona bilgi ve belge sunmalarına engel bir durumun bulunmaması, Komisyonun yapısının KHK ile önceden belirlenmiş ve üyelerinin bazı güvencelere sahip olması, özellikle Komisyon kararlarına karşı yargı yolunun açık olması, bu kapsamda adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin yargılama sırasında sağlanmasının Anayasa'nın 36. maddesi gereği zorunluluk arz etmesi ve KHK ile bu konuda sınırlama getirilmemiş olması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde söz konusu başvuru yolunun düzenleniş şekli itibarıyla başvurucunun ihlal iddiaları yönünden makul bir başarı şansı sunma kapasitesine sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

c. Yeterli Giderim Sağlama Kapasitesine Sahip Olma

45. Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarılan ya da ilişiği kesilenlere ilişkin başvurunun kabulü hâlinde karar, Devlet Personel Başkanlığına bildirilecektir. Bu şekilde Devlet Personel Başkanlığına bildirilen personelin atamalarının; statüleri, unvanları ve yürüttükleri görevler itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar hariç olmak üzere daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve unvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara -ikamet ettikleri il dikkate alınarak- on beş gün içinde yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Kamu görevine iade edilmesine karar verilenlerden yöneticilik görevinde bulunmakta iken kamu görevinden çıkarılmış olanların atamalarında, yöneticilik görevinden önce bulundukları kadro ve pozisyon unvanları dikkate alınacaktır. Bu kapsamda yer alan personele ilişkin kadro ve pozisyonlar; atama teklifi gerçekleştirilen kamu kurum ve kuruluşları tarafından ilgililere ilişkin atama onaylarının alındığı tarih itibarıyla diğer kanunlardaki hükümlere bakılmaksızın ve başka bir işleme gerek kalmaksızın ihdas, tahsis ve vize edilmiş sayılacaktır (bkz. § 24).

46. Bu şekilde göreve iade edilen kişilere, kamu görevinden çıkarıldıkları tarihten göreve başladıkları tarihe kadar geçen süreye tekabül eden mali ve sosyal haklarının ödenmeyeceğine ilişkin birdüzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada da daha önce göreve iade edilenler yönünden iadenin yöntemine ve sonuçlarına dair KHK'lar ile hükümler ihdas edilmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca kamu görevine iade edilen kişiler bakımından görevden çıkarmaya ilişkin kanun hükmünde kararname hükümleri tüm hüküm ve sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılarak bu kapsamda göreve başlayanlara geçen süreye tekabül eden mali ve sosyal hakları ödenmektedir.

47. Sonuç olarak söz konusu başvuru yolunun kamu görevine dönüşe imkân tanıması, buna ilişkin kararların icra yöntemini belirlemesi, anılan kararların icrasının hızlı şekilde gerçekleşmesine ilişkin hükümler içermesi ve göreve iade hâlinde mali kayıpların telafi edilebilmesine imkân tanıması nedenleriyle potansiyel olarak yeterli giderim sağlama kapasitesine de sahip olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

48. Başvurucunun ihlal iddiaları dikkate alındığında ilk bakışta ulaşılabilir ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli

giderim sağlama kapasitesi olduğu görünen (Komisyona) başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincil niteliği" ile bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır.

49. Açıklanan nedenlerle başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. Başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. Başvurucunun, 685 sayılı KHK'nın 7. maddesinde belirtilen usul ve sürede Komisyona başvurmasında serbestiyetine,

D. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA 20/7/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MEHMET ŞENTÜRK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/13478)

Karar Tarihi: 25/7/2017

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
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Özgür DUMAN
Başvurucu	:	Mehmet ŞENTÜRK
Vekili	:	Av. Güler ÇETİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru 15/5/1959 tarihli ve 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun kapsamında kabul edilen hak sahipliğinin iptali nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/8/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

7. Anayasa Mahkemesi aynı konu ile ilgili olarak daha önce *Müslim Şentürk* (B. No: 2014/4930, 21/6/2017) başvurusunda adil yargılanma hakkının ihlaline karar vermiştir. Birinci Bölüm tarafından 19/7/2017 tarihinde yapılan toplantıda, verilecek kararın İkinci Bölümün yukarıda belirtilen söz konusu kararıyla çelişebileceği muhtemel olduğundan başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 1971 doğumlu olup Kocaeli'nde ikamet etmektedir. Başvurucu, Kocaeli ili Gölcük ilçesi İhsaniye beldesi Denizevler Mahallesi Yılmaz Caddesi No: 1 adresinde bulunan 3466 parsel sayılı taşınmazın 203/340 payının malikidir. Diğer paydaş M.Ş.nin ise bu taşınmazda 137/340 payı bulunmaktadır. Taşınmaz 340,37 m² yüzölçümlü olup taşınmazın tapu kaydındaki vasfı ise "tarla"dır.

10.Anılan taşınmaz üzerinde iki iş yeri ve dört konut inşa edilmek üzere 27/6/1994 tarihinde yapı ruhsatı alınmıştır. Ancak inşa edilen binaya ilişkin yapı kullanma izni (iskân ruhsatı) alınmamıştır. Başvurucu tarafından başvuru formu ekinde ibraz edilen 20/5/1999 tarihli "Mahallede Oturma Aile Beyan Fişi" başlıklı belgede başvurucu, "Kocaeli ili Gölcük ilçesi İhsaniye Mahallesi Yılmaz Caddesi No: 12" adresinde oturduğunu Mahalle Muhtarlığına beyan etmiştir.

11. 17/8/1999 tarihinde meydana gelen Kocaeli ili Gölcük ilçesi merkezli deprem nedeniyle başvurucunun maliki olduğu taşınmaz üzerindeki bina yönünden düzenlenen 10/9/1999 onay tarihli hasar tespit raporunda, anılan taşınmaz üzerinde bulunan yapının "enkaz" hâlinde olduğu tespiti yapılmıştır. Üç inşaat mühendisi tarafından düzenlenen raporda ayrıca taşınmazın "yeni inşaat" olduğu saptaması da yer almaktadır. Raporda aynı caddede bulunan 22, 24, 25, 26 ve 27 numaralı binaların da "yeni inşaat hâlinde" olduğu belirtilmiştir.

12. Başvurucu 15/11/1999 tarihli talep ve taahhütname ile 7269 sayılı Kanun hükümleri uyarınca inşaat yardımı yapılması talebinde bulunmuştur. Mahallî Hak Sahibi İnceleme Komisyonunca (Komisyon) yapılan incelemeden sonra 14/5/2000 tarihinde başvurucunun hak sahipliği kabul edilerek Yeniköy Kalıcı Konutları 4. Ada P2 Blok No: 3 adresinde bulunan konut başvurucuya tahsis edilmiştir.

13. Sonradan yapılan detaylı araştırma neticesinde, yıkılan yapının deprem sırasında inşaat hâlinde olduğu gerekçesine dayanılarak 24/4/2007 tarihli işlemle başvurucunun hak sahipliği iptal edilmiştir.

14. Başvurucu bu işleme karşı 29/5/2007 tarihinde Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ile Kocaeli Valiliği aleyhine Kocaeli 1. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır. Başvurucu, dava dilekçesinde 7/5/1999 tarihinden beri anılan taşınmazda oturduğunu ileri sürmüştür.

15. Mahkeme yargılama sırasında 13/6/2008 tarihinde başvurucudan depremden önce binada oturduğunu gösteren elektrik, telefon, doğal gaz aboneliklerine ilişkin faturalarını ibraz etmesini istemiştir. Kocaeli Büyükşehir Belediyesinin 24/5/2007 tarihinde başvurucuya gönderdiği yazıda, başvurucunun taşınmazının bulunduğu mıntıkadaki abonelerin deprem nedeniyle bilgisayar ortamında güncellenemediği bildirilmiştir. İhsaniye Belediye Başkanlığının (Belediye) tarihsiz yazısında ise

başvurucuya ait binanın deprem nedeniyle yıkıldığı ve su abone listesine göre yapı kullanma izin belgesi alınmadan binanın iskân edildiği belirtilmiştir. Başvurucu, başvuru formu ekinde veya derece mahkemelerindeki yargılama sırasında deprem öncesi dönemde bu binaya ait elektrik, doğal gaz veya telefon aboneliği olduğuna ilişkin herhangi bir belge ise ibraz etmemiştir.

16. Başvurucunun delil tespiti talebi Gölcük Sulh Hukuk Mahkemesince kabul edilmiş, 7/11/2008 tarihinde başvurucunun paydaşlarından olduğu söz konusu taşınmazda delil tespiti kapsamında keşif icra edilmiştir. Keşif sonucu inşaat uzmanı teknik bilirkişi tarafından düzenlenen 10/11/2008 tarihli raporda, tespit konusu taşınmaz üzerinde dış duvarları tuğla ile örülmüş vaziyette bir barakanın mevcut olduğu belirtilmiştir. Raporda ayrıca, arsa üzerinde betonarme bir inşaat temelinin mevcut olduğu ve bu temele bağlı olan kolon filizlerinin demirlerinin bulunduğu da ifade edilmiştir. Bilirkişi, dosya içinde bulunan yapı ruhsatına göre daha önce bu taşınmazüzerinde bir inşaatın mevcut olduğunu ancak deprem nedeniyle yıkıldığını belirtmiştir. Kadastro uzmanı teknik bilirkişinin 10/11/2008 tarihli raporunda ise taşınmazın tapudaki niteliğinin tarla olduğu, hâlihazırda taşınmaz üzerinde konut temeli ve bir adet natamam yapının mevcut olduğu bildirilmiştir.

17. Mahkemece 18/5/2011 tarihli kararla dava reddedilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Dosyanın incelenmesinden Kocaeli İli, Gölcük İlçesi, İhsaniye Beldesi, Denizevler Mahallesi, Yılmaz Caddesi No:1 adresinde bulunan konutunun 10/09/1999 tarihinde düzenlenen hasar tespit raporunda ağır hasarlı ve inşaat halinde olduğunun tespit edildiği, davacı tarafından bu tespite itiraz edilmediği, 14/05/2000 tarihindedavacının hak sahibi yapıldığı ve Yeniköy Kalıcı Konutlarından kendisine konut tahsisi yapıldığı, davacının binasının inşaat halinde olduğunun anlaşılması üzerine bahisle hak sahipliğinin iptaline ilişkin 24/04/2007 tarihli Hak Sahipliği İnceleme Komisyonu Kararının 07/05/1999 tarihinden itibaren söz konusu konutta ikamet edildiği ileri sürülerek iptali istemiyle görülmekte olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.*
>
> *Mahkememizin 13/06/2008 tarihli ara kararıyla davacıdan söz konusu yapıda oturduğuna dair elektrik, telefon, doğalgaz abonelikleri gösterir belge ve faturaların istenilmesi üzerine söz konusu konuta ilişkin deprem öncesi döneme ait faturalarının ibraz edilememiştir.*

Uyuşmazlıkta; Mahkememizin 13/06/2008 tarihli ara kararıyla davacıdan söz konusu yapıda oturduğuna dair elektrik, telefon, doğalgaz abonelikleri gösterir belge ve faturaların istenilmesi üzerine ***söz konusu konuta ilişkin deprem öncesi döneme ait faturalarının ibraz edilemediği ve davacı tarafından konutun ağır hasarlı ve inşaat halinde olduğuna ilişkin 10/09/1999 tespite itirazda bulunulmadığı dikkate alındığında, konutu deprem tarihinde inşaat halinde bulunduğundan*** *hak sahibi kabul edilmesi mümkün olmayan davacıya sehven tanınan hak sahipliğinin geri alınmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır.*

Dava dilekçesine ekli 15/05/1999 tarihli Kandıra İlçesi, ***Bağırganlı Muhtarlığından alınan Nakil İlmühaberesinde davacının Gölcük İlçesi, Denizevler Mahallesi, Yılmaz Caddesi No:1/2'ye nakledileceği belirtilmekle birlikte sırf mülkiye amirine onaylatılmamış bu belge esas alınarak davacının söz konusu konutta ikamet ettiğinin kabul edilemeyeceği*** *açıktır."*

18. Bu karar Danıştay Ondördüncü Dairesinin (Daire) 27/11/2012 tarihli kararıyla onanmış, karar düzeltme istemi de Dairenin 1/7/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

19. Nihai karar 4/8/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

20. Başvurucu 8/8/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

21. 7269 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Deprem (Yer sarsıntısı), yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ,tasman ve benzeri afetlerde; yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımlar hakkında bu kanun hükümleri uygulanır."

22. 7269 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının olay tarihinde yürürlükte bulunan hâli şöyledir:

"Bu kanundan faydalanmak suretiyle inşaat kredisi verilmesini ya da bina yaptırılmasını istiyenlerin, imar ve iskân Bakanlığınca yapılacak yardıma dair o yerde yapılan ilândan itibaren iki ay içinde mahallin en büyük mülkiye âmirine yazılı müracaatta bulunmaları ve taahhütname vermeleri mecburidir.

23. 7269 sayılı Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Yıkılan, yanan veya ağır hasara uğrayan veya uğraması muhtemel olan binalarla imar planları gereğince kamulaştırılmasında zorunluluk bulunan yerlerdeki binalarda oturan ailelere hak sahibi olmak şartıyla konut yaptırılır veya kredi verilir."

24. 7269 sayılı Kanun'un 40. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanuna göre arsa olarak dağıtılan veya üzerinde bina inşa edilen taşınmaz mallar, hak sahiplerine borçlandırma senetleri imza ettirilmek sureti ile verilir. Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca o yerde borçlandırmanın ilanı tarihinden itibaren Bakanlıkça kabul edilebilir mazereti dışında 2 ay içerisinde borçlanmalarını yapmayanlarla, borçlanmasını yapmış olmasına rağmen binayı Bakanlıkça mahallinde yaptırılacak duyurudan itibaren 45 gün içinde teslim almayanların hak sahipliği kendiliğinden sona erer.

Bu taşınmaz mallar üzerine, Türkiye Emlak Kredi Bankasının isteği ile, bu banka lehine, tapu dairelerince borçlandırma senetlerine dayanılarak, kanuni ipotek tesis olunur.

Konut ve konut inşaası ve sair yardımlar için yapılacak borçlandırmalar faizsizdir. Dükkan ve fırın gibi yerler için yapılacak borçlandırmalar ise yıllık %4 (Yüzde dört) faize tabidir.

...

Borçlandırma bedelleri, konut, konut inşası, arsa ve sair yardımlarda en az 20 ve en çok 30; dükkan ve fırın gibi yerler için yapılan yardımlarda ise, en az 5 ve on çok 15 yılda ve eşit taksitler halinde tahsil edilerek fon hesabına yatırılır.

İlk taksit, ihaleli ve emanet işlerinde inşaatların bitirilip hak sahiplerine teslimi tarihinden itibaren iki yıl sonra, Evini Yapana Yardım Yönteminde ve orta hasarlı konut ve işyerlerinin onarımında ise son kredi diliminin hak sahibine ödendiği tarihten itibaren iki yıl sonra başlar.

Vadesinde ödenmeyen taksitlere dair borç, gecikilen her gün için yıllık % 5 gecikme faizi ile tahsil olunur. Vadesinden önce iki yıllık taksitten az olmamak kaydı ile mevcut borcu defaten ödeyen hak sahibinin borcu % 20 indirime tâbi tutulur.

...

Üstüste üç yıl taksidini ödemeyenlerin borçları muacceliyet kesbedeceği gibi, borcun tamamı ödenmeden taşınmaz malların başkalarına satılması halinde de borcun tamamı muacceliyet kesbeder. Bu hükmün uygulanmasında maliyet bedelinden yapılan indirimler tekrar borca eklenmek suretiyle hesaba katılır. Özel afet kanunlarına göre yapılan binalar hakkında da bu fıkra hükmü uygulanır.

..."

25.28/8/1968 tarihli ve 12988 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) 3. maddesi şöyledir:

"Bu Yönetmelikte yer alan 'Hak sahibi' deyimi, afetzedelerin, yıkılan veya ağır hasar gören binalarla olan mülkiyet ilişkilerini ve yeniden yapılacak binalardan veya verilecek inşaat kredisinden yararlanabilme durumlarını ifade eder."

26.Yönetmelik'in 4. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"a) Afet sebebiyle, kendilerine ait bulunan konutları yıkılan, yanan veya oturulamayacak derecede ağır hasar gören afetzede aileler,

...

Hak sahibi sayılırlar ve bu ailelere yeniden konut yapılır veya konut kredisi verilir."

27. Yönetmelik'in 14. maddesi şöyledir:

"Konut ve işyerlerine ilişkin mülkiyet rabıtası sırasıyla, tapu senedi, tasarruf belgeleri, vergi kayıtları ve diğer resmi belge ve kayıtlarla tevsik olunur.

Bu belge ve kayıtların bulunmaması halinde mahalle veya köy muhtarlıklarından alınacak ilgili mülkiye amirine tasdik ettirilmiş ilmühabere istinat edilir."

2. Yargısal İçtihatlar

28. Danıştay Onbirinci Dairesinin 16/6/2008 tarihli ve E.2007/7561, K.2008/6677 sayılı kararının ilgili bölümü söyledir:

"7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanunun 29. maddesinde, yıkılan, yanan veya ağır hasara uğrayan veya uğraması muhtemel olan binalarda imar planları gereğince kamulaştırılmasında zorunluluk bulunan yerlerdeki binalarda oturan ailelere hak sahibi olmak şartıyla konut yaptırılacağı veya kredi verileceği, Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde, bu Yönetmelikte yer alan 'hak sahibi' deyiminin afetzedelerin, yıkılan veya ağır hasar gören binalarla olan mülkiyet ilişkilerini ve yeniden yapılacak binalardan veya verilecek inşaat kredisinden yararlanabilme durumlarını ifade edeceği, 4. maddesinde, afet sebebiyle, kendilerine ait bulunan konutları yıkılan, yanan veya oturulamayacak derecede ağır hasar gören afetzede ailelerin hak sahibi sayılacağı ve bu ailelere yeniden konut yapılacağı veya konut kredisi verileceği, aynı Yönetmeliğin 14. maddesinde de, konut ve işyerlerine ilişkin mülkiyet rabıtasının sırasıyla tapu senedi, tasarruf belgeleri, vergi kayıtları ve diğer resmi belge ve kayıtlarla tevsik olunacağı hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer alan hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, tabii afetler nedeniyle konut ya da işyerleri zarar görenlerin hak sahibi olabilmeleri için konut veya işyeri ile sahipleri arasındaki mülkiyet rabıtasının sırasıyla, tapu senedi, tasarruf belgeleri, vergi kayıtları ve diğer resmi belge ve kayıtlarla kanıtlanması gerektiği, hasara uğrayan konutta fiilen oturma zorunlu olmamakla birlikte söz konusu konutun oturulabilir durumda olması gerektiğisonucuna ulaşılmaktadır."

29. Danıştay Onbirinci Dairesinin 5/7/2010 tarihli ve E.2008/907, K.2010/6186 sayılı kararının ilgili bölümü söyledir:

"7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısiyle Alınacak TedbirlerleYapılacak Yardımlara Dair Kanun'un 29. maddesinde, yıkılan, yanan veya ağır hasara uğrayan veya uğraması muhtemel olan binalarla imar planları gereğince kamulaştırılmasında zorunluluk bulunan yerlerdeki binalarda oturan ailelere hak sahibi olmak şartıyla konut yaptırılacağı veya kredi verileceği, aynı bina içinde hak sahibi ebeveyn ile birlikte oturan evli kişilerin durumunun, Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca bu konuda

hazırlanacak yönetmelik gereğince takdir ve tespit edileceği, kendilerine ait olmayan arsa veya arazi üzerine inşaat ruhsatı almaksızın bina inşa eden yapı sahipleri ile yer kayması, su baskını, kaya düşmesi ve benzeri sebeplerle imar planında yapı yapılması sakıncalı olarak belirlenen yerlerde ruhsatsız olarak yapılan yapıların sahiplerinin hak sahibi olarak kabul edilmeyeceği kurala bağlanmıştır.

...Bu Yasa hükmü uyarınca hazırlanarak yürürlüğe konulan Afet Sebebiyle Hak Sahibi Olanların Tesbiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde, hak sahipliğinin, afetzedelerin yıkılan veya ağır hasar gören binalarla olan mülkiyet ilişkilerini ve yeniden yapılacak binalardan veya verilecek inşaat kredisinden yararlanabilme durumlarını ifade ettiği, 4. maddesinin (a) bendinde, afet sebebi ile kendilerine ait bulunan konutları yıkılan, yanan ve oturulamayacak derecede ağır hasar gören afetzede ailelerin hak sahibi sayılacağı, bu ailelere yeniden konut yapılacağı veya konut kredisi verileceği belirtilmiş, 16, 17, 18 ve 19. maddelerinde hak sahibi niteliği taşıyanlardan talep ve taahhütname alınmasına ilişkin usul ve esaslara yerverilmiş, 21. maddesinin 2. fıkrasında ise, talep ve taahhütname verenler arasında, bu Yönetmelikte tespit olunan esaslara göre hak sahibi niteliğini taşımayanlar varsa, bunların gerekçeleriyle birlikte ayrı bir listede gösterileceğine işaret edilmiştir.

Aktarılan Yasa ve Yönetmelik hükümlerinin incelenmesinden, hak sahipliği çalışması yapılabilmesinin ön şartı olarak ilan edilen süre içerisinde talep ve taahhütname vermenin zorunlu olduğu, hak sahibi olabilmek için ise, ilgililerin kendilerine ait konutlarının afet nedeniyle yıkılmış veya oturulamayacak derecede ağır hasar görmesinin yeterli olduğu, fiilen oturmanın zorunlu bulunmadığı, ***mülkiyet ilişkisinin ispatlanması ve hasar görmeden önce binanın oturulabilecek nitelikte bulunması durumunda, ilgililerin hak sahibi kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.***

Hak sahipliğine ilişkin işlemin hukuki denetiminin yapılabilmesi için; deprem tarihinden önce davacının konutunun oturulabilecek (terk edilmemiş) nitelikte bulunup bulunmadığının tespiti gerekmekte olup, davacı tarafından ibraz edilen ve su tüketimine ilişkin olduğu anlaşılan Bingöl Belediye Başkanlığı tarafından düzenlenmiş "endeksli kart dökümü" ile elektrik tüketimine ilişkin bulunan Türkiye Elektrik Dağıtım A.Ş. Bingöl Elektrik Dağıtım Müessesesi tarafından düzenlenmiş "yıllık enerji tüketimine" ilişkin belgelerde depremden hemen önceki tarih olan 10.4.2003 tarihine kadar davacının elektrik ve su tüketiminin bulunduğu ve davacının depremden önce hak sahipliği için başvurduğu konutta ikamet ettiği görülmektedir."

30. Danıştay Onbirinci Dairesinin 21/4/2010 tarihli ve E.2008/9086, K.2010/3491 sayılı kararının ilgili bölümü söyledir:

"7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısiyle Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un 29. maddesinde, " Yıkılan, yanan veya ağır hasara uğrayan veya uğraması muhtemel olan binalarla imar planları gereğince kamulaştırılmasında zorunluluk bulunan yerlerdeki binalarda oturan ailelere hak sahibi olmak şartıyla konut yaptırılır veya kredi verilir" kuralına yer verilmiş olup, yıkılan, yanan veya ağır hasara uğrayan binalardan ötürü hak sahibi olabilmek için, afet tarihi itibarıyla bu binaların ikamet etmeye elverişli bulunması başka bir ifadeyle inşaat halinde olmaması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır."

B. Uluslararası Hukuk

31. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında, mülkiyet hakkının kapsamı konusunda mevzuat hükümlerinden ve derece mahkemelerinin bunlara ilişkin yorumundan bağımsız olarak "özerk bir yorum" esas alınmaktadır (*Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010 § 62; *Anheuser-Busch Inc./Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007, § 63; *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 124; *Broniowski/Polonya* [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 129).

32. AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin mülkiyeti elde etme hakkını koruma altına almadığını kabul etmektedir (*Van der Mussele/Belçika* [GK], B. No: 8919/80, 23/11/1983, § 48; *Slivenko ve diğerleri/Letonya* [BD] (k.k.), B. No: 48321/99, 23/1/2002, § 121; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye*, B. No: 34478/97, 9/1/2007, § 52).

33. AİHM, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının ancak müdahalenin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin anlamı kapsamında bir "mülk" ile ilişkili olması durumunda ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Buna göre alacak haklarını da içeren mevcut mülk veya mal varlığı yanında mülkiyet hakkının elde edilebileceği yönündeki en azından bir "meşru beklenti" de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilir (*Kopecký/Slovakya* [BD], B, No: 44912/98, 28/9/2004,§ 35; *Lihtenştayn Prensi Hans-Adam II/Almanya* [BD], B. No: 42527/98, 12/7/2001, § 83; meşru beklenti kavramının ilk defa geliştirildiği kararlar için bkz. *Pine Valley Developments Ltd ve diğerleri/İrlanda,* B. No: 12742/87, 29/11/1991, §

51; *Stretch/Birleşik Krallık*, B. No: 44277/98, 24/6/2003, § 35; *Pressos Compania Naviera S.A. ve diğerleri/Belçika*, B. No: 17849/91, 20/11/1995, § 31).

34. Bununla birlikte AİHM içtihatlarına göre temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece ulusal hukukta mülkiyet hakkı kapsamında savunulabilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (*Kopecký/Slovakya*, § 35; *Gratzinger ve Gratzingerova/Çek Cumhuriyeti*, [BD] (k.k.), B. No: 39794/98, 10/7/2002, § 69). İç hukukun ne şekilde yorumlanacağına ve uygulanacağına dair bir uyuşmazlık olduğunda ve bu bağlamda başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların ulusal mahkemelerce kesin olarak reddedildiği durumlarda meşru bir beklentinin bulunduğu sonucuna varılamaz (*Kopecký/Slovakya,* §§ 50, 52; *Jantner/Slovakya*, B. No: 39050/97, 4/3/2003, §§ 29-33).

35. AİHM içtihatlarında sıklıkla -her ne kadar anlaşılabilir olsa da- basit beklenti ile daha somut nitelikte olması ve hukuki bir düzenlemeye ya da iç hukukta yerleşik ve istikrarlı bir yargı kararına dayanması gereken meşru beklenti arasındaki fark vurgulanmaktadır (*Kopecký/Slovakya*, § 52; *Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfi/Türkiye* (k.k.), B. No: 22522/03, 9/12/2008).

36. *Gratzinger ve Gratzingerova/Çek Cumhuriyeti* kararında, şarta bağlı taleplerin koşulların yerine getirilmemesi sonucu geçerliliğini yitirmesi durumunda "mülk" olarak nitelenmeyeceği belirtilmiştir (*Gratzinger ve Gratzingerova/Çek Cumhuriyeti*, § 69).

37. *Kopecký/Slovakya* kararına konu olayda, 12/2/1959 tarihinde başvurucunun babası yürürlükteki kanuna aykırı olarak altın ve gümüş sikke bulundurduğu gerekçesiyle hapis ve para cezası ile cezalandırılmış; altın ve gümüş sikkeler de müsadere edilmiştir. Ancak 1/4/1992 tarihinde, temyiz mahkemesi 1990 yılında çıkarılan bir yargı reformu çerçevesinde söz konusu kararı bütün sonuçlarıyla beraber ortadan kaldırmıştır. Başvurucu bunun üzerine müsadere edilen altın ve gümüş sikkelerin iadesi istemiyle dava açmıştır. Derece mahkemeleri ise bu sikkelerin davalı idarede olduğunu ispat edemediği gerekçesiyle başvurucunun talebini reddetmiştir. AİHM, öncelikle başvurucunun mevcut bir mülkünün bulunmadığını belirlemiştir. Bunun ardından başvurucunun ihtilaf konusu sikkeleri geri alma hususunda meşru bir beklentisi olup olmadığı tartışılmıştır. Kararda, başvurucunun bu sikkeleri geri alabileceğine dair

lehine icra edilebilir bir yargı kararının bulunmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca AİHM'e göre başvurucu, sikkeleri geri alabilmek için iç hukukta öngörülen bütün koşulları yerine getirmemiştir. Bu sebeple iç hukukta yeterli bir temele dayanmadığından somut olayda Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır (*Kopecký/Slovakya,* §§ 53-61).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

38. Mahkemenin 25/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

39. Başvurucu, inşaatın depremden önce tamamlandığını ve anılan konutta oturduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu konuta taşındığına ilişkin nakil ilmühaberi sunan başvurucu, Belediye tarafından düzenlenen 28/12/1999 tarihli belgeden su aboneliğinin bulunduğunun anlaşıldığını ifade etmiştir. Başvurucu, Belediye tarafından tanzim edilen diğer bir belgede yapı kullanma izni alınmadan konutta oturulduğu bilgisine yer verildiğinin altını çizmiştir. Başvurucu ayrıca mahalle muhtarınca verilen 2/9/1999 tarihli belgede başvurucunun konutta ikamet ettiğinin belirtildiğini vurgulamıştır. Faturaların ve Belediye kayıtlarının depremde zayi olması sebebiyle önceki döneme ait faturaları Mahkemeye sunamadığını öne süren başvurucu, mevcut olan diğer belgelerle inşaatın tamamlandığının ispatlanmasına rağmen hukuka aykırı olarak hak sahipliğinin iptal edildiğinden yakınmıştır. Başvurucu, hak sahipliğinin yedi yıl sonra iptal edilmesinde kamu yararı bulunmadığı gibi orantılılık ilkesinin ve adil dengenin de gözetilmediğini savunarak mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

40. 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."*

41. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma hakkı -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa'yla korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir "ekonomik değer" veya icrası mümkün bir "alacağı" elde etmeye yönelik "meşru bir beklenti" Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir. Meşru beklenti; makul bir şekilde ortaya konmuş icra edilebilir bir alacağın doğurduğu, ulusal mevzuatta belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına dayanan, yeterli somutluğa sahip nitelikteki bir beklentidir. Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37).

42. Meşru beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp bir kanun hükmü, yerleşik bir yargısal içtihat veya ayni menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayalı beklentidir (*Selçuk Emiroğlu*, B. No: 2013/5660, 20/3/2014, § 28). Dolayısıyla Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma kapsamında olan meşru beklentiye dayalı mülkiyet hakkının tespiti mevcut hukuk sisteminde iddia edilen mülkiyet iddiasının tanınmasına bağlı olup bu tanım, mevzuat hükümleri ve yargı kararları ile yapılmaktadır (*Üçgen Nakliyat Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2013/845, 20/11/2014, § 37). Bu çerçevede mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, §§ 49-54).

43. Somut olayda 7269 sayılı Kanun hükümleri uyarınca başvurucuya verilen hak sahipliğinin iptal edilmesinden şikâyet edilmektedir. Başvurucunun mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığının tespiti için öncelikle 7269 sayılı Kanun kapsamındaki "hak sahipliği"nin çerçevesinin ve niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

44. 7269 sayılı Kanun deprem, yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde yapıları ve kamu tesisleri genel hayata etkili olacak derecede zarar gören veya görmesi muhtemel olan yerlerde alınacak tedbirlerle yapılacak yardımları düzenlemektedir (bkz. § 21). Söz konusu Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasının olay tarihinde

yürürlükte bulunan hâline göre Kanun'dan faydalanmak isteyenlere -koşulları taşımak kaydıyla- ya inşaat kredisi verilmekte ya da doğrudan devlet tarafından bedeli karşılığında bina yapılmaktadır. Kanun'un 29. maddesinin birinci fıkrasında da yıkılan, yanan, ağır hasara uğrayan veya uğraması muhtemel olan binalarda oturan ailelere hak sahibi olmak şartıyla konut yaptırılacağı veya kredi verileceği hükme bağlanmaktadır. Kanun'un 40. maddesinde, hak sahiplerine verilen inşaat kredilerinin veya onlar için yaptırılan konutların bedellerinin ne şekilde tahsil edileceği detaylı bir biçimde açıklanmaktadır.

45. Hak sahibinin neyi ifade ettiği Yönetmelik'in 3. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre "hak sahibi" ifadesi "*Afetzedelerin, yıkılan veya ağır hasar gören binalarla olan mülkiyet ilişkilerini ve yeniden yapılacak binalardan veya verilecek inşaat kredisinden yararlanabilme durumlarını ifade eder.*" Yönetmelik'in 4. maddesinde, afet sebebiyle kendilerine ait konutları yıkılan, yanan veya oturulamayacak derecede ağır hasar gören afetzede ailelerin hak sahibi sayılacağı, bu ailelere yeniden konut yapılacağı veya konut kredisi verileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 14. maddesinde, konut ve iş yerlerine ilişkin mülkiyet rabıtasının sırasıyla tapu senedi, tasarruf belgeleri, vergi kayıtları ve diğer resmî belge ve kayıtlarla tevsik olunacağı belirtilmiş; bu belge ve kayıtların bulunmaması hâlinde mahalle veya köy muhtarlıklarından alınacak, ilgili mülkiye amirine tasdik ettirilmiş ilmühabere istinat edileceği kurala bağlanmıştır.

46. Bütün bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden 7269 sayılı Kanun kapsamındaki hak sahibinin deprem, yangın, su baskını, yer kayması, kaya düşmesi, çığ, tasman ve benzeri afetlerde konutları yıkılan, yanan veya oturulamayacak derecede ağır hasar gören afetzede aileleri ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu çerçevede hak sahiplerine tanınan haklar ise 7269 sayılı Kanun'un 40. maddesinde gösterilen usul ve esaslara göre geri ödemek üzere devletten inşaat kredisi almak veya devlet tarafından afetzede aileler için yapılan veya yaptırılan konutlardan birini, bedeli Kanun'da belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde taksitler hâlinde ödenmek üzere almaktan ibarettir.

47. Hak sahibi olduğu tespit edilen kişiye konut yapılması durumunda 40. madde uyarınca, belirlenen borç bütünüyle ödenene kadar taşınmazın mülkiyeti Hazinede kalmakta; borç ödemesi tamamlandıktan sonra taşınmazın tapu kaydı hak sahibine devredilmektedir. Dolayısıyla hak

sahibi olunduğunun tespitiyle taşınmazın mülkiyeti kazanılmamakta, mülkiyetin iktisabı için borcun tamamının ödenmesi gerekmektedir. Buna göre somut olayda başvurucunun mevcut bir mülkünün olduğundan söz edilemez. Bununla birlikte hak sahibi olduğu tespit edilerek kendisine konut yapılan kişinin ödemeleri tamamlaması koşuluyla konutun mülkiyetini kazanabileceği dikkate alındığında konutun mülkiyetini edinme yönünde "meşru bir beklenti"nin oluşup oluşmadığının tartışılması gerekir.

48. Konut yardımı yapılanlar yönünden hak sahipliğinin, konutun mülkiyetinin kazanılacağı yolunda meşru beklenti doğurabilmesi için kişinin hak sahipliği için aranan koşulları taşıması gerekmektedir. Bu bağlamda, belirtilen afetler sonucunda konutun yıkılması, yanması ya da oturulamayacak derecede ağır hasar görmesi zorunludur. Bunun için de öncelikle afetten önce "oturulmaya elverişli bir konutun varlığı" şartı aranmaktadır. Danıştay kararlarına göre 7269 sayılı Kanun'un 29. maddesi uyarınca hak sahibi olunabilmesi için afet tarihi itibarıyla bu binaların ikamet etmeye elverişli bulunması, başka bir ifadeyle inşaat hâlinde olmaması icap etmektedir (bkz. §§ 28-30). Bu itibarla oturmaya elverişli olmayan ve henüz inşaat hâlinde olan konutların yıkılması, yanması ya da oturulamayacak derecede ağır hasar görmesi hâlinde 7269 sayılı Kanun kapsamında hak sahipliğinin doğması mümkün görülmemiştir.

49. Somut olayda başvurucunun 27/6/1994 tarihinde yapı ruhsatı alınmış ancak yapı kullanma izni bulunmayan inşaatı 17/8/1999 tarihinde gerçekleşen Kocaeli ili Gölcük ilçesi merkezli depremde ağır hasar görmüştür. Başvurucunun talebi üzerine Komisyon tarafından 14/5/2000 tarihinde 7269 sayılı Kanun hükümleri uyarınca hak sahipliği kabul edilerek Yeniköy Kalıcı Konutları 4. Ada P2 Blok No: 3 adresinde bulunan konut başvurucuya tahsis edilmiştir. Ancak sonradan yapılan detaylı araştırmada başvurucunun, yıkılan binanın deprem öncesi inşaat hâlinde olduğu gerekçesiyle 24/4/2007 tarihli işlemle hak sahipliği iptal edilmiştir. Başvurucu tarafından bu işleme karşı açılan dava Mahkemece reddedilmiştir. Mahkeme davada binanın inşaat hâlinde olduğunu tespit eden 10/9/1999 tarihli hasar tespit raporuna başvurucunun herhangi bir itirazda bulunmadığı ve söz konusu yapıda oturduğunu ispatlayan fatura sunamadığı gerekçelerine dayanmıştır. Bu karar temyiz ve karar düzeltme denetimlerinden geçerek kesinleşmiştir.

50. Başvurucu ise anılan yapının depremden önce tamamlandığını ve 7/5/1999 tarihinden itibaren bu binada oturmaya başladığını ileri sürmüş ve bunu ispatlamaya yönelik olarak muhtarlığa verdiği bir ilmühaber ile Belediye tarafından düzenlenen ve su aboneliğinin bulunduğunu gösteren tarihsiz bir belgeyi sunmuştur. Başvurucu, bu iddiasını değinilen belgeleri de ekleyerek Mahkemede de öne sürmüştür. Mahkemece yapılan değerlendirme sonucu başvurucu tarafından sunulan belgeler, inşaatın deprem öncesinde tamamlandığını ispatlayacak yeterlikte görülmemiştir. Mahkeme, başvurucunun binanın inşaat hâlinde olduğunu tespit eden 10/9/1999 tarihli hasar tespit raporuna herhangi bir itirazda bulunmamış olmasına özellikle vurgu yaparak bu sonuca ulaşmıştır.

51. Başvurucunun afet sebebiyle konut sahibi olmanın koşullarına ilişkin bir itirazı bulunmamaktadır. Somut olayda ihtilaf konusu, başvurucuya ait taşınmaz üzerindeki binanın deprem öncesinde "oturulabilir vaziyette" olup olmadığına ilişkindir. İlgili mevzuata ve bu konudaki yerleşik Danıştay içtihatlarına göre başvurucu, ancak binanın depremden önce "oturulabilir vaziyette" olması durumunda konut edinme hususunda hak sahibi olabilir. Başvurucunun bu binada fiilen oturuyor olup olmaması ise önemli görülmemiştir. Başvurucu, depremden önce bu binada ikamet ettiğini ileri sürmüş; kamu makamları ise binanın deprem öncesi inşaat hâlinde olduğundan oturulamaz nitelikte olduğu tespitiyle özellikle depremden hemen sonra düzenlenen 10/9/1999 tarihli hasar tespit raporuna dayanmışlardır. Başvurucunun da itiraz etmediği belirtilen bu raporda, başvurucuya ait "enkaz" hâline geldiği tespit edilen binanın "yeni inşaat" olduğu belirtilmiştir. Öte yandan inşaatın ruhsata uygun olarak tamamlandığını gösteren yapı kullanma izin belgesi de bulunmamakla birlikte gerek idarenin gerekse de derece mahkemelerinin bunun üzerinde durmadıkları anlaşılmaktadır. Nitekim Mahkemece binanın fiilen oturulabilir vaziyette olup olmadığı araştırılmış; bunun için başvurucudan depremden önce söz konusu binada oturduğunu gösteren elektrik, su ve doğal gaz tüketim faturalarını sunması istenmiş ancak faturaların depremde zayi olduğu gerekçesiyle sunulamayacağı başvurucu tarafından bildirilmiştir. Başvurucu tarafından sunulan diğer belgelerin (muhtarlığa verilen ilmühaber ve belediyeden alınan yazı) ise binanın oturulabilir vaziyette olduğunu kanıtlayacak düzeyde ispat gücünü haiz olmadığı değerlendirilerek bunlara itibar edilmemiştir.

52. Deprem gibi doğal afetlerden sonra elektrik, su ve doğal gaz faturalarının temininde ve ibrazında güçlükler yaşanabileceği hatta bazı durumlarda bunun imkânsız olabileceği açıktır. Ancak faturaların ibrazındaki güçlük ve imkânsızlıklar, başvurucuya düşen ispat külfetini ortadan kaldırmaz. Kaldı ki başvurucu elektrik ve doğal gaz faturalarını veya emlak vergisi beyannamesini deprem nedeniyle sunamadığına ilişkin somut herhangi bir belge de ibraz edememiştir. Başvurucu tarafından sunulan diğer delillerin ispat gücünü haiz olup olmadığının takdiri ise derece mahkemelerine aittir. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında derece mahkemelerinin maddi olay ve olgular ile delillerin değerlendirilmesi hususundaki takdirini -bariz bir hata veya açık bir keyfîlik olmadıkça- denetlemesi mümkün değildir. Somut olayda delillerin değerlendirilmesinde bariz bir takdir hatasının bulunmadığı ve başvurucunun itiraz etmediği hasar tespit raporuna dayalı olarak taşınmazın deprem öncesi "inşaat hâlinde" olduğundan "oturmaya elverişli konut vasfını" haiz olmadığı yolunda ulaşılan kanaatin keyfîlik içermediği sonucuna ulaşılmaktadır.

53. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 35. maddesi soyut bir temele dayalı olarak mülkiyete erişmeyi ve mülkiyeti edinmeyi değil mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Başvuru konusu olayda ise 7269 sayılı Kanun kapsamında hak sahibi olunabilmesi için zorunlu olan, deprem sonucu yıkılan veya ağır hasara uğrayan yapının depremden önce oturmaya elverişli olması koşulunu taşımadığı tespit edilen başvurucu; anılan Kanun kapsamında meşru bir beklentiye sahip olduğunu gösterir kanun hükmü, yerleşik bir yargısal içtihat veya idari uygulama ortaya koyamamıştır. Sonuç olarak Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı kapsamında başvurucunun mevcut bir mülkü bulunmadığı gibi somut olayda başvurucunun afet sebebiyle konut edinme hususunda yeterli bir hukuki temele dayalı meşru bir beklentisi de bulunmamaktadır.

54. Açıklanan gerekçeyle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ve Recai AKYEL'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Kararın Kocaeli 1. İdare Mahkemesine (E.2007/1178, K.2011/518) GÖNDERİLMESİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 25/7/2017tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Bireysel başvuru istemine konu 15/5/1959 tarih ve 7269 sayılı Kanun kapsamında kabul edilen hak sahipliğinin iptali nedeniyle mülkiyet hakkının ihlâl edildiği iddiasına esas taşınmazın iki hissedarı mevcut olup; bu davada bireysel başvurucu taşınmazın 203/340 payının maliki, diğer paydaş M.Ş. ise 137/340 payının malikidir. Paydaş M.Ş. nin aynı konuda Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuru, 2. Bölüm'ün Başvuru No: 2014/4930, Karar Tarihi: 21.6.2017 tarih sayılı kararıyla kabul edilerek, Anayasa'nın 36. Maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine ve kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkının ihlâlinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Kocaeli 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

Anılan kararın gerekçesinde de açıkça işaret edildiği üzere;

(1) 7269 sayılı Kanunun 29. maddesinin 1. fıkrasından da açıkça anlaşılacağı üzere, hak sahibi olunabilmesi için, yıkılan veya hasara uğrayan konutta oturulması yeterli olup, yapı kullanıma izin belgesinin alınmamış olmasının hak sahipliği bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Hatta, kararda belirtilen Danıştay kararlarında, fiilen oturma değil "oturulabilir nitelikte" olmanın dahi yeterli olduğuna vurgu yapılmaktadır.

(2) Dosya kapsamından, 1999 Körfez depreminde ilgili Belediye olan İhsaniye Belediyesi binasının da yıkıldığı ve tüm evrakların (elektrik, su abonelikleri vb.) zayi olduğu anlaşılmaktadır. Buna rağmen adı geçen Belediye, başvurucu ile ilgili olarak düzenlediği evrakta su aboneliğinin olduğunu ve yapı kullanma izni alınmadan başvurucunun bu konutta oturduğunu bildirmiş; ayrıca ilgili Mahalle Muhtarlığı da yazdığı resmi yazıda başvurucunun deprem öncesi anılan konutta oturmakta olduğunu belirtmiştir.

(3) Kocaeli 1. İdare Mahkemesi ara kararı ile başvurucudan deprem öncesine ait elektrik, su, telefon, doğalgaz abonelik belgelerini istemişse de; binlerce kişinin ölümüne yol açan ve bir mücbir sebep teşkil eden depremde anılan Belediye Binasının dahi yıkıldığı, keza bu meyanda başvurucunun konutunun'da tamamen yıkıldığı gerçeği karşısında, ispat külfetini bu denli zorlaştıran ve diğer resmi kurumların (yukarıda zikredilen Belediye ve Muhtarlık yazıları) başvurucu beyanlarını teyid eden belgelere itibar etmeyen Mahkeme kararının bariz takdir hatası ile malûl düştüğü çok açıktır.

(4) Öte yandan, Mahkemenin gerekçesinde işaret ettiği 10.9.1999 tarihli Hasar Tespit Raporu'nda başvurucunun imzası bulunmadığı gibi, "yeni inşaat" sonuçlu bu rapora rağmen Mahalli Hak Sahipliği İnceleme Komisyonu bu raporu başvurucu aleyhine bir belge olarak görmemiş ve 14.5.2000 tarihli kararı ile başvurucuya "hak sahibi" kabul etmiş ve kendisine bir konut tahsis etmiştir. Bu işlemin ardından başvurucu yeni konutuna geçmiş, bazı masraflar yapmış ve bu işlemin ardından yedi yıl geçtikten sonra, depremde yıkılan konutun "inşaat halinde olduğu" gerekçesiyle 24.7.2007 tarihinde başvurucunun hak sahipliği işlemi geri alınmıştır.

Yukarıda işaret edilen tüm bu olgular dikkate alındığında, depremden önce anılan konutta yapı kullanma izin belgesi almadan oturmakta olduğu açık olan başvurucu hakkında verilen yargı kararında tam aksi sonuca ulaşılmasının bariz takdir hatasına dayandığı görülmekle; 2. Bölümün emsal kararı doğrultusunda, Anayasanın 36. Maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

SELÇUK ÖZDEMİR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/49158)

Karar Tarihi: 26/7/2017

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
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	:	Selçuk ÖZDEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, darbe teşebbüsü sonrasında yürütülen soruşturmalar kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olduğundan bahisle bir hâkim hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/9/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

8. İkinci Bölüm tarafından 20/7/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

A. Genel Bilgiler

1. Darbe Teşebbüsü Öncesine İlişkin

10. Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanma bulunmaktadır (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, § 22).

11. FETÖ/PDY'nin örgütlenmesine ve faaliyetlerine ilişkin olarak son yıllarda suç delillerini yok etme, devlet kurumlarının ve üst düzey devlet görevlilerinin telefonlarını dinleme, devletin istihbarat faaliyetlerini deşifre etme, kamu görevine giriş veya görevde yükselme sınavlarına

ilişkin soruları önceden elde edip mensuplarına verme, cebir ve şiddet kullanarak Hükûmeti ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını engellemeye teşebbüs etme gibi eylemler temelinde çok sayıda soruşturma ve kovuşturma yürütülmüştür. Bu soruşturma ve kovuşturma belgelerinde ileri sürülen olgulardan biri de yapılanmanın yargı kurumları içinde örgütlenmesidir(*Aydın Yavuz ve diğerleri*,§§ 27-30).

12. FETÖ/PDY'ye ilişkin olarak ülke genelinde açılan çok sayıdaki davadan biri, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 16/6/2016 tarihinde karara bağlanmıştır (E.2016/74). Anılan kararda FETÖ/PDY'nin özellikle yargı ve emniyet birimleri ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde (TSK) örgütlendiği, devletin hiyerarşik yapısı dışında ayrı bir yapılanmaya gittiği belirtilmiş; bu itibarla yapılanmanın silahlı bir terör örgütü olduğu kabul edilmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 32).

13. Diğer taraftan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından bazı yargı mensupları hakkında bu yapılanmayla irtibatlı şekilde usulsüzlükler yaptıkları iddiasıyla disiplin soruşturmaları yapılmış ve bu kişilere meslekten çıkarma cezaları verilmiştir (bkz. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, §§ 38-43; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 51-60).

14. HSYK, 2014 yılı yaz kararnamesinden itibaren yargı teşkilatı içinde FETÖ/PDY ile irtibatlı olduklarına dair yaygın bir kanaat bulunan çok sayıda hâkim ve savcıyı yargı yönetimi bakımından önemli görülen "başsavcılık, komisyon başkanlığı, ağır ceza mahkemesi başkanlığı, ticaret mahkemesi başkanlığı, başsavcı vekilliği, Yargıtay savcılığı, müfettişlik, tetkik hâkimliği" gibi görevlerden alarak başka görevlere (yine hâkim ve savcı olarak) atamıştır. Bakanlık da idari görevlerde bulunan çok sayıda hâkim ve savcının idari görevlendirmelerini aynı nedenle kaldırmış, bu kişiler yargısal görevlerine dönmüşlerdir.

2. Darbe Teşebbüsü Sonrasına İlişkin

15. Türkiye, 15 Temmuz 2016 gecesi çeşitli rütbe ve görevlerdeki askerî personelin katıldığı ve ağır silahlı gücün yoğun şekilde kullanıldığı bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 15-17). Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- teşebbüsün arkasında FETÖ/PDY'nin olduğunu değerlendirmişlerdir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 23-25).

16. Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından, darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile -teşebbüsün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen- FETÖ/PDY ile bağlantılı olan ve aralarında yargı mensuplarının da bulunduğu çok sayıda kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 51).

17. Bu bağlamda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca ilk olarak aralarında yüksek mahkeme üyelerinin de bulunduğu üç bine yakın yargı mensubu hakkında FETÖ/PDY ile ilgilerinin bulunduğu iddiasıyla soruşturma başlatılmış; HSYK tarafından 16/7/2016 tarihinde, haklarında soruşturma başlatılan 2.745 hâkim ve Cumhuriyet savcısının görevden uzaklaştırılmasına karar verilmiştir. Bu kişilerin büyük bölümü hakkında soruşturma mercilerince gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulmuştur (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 350).

18. Bakanlık verilerine göre FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında 24/7/2017 tarihi itibarıyla hakkında soruşturma yürütülen yargı mensubu sayısı 4.664'tür. Bu kişilerden 1.311'i adli kontrol tedbiri uygulanarak, 97'si ise herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaksızın serbest bırakılmıştır. Yine haklarında soruşturma yürütülen 251 yargı mensubu hakkında yakalama ve gözaltı gibi adli bir işlem yapılmamıştır. Aralarında yüksek mahkeme üyelerinin de bulunduğu 2.431 yargı mensubu hakkında ise tutuklama tedbiri uygulanmıştır. Bunların yanı sıra 297 yargı mensubu, haklarında tutuklama tedbiri uygulandıktan bir süre sonra tahliye edilmiş; tahliye edilenlerin 274'ü hakkında adli kontrol tedbirleri uygulanmıştır. Diğer taraftan kaçak durumda olup haklarında soruşturma/kovuşturma mercilerince yakalama emri çıkarılan 271 yargı mensubu bulunmakta, 6 yargı mensubu hakkında ise gözaltı süreci devam etmektedir.

19. Öte yandan süreç içinde HSYK tarafından FETÖ/PDY ile ilgilerinin bulunduğu değerlendirilen 4.500'ün üzerinde yargı mensubu hakkında görevden uzaklaştırma ve meslekten çıkarma kararları verilmiştir. Bu çerçevede HSYK Genel Kurulu 24/8/2016 tarihinde 2.847, 31/8/2016 tarihinde 543, 4/10/2016 tarihinde 66, 15/11/2016 tarihinde 203, 13/2/2017 tarihinde 227, 17/3/2017 tarihinde 202, 3/4/2017 tarihinde 45, 5/5/2017 tarihinde 107 hâkim ve savcının meslekten çıkarılmasına karar vermiştir. Bunlardan bazılarının yeniden değerlendirme talepleri HSYK Genel Kurulunca kabul edilerek meslekten çıkarma kararları geri alınmıştır.

20. FETÖ/PDY mensubu olmakla suçlanan hâkim ve savcılar hakkında ülke genelinde yürütülen soruşturma ve kovuşturmaların tamamına yakını derdest olmakla birlikte Yargıtay 16. Ceza Dairesi 24/4/2017 tarihinde (E.2015/3, K.2017/3) FETÖ/PDY kapsamında tutuklanan polislerin tahliyesine yönelik kararlar veren iki hâkimin silahlı terör örgütü (FETÖ/PDY) üyesi olma suçundan -ilk derece mahkemesi sıfatıyla- mahkûmiyetine karar vermiştir (Anılan hâkimlerin tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yaptıkları bireysel başvuruların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna ilişkin karar için ayrıca bkz. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, §§ 134-161). Söz konusu Yargıtay kararında *"örgütün kurucusu, yöneticileri ve üyeleri arasında sıkı bir hiyerarşik bağın mevcut olduğu, gizliliğe riayet ettiği, görünür yüzüyle gerçek yüzü arasındaki farkı gizlediği, amaca ulaşabilmek için yeterli eleman, araç ve gerece sahip olduğu, amacının Anayasa'da öngörülen meşru yöntemlerle iktidara gelmek olmayıp örgütün yarattığı kaos ortamı sonucu ayrıca devletin yanında oluşturduğu Paralel Devlet Yapılanmasıyla demokratik olmayan yöntemlerle cebir şiddet kullanmak suretiyle parlamento, hükumet ve diğer anayasal kurumları fesih edip iktidara gelmek olduğu, bu amacı gerçekleştirmek için polis ve jandarma teşkilatı, MİT (Millî İstihbarat Teşkilatı) ve Genelkurmay Başkanlığı gibi kuvvet kullanma yetkisine haiz kurumlardaki üyeleri vasıtasıyla meşru organlara ve halka karşı silah kullanmak suretiyle amaç suça elverişli öldürme, yaralama gibi çok sayıda vahim eylem gerçekleştirdiği"* belirtilerek FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğu sonucuna varılmıştır.

21. Diğer taraftan darbe teşebbüsüyle bağlantılı olarak görülen davalardan birinde Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesince (E.2016/216) iki sanık hakkında 5/1/2017 tarihinde verilen anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçuna ilişkin mahkûmiyet hükmü, Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 14/7/2017 tarihinde (E.2017/1443, K.2017/4758) onanmıştır. Yargıtay kararında *"FETÖ/PDY ... Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türkiye Devletini ve varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini yıkmak ve daha sonra ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini bozmak amacıyla kurulmuş bir terör örgütüdür. Bu örgüt kuruluşundan 15 Temmuz sürecine kadar örgüt lideri Fetullah Gülen tarafından belirlenen ideolojisi doğrultusunda amaçlarını gerçekleştirmek üzere eylem ve fikir birliği içinde hareket etmiştir. Sahip olduğu ya da mensuplarının*

tasarrufunda bulunan araç gereç bakımından ... silahlı bir terör örgütü olduğu anlaşılmıştır." ifadelerine yer verilmiştir. Kararda ayrıca "15 Temmuz darbe teşebbüsünün, esas itibarıyla TSK içine sızmış FETÖ/PDY mensuplarınca gerçekleştirildiği, bu girişime başka unsurların da katılmış olma ihtimalinin, darbe teşebbüsünün bu karakterini değiştirmeyeceği" değerlendirmesinde bulunulmuştur.

3. FETÖ/PDY'nin Yargıdaki Yapılanmasına İlişkin

22. FETÖ/PDY'nin (genel özelliklerine ilişkin olarak bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26) yargı kurumlarındaki yapılanmasına ve faaliyetlerine ilişkin soruşturma ve kovuşturma belgeleri ile tedbir/disiplin kararlarında yer alan ve başta haklarında soruşturma yürütülen yargı mensuplarının beyanları olmak üzere maddi olgulara dayalı bulunan iddia ve tespitler şöyle özetlenebilir:

i. Devletin anayasal kurumlarını ele geçirmeyi, sonrasında devleti, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi ve oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmeyi amaçlayan FETÖ/PDY; bünyesinde bulunan ışık (talebe) evleri, okullar, yurtlar ve dershaneler aracılığıyla ulaştığı ve amaçları doğrultusunda yetiştirdiği gençleri devlet yönetimi bakımından önemli görülen TSK, emniyet teşkilatı ve mülki idare birimlerinin yanı sıra yargı kurumlarına da yerleşmeye teşvik etmiş ve yargıdaki kadrolaşmaya büyük önem vermiştir.

ii. FETÖ/PDY, hâkimlik ve savcılık mesleğine giriş sınavlarının sorularını elde edip cevaplarıyla birlikte mensuplarına önceden vererek bu kişilerin mesleğe haksız biçimde girmelerini sağlamıştır. Böylece yapılanmayla irtibatı bulunan çok sayıda kişi hâkim ve savcı olarak yargı teşkilatında görev almıştır.

iii. FETÖ/PDY; mensubu olan hâkim ve savcıların sosyal hayatlarındaki tutum ve davranışlarının nasıl olacağından ibadetlerini -gizlilik içinde- nasıl yerine getireceklerine, görevlerini yaparken hangi yönde karar vereceklerinden eşlerini nasıl ve kimler arasından seçeceklerine, kendilerinin ve eşlerinin kılık kıyafetlerinden görev yeri olarak nereyi tercih edeceklerine, siyasal tercihlerinden kimlerle arkadaşlık kuracaklarına kadar yaşamlarının her alanını dizayn etmeye yönelik telkin ve talimatlarda bulunmuştur.

iv. FETÖ/PDY ile bağı bulunan yargı mensupları, adaylık sürecinden itibaren mesleğin her aşamasında gizliliğe azami dikkat ederek bu yapılanmayla ilişkilerinin bilinmesine engel olmaya çalışmışlar; bunun için kendilerini farklı sosyal gruplara aitmiş gibi gösterme gayreti içinde bulunmuşlardır. Bu bağlamda FETÖ/PDY ile irtibatı olan birçok yargı mensubunun sosyal ortamlarda birbirleriyle yakın ilişki kurmadıkları, ibadetlerini gizli olarak yaptıkları, inançlarına aykırı davranışlarda bulundukları, yine yapılanmadan gelen talimat uyarınca kısa bir süre içinde Yargıçlar ve Savcılar Birliğine (YARSAV) üye oldukları belirtilmiştir.

v. Kendisine kutsallık atfetmekte olan FETÖ/PDY'nin yargı kurumlarındaki mensupları da vatan, devlet, millet, ahlak, hukuk, temel hak ve özgürlükler de dâhil olmak üzere her şeyin değer olarak yapılanmadan sonra geldiği anlayışına sahiptir.

vi. FETÖ/PDY ile irtibatı bulunan yargı mensupları, yapılanmaya olan sadakatlerinin derecesine göre kendi içlerinde gruplara ayrılmışlardır. Ayrıca yapılanmaya mensup hâkim ve savcılar, görev yerleri veya mesleğe başlama dönemlerine (devre) göre örgütlenmişlerdir. Bu çerçevede her bir yargı kurumu/birimi içinde periyodik olarak toplantılar yapılmakta, yine her bir devre için de yılda bir kez düzenli olarak toplantı gerçekleştirilmektedir.

vii. FETÖ/PDY ile bağı olan yargı mensupları, ilk maaşlarının tamamını, sonraki tüm maaşlarının ise önemli bir bölümünü "himmet" olarak söz konusu yapılanmaya vermektedirler.

viii. FETÖ/PDY mensupları, kendilerinden olmayan hâkim ve savcılarla ilgili edindikleri bilgileri ve bu kişilerin yapılanmaya yönelik tutum ve değerlendirmelerini öğrenerek bağlı oldukları üstlerine (abi/abla veya imam) iletmektedirler.

ix. Fetullah Gülen'in *"İster adliyede ister mülkiyede arkadaşlarımızın gittikleri yerlerde daha rahat iş yapmaları, tutunmaları, kaymakam iseler vali olmaları, sıradan bir hâkim iseler takdir toplayan bir hâkim olmaları"*, *"hatta mesleklerini aksatmamak, mesleklerini icra etmenin yanı başında kabilse arkadaşlarımız değişik sahalarda kariyer yapmaları, birer mastır yapmaları, icabında doktora yapmaları dıştan da olabilir, hâkimlik yaparken de olabilir."* şeklindeki sözlerine yansıyan teşvik ve talimatları doğrultusunda FETÖ/PDY ile irtibatı olan yargı mensuplarının ön plana çıkarılmasına yönelik

birtakım girişimlerde bulunulmuştur. Bu kapsamda yapılanmaya mensup hâkim ve savcılar, çeşitli kurullarda görev alma, birbirlerine referans olma, akademik ve dil eğitimine yönelik çalışmalarda bulunma, yurt içi ve yurt dışı eğitim, ziyaret ve toplantılara katılma gibi faaliyetlere yöneltilmiştir.

x. FETÖ/PDY mensubu Bakanlık ve/veya HSYK müfettişleri, yapılanmayla ilgisi olan yargı mensuplarının sicillerine -çoğu zaman hak etmedikleri hâlde- olumlu değerlendirmeler yazmışlar; bu kişiler hakkındaki disiplin incelemelerinde ve/veya soruşturmalarında koruyucu bir tutum sergilemişlerdir. Buna karşılık FETÖ/PDY ile ilgisi bulunmayan yargı mensuplarının etkisizleştirilmesi amacıyla bu kişilerle ilgili sicillerde ve disiplin süreçlerinde -haksız bir şekilde veya olması gerekenin ötesinde- olumsuz değerlendirmelerde bulunmuşlardır.

xi. FETÖ/PDY ile bağı olan yargı mensupları bilhassa (yakın döneme kadar faaliyette olan) özel yetkili mahkemelerde ve savcılıklarda örgütlenmiş, örgütün yargı içindeki imamlarından aldıkları talimatlar uyarınca ve örgüt çıkarları doğrultusunda hareket etmişlerdir. Bu bağlamda "Şemdinli", "Ergenekon", "Balyoz", "Askerî Casusluk", "Devrimci Karargâh", "Poyrazköy", "Oda TV" ve "Şike" davaları gibi kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan birçok davanın -FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda- başta TSK olmak üzere farklı kamu kurum ve kuruluşlarındaki örgüt mensubu olmayan kamu görevlilerini tasfiye etmek ve farklı sivil çevrelerde örgütün çıkarlarına aykırı davrandığını düşündüğü kişileri etkisizleştirmek amacıyla kullanıldığı; "17-25 Aralık" ve "MİT tırları" soruşturmalarının da Hükûmeti devirme amacıyla yapıldığı soruşturma/kovuşturma mercileri ve kamu makamlarınca ileri sürülmüştür.

xii. FETÖ/PDY içinde, gerektiğinde Fetullah Gülen ile doğrudan irtibat kurabilen ve yapılanmanın "Türkiye imamı"na bağlı olarak hareket eden bir "yargı imamı" bulunmaktadır ve bu kişi yargı içinde söz sahibi olabilecek kişiler arasından seçilmektedir. Yapılanmanın ülkenin tüm illerini kapsar şekilde taşra örgütlenmesi bulunmaktadır.

xiii. 2010 yılında oluşturulan HSYK'da FETÖ/PDY ile irtibatlı kişilerin önemli bir oranda yer alması ve bu Kurul tarafından seçilen yüksek yargı üyelerinin büyük bir bölümünün yapılanma ile bağı bulunan kişiler olması nedeniyle FETÖ/PDY, bu tarihten sonra hem yargı yönetimi

üzerinde hem de yüksek mahkemelerde önemli bir etkinliğe ulaşmıştır. Böylece yapılanmanın yargı kurumlarındaki gücü, kolluk birimlerindeki etkinliğiyle birlikte toplum üzerinde bir baskı unsuru hâline gelmiştir. Öte yandan yapılanmayla irtibatı olan yüksek yargı mensuplarının kurum içinde yapılan seçimlerde yapılanmadaki üstlerinden gelen talimatlar doğrultusunda oy kullandıkları belirtilmektedir.

xiv. FETÖ/PDY ile irtibatı olduğu ileri sürülen hâkim ve savcılar 12/10/2014 tarihinde yapılan HSYK seçimine bağımsız aday olarak (bir başka adayla birlikte hareket etmeden) girdiklerini ifade etmişlerdir. Bununla birlikte FETÖ/PDY ile bağı olduğu belirtilen çok sayıda hâkim ve savcı, diğer yargı mensuplarından bu kişilere oy vermelerini istemiş ve bunun için ülke genelinde yargı kurumlarına ve adliyelere ziyaretlerde bulunmuştur. FETÖ/PDY mensubu hâkim ve savcılar seçim faaliyetleri ve çalışmaları sırasında aralarındaki iletişimlerini genel olarak "ByLock" üzerinden gerçekleştirmişlerdir. Yine FETÖ/PDY ile irtibatı bulunan çok sayıda hâkim adayının -henüz atamaları yapılmadan- seçimde oy kullanabilmek amacıyla yapılanmadan gelen talimat uyarınca Yüksek Seçim Kuruluna (YSK) başvurdukları ifade edilmiştir. Seçim sonuçları incelendiğinde ise -her bir seçmenin adli yargı için on bir, idari yargı için beş adaya oy verme hakkına sahip olduğu seçim sisteminde- seçime bağımsız olarak girdiğini beyan eden ve hukuk çevrelerinde söz konusu yapılanmaya mensup ya da bu yapı ile irtibatlı olduklarına dair iddialar ileri sürülen adli yargıdan on aday, binlerce hâkim ve savcıdan blok olarak oy almış ve bunlardan ikisi HSYK yedek üyeliğine seçilmiştir. İdari yargıdan beş aday ise yüzlerce hâkimden blok olarak oy almış ve bunlardan ikisi HSYK asıl üyeliğine seçilmiştir.

xv. Her seviyedeki yargı kurumu içinde örgütlenmiş olan FETÖ/PDY, örgütün imamlarından aldıkları talimatlar uyarınca ve örgüt çıkarları doğrultusunda hareket eden binlerce yargı mensubu eliyle yargı sistemi üzerinde bir vesayet oluşturmuştur.

B. Başvurucuya İlişkin Süreç

23. Başvurucu, 2007 yılında Van İdare Mahkemesi üyesi olarak hâkimlik görevine başlamış; 2011 yılında ise Bursa İdare Mahkemesi üyeliğine atanmıştır.

24. Başvurucu hakkında, darbe teşebbüsünden sonra Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ağır cezalık suçüstü hâli bulunduğu değerlendirilerek FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasında yer aldığı iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır.

25. HSYK İkinci Dairesinin 10/8/2016 tarihli kararı ile -Bursa 3. İdare Mahkemesi üyesi olarak görev yapmakta olan- başvurucunun görevden uzaklaştırılmasına karar verilmiştir.

26. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının HSYK kararıyla görevden uzaklaştırılanlar hakkında soruşturma işlemlerinin yapılması yönündeki yazısı üzerine Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı 11/8/2016 tarihinde başvurucunun evi, iş yeri ve aracında arama yapılmasına karar vermiş; başvurucu aynı gün gözaltına alınmıştır.

27. Başvurucu 12/8/2016 tarihinde Bursa Cumhuriyet Başsavcılığında şüpheli sıfatıyla ifade vermiştir. Başvurucu ifadesinde suçlamaları reddederek FETÖ/PDY ile bir ilgisinin olmadığını belirtmiştir. Başvurucu, aynı tarihte tutuklanması istemiyle Bursa 4. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk edilmiştir.

28. Bursa 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 12/8/2016 tarihli kararı ile başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmasına karar verilmiştir. Kararda darbe teşebbüsü sırasında yaşanan bazı olaylara yer verildikten sonra suç şüphesine ilişkin dosya içinde yer alan şüpheli beyanlarına atıf yapılmış, ayrıca başvurucunun HSYK tarafından görevden uzaklaştırıldığına değinilmiştir. Hâkimliğin bu çerçevede kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin bulunduğuna işaret ettiği görülmüştür. Öte yandan tutuklama nedeni olarak başvurucuya isnat edilen suçun katalog suçlardan olmasına dayanılmış, ayrıca suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı ile işin önemi itibarıyla tutuklamanın ölçülü olduğuna ve adli kontrolün yetersiz kalacağına değinilmiştir. Son olarak serbest bırakılması hâlinde başvurucunun adaletin işleyişine zarar verecek faaliyette bulunma tehlikesinin olduğuna işaret edilmiştir.

29. Başvurucu 15/8/2016 tarihinde karara itiraz etmiş, Bursa 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 16/8/2016 tarihli kararı ile itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir. Kararda dosya kapsamında kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin olduğu, delillerin henüz tam olarak toplanmadığı, ülke genelinde darbe teşebbüsüne ilişkin elde edilen deliller ile dijital veriler

üzerindeki incelemelerin henüz tamamlanmadığı, darbe girişiminin tüm unsurlarıyla aydınlatılamadığı bu aşamada soruşturmanın selametini sağlamak, delillerin karartılmasını engellemek ve kaçma şüphesini ortadan kaldırmak için adli kontrolün yetersiz kalacağı belirtilmiştir.

30. Anılan karar, başvurucuya 1/9/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

31. Başvurucu 26/9/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

32. Başvurucu hakkındaki soruşturma dosyası 2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 7. maddesiyle 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 93. maddesinin birinci fıkrasında yapılan *"Hâkim ve savcıların kişisel suçları hakkında soruşturma ve kovuşturma yapma yetkisi, ilgilinin görev yaptığı yerin bağlı olduğu bölge adliye mahkemesinin bulunduğu yerdeki il Cumhuriyet başsavcılığı ve aynı yer ağır ceza mahkemesine aittir."* şeklindeki değişiklik uyarınca İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

33. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 30/5/2017 tarihli iddianamesi ile başvurucunun silahlı terör örgütü üyesi olma suçunu işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamede FETÖ/PDY'nin genel yapısının yanı sıra yargıdaki örgütlenmesine ilişkin bilgilere de yer verilmiştir. Bu kapsamda özellikle -HSYK tarafından verilen meslekten çıkarma kararlarında da değinilen- bazı disiplin dosyalarında yer alan olgulara atıf yapıldığı görülmüştür. Cumhuriyet Savcısı'nın başvurucunun FETÖ/PDY üyesi olduğuna yönelik iddiasını dayandırdığı olgu ve delillerin bir kısmı şöyle özetlenebilir:

i. İstanbul Emniyet Müdürlüğünün 31/1/2017 tarihli yazısında, başvurucunun "ByLock" kullanıcısı olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Buna göre başvurucu, anılan programı ilk olarak 16/8/2014 tarihinde kullanmıştır.

ii. Başvurucu 2010 yılında YARSAV'a üye olmuştur.

iii. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca başka bir soruşturma kapsamında ifadesi alınan, FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan ve kendisi de yargı mensubu olan şüpheli E.B. 22/7/2016 tarihinde "başvurucunun 'hizmet hareketinin' senede bir yapılan devre toplantılarına katıldığını,

kendisiyle birlikte Türkiye'nin değişik yerlerindeki devre kampına katılanların arasında başvurucunun da bulunduğunu" beyan etmiştir.

iv. Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığınca başka bir soruşturma kapsamında ifadesi alınan, FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan ve kendisi de yargı mensubu olan şüpheli E.Y. 16/8/2016 tarihinde "başvurucunun evinde 'cemaate' mensup arkadaşlarıyla iki kez toplandıklarını, başvurucunun kendilerinden 'cemaat' için %10 aidat istediğini" beyan etmiştir.

v. Kahramanmaraş Cumhuriyet Başsavcılığınca başka bir soruşturma kapsamında ifadesi alınan, FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan ve kendisi de yargı mensubu olan şüpheli İ.S. 28/10/2016 tarihinde "2014 yılındaki HSYK seçimlerinden önce Ankara'daki bir evde bir araya geldiği dönem arkadaşlarının arasında başvurucunun da olduğunu, bu toplantıya gelen HSYK üyesi A.B.nin kendilerinden HSYK seçimleri için il il gezip (oy istemek için) tanıdıkları bütün arkadaşlarını ziyaret etmelerini istediğini" beyan etmiştir.

vi. Sivas, Osmaniye ve Trabzon Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından ifadeleri alınan ve FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan bazı şüpheliler "başvurucunun 'cemaat' mensubu olduğuna" yönelik beyanlarda bulunmuşlardır.

34. İstanbul 28. Ağır Ceza Mahkemesi 9/6/2017 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş, böylece E.2017/22 sayılı dosya üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır. Mahkeme 12/6/2017 tarihinde tensip (duruşmaya hazırlık) incelemesi yaparak davanın esasına ilişkin delillerin toplanması için bazı ara kararlar tesis etmiştir.

35. Başvurucunun yargılandığı davada ilk duruşma 11/7/2017 tarihinde yapılmıştır. Duruşmada başvurucunun savunmasının alındığı görülmektedir. Başvurucu savunmasında kendisine isnat edilen suçlamaları kabul etmediğini,iddianamede hakkındaki suçlamalara ilişkin yeterli delilin gösterilmediğini, "ByLock" uygulamasını kullanmasının ya da cep telefonuna yüklemesinin söz konusu olmadığını, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması için gerekli yasal hükümlere uygun olarak hareket edilmesi gerektiğini, kaynağı belli olmayan delillerin suçlamaya esas alınamayacağını ifade etmiştir. Başvurucunun ayrıca"ByLock" programıyla ilgili olarak uygulamaya ilişkin servis sağlayıcılarının

ayrıntılı kayıtlarının olup olmadığı; programın oluşturulması, indirilmesi ve kullanılmasıyla ilgili alt veri bilgilerinin tespit edilip edilmediği, bilişim korsanlarının bu programın indirilmesine ve kullanılmasına müdahalede bulunup bulunmadığı; ham verilerin neler olduğu, nerede bulunduğu ve bu verilerin toplanması sırasında bütünlüğün korunması prosedürüne uyulup uyulmadığı, kullandığı bildirilen IP numarasını başka birinin de kullanıp kullanmadığı konularında uzman bilirkişi raporu aldırılmasını talep ettiği görülmektedir.

36. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemesinde derdesttir ve başvurucunun tutukluluk hâli devam etmektedir.

37. Öte yandan HSYK Genel Kurulu 31/8/2016 tarihinde başvurucunun da aralarında olduğu 543 hâkim ve savcının 667 sayılı KHK'nın 3. maddesi uyarınca meslekten çıkarılmasına karar vermiştir. Anılan kararda *"ilgililerin mesleğe kabulleri ile başlayan, eğitim merkezi ve Türkiye Adalet Akademisindeki faaliyetleri, hizmet içi eğitim ve yabancı dil eğitimlerine katılımlarına, yurtdışına gönderilmelerine, özel yetkili savcılıklara veya mahkemelere yahut idari görevlere atanmalarına ilişkin bilgiler ile bu görevlendirmelerde ve yine bir silah olarak kullanılan özel yetkili mahkemelere hâkim veya unvanlı olarak, Teftiş Kurulu Başkanlığına, başkan, başkan yardımcısı veya müfettiş sıfatıyla, idari kurumlara tetkik hâkimi, daire başkanı veya yardımcısı, genel müdür veya yardımcısı sıfatıyla v.s. şeklinde yapılan atamalarda dikkate alınan kriterler, özlük dosyalarındaki bilgi ve belgeler, sosyal medya hesaplarındaki paylaşımları, ilgililer hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna intikal eden şikâyet, ihbar, inceleme ve soruşturma dosyaları ile bu dosyalar hakkında verilen kararlar, mahallinde yapılan araştırmalar, FETÖ/PDY terör örgütü ile ilintili dosyalarda görev alan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının bu dosyalarda yapmış oldukları işlemler ve verdikleri kararlar, örgüt mensuplarının haberleşme için kullandıkları şifreli programlarda yer alan kayıtlar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun FETÖ/PDY mensubu oldukları Emniyet Genel Müdürlüğü terörle mücadele birimlerince düzenlenen raporlarla sabit olan örgüt üyeleri hakkında tayin ettiği disiplin cezaları ve muhalefet şerhleri, sosyal çevre bilgileri ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından temin edilen bilgi ile belgeler, ilgililer hakkındaAnkara Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturmanın niteliği ve isnat edilen suçlamalar ile gözaltı ve tutuklama kararları, soruşturma kapsamında ifadelerine başvurulan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının ifade ve sorgu tutanakları, itirafçıların beyanları"* gerekçe gösterilerek başvurucunun da aralarında olduğu bu

hâkim ve savcıların FETÖ/PDY ile iltisak ve irtibatlarının olduğunun sabit görüldüğü değerlendirmesine yer verilmiştir. Başvurucunun kararın yeniden incelenmesi talebi, HSYK Genel Kurulu tarafından 29/11/2016 tarihinde kesin olarak reddedilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

38. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü 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;

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

..."

39. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 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) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki 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."

40. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Silâhlı örgüt"* kenar başlıklı 314. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

41. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun *"Terör tanımı"* kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

42. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçlusu"* kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır."

43. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçları"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

44. 3713 sayılı Kanun'un *"Cezaların artırılması"* kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

45. Mahkemenin 26/7/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

46. Başvurucu, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüyle ve darbeye kalkışan askerlerle bir ilgisinin bulunmadığını, FETÖ/PDY ile de bir bağının olmadığını, dosyada suç işlediğine yönelik herhangi bir delil olmaksızın yalnızca HSYK tarafından verilen görevden uzaklaştırma kararına ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının yazısına dayanılarak tutuklandığını, olayda kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığını, darbe teşebbüsü sonrasında hâkim ve savcılardan görevden uzaklaştırılanlar ve tutuklananlar olmasına rağmen kendisinin kaçmadığını ve görevinin başında kalmaya devam ettiğini, görevden uzaklaştırıldığını öğrendiğinde

dahi kaçmadığını ve arama yapmak üzere gelen görevlileri evinde beklediğini, pasaportunun bulunmadığını, hiç yurt dışına çıkmadığını, bu itibarla kaçma şüphesinin bulunmadığını, tutuklama kararında kendisine yönelik bir kişiselleştirme yapılmadığını, tutuklamanın ölçüsüz olduğunu, kendisi gibi görevden uzaklaştırılan yargı mensuplarından adli kontrol tedbiri uygulanarak serbest bırakılanlar olduğunu belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş; tahliye ve tazminat talebinde bulunmuştur.

47. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) tutukluluğa ilişkin benzer kararları hatırlatılarak suç işlediği şüphesiyle bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabilmesi için ilgilinin atılı suçu işlediği yönünde makul şüphe ya da inandırıcı nedenlerin bulunması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre makul şüphenin varlığı için elde edilen delillerin -somut olayın koşulları da dikkate alındığında- olaylara dışarıdan bakan ve tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olması gerekir. Öte yandan gözaltına alma anında veya nezarette iken bir kişiye suç isnadında bulunmak için yeterli delil elde edilmiş olması koşulu aranmamaktadır.

48. Bakanlığa göre başta yargı kurumları, emniyet teşkilatı ve TSK olmak üzere tüm kamu kurum ve kuruluşlarına üyelerini legal görünüm altında yerleştirmiş olan FETÖ/PDY, benzeri daha önce görülmemiş kendine özgü bir terör örgütü olup aynı zamanda medya organlarından sendikalara, finans sektöründen eğitim kurumlarına kadar her alanda kendi organizasyonunu oluşturan paralel bir yapılanmadır. FETÖ/PDY mensupları -tüm kamu kurumlarına olduğu gibi- yargı kurumları içine de sinsi bir şekilde sızarak paralel bir yargı gücü oluşturmuşlardır.

49. Bakanlık, söz konusu örgütün -darbe teşebbüsüyle birlikte- millî güvenlik açısından oluşturduğu somut tehlikenin büyüklüğü dikkate alındığında FETÖ/PDY üyesi olanların gözaltına alınması ve tutuklanması hususunda kuvvetli şüphenin bulunduğunu, bu bağlamda meslekten çıkarılmasına ilişkin HSYK kararındaki değerlendirmeler gözönüne alındığında başvurucunun tutuklanması için yeterli suç şüphesinin olduğunu belirtmektedir. Öte yandan başvurucunun FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki haberleşmelerini sağladıkları "Bylock" programının kullanıcısı olduğu tespit edilmiştir. Yine başvurucunun FETÖ/PDY içinde etkin biri olduğuna yönelik tanık beyanları bulunmaktadır. Bakanlığa göre sonuç olarak başvurucunun iddiaları açıkça dayanaktan yoksundur.

50. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında Bakanlık görüşünde belirtilen olguların kuvvetli suç şüphesi bulunmadan tutuklandığı yönündeki şikâyetini doğruladığını, Bakanlık görüşünde de kendisiyle ilgili somut bir delilden bahsedilmediğini, görevden uzaklaştırılan kişilerden bir kısmının tutuklanmadığını hatta bu kişilerden mesleğe dönenler olduğunu, dolayısıyla bu kararların kuvvetli suç şüphesine dayanak alınamayacağını, Bakanlık görüşünde belirtilen "ByLock" isimli uygulamayı kullanmadığını ve bu programa ilişkin bilgilerin doğruluğu konusunda ciddi şüpheler bulunduğunu iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

51. 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."

52. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması"* kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

53. Anayasa'nın *"Kişi hürriyeti ve güvenliği"* kenar başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

...

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."

54. Başvurucunun iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

1. Uygulanabilirlik Yönünden

55. Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacağını belirtmiştir. Buna göre olağanüstü bir durumun bulunması ve bunun ilan edilmesinin yanı sıra bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirin olağanüstü durumla bağlantılı olması hâlinde inceleme Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca yapılacaktır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 187-191).

56. 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsünden sonra Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, 21/7/2016 tarihinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar vermiş; daha sonra da olağanüstü hâl, dört kez üçer aylık sürelerle uzatılmıştır. Olağanüstü hâl ilanı nedenlerinin başında darbe teşebbüsü gelmektedir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 224, 226). Olağanüstü hâl ilanı ile darbe teşebbüsünden kaynaklanan tehlikenin yanı sıra bu teşebbüsün arkasında olduğu değerlendirilen FETÖ/PDY'den kaynaklanan tehdit ve tehlikenin de bertaraf edilmesinin amaçlandığı görülmektedir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 48, 222, 229). Nitekim darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanmanın FETÖ/PDY olduğuna ilişkin kamu makamlarınca ve soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmeler olgusal temellere dayanmaktadır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 216).

57. Başvurucunun tutuklandığı tarihte Türkiye'de olağanüstü hâl yönetim usulü yürürlüktedir. Soruşturma mercilerince, başvurucunun darbe teşebbüsü kapsamında bir suç işlediği ileri sürülmemekle birlikte

başvurucuya yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlama, başvurucunun darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıdır (bkz. §§ 24, 33). Soruşturma makamları ve adli merciler, somut olgulara dayanarak anılan yapılanmanın silahlı bir terör örgütü olduğunu değerlendirmektedir (bkz. §§ 11-12, 20-21). Dolayısıyla başvurucunun tutuklanmasına dayanak olan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu görülmektedir.

58. Bu itibarla başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olup olmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucunun tutuklanmasının başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecek; aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 193-195, 242).

2. Genel İlkeler

59. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

60. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemde sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53, 54; *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 246, 226).

61. Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman*, § 43; *Halas Aslan*, § 55).

62. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 57). Buna göre tutuklama ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamada meşru bir amacın olması için ön koşul, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bu husus, 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 (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

63. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konması her zaman mümkün olmayabilir. Tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ve/veya kovuşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87; *Halas Aslan*, § 76). Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Suç isnadına ve dolayısıyla tutuklamaya 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*, § 73).

64. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında ayrıca, tutuklamanın "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak *"bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde"* ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır (*Halas Aslan*, § 58).

65. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde, kişilerin ancak haklarında suç işlediklerine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabileceği belirtildikten sonra tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hâllerinde tutukluluk kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir liste bulunmaktadır (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46; *Halas Aslan*, § 59).

66. Anayasa'nın 13. maddesinde ayrıca temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"tutuklamayı zorunlu kılan"* ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir. Anılan Anayasa hükümlerine paralel bir şekilde 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72).

67. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "ölçülülük" ilkesini gözetmek öncelikle tutuklama tedbirini uygulayan yargı mercilerinin görevidir. Bu nedenle bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir (*Murat Narman*, § 62). Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde, tutuklamanın ön şartı olan "kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğu"nun, ayrıca "tutuklama nedenleri"nin ortaya konması gerekmektedir. Bu husus tutuklama kararlarının düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da ifade edilmiştir. Buna göre tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilecektir (*Halas Aslan*, § 75).

68. Başlangıçtaki bir tutuklama için işin doğası gereği Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin dayandığı tüm olguların

somut olarak belirtilmesi mümkün olmayabilir (*Halas Aslan*, § 77). Öte yandan tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekir. Bu bağlamda adli kontrol yükümlülükleri tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan koruma tedbirleridir. Dolayısıyla tutukluluğun ölçülü olduğunun söylenebilmesi için buna ilişkin kararlarda öncelikle adli kontrol tedbirlerinin tutuklama ile ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından neden yeterli olmadığı ortaya konmalıdır(*Halas Aslan*, § 79).

3. İlkelerin Olaya Uygulanması

69. Başvurucu, darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY mensubu olduğu iddiasıyla yürütülen soruşturma kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olma suçlamasıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Bu itibarla başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

70. Başvurucu hakkında verilen tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararları incelendiğinde (bkz. §§ 28, 29) kuvvetli suç şüphesine ve tutuklama nedenlerine ilişkin olarak Bursa 4. ve 5. Sulh Ceza Hâkimlikleri tarafından yapılan değerlendirmeler karşısında başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin Anayasa ve Kanun'un öngördüğü anlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

71. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında ilk tutuklamaya ilişkin yargısal denetimin en önemli parçası, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama tedbirine başvurmanın zorunlu koşulları arasında sayılan suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" bulunup bulunmadığı hususudur. Bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı ilk tutma bakımından yeterli olabilir (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 84).

72. Başvurucu hakkında verilen tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararlarında suç şüphesinin varlığına ilişkin olarak dosyada somut delillerin olduğu belirtilerek özellikle şüpheli beyanlarına atıf yapılmış, ayrıca başvurucunun HSYK tarafından görevden uzaklaştırıldığına değinilmiştir (bkz. §§ 28, 29).

73. Başvurucu hakkında düzenlenen iddianamede, başvurucunun FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen "ByLock" uygulamasının kullanıcısı olduğu belirtilmiştir. Buna göre başvurucu anılan uygulamayı ilk olarak 16/8/2014 tarihinde (HSYK seçimlerinden kısa bir süre önce) kullanmıştır (bkz. § 33).

74. Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında "ByLock" uygulamasının soruşturma ve kovuşturma mercilerince tespit edilen "kurumsal ve ticari mahiyetinin olmaması, uygulama üzerinden yapılan iletişimin çözümlenen içeriğinin tamamına yakınının FETÖ/PDY unsurlarına ait örgütsel temas ve faaliyetlere ilişkin olması, uygulamayla ilişkili İnternet kaynaklı yayınların çoğunlukla sahte hesaplar üzerinden yapılması ve burada FETÖ/PDY lehine paylaşımlarda bulunulması, büyük bir kullanıcı kitlesine sahip uygulamanın 15 Temmuz darbe teşebbüsü öncesinde diğer kişilerce bilinmemesi, kullanıcılarının belirlenmesini önlemeye yönelik olağan dışı işleyişinin ve şifreleme sisteminin bulunması, kullanımın ancak diğer bir kullanıcının onaylamasıyla mümkün hâle gelmesi ve bu yönüyle hücre tipi örgütlenmeye elverişli olması, haberleşme içeriğinin belirli bir süre sonra otomatik olarak kendiliğinden silinmesi" gibi özellikleri (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 106) gözönüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 267). Buna göre soruşturma makamlarınca veya tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan başvurucunun "ByLock" uygulamasını kullanmasının ve/veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlara yüklemesinin somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfî bir tutum olarak değerlendirilemez.

75. Öte yandan yargı mensubu oldukları anlaşılan ve FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan bazı şüphelilerin ifadelerinde, hâkim olarak görev yapmakta olan başvurucunun FETÖ/PDY ile irtibatının olduğuna ve bu yapılanmaya mensup olduğuna yönelik anlatımlarda bulundukları görülmektedir. Bu kişilerden E.B. "başvurucunun yapılanmanın her yıl Türkiye'nin değişik yerlerinde yapılan (yapılanmaya mensup olup aynı dönemde göreve başlayan hâkim ve savcıların bir araya geldiği) devre toplantılarına katıldığını", E.Y. ise "başvurucunun kendilerinden

yapılanma için maaşlarının bir bölümünü vermelerini isteğini" ifade etmiştir (bkz. § 33). Bu itibarla başvurucu yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli belirtilerin bulunduğu görülmektedir.

76. Diğer taraftan yargılanmasına devam olunan başvurucu hakkında uygulanan ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması şeklindeki ön koşulu yerine gelmiş olan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki denetimi, tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 79; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, § 136; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 226). Anayasa Mahkemesinin görevi, bir suç isnadı sebebiyle adaletin sağlanması meşru amacına yönelik olarak neyin en uygun tedbir veya önlem olduğunu değerlendirmek değil bireysel başvuruya konu müdahalenin (somut olayda tutuklama tedbirinin) Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Bu bağlamda yürütülen soruşturmalarda uygulanan tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar da dâhil olmak üzere somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerekir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 268).

77. Öncelikle terör suçlarının soruşturulması, kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır (*Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 214).

78. Darbe teşebbüsü sırasında gerçekleşen vahim olayların toplumda oluşturduğu kaygı, teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin karmaşıklığı ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike (bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*,§§ 15-19, 26), darbe teşebbüsüne ilişkin faaliyetler kapsamında ülke genelinde binlerce kişi tarafından icra edilen suç oluşturabilecek nitelikteki on binlerce eylemin aynı anda işlenmesi, bunun yanı sıra çoğunluğu önemli yerlerde kamu görevlisi olan on binlerce şüpheli hakkında doğrudan darbeyle ilişkili olmasa da FETÖ/PDY'ye mensubiyet nedeniyle ivedilikle soruşturma yapılması ihtiyacı birlikte dikkate alındığında soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde

yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 271).

79. Darbe teşebbüsüyle bağlantılı veya darbe teşebbüsüyle bağlantılı olmasa bile teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY ile bağlantılı kişilerin teşebbüs sırasında veya sonrasında ortaya çıkan kargaşadan yararlanmak suretiyle kaçma imkânı ve bu dönemde delillere etki edilmesi ihtimali normal zamanda işlenen suçlara göre çok daha fazladır. Diğer taraftan FETÖ/PDY'nin ülkedeki neredeyse tüm kamu kurum ve kuruşlarında örgütlenmiş olması, yüz elliyi aşkın ülkede faaliyet göstermesi ve ciddi seviyede uluslararası ittifaklarının bulunması, bu yapılanma ile ilgili olarak soruşturmaya tabi tutulan kişilerin yurt dışına kaçmasını ve yurt dışında barınmasını büyük ölçüde kolaylaştıracaktır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 272).

80. Somut olayda başvurucu hakkında verilen tutuklama kararında tutuklama nedeni olarak öncelikle isnat edilen suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve Kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasında olmasına dayanılmış, ayrıca suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı ile işin önemi itibarıyla tutuklamanın ölçülü olduğu belirtilmiş ve adli kontrolün yetersiz kalacağına değinilmiştir. Son olarak hâkim olarak görev yapmakta olan başvurucunun serbest bırakılması hâlinde adaletin işleyişine zarar verecek faaliyette bulunabileceğine işaret edilmiştir (bkz. § 28). Tutukluluğa yönelik itirazın reddi kararında ise tutuklama nedenleri açıklanırken soruşturma konusu olayla ilgili delillerin henüz tam olarak toplanmadığı, darbe teşebbüsüne ilişkin ülke genelinde elde edilen deliller ile dijital veriler üzerindeki incelemelerin henüz tamamlanmadığı, darbe girişiminin tüm unsurlarıyla aydınlatılmadığı belirtilerek bu aşamada delillerin karartılmasını ve kaçma şüphesini engellemek için adli kontrolün yetersiz kalacağı ifade edilmiştir (bkz. § 29).

81. Bu itibarla başvurucu hakkında tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile Bursa 4. ve 5. Sulh Ceza Hâkimlikleri tarafından verilen kararların içerikleri birlikte değerlendirildiğinde başvurucu yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunmasının yanı sıra kaçma ve delilleri etkileme tehlikesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olduğu söylenebilir.

82. Ayrıca hâkim olarak görev yapmakta olan başvurucunun HSYK tarafından 10/8/2016 tarihinde görevden uzaklaştırıldıktan hemen sonra Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yazılan yazı üzerine Bursa Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturmada 11/8/2016 tarihinde gözaltına alınması ve 12/8/2016 tarihinde tutuklanması karşısında soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak "gerekli" olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

83. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

84. Buna göre başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama yoluyla yapılan müdahalenin, bu hakka dair Anayasa'da (13. ve 19. maddelerde) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

VI. HÜKÜM

A. Başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 26/7/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

FEYZİ İŞBAŞARAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/19529)

Karar Tarihi: 21/9/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör Yrd.	:	Yusuf Enes KAYA
Başvurucu	:	Feyzi İŞBAŞARAN
Vekili	:	Av. Muzaffer DEĞİRMENCİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 16/12/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu geçmişte farklı dönemlerde milletvekili olarak seçilmiştir. Başvurucu, Cumhurbaşkanının, Başbakan ve Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı olarak görev yaptığı dönemde bu partiye mensup olarak bir süre milletvekilliği yapmıştır.

8. Başvurucu hakkında çıkarılan bir yakalama emrine istinaden 7/12/2014 tarihinde saat 9.30 sıralarında adliyeye sevk edildiği esnada Cumhurbaşkanlığı avukatları Taksim Polis Merkezine gelerek başvurucunun "Twitter" isimli sosyal paylaşım sitesi üzerinden Cumhurbaşkanına hakaret ettiği yönünde şikâyette bulunmuşlardır.

9. Başvurucuya ait anılan sosyal medya hesabından aşağıda belirtilen paylaşımların yapıldığı tespit edilmiştir:

"Savcı uyuyormuş…Bekliyorum. Beni korkutmanız mümkün değil. Çok daha sert yazacağım. Seni indireceğim. HIRSIZ"

"Ulan p.. . Biz 12 Eylül Mamaktan geliyoruz. Sen kimsin HIRSIZ?"

"Senin gibi hırsızdan zerre kadar korkan Bingöl olsun. Seni daha sert yazacağım."

"Saat bu saat Diktatör bizi karakola çağırmış. Çok da S…deydi zaten. Direnin. Bu bir savaş"

"Diktatör emir vermiş. Feyzi İşbaşaran'ı sabah alın korkutun. Çok da s…deydin zaten. Hırsız. Sen sokakta gideceksin." Londra'dan geldim. Saat bu saat. Tayyip'in polisleri otelde kaldığım odayı bastı, giyinip gidiyorum. Senden korkan senin kadar alçak"

"Haysiyetsiz diktatör, sen sabah 06'da otelden adam mı alıyosun? ... Sen kesinlikle ölümü hak ettin. Adi Alçak"

"Hodri meydan...hiç korkmam, çünkü hırsız değilim. Seni tüm dünyaya rezil edeceğim"

"Bir ülkenin Cumhurbaşkanı muhalefet partilerini muhatap alıyorsa, o Cumhurbaşkanı değil . Ülkede Başbakan yok demektir. Bu rejim değişikliği"

"Bu adam Cumhurbaşkanlığı yapamaz! Israr ederse, hem kendisi hem de ülke kaybeder. 6 Ay sonra istifa etmek zorundakalacak"

"Bir Cumhurbaşkanına "Alçakça" söylem yakışmaz. Taçlanan baş akıllanır diye bir atasözü var. Bunun akıllanacağı yok"

"Ben herhangi bir partiden değilim.Hırsız da değilim. Çalınan mal milletin malı. "Çalıyor ama iş yapıyor diyen bir millet yok"

"Bağırarak çağırarak korkutarak geziciler nerde? O nerde?Bunerde ? deme herkes yerli yerinde. Sadece senkorkuyorsun.Yolun sonu belli"

10. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 7/12/2014 tarihinde başvurucunun gözaltına alınması ve ertesi gün de mevcutlu olarak adliyede hazır edilmesi talimatı verilmiştir.

11. Savcılık tarafından 8/12/2014 tarihinde, iki avukatının da hazır bulunmasıyla başvurucunun ifadesi alınmıştır. Başvurucu bu ifadesinde "Twitter" adlı sosyal paylaşım sitesindeki bazı sözleri kendisinin yazdığını, bazı sözlerin ise kendisine ait olmadığını, bunların "kopyala-yapıştır" yapılmak suretiyle yazıldığını, bir kısım ibareyi ise başka birisine yönelik olarak yazdığını beyan etmiştir. Cumhuriyet Savcısı, aynı gün tutuklama nedenlerinin bulunduğu gerekçesiyle başvurucuyu tutuklanması istemiyle sulh ceza hâkimliğine sevk etmiştir.

12. Başvurucu, İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği önündeki sorgusu sırasında Cumhuriyet Savcısına verdiği ifadeye benzer şekilde anlatımda bulunmuştur. Hâkimlik tarafından başvurucunun tutuklanmasına karar verilmiştir. Tutuklama kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Şüpheli FEYZİ İŞBAŞARAN'ın üzerine atılı Cumhurbaşkanına Hakaret suçundan; atılı suçun niteliği, mevcut delil durumu, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin varlığı, şüphelinin aleniyet oluşturan birden çok ağır hakaret içeren mesajlarını birden çok kez yazması, suç kastının artarak devam etmesi, müştekinin şüpheliye yönelik herhangi bir eylemi olmadığı halde veya kendisinin gözaltına alınmasında herhangi bir katkısı olmadığı halde müştekinin ve ailesini özel olarak tahkir edecek mesajlar yazması ve bu mesajların da sosyal medya üzerinde kamuoyu tarafından görülüp değerlendirilmesi, atılı suçun yasada öngörülen cezasının üst sınırı dikkate alınarak, atılı suç yönünden beklenen ceza veya güvenlik önlemi değerlendirildiğinde "ölçülülük" ilkesi uyarınca daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbirinin uygulanmasının bu aşamada yetersiz kalacağı anlaşıldığından CMK'nun 100 ve devamı maddeleri uyarınca şüphelinin tutuklanmasına [karar verildi]…"

13. Başvurucu vekili 10/12/2014 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiştir.

14. İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliği 12/12/2014 tarihinde itirazın kesin olarak reddine karar vermiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

> *"... suç şüphesinin varlığını gösteren olguların varlığı nazara alındığında delillerin tam olarak toplanmamış olması, tutuklama koşullarının değişmemiş, salıverme koşullarının oluşmaması sebebiyle itirazın reddine karar veril[di]"*

15.Başvurucu, 16/12/2014 tarihinde süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

16. 22/12/2014 tarihinde Cumhuriyet Savcısı, Cumhurbaşkanına hakaret suçundan kovuşturma yapılabilmesi için Bakanlıktan izin verilmesi talebinde bulunmuş, Adalet Bakanının 23/12/2014 tarihli Olur'u ile kovuşturma izni verilmiştir.

17. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 12/1/2015 tarihli iddianamesi ile başvurucunun anılan paylaşımları dolayısıyla "tehdit ve Cumhurbaşkanına hakaret" suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır. İddianamede başvurucuya ait telefona el konulduğu ve telefondan "imaj" alındığı, yine suça konu tweetlerin başvurucuya ait bir elektronik cihazdan (ipad) atılmış olma ihtimaline binaen bu cihazla ilgili elkoyma kararı alınarak cihaz üzerinde İstanbul Asayiş Şube Müdürlüğünce inceleme yaptırıldığı belirtilmiştir.

18. Davanın görüldüğü İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesi 15/1/2015 tarihinde tensip ile birlikte yaptığı inceleme sonucunda başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir.

19. Başvurucu anılan karara itiraz etmiş; İstanbul 18. Ağır Ceza Mahkemesi 20/1/2015 tarihinde başvurucunun itirazını kabul ederek tahliyesine karar vermiştir. Mahkeme, tahliye ile birlikte başvurucu hakkında yurt dışına çıkış yasağı koymak suretiyle adli kontrol tedbiri uygulanmasına da karar vermiştir.

20. İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesi 31/12/2015 tarihli kararıyla başvurucunun "Cumhurbaşkanına hakaret" suçundan 1 yıl 10 ay 15 gün hapis, "tehdit" suçundan ise 1 yıl hapis cezaları ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

21. Anılan karar, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 12/6/2017 tarihli ilamıyla (Cumhurbaşkanına hakaret suçundan verilen cezanın 1 yıl 9 ay hapis olarak değiştirilmesi suretiyle) düzeltilerek onanmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

22. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları 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."

23. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 101. maddesinin (1), (2) ve (5) 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: 2/7/2012-6352/97 md.) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki 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.

...

(5) Bu madde ile 100 üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir."

24. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Cumhurbaşkanına hakaret"* kenar başlıklı 299. maddesi şöyledir:

"(1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır."

25. 5237 sayılı Kanun'un *"Tehdit"* kenar başlıklı 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 21/9/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

27. Başvurucu tutuklanmasını gerektirecek kuvvetli belirti ve somut delil bulunmamasına rağmen tutuklandığını belirtmiştir. Tutuklamaya gerekçe olarak 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin gösterildiğine işaret eden başvurucu, tutuklama gerekçesinde belirtilen hiçbir hususun söz

konusu maddenin kapsamında yer almadığını ifade etmiştir. Başvurucu, tutuklanmasının keyfî, orantısız ve haksız olduğunu öne sürmüştür. Başvurucuya göre, tutuklama kararında delillerin tam olarak toplanmadığı belirtilerek soyut gerekçelere dayanılmış, tutuklanmasını haklı gösterecek herhangi bir somut gerekçe ortaya konulamamıştır. Başvurucu sonuç olarak Anayasa'nın 2., 10. ve 19. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tahliye talebinde bulunmuştur.

28. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin benzer kararlarına atıf yapılarak, suç işlediği şüphesiyle bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabilmesi için atılı suçu işlediği yönünde makul şüphe ya da inandırıcı nedenlerin bulunması gerektiği vurgulanmıştır. Bakanlık makul şüphenin varlığının elde edilen deliller ve somut olayın koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan ve tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olması gerektiğinin altını çizmiş, başvurucunun üzerine atılı suçun üst sınırı dikkate alındığında tutuklama kararı verilmesine engel bir hâl bulunmadığının ve üzerine atılı suçu işlediğine yönelik kuvvetli suç şüphesinin olmadığının söylenemeyeceğini belirtmiştir.

B. Değerlendirme

29. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."

30. 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 itibarla başvurucunun tutuklamanın hukuki olmadığına yönelen iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamındaincelenmesi gerekir.

1. Genel İlkeler

31. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan

sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

32. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın -Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen- kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53, 54).

33. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi gerektiği kuralına yer verilmiştir. Bu bağlamda birbirleriyle uyumlu olan Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman*, § 43; *Halas Aslan*, § 55).

34. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında; tutuklamaya kimler hakkında, hangi hâllerde ve kimin tarafından karar verileceği açıklanmıştır. Maddede, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 57).

35. Buna göre tutuklama, ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla

tutuklamada meşru bir amacın olması için ön koşul, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bu husus, 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 (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

36. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmayabilir.Tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını/kovuşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87). Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Dolayısıyla 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*, § 73).

37. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, tutuklamanın "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasa koyucu tutuklama nedenlerine ilişkin olarak *"bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde"* ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır. Anayasa'nın, tutuklamanın meşru nedenlerinin belirlenmesi bakımından kanun koyucuya takdir hakkı tanıdığı görülmektedir (*Halas Aslan*, § 58).

38. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde, kişilerin ancak haklarında suç işlediklerine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabileceği belirtildikten sonra tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hâllerinde tutukluluk kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli

şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir liste bulunmaktadır (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46; *Halas Aslan*, § 59).

39. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"tutuklamayı zorunlu kılan"* ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir. Anılan Anayasa hükümlerine paralel bir şekilde 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72).

40. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "ölçülülük" ilkesini gözetmek öncelikle tutuklama tedbirini uygulayan yargı mercilerinin görevidir. Bu nedenle bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir (*Murat Narman*, § 62). Bir kişinin gerekçeden yoksun bir yargı kararıyla tutuklanması kabul edilemez. Bununla beraber tutukluluğu meşru kılan gerekçeler gösterilerek bir şüpheli ya da sanığın tutuklanması mümkündür. Ancak aşırı derecede kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı vermek, bu çerçevede değerlendirilmemelidir (*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 70).

41. Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde, tutuklamanın ön şartı olan "kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğu"nun ve "tutuklama nedenleri"nin ortaya konulması gerekmektedir. Bu husus tutuklama kararlarının düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da ifade edilmiştir. Buna göre tutuklamaya ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilecektir (*Halas Aslan*, § 75). Diğer taraftan tutukluluğun ölçülü olduğunun söylenebilmesi için buna ilişkin kararlarda öncelikle adli kontrol tedbirlerinin tutuklamayla ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından neden yeterli olmadığı ortaya konmalıdır. Bu husus tutuklama istemleri yönünden 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 79).

2. İlkelerin Olaya Uygulanması

42. Başvurucu, Cumhurbaşkanına hakaret suçunu işlediği iddiasıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Bu itibarla başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

43. Başvurucu hakkında verilen tutuklama kararındaki gerekçeler (bkz. §§ 12, 14) dikkate alındığında kuvvetli suç şüphesine ve tutuklama nedenlerine ilişkin olarak mahkemeler tarafından yapılan değerlendirmeler karşısında anılan müdahalenin Anayasa ve Kanun'un öngördüğü anlamda meşru bir amacının bulunduğu görülmektedir.

44. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında ilk tutuklamaya ilişkin yargısal denetimin en önemli parçası, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama tedbirine başvurmanın zorunlu koşulları arasında sayılan suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" bulunup bulunmadığı hususudur. Bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı ilk tutma bakımından yeterli olabilir (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 84).

45. Başvurucunun tutuklanmasına konu olayda soruşturma mercilerinin tespitine göre Cumhurbaşkanına yönelik tehdit ve hakaret içeren paylaşımların yapıldığı "Twitter" hesabı başvurucuya aittir. Başvurucu hakkında düzenlenen iddianamede tweetlerin başvurucuya ait elektronik cihazdan (ipad) atılarak sonrasında silindiği, bu silinme kayıtlarının da tespitinin yapıldığı şeklinde değerlendirmede bulunulmuştur. Başvurucu yapılan yargılama sonucunda Cumhurbaşkanına hakaret ve tehdit suçlarından hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.

46. Başvurucu hakkında verilen tutuklama kararında açıklanan gerekçeler, iddianameyle başvurucuya isnat edilen eylemler ile bu eylemlere ilişkin olarak dayanılan delillerin içeriği, başvurucunun üzerine atılı suçtan mahkum edildiği ve mahkûmiyet hükmünün temyiz incelemesinden geçerek kesinleştiği hususları birlikte değerlendirildiğinde başvurucu yönünden suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

47. Diğer taraftan başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı değerlendirilirken anayasal denetimin tutuklamaya ilişkin süreç ile tutuklama gerekçeleri üzerinden yapılması

gerekir (*Mehmet Baransu* (2), B. No: 2015/7231, 17/5/2016, § 136). Başvurucu hakkında tutuklama kararı verilirken İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama nedeni olarak suçun niteliğine ve delil durumuna dayandığı, isnat edilen suçlara ilişkin kanunda öngörülen cezanın miktarına atıf yaparak tutuklamanın ölçülü olduğunu belirttiği ve adli kontrolün yetersiz kalacağına değindiği görülmektedir (bkz. § 12). Başvurucuya isnat edilen Cumhurbaşkanına hakaret suçu, 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası gerektiren ve suçun alenen işlenmesi hâlinde ceza miktarının 1/6 oranında artırılması öngörülen nitelikli bir suçtur (bkz. § 24). İsnat edilen suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı, kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (*Hüseyin Burçak*, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61). Öte yandan tutukluluğa yapılan itirazın incelendiği kararda İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliği, delillerin toplanmamış olduğu hususuna değinmiştir (bkz. § 14). Gerçekten de yukarıda da belirtildiği (bkz. § 17) gibi söz konusu paylaşımların başvurucu tarafından yapılıp yapılmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırıldığından başvurucunun tutuklandığı aşamada delillerin toplanmasının devam ettiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla tutuklama nedenleri konusunda hakimliklerce dayanılan hususların olgusal temelleri bulunmaktadır.

48. Son olarak başvurucu, suça konu sosyal medya paylaşımlarını yaptığının soruşturma mercilerince tespit edilmesinden hemen sonra gözaltına alınmış ve ertesi gün tutuklanmıştır. Başvurucu hakkındaki soruşturma süresi 38 gün sürmüş ve başvurucu kovuşturma aşamasında ilk incelemenin ardından -dava açıldıktan 5 gün sonra- tahliye edilmiştir. Böylece başvurucunun tutukluluk süreci 43 gün devam etmiştir. Dolayısıyla başvurucunun, delillerin toplanmasını ve soruşturma sürecinin tamamlanmasını müteakip tahliye edildiği görülmektedir. Bu itibarla somut olayın koşullarında kuvvetli suç şüphesinin var olduğunun kabul edildiği, diğer tutuklama koşullarının mevcut olduğuna dair yargı organlarının genel değerlendirmelerinin somut olayın koşulları ile açıkça çelişmediği, başvurucunun tutuklu kaldığı süre de dikkate alındığında tutuklamanın süreç bakımından "gerekli" olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

49. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

A. Başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 21/9/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

YUSUF GÜRKAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/11067)

Karar Tarihi: 18/10/2017

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
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportörler	:	Mehmet Sadık YAMLI
		Gülbin AYNUR
Başvurucu	:	Yusuf GÜRKAN
Vekili	:	Av. Güray GÜNEŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, askerliğe elverişli olunmadığı hâlde askerlik hizmeti yaptırılmasından dolayı uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan davanın süre aşımı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/7/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

6. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

7. Birinci Bölümün 6/7/2017 tarihinde yaptığı toplantıda, verilecek kararın Bölümlerin önceden vermiş olduğu kararlarla çelişebileceği anlaşıldığından başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülmüş ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucunun son yoklaması 24/3/2005 tarihinde yapılmış ve muayene sonucunda askerliğe elverişli olduğuna karar verilmiştir.

10. 23/5/2005 tarihinde askere sevk edilen başvurucu, zorunlu askerlik hizmetini tamamlayarak 24/8/2006 tarihinde terhis edilmiştir.

11. Terhisten sonra uzman erbaş adaylığına müracaat eden başvurucu 2009 yılında sözleşme imzalayarak piyade uzman erbaş olarak Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) emrinde göreve başlamıştır. Görevi esnasında

yapılan sağlık kontrolü üzerine hakkında düzenlenen 28/9/2012 tarihli Sağlık Kurulu raporunda *37/B/5 Ailesel Akdeniz Ateşi* tanısı nedeniyle *''Askerliğe elverişli değildir. TSK'da görev yapamaz.''* tespiti yapılmıştır. Bu raporun 9/11/2012 tarihinde Millî Savunma Bakanlığınca (MSB) onaylanıp kesinleşmesinin ardından başvurucunun sözleşmesi sağlık nedeniyle 27/11/2012 tarihinde feshedilmiştir.

12. Başvurucu, söz konusu hastalık nedeniyle doğuştan askerliğe elverişli olmadığı hâlde idarece yeterli muayene yapılmadığı için bu durumun tespit edilememesi sonucu kendisine askerlik yaptırıldığını belirterek bu sebeple uğradığı zararların tazmini istemiyle 25/12/2012 tarihinde idareye başvurmuş; başvurunun zımnen reddi üzerine 25/2/2013 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) dava açmıştır.

13. AYİM İkinci Dairesi (Mahkeme), oyçokluğuyla verdiği kararladavayı süre aşımı nedeniyle reddetmiştir. 31/10/2013 tarihli kararın gerekçesinde özetle şu hususlara yer verilmiştir: Öncelikle davanın idari işlemden (askerliğe elverişli olmadığı hâlde askere alma işlemi) doğan bir tam yargı davası niteliğinde olduğu tespit edilmiş, başvurucunun en geç terhis tarihinde bu işlemi öğrendiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı mülga Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca davanın en geç terhis tarihinden (24/8/2006) itibaren altmış gün içinde doğrudan veya aynı Kanun'un 35. maddesi uyarınca davalı idareye ihtiyari müracaatta bulunularak ve bu müracaat üzerine idarenin cevabının niteliğine göre yine aynı maddede öngörülen usul uyarınca hesaplanacak süre içinde dava açılması gerektiği belirtilmiştir. Başvurucunun ise bu süreler geçirildikten çok sonra 25/12/2012 tarihinde idareye yaptığı başvurunun zımnen reddi üzerine 25/2/2013 tarihindeaçtığı davanın süresinde olmadığı ifade edilmiştir.

14. Karşıoy gerekçesinde ise başvurucunun terhis edildiği tarihte söz konusu rahatsızlıktan ve dolayısıyla zararının varlığından haberdar olduğundan söz edilemeyeceği, bu sebeple dava açma süresinin başlangıcında terhis tarihinin esas alınmaması gerektiği vurgulanmıştır. Başvurucunun, askerliğe elverişli olmadığının tespit edildiği sağlık raporunun kesinleşmesiyle birlikte zararı öğrendiğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre başvurucunun raporun kesinleştiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde idareye yaptığı başvurunun zımnen reddi üzerine açtığı davanın süresinde olduğu belirtilmiştir.

15. Başvurucunun karar düzeltme istemi aynı Mahkemenin 14/5/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

16. Nihai karar başvurucuya 8/6/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 8/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. İlgili Sözleşme

18. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

> *"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda karar verecek olan,... bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir..."*

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

19. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 6. maddesinin medeni hukuk alanına giren konularda uygulanabilirliği ilk olarak bir uyuşmazlığın varlığına bağlıdır. İkinci olarak uyuşmazlık en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek hak ve yükümlülükler ile ilgili olmalıdır. Son olarak ise bu hak ve yükümlülükler -her ne kadar bizzat 6. madde bu hak ve yükümlülüklere Sözleşmeci devletlerin hukuk sistemi içinde belirli bir anlam atfetmese de- Sözleşme anlamında "medeni" nitelikte olmalıdır (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 81).

20. AİHM, "medeni hak" kavramının özel bir kişi olmaktan ziyade vatandaş olmanın bir gereği olarak bireyde var olan ve özü itibarıyla kamu hukukuna ilişkin bulunan hak ve yükümlülükleri içermediğini ifade etmektedir. Bu bağlamda AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının askerlik hizmeti ve bu hizmete alternatif kamu hizmetlerine ilişkin yargısal süreçlere uygulanmayacağını kabul etmektedir (*Nicolussi/Avusturya* (k.k.), B. No: 11734/85, 8/5/1987).

21. AİHM, uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin olup olmadığını tespit ederken davanın konusundan ziyade davada tartışılacak meseleye odaklanmaktadır. AİHM'in *Panjeheighalehei/Danimarka* ((k.k.),

B. No: 11230/07, 13/10/2009) kararına konu olayda İran vatandaşı olan başvurucunun annesi 1997 yılında yasal yollardan başvurucu ve diğer çocuğu (kızı) ile birlikte Danimarka'ya gelmiş ve Danimarka'da iken hem kendisi hem de o tarihte reşit bulunmayan çocukları için siyasi sığınma talebinde bulunmuştur. Başvurucunun annesi monarşi yanlısı İran Javid örgütünün aktif üyesi olması ve örgüt tarafından düzenlenen gösterilere katılması nedeniyle İran Hükûmeti tarafından gözaltına alındığını ve işkence gördüğünü ileri sürmüş, geri gitmesi hâlinde işkence görme riskinin bulunduğunu belirtmiştir. Ancak başvurucunun annesinin sığınma talebi, anlatımlarının itibar edilebilir bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. 1999 yılında reşit olan başvurucu dosyanın yeniden açılması için Danimarka makamlarına dilekçe vermiş ve İran Hükûmeti tarafından arandığına dair haber aldığını belirterek geri gönderilmesi hâlinde işkence göreceğini yinelemiştir. Fakat başvurucunun talebi, yeni bilgi ve belge eklenmediği gerekçesiyle reddedilmiş ve başvurucu bu tarihte sınır dışı edilmiştir. Başvurucunun avukatı 1999 ve 2002 yıllarında olmak üzere iki kere daha başvurucu adına sığınma talebinde bulunmuştur. Başvurucu 2003 yılında tekrar Danimarka'ya giriş yapmış ve yeniden sığınma talep etmiştir. Başvurucu, ülkesinde iken iki yıl boyunca gözaltında işkence gördüğünü ileri sürmüştür. İşkence Mağdurları Rehabilitasyon ve Araştırma Merkezi tarafından verilen sağlık raporunda başvurucunun vücudundaki izlerin anlattığı hikâye ile uyumlu olduğu tespit edilmiştir. Bu rapor üzerine 2004 yılında başvurucunun sığınma talebi kabul edilmiştir. Başvurucu 1999 tarihli karar nedeniyle ülkesine geri gönderilmesi üzerine gördüğü işkence ve çektiği acılar sebebiyle tazminat ödenmesi talebiyle Mülteci Kurumuna karşı dava açmıştır. Yargılama sonucunda başvurucunun tazminat talebi Mülteci Kurumunun sınır dışı işlemleri nedeniyle bir sorumluluğunun söz konusu olamayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

22. Başvurucu, AİHM'e bireysel başvuruda bulunurken diğer iddialarının yanında tazminat talebinin reddi nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesinde güvenceye bağlanan mahkemeye erişim hakkının da ihlal edildiğini öne sürmüştür. AİHM, yabancıların "ülkeye girişi, ülkede kalışı ve ülkeden sınır dışı edilmeleri"ne ilişkin işlemlerin medeni hak ve yükümlülük karakterinin bulunmadığına dair içtihadını yinelemiştir. AİHM, başvurucunun görülen davanın yabancıların "ülkeye girişi, ülkede kalışı ve ülkeden sınır dışı edilmeleri"ne ilişkin işlemlerle ilgisinin bulunmadığı yolundaki iddiasını da yerinde bulmamıştır.

AİHM, başvurucunun açtığı tazminat davası haksız fiil sebebiyle açılan bir dava gibi kurgulanmış olsa da bu davadaki temel iddianın Mülteci Kurumunun 1999 tarihli kararının hukuka aykırılığı olduğunun altını çizmiştir. AİHM, başvurucunun tazminat talebinin -özünde ve öncelikle- Mülteci Kurumunun 1999 yılındaki kararının esasının sorgulanmasını gerektirdiğini vurgulamıştır. AİHM, başvurucunun açtığı tazminat davasında incelenmesi gereken meselelerin Mülteci Kurumunun söz konusu kararıyla yakından bağlantılı olduğu ve "yabancıların ülkeye girişi, ülkede kalışı ve ülkeden sınır dışı edilmelerine ilişkin karar"dan ayrıştırılmasının mümkün bulunmadığı kanaatini açıklamıştır. Sonuç olarak AİHM, başvurucunun açtığı tazminat davasının Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının kapsamına girmediğinden kabul edilemezlik kararı vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 18/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddialarıve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu; askerliğe elverişli olmadığı hâlde idare tarafından yeterli muayene yapılmadığı için bu durumun tespit edilememesi sonucu kendisine zorunlu askerlik hizmeti yaptırıldığını, bu sebeple uğradığı zararın tazmini istemiyle açtığı davanın süre aşımı nedeniyle reddedilmesinin hakkaniyete aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin aynı nitelikteki uyuşmazlıklarda farklı yönde verdiği kararlar olduğunu da ifade eden başvurucu, mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

25. Bakanlık tarafından sunulan görüşte; konuyla ilgili AİHM içtihadına yer verilmiş ve ardından özetlebaşvurucunun uzman erbaş olarak görev yapmakta iken sağlık kontrolü sonucunda doğuştan gelen bir rahatsızlığı olduğunu öğrendiği, bunun üzerine idarenin kusuru sonucunda kendisine askerlik yaptırıldığından bahisle uğradığı zararların tazmini istemiyle açtığı davada Mahkemenin terhis tarihini esas alarak süreyi belirlediğinin anlaşıldığı ifade edilmiştir.

26. Başvurucu, Bakanlık görüşüne verdiği cevapta başvuruya konu Mahkeme kararında yer alan karşıoya atıfla mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasını tekrarlamıştır.

B. Değerlendirme

27. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.(...)"

28. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz,* B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

29. 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."

30. Anayasa'nın *"Vatan hizmeti"* kenar başlıklı 72. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir."

31. 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 belirtilmiş ancak hakkın kapsamı düzenlenmemiştir. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına "adil yargılanma hakkı" ibaresinin eklenmesine ilişkin 14.

maddesinin gerekçesine göre *"değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı metne dahil"* edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ibaresinin eklenmesinin amacının Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır (*Yaşar Çoban* [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017,§ 53). Bu itibarla Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği belirlenirken Sözleşme'nin *"Adil yargılanma hakkı"* kenar başlıklı 6. maddesinin ve buna ilişkin AİHM içtihadının da gözönünde bulundurulması gerekir (*Onurhan Solmaz*,§ 22).

32. Sözleşme, bir kişinin sahip olduğunu ileri sürebileceği tüm hak ve yükümlülükler bakımından adil yargılanma hakkını güvenceye almamaktadır. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıklar"ın ve bir "suç isnadı"nın esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için ya başvurucunun medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadının esası hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz (*Onurhan Solmaz*, § 23).

33. Somut uyuşmazlıkta suç isnadına bağlı bir yargılamanın mevcut olmadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte uyuşmazlığın niteliği itibarıyla "medeni hak ve yükümlülükler" kapsamında görülüp görülemeyeceği, bu husustaki değerlendirmeden hareketle söz konusu uyuşmazlığa ilişkin başvurunun Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı içinde yer alıp almadığı yönünden bir irdeleme yapılması gerekmektedir.

34. Yukarıda da belirtildiği üzere bir kimsenin "medeni hak ve yükümlülükleri"nin karara bağlanmasıyla ilgili bir yargılama usulünde Sözleşme'nin 6. maddesi uygulanabilir. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "medeni" meselelerde uygulanabilmesi için ilk olarak ortada bir uyuşmazlığın bulunması koşulunu aramakta;

uyuşmazlığın iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek "haklar ve yükümlülükler" ile ilgili olması, bu haklar ve yükümlülüklerin de Sözleşme'deki anlamıyla "medeni" olması gerektiğini vurgulamaktadır (bkz. § 19).

35. Bu noktada devletin bir bireye, salt egemenlik yetkisini kullanarak tanıdığı hak ya da yüklediği yükümlülüklerin "medeni hak ve yükümlülük" kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmek gerekir. AİHM de "medeni hak" kavramının özel bir kişi olmaktan ziyade vatandaş olmanın bir gereği olarak bireyde var olan ve özü itibarıyla kamu hukukuna ilişkin bulunan hak ve yükümlülükleri içermediğini ifade etmektedir (bkz. § 20). Askerlik ve askere alma işlemleri de devletin egemenlik yetkisinin tezahürü olan ve müdahaleye kapalı bulunan çekirdek alanını oluşturmaktadır. Bu bağlamda Anayasa'da vatandaşlık bağından kaynaklanan kamusal bir hak ve ödev olarak düzenlenen askerlik hizmetinin "medeni hak ve yükümlülük" kapsamında olmadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bir kişinin zorunlu askerlik hizmeti yükümlüsü olup olmadığı, kimlerin bu hizmeti yerine getirmekten muaf tutulacağı ya da muafiyet koşullarının ne olacağı, bu hizmetin hangi statüde ve ne kadar süre ile yerine getirileceği, askere sevk işlemlerinin hangi yöntem izlenerek ve ne şekilde yürütüleceği, bu süreçteki uygulamaların ne olacağı gibi meseleler özü itibarıyla askerlik hizmeti yapma yükümlülüğüne ilişkin olduğundan"medeni hak ve yükümlülük" kapsamında değildir. Buna göre askerlik yükümlülüğünü konu alan ya da "askere alma kararları"na ilişkin olan iş ve işlemler nedeniyle açılan davalardaki yargılama süreçleriyle ilgili adil yargılanma şikâyetlerinin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında olduğunun kabul edilmesi gerekir.

36. Askerlik hizmetinin kişinin maddi ve manevi varlığı ya da iç hukukta korunan başka hakları üzerindebirtakım etki ve sonuçlar yaratabileceği, dolayısıyla askere alma kararından kaynaklanan bir uyuşmazlığın bu tür uzantılarının ve sonuçlarının da olabileceği tabiidir. Zira askerlik hizmeti, doğası gereği yükümlüyü bazı medeni haklarından mahrum bırakmaktadır. Bununla birlikte uyuşmazlığın "medeni hak ve yükümlülük" kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesi bağlamında yapılacak bir incelemede dikkate alınması gereken ölçüt, davada tartışılacak "mesele"nin ne olduğudur. Bunun tespiti için de davaya konu uyuşmazlığın "özünün" ortaya konulması gerekmektedir. Şayet

-tazminat talebine ilişkin bile olsa- bir davada devletin "askere alma kararı" diğer bir anlatımla askere alma yetkisinin kullanılmasına ilişkin iş ve işlemleri değerlendirme konusu olacak ise bu uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülük kapsamında görülmesi mümkün olmaz.

37. Somut davada başvurucunun askerliğe engel teşkil edecek nitelikte bir rahatsızlığının bulunduğunun askere sevki sırasında idare tarafından tespit edilmesi ve askerlikten muaf tutulması gerektiği ileri sürülmektedir. Başvurucu, idarenin bu konudaki yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi neticesinde rahatsızlığının tespit edilememesi nedeniyle kendisine askerlik hizmeti yaptırılmış olması olgusuna dayanmış; askere sevk sürecindeki bu uygulamaların ve sevk işleminin hukuka aykırılığından bahsetmiştir. Söz konusu davada başvurucu, haksız şekilde yerine getirmek zorunda bırakıldığı askerlik hizmeti süresince çalışamadığı için gelirinden mahrum kaldığını ve manevi olarak yıprandığını belirterek tazminat talep etmiştir.

38. Buna göre bireysel başvuruya dayanak davanın açılmasına sebep olan olgu, askerliğe elverişli olmadığı ileri sürülen bir kimsenin askerlik hizmeti yapmakla yükümlü tutulmuş olmasıdır. Davanın çözümünde tartışılması gereken temel mesele ise 23/5/2005 tarihli "askere alma kararı"dır. Dolayısıyla uyuşmazlığın özünün devletin askere alma yetkisinin kullanımıyla ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla devletin salt egemenlik yetkisinin kullanımının tezahürü mahiyetinde olan askere alma yetkisiyle doğrudan bağlantılı görülen ve 23/5/2005 tarihli "askere alma kararı"nın tartışılmasını gerektiren bu uyuşmazlığın medeni hak ve yükümlülük kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır.

39. Öte yandan başvurucunun askerlik yapmanın doğal sonuçları dışında bedensel veya ruhsal bütünlüğünün zarar gördüğüne yönelik bir iddiası da bulunmamaktadır. Tüm bu değerlendirmelere göre medeni hak ve yükümlülük kapsamında yer almayan askerlik hizmeti yükümlülüğüne ilişkin olduğu anlaşılan uyuşmazlığın Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kaldığı sonucuna varılmaktadır.

40. Açıklanan nedenlerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 18/10/2017tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

GÜLSER YILDIRIM BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2016/40170)

Karar Tarihi: 16/11/2017

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
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Raportör Yrd.	:	Yusuf Enes KAYA
Başvurucu	:	Gülser YILDIRIM
Vekili	:	Av. Reyhan YALÇINDAĞ BAYDEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, milletvekili olan başvurucu hakkında uygulanan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması ve soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; tutuklamaya konu suçlamaların ifade özgürlüğü ve siyasi faaliyet kapsamındaki eylemlere ilişkin olması ve tutukluluk nedeniyle milletvekilliği görevinin yerine getirilememesi nedenleriyle ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/12/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. İkinci Bölüm tarafından 8/11/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

A. Genel Bilgiler

1. Terörle Mücadele ve PKK

7. Başvurucunun tutuklanmasına sebebiyet veren olayların değerlendirilmesi bakımından ülkemizde uzun yıllardır süregelen teröre, terörle mücadeleye ve son dönemde yoğunlaşan terör saldırılarına ilişkin bazı bilgilere yer verilmesi uygun görülmüştür.

8. Türkiye'de uzun yıllardır devam eden bir terör sorunu bulunmaktadır. Cumhuriyet tarihinin önemli bir bölümü devletin örgütlü ve silahlı şiddet hareketlerini bastırma çabalarıyla geçmiştir. Son otuz beş yılda ağırlıklı olarak PKK ile mücadele edilmekle birlikte diğer bir kısım terör örgütünün (DHKP/C, TKP/ML, El Kaide, DAEŞ, Hizbullah gibi) de saldırılarına maruz kalınmış ve bu örgütlere yönelik olarak da mücadelede bulunulmuştur. 15 Temmuz 2016 tarihinde ise FETÖ/PDY isimli bir yapılanma tarafından gerçekleştirildiği belirtilen (bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-25) askerî bir darbe teşebbüsü yaşanmıştır.

9. Türk yargısı, PKK'nın silahlı bir terör örgütü olduğuna dair çok sayıda karar vermiştir. Bu bağlamda -yurt dışında iken yakalanıp Türkiye'ye getirilen- Abdullah Öcalan; silahlı terör örgütü PKK'yı kurduğu ve yönettiği, devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya yönelik eylemlerde bulunduğu sabit görülerek Ankara 2 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinin (DGM) 29/6/1999 tarihli kararıyla mahkûm edilmiştir. Anılan kararda PKK'nın kurulduğu günden itibaren yaygın ve sürekli bir şekilde binlerce adam öldürme, silahlı çatışma, köy basıp ev yakma, yol kesme, adam kaçırma, silahlı gasp, uyuşturucu ticareti gibi hukuk dışı, insanlıkla bağdaşmayan, yasalara göre her biri ayrı ayrı ağır cezaları gerektiren eylemleri gerçekleştirdiği, bu eylemlerle devlet otoritesini zayıflatmak, hukuk düzenini sarsmak, ülkenin kalkınmasını ve büyümesini engellemek suretiyle vatan ve millet bütünlüğünü parçalamak istediği ifade edilmiştir. Söz konusu mahkûmiyet hükmü Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 22/11/1999 tarihli ilamıyla onanmıştır.

10. Anayasa Mahkemesi bir kararında PKK'yı Türkiye Cumhuriyeti devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı, "Türk ve Kürt ulusları" biçiminde ikiye bölmeyi amaçlayan ve ezilen halk olarak nitelediği Kürt kökenli vatandaşları ayrı bir ulus olarak kendi devletini kurma yolunda kanlı şiddet eylemlerine yönelten bir terör örgütü olarak tanımlamıştır (AYM, E.2007/1 (Siyasi Parti Kapatma), K.2009/4, 11/12/2009).

11. Diğer taraftan geçmişte Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından, PKK terör örgütüyle bağlantılı suçlamalar nedeniyle bazı milletvekillerinin dokunulmazlığı kaldırılmıştır (Dokunulmazlıkların kaldırılması kararlarının iptali isteminin reddine ilişkin Anayasa

Mahkemesi kararları için bkz. -diğerleri arasından- AYM, E.1994/4, K.1994/23, 21/3/1994; E.1994/7, K.1994/26, 21/3/1994; E.1994/20, K.1994/39, 21/3/1994; E.1994/16, K.1994/35, 21/3/1994; E.1994/11, K.1994/30, 21/3/1994; E.1994/13, K.1994/32, 21/3/1994). Yine Anayasa Mahkemesince, PKK terör örgütünün eylem ve politikalarını destekleyici nitelikte faaliyetlerde bulunmak suretiyle devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne aykırı eylemlerin yoğun olarak işlendiği bir odak hâline geldiği gerekçesiyle bazı siyasi partilerin kapatılmasına karar verilmiştir (Halkın Emek Partisi için AYM, E.1992/1, K.1993/1, 14/7/1993; Demokrasi Partisi için AYM, E.1993/3, K.1994/2, 16/6/1994; Halkın Demokrasi Partisi için AYM, E.1999/1, K.2003/1, 13/3/2003; Demokratik Toplum Partisi için AYM, E.2007/1, K.2009/4, 11/2/2009).

12. Uluslararası alanda birçok devlet ve kuruluş da PKK'yı silahlı bir terör örgütü olarak kabul etmektedir. Dışişleri Bakanlığı verilerine göre PKK, Avrupa ülkelerinin çoğunun ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada ve Avustralya gibi diğer birçok ülkenin terör örgütleri listesinde yer almakta; Avrupa Birliği (AB) de PKK'yı terör örgütü olarak kabul etmekte; NATO'nun çeşitli belge ve açıklamalarında PKK'ya terör örgütü olarak atıfta bulunulmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 25/6/1998 tarihli toplantısında aldığı 1377 sayılı kararın 5. maddesiyle PKK tarafından başlatılan ve Türkiye'nin güneydoğusunda yaşayan nüfusun yerlerinden edilmesine yol açan şiddet eylemlerini ve terörizmi sert bir biçimde kınamıştır. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *Zana/Türkiye* (B. No: 18954/91, 25/11/1997, § 58) kararında PKK'yı amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terör örgütü olarak nitelendirmiş; ABD Yüksek Mahkemesi de *Holder v. Humanitarian* Law Project (561 U.S. 1 [2010]) davasında PKK'nın cinayet işleyen bir örgüt olduğunu kabul ederek Amerikan Kongresince de belirtildiği üzere onun şiddet eylemlerinin ne denli kirli/ağır olduğuna işaret etmiş ve bu örgütle iş birliği içinde olmanın "terör yöntem ve araçlarını meşrulaştırma ve geliştirme" anlamına geleceğini vurgulamıştır.

13. PKK, kurulduğundan beri silahlı mücadeleyi temel strateji olarak benimseyen bir terör örgütüdür. Örgütün kuruluş bildirgesinde bu strateji *"PKK, örgütsel varlığına musallat olan sivil ve resmî polisle, ajan ve ajan provokatörlere karşı devrimci terörü vazgeçilmez bir mücadele yöntemi sayar."* denilerek ortaya konmuştur.

14. Kuruluşunu 1979 yılında bir milletvekiline yönelik olarak gerçekleştirdiği silahlı saldırı ile kamuoyuna duyuran PKK, 1984 yılından itibaren yoğun bir şekilde silahlı terör saldırılarına başlamış; bugüne kadar güvenlik güçlerini ve sivilleri hedef alan binlerce saldırı yapmıştır.PKK, bu süreçte -aralarında büyükşehirlerin ve turizm bölgelerinin de olduğu- yurdun birçok yerinde güvenlik güçlerinin ve sivillerin hedef alındığı çok sayıda bombalı terör saldırısında da bulunmuştur. Bu saldırıların bir kısmında canlı bombalar kullanılmıştır.

15. TBMM İnsan Hakları Komisyonunun 13/2/2013 tarihli Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu'na göre son otuz yılda ülkemizde 2.375'i Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) personeli, 5.543'ü bakanlıklar personeli (Bunun yaklaşık olarak 3.100'ü jandarma, 590'ı emniyet teşkilatı personelidir.) olmak üzere toplam 7.918 kamu görevlisi ile 5.557 sivil; terör ve şiddet olayları nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Bu can kayıplarının çok büyük bir bölümü PKK terör örgütünün eylemleri sebebiyle gerçekleşmiştir.

16. Öte yandan PKK, kuruluşundan itibaren örgütlenmesinde birçok kez değişiklik yapmış, bu bağlamda farklı isimlerle (KADEK, KONGRA/GEL, TÜDEK, KKK, KCK, PJAK, PÇDK, PYD, ARGK, ERNK, HPG, HRK, TAK, YPG gibi) gerek Türkiye'de gerekse yurt dışında silahlı/silahsız eylem ve faaliyetlerine devam etmiştir. Bu bağlamda PKK'nın Türkiye'nin yanı sıra -özellikle Ortadoğu ve Avrupa'da bulunan- diğer bazı ülkelerde de örgütlendiği, geçmişte ve günümüzde başta Irak'ın kuzeyi ve Suriye olmak üzere komşu ülkelerde kamplarının bulunduğu, PKK ile mücadele kapsamında güvenlik güçlerince bu kamplara ve buralardaki teröristlere yönelik birçok kez sınır ötesi harekât gerçekleştirildiği bilinmektedir.

17. Örgüt, belirli dönemlerde saldırılarına ara vermişse de hiçbir zaman silah bırakma ve militanlarını dağıtma yoluna gitmemiştir.

18. PKK'nın gerçekleştirdiği terörist şiddet bölücü amaçları dolayısıyla anayasal düzene, millî güvenliğe, kamu düzenine, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik ağır bir tehdit oluşturmaktadır. Bu yönüyle ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan PKK kaynaklı terör onlarca yıldır Türkiye'nin en hayati sorunu hâline gelmiştir.

2. Son Dönemde Yaşanan Terör Saldırıları

19. Kamuoyunda "demokratik açılım süreci", "çözüm süreci" ve "Millî Birlik ve Kardeşlik Projesi" gibi farklı isimlerle ifade edilen süreç içinde 2012 yılının son döneminden itibaren PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırıları önemli ölçüde azalmıştır.

20. Bununla birlikte son yıllarda Suriye'de yaşanan iç savaş Türkiye'nin güvenliğini de etkilemiş; buna bağlı olarak PKK ve DAEŞ kaynaklı terör olayları Türkiye içinde de artmaya başlamıştır.

a. 6-7 Ekim Olayları

21. Bu bağlamda Suriye'nin Türkiye sınırında bulunan Ayn el Arap (Kobani) kentinde -PKK'nın Suriye kolu olduğu kabul edilen- PYD ile DAEŞ arasındaki çatışmalar, 2014 yılının Eylül ayı sonunda ve Ekim ayı başında yoğunlaşmıştır. Bu sırada PKK'nın üst düzey yöneticilerinden Murat Karayılan'ın sosyal medya hesabından 5/10/2014 tarihinde saat 00.07'de *"Gençleri kadınları 7 den 70 e herkesi Kobane'ye sahip çıkmaya onurumuzu namusumuzu korumaya metropolleri işgal etmeye çağırıyoruz."* şeklinde bir açıklamada bulunulmuştur.

22. PKK güdümünde yayın yaptığı belirtilen bir İnternet haber sitesinde 6/10/2014 tarihinde "Komalen Ciwan Koordinasyonu" (PKK'nın gençlik yapılanması) adına bir açıklama yayımlanmıştır. Açıklamada *"Bilindiği üzere 23 gündür Kobani merkezli DAİŞ* (DAEŞ) *faşizmi son barbarlığıyla devam etmektedir. ... tüm kürt gençliği şehit Jiyan, şehit Gerilla ve şehit Militan yoldaşların ruhuyla zafere kadar Arin Mirkan* (Kobani'deki çatışmalar sırasında düzenlediği intihar saldırısında ölen YPG mensubu) *çizgisinde yürümeye çağırıyoruz. Kobani ile başlayan devrim dalgası tüm Kürdistan'a yayılmalı ve bu temelde Kürdistan gençliğini ayaklanması çağrısında bulunuyoruz."* ifadelerine yer verilmiştir. Aynı sitede yer alan ve "Kürdistan Kurumlar" adına yapıldığı belirtilen bir açıklamada ise *"Kobani'ye yönelik saldırılar bir katliam eşiğine gelmiş bulunmaktadır. Bütün dünya ve insanlık bu katliama kulaklarını kapamış gözlerini yummuştur. Kürdistan halkı olarak bu durumu kabul etmemiz mümkün değil. Bu nedenle bütün halkımız Suruç'a gidebelecekler hemen bir saniye zaman kaybetmeden gitmeli ve Kürdistan'ın her karış toprağı Kobani için ayağı kalkmalıdır. Kobani tüm dünyanın gözleri önünde bir katliam tehlikesi altında iken bizim yerimizde oturmamız, uyumamız, günlük yaşantımızı sürdürmemiz mümkün değildir. Tüm halkımızı yediden yetmişebulunduğu her*

yerde yaşamı IŞİD ve işbirlikçisi AKP'ye dar etmeye ve serhildanı en üst düzeyde genişletirerek bu katliamcı çetelere karşı durmaya çağırıyoruz." denilmiştir.

23. 6/10/2014 tarihinde Halkların Demokratik Partisi (HDP) Merkez Yürütme Kurulu (MYK) da aynı olaylara ilişkin bir toplantı yapmıştır. Toplantı sırasında HDP'nin sosyal medya hesabından *"HALKLARIMIZA ACİL ÇAĞRI! ŞUANDA TOPLANTI HALİNDE OLAN HDP MYK'DAN HALKLARIMIZA ACİL ÇAĞRI! Kobané'de durum son derece kritiktir. IŞİD* (DAEŞ) *saldırılarını ve AKP iktiradının Kobané'ye ambargo tutumunu protesto etmek üzere halklarımızı sokağa çıkmaya ve sokağa çıkmış olanlara destek vermeye çağırıyoruz", "Kobané'de yaşanan katliam girişimine karşı 7 den 70 e bütün halklarımızı sokağa, alan tutmaya ve harekete geçmeye çağırıyoruz"* ve *"Bundan böyle her yer Kobane'dir. Kobane'deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar SÜRESİZ DİRENİŞE çağırıyoruz."* şeklinde açıklama ve çağrılar yapılmıştır.

24. Yukarıda belirtilen İnternet haber sitesinin 7/10/2014 tarihindeki yayınında *"KCK* (PKK'nın üst yapılanması) *Yürütme Konseyi Eş Başkanlığı: DAİŞ vahşetine karşı milyonları sokağa çağırarak, 'Kuzey halkımız IŞİD çetelerine, uzantılarına hiçbir yerde yaşam şansı tanımamalıdır.' dedi. KCK, tüm sokakları Kobani sokaklarına dönüştürmeye çağırdı. KCK Yürütme Konseyi Eş Başkanlığı yaptığı yazılı açıklamada; 'Çirkin ve sinsi katliam' karşısında kürt halkından mücadeleyi her yere, her zamana taşıyarak süreklileştirmesini isterken çetelere ve uzantılarına hiçbir yerde yaşam şansı tanınma*[ma]*sı gerektiğini kaydetti. KCK, özellikle 'bu saatten itibaren milyonlar sokaklara akmalı, sınır insan seline dönüşmelidir. Türk Devletinin ve kanlı çete IŞİD'in ortaklığı sonucu sınır hattı boşaltılarak Kobani direnişi desteksiz bırakılmak istenmektedir. Halkımız bu çirkin ve sinsi katliam karşısında başlattığı mücadeleyi her yere, her zamana taşıyarak süreklileştirmelidir. Kuzey halkımız IŞİD çetelerine, uzantılarına ve destekçilerine hiçbir yerde yaşam şansı tanımamalıdır. Tüm sokaklar Kobani sokaklarına dönüştürülmeli, tarihin bu eşsiz direnişine denk bir direniş gücü ve örgütlüğü geliştirilmelidir. Bu saatten itibaren milyonlar sokaklara akmalı, sınır insan seline dönüşmelidir. Her Kürt ve onurlu her insan, dostlar, duyarlı kesimler bu andan itibaren eyleme geçmelidir. An direniş eylemini geliştirme ve büyütme anıdır. Bu temelde tüm halkımızı, duyarlı kesimleri, dostlarımızı Kobani direnişini sahiplenerek yürütmeye, başta kürt gençleri başta olmak üzere tüm gençlerin Kobani'de özgürlük saflarına katılarak, direnişi yükseltmeye çağırıyoruz'.*[dedi]*"* şeklinde açıklamalar yer almıştır.

25. Aynı sitenin 8/10/2014 tarihli yayınında ise *"KCK: Milyonlar sokaklardan ve mücadele alanlarından çekilmemeli"* başlıklı açıklamaya yer verilmiştir. Yazıda *"halkımız bulunduğu her yerde direniş mücadelesini büyüterek süreklileştirmelidir. Halkımız haklı ve meşru mücadelesini zafere kadar yüksek bir kararlılıkla sürdürmelidir. Milyonlar sokaklardan ve mücadele alanından çekilmemelidir. Halkımız; mücadelen atılacak her geri adımın önümüzdeki günler, aylar ve zamanlarda daha büyük bedellere mal olacağı bilinciyle hareket ederek, mücadelesini kesintisiz yükseltmelidir. Ve kendi öz savunmasını güçlendirerek 'her yer Kobani, her yer direniş-serhildan' anlayışı ile direnişini zafere taşımalıdır."* şeklinde ifadeler bulunmaktadır. Ayrıca sitede yer alan *"Komalen Ciwan: Kürdistan'da devlet namına bir şey kalmamalı"* başlıklı yazıda *"Kürt gençlik hareketi Komalen Ciwan devrim halk savaşını her alanda güçlü yürütme çağrısında bulunarak, Devletin Kürdistan'da hiçbir meşruiyeti kalmamıştır, kalmamalıdır da, yasaklarla Kürdistan'ı zindana çevirmeye çalışan kararlarına karşı Kürdistan'ı onlar için zindanı çevirmeli, mezar etmeli. Kürdistan'da devlet namına bir şey kalmamalıdır."*; *"Kürdistan Halk İnsiyatifi; sokağa çıkma yasağına uymayın"* başlıklı yazıda ise *"Kürdistan Halk İnsiyatifi yayınlandığı bir açıklamayla Kürt halkı ve dostlarına Türkiye'nin Kuzey Kürdistan'da ilan ettiği sokağa çıkma yasağına uymamaları ve Kobani'deki saldırılara karşı Rojava ile dayanışma eylemlerini ve serhildanlarını sürdürmesini istedi."* şeklinde açıklamalar yer almaktadır.

26. Bu çağrılar üzerine Suriye'deki çatışmalar dolayısıyla tepkilerini dile getirdiğini ileri süren gruplar 6/10/2014 tarihinden itibaren Türkiye'nin birçok yerinde günlerce devam eden ve kamuoyunda "6-7 Ekim olayları" olarak adlandırılan şiddet eylemlerini gerçekleştirmiştir. Bu eylemler sırasında ülkenin pek çok yerinde kamu binalarına, banka şubelerine, işyerlerine, araçlara, güvenlik güçlerine ve sivillere taş, sopa, molotof kokteyli ve silahlarla saldırıda bulunulmuştur. Bu sırada kamu makamlarınca güvenliğin sağlanması için birçok şehirde eğitime ara verilmiş ve sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir.

27. Kamu makamlarının ve soruşturma mercilerinin tespitlerine göre (Aralarında İstanbul, Ankara, İzmir, Adana, Mersin, Şanlıurfa, Van, Erzurum, Diyarbakır ve Gaziantep gibi büyük kentlerin de olduğu) 36 ayrı ilde gerçekleştirilen şiddet eylemleri sonucunda (2'si güvenlik görevlisi) 45 kişi hayatını kaybederken (331'i güvenlik görevlisi) 769 kişi yaralanmıştır. Ayrıca çatışmalar sırasında 5 örgüt mensubunun hayatını kaybettiği, 3 örgüt mensubunun ise yaralandığı belirtilmiştir. Öte yandan

ülke genelinde gerçekleştirilen 2.389 şiddet eylemine 121.899 kişinin katıldığı, olaylarda (737'si güvenlik güçlerine ait olmak üzere) 1.881 aracın zarar gördüğü, (27'si kaymakamlık, 52'si emniyet, 283'ü okul, 73'ü siyasi parti, 12'si belediye binası olmak üzere) 2.558 binaya saldırıda bulunulduğu ve zarar verildiği tespit edilmiştir. Olaylara ilişkin olarak 4.291 şüpheli gözaltına alınmış; bunlardan 1.105'i hakkında tutuklama tedbiri uygulanmıştır.

b. Hendek Olayları

28. Türkiye 2015 yılı Haziran ayından itibaren yeniden yoğun bir şekilde terör saldırılarına maruz kalmıştır. Bu kapsamda ilk olarak 5/6/2015 tarihinde Diyarbakır'da HDP tarafından yapılan seçim mitingi sırasında gerçekleştirilen bombalı saldırı sonucunda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan açıklamaya göre 2 kişi hayatını kaybederken 100'den fazla kişi de yaralanmıştır. 20/7/2015 tarihinde ise Suruç'ta (Şanlıurfa), Suriye'deki çatışmalara ilişkin basın açıklaması sırasında DAEŞ tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülen bombalı intihar saldırısında 34 kişi hayatını kaybederken 73 kişi de yaralanmıştır. Bu saldırının iki gün sonrasında Ceylanpınar'da (Şanlıurfa), 2 polis memuru evlerinde başlarından vurulmuş hâlde ölü olarak bulunmuş, saldırı PKK tarafından üstlenilmiştir.

29. Bu olaylardan sonra PKK tarafından Şırnak il merkezi ile Cizre, Silopi ve İdil ilçelerinde, Hakkâri'nin Yüksekova ilçesinde, Diyarbakır'ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçelerinde, Mardin'in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçelerinde, Muş'un Varto ilçesinde cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurularak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek teröristler tarafından bu yerleşim yerlerinin bir kısmında "öz yönetim" adı altında hâkimiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda çok sayıda terörist, halkın bu yerlere giriş ve çıkışını engellemek istemiştir. Güvenlik güçleri, hendeklerin kapatılması ve barikatların kaldırılması suretiyle yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyonlar yapmış ve teröristlerle çatışmaya girmiştir. Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında yaklaşık 200 güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş, tonlarca bomba ve patlayıcı imha edilmiştir.

30. Bu kapsamda Dargeçit'te de 11/12/2015 tarihinde sokağa çıkma yasağı ilan edilmesiyle başlayan operasyonlar 29/12/2015 tarihinde

tamamlanmış ve sokağa çıkma yasağı kaldırılmıştır. Mardin Valiliğinin açıklamasına göre bu süreçte çıkan çatışmalarda 32 terörist etkisiz hâle getirilmiş; teröristlerden 4'ü ölü, 3'ü ise yaralı olarak ele geçirilmiş; olaylarla ilgili olarak yakalanan 10 kişi tutuklanmıştır. Ayrıca çatışmalarda 2 kişinin hayatını kaybettiği, 12 kişinin (4'ü güvenlik görevlisi) de yaralandığı belirtilmiştir. Valilik operasyonlar sırasında teröristler tarafından 41 kez roketatarlı saldırı düzenlendiğini; güvenlik kuvvetlerince 25 adet barikatın kaldırıldığını, 8 adet bomba tuzağının ise kontrollü olarak imha edildiğini ifade etmiştir. Son olarak açıklamada operasyonlar sonucunda teröristlere ait 3 roketatar silahı, 60 roketatar mühimmat ve fişeği, 30 el bombası, 9 tüp bombası, 22 (voleybol topu içine hazırlanmış) el yapımı bomba, 2.000 kg (patlatılmaya hazır bidon içinde) el yapımı patlayıcı, aralarında makineli tüfek ve keskin nişancı tüfeğinin de olduğu 26 uzun namlulu silah, tabanca ile çok sayıda mühimmatın ele geçirildiği bilgisine yer verilmiştir.

c. Diğer Terör Saldırıları

31. PKK kaynaklı terör saldırılarının gittikçe yoğunlaştığı ve ülkenin birçok bölgesine yayıldığı bu dönemde hem güvenlik güçleri hem de siviller hedef alınmıştır. Bu bağlamda;

i. 2015 yılının;

- Ağustos ayında İstanbul ve Pervari'de (Siirt),

- Eylül ayında Yüksekova'da,

- Kasım ayında Sur'da,

- Aralık ayında İstanbul Sabiha Gökçen Havalimanı'nda,

ii. 2016 yılının;

- Ocak ayında Çınar'da (Diyarbakır),

- Şubat ayında Ankara'da,

- Mart ayında Ankara, Sur ve Bağlar'da,

- Nisan ayında Hani (Diyarbakır), Şırnak ve Bursa'da,

- Mayıs ayında Dicle (Diyarbakır), Bağlar, İstanbul, Sur, Çaldıran (Van), Kulp (Diyarbakır) ve Silopi'de,

- Haziran ayında İstanbul, Ovacık (Tunceli) ve Dicle'de,

- Temmuz ayında Erciş'te (Van),

- Ağustos ayında Bingöl, Sur, Bismil (Diyarbakır), Van, Elazığ ve Cizre'de,

- Eylül ayında Van'da,

- Ekim ayında İstanbul, Şemdinli (Hakkâri) ve Antalya'da,

- Kasım ayında Bağlar ve Adana'da,

-Aralık ayında İstanbul ve Kayseri'de PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırılarında önemli bir bölümü sivillerden oluşan yüzlerce kişi hayatını kaybederken binden fazla kişi de yaralanmıştır. Ayrıca İçişleri Bakanı 3/1/2017 tarihinde TBMM'de yaptığı konuşmada 2016 yılında PKK'nın 313 terör eyleminin engellendiğini açıklamıştır.

32. Özellikle Ankara Kızılay semtinde gerçekleştirilen 17/2/2016 tarihli bombalı saldırıda TSK personelini taşıyan servis araçları, 13/3/2016 tarihli bombalı saldırıda ise otobüs durağında bekleyen siviller hedef alınmış; saldırılar sonucunda 67 kişi (13'ü güvenlik görevlisi) hayatını kaybederken 392 kişi (21'i güvenlik görevlisi) yaralanmıştır. Ayrıca İstanbul'da 7/6/2016 tarihinde Vezneciler semtinde polis aracı, 10/12/2016 tarihinde ise Beşiktaş'taki bir futbol müsabakası sonrasında çevre güvenliğini sağlayan polis ekipleri hedef alınarak yapılan bombalı ve silahlı saldırılar sonucunda 55 kişi (43'ü güvenlik görevlisi) hayatını kaybederken 282 kişi (214'ü güvenlik görevlisi) yaralanmıştır.

33. PKK 2016 yılında başvurucunun seçim bölgesi olan Mardin'de de çok sayıda terör saldırısı gerçekleştirmiştir. Bunların bir kısmı şöyledir:

i. 4/3/2016 tarihinde Nusaybin'de görevli polisler hedef alınarak bombalı saldırıda bulunulmuş, 2 güvenlik görevlisi hayatını kaybederken 58 kişi (36'sı güvenlik görevlisi) yaralanmıştır.

ii. 23/4/2016 tarihinde Mazıdağı'nda polis aracı hedef alınarak bombalı saldırı yapılmış, 23 güvenlik görevlisi yaralanmıştır.

iii.4/5/2016 tarihinde Derik'te jandarma karakoluna bombalı saldırı gerçekleştirilmiş, 1 güvenlik görevlisi hayatını kaybederken 12 kişi yaralanmıştır.

iv. 25/5/2016 tarihinde Midyat'ta askerî karakola bombalı saldırıda bulunulmuş, 3 güvenlik görevlisi hayatını kaybederken 7 güvenlik görevlisi yaralanmıştır.

v. 8/6/2016 tarihinde Midyat'ta Emniyet Müdürlüğüne yönelik bombalı saldırı yapılmış, 6 kişi (3'ü güvenlik görevlisi) hayatını kaybederken 49 kişi (27'si güvenlik görevlisi) yaralanmıştır.

vi. 23/6/2016 tarihinde Ömerli'de askerî karakol hedef alınarak bombalı saldırı gerçekleştirilmiş, 1 kişi hayatını kaybederken 12 kişi (3'ü güvenlik görevlisi) yaralanmıştır.

vii. 9/7/2016 tarihinde Artuklu'da askerî karakol hedef alınarak bombalı saldırıda bulunulmuş, 3 kişi (2'si güvenlik görevlisi) hayatını kaybederken 40 kişi (24'ü güvenlik görevlisi) yaralanmıştır.

viii. 10/8/2016 tarihinde Kızıltepe'de polis aracı hedef alınarak bombalı saldırı yapılmış, 3 kişi (1'i güvenlik görevlisi) hayatını kaybederken 53 kişi (6'sı güvenlik görevlisi) yaralanmıştır.

ix. 10/11/2016 tarihinde Derik'te Kaymakamlık makam odası hedef alınarak bombalı saldırı gerçekleştirilmiş, Derik Kaymakamı hayatını kaybederken 2 kişi de yaralanmıştır.

B. Başvurucunun Tutuklanmasına İlişkin Süreç

34. Başvurucu 12/6/2011 tarihinde bağımsız olarak (Daha sonra Barış ve Demokrasi Partisine -BDP- katılmıştır.), 7/6/2015 ve 1/11/2015 tarihlerinde ise HDP'den Mardin milletvekili seçilmiştir. Başvurucu hâlen Mardin milletvekilidir.

35. Başvurucu hakkında milletvekili olarak görev yaptığı dönemde işlediği iddia olunan bazı suçlara ilişkin olarak farklı Cumhuriyet Başsavcılıklarınca soruşturmalar yürütülmüştür. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz."* hükmü uyarınca yasama dokunulmazlığına sahip olan başvurucunun dokunulmazlığının kaldırılması istemiyle ilgili Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından dokuz ayrı fezleke düzenlenmiş ve TBMM'ye sunulmak üzere Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir.

36. Bu fezlekelerde başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin olay ve olgular şöyle özetlenebilir:

i. Silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan tutuklu iken milletvekili seçilen başvurucunun 29/2/2012 tarihinde *"Sayın Abdullah Öcalan'a yapılan uluslararası komplonun 13. yılına girmiş bulunuyoruz ... Komplonun boşa çıkarılıp kalıcı barışın sağlanmasında tek muhatap ve çözüm gücü sayın Abdullah Öcalan'ın özgürlüğü Kürt halkının ve tüm halkların özgürlüğünü getirecektir ... sayın Abdullah Öcalan'ın özgürlüğü sağlanana kadar süresiz, dönüşümsüz açlık grevine giriyorum."* şeklindeki dilekçeyi cezaevi idaresine vererek PKK terör örgütünün propagandasını yaptığı ileri sürülmüştür.

ii. Başvurucunun kamuoyunda "6-7 Ekim olayları" olarak adlandırılan şiddet eylemlerini tahrik ve teşvik ettiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda Kobani'de PKK terör örgütünün Suriye'deki uzantısı olduğu kabul edilen PYD/YPG ile DAEŞ arasındaki çatışmaların yoğunlaştığı dönemde PKK'nın yayın organlarında yapılan açıklamalarla halkın ayaklanmaya çağrıldığı, başvurucunun da üyesi olduğu HDP MYK'sı adına sosyal medya üzerinden yapılan açıklamayla da halkın sokağa ve direnişe davet edildiği, bu çağrılar üzerine ülkenin birçok yerinde binlerce kişi tarafından gerçekleştirilen büyük şiddet olaylarının yaşandığı belirtilmiştir (bkz. §§ 21-27).

iii. Başvurucu, 2014 yılı sonunda Nusaybin'de düzenlenen bir etkinliğin polis müdahalesiyle sona erdirilmesi üzerine 1/1/2015 tarihinde bu durumu protesto etmek amacıyla toplandıkları belirtilen kişilere yönelik bir konuşma yapmıştır. Başvurucunun burada yaptığı konuşmada sarf ettiği *"... Kürt halk önderi Abdullah Öcalan'a özgürlüğü için başlatılan imza kampanyasında Türk Devleti, AKP hükümeti ve polisi eyleme katılan arkadaşlar üzerinde operasyon yapıyorlar ... Kendi halkları ve kendi önderleri için imza topluyorlardı bu çadırda, kendi değerlerini haklarını koruyorlar. O önder ki bugün diyorlar biz onunla çözüm süreci yürütüyoruz, bu halkta çözümü sadece önderlerinde görüyorlar onun için bu halk önderi için ne olursa olsun mücadele ediyorlar. İmza olur, eylem olur, Kürt halk önderi sayın Öcalan için ne gerekirse halk hazırdır. Bunun için bir kere daha söylüyorum buradan bu haklı hak arayışı gençlerimiz irade beyanında bulunmak*

istiyorlar. Önderlerine toplayacakları imzalarla sahip çıkmak istiyorlar." şeklindeki sözlerle PKK terör örgütünün propagandasını yaptığı ve suçu/suçluyu övdüğü ileri sürülmüştür.

iv. Aralık ayı sonunda Suriye'nin Kobani ve Irak'ın Şengal bölgesinde yaşanan çatışmalarda ölen YPG mensuplarının cenazelerinin, PKK'nın 2014 yılı Ekim-Kasım aylarında iki mahallesinde "özerklik" ilan ettiğini açıkladığı Cizre'ye getirilmesi üzerine PKK mensubu kişilerle bir başka grup arasında yaşanan çatışmalara güvenlik güçleri de müdahalede bulunmuştur. Başvurucu 22/1/2015 tarihinde Nusaybin'de (Cizre'de yaşanan olayları protesto etmek amacıyla) düzenlenen bir yürüyüşte konuşma yapmıştır. *"Kürt halk önderi Öcalan'ın özgürlüğü için Cizre kantonunda ki mücadeleyi kutluyoruz ... Nusaybin mücadelesini kürdistana göstermişti ... Onurlu halk eğer bugün kaç yıllık mücadelesinin neticesini alabilmişse ve Kürt halkının hayallerini haklarını ve özgür yaşam isteğini tüm dünyaya kabul ettirmişse bu sizin mücadeleniz sayesinde olmuştur. Onurlu davranışınız sayesindedir. Bugün bunlar için onurluca bu istekler için istilacı güçlere karşı canlarını feda ediyorlar"* ve *"Cizre'de katliamlar yapan ve Şengal ile Kobani'de katliamlar yapan zihniyet hala devam ediyor. Bunu öyle bilsinler ki bu halk bu barbarlıklarını sayın Öcalan'ın ve felsefesi sayesinde boşa çıkaracaktır."* şeklinde ifadelerin yer aldığı konuşmayla başvurucunun PKK terör örgütünün propagandasını yaptığı ve suçu/suçluyu övdüğü ileri sürülmüştür.

v. Başvurucu (1/5/1992 tarihinde güvenlik güçleriyle girdikleri çatışmada öldürülen 8 teröristin anılması amacıyla) 6/5/2015 tarihinde Nusaybin'de düzenlenen bir etkinlikte konuşma yapmıştır. Başvurucunun burada yaptığı konuşmada sarf ettiği *"Bu katliamlar, bu cellatlık bizim özgürlüğümüzün, geleceğimizin yakasını bir türlü bırakmadı. Bunun içindir ki bu kahramanlarımız Kobani'de, Şengal'de canlarını veriyor ve bu uğurda vermeye devam ediyor ... Yaşamını yitiren sekiz yoldaşımızı saygıyla ve minnetle anıyoruz. Bu şehitler ilk değil son da değildir. Kürt düşmanları hiçbir zaman Kürtlerin kanını emmekten ve Kürtleri katletmekten vazgeçmedi. Kürtler her ne kadar acı çekmişse bedel vermişse de özgürlük mücadelesinden asla vazgeçmedi ve vazgeçmeyecek de. Kürt özgürlük mücadelesi bugünlere taşıyan bizim şehitlerimiz ve analarımızın gözyaşlarıdır. Sonuna kadar şehitlerimizin davalarının takipçisi olacağız."* şeklindeki sözlerle PKK

terör örgütünün propagandasını yaptığı, suçu/suçluyu övdüğü ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği ileri sürülmüştür.

vi. Başvurucu 15/8/2015 tarihinde, PKK'nın ilk silahlı saldırısının gerçekleştirilmesinin yıl dönümü olması nedeniyle ve ölen bir örgüt yöneticisinin anılması amacıyla Nusaybin'de düzenlenen bir etkinlikte konuşma yapmıştır. Başvurucunun burada yaptığı konuşmada sarf ettiği *"15 Ağustos dirilişi PKK lideri Abdullah Öcalan şahsında tüm Kürtlere kutlu olusun. Mazlum halkın özgürlüğü için mücadele edildi. Bugün de halkların üzerinde oyunlar oynanıyor. Rojava, Silopi ve Nusaybin bunun örneğidir. Bunlar yetmiyormuş gibi sayın Öcalan üzerinde tecrit uyguluyorlar. Kürt halkının iradesini tecrit altına alıyorlar. Hep birlikte çocuklarımızı ve halkımızı korumalıyız"* ve *"Bugün faşist işgalciler önderimize yönelik saldırılar onların felsefesidir. Zihniyeti sadece işgalcilik, kan emicilik, talan ve halkların kanı üzerinden yaşamlarını sürdürmektir."* şeklindeki sözlerle PKK terör örgütünün propagandasını yaptığı, suçu/suçluyu övdüğü ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği ileri sürülmüştür.

vii. Başvurucunun 5/9/2015 tarihinde, Nusaybin'de güvenlik güçleriyle girdiği çatışmada ölen PKK mensubu "Lokman" ismindeki bir teröristin defin işlemi sırasında *"Biz Lokman arkadaşa, memleketimizin şehitlerine, yüz akımız olan şehitlerimize minnettarız. Onlara borçluyuz."* şeklinde sözler sarf ederek PKK terör örgütünün propagandasını yaptığı ileri sürülmüştür.

viii. Dargeçit ilçesi Sefa Mahallesi'nde 11/12/2015 ile 28/12/2015 tarihleri arasında PKK mensuplarınca gerçekleştirilen hendek kazma, barikat kurma ve buralara patlayıcılar yerleştirme şeklindeki eylemler (bkz. § 30) üzerine güvenlik güçlerinin müdahalesi sırasında ilan edilen sokağa çıkma yasağının kaldırılmasını sağlamak amacıyla başvurucunun ilçe girişine geldiği, burada kara yolu üzerinde oturma eylemi yaptığı ileri sürülmüştür.

ix. Dargeçit ilçesinde 26/12/2015 tarihinde güvenlik güçleri ile girdiği çatışmada ölen teröristlerden biri olan örgütün Dargeçit ilçesi kırsal alan sorumlusu "Rezzan" kod adlı İ.E.nin üzerinden çıkan cep telefonunda yapılan inceleme sonucunda başvurucunun bu terörist ile iletişim içinde bulunduğu soruşturma makamlarınca

tespit edilmiştir. Buna göre başvurucu, söz konusu teröristle 2/12/2015 ile 26/12/2015 tarihleri arasında on üç kez telefon görüşmesi yapmış; 19/12/2015 ile 25/12/2015 tarihleri arasında ise birçok kez SMS yoluyla mesajlaşmıştır. Ayrıca başvurucunun 17/12/2015 ile 21/12/2015 tarihleri arasında bu terörist ile İnternet üzerinden erişim sağlayan *"Whatsapp"* isimli uygulama aracılığıyla da haberleştiği belirtilmiştir.

- SMS yoluyla yapılan mesajlaşmanın içeriği (soruşturma belgelerinde ifade edildiği şekliyle) söyledir:

"[İ.E.] *Ya sen niye benim numaramı bana gönderdin...insan bu kadar da şaka yapmazki...*

[İ.E.] *Sen Ömerli'li değil misin.*

[İ.E.] *Şimdi Omer Ocalan'in numarasini gonder.*

[Başvurucu]*Biz iyiyiz teşekkürler.temennimiz Dargeçit'in iyi olmasıi*

[İ.E.] *Sizin iyiliğiniz bize moral oluyor. Dargeçit'te durum iyi fakat mahalledekilerin durum tehlikeli.*

[İ.E.] *Size birşey soracam*

[Başvurucu]*Buyrun*

[İ.E.] *Gül arkadaş ve Fırat arkadaş nerdeler.*

[Başvurucu]*hangi gül ve fırat*

[İ.E.] *Onlar Nusaybin'in toplumsal arkadaşlarıdır*

[Başvurucu]*Ben bilmiyorum onlar nerdeler selamlar.*

[Başvurucu]*Nusaybin de cenaze kaldırıyoruz.*

[İ.E.] *Merhaba nerdesin*

[İ.E.] *Cevap vermicekmisiniz*

[Başvurucu]*Başkan bizim durumumuz Dargeçit çıkışında iyi değil.*

[İ.E.] *Arkadaş sana birşey söyleyeyim mi*

[İ.E.] *Şu ankerboranda* [Dargeçit] *duşman mahalleye girdi... arkadaşların hepsi mahsur durumda ...arkadaşlar dışarıda çıkamıyorlar... orada ne kadar insan bulursanız kerborana gelin...acil herkes gelsin...*

[İ.E.] *Şimdiye kadar dişardakiler destek vermedi...böylesi bir durumda hepiniz gelin...yoksa durum berbat olacak*

[Başvurucu]*Katliam olmaması için elimizden ne geliyorsa yapalım*

[İ.E.] *Tamam...ama erken ve acil gelirseniz iyi olur*

[İ.E.] *Merhaba.*

[Başvurucu] *Merhaba gözüm üstünü*

[Başvurucu] *Merhaba gözüm üstüne*

[Başvurucu] *Yoldayız*

[İ.E.] *Ne yaptiniz...gelmedinizmi*

[Başvurucu] *Yoldayız*

[İ.E.] *Bakın dereca tarafında köylüler toplanmış sizi bekliyorlar..newal tarafına gelin*

[İ.E.] *Yasin başkana söyledim o biliyor...onunla tartişirsiniz*

[İ.E.] *Gelmedinizmi*

[İ.E.] *Heval newalde millet sizi bekliyor 2 saattir...eğer burdan gelmicekseniz millet kerborana yürüyecek*

[Başvurucu] *Bizim kitlemiz yolu da çıkaramıyoruz*

[Başvurucu] *Biz 5 arabayız ve yolu bilen yok*

[Başvurucu] *Halen yoldayız*

[Başvurucu] *Vallahi biz de bilmiyoruz nerdeler*

[Başvurucu] *Bizim kitlemiz yolu da çıkaramıyoruz*

[Başvurucu] *Biz 5 arabayız ve yolu bilen yok*

[Başvurucu] *Halen yoldayız*

[İ.E.] *Tam nerdesiniz sizi almaya gelecez*

[Başvurucu] *Batman ili Gercüş ilçesine bağlı bir köy*

[Başvurucu] *Biz*

[İ.E.] *Yerinizi tam bana söyleyin birisini gondereceğim*

[Başvurucu] *Çok azlar*

[Başvurucu] *Biz artık dargeçit halkına ne yapmaları için ne diyeceğimizi bilmiyoruz*

[Başvurucu] *Vallahi biz de bilmiyoruz nerdeler*

[Başvurucu] *Batman ili Gerçüş ilçesine bağlı bir köy*

[Başvurucu] *Çünkü her taraf kapalı*

[İ.E.] *Orda durun birisini gonderecem*

[Başvurucu] *Biz.*

[Başvurucu] *Çok azlar*

[İ.E.] *Birşey olmaz*

[Başvurucu] *Biz artık dargeçit halkına ne yapmaları için ne diyeceğimizi bilmiyoruz*

[Başvurucu] *Çünkü her taraf tutulmuş*

[İ.E.] *Şimdi durun biz ne yapalım*

[Başvurucu] *Bizde buradan çıkıyoruz*

[Başvurucu] *Çünkü bu yol bir yere çıkmıyor*

[Başvurucu] *Bizde burdan çıkıyoruz*

[Başvurucu] *Havan geliyor durmanın anlamı yok*

[Başvurucu] *Arkadaş gel*

[İ.E.] *Dk*

[Başvurucu] *Çünkü o yol bir yere çıkmiyor.*

[Başvurucu] *Havan geliyor durmanın anlamı yok*

[İ.E.] *Gelin biz Becirman'dayız*

[Başvurucu] *Arkadaş gel*

[İ.E.] *Tartışmanın zamanı değil ... gelin"*

- *"Whatsapp"* yoluyla yapılan mesajlaşmanın içeriği ise (soruşturma belgelerinde ifade edildiği şekliyle) söyledir:

"[İ.E.] *Ya ben sizi tanıyorum..çalışmalrınız değ. Herhalde bu cumlelerimize sizi*

[İ.E.] *Merhaba Gülser ark.*

[İ.E.] *Merhaba*

[İ.E.] *Sayın değerli milletvekilimiz*

[İ.E.] *Herhalde bir cevap yazmak size ağır geldi...*

[Başvurucu] *Merhaba telefona yeni baktım kusura bakmayın. Ama dostlara cevap yazmak bizim için en güzel duygudur. Selamlar.*

[İ.E.] *Durumunuz nasil*

[İ.E.] *Ben suan kerboran safa yani direniş mahallesindeyim*

[Başvurucu] *Durumumuz hal*[k]*ımızın durumu gibidir. Yalnız sizi tanıyamadım*

[Başvurucu] *Size yürekten serkeftin* [zafer] *diliyorum.*

[İ.E.] *Biz burada büyük bir direnişi halkımızla beraber sergiliyoruz.*

[İ.E.] *Ama siz mardin seçilmişleri olarak...bu halkın siyasi iradesi olarak sesinizi zayıf duyuyoruz*

[İ.E.] *Mardinliler özellikle omeryanlılar önderliğin ilk çalışmasını başlattığı yer olarak büyük bir serhildan ruhuyla kerborana yürümelisiniz... bizim tek isteğimiz budur*

[İ.E.] *Herhalde bu cumlelerimize sizin vereceğiniz yanıt çok küçük geleceği için yazamadınız...bizden size başarılar...*

[İ.E.] *Merhaba.*

[Başvurucu] *Ben şimdi Nusaybin'deyim. Dargeçit'in durumu nasıl*

[İ.E.] *Tlf yanımda değildu*

[İ.E.] *Nisebinin* [Nusaybin] *durumu nasıl*

[İ.E.] *Kerboranda yaralı var ams arklarin durumu iyi.çatışma yoğun... ama mah. halkın durumu hiç iyi değil.Millethazırlıksız yakalandı su. erzak. hiç kalmamış..mah. hayvan ölüsü kokuyor.*

[İ.E.] *Milleti zorla kaldırıyoruz..ama hala korkuyorlar..bu miiletvekilleri xelila beldesine gidip oradakihalk kalkıyor..mv.onlarla beraber çevre yolunda nöbet tutabilirler*

[İ.E.] *Böyle giderse millet açlıktan şehit düşecek..*

[İ.E.] *Millet güçlü serhildana kalktığında düşman arklara yoğun yonelemiyor*

[İ.E.] *Merhaba*

[İ.E.] *Nasilsiniz*

[Başvurucu] *Siz nasılsınız. Bugün geleceğim.*

[İ.E.] *Merhaba.*

[İ.E.] *Ne yaptiniz*

[Başvurucu] *Yarın Kerborana yine bir geliş olacak.*

[İ.E.] *Bugunku gibi olsa sizi bu sefer kutlayacam."*

x. Başvurucunun 2/3/2016 tarihinde Dargeçit ilçesinin kırsal bölgesinde güvenlik güçleriyle girdiği çatışmada ölen teröristlerden birinin (güvenlik güçlerince bulunamayan) cesedinin Mardin Devlet Hastanesi morguna intikalini gerçekleştirdiği ileri sürülmüştür.

xi. 7/6/2016 tarihinde Kızıltepe'de düzenlenen "Cizre Olaylarını Protesto" mitinginde, ölen PKK mensupları için saygı duruşunda bulunulduğu, PKK'nın (sözde) marşının söylendiği, PKK flamalarının ve Abdullah Öcalan resimlerinin açıldığı,

başvurucunun da bu mitingde bir konuşma yaparak PKK'nın cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermek, övmek ve bu yöntemlere başvurmayı teşvik etmek suretiyle örgütün propagandasını yaptığı ileri sürülmüştür.

37. 2014 yılının Ekim ayında yaşanan ve ülkenin büyük bir bölümünü etkileyen şiddet olayları ve sonrasında 2015 yılının Haziran ayından itibaren ülkede yaşanan terör saldırılarının artması dolayısıyla siyasi çevrelerde ve kamuoyunda milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması hususunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapılmasını öngören kanun teklifi 12/4/2016 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Bu teklif, hâlihazırda Bakanlıkta, Başbakanlıkta, TBMM Başkanlığında, Anayasa ve Adalet Komisyonlarının üyelerinden kurulu Karma Komisyonda bulunan yasama dokunulmazlığı dosyalarıyla ilgili olarak Anayasa ve TBMM İçtüzüğü'nde öngörülen yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin usulün uygulanmamasını ve bu dosyaların gereğinin yapılması amacıyla yetkili mercilere iade edilmesini öngörmektedir.

38. TBMM Genel Kurulunda 20/5/2016 tarihinde kabul edilen 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. madde ile *"Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz./ Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir."* hükmü getirilmiştir.

39. Anayasa değişikliği 8/6/2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna göre anılan maddenin TBMM'ce kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla maddede sayılan mercilere intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci

cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hüküm (bkz. § 35) uygulanmayacaktır. Ayrıca Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, TBMM Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaların gereğinin yapılması amacıyla yetkili merciine iade edileceği öngörülmüştür.

40. Böylece Bakanlık verilerine göre Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) grubuna mensup 29 milletvekiline ait 50, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) grubuna mensup 59 milletvekiline ait 215, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) grubuna mensup 10 milletvekiline ait 23, HDP grubuna mensup 55 milletvekiline ait 518 ve 1 bağımsız milletvekiline ait 5 fezlekeyle ilgili olarak yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümler uygulanmamış ve bu dosyalar gereği için ilgili mercilere iade edilmiştir.

41. Bu kapsamda başvurucu hakkındaki dokuz ayrı fezlekeye konu olan soruşturma dosyaları da Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü aracılığıyla 2016 yılının Haziran ayında gereğinin takdir ve ifası için Kızıltepe, Nusaybin, Diyarbakır, Mardin ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilmiştir.

42. Nusaybin ve Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılıkları başvurucu hakkındaki uhdelerinde bulunan soruşturma dosyalarını -isnat edilen suçların ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamında olduğu gerekçesiyle- fezlekeyle Mardin Cumhuriyet Başsavcılığına göndermişlerdir. Mardin ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılıkları da fezlekeyle gelen ve/veya uhdelerinde bulunan soruşturma dosyalarına ilişkin olarak *"*[farklı] *soruşturma dosyaları üzerinden yürütülen soruşturmaların birlikte yürütülmesinde maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından hukuki bir fayda olacağı"* ve *"suçun vasfının tayini konusunda tüm dosyaların birlikte değerlendirilmesinin önem arz ettiği"* gerekçesiyle Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmek üzere yetkisizlik kararı vermişlerdir.

43. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucu hakkındaki söz konusu soruşturma dosyalarının 2016/35746 sayılı soruşturma dosyasında birleştirilmesine karar verilmiştir. Böylece başvurucu hakkında farklı Cumhuriyet Başsavcılıklarınca düzenlenen dokuz ayrı fezlekede suça konu edilen tüm fiillerin birlikte değerlendirilmesi mümkün hâle gelmiştir.

44. Diğer taraftan başvurucu, ifadesi alınmak üzere soruşturma makamları tarafından çağrı kâğıdı gönderilerek savcılıklara davet edilmiş, bu bağlamda çıkarılan çok sayıda çağrı kâğıdı başvurucuya 23/7/2016, 17/8/2016 ve 11/10/2016 tarihlerinde tebliğ edilmiş ancak başvurucu bu çağrılara uymamıştır. Bu sürecin öncesinde -dokunulmazlıklara ilişkin Anayasa değişikliği teklifinin TBMM Başkanlığına sunulmasından sonra- HDP Eş Genel Başkanı Selahattin Demirtaş 9/4/2016 tarihinde TBMM'de yaptığı grup konuşmasında *"Biz mahkemelerde süründürüleceğiz, yok öyle bir şey. Şunu da net olarak söyleyeyim: Bu hafta öbür hafta dokunulmazlıklarımızı kaldırabilirler. Fakat tek bir arkadaşım kendi ayağıyla ifade vermeye gitmeyecek. Nasıl götürüyorlarsa kendileri bilirler. Bu iş öyle kolay olmayacak. Zannediyorlar ki dokunulmazlığı kaldırırız, tereyağından kıl çeker gibi bunları mahkemenin önüne atarız. Yok öyle yağma!"* şeklinde ifadeler kullanmıştır.

45. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı *"üzerine atılı suçların vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu değerlendirilerek"* başvurucunun gözaltına alınmasına karar verildiğini belirterek *"yakalanarak gözaltına alınabilmesi amacıyla"* evinde 4/11/2016 tarihinde arama yapılmasına karar verilmesi talebiyle Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğine başvurmuştur. Hâkimliğin 3/11/2016 tarihli kararı ile başvurucunun *"üzerine atılı suçlama nedeni ile kaçma ya da delilleri yok etme riskinin yoğun bir şekilde bulunduğu"* gerekçesiyle -başvurucunun yakalanarak gözaltına alınabilmesi amacıyla- evinde arama yapılmasına izin verilmiştir.

46. Öte yandan Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı 3/11/2016 tarihinde, başvurucu hakkındaki soruşturma dosyasına ilişkin olarak *"soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği"* gerekçesiyle 27/7/2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 25/7/2016 tarihli ve 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 3. maddesinin (l) bendi uyarınca müdafiinin dosya içeriğini incelemesinin ve belgelerden örnek almasının kısıtlanmasına karar vermiştir.

47. Gözaltı ve arama kararları uyarınca başvurucu 4/11/2016 tarihinde Mardin'deki evinde yakalanarak gözaltına alınmış ve hemen sonra hakkında soruşturma işlemlerinin yürütüldüğü Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına getirilmiştir. Başvurucunun ifadesinin alınması işlemi sırasında üç avukatı hazır bulunmuştur. İfade tutanağında ifade alma işlemi öncesinde isnat edilen suçlamaların başvurucuya açıklandığı belirtilmiştir. Başvurucunun *"Ben üzerime atılı suçlamaları ve haklarımı*

anladım. Bu olayın hukuki değil, siyasi olduğunu düşünüyorum, savcılıkta ifade vermek istemiyorum." şeklinde beyanda bulunarak suçlamalara ilişkin bir açıklama yapmadığı; müdafilerinin ise soruşturmanın siyasi nitelikte olduğunu iddia ederek başvurucunun serbest bırakılmasını talep ettikleri görülmüştür.

48. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı 4/11/2016 tarihinde *"silahlı terör örgütüne üye olma ve suç işlemeye tahrik etme suçlarını işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunduğu, suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yasada yazılı cezanın üst haddi, adli kontrol hükümlerinin bu aşamada yetersiz kalacağı"* gerekçesine dayanarak tutuklanması istemiyle başvurucuyu Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir.

49. Tutuklama talep yazısında, başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Bu bağlamda "6-7 Ekim olayları"na ve bu olayların başlangıcında HDP MYK'sınca sosyal medya hesabı üzerinden yapılan açıklamaya ve olayların öncesinde ve/veya olaylar sırasında PKK'nın yayın organlarında yer alan açıklama ve haberlerin içeriklerine değinilmiş; ayrıca başvurucunun, güvenlik görevlileriyle girdiği silahlı çatışmada ölen bir teröristin cesedini hastaneye getirdiğine dikkat çekilmiştir. Bunun yanında başvurucunun iletişim hâlinde olduğu sorumlu düzeydeki bir terör örgütü mensubundan aldığı "(sözde) özerklik yönetimi çerçevesinde kazılan hendek ve barikat eylemlerine destek olunması amacıyla halkın organize edilmesi, bu hendek ve barikatların kaldırılması için güvenlik görevlilerince yapılan operasyonları sonuçsuz bırakmaya yönelik eylem yapılması" şeklindeki talimatlar doğrultusunda hareket ettiği ileri sürülmüştür. Son olarak yazıda başvurucunun çeşitli tarihlerdeki konuşmalarına atıf yapılmıştır.

50. Anılan yazı, sorgu işlemi öncesinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvurucuya okunmuştur. Sorgu tutanağında, başvurucuya isnat edilen suçların okunup anlatıldığı da belirtilmiştir. Bu sırada da başvurucunun üç avukatı hazır bulunmuştur. Başvurucu, Hâkimlikteki ifadesinde *"Bizler seçilmiş halk temsilcileriyiz şahsımızı değil bizi seçen seçmen kitlelerini temsil ederiz. Temsil ettiğimiz bu kimliğe ve halkımızın iradesine yapılan bu saygısızlığa izin vermem mümkün değildir. Ben adil ve tarafsız bir yargı huzurunda ifade vermekten çekinmiyorum. Vermeyecek hiçbir hesabım da yoktur. Ülkemizde yargının saygınlığı ayaklar altındayken düğmesiz*

olan cübbelerini iliklemeye çalışan böylesi bir siyasi yargılamanın öznesi olmayı da asla kabul etmeyeceğim. Şahsınıza ve kişiliğinize yönelik hiçbir tereddüdüm ve saygısızlığım yoktur. Ancak şaibelerle dolu bir siyasi geçmişe sahip olan Erdoğan ve AKP iktidarı emretti diye başlatılan bu yargı tiyatrosunda figüran olmayı kabul etmiyorum. Soracağınız hiçbir soruya cevap vermeyeceğim. Yapacağınız hiçbir yargılama faaliyetinin adil olacağına inancım yoktur. Benim buraya getirilmem bile hukuk dışıdır. Siyasetçilerin siyaset arenasındaki muhatapları siyasetçilerdir. Yargı mensupları değildir. Bu anlamda sizler evrensel ve demokratik hukuk ilkelerine ve Türkiye'nin imzalamış olduğu aynı zamanda bir Anayasa hükmü de olan uluslararası anlaşmalara bağlı olması gereken yargı mensupları olarak siyasi oyunların ve tezgâhların parçası olmayı reddetmelisiniz. Sizden hiçbir talebim ve beklentim yoktur. Siyasi faaliyetlerim nedeniyle ancak beni seçen halkım beni sorgulayabilir." şeklinde beyanda bulunmuş ve kendisine isnat edilen suçlamalara ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Başvurucunun müdafileri ise suçlamaları kabul etmemiş, yapılan işlemlerin hukuka uygun olmadığını belirterek başvurucunun serbest bırakılmasını talep etmişlerdir.

51. Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 4/11/2016 tarihli kararı ile başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma ve halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçlarından tutuklanmasına karar verilmiştir. Tutuklama kararında, öncelikle *"6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na eklenen geçici 20. madde uyarınca atılı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığının bulunmadığı ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturma işlemi yapılabileceği"* şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

52. Anılan kararda, başvurucuya isnat edilen eylemlere ilişkin olarak da bazı değerlendirmelere yer verilmiştir. Bunlar şöyle özetlenebilir:

> i. Suriye'de DAEŞ ile PYD/YPG arasında çatışmaların yoğunlaşması üzerine PKK tarafından halkın sokağa çıkması yönünde çağrılar yapıldığı ve bunların örgüte müzahir internet sitelerinde yayımlandığı, HDP'nin sosyal medya hesabından da benzer çağrıda bulunulduğu, bunun HDP MYK'sı adına yapıldığı ve başvurucunun HDP MYK üyesi olduğu, çağrılar sonrasında sokağa çıkan terör örgütü sempatizanları tarafından gerçekleştirilen olaylarda çok sayıda kişinin öldüğü, kamu binalarına, güvenlik güçlerine ve vatandaşların işyerlerine saldırılar düzenlendiği, işyerlerinin ve bankaların yağmalandığı, kamu güvenliğinin

tesis edilmesinin uzun bir süre aldığı, böylece başvurucunun da aralarında bulunduğu kişilerce halkın suç işlemeye alenen tahrik edildiği belirtilmiştir.

ii. Başvurucunun yaptığı konuşmalarda PKK'yı ve PKK'nın lideri olan -hükümlü- Abdullah Öcalan'ı övdüğü, PKK'nın şiddet yöntemini ve hendek kazmak suretiyle özerk yönetimler oluşturma hedefi doğrultusundaki eylemlerini "direniş" olarak adlandırdığı ve meşru gösterdiği, ölen terör örgütü mensuplarından "şehit" diye bahsettiği, çatışmada öldürülen bir terör örgütü mensubunun cenazesini bizzat hastaneye getirdiği, bazı eylemlerde üzerinde Abdullah Öcalan'ın resminin bulunduğu pankartın arkasında yürüyerek pankartı taşıdığı ve terör örgütünü simgeleyen flamayı üzerine örterek terörist cenazesine katıldığı ifade edilmiştir.

iii. Başvurucunun, güvenlik güçleriyle girdiği çatışmada ölen bir terörist ile telefonla görüşmeler yaptığına, bu kişinin terör örgütü tarafından kazılan hendekler dolayısıyla güvenlik güçlerince yapılan operasyonlar sırasında sıkıştıklarını belirterek "kendilerine alan açılması" hususunda telefonla gönderilen mesajlar vasıtasıyla başvurucudan yardım istediğine, başvurucunun da bu mesajlara cevap verdiğine değinilmiştir.

53. Kararda, yukarıdaki olaylara atfen tutuklamanın ön koşulu olan kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu belirtildikten sonra tutuklama nedenlerinin varlığına ilişkin olarak *"müsnet suç için kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı,müsnet suçun CMK* [Ceza Muhakemesi Kanunu] *100/3. maddesinde belirtilen katalog suçlardan oluşu, verilmesi beklenen cezaya göre tutuklama tedbirinin ölçülü olması bu nedenlerle adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı"* değerlendirmesine yer verilmiştir.

54. Başvurucu 7/11/2016 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiştir. Diyarbakır 3. Sulh Ceza Hâkimliği 10/11/2016 tarihinde itirazın kesin olarak reddine karar vermiştir.

55. Anılan karar 22/11/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

56. Başvurucu 6/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

57. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 25/1/2017 tarihli iddianamesi ile başvurucunun silahlı terör örgütü kurma veya yönetme,

terör örgütü propagandası yapma, halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme, suçu ve suçluyu övme, suç işlemeye alenen tahrik, halkı kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne kışkırtma suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

58. İddianamede, başvurucu hakkında daha önce düzenlenen dokuz ayrı fezlekedeki olaylar (bkz. § 36) suçlamaya konu edilmiştir. Savcılık suçlamaya konu olaylarla ilgili dosyaların "eylem bütünlüğü açısından birleştirildiğini ve bir bütün olarak suç nitelendirilmesi yapılması yoluna gidildiğini" belirttikten sonra başvurucuya yöneltilen eylemlere ilişkin hukuki değerlendirmelerini ortaya koymuştur. Bu değerlendirmeler özetle şöyledir:

"... şüpheli milletvekilinin örgüt mensuplarının vermiş olduğu talimatlarla hareket ettiği, örgüt birlikteliği sergilediği, kendisinin yürütmekte olduğu milletvekilliği görevinin örgütün halk olarak bahsettiği ancak talimatla hareket eden yığınlarda sözde geçerli bir mevki olduğu ve bununla kalabalıkları etkilediği bu anlamda yönetici konumu ile insanları kolluk kuvvetlerine karşı yasağa uymamakta kışkırttığı, bu durumun siyasi politik gerekçelerle değil terör örgütünün vermiş olduğu talimatlar ile gerçekleştiği, şüphelinin PKK/KCK terör örgütünün Mardin ili Dargeçit ilçesi kırsal alan sorumlusu ile sürekli irtibat halinde olduğu, terör örgütünden aldığı talimatlar doğrultusunda Mardin ili Dargeçit ilçesinde halkı örgütlemeye çalıştığı, operasyon alanından aldığı ölü terör örgütü mensubunu Midyat İlçesi devlet hastanesine ait ambulansı ile Mardin Devlet Hastanesi morguna getirdiği, şahsın örgüt içerisinde örgüt mensupları ile birlikte hareket ettiği, onlara talimat verdiği, bulunduğu konum itibariyle halkı yönlendirebildiği iddia, ifade tutanakları vedosyada yer alan diğer deliller itibariyleşüphelinin PKK/KCK/YPGterör örgütünün yöneticisi konumunda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Ayrıca şüphelinin bir siyasi partinin milletvekili sıfatıyla değişik zamanlarda geniş halk kitlelerine yapmış olduğu konuşmanın toplum ve dinleyiciler üzerinde yapmış olduğu etki nazara alındığında şüphelinin örgüt yöneticisi konumunda bulunduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

...

Şüpheli ...fezlekelerde yer alan konuşma ve eylemlerinde özetle; terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya

övecek ya da teşvik edecek şekilde konuşmalar yapmıştır. Yani terör, cebir, şiddet veya tehdit olgusunu meşru göstermiştir...

...

HDP Merkez Yürütme Kurulu tarafından 06/10/2014 tarihinde ... sosyal paylaşım sitesi üzerinden yayınlanan ... açıklama ile halk sokaklara çıkmaya davet edilmiş, bu açıklama ayrıca yazılı ve görsel yayın organlarına da gönderilerek alenileştirilmiştir. HDP Eş Başkanları ve Merkez Yürütme Kurulu (MYK) üyeleri dahil tüm yöneticilerin IŞID'in Kobaniye saldırılarını bahane ederek halkı silahlı isyana tahrik ve teşvik etmiştir.

...

Böyle bir çağrının sonuçlarının ne olacağı yıllardır yaşanan olaylar ışığında HDP yetkilileri tarafından bilinmektedir ve bu sonuçların meydana gelmesi açıkça amaçlanarak ve teşvik edilerek, bu açıklama kasıtlı olarak yapılmıştır."

59. Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi 27/1/2017 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş ve E.2017/71 sayılı dosya üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır. Mahkeme aynı tarihte davaya bakma hususunda Mardin ağır ceza mahkemelerinin yetkili olduğu gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir. Yetkisizlik kararı ile birlikte başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına da karar verilmiştir.

60. Dava dosyasının gönderildiği Mardin 3. Ağır Ceza Mahkemesi de E.2017/115 sayılı dosya üzerinden 16/2/2017 tarihinde davaya bakma yetkisinin Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesinde olduğu gerekçesiyle (karşı) yetkisizlik kararı vermiştir. Anılan kararla birlikte başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına da karar verilmiştir.

61. Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi ile Mardin 3. Ağır Ceza Mahkemesi arasında çıkan yetki/görev uyuşmazlığının giderilmesi için dosyanın gönderildiği Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 10. Ceza Dairesi 17/3/2017 tarihinde Mardin 3. Ağır Ceza Mahkemesinin yetkisizlik kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

62. Bunun üzerine yargılamaya Mardin 3. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2017/275 sayılı dosyası üzerinden başlanmıştır. Davanın ilk duruşması 2/5/2017 tarihinde yapılmıştır. Başvurucu duruşma sırasında Kürtçe

savunma yapmak istediğini ifade ettiğinden Mahkemece başvurucunun savunması tercüman aracılığıyla alınmıştır. Başvurucu savunmasında *"... İddianamede belirtilen konuşmalarımın suç unsuru oluşturduğunu düşünmüyorum. ... Bu konuşmalarımız şiddeti içermemekte, aksine ülkede barışın sağlanmasına yönelik olmaktadır. Biz sorunların muhataplarıyla görüşülmesinin herhangi bir suçu oluşturmadığını düşünmekteyiz. Ben Mardin Milletvekilliğinin bana verdiği görev dışında herhangi bir yasadışı faaliyette bulunmadım. Ben burada bulunan herkesin vekiliyim. Dolayısıyla beni burada bulunan herkes telefonla arayabilmiştir. Diğer ilçelerden beni arayan kişilerle de telefonda görüşüp onların sorunları ile görüşmüşümdür. ... numaralı hat benim kullandığım hattır. Yaşanan süreç içerisinde birçok kişi bize telefonla ve SMS ile ulaşıyorlardı. Ancak bizi arayan herkesin kimlik bilgilerini bilmemiz mümkün değildir. İddianamede belirtilen ve o tarihte öldürülen 7 kişiden birinin cesedinin daha sonra cami avlusunda bulunduğu hususunda köy muhtarının bilgi vermesi ve güvenlikleri nedeniyle bu cesedin teslimini bir milletvekilinin yapmasını istemeleri üzerine ben de Mardin Milletvekili olarak öldürülen bu kişinin cesedini teslim ettim. Bu cenazeyi sadece kendi inisiyatifimizle almadık. Bu hususta İl Valisi ve Dargeçit İlçe Jandarma ile görüşme yaparak onların bilgisi dahilinde aldık. Yaptığımız bu şeyin suç oluşturduğunu düşünmüyorum. İnsani ve ahlaki gerekçelerle bu cenazeyi aldık. Biz HDP olarak halkı şiddete davet etmedik. İnsanların demokratik haklarını kullanmalarını istedik. İddianamede bahsi geçen şekilde HDP MYK üyesi olarak bu şekilde bir çağrıda bulunduk. ... Bizim gösterdiğimiz tepki DAEŞ'e gösterdiğimiz bir tepkidir. Bunun dışında bir anlam yüklenmemelidir."* şeklinde beyanda bulunmuştur.

63. Mardin 3. Ağır Ceza Mahkemesi 22/9/2017 tarihli duruşmada silahlı terör örgütü kurma ve yönetme suçundan açılan davayı tefrik etmiştir. Teftik edilen davanın kaydedildiği aynı Mahkemenin E.2017/587 sayılı dosyası üzerinden 25/10/2017 tarihinde yapılan tensip incelemesinde tutukluluğun devamına karar verilmiştir. Mahkeme E.2017/275 sayılı dosya kapsamında ise 15/11/2017 tarihinde başvurucunun halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçu yönünden tahliyesine karar vermiştir. Başvurucu hakkındaki her iki dava bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemesinde derdest olup başvurucunun tutukluluk hâli E.2017/587 sayılı dosya kapsamında devam etmektedir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

64. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Gözaltı"* kenar başlıklı 91. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Yukarıdaki maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz."

"(5) Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhâl ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir ya da yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verilir."

65. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü 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;

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

..."

66. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 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) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki 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."

67. 5271 sayılı Kanun'un *"Adlî kontrol"* kenar başlıklı 109. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

…

(3) Adlî kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

...

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.

g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adlî emanete teslim etmek.

...

j) Konutunu terk etmemek.

k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek."

68. 5271 sayılı Kanun'un *"Şüpheli veya sanıkla ilgili arama"* kenar başlıklı 116. maddesi şöyledir:

"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."

69. 5271 sayılı Kanun'un *"Tazminat istemi"* kenar başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

...

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

70. 5271 sayılı Kanun'un "*Tazminat isteminin koşulları"* kenar başlıklı 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."

71. 5271 sayılı Kanun'un *"Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi"* kenar başlıklı 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili bölümü ile (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"(2) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

...

(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."

72. 6/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Suç işlemeye tahrik"* kenar başlıklı 214. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"

73. 5237 sayılı Kanun'un *"Silâhlı örgüt"* kenar başlıklı 314. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

74. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun *"Terör tanımı"* kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

75. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçlusu"* kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır."

76. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçları"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

77. 3713 sayılı Kanun'un *"Cezaların artırılması"* kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilir. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

78. 668 sayılı KHK'nın (8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un) *"Soruşturma ve kovuşturma işlemleri"* kenar başlıklı 3. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

...

l) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilir

..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

79. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

..."

80. Sözleşme'nin *"İfade özgürlüğü"* kenar başlıklı 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."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

81. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca yalnızca bir ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde, kişinin suç işlediğine dair şüphenin bulunması hâlinde yetkili adli makamın huzuruna çıkarılması amacıyla tutuklanabileceği yönündeki içtihadını (*Jecius/Litvanya*, B. No: 34578/97, 31/7/2000, § 50; *Wloch/Polonya*, B. No: 27785/95, 19/10/2000, § 108) yakın dönemde verdiği *Buzadji/Moldova* ([BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016) kararında geliştirmiştir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğunun ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konması gerekir.

82. AİHM'e göre ilk tutuklama için yeterli görülen makul şüphenin varlığı, elde edilen deliller ve somut olayın kendine özgü koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan, tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olmalıdır. Toplanan deliller, objektif bir gözlemciye sunulduğunda şüpheli ya da sanığın atılı suçu işlemiş olabileceği yönünde gözlemcide kanaat oluşturmaya yeterli ise somut olayda makul şüphe vardır. Diğer bir ifade ile inandırıcı neden ya da makul şüphe, suçlanan kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilginin varlığını gerektirmektedir (*Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, B. No: 12244/86-12245/86-12383/86, 30/8/1990, § 32; *O'Hara/Birleşik Krallık*, B. No: 37555/97, 16/10/2001, § 34).

83. AİHM, tutukluluğu meşru kılan makul dört temel neden belirlemiştir: Bunlar Sanığın duruşmaya çıkmama (kaçma) tehlikesi (*Stögmüller/Avusturya*, B. No: 1602/62, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 15), sanığın serbest bırakıldıktan sonra adaletin iyi idaresine zarar verecek tarzda önlemler alabilecek olma tehlikesi (*Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27/6/1968, hukuki gerekçe bölümü § 14), tekrar suç işleme tehlikesi (*Matznetter/Avusturya*, B. No: 2178/64, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 7) ve kamu düzenini bozma tehlikesidir (*Letellier/Fransa*, B. No: 12369/86, 26/6/1991, § 51).

84. Türk milletvekillerinin tutuklanması da AİHM kararlarına konu olmuştur. Bu bağlamda 20/10/1991 tarihinde yapılan genel seçimlerde milletvekili seçilen ve milletvekili olarak görev yaparken TBMM'ce dokunulmazlıkları kaldırılan (bkz. § 11) "Sırrı Sakık, Ahmet Türk, Mehmet Hatip Dicle, Leyla Zana, Mahmut Alınak ve Orhan Doğan" devletin istiklalini ve birliğini bozmak veya devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmak ve PKK terör örgütüyle bağlantılı olmakla suçlanmışlardır. Bu kişilerin anılan suçlara ilişkin soruşturma kapsamında 17/3/1994 tarihinde mahkemece tutuklanmaları üzerine yaptıkları başvuruda, diğer şikâyetlerin yanında suç işlendiğine dair makul bir şüphe bulunmadan tutuklandıkları (tutuklamaların hukuka uygun olmadığı) ileri sürülmüştür.

i. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) *Sakık ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 ve 23883/94, 23/5/1996) başvurusunda, başvurucuların

bu iddialarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Anılan kararda, devletin birliği ve ülke bütünlüğünü bozma suçlamasıyla yasama dokunulmazlığı kaldırılan ve tutuklanan milletvekili başvurucuların Ankara DGM'nin 8/12/1994 tarihli kararıyla bölücülük propagandası yapma ve/veya silahlı örgüte üye olma suçlarından hüküm giydiklerine (bkz. §§ 16-25) dikkat çekilmiş; tutuklamanın hukuki olmadığı iddiası reddedilirken aşağıdaki değerlendirmelereyer verilmiştir (bkz. §§ 54-58):

"54. Komisyon tutuklamanın hukukiliğiyle ilgili olarak, Sözleşme'nin, özünde iç hukuktaki düzenlemelere öncelikle atıfta bulunduğunu ve usule ilişkin bir mesele olarak iç hukukun birtakım maddi standartları haiz olması yükümlülüğü öngördüğünü; fakat bunun yanında herhangi bir özgürlükten yoksun bırakılmanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacıyla uyumlu olması gerekliliğini hatırlatır.

55. Şüphenin derecesiyle ilgili olarak Komisyon, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi bağlamında yapılan gözaltı sırasındaki sorgulamanın konusunun, tutuklamanın dayandığı somut şüphelerin reddedilmesi ya da onaylanması suretiyle ceza soruşturmasının tamamlanması olduğunu hatırlatır. Makul şüphenin varlığı, söz konusu bireyin isnat edilen suçu işlediği hususunda objektif bir gözlemciyi ikna edecek bilgi veya olgunun bulunmasını gerekli kılar. Bununla birlikte neyin 'makul' sayılabileceği hususu somut olayın koşullarının tümüne bağlıdır.

56. Somut başvuruda, Komisyon öncelikle başvurucuların yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasıyla ilgili sürecin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında tutuklanmalarına ilişkin prosedürün bir parçası olmadığını ve başvurucuların, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması sürecindeki sakatlıkların Sözleşme'nin bu hükmü ile uyumlu olmadığı yönündeki şikâyetini not eder.

57. Başvurucuların suç işlediklerine dair makul şüphelerin varlığı konusunda ise Komisyon, başvurucuların devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçlamasıyla Ankara DGM Cumhuriyet Savcısının talimatıyla gözaltına alındıklarını belirtir. Yakalanmalarının ardından başvurucular devlet güvenlik mahkemelerinin görevine giren toplu suçların soruşturulması prosedürüne ilişkin Türk mevzuatına uygun olarak 12 ila 14

günlük sürelerde hâkim önüne çıkarılmışlardır. Başvurucuların yakalanması kararını veren savcı 21/6/1994 tarihli iddianame ile onları, Türk Ceza Kanunu'nun bazı hükümlerini ihlal etmekle suçlamıştır. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi 8/12/1994 tarihli kararla başvuruculardan Türk, Zana, Dicle ve Doğan'ın Türk topraklarının bir kısmını ayırmayı amaçlayan silahlı örgüt üyeliğinden, Sakık ve Alınak'ın ise bölücülük propagandası yapmaktan suçlu olduklarını söylemiştir.

58. Buna göre, Komisyon somut olayla ilgili olgular ışığında başvurucuların, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası anlamında suç işlediklerinden 'şüphelenilecek makul sebepler' temelinde 'yasal yollara uygun bir şekilde' tutuklanmış ve gözaltına alınmış olduklarının kabul edilebileceğini düşünmektedir."

ii. Başvurucular, Avrupa İnsan Hakları Divanı (Divan) önündeki incelemede, Komisyonun vardığı sonucu kabul ettiklerini bildirmişlerdir. Divan da Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edilmediğinin açık olduğu sonucuna varmıştır (*Sakık ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 23878/94-23879/94-23880/94, 26/11/1997, § 40).

85. AİHM, tutuklandıktan sonra milletvekili seçilen *Mustafa Ali Balbay* tarafından yapılan başvuruda, suç işlendiğine dair şüphe duyulması için makul sebepler bulunmadığından dolayı tutuklamanın hukuki olmadığı yönündeki iddiayı incelerken başvurucuya yöneltilen suçlamalara (bir suç örgütünün Hükûmeti şiddet kullanarak devirmek amacıyla faaliyetlerde bulunmakla suçlanan aktif üyelerinden biri olmak, özellikle basın ile söz konusu suç örgütü arasında koordinasyon görevini üstlenmek, ülkede kaotik bir durum yaratmak için bahsi geçen örgütün askerî üyelerinin talimatı altında faaliyet yürütmek, eski bir kuvvet komutanı askerin darbe günlüğünün bir bölümünü saklamak ve devletin gizli belge ve bilgilerini yasa dışı şekilde elde etmek) dikkat çekmiş; başvurucunun ağır nitelikteki bu suçları işlediğine dair şüphelere dayanılarak telefon dinleme kayıtları, bazı suç ortaklarının ifadeleri, farklı aramalar sırasında el konulan belgeler gibi delillerin Savcılık tarafından yakalama öncesinde toplandığını belirtmiş ve yargılama sonucunda başvurucunun 35 yıl 4 ay hapis cezasına mahkûm edildiğine vurgu yapmıştır. AİHM, bu değerlendirmesi sonucunda ceza dosyasının, başvuranın kovuşturulmasına neden olan suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek

bilgiler içerdiği kanaatine vararak başvurucunun iddialarını açıkça dayanaktan yoksun görerek kabul edilemez bulmuştur (*Balbay/Türkiye* (k.k.), (B. No: 666/11-73745/11, 3/32015), §§ 66-75).

86. Diğer taraftan AİHM, Türk yargı organlarınca terör propagandası olarak nitelendirilen birçok eylemi ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmeye tabi tutmuştur. Bu bağlamda AİHM, *Zana/Türkiye* kararında, eski Diyarbakır belediye başkanı olan başvurucunun cezaevindeyken bir gazeteye vermiş olduğu mülakatta yer alan *"PKK'nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar."* şeklindeki sözleri nedeniyle cezalandırılmasının ifade hürriyetinin ihlaline neden olup olmadığını incelemiştir. Başvurucu yargılandığı mahkemece 12 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve 2 ay 12 gün hapiste kaldıktan sonra koşullu olarak serbest kalmıştır. AİHM, inceleme sırasında başvuruya konu müdahaleye, başvurucunun sorumlu tutulduğu sözlerinin özü ve bunları hangi bağlamda söylediğini de kapsayacak biçimde davanın bütünü ışığında bakacağını belirtmiş; özellikle dava konusu müdahalenin "izlenen meşru amaçlarla orantılı" olup olmadığını ve ulusal makamların bu müdahaleyi haklılaştırmak için ileri sürdükleri nedenlerin "ilgili ve yeterli" bulunup bulunmadığını saptayacağına işaret etmiştir. Bu inceleme sonucunda AİHM, öncelikle başvurucunun sarf ettiği sözlerin çelişkili ve belirsiz olduğunu değerlendirmiştir. Zira başvurucu, hem amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terörist örgüt olan PKK'yı desteklediğini hem de katliamlara karşı olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca başvurucu, kadın ve çocukların katledilmesini uygun bulmazken aynı zamanda bunu herkesin yapabileceği bir "hata" olarak tanımlamaktadır. AİHM, söz konusu açıklamaya bakılırken somut olayın koşullarının özel bir anlamı olduğuna ve başvurucunun bunun farkında olması gerektiğine değinmiştir. Şöyle ki ilgili röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde PKK'nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür. Başvurucunun Güneydoğu Anadolu'nun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanı olarak günlük yayınlanan büyük bir ulusal gazetedeki röportajında -ulusal kurtuluş hareketi olarak tanımladığı- PKK'ya verdiği desteğin bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağını gözönüne alan AİHM, bu nedenle başvurucuya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim"e yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun

olduğu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin "ilgili ve yeterli" olduğu sonucuna varmış; bu itibarla da Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

87. Buna karşılık AİHM, Halkın Demokrasi Partisi (HADEP) Hakkâri Gençlik Kolları başkanı olan başvurucunun bir konuşması nedeniyle 10 ay hapis ve (adli) para cezasına mahkûm edilmesini ifade özgürlüğü bağlamında incelediği *Faruk Temel/ Türkiye* (B. No: 16853/05,1/2/2011) kararında farklı sonuca ulaşmıştır. Başvurucu Hakkâri'de düzenlenen bir toplantıda yaklaşık 150 kişilik bir kalabalık önünde yaptığı konuşmada, PKK'nın lideri olan Abdullah Öcalan'ın cezaevinde tutulma koşullarına ilişkin açıklamalarda bulunmuş ve konuşma sırasında Abdullah Öcalan'ı "Sayın KADEK Genel Başkanı" olarak tanıtmıştır. Konuşma sırasında birtakım sloganlar atılmıştır. AİHM'e göre siyasi hayatın bir aktörü olarak konuşan başvurucu, Türkiye'deki siyasi hayata değinen güncel konular ile yakın geçmişe ait uluslararası sorunlar hakkında partisinin görüşlerini dile getirmiş; yeni bir çatışmaya mahal vermemek için Türkiye'deki tüm cezaevlerinde tecrit önlemlerinin kaldırılmasını istemiş ve Abdullah Öcalan'ı da kapsayan tüm mahkûmlar için bir genel af çağrısında bulunmuştur. AİHM, ulusal mahkemelerin yorum yaparken bir bütün olarak açıklamada kullanılan ifadeleri, başvurucunun kişiliğini veya sıfatını, açıklamanın yapıldığı yeri ve hangi bağlamda okunduğunu, açıklamadaki mesajın hedef kitlesini gözönüne almadıklarına dikkat çekmiştir. AİHM açıklamanın bütününün şiddet kullanımını, silahlı direnişi veya ayaklanmayı teşvik etmediğini belirtmiştir. AİHM'e göre devlet yetkilileri özellikle mevcut davadaki açıklamada olduğu gibi Kürt sorunu, Irak savaşı, Türkiye'deki cezaevlerinin ve Abdullah Öcalan da dâhil tutukluların durumu ile ilgili eleştirileri hoşgörüyle karşılamalıdır. AİHM bu değerlendirmeler ışığında, verilen cezanın ağırlığını da dikkate alarak başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

88. AİHM, *Sürek/Türkiye (No.1)*, ([BD], B. No: 26682/95, 8/7/1999) kararında ise haftalık bir dergide "Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez" ve "Suç Bizim" başlıklı iki okuyucu makalesinin yayımlanması üzerine dergi sahibi ile editörünün (adli) para cezası ile cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği meselesini incelemiştir. Anılan kararda basının şiddet tehdidi karşısında millî güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması, asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş

olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla bölücü olanlar da dâhil olmak üzere görüş ve siyasi hususlarda bilgi vermesinin demokratik toplumlar açısından bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. AİHM'e göre ifade edilen sözler bireylere, kamu görevlilerine veya toplumun belli bir kesimine karşı şiddeti teşvik ettiği durumlarda devlet otoriteleri ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir. AİHM, dergide yayımlanan mektuplarda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayımlandığı bağlam üzerinde özellikle durmuştur. AİHM söz konusu kelimelerin şiddeti açıkça teşvik niteliğinde olduğunu belirterek şunları söylemiştir: *"Mahkeme ilk olarak, 'katliam', 'zulüm' ve 'cinayet' gibi göndermelerin yanı sıra, 'Faşist Türk ordusu', 'TC cinayet çetesi' ve 'emperyalizmin kiralık katilleri' gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca, mektupların 1985'ten bu yana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, mektupların içeriği iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur."* AİHM, bu açıdan derginin sahibi olarak başvurucuya uygulanmış olan cezanın bir zorunlu sosyal ihtiyacı karşılamak olarak kabul edilebileceği ve başvuranın mahkûmiyeti için yetkililer tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olduğu sonucuna varmıştır (bkz. benzer yöndeki kararlar için -diğerleri arasından- *Sürek/Türkiye (3)*, B. No: 24735/94, 8/7/1999; *Hocaoğulları/Türkiye*, B. No: 77109/01, 7/3/2006; *Halis Doğan/Türkiye (No.3)*, B. No: 4119/02, 10/10/2006).

89. Öte yandan AİHM'in *Ceylan/Türkiye* (B. No: 23556/94, 8/7/1999) kararına konu olan olayda bir sendikanın başkanı olan başvurucu, İstanbul'da basılan haftalık bir gazetede yazdığı makalede kullandığı sözler nedeniyle 1 yıl 8 ay hapis ve (adli) para cezasına mahkûm edilmiştir. AİHM, bu olaya ilişkin başvuruyu değerlendirirken söz konusu yazının birkaç yıl önce Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde

şiddetin yeniden canlanması hakkında -Marksist deyimler kullanılarak- yapılan bir açıklama niteliğinde olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre başvurucunun makalesi özü itibarıyla Kürt hareketinin, işçi sınıfı ile bu sınıfın ekonomik ve demokratik kuruluşları tarafından özgürlük ve demokrasi için verilen genel bir mücadelenin parçası olduğuna veya en azından bir parçası olması gerektiğine ilişkindir. AİHM, makalede kullanılan "devlet terörü" ve "katliam" gibi kelimeler nedeniyle Türk yetkililerinin ülkenin bu bölgelerindeki fiillerine yönelik eleştirinin sert olduğunu ve yazıda keskin bir dil kullanıldığını kabul etmiştir. Bununla birlikte AİHM'e göre siyasi söylem veya kamu çıkarı ile ilgili konularda ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın dar olması gerekir. Bu bağlamda hükûmet ile ilgili olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırı, bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan eleştiriye oranla daha geniştir. AİHM, hükûmetin güçlü konumu dolayısıyla kendisine yönelik eleştirilere ve haksız saldırılara başka yöntemlerle karşılık vermesinin mümkün olduğu hâllerde ceza davası başlatma konusunda çekimser davranması gerektiği görüşündedir. Buna karşılık AİHM, kamu düzeninin güvencesi olan devlet yetkililerinin bu tür durumlarda aşırıya gitmeden ve uygun bir şekilde tepki vermeyi amaçlayan tedbirleri -ceza hukuku bağlamında bile olsa- benimsemesinin mümkün olduğunu belirterek bir bireye, kamu personeline ya da nüfusun bir kesimine karşı şiddet kullanmanın tahrik edildiği hâllerde ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığı incelenirken devlet yetkililerinin daha kapsamlı bir takdir sınırından faydalanacakları değerlendirmesinde bulunmuştur. AİHM, bu çerçevede değerlendirdiği olayda Türk yetkililerin "uzun yıllardır süregelmekte olan ciddi kargaşanın bu tür görüşlerin yayılması ile şiddetlenebileceği" hususundaki endişelerini, makalenin Körfez Savaşı'ndan kısa bir süre sonra çok sayıda Kürt kökenli insanın Irak'taki baskıdan kaçıp Türk sınırlarına sığındığı sırada yayımlandığını ve yazıda kullanılan dilin sert olduğunu dikkate aldığını belirtmişse de kişilerin şiddete veya silahlı ayaklanmaya teşvik edilmesinin söz konusu olmadığına ve yaptırımın ağırlığına dikkat çekerek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (bkz. benzer yöndeki kararlar için -diğerleri arasından- *Incal/Türkiye*, B. No: 41/1997/825/1031; 9/6/1998; *Gerger/Türkiye*, B. No: 24919/94, 8/7/1999; *İbrahim Aksoy/Türkiye*, B. No: 28635/95-30171/96-34535/97, 10/10/2000).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

90. Mahkemenin 16/11/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Yakalama ve Gözaltına Almanın Hukuka Aykırı Olduğuna İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

91. Başvurucu, Anayasa ve kanun ile öngörülen usullere uyulmaksızın hakkında yakalama ve gözaltı tedbirlerinin uygulandığını ve bu tedbirlerin ölçülü olmadığını belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

92. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

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

93. 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."*

94. 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. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17).

95. Ancak tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olması yanında telafi kabiliyetini haiz olmaları ve tüketildiğinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanıması gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduğunun gösterilmesi ya da en azından etkili olmadığının kanıtlanmamış olması gerekir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29).

96. 5271 sayılı Kanun'un tazminat isteminin düzenlendiği 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan, 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 maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebileceklerine ilişkin hükümlerin bu hususta bir başvuru mekanizması öngördüğü görülmektedir. Aynı Kanun'un tazminat isteminin koşullarının düzenlendiği 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceği belirtilmektedir (*Zeki Orman*, B. No: 2014/8797, 11/1/2017, § 27).

97. Anayasa Mahkemesi, kanunda öngörülen gözaltı süresinin aşıldığı veya yakalama ve gözaltına alınmanın hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır (bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 64-72; *Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 53-64; *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, §§ 141-150; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, B. No: 2013/3193, 15/10/2015, §§ 34-47).

98. Bir suç isnadıyla gözaltına alınan ve daha sonra tutuklanan kişinin gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yaptığı bireysel

başvuruda ihlal sonucuna varılmasının -özgürlükten mahrûm kalmanın sona ermesi bağlamında- başvurucunun kişisel durumuna bir etkisinin olması mümkün görünmemektedir. Zira gözaltına alma kararı hukuka aykırı da olsa kişi hâkim tarafından tutuklandığından, gözaltı kararının hukuka aykırı olduğu yönündeki bir tespit ve ihlal kararı "tutuklu" kişinin serbest kalmasına tek başına imkân vermeyecektir. Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamında verilecek muhtemel bir ihlal kararı, ancak -talep etmesi hâlinde- başvurucu lehine tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurabilecektir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 147; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, § 44).

99. Somut olayda başvurucu hakkında verilen gözaltı kararının hukuka uygun olup olmadığı 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada incelenebilir. Nitekim Yargıtay uygulaması (Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 1/10/2012 tarihli ve E.2012/21752, K.2012/20353 sayılı kararı; *Günay Dağ ve diğerleri,* § 145) da bu kapsamdaki taleplerle ilgili olarak davanın esasının sonuçlanmasına gerek olmadığı yönündedir. Bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla gözaltı kararının hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde başvurucu lehine tazminata da hükmedilebilecektir.

100. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvurucunun durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz etkili bir hukuk yolu olduğu ve bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincillik niteliği" ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

101. Kaldı ki yakalanan veya gözaltına alınan kişi, 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin(5) numaralı fıkrası uyarınca yakalama işlemine veya gözaltına almaya ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla sulh ceza hâkimine başvurabilmektedir. Kanun bu başvurunun yakalanan kişinin yanı sıra müdafii veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısmı tarafından da yapılmasına izin vermektedir (bkz. § 64). Başvuru formu ve eklerinde, başvurucunun yakalama işlemine veya gözaltı emrine karşı sulh ceza hâkimliğine başvuruda bulunduğuna ve bu başvurusunun sonuçsuz kaldığına dair herhangi bir bilgi ya da belgeye yer verilmemiştir.

102. Açıklanan nedenlerle başvurucunun hukuka aykırı olarak yakalandığı ve gözaltına alındığı iddiasıyla ilgili olarak yargısal başvuru

yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

103. Başvurucu; Anayasa ile öngörülen usulün dışında dokunulmazlığı kaldırılarak tutuklandığını, ayrıca isnat edilen eylemlerin ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ve siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında olduğu gerekçeleriyle tutuklanmasının hukuki olmadığını, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

104. Başvurucuya göre Kürt sorununa ilişkin barışçıl ve demokratik çözüm önerileri ile Hükûmetin bu alandaki politikasına yönelik eleştirileri ve siyasi kimliği gereği halk arasında söylediği sözler veya değişik platformlarda yaptığı çağrılar ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekirken suça konu edilmiş; ayrıca mensubu olduğu siyasi partinin il/ilçe teşkilatlarınca düzenlenen bazı barışçıl gösterilere -milletvekili sıfatıyla- katılması da suç olarak değerlendirilmiştir.

105. Başvurucu; tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararlarının gerekçeden yoksun olduğunu, bu bağlamda milletvekili olması nedeniyle dokunulmazlık hükümlerinden yararlandırılması gerektiği ve suça konu eylemlerin ifade ve toplantı-gösteri özgürlüğü çerçevesinde siyasi faaliyetleri olduğu yönündeki iddialarının karşılanmadığını, adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kaldığı açıklanmadan ve tutuklama nedenlerine ilişkin bir gerekçeye yer verilmeden özgürlüğünden yoksun bırakıldığını iddia etmiştir.

106. Tutuklama dolayısıyla milletvekili olarak siyasi faaliyetlerini yerine getiremediğine değinen başvurucu ayrıca Hükûmete ve onun uygulamalarına yönelik muhalefetini yükselttiği ve insan haklarına yönelik ihlallerin en sert şekilde yaşandığı bir dönemde tutuklandığını belirterek tutuklama kararının HDP mensubu bir milletvekili olarak siyasi faaliyetlerini engelleme ve bu faaliyetleri nedeniyle kendisini cezalandırma amacını taşıdığını ileri sürmüştür. Son dönemde Kürt siyasetçilerin ve muhalefet odağındaki herkesin yargı ve Hükûmet tarafından hedef

alındığını, onlarca Kürt siyasetçinin gözaltına alınıp tutuklandığını, böylelikle muhalefetin susturulmasının hatta muhalif milletvekillerinin siyaset yapmasının imkânsız hâle gelmesinin hedeflendiğini söyleyen başvurucuya göre hakkındaki tutuklama tedbiri Anayasa'da öngörülenin dışında siyasi saiklerle uygulanmıştır. Başvurucu bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla bağlantılı olarak Sözleşme'nin 18. maddesinin de ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

107. 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."*

108. Anayasa'nın *"Kişi hürriyeti ve güvenliği"* kenar başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

> *"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.*
>
> *...*
>
> *Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."*

109. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Genel İlkeler

110. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının

kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

111. Ayrıca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53-54).

112. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman,* § 43; *Halas Aslan*, § 55).

113. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 57).

114. Buna göre tutuklama ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamanın ön koşulu, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olguların niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

115. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmayabilir. Zira tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki

şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ve/veya kovuşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87; *Halas Aslan*, § 76). Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Bu bakımdan suç isnadına ve dolayısıyla tutuklamaya 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*, § 73).

116. Bununla birlikte şüpheli veya sanığa isnat edilen eylemlerin ifade, basın ve sendika özgürlükleri ile siyasi faaliyette bulunma hakkı gibi demokratik toplum düzeni bakımından vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler kapsamında olduğu hususunda ciddi iddiaların bulunduğu veya bu durumun somut olayın koşullarından anlaşılabildiği hâllerde tutuklamaya karar veren yargı mercilerinin kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha özenli davranmaları gerekir. Buradaki özen yükümlülüğüne riayet edilip edilmediği Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir (bkz. bu yöndeki denetim sonucunda verilen ihlal kararı için *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, §§ 72-78; kabul edilemezlik kararları için *Mustafa Ali Balbay*, § 73; *Hidayet Karaca*, § 93; *İzzettin Alpergin* [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015, § 46; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 124, 133, 142).

117. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, tutuklama kararının "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak "bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde" ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır (*Halas Aslan*, § 58).

118. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde

baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hâllerinde tutuklama kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Ramazan Aras*, § 46; *Halas Aslan*, § 59). Bununla birlikte başlangıçtaki bir tutuklama için Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin dayandığı tüm olguların somut olarak belirtilmesi -işin doğası gereği- her zaman mümkün olmayabilir (*Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 68).

119. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "tutuklamayı zorunlu kılan" ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir (*Halas Aslan*, § 72).

120. 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 (AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

121. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlardan biri tutuklama tedbirinin isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı karşısında ölçülü olmasıdır. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72).

122. Ayrıca tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun söylenebilmesi için tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olmaması gerekir. Bu çerçevede -tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan- adli kontrol yükümlülüklerinin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olması hâlinde tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. Nitekim bu hususa 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasında işaret edilmiştir (*Halas Aslan*, § 79).

123. Her somut olayda tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin olup olmadığının, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının ve tutuklama tedbirinin ölçülülüğünün takdiri öncelikle anılan tedbiri uygulayan yargı mercilerine aittir. Zira bu konuda taraflarla ve delillerle doğrudan temas hâlinde olan yargı mercileri Anayasa Mahkemesine kıyasla daha iyi konumdadır.

124. Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşıp aşmadığı Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki denetimi, somut olayın koşulları dikkate alınarak özellikle tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 79; *Selçuk Özdemir*, § 76). Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterileceği belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 75; *Selçuk Özdemir*, § 67).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

125. Somut olayda öncelikle başvurucunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başvurucu, dokuz ayrı fezlekeye konu olan eylemler (bkz. § 36) nedeniyle PKK silahlı terör örgütünün üyesi olma ve halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçlarından 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır.

126. Diğer taraftan başvurucu; Anayasa ile öngörülenin dışında bir usulle dokunulmazlığının kaldırıldığını, bu nedenle yasama dokunulmazlığından yararlandırılması gerektiğini ve hakkında tutuklama tedbiri uygulanamayacağını iddia etmektedir.

127. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin "Meclisin kararı olmadıkça" tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı belirtilmiştir.

128. Bununla birlikte 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddeyle bu maddenin TBMM'ce kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla Bakanlığa, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya -Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden

kurulu- Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir (bkz. § 38).

129. Başvurucunun da aralarında bulunduğu yetmiş milletvekili tarafından "dokunulmazlıkların kaldırılmasına dair TBMM kararı niteliğinde olduğu" ileri sürülerek anılan düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'nın 85. maddesi kapsamında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin bir karar olmadığı, Anayasa değişikliği niteliğinde bulunduğu sonucuna ulaşmış; Anayasa değişikliklerinin iptali istemine dair usule uyulmadığından talebin reddine karar vermiştir (AYM, E.2016/54, K.2016/117, 3/6/2016, §§ 4-15).

130. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı dikkate alındığında somut olayda başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına dair bir karar alınmadığı, yapılan Anayasa değişikliği ile belirli aşamalardaki dosyalarla ilgili olarak yasama dokunulmazlığı yönünden bir istisna getirildiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun hakkındaki tutuklama kararına konu suçların bu istisna kapsamında olmadığı yönünde bir iddiası bulunmamaktadır.

131. Nitekim Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğince de başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken "6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na eklenen geçici 20. madde uyarınca atılı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığının bulunmadığı ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturma işlemi yapılabileceği" değerlendirmesinde bulunulmuştur (bkz. § 51).

132. Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurucunun yasama dokunulmazlığı nedeniyle tutuklanamayacağı söylenemez. Bu yönüyle başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

133. Kanuni dayanağı bulunduğu anlaşılan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığı ve ölçülülüğü incelenmeden önce tutuklamanın ön koşulu olan "suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti" bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

134. Başvurucunun tutuklanmasına karar veren Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği, "6-7 Ekim olayları" ve "hendek olayları"kapsamında başvurucuyla ilgili bazı olgulara ve başvurucunun diğer bazı eylemlerine atıf yaparak PKK silahlı terör örgütünün üyesi olma ve halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçları yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varmıştır (bkz. § 52).

135. Suriye'de yaşanan iç savaş sırasında Kobani'de -PKK'nın Suriye kolu olduğu kabul edilen- PYD ile DAEŞ arasında çıkan çatışmaların yoğunlaştığı dönemde soruşturma mercilerinin tespitlerine göre ilk olarak PKK'nın üst düzey yöneticilerinden birinin sosyal medya hesabından 5/10/2014 tarihinde yapılan açıklamada halk Kobani'ye sahip çıkmaya ve şehirleri işgal etmeye çağrılmıştır. Bu açıklamanın ertesi günü HDP'nin sosyal medya hesabından yapılan duyuruda başvurucunun da üyesi olduğu HDP MYK'sının Kobani olaylarına ilişkin gündemle toplandığı belirtilerek MYK adına bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu açıklamada da halk acil olarak sokağa çıkmaya, sokağa çıkmış olanlara destek vermeye, alan tutmaya ve harekete geçmeye çağrılmıştır. Açıklamada ayrıca *"Bundan böyle her yer Kobane'dir. Kobane'deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar SÜRESİZ DİRENİŞE çağırıyoruz."* denilmiştir. Söz konusu açıklamanın yapıldığı gün ve sonrasındaki günlerde PKK güdümünde yayın yaptığı belirtilen bir internet sitesinde yer alan duyuru ve haberlerde halk ayaklanmaya çağrılmış, tüm sokakların çatışma alanına dönüştürülmesi istenmiştir. Bu çağrılar üzerine 6/10/2014 günü başlayıp günlerce devam eden, ülkenin pek çok yerine yayılan, on binlerce kişinin katıldığı, çok sayıda kişinin hayatını kaybettiği ve yaralandığı, kamunun ve binlerce kişinin malına zarar verildiği büyük şiddet olayları yaşanmıştır (bkz. §§ 21-27).

136. Başvurucu, HDP MYK'sı tarafından yapılan çağrının insanların demokratik haklarını kullanmalarına yönelik olduğunu ve bunun DAEŞ'e gösterilen bir tepki olduğunu ifade etmiştir (bkz. § 62).

137. HDP'nin sosyal medya hesabından MYK adına, halkın sokağa çıkması ve direnişe katılması yönünde çağrı yapıldığı ve başvurucunun MYK üyesi olduğu hususlarında kuşku bulunmamaktadır. Başvurucu söz konusu çağrının iradesi dışında yapıldığını iddia etmemiş, aksine çağrıyı sahiplenecek şekilde beyanda bulunmuştur.

138. HDP MYK'sı adına yapılan çağrı, Suriye'de yaşanan iç savaşın Türkiye'nin ulusal güvenliği üzerinde tehdit oluşturacak boyuta geldiği bir dönemde ve -PKK'nın Suriye'deki uzantısı olduğu kabul edilen- PYD ile DAEŞ arasında Kobani'de çıkan çatışmalar üzerine yapılmıştır. Ayrıca bu çağrının, çatışmaların tarafı olan PKK terör örgütünün liderlerinden birinin Kobani'de yaşanan olaylar üzerine Türkiye'deki "metropolleri işgal etmeye" yönelik çağrısının hemen ertesi gününde yapıldığı vurgulanmalıdır. Söz konusu çağrının yapıldığı gün PKK güdümünde yayın yaptığı belirtilen bir internet haber sitesinde yer alan duyuruda da ayrımcı ifadeler kullanılarak ve bir siyasi parti hedef gösterilerek "yaşamı dar etmek" ifadesine yer verilmek suretiyle ayaklanmanın en üst düzeyde genişletilmesi çağrısında bulunulmuştur.

139. Başvurucu, konumu itibarıyla Suriye'de yaşanan iç savaşın Türkiye'nin ulusal güvenliği üzerinde tehdit oluşturduğunu, özellikle Kobani'de -iki terör örgütü arasında- yaşanan çatışmalar üzerine bu örgütlerden biri adına yapılan ayaklanma çağrısının Türkiye'de yaygın şiddet eylemlerine neden olabileceğini ve kamu düzenini bozabileceğini öngörebilecek durumdadır. Böyle bir ortamda HDP'nin kurumsal sosyal medya hesabından partinin yürütme organı olan ve başvurucunun da üyesi bulunduğu MYK adına yapılan bu nitelikteki bir çağrının kitleler üzerinde ciddi ölçüde etkili olacağı yadsınamaz. Nitekim şiddet eylemleri, bu çağrıların yapıldığı gün başlamış ve giderek yaygınlaşmış; çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesi ve yaralanmasıyla sonuçlanacak şekilde ağırlaşmış; kamu düzeni bozulmuştur. Dolayısıyla soruşturma makamlarının, HDP MYK'sı adına yapılan çağrı ile PKK tarafından yapılan çağrılar arasında, yine bu çağrılar ile söz konusu şiddet olayları arasında illiyet bağı kurmasının olgusal ve hukuki temellerinin olduğu söylenebilir.

140. Öte yandan kamuoyunda "hendek olayları" olarak bilinen terör olaylarının yaşandığı dönemde PKK, aralarında Dargeçit'in de bulunduğu Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerindeki bazı yerleşim yerlerinde cadde ve sokaklara hendekler kazıp barikatlar kurmak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirmek suretiyle şehirlerin bir kısmında hâkimiyet kurmaya çalışmıştır. Güvenlik görevlileri, bu hendeklerin kapatılmasını ve barikatların kaldırılmasını, böylelikle yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyonlar yapmıştır. Bu kapsamda Dargeçit ilçesinde de operasyonlar gerçekleştirilmiş, bu

operasyonlarda çok sayıda ağır silah ve patlayıcı madde ele geçirilmiş, hendekler kapatılmış, barikatlar kaldırılmış ve ayrıca çok sayıda terörist etkisiz hâle getirilmiştir (bkz. §§ 28-30).

141. Mardin milletvekili olan başvurucunun, Dargeçit ilçesinde etkisiz hâle getirilen bu teröristlerden biriyle tam da çatışmaların yoğunlaştığı dönemde çok sayıda telefon görüşmesi yaptığı ve mesajlaştığı görülmektedir. Başvurucunun haberleştiği bu terörist, soruşturma makamlarının tespitlerine göre PKK'nın Dargeçit ilçesi kırsal alan sorumlusudur. Başvurucu ile söz konusu terörist arasındaki mesajlaşmada teröristin, güvenlik kuvvetlerinin yaptığı operasyonlar nedeniyle zor durumda olduklarını belirterek yardım talep ettiği, bu minvalde özellikle halkın belirli bölgelere sevk edilmesini istediği, başvurucunun da bu taleplere karşılık verdiği görülmektedir (bkz. §§ 30-36).

142. Dolayısıyla başvurucunun haberleştiği kişinin PKK'nın -güvenlik güçleriyle silahlı çatışmaya giren- ilçe kırsal alan sorumlusu olması, haberleşmenin çatışmaların yoğunlaştığı bir dönemde ve yerde yapılması ile haberleşmenin içeriği dikkate alındığında soruşturma mercilerinin bu görüşmelerin örgütsel faaliyet kapsamında gerçekleştirildiği yönündeki değerlendirmelerinin (bkz. §§ 49, 52) olgusal temellerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

143. Son olarak başvurucunun farklı tarihlerde yaptığı konuşmalarda, çatışmalarda ölen PKK'lı teröristleri "yoldaş" ve "şehit" olarak, bu kişilerin öldürülmesini ise "katliam" ve "cellatlık" olarak nitelendirdiği ve *"Sonuna kadar şehitlerimizin davalarının takipçisi olacağız."* ifadelerini kullanarak PKK'nın silahlı mücadelesini övdüğü ve bunu meşrulaştıran sözler sarf ettiği, ölen teröristlere minnettar olduğunu dile getirdiği soruşturma mercilerince belirtilmiştir (bkz. § 36). Anılan konuşmalar, PKK'nın -başvurucunun seçim bölgesi olan Mardin ili de dâhil olmak üzere- ülkenin birçok bölgesinde terör saldırılarını artırdığı ve PKK'dan kaynaklanan terörist şiddetin ülke güvenliği üzerindeki riskinin ağırlaştığı bir dönemde ve genellikle bu şiddet olaylarının yaşandığı bölgede yapılmıştır (bkz. §§ 31-33).

144. Bu itibarla soruşturma mercilerinin başvurucunun siyasi konumunu, söz konusu konuşmaların yapıldığı dönemi ve yeri, konuşmaların içeriğini ve bağlamını birlikte dikkate alarak bu

konuşmaların yapılmasını suç işlendiğine dair bir belirti olarak kabul etmelerinin temelsiz olduğu söylenemez.

145. Sonuç olarak başvurucu yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli belirtilerin bulunmadığının kabulü mümkün değildir.

146. Diğer taraftan başvurucu hakkında uygulanan ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması şeklindeki ön koşulu yerine gelmiş olan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

147. Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken işlendiği iddia olunan silahlı terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin Kanun'da öngörülen yaptırımın ağırlığına, suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan katalog suçlar arasında olmasına dayanıldığı görülmektedir (bkz. § 53).

148. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen silahlı terör örgütü üyesi olma ve suç işlemeye tahrik suçları, Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleridir (bkz. §§ 72-73, 77). İsnat edilen suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hüseyin Burçak*, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61; *Devran Duran* [GK], B. No: 2014/10405, 25/5/2017, § 66). Ayrıca anılan silahlı terör örgütü üyesi olma suçu, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasındadır (bkz. § 65).

149. Bunların yanı sıra yasama dokunulmazlığına ilişkin Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarının başvurucuyu ifadesini almak üzere farklı tarihlerde birçok kez çağrı kâğıdıyla davet ettiği ancak başvurucunun bu çağrılara uymadığı görülmektedir. Ayrıca milletvekili dokunulmazlıklarına ilişkin Anayasa değişikliği teklifinin TBMM'ye verilmesi üzerine başvurucunun da mensubu olduğu HDP'nin Eş Genel Başkanı, yaptığı bir konuşmada kesin bir tavırla hiçbir milletvekilinin ifade vermeye gitmeyeceğini belirtmiştir (bkz. § 44). Dolayısıyla başvurucunun bu tutumunun kişisel bir yaklaşımın ötesinde soruşturma ve kovuşturma süreçlerini zorlaştırmaya yönelik siyasi bir tavır olduğu, bu nedenle devamlılık arz edebileceği söylenebilir.

150. Sonuç olarak başvurucu hakkında verilen tutuklama kararında açıklanan kaçma şüphesine ilişkin tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

151. Başvurucu hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının da belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülülüğünün belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 268; *Selçuk Özdemir*, § 76).

152. Somut olayda başvurucu, tutuklanmasının siyasi faaliyetlerini yerine getirmesine engel olacağını belirtmiş; bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarını emsal göstererek tutuklanmasının ölçüsüz olduğunu ileri sürmüştür.

153. Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar bir milletvekilinin milletvekili olarak görev yaptığı sırada tutuklanmasının hukuki olmadığı yönünde herhangi bir karar vermemiştir. Bu bağlamda tutuklandıktan sonra milletvekili seçilen kişiler tarafından yapılan başvurulara ilişkin olarak *Kemal Aktaş ve Selma Irmak* (B. No: 2014/85, 3/1/2014), *Faysal Sarıyıldız* (B. No: 2014/9, 3/1/2014), *İbrahim Ayhan* (B. No: 2013/9895, 2/1/2014) ve eldeki dosyanın da başvurucusu olan *Gülser Yıldırım* (B. No: 2013/9894, 2/1/2014) kararlarında bu yönde bir iddia dile getirilmediğinden (ilk) tutuklamanın hukuki olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılmamıştır. Ancak Mahkeme, (tutuklandığı tarihte akademisyen ve tıp doktoru olup sonradan milletvekili seçilen) *Mehmet Haberal* ve (tutuklandığı tarihte gazeteci olup sonradan milletvekili seçilen) *Mustafa Ali Balbay* tarafından yapılan başvurularda, başvurucuların kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı hâlde özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları -tutuklamanın hukuki olmadığı- iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulmuş ve başvuruların bu kısmına ilişkin olarak kabul edilemezlik kararları vermiştir (*Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 60-78; *Mustafa Ali Balbay*, §§ 68-78).

154. Anayasa Mahkemesi, milletvekillerinin tutukluluğuyla ilgili daha önce verdiği kararlarda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarıyla bağlantılı olarak sadece tutukluluğun makul süreyi aştığına ilişkin şikâyetleri incelemiştir. Anılan kararlarda (*Mehmet Haberal*, § 99; *Mustafa Ali*

Balbay, § 114; *Kemal Aktaş ve Selma Irmak*, § 57; *Faysal Sarıyıldız*, § 57; *İbrahim Ayhan*, § 56; *Gülser Yıldırım*, § 56) tutukluluk yönünden milletvekilliğinin yalnızca şu kapsamda dikkate alınacağını belirtmiştir:

> *"... 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..."*

155. Anayasa Mahkemesi, anılan kararlarda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının kullanılmasından kaynaklanan yararla birlikte tutukluluğun süresini de [*Mehmet Haberal* başvurusunda 4 yıl 3 ay 22 gün (§ 92), *Mustafa Ali Balbay* başvurusunda 4 yıl 5 ay (§ 107), *Kemal Aktaş ve Selma Irmak* başvurusunda 4 yıl 8 ay 16 gün (§ 52), *Faysal Sarıyıldız* başvurusunda 4 yıl 6 ay 15 gün (§ 52), *İbrahim Ayhan* başvurusunda 3 yıl 2 ay 26 gün (§ 51) ve *Gülser Yıldırım* başvurusunda 3 yıl 10 ay 5 gün (§ 51)] dikkate almıştır.

156. Diğer yandan yasama dokunulmazlığına istisna getirildiği veya bu dokunulmazlığın kaldırıldığı durumlarda milletvekillerinin tutuklanamayacağına ilişkin anayasal bir kural bulunmamaktadır. Başvurucunun ileri sürdüğünün aksine Anayasa Mahkemesi, yukarıda yer verilen kararlarında milletvekillerinin tutuklanamayacağına dair bir değerlendirme yapmamıştır. Dolayısıyla milletvekilliği, başlı başına tutuklamaya engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte şüphesiz milletvekillerine isnat edilen eylemlerin siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında olduğuna ilişkin ciddi iddiaların bulunduğu hâllerde, tutuklamaya karar veren yargı mercileri kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha özenli davranmalıdır (bkz. § 116).

157. AİHM'in de milletvekilleri hakkında tutuklama tedbirinin hiçbir koşulda uygulanamayacağına ya da böyle bir tutuklamanın -otomatik olarak- ölçüsüz olduğuna dair bir yaklaşımı söz konusu değildir. Aksine

Komisyon *Sakık ve diğerleri/Türkiye* başvurusunda, devletin birliği ve ülke bütünlüğünü bozma suçlamasıyla milletvekili iken yasama dokunulmazlıkları kaldırılan ve tutuklanan başvurucuların bölücülük propagandası yapma ve/veya silahlı örgüte üye olma suçlarından hüküm giydiklerine dikkat çekmiş, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasını reddetmiştir. Başvurucular, Divan önündeki incelemede ise Komisyonun vardığı sonucu kabul ettiklerini bildirmişlerdir. Divan da Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edilmediğinin açık olduğu sonucuna varmıştır (bkz. § 84).

158. Son olarak başvurucunun tutuklanmasına konu suçların genel olarak 2014 yılı Ekim ayı ile 2016 yılı Mart ayı arasındaki eylemlere ilişkin olması, dolayısıyla iddia edilen suçların işlendiği tarihten uzunca bir süre sonra tutuklama tedbirine başvurulması nedeniyle somut olayda ayrıca soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak "gerekli" olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi benzer durumdaki (suç tarihi ile tutuklama tarihi arasında önemli zaman diliminin bulunduğu) bazı olaylara ilişkin başvurularda tutuklamanın gerekliliğine dair incelemede bulunmuştur.

159. Bu kapsamda *Erdem Gül ve Can Dündar* (§§ 79-81) kararında, başvurucular hakkında soruşturma başlatıldığının kamuoyuna duyurulmasından sonra tutuklama tedbirinin uygulandığı tarihe kadar geçen yaklaşık altı aylık sürede soruşturma makamlarının suça konu edilen haberler dışında hangi delile ulaştıklarının ve dolayısıyla tutuklama tedbirinin uygulanmasının neden "gerekli" olduğunun somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılmaması hususu, başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılırken dikkate alınan olgulardan biri olmuştur. Mahkeme buna karşılık *Mehmet Baransu* (§§ 139-141) ve *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri* (B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 228-232) kararlarında suçun işlendiği tarih ile tutuklama tedbirinin uygulandığı tarih arasında uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen bu süre içinde soruşturma işlemlerinin devam ettiğini ve soruşturma makamlarının hareketsiz kalmadığını dikkate alarak bu tutuklamaların süreç bakımından gerekli olmadığı sonucuna varmamıştır.

160. Somut olayda öncelikle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca yasama dokunulmazlığından yararlandığı sürece

başvurucu hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının mümkün olmadığı gözardı edilmemelidir. Yasama dokunulmazlığının belirli aşamadaki dosyalar için uygulanmayacağına ilişkin Anayasa değişikliği 8/6/2016 tarihinde yürürlüğe girmiş; akabinde başvurucu hakkındaki soruşturma dosyaları, ilgili Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilmiştir. Başvurucu, anılan Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden yaklaşık beş ay sonra tutuklanmıştır.

161. Bu süreç içinde yapılan işlemler incelendiğinde Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesine müteakip farklı Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilen dosyalarla ilgili fezleke düzenlenmesi, dosyaların yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi, birleştirilmesi ve başvurucunun ifadesinin alınması için talimat yazılması ve çağrı kâğıdı çıkarılması gibi usule ilişkin işlemlerin yapıldığı anlaşılmıştır (bkz. §§ 39-44). Dolayısıyla soruşturma süreci içinde, soruşturma mercileri başta olmak üzere kamu makamlarının hareketsiz kalmaları söz konusu değildir.

162. Öte yandan terör suçlarının soruşturulması kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 214; *Devran Duran*, § 64).

163. Ölçülülüğe ilişkin somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin isnat edilen suçlar için öngörülen yaptırımın ağırlığını ve işin niteliğini de gözönünde tutarak milletvekili olan başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfî ve temelsiz olduğu söylenemez.

164. Ayrıca tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak yukarıda yer alan tüm açıklamalar karşısında başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin Anayasa'da öngörülenin dışında siyasi bir amaçla gerçekleştirildiği iddiasının incelenmesini gerektiren bir durum söz konusu değildir.

165. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Soruşturma Dosyasına Erişimin Kısıtlandığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

166. Başvurucu; hakkındaki gözaltı ve ifade süreçlerinde suçlamalara dair ayrıntılı şekilde bilgilendirilmediğini, soruşturma dosyasını inceleme talebinin "kısıtlama" kararı gerekçe gösterilerek kabul edilmediğini, bu nedenlerle kendisine yönelik suçlamaları ve bunların delillerini öğrenemediğini ileri sürmüştür. Ayrıca başvurucu; soruşturma mercileri tarafından "kısıtlama" kararının kanunda öngörülen kapsamı aşılarak yorumlandığı, bu bağlamda incelemeye ve/veya örnek almaya yetkili olduğu belgelere yönelik erişiminin de engellendiği iddiasındadır. Başvurucuya göre soruşturma mercilerinin bu tutumu "silahların eşitliği" ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Başvurucu sonuç olarak tutuklamaya karşı etkili bir şekilde itirazda bulunma imkânından yoksun bırakıldığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

b. Değerlendirme

167. 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."*

168. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Genel İlkeler

169. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası yakalanan veya tutuklanan kişiye, 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 (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 168).

170. Diğer taraftan Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, hürriyeti kısıtlanan kişi kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Fıkrada öngörülen bu usulde, adil yargılanma hakkının bütün güvencelerini sağlamak mümkün değilse de iddia edilen tutmanın koşullarına uygun somut güvencelerin yargısal nitelikli bir kararla sağlanması gerekir (*Mehmet Haberal*, §§ 122, 123).

171. Bu bağlamda tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkelerine riayet edilmelidir (*Hikmet Yaygın*, B. No: 2013/1279, 30/12/2014, § 30). Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları 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. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını, bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir (*Bülent Karataş*, B. No: 2013/6428, 26/6/2014, §§ 70, 71).

172. Özellikle üçüncü kişilerin temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmadığı söylenemez. Ancak dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın, kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir (AYM, E.2014/195, K.2015/116, 23/12/2015, § 107).

173. Yakalanan bir kişiye, yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı;

böylece kişi, uygun görürse hürriyetinden yoksun bırakılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Bununla birlikte Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası, yakalama veya tutuklama sırasında verilen bilgilerin yakalanan veya tutuklanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesini, bir başka deyişle hakkındaki suçlamalara esas tüm delillerin bildirilmesini ya da açıklanmasını gerektirmemektedir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 175).

174. İfadesi ya da savunması alınırken başvurucuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş veya başvurucunun tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda başvurucunun tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğunun, içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip bulunduğunun ve bu nedenle de tutukluluk hâlinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiğinin kabulü gerekmektedir. Böyle bir durumda kişi, tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahiptir (*Hidayet Karaca*, § 107).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

175. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı 3/11/2016 tarihinde, 668 sayılı KHK'nın 3. maddesinin (l) bendi uyarınca başvurucu hakkındaki soruşturma dosyasına ilişkin olarak "soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği" gerekçesiyle müdafiinin dosya içeriğini incelemesinin ve belgelerden örnek almasının kısıtlanmasına karar vermiştir. Başvurucu kısıtlama kararının verildiği günden bir gün sonra tutuklanmıştır.

176. Kısıtlama kararının daha sonra kaldırılıp kaldırılmadığı hususunda herhangi bir belge veya bilgi bulunmamakla birlikte Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesince iddianamenin kabul edildiği 27/1/2017 tarihi itibarıyla kısıtlılık, 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kendiliğinden sona ermiş bulunmaktadır (bkz. § 71).

177. Başvurucuya yöneltilen suçlamalar, yasama dokunulmazlıklarıyla ilgili Anayasa değişikliği yapılmadan önce Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından düzenlenen fezlekelerde belirtilen eylemlere ilişkindir. Bu fezlekeler ile fezlekelere ekli soruşturma dosyalarının içeriğinin kısıtlama kararının öncesinde milletvekili olan başvurucunun veya müdafilerinin erişimine açık olmadığı yönünde herhangi tespit ya da iddia

bulunmamaktadır. Nitekim başvurucunun müdafilerinden biri de sorgu sırasında, kısıtlama kararı öncesinde başvurucu hakkındaki fezlekelerin ellerinde olduğunu beyan etmiştir. Öte yandan başvurucu, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan ifade alma işlemi sırasında üzerine atılı suçlamaları anladığını belirtmiş ancak soruşturmanın siyasi olduğuna inandığı için ifade vermek istemediğini söylemiştir (bkz. § 47).

178. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 4/11/2016 tarihli tutuklama talep yazısı incelendiğinde başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin ayrıntılı şekilde açıklamada bulunulduğu görülmektedir. Bu bağlamda suça konu edilen olaylarla ilgili bilgi ve delillere yer verilmiş, bu eylemlerin hukuki niteliğine yönelik olarak da değerlendirmelerde bulunulmuştur (bkz. § 49). Anılan talep yazısı sorgu işlemi öncesinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvurucuya okunmuş, ayrıca sorgu tutanağında başvurucuya isnat edilen suçların okunup anlatıldığı belirtilmiştir. Başvurucunun sorgu sırasında suçlama konusu olaylarla ilgili anlatımda bulunmadığı, sorulan sorulara cevap vermeyeceğini ifade ettiği, sorgu sırasında hazır bulunan başvurucu müdafilerinin ise suçlamaların esasıyla ilgili ayrıntılı savunma yaptıkları görülmektedir (bkz. § 50). Hâkimlik, tutuklama kararında da tutuklamaya konu edilen suçlamalarla (eylemlerle) ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur (bkz. § 52). Dolayısıyla başvurucunun ve müdafilerinin isnat edilen suçlamalara ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

179. Bu itibarla suçlamalara dayanak olan temel unsurların ve tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esas olan bilgilerin başvurucuya veya müdafilerine bildirilmiş ve başvurucuya bunlara karşı savunma ve itirazlarını ileri sürme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında kısa bir süre devam eden soruşturma aşamasında uygulanmış olan kısıtlılık kararı nedeniyle başvurucunun tutukluluğa karşı etkili bir şekilde itirazda bulunamadığının kabulü mümkün görülmemiştir.

180. Diğer taraftan başvurucu; kısıtlama kararının kanunda öngörülen kapsamı aşılarak yorumlandığını, incelemeye ve/veya örnek almaya yetkili olduğu belgelere yönelik erişiminin engellendiğini ileri sürmüşse de 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak kuralda belirtilen "ifadelerini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar"dan hangisine veya hangilerine erişiminin engellendiğini ortaya koyamamıştır.

181. Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını kanıtlamak ve dayanılan Anayasa hükmünün kendisine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak hukuki iddialarını ortaya koymak başvurucuya düşer. 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 neler olduğunu başvuru dilekçesinde belirtmesi şarttır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19-20).

182. Başvuru formu ve eklerinde, başvurucunun kısıtlama kararı kapsamında olmayan bilgi ve belgelere erişiminin sağlanması için yetkili mercilere başvurduğuna ve bu girişiminin sonuçsuz kaldığına yönelik olarak somut olgulara dayalı bir iddia dile getirilmediği gibi UYAP üzerinden yapılan incelemede de böyle bir olguya rastlanmamıştır. Nitekim başvurucu müdafilerinin de sorgu sırasında, kısıtlama kararı kapsamında olmayan belgelere erişemedikleri ve bu nedenle tutuklama talebine karşı savunmalarını etkili bir şekilde dile getiremedikleri yönünde bir iddiaları olmamıştır. Dolayısıyla başvurucu, kısıtlama kararı kapsamında olmayan belgelere erişiminin engellendiği iddiasını temellendirememiştir.

183. Açıklanan nedenlerle başvurucunun kısıtlama kararı nedeniyle tutukluluğa etkili bir şekilde itirazda bulunamadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan, başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. İfade Özgürlüğü ile Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Haklarının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Başvurucunun İddiaları

184. Başvurucu; tutuklamaya dayanak oluşturan ve fezlekelerde belirtilen konuşma ve açıklamalarının ifade özgürlüğünün koruması altında olduğunu, muhalefet partisine mensup bir milletvekili olarak Hükûmete ve onun siyasetinin ürünü olan uygulamalara yönelik siyasal söylem ve eleştirilerinin ifade özgürlüğü kapsamında en üst seviyede korunması gerekirken suçlamaya ve dolayısıyla tutuklamaya konu edildiğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre mensubu olduğu siyasi partinin

geniş bir seçmen kitlesine sahip olduğu yerlerde o bölgenin sorunlarını tartışmaya açması ve süregelen (silahlı) çatışmalarla ilgili olarak iktidarı güçlü bir şekilde eleştirmesi de bu bağlamda değerlendirilmelidir. Başvurucu sonuç olarak ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

185. Anayasa Mahkemesi, tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlükleri, dernek kurma hürriyeti, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları gibi diğer temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisini incelerken öncelikle tutuklamanın hukuki olup olmadığını ve/veya tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığını değerlendirmekte, sonrasında tutuklamanın hukukiliğine ya da tutukluluğun süresinin makullüğüne ilişkin vardığı sonucu da dikkate alarak diğer temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirlemektedir (*Erdem Gül ve Can Dündar*, §§ 92-100; *Hidayet Karaca*, §§ 111-117; *Mehmet Baransu*, §§ 157-164; *Günay Dağ ve diğerleri*, §§ 191-203; *Mehmet Haberal*, §§ 105-116; *Mustafa Ali Balbay*, §§ 120-134; *Kemal Aktaş ve Selma Irmak*,§§ 61-75; *Faysal Sarıyıldız*, §§ 61-75; *İbrahim Ayhan*, §§ 60-74; *Gülser Yıldırım*, §§ 60-74).

186. Somut olayda başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelendiğinde başvurucunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu ve ayrıca olayda tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğunun söylenebileceği sonucuna varılmıştır (bkz. §§ 134-163). Bu kapsamda yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında başvurucunun, yalnızca ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları kapsamında kalan eylemleri nedeniyle soruşturmaya maruz kaldığı ve tutuklandığı iddiası yönünden farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılan bir durum bulunmamaktadır.

187. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklanmasının ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını ihlal ettiği iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının da *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

A. 1. Yakalama ve gözaltına almanın hukuka aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Tutuklanma dolayısıyla ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 16/11/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

B. T. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/15769)

Karar Tarihi: 30/11/2017

GENEL KURUL
KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Serruh KALELİ
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Hicabi DURSUN
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Hüseyin MECEK
Başvurucu	:	B. T.
Vekili	:	Av. Abdulhalim YILMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; Sabiha Gökçen Havalimanı nezarethanesinde ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde idari gözetim altında tutmanın hukuki olmaması, tutulma koşullarının gayriinsani ve onur kırıcı olması, tutmaya karşı etkili bir başvuru yolunun bulunmaması, tutma nedenlerinin usulüne uygun olarak bildirilmemesi, haksız tutulmaya karşı tazminat elde etme imkânı tanınmaması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 22/9/2014 tarihinde yapılmıştır.

3.Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

5. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

6.Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

8. Birinci Bölüm tarafından 25/10/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. Özbekistan vatandaşı olan başvurucu; başvuru formunda belirtilmeyen ve ekindeki belgelerden anlaşılamayan bir tarihte, dinî

ve siyasî düşünceleri nedeniyle baskı gördüğü için ülkesini terk ettiğini belirtmiştir.

11. Başvurucu 23/6/2014 tarihinde üzerinde sahte Yunanistan pasaportuyla yurt dışına çıkış yapmak isterken Sabiha Gökçen Havalimanı'nda yakalanmıştır.

12. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Sabiha Gökçen Havalimanı Şube Müdürlüğü Adli Hizmetler Büro Amirliğinin 23/6/2014 tarihli ve 2014/1761 ve 2014/1762 sayılı iki kararıylabaşvurucu hakkında Türkiye'ye yasa dışı yoldan girmek ve kimliği hakkında yanlış beyanda bulunmaktan dolayı idari para cezası uygulanmıştır.

13. Başvurucu hakkında resmî belgede sahtecilik suçu yönünden yapılan soruşturmaya esas olmak üzere pasaportun sahteliği konusunda inceleme yaptırılmış, İstanbul Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğünün 24/6/2014 tarihli raporunda pasaportun sahte olduğu belirtilmiştir. Adli soruşturmanın akıbeti konusunda başvuru dosyası kapsamında herhangi bir bilgi mevcut değildir.

14. Başvurucu 23/6/2014 ile 28/6/2014 tarihleri arasında altı gün boyunca Sabiha Gökçen Havalimanı Şube Müdürlüğü nezarethanesinde tutulmuştur. Polis memurlarınca düzenlenen 23/6/2014 tarihli Cumhuriyet savcısı ile telefonla yapılan görüşme tutanağına göre başvurucunun sahtecilik suçundan gözaltına alınmasına dair bir talimat verilmemiştir. Başvurucu 28/6/2014 tarihinde Yabancılar Şube Müdürlüğü polislerince Kumkapı Geri Gönderme Merkezine (GGM/Merkez) teslim edilerek idari gözetim altında tutulmaya başlanmıştır.

15. İdari gözetime ilişkin olarak 15/7/2014 tarihinde başvurucunun yaptığı itiraz, İstanbul 7. Sulh Ceza Mahkemesinin 17/7/2014 tarihli kararıyla *"… hakkında resmi belgede sahtecilik, illegal giriş ve yalan beyan suçları nedeniyle işlem yapıldığı, adı geçen sahsın 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun sınır dışı etme kararı alınacaklar başlığının 54/c-h maddelerine göre sınır dışı işlemlerinin yapılabilmesi için 30/06/2014 tarihinde idari gözetim altına alındığı, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 57/3 maddesinde 'geri gönderme merkezlerinde 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 halinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir' şeklindeki*

düzenleme dikkate alındığında 6 aylık idari gözetim süresinin dolmadığı" gerekçesiyle kesin olarak reddedilmiştir. Bu karar 4/8/2014 tarihinde başvurucu vekiline tebliğ edilmiştir.

16. GGM'de tutulduğu sırada 22/7/2014 tarihinde İstanbul Valiliğine uluslararası koruma talebinde bulunan başvurucu, Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün (GİGM) yazısı üzerine 21/8/2014 tarihinde saat 16.30'da Sinop'ta ikamet etmek üzere GGM'den salıverilmiştir.

17. Başvurucu 23/6/2014 ile 28/6/2014 tarihleri arasında altı gün Sabiha Gökçen Havalimanı Şube Müdürlüğü nezarethanesinde, 28/6/2014 ile 21/8/2014 arasında elli dört gün ise GGM'de olmak üzere toplam 60 gün idari gözetim altında tutulmuştur.

18. Anayasa Mahkemesinin başvurucunun kaldığı sürede Kumkapı GGM'nin durumu hakkında Emniyet Genel Müdürlüğünden (EGM) istemiş olduğu bilgilere 16/3/2016 tarihli yazıyla yanıt verilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

19. 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun başvuru konusu işlemlerin yapıldığı tarihteki hâliyle yürürlükte olan 3., 9., 52., 53., 54., 57.,58. ve 59. maddelerinin ilgili kısımları 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,

…

ü) Yabancı: Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişiyi,

…

ifade eder.

…

Türkiye'ye giriş yasağı

Madde 9 - *(1) Genel Müdürlük, gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak, Türkiye dışında olup da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini yasaklayabilir.*

...

Sınır dışı etme

Madde 52 - *(1) Yabancılar, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir.*

Sınır dışı etme kararı

Madde 53 - *(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.

Sınır dışı etme kararı alınacaklar

Madde 54 - *(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:*

…

c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar

…

h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler

…

Sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi

Madde 57 - *(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.

Geri gönderme merkezleri

Madde 58 - *(1) İdari gözetime alınan yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar.*

...

Geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetler

Madde 59 - *(1) Geri gönderme merkezlerinde;*

a) Yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri ücretsiz verilir,

b) Yabancıya; yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilme, ayrıca telefon hizmetlerine erişme imkânı sağlanır,

...”

20. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

*“**İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı***

Madde 2 - *1. (Değişik: 10/6/1994 - 4001/1 md.) İdari dava türleri şunlardır:*

a) (İptal: Anayasa Mahkemesinin 21/9/1995 tarihli ve E.1995/27, K.1995/47 sayılı kararı ile; Yeniden Düzenleme: 8/6/2000 - 4577/5 md.) İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları,

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

…

2. İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır…"

21. 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 91., 141. ve 142. maddelerinin ilgili kısımları şöyledir:

*"**Gözaltı***

***Madde 91 -** (1) Yukarıdaki maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. (Değişik ikinci cümle: 25/5/2005 – 5353/8 md.) Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmi dört saati geçemez. (Ek cümle: 25/5/2005 – 5353/8 md.) Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre on iki 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.

…

Tazminat istemi

***Madde 141 -** (1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;*

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

...

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

…

k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,

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

…

Tazminat isteminin koşulları

Madde 142 - *…*

(2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır.

…"

22. 1/6/2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4., 11. ve 25. maddelerinin ilgili kısımları şöyledir:

*"**Tanımlar***

Madde 4 - *…*

Nezarethane: Şüpheli veya sanıkların haklarındaki işlemlerin tamamlanıp adlî mercilere sevk edilinceye kadar bekletilmesi amacıyla yapılmış yerleri,

…

ifade eder.

Nezarethane işlemleri

Madde 11 - *Üst araması yapılan kişinin nezarethaneye girişi, bu Yönetmeliğe ekli "Nezarethaneye Alınanların Kaydına Ait Defter"e (EK-B) kaydedilerek sağlanır.*

Nezarethane işlemlerinde;

a) Aynı suçla ilgisi olanlar, birbirine hasım olanlar, erkek ve kadınlar bir araya konulmazlar, çocuklar yetişkinlerden ayrı tutulurlar.

b) Nezarethanede zarurî hâller dışında beşten fazla kişi bir arada bulundurulmaz.

c) Tuvalet, temizlik gibi zorunlu ihtiyaçların giderilmesi görevli memurun gözetiminde sağlanır.

d) Yiyecek ve içecekler önceden kontrol edilir.

e) Gözaltına alınan kişi saldırgan bir tutum sergilemeye başladığı veya kendisine zarar vermeye kalkıştığı takdirde önce sözle kontrol altına alınmaya çalışılır. Bu mümkün olmadığı takdirde, hareketini giderecek derecede kuvvet kullanılabilir. Ancak zarurî olmadıkça gerek kendisinin gerek başkasının hayatı, vücut bütünlüğü veya sağlığı tehlikeye girmedikçe kuvvet kullanılmaz.

f) Saldırgan tutum ve davranışları kontrol altına alınamayan kişiler tıbbî müdahalede bulunulması için sağlık kuruluşlarına gönderilir.

g) Gözaltına alınan kişilerin yaşama haklarını koruyucu gerekli önlemler alınarak, bu amaçla ilgili gözetlenebilir. Gözetleme işlemi teknik imkânlar ölçüsünde kayda alınabilir.

h) Gözaltındaki kişinin beslenme, nakil, sağlığının korunması ve gerektiğinde tedavisi, yakalandığının yakınlarına haber verilmesi giderleri ilgili birimin bağlı olduğu Bakanlığın bütçe ödeneklerinden karşılanır.

Nezarethane ve ifade alma odası

Madde 25 - *Nezarethaneler en az 7 metrekare genişliğinde, 2,5 metre yüksekliğinde ve duvarlar arasında en az 2 metre mesafe olacak şekilde*

düzenlenir. Yeterli doğal ışıklandırma ve havalandırma imkânları sağlanır. Ancak, şüpheli sayısının çokluğu sebebiyle nezarethane imkânlarının yetersiz olması durumunda, nezarethaneler için öngörülen fizikî şartlara sahip başka yerler de kullanılabilir.

Nezarethanelerde gözaltına alınan kişilerin yatmaları ve oturmaları için yeteri kadar sabit ve dayanıklı oturma yerleri bulundurulur.

Mevsim ve gözaltı yerlerinin maddî şartları da dikkate alınarak, geceyi gözaltında geçirecek şahıslar için yeterli miktarda battaniye ve yatak temin edilir.

Tuvalet, banyo ve temizlik ihtiyaçlarının giderilmesi için gerekli tedbirler alınır.

Nezarethane girişine, onaylanmış nezarethane talimatı asılır.

İç ve dış emniyeti sağlanmış, özel surette hazırlanmış, teknik donanımlı, bağımsız yerlerin ifade alma odası olarak kullanılmasına özen gösterilir.

Mevcut nezarethane ve ifade alma odalarının standartlara uygun hâle getirilmesi bütçe imkânları çerçevesinde sağlanır."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

23.Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3., 5. ve 13. maddeleri şöyledir:

*"**İşkence yasağı***

***Madde 3 -** Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*

Özgürlük ve güvenlik hakkı

***Madde 5 -** 1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:*

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir.

Etkili başvuru hakkı

Madde 13 - *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."*

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulamaları

a. Etkili Başvuru Hakkına İlişkin Uygulama

24. Yabancılar hukuku ile ilgili davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), uluslararası hukukun yerleşmiş içtihadına göre devletlerin anlaşmalardan doğan taahhütlere aykırı olmamak şartıyla yabancıların kendi topraklarına girmelerini, orada kalmalarını ve oradan uzaklaşmalarını kontrol etme hakları olduğunu kabul etmektedir. Sözleşme başlı başına, bir şahsın vatandaşı olmadığı bir ülkenin topraklarına girme hakkını güvence altına almamaktadır ve devletler kamu düzeninin korunması görevini yerine getirirlerken suç işleyen bir yabancıyı sınır dışı etme hakkına sahiptir (*Üner/Hollanda* [BD], B. No: 46410/99, 18/10/2006, § 54; *De Souza Rıbeiro/Fransa* [BD], B. No: 22689/07, 13/12/2012, § 77).

25.AİHM; ayrıca yabancıların ülkeye girişleri, ülkede ikametleri ve ülkeden sınır dışı edilmeleri ile ilgili işlem ve yargılama süreçlerinin Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası anlamında bir "medeni hak ve yükümlülük" veya bir "suç isnadı"nın esasının karara bağlanması ile ilgili olmadığını kabul ederek anılan Sözleşme hükmünün belirtilen yargılama süreçleri bakımından uygulanabilir olmadığına karar vermiştir (*Maaouia/Fransa* [BD], B. No: 39652/98, 5/10/2000, §§ 33-40).

26. Sözleşme'nin 1. maddesine göre temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlama ve bunları uygulama görevi, öncelikle ulusal makamlara aittir. Mahkemeye şikâyette bulunma mekanizması, insan haklarının korunmasında ulusal sistemlere göre ikincildir. Bu durum, Sözleşme'nin 13. maddesi ile 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ortaya konmuştur (*Kudla/Polonya* [BD], B. No: 30210/96, 26/9/2000, § 152).

27. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri öne sürebilmek için iç hukuk düzeninde bir hukuk

yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır. Bunun sonucu olarak bu hüküm, Sözleşme'ye dayanan "savunulabilir bir iddia"nın kapsamının incelenebilmesi ve uygun bir giderim sağlanabilmesi için bir iç hukuk yolunun bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Taraf devletlerin Sözleşme'nin 13. maddesinden doğan yükümlülüklerinin kapsamı, başvurucunun şikâyetinin niteliğine bağlı olarak değişir. Taraf devletlerin bu hükmün kendilerine yüklediği taahhütleri yerine getirme konusunda belli bir takdir yetkisi bulunmaktadır (*Jabari/Türkiye*, B. No: 40035/98, 11/7/2000, § 48).

28. Ayrıca Sözleşme'nin 13. maddesinin gerektirdiği başvuru yolunun hem teoride hem de pratikte devam eden ihlali önleme ve meydana gelen ihlaller için uygun telafi imkânı sağlaması, özellikle bu başvurunun yerine getirilmesinin haksız bir şekilde devlet makamlarının eylemleri veya ihmalleri ile engellenmemesi gerekmektedir (*Ananyev ve diğerleri/Rusya*, B. No: 42525/07 ve 60800/08, 10/1/2012, § 96; *Çakıcı/Türkiye* [BD], B. No: 23657/94, 8/7/1999, § 112)

29. AİHM, Sözleşme tarafından söz konusu hükme atfedilen özel önemin devlet tarafından tazmin edici bir hukuk yoluna ilaveten bu tür muamelelerin tamamını hızla sonlandıracak etkili bir mekanizma kurulmasını gerektirdiğini kabul etmektedir (*Yarashonen/Türkiye*, B. No: 72710/11, 24/6/2014, § 61).

30. AİHM'nin *Yarashonen/Türkiye* ile *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye (2)* (B. No: 50213/08, 27/7/2010) kararlarında, idari gözetim altında tutulan göçmenlerin 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 kararın Türkiye tarafından ibraz edilmediği, niçin ibraz edilmediğine ilişkin bir açıklamada da bulunulmadığı tespitlerine yer verilmiştir (*Yarashonen/Türkiye*, §§ 52, 63; *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye (2)*, § 25).

b.Yabancıların Nezarethanelerde ve GGM'lerde Tutulma Koşullarına İlişkin Uygulama

31. AİHM, yabancıların tutulma koşullarını Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan "aşağılayıcı muamele yasağı" kapsamında incelemiştir (Benzer

yöndeki kararlar için bkz. *Ananyev ve diğerleri/Rusya*; *Yarashonen/Türkiye*; *Hagyo/Macaristan*, B. No: 52624/10, 23/4/2013; *Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye (2)*; *Dougoz/Yunanistan*, B. No: 40907/98, 6/3/2001; *Charahili/Türkiye*, B. No: 46605/07, 13/4/2010; *Moghaddas/Türkiye*, B. No: 46134/08, 15/2/2011).

c. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Uygulama

32. Sözleşme'nin 5. maddesi, temel bir insan hakkı olan bireyin özgürlüğünün devletin keyfî saldırılarından korunmasını konu almaktadır (*Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 76).

33. AİHM'e göre Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında geçen "özgürlük" kavramı, kişinin fiziksel özgürlüğünü kapsamaktadır (*Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71 vd., 8/6/1976, § 58). AİHM, özgürlükten yoksun bırakmanın nesnel ve öznel iki unsurunun bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre nesnel unsur kişinin göz ardı edilemeyecek uzunlukta bir süre boyunca sınırları belli bir yere kapatılması, öznel unsur ise bu kapatılmanın geçerli bir rızaya dayanmamasıdır (*Storck/Almanya*, B. No: 61603/00, 16/6/2005, § 74).

34. Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendi uyarınca tutulma tedbirine başvurulabilmesi bireyin suç işlemesinin veya kaçmasının engellenmesindeki gibi tutulmanın zorunluluk hâline gelmiş olması gerekmez. Anılan fıkra gereğince sınır dışı veya iade sürecinin işlediği dönemle sınırlı olmak kaydıyla herhangi bir nedenle kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkündür. Bu sürecin özenli bir şekilde yürütülmemesi durumunda tutulma, anılan fıkraya uygun olmaktan çıkar. Bunun yanında özgürlükten yoksun bırakma hukuki olmalıdır. Ancak ulusal hukuka uygunluk tek başına yeterli değildir. Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası, özgürlükten yoksun bırakmada ayrıca bireylerin keyfîliğe karşı korunması amacının da gözönünde bulundurulmasını gerektirir. Herhangi bir keyfî tutulmanın Sözleşme'yle uyumlu olduğundan söz edilemez ve Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası bağlamında "keyfîlik" kavramı iç hukuka aykırılıktan öte anlamlar içerir (*A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 3455/05, 19/2/2009, § 164).

35. AİHM'e göre kişilerin fiziksel özgürlüğünün konu edildiği Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının amacı hiç kimsenin özgürlüğünden keyfî bir biçimde mahrum bırakılmamasını güvence

altına almaktır. Yalnızca seyahat özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar ise bu maddenin değil Sözleşme'ye ek 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin kapsamına girmektedir. Fakat özgürlükten mahrum bırakma ve özgürlüğün kısıtlanması arasındaki fark esasa ya da niteliğe ilişkin olmayıp bir derece ya da yoğunluk farkıdır. Bir kimsenin 5. madde anlamında özgürlüğünden mahrum bırakılıp bırakılmadığının değerlendirilmesinde somut olayın özelliklerinin yanı sıra uygulanan tedbirin çeşidi, süresi, etkileri ve uygulanma şekli gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir (*Guzzardi/İtalya*, B. No: 7367/76, 6/11/1980, §§ 92, 93).

36. AİHM; *Amuur/Fransa* (B. No: 19776/92, 25/6/1996, § 48) kararında, iltica başvurusunda bulunan ve havalimanında tutulan yabancıların durumunu Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamında kişi hürriyeti ve güvenliği açısından incelemiştir. AİHM, bu davada tutulan yabancıların sığınmayı istedikleri ülkeden gönüllü olarak ayrılabilecek durumda bulunmalarının özgürlükleri üzerindeki kısıtlamayı meşru hâle getirmediğini kabul etmiştir.

37. Sözleşme'nin 5. maddesinin 2. fıkrası, yakalanan her kişinin özgürlükten yoksun bırakılma nedenini bilmesi gerektiğine ilişkin temel bir güvence içermektedir. Bu hüküm, 5. madde tarafından sağlanan korumanın ayrılmaz bir parçasıdır. Bu madde gereğince, yakalanan her kişiye yakalama nedenleri ve kendisine yöneltilen her türlü suçlama sade ve teknik olmayan bir dille bildirilir ki bu suretle söz konusu kişi -anılan maddenin 4. fıkrası uyarınca- uygun görmesi hâlinde özgürlük kısıtlamasının yasaya uygunluğu hakkında mahkemeye başvurabilir. İletilen bilginin içeriğinin ve çabukluğunun yeterliliği her davanın özel koşullarına göre değerlendirilmelidir (*Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 136).

38. AİHM, Türk hukuk sisteminin yabancıların tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında adli inceleme yapılmasına imkân veren ve hukuka aykırı tutulmaları sebebiyle tazminat elde etmelerine olanak tanıyan bir hukuk yolu sağlamadığı sonucuna vardığı pek çok geçmiş davada, Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye*, § 142; *Tehrani ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 32940/08 vd., 13/4/2010, § 79; *Dbouba/Türkiye*, B. No: 15916/09, 13/7/2010, §§ 52-54). Ayrıca idare mahkemelerince taleplerin hızlı bir şekilde incelenip bir yabancının hukuka aykırı olarak tutulduğu gerekçesiyle serbest

bırakılmasına ve tazminata hükmedilmesine ilişkin herhangi bir örnek kararın Türkiye tarafından sunulmadığı da belirtilmiştir (*Yarashonen/Türkiye*, § 48).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

39. Mahkemenin 30/11/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

40. Başvurucu; dinî ve siyasi düşünceleri nedeniyle baskı ve zulüm gördüğü için vatandaşı olduğu Özbekistan'ı terk etmek zorunda kalarak Türkiye'ye geldiğini, Türkiye'den çıkış yaparken havalimanında yakalandığını, altı gün boyunca gün ışığından ve açık hava egzersizlerinden yoksun bir şekilde nezarethanede tutulduğunu, nezarethaneden çıkarıldıktan sonra ise elli dört gün GGM'de kaldığını belirtmiştir. Kumkapı GGM'nin koğuşlarının barınma için son derece elverişsiz olduğunu -aşırı kalabalık (zaman zaman 500 kişiye varan), sigara içilen, yemekleri kötü, banyo ve tuvaletleri kirli, yaşam ve dinlenme alanı sınırlı olan-, haftada bir gün sadece on dakika açık havaya çıkabildiğini, sağlık hizmetlerine erişiminin son derece kısıtlı olduğunu, bulaşıcı hastalık taşıyan insanlarla bir arada yaşadığını, burada tutulması sonucunda ruhsal dengesinin bozulduğunu, ayrıca tutulma koşullarına karşı başvurabileceği etkili bir hukuk yolunun bulunmadığını belirterek insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı, adil yargılanma ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

41. 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). Yabancıların ülkeye girişleri, ikametleri ve sınır dışı edilmeleriyle ilgili işlemler "medeni hak ve yükümlülük" veya bir "suç isnadı"nın esasının karara bağlanmasıyla ilgili olmadığından adil yargılanma hakkı yönünden ayrıca inceleme yapılmamıştır.

42. Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında idari gözetim altında tutulan yabancıların tutulma koşullarını insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında incelemiştir (*Rıda Boudraa*, B. No: 2013/9673

, 21/1/2015; *K.A.* [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015, ; *F.A. ve M.A.*, B. No: 2013/655, 20/1/2016, *A.V. ve diğerleri*, B. No: 2013/1649, 20/1/2016; *F.K. ve diğerleri*, B. No: 2013/8735, 17/2/2016; *T.T.*, B. No: 2013/8810, 18/2/2016; *A.S.*, B. No: 2014/2841, 9/6/2016; *I.S. ve diğerleri*, B. No: 2014/15824, 22/9/2016).

43. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

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

44. 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."*

45. 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. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve delilleri zamanında bu makamlara sunması, bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. İddia edilen hak ihlallerinin bu olağan denetim mekanizması içinde giderilememesi durumunda bireysel başvuru yoluna gidilebilir (*İsmail Buğra İşlek*, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17; *Bayram Gök*, B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 18).

46. Başvuru yollarının tüketilmesi gereğinden söz edilebilmesi için öncelikle hukuk sisteminde hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişinin başvurabileceği idari veya yargısal bir hukuki yolun öngörülmüş olması gerekmektedir. Ayrıca bu hukuki yolun iddia edilen ihlali tespit ederek ihlalin sonuçlarını giderici, etkili ve başvurucu açısından makul bir çabayla ulaşılabilir nitelikte olması ve sadece kâğıt üzerinde kalmayıp fiilen de işlerliğe sahip bulunması gerekmektedir (*Fatma Yıldırım*, B. No: 2014/6577,

16/2/2017, § 39). Bununla birlikte soyut olarak makul bir başarı sunma kapasitesi bulunan bir yolun uygulamada başarıya ulaşmayacağına dair şüphe, o başvuru yolunun tüketilmemesini haklı kılmaz (*Sait Orçan*, B. No: 2016/29085, 19/7/2017, § 36). Ayrıca yasal düzenlemeyle oluşturulan ve kanunun objektif anlamına bakıldığında var olduğu hususunda bir tereddüt uyandırmayan bir hukuksal yolun fiilen denenmemiş veya kullanılmamış olması, söz konusu yolun etkili olmadığı veya bulunmadığı sonucuna ulaşılabilmesi bakımından yeterli olmaz.

47. Başvurucunun başvuru yollarının tüketilmesi noktasında kendisinden beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediğinin başvurunun özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gerekir (*S.S.A.*, B. No: 2013/2355, 7/11/2013, §§ 27, 28). Ancak somut olayın koşulları itibarıyla başvuru yollarının tüketilmesinin yarar sağlamayacağı durumda veya etkili olmadığının anlaşılması hâlinde anılan yollar tüketilmeden yapılan bir başvuru incelenebilir (*Şehap Korkmaz*, B. No: 2013/8975, 23/7/2014, § 33).

48. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının mutlak nitelikli olmasından ötürü bu yasak açısından sağlanması gereken başvuru yolunun etkili olduğundan söz edilebilmesi için bunun ihlali önleyici ve bazı durumlarda cezalandırıcı olabilmesi, ayrıca gerektiğinde tamamlayıcı bir unsur olarak makul bir tazmin imkânı sunabilmesi 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 başvuruda 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. Öte yandan devlet tarafından tazmin edici bir hukuk yoluna ilaveten bu tür muamelelerin tamamını süratle sona erdirecek etkili bir mekanizma kurulması gerekmektedir (*K.A.*, §§ 72, 73).

49. Bununla birlikte kişinin ihlal iddialarına konu yerden ayrılmış olması durumunda "tutma" hâli de sona ereceğinden tutmadan kaynaklanan ihlalin devam ettiğinden söz edilemez. Ayrıca gözetim merkezinden

ayrılarak hürriyetine kavuşan kişinin tutma koşullarının geleceğe yönelik olarak düzeltilmesini istemesinde hukuki yararı kalmayacaktır. Bu itibarla gözetim merkezinden salıverilen yabancılar yönünden artık mevcut ihlali önleyici ya da tutma koşullarının geleceğe yönelik olarak düzeltilmesini temin edici hukuk yollarına başvurulması anlamını yitirmekte, bu durumda uğranılan zararları tazmin edici mekanizmaların varlığı yeterli hâle gelmektedir. Dolayısıyla gözetim merkezlerinden salıverilenlerin ayrıldıkları tarihe kadar maruz kaldıkları tutma koşullarına ilişkin şikâyetleri bakımından etkili hukuk mekanizmasının tazminat yolu olduğu söylenebilir.

50. Somut olayda başvurucu, GİGM'nin yazısı üzerine 21/8/2014 tarihinde GGM'den salıverilmiştir. Başvurucu, salıverildikten sonra 22/9/2014 tarihinde doğrudan bireysel başvuruda bulunmuştur. Dolayısıyla başvurucu açısından salıverildiği tarihten önceki tutma koşulları nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararların giderilmesini temin edici bir mekanizmanın bireysel başvurudan önceki süreçte Türk hukukunda mevcut olup olmadığının incelenmesi gerekir.

51. Anayasa Mahkemesi *K.A.* (Aynı kararda bkz. §§ 80, 81) kararında, olumsuz tutulma koşulları nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkin etkili idari ve yargısal bir başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu kanaate varırken tutulmakoşullarının olumsuz olması nedeniyle yaşanan ızdırap için tazminata hükmedildiğini gösteren herhangi bir adli veya idari yargı kararının bulunmadığı hususunu gözönünde bulundurmuştur.

52. Ancak süreçte gelinen nokta itibarıyla Anayasa Mahkemesi, bu içtihadının gözden geçirilmesi gerektiği kanaatine ulaşmış bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesini bu yönde değerlendirme yapmaya yönelten hususlardan biri de Anayasa'nın 125. maddesi ve 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi karşısında tazminata hükmedildiğini gösteren kararların var olmamasının olumsuz tutulma koşulları nedeniyle uğranılan zararın tazmini için etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı kanaatine ulaşılabilmesi bakımından tek başına belirleyici olmaması gerektiği gerçeğidir. Nitekim teoride böyle bir yolun var olup olmadığı irdelenmeden salt bu güne kadar böyle bir davanın açıldığını ve tazminata hükmedildiğini gösteren herhangi bir mahkeme kararının bulunmadığına dayanılarak tazminata ilişkin etkili bir başvuru yolunun

bulunmadığının söylenmesi hatalı sonuçlara ulaşılmasına sebep olabilir. Bu bakımdan etkili bir başvuru yolunun bulunmadığının ifade edilebilmesi için öncelikle ulusal hukukun incelenmesi ve gözetim merkezinden salıverilen yabancı uyruklu kişinin başvurabileceği bir tazminat yolunun teorik düzeyde mevcut olup olmadığına bakılması gerekir. Öte yandan teorik düzeyde mevcudiyeti tespit edilen bir başvuru yolunun sırf -bilgi eksikliği nedeniyle- fiiliyatta hiç işletilmemiş olması bu yolun etkisiz olduğu biçiminde yorumlanmamalıdır. Bu durumda asıl dikkate alınması gereken şey, tazminat ödendiğini gösteren karardan ziyade tazminat ödenemeyeceğini ifade eden kararın var olup olmadığıdır. Teorik düzeyde tazminat için elverişli bir başvuru yolunun fiilen etkisiz olduğu sonucuna ancak mahkemelerin ilgili yolun tutulma koşulları nedeniyle oluşan zararların giderilmesini kapsamadığı temeline dayalı olarak reddetmeleri hâlinde varılabilir.

53. İdari gözetim altında tutma, idari nitelik taşıyan bir karara dayanmaktadır. Öte yandan yabancıların idari gözetim altında tutulduğu nezarethane ve GGM'lerin yönetim, denetim ve işletilmesi İçişleri Bakanlığı tarafından yürütülen bir kamu hizmetidir. Yabancıların tutuldukları nezarethane ve GGM'lerin koşullarının ilgili ulusal ve uluslararası hukukta belirtilen standartlara uygun hâlde bulundurulması İçişleri Bakanlığının sorumluluğundadır.

54. 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından idari yargıda tam yargı davası açılabileceği belirtilmiştir. Buna göre idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan her türlü zararın idari yargıda açılacak bir tam yargı davasına konu edilmesi mümkündür. Anılan kuralda idari işlem veya eylem türleri yönünden herhangi bir ayrım yapılmadığından idari fonksiyona giren her türlü işlem veya eylem sebebiyle oluşan zararın tazmininin bu kurala dayanılarak idari yargıda açılacak bir tam yargı davasıyla istenebilmesinin mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla herhangi bir idari eyleme ilişkin zararın idari yargıda dava konusu edilebilmesi için 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yeterli bir yasal zemin oluşturduğu görülmektedir. Bu durumda nezarethane ve GGM'lerdeki tutulma koşullarının hukuka uygun olmaması nedeniyle doğan zararların 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca idari yargıda tam yargı davasına konu edilmesinin olanaklı olduğu sonucuna varılmaktadır.

55. Bu bağlamda idari yargıda açılacak tam yargı davasında idare mahkemesinin tutulma koşullarının ilgili ulusal ve uluslararası hukuka uygun olup olmadığını denetleme ve bu çerçevede tutulma koşullarının hukuka aykırı olduğunu tespit etmesi hâlinde -zararın ve bu zararla tutulma koşulları arasında illiyet bağının da bulunması kaydıyla- tazminata hükmetme yetkisini haiz olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

56. Öte yandan idari yargı mercileri, bulundukları yerde yabancıların tutuldukları nezarethane ve GGM'lerin fiziki koşullarını değerlendirme bakımından Anayasa Mahkemesine göre daha avantajlı durumdadır. Nezarethane ve GGM'lerin fiziki koşullarının ulusal ve uluslararası standartlara uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından kural olarak dosya üzerinden incelenirken derece mahkemelerinin olay mahallinde keşif yapma, bilirkişi raporu alma gibi birçok imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla geri gönderme merkezlerinin fiziki koşullarına ilişkin öncelikli olarak idari yargı mercileri tarafından bir inceleme yapılması sadece ikincillik ilkesine uygun bir yaklaşım olmakla kalmayıp aynı zamanda bunun başvurucu bakımından lehe bir durum oluşturacağı da tartışmasızdır.

57. Bu durumda 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi dikkate alındığında ulaşılabilir ve tutulma koşullarının standartlara uygun olmaması sebebiyle doğan maddi ve manevi zararların karşılanması bakımından başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesini haiz olduğu görülen "tam yargı davası" başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincil niteliği" ile bağdaşmayacağı sonucuna varılmıştır.

58. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

59. Bununla birlikte bu aşama itibarıyla oluşan durum nedeniyle eldeki başvuru ve eldeki başvuruyla aynı nitelikte olup Anayasa Mahkemesinde derdest olan başvurulara konu olaylar yönünden işbu kararın ardından açılması muhtemel idari davaların süresine ilişkin olarak bir hususun açıklığa kavuşturulması zorunluluğu doğmuş bulunmaktadır. Öncelikle vurgulanmalıdır ki idari yargı yerlerinde açılacak davaların süresine ilişkin koşulları incelemek ve idari davaların süresinde açılıp açılmadığını

değerlendirmek idari yargı mercilerinin takdirindedir. Bu bakımdan olumsuz tutulma koşulları nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkin etkili idari ve yargısal bir başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna ulaşılan *K.A.* başvurusundaki içtihada uygun olarak doğrudan Anayasa Mahkemesinde bireysel başvuruya konu edilen olaylara ilişkin olarak işbu kararın alenileşmesinin ardından açılması muhtemel idari davaların süresinde olup olmadığının değerlendirilmesi yetkisinin de derece mahkemelerine ait olduğu hususu tartışmasızdır. Ancak eldeki başvuru ve bununla aynı nitelikte olup henüz derdest olan başvurular hakkında işbu içtihat değişikliği uyarınca verilen "başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararları"ndan sonra idari yargıya başvuran yabancılar yönünden dava açma sürelerinin bu kişilerin mahkemeye erişim haklarının ihlaline neden olmayacak biçimde değerlendirilmesi gerektiği de tabiidir.

60. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı yönünden başvuru yollarının tüketilmemesine istinaden kabul edilemezlik kararı verildiğinden anılan yasakla bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiği iddiası bu aşamada incelenmemiştir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

B. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkıyla İlgili Şikâyetler

1. Derhâl Hâkim Önüne Çıkarılma İlkesine Aykırılık Nedeniyle Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

61. Başvurucu; yurt dışına giderken Sabiha Gökçen Havalimanı'nda ibraz ettiği Yunan pasaportunun sahte olduğu iddiasıyla gözaltına alındıktan iki saat sonra polislerin Cumhuriyet savcısıyla görüştüğünü, savcı tarafından verilmiş bir talimat bulunmamasına rağmen gözaltına alındığını, Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen kırk sekiz saatlik süre içinde bir hâkim önüne çıkarılmadığını ileri sürmüştür.

62. Sözleşme'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen yakalandıktan sonra en kısa zamanda bir yargıç önüne çıkarılma ve makul bir süre içinde yargılanma veya serbest bırakılma güvenceleri ancak suç işlediği hakkında geçerli şüphe bulunan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını

doğuran makul nedenler bulunan kişiler açısından öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle söz konusu güvence, hakkında bir ceza soruşturması açılan ve soruşturması devam eden kişiler bakımından geçerlidir.

63. 6216 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı, 48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları ile İçtüzük'ün 59. maddesinin ilgili fıkraları uyarınca başvurucuların başvuru konusu olaylara ilişkin iddialarını açıklama, dayanılan Anayasa hükmünün ihlal edildiğine dair hukuki iddialarını kanıtlama, bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği, buna ilişkin gerekçeleri ve delilleri sunma yükümlülüğü bulunmaktadır (*S.S.A.*, § 38; *Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20).

64. Belirtilen koşullar yerine getirilmediği takdirde Anayasa Mahkemesince açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilebilir.

65. Başvurucu *"Sözleşme'nin 5/1(c) fıkrasıyla bağlantılı olarak, derhâl bir yargıç veya adli görev yapmaya yasayla yetkili kılınmış diğer bir görevli önüne"* çıkarılmadığı iddiasını ortaya koyarken kendi özel durumunun *"Sözleşme'nin 5/1(c) fıkrası"* kapsamında olduğunu, bir başka ifadeyle nezarethanede tutulmasının suç işlediği şüphesine ya da suç işledikten sonra kaçmasının önlenmesine dayalı olduğunu ortaya koyan herhangi bir açıklama veya kanıt sunmamıştır. Sahte pasaportla yakalanmasından sonra kolluk görevlilerinin Cumhuriyet savcısıyla yaptığı görüşmede başvurucunun anılan suçtan gözaltına alınması için savcının bir talimat vermediği (bkz. § 14), Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci ve 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin (1) numaralı fıkralarında belirtilen kırk sekiz saatlik süre dolduktan sonra da başvurucunun gözaltında tutulmaya devam edildiği anlaşılmıştır. Başvurucu, yabancı olmasından kaynaklanan nedenlerle hakkında idari gözetim kararı verildiği 30/6/2014 tarihine kadar tutulmasının suç soruşturması kapsamında olduğunu gösteren herhangi bir kanıt ya da ikna edici bir açıklamada bulunmamıştır.

66. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun ihlal iddiasını kanıtlayamadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tutmanın Hukuki Olmadığı, Tutma Nedenlerinin Usulüne Uygun Olarak Bildirilmediği, Tutma İşlemine Karşı Etkili Başvuru Yolunun ve Tazminat Sağlama İmkânının Bulunmadığı İddiaları Yönünden

a. Başvurucunun İddiaları

67. Başvurucu; Cumhuriyet savcısının talimatı ve 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesine göre hakkında verilmiş bir sınır dışı kararı bulunmamasına, böyle bir karar mevcut olsa bile bunun kendisine ya da müdafiine tebliğ edilmemesine rağmen altı gün nezarethanede, elli dört gün GGM'de tutulduğunu, nezarethaneye alındıktan sonra derhâl ve anlayacağı bir dilde hakkındaki ithamlar ve buna ilişkin yasal hakları konusunda bilgilendirilmediğini, gözaltına alındığının yakınlarına bildirilmediğini, tutmanın hukuki bir gerekçesinin bulunmadığını, idari gözetim kararına yaptığı itirazın Sulh Ceza Mahkemesince reddedildiğini, yakalandıktan sekiz gün sonra 30/6/2014 tarihinde Valilikçe hakkında idari gözetim kararı alındığını, idari gözetim kararı alınmadan önce 6458 sayılı Kanun'un 56. maddesinde öngörülen "Türkiye'yi terke davet" işleminin uygulanmadığını, idari gözetimle ilgili aylık değerlendirme yapılmadığını, salıverilme talebine ilişkin etkili bir yargısal denetim yapılmadığını, 22/7/2014'te Valiliğe uluslararası koruma talebinde bulunduktan sonra da anılan Kanun'un 68. maddesine aykırı olarak idari gözetim altında tutulmasına devam edildiğini, açıklanan ihlal iddialarına ilişkin Türk hukukunda başvuru yapabileceği bir yol bulunmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği ile etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

68. Anayasa'nın 19. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

*"**Kişi hürriyeti ve güvenliği***

***Madde 19 -** 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 maddeveya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir. Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir.

Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bununhemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.

(Değişik cümle: 3.10.2001-4709/4 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 hâkim önüne çıkarılır.Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Bu süreler olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde uzatılabilir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.)Kişinin yakalandığı veya tutuklandığı, yakınlarına derhal bildirilir.

Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesini sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/4 md.) Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."

69. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında hürriyeti kısıtlanan kişiler için güvence altına alınan bir yargı merciine etkili başvuru hakkı, Anayasa'nın 40. maddesinin özel (lex specialis) bir hâlini ifade ettiğinden somut olayda 40. madde açısından ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

i. Kabul Edilebilirlik Yönünden

70. 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimliklerine itirazda bulunulabilmektedir. Böylece idari gözetim kararının hukuka uygun olup olmadığı hususu sulh ceza hâkimliklerince incelenebilecektir. Kanun koyucu, hukuki niteliği itibarıyla idari bir işlem olduğu hâlde idari gözetim altına alma kararına karşı itiraz mercii olarak sulh ceza hâkimliklerini tayin etmiştir. İdari gözetim altına alma kararının hukuka uygunluğunun idari işlemlere ilişkin genel görevli yargı yeri olan idare mahkemeleri yerine sulh ceza hâkimliklerince yapılması öngörülürken idari gözetim kararının yabancıyı özgürlüğünden yoksun bırakan mahiyetinin dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Bu açıdan idare mahkemelerinin idari gözetim kararının hukuka uygunluğunun denetimi konusunda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

71. Buna karşın hukuka aykırı idari gözetim kararı nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkin davaların adli yargıda görüleceğine dair ayrıksı bir hüküm mevzuatta yer almadığından genel kural niteliği taşıyan 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca bunların idari yargıda açılabilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte idari yargıda açılacak tazminat davasında idari yargı yerinin yetkisi idari gözetim kararı nedeniyle herhangi bir zararın doğup doğmadığını ve bir zarar doğmuşsa miktarını tespit etmekten ibaret olup 6458 sayılı Kanun'a göre idari gözetim kararının hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisi bulunmamaktadır. Zira kanun koyucu idari gözetim kararının hukukiliğini denetleme yetkisini münhasıran sulh ceza hâkimliklerine

vermiştir. Bu durumda idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimliğine itiraz edilmeden ve bu itiraz hakkında sulh ceza hâkimliğince verilecek kararın sonucu beklenmeden idari yargıda tam yargı davası açılamayacağı anlaşılmaktadır.

72. Öte yandan sulh ceza hâkiminin idari gözetim kararının hukuka uygun olduğuna hükmetmesi durumunda -idari yargı merciinin idari gözetim kararının hukukiliğini denetleme yetkisinin bulunmadığı gözetildiğinde- 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinde öngörülen tam yargı davasının idari gözetim kararının hukuka aykırı olduğu şikâyetlerine bağlı tazminat istemi yönünden etkisiz hâle geleceği anlaşılmaktadır. Bu gibi hâllerde sulh ceza hâkiminin idari gözetim kararının hukuka uygun olduğuna dair kararının kesinleşmesinden itibaren süresi içinde doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulabilir.

73. Bununla beraber sulh ceza hâkiminin idari gözetim kararının hukuka aykırı olduğuna hükmetmesi hâlinde bu kararın kesinleşmesinden sonra hukuka aykırı idari gözetim kararı nedeniyle varsa doğan zararın tazmini için 2577 sayılı Kanun'da öngörülen süre içinde idari yargıda tam yargı davası açılması mümkündür. Bu ikinci hâlde idari yargıda tam yargı davası açma yolu tüketilmeden Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulamaz.

74. Ayrıca herhangi bir idari gözetim kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılanlar bakımından idari gözetim altına alınmış olmaktan doğan zararlar için doğrudan idari yargı mercilerinde tam yargı davası açılabileceği konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

75. Somut olayda başvurucunun idari gözetim kararına yaptığı itiraz, İstanbul 7. Sulh Ceza Mahkemesinin 17/7/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun idari yargıda tam yargı davası açma yolunu tüketmesi zorunluluğunun bulunmadığı kanaatine varılmaktadır.

76. Açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmayan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Esas Yönünden

(1) İdari Gözetim Altında Tutmanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

(a) Genel İlkeler

77. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, devletin bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62).

78. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hürriyetten yoksun bırakma kavramını tanımlamıştır. Buna göre hürriyetten yoksun bırakma, bir kimsenin kısıtlı bir alanda ihmal edilemeyecek bir süre için tutulması ve bu kişinin söz konusu tutulmaya rıza göstermemiş olması şeklinde ifade edilebilecek iki unsuru içermektedir (*Cüneyt Kartal*, B. No: 2013/6572, 20/3/2014, § 17).

79. Maddenin birinci fıkrasında geçen "hürriyet" sözcüğü, özgürlük ve bağımsızlığın yanı sıra serbestlik anlamına da gelmektedir. Bu anlamda kişi hürriyetine yönelik bir müdahalenin bulunduğunun söylenebilmesi için kişinin hareket serbestisinin maddi olarak sınırlandırılmış olması gerekir. Buradaki hareket serbestisine yönelik kısıtlama, Anayasa'nın 23. maddesinde güvence altına alınan seyahat hürriyetine yönelik bir müdahaleye göre çok daha yoğundur. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale için kişi, rızası olmaksızın en azından rahatsızlık verecek uzunlukta bir süre boyunca belirli bir yerde fiziki olarak tutulmalıdır (*Galip Öğüt* [GK], B. No: 2014/5863, 1/3/2017, § 34).

80. Anayasa'nın 19. maddesinin metni bir bütün olarak değerlendirildiğinde maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki sınırlama sebeplerinin kişilerin fiziksel özgürlüklerine ilişkin olduğu, ayrıca devam eden fıkralardaki güvencelerin de fiziki olarak hürriyetinden yoksun bırakılmış kişiler bakımından getirildiği görülmektedir. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının güvence altına aldığı şey, bireylerin yalnızca fiziksel özgürlüğüdür (*Galip Öğüt*, § 35).

81. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği

durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralına yer verilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesiyle tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin getirilen "kanunilik" şartının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden 19. maddede ayrıca belirtildiği görülmektedir. Bu bağlamda birbirleriyle uyumlu olan Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 43).

82. Devam eden fıkralarda ise hürriyetinden yoksun bırakılan kişiler bakımından güvencelere yer verilmiştir. Bu bağlamda maddenin dördüncü fıkrasında yakalama veya tutuklama sebepleri ile iddiaların bildirilmesi, beşinci fıkrasında gözaltı süresi, altıncı fıkrasında yakalama veya tutuklamanın yakınlara bildirilmesi, yedinci fıkrasında tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkı, sekizinci fıkrasında hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı yargı merciine başvurma hakkı, dokuzuncu fıkrasında tazminat hakkı güvence altına alınmıştır.

83. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale -temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullar yerine getirilmediği müddetçe- Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53, 54).

84. Anayasa'nın 16. maddesine göre yabancıların temel hak ve hürriyetleri milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. O hâlde kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma sonucunu doğuran idari gözetimin kanunla düzenlenmesi, kanunla getirilen usul ve esasların da milletlerarası hukuka uygun olması gerekmektedir (*Rıda Boudra*, § 76).

85. 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 kişinin 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" içinde yürütülmez ise kişi özgürlüğünden, mahrumiyetin meşruiyetinden artık söz edilemez (*K.A.*, § 123).

86. İdari gözetim istisnai bir yol olduğu ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakma sonucunu doğurduğu için idari gözetimin 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 usule ilişkin temel 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 (*Rıza Boudra*, § 74).

87. 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 usul güvencelerini açık bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Aksi takdirde kişilerin maruz kaldığı özgürlükten yoksunluğun keyfîliğe karşı yeterince korunduğundan ve hukuki olduğundan söz edilemez (*K.A.*, § 125).

(b) İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

88.6458 sayılı Kanun'a göre 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 alınabilir. GGM'lerdeki idari gözetim süresi toplam altı ayı geçemez, idari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı (zaruret değerlendirmesi) valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirilir. Zaruret değerlendirmesi için otuz günlük sürenin beklenmesine gerek yoktur. 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. İdari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirme sonuçları gerekçesiyle birlikte yabancıya, yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. İdari gözetim altına alınan kişi, yasal temsilcisi ya da avukatı idari gözetim kararına karşı sulh ceza hâkimine başvurabilir; sulh ceza hâkimi incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırmak zorundadır. Sulh ceza hâkiminin bu kararı kesindir. İdarigözetim altında tutulan kişi, idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hâkimine başvurabilir.

89. 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. Somut olayda Kanun'da öngörülen bu usulün gerekli özen içinde yürütülüp yürütülmediğinin incelenmesi gerekmektedir (*K.A.*, § 127).

90. Başvurucu 23/6/2014 tarihinde üzerinde sahte pasaportla yurt dışına çıkış yaparken Sabiha Gökçen Havalimanı'nda yakalanmıştır. Kimliği hakkında yanlış beyanda bulunmaktan ve Türkiye'ye yasa dışı yoldan girmekten başvurucu hakkında idari para cezası uygulanmış, ayrıca resmî belgede sahtecilik suçundan da ceza soruşturması başlatılmıştır. Ceza soruşturmasının sonucu hakkında dosyada herhangi bir bilgi bulunmamaktadır.

91. Yasa dışı bir şekilde Türkiye'de bulunan ve sahte pasaportla havalimanından çıkış yaparken yakalanan başvurucu, 6458 sayılı Kanun'un 53., 54. ve 57. maddelerine göre sınır dışı edilebilecek kişilerden olup kolluk tarafından yakalandıktan sonra sınır dışı kararı verilmek üzere bu durumun valiliğe derhâl bildirilmesi gerekir. Valilikçe kırk sekiz saat içinde yapılacak değerlendirmeden sonra sınır dışı etme hususunda karar alınacağı yönünde emredici düzenleme bulunmaktadır.

92. 6458 sayılı Kanun'un *"Sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi"* kenar başlıklı 57. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre 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.

93. Anayasa'nın 16. maddesi ile 19. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yabancıların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir. 6458 sayılı Kanun'a göre hakkında sınır dışı etme kararı bulunmayan yabancıların idari gözetim altında tutulmalarına karar verilmesi mümkün değildir. Dosya kapsamına göre başvurucu hakkında verilmiş bir sınır dışı ve idari gözetim kararı bulunmamaktadır. Başvurucu, sahte belgelerle yakalandıktan sonra durum Valiliğe derhâl bildirilmemiştir. Bu nedenle Valilikçe bir sınır dışı etme kararı ve buna bağlı olarak idari gözetim kararı alınmamıştır. Hakkında bu şekilde bir uygulama yapılmadan ve resmî belgede sahtecilik suçu soruşturması kapsamında, Cumhuriyet savcısının gözaltı emri de bulunmayan yabancının idari gözetim kararı verildiği 30/6/2014 tarihine kadar tutulması tamamen 6458 sayılı Kanun'a aykırı fiilî bir durumdur. Başvurucunun sınır dışı kararı verilinceye kadar ancak iki gün süreyle nezarethanede tutulabilmesi mümkün ise de bu süreden sonra hakkında verilmiş bir sınır dışı kararı ve buna bağlı olarak idari gözetim kararı verilmeden nezarethanede ve GGM'de tutulmasının hukuki bir dayanağı yoktur.

94. Başvurucunun hürriyetinden yoksun bırakıldığı ilk aşamada mevcut olmayan kanunilik şartındaki eksikliğin sonradan giderilip giderilmediği de belirlenememiştir. Başvurucu, 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesine göre sahte belgelerle Türkiye'den çıkış yaparken yakalandığından hakkında sınır dışı etme kararı verilmesi mümkün olmasına rağmen Valilikçe sonradan alınan karar, gerek EGM gerekse başvurucu tarafından ibraz edilmemiştir. Başvurucu, başvuru formunda sınır dışı etme konusunda kendilerine tebliğ edilmiş bir karar bulunmadığını öne sürdüğünden başvurucunun altmış gün boyunca herhangi bir hukuki temele dayanmadan idari gözetim altında tutulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

95. Sonuç itibarıyla sınır dışı etme sürecinde uygulanması gereken idari gözetim işleminin hukuki dayanağının bulunmadığı, devam

eden süreçte de işlemin hukuka uygunluğunun sağlanmasında temel olan sınır dışı etme kararının verilmediği görülmektedir. Aylık olarak yapılması gereken zaruret değerlendirmesinin yapılmaması ve Sulh Ceza Mahkemesine itiraz sürecinde anılan hukuka aykırılıkların tespit edilememesi nazara alındığında idari gözetim altında tutmanın "gerekli özen" içinde yürütüldüğünden söz edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

96. Açıklanan gerekçelerle tutmanın hukuki olduğunun kabul edilmesi mümkün görülmediğinden Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

(2) İdari Gözetim Altında Tutma Nedeninin Usulüne Uygun Olarak Bildirilmediğine İlişkin İddia

97. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında; yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebeplerinin ve haklarındaki iddiaların her hâlde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak "derhâl" bildirileceği kurala bağlanmıştır.

98. Kişinin yakalanmasına ve tutuklanmasına esas hukuki ve maddi gerekçelerin teknik olmayan basit ve kolaylıkla anlaşılır bir dille 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. Bu yönüyle Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasındaki bilgilendirilme hakkı, bu madde kapsamında sağlanan diğer güvencelerin bir nevi taşıyıcısı mahiyetindedir (*A.V. ve diğerleri*, § 137).

99. Yabancı statüsünde bulunan başvurucu, sahte belgelerle ülkeden çıkış yapmak isterken 23/6/2014 tarihinde yakalanarak gözaltına alınmıştır. Yakalandıktan sonra saat 12.05'te kendisine tebliğ edilen "Yakalamave Gözaltına Alma Tutanağı Şüpheli ve Sanık Hakları Formu"nda başvurucuya birtakım yasal hakların -susma, müdafi yardımından yararlanma, gözaltına alındığını yakınlarına haber verme vb.- hatırlatıldığı görülmekte ise de bu hakların resmî belgede sahtecilik suçu şüphelisi sıfatıyla başvurucuya hatırlatıldığı tutanak içeriğinden anlaşılmaktadır. Başvurucunun sahtecilik suçundan gözaltına alınması yönünde Cumhuriyet savcısının bir talimatı bulunmamasına karşın -idari

gözetim kararı da aldırılmadan- başvurucu fiilen bir şekilde gözetim altında tutulmaya devam edilmiştir. Başvurucunun esasen gözaltına alınmasını gerektiren yargısal ya da idari bir karar verilmediğinden tutma nedeni hakkında bilgilendirilmesi fiilen mümkün bulunmamaktadır. İdari gözetim kararının başvurucunun hürriyetinin kısıtlanmaya başladığı 23/6/2014 tarihinden sekiz gün sonra 30/6/2014 tarihinde verilmiş olması da durumun açıklanması bakımından önemli ve yeterli bir göstergedir.

100. 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.

101. İstanbul 7. Sulh Ceza Mahkemesinin 17/7/2014 tarihli kararının içeriğinden başvurucu hakkında 30/6/2014 tarihinde Valilikçe idari gözetim kararı alındığı anlaşılmaktadır. Ancak başvuru formu ve ekinde yer alan tutanak ve belgelerde, bu kararın ve yapılmışsa aylık zaruret değerlendirmeleri konusunda verilen kararların başvurucuya tebliğ edildiğini gösteren herhangi bir bilgi olmadığı, Bakanlık ve İçişleri Bakanlığınca başvuru dosyasına bu konuda bir bilgi verilmediği, dolayısıyla Kumkapı GGM'de tutulmasının gerekçelerinin başvurucuya bildirildiğini ortaya koyan bir bilginin bulunmadığı anlaşılmıştır.

102. Somut olayda başvurucunun idari gözetim altına alınmasına ve bu tedbirin devam ettirilmesine ilişkin karar ve 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.

103. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

(3) İdari Gözetim Altında Tutulma İşlemine Karşı Başvurulabilecek Etkili Bir Yolun Bulunmadığına İlişkin İddia

104. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci ve Sözleşme'nin 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 Sözleşme 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).

105.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).

106.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 (*K.A.*, § 152).

107. 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 keyfîliklere engel olabilecek nitelikte bir usulü öngörmüştür. Başvurucu, bu usulün somut başvuruda etkin bir şekilde işlemediğini ileri sürmüştür.

108.Tutmanın başlangıcı ve devamındaki süreçte başvurucu hakkında verilmiş bir sınır dışı kararı ve buna bağlı olarak verilmesi gerekli olan idari gözetim kararı bulunmadan başvurucunun tutulduğu, bu nedenle tutmanın hukuki olmadığı ilgili bölümde incelenmiştir (bkz. §§ 77-96).

109. Hakkında hiçbir karar verilmeden ortaya çıkan ve başvurucunun tutulmasına yol açan fiilî uygulamanın sonlandırılmasını sağlamak için 6458 sayılı Kanun'da herhangi bir hukuki düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle başvurucu, Valilikçe hakkında idari gözetim kararı verildiği 30/6/2014 tarihine kadar adli ya da idari bir merciden durumunun gözden geçirilmesini talep edememiştir.

110. İdari gözetim kararı verildikten sonra Sulh Ceza Mahkemesine yapılan itirazın incelenmesi aşamasında başvurucunun tutulmasının temel yasal ön şartı olan sınır dışı etme kararının bulunmaması, bundan dolayı tutmanın hukuka aykırı olduğunun değerlendirme yapılırken dikkate alınmaması, itiraz kanun yolunun başvurucu açısından bir güvence oluşturacak şekilde "gerekli özen" içinde yürütüldüğünün söylenebilmesini mümkün kılmamaktadır.

111. İdari gözetim kararı başlangıçta hukuka uygun olarak verilmediği gibi 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinde belirtilen aylık zaruret değerlendirmesinin yapılıp yapılmadığı, yapılmış ise bunun gerekçeleriyle birlikte başvurucu ya da müdafiine tebliğ edilip edilmediğine dair bir bilgi bulunmadığından kararın uygulanması aşamasında da idari gözetim tedbirinin "gerekli özen" kriterine uygun bir biçimde yürütüldüğü söylenemeyecektir.

112. Yukarıda açıklandığı üzere 6458 sayılı Kanun'da öngörülen ve başvurucunun hukuki durumunda yaşanan değişikliklere göre yeniden bir değerlendirme yapılarak kendisinin salıverilmesi sonucunu doğurabilecek başvuru yollarının somut olayda etkili bir şekilde işlemediği sonucuna ulaşılmıştır.

113. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında güvence altına alınan, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının hukuka uygunluğunun özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullarla ilgili olarak etkili bir yargı merciine başvurma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

(4) Haksız Tutulma Nedeniyle Tazminat Elde Etme Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

114. Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, bu maddenin önceki fıkralarına aykırı olarak tutulan kişilerin uğradıkları zararların

devletçe tazmin edileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenleme devlete, bu maddedeki haklardan herhangi birinin ihlali hâlinde tazminat talep etme imkânı sağlayan bir mekanizma oluşturma zorunluluğu yüklemektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrasından önceki fıkralarından bir veya daha fazlasının ihlal edildiği sonucuna ulaşılan hâllerde iç hukukta herhangi bir tazmin mekanizması bulunmaması Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrasının da ihlali sonucunu doğuracaktır.

115. Anayasa'nın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine tabi olup devlet, bu eylem ve işlemlerden kaynaklanan zararı gidermekle yükümlüdür. 5271 sayılı Kanun'un 141. ila 144. maddelerinde suç soruşturması veya kovuşturması sırasında haksız olarak özgürlüğünden yoksun bırakılan ve bu sırada yasal haklarına riayet edilmeyen ve bu hakları hatırlatılmayan şüpheli ya da sanıkların gördüğü zararın giderilmesi için ağır ceza mahkemelerinde koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat davası açma hakkı bulunmaktadır. İdari gözetim altında tutulan yabancılar suç şüphelisi ya da sanığı olmalarından kaynaklanan bir nedenle özgürlüklerinden yoksun bırakılmadıklarından 5271 sayılı Kanun'daki bu düzenlemeden yararlanmaları mümkündeğildir.

116. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının incelendiği kısımda ayrıntılı biçimde açıklandığı üzere 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca idari işlem ve eylemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan zarara uğrayanlar tarafından tam yargı davası açılabilecektir (bkz. § 53). Aynı maddede idari yargı yetkisinin hukuka uygunluk denetimiyle sınırlı olduğu açıklanmıştır. Buna göre idare mahkemeleri, iptal ya da tam yargı davası açıldığında idari işlem ya da eylemin hukuka aykırılığını tespit etmeleri durumunda iptal ya da tazmin kararı verebilmektedir.

117. 6458 sayılı Kanun'da; idare mahkemelerine yabancıların tutulmalarının hukuka uygun olup olmadığını denetleme yetkisi verilmediği, bu yetkinin 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesine göre münhasıran sulh ceza hâkimliklerine ait olduğu, sadece sulh ceza hâkimliklerince tutmanın hukuka aykırılığının tespit edilmesi kaydıyla idare mahkemelerinde tam yargı davası açmanın olanaklı olduğu kabul edilebilirlik incelemesi yapılırken açıklanmıştır (bkz. §§ 70-74).

118. Başvurucu, altmış gün idari gözetim altında tutulduktan

sonra GİGM'nin yazısı üzerine 21/8/2014 tarihinde GGM'ce serbest bırakılmıştır. Başvurucunun tutulması idari bir işlemle sonlandırılmış olup tutmanın hukukiliği konusunda alınmış bir yargısal karar da mevcut değildir. İdare mahkemelerinin tutmanın hukukiliğini denetleme görevi bulunmadığından başvurucunun Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapmadan önce doğrudan tam yargı davası açarak zararının giderilmesini sağlama imkânının var olmadığı değerlendirilmiştir (bkz. §§ 70-76).

119. Başvuru konusu olayda tutmanın hukuki olmadığı, tutma nedenlerinin usulüne uygun olarak bildirilmediği ve tutma işlemine karşı etkili başvuru yolunun bulunmadığı tespit edilerek özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir (bkz. §§ 77-113). Bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrası uyarınca başvurucunun zararının tazmin edilmesini sağlayan bir yol bulunması gerekmektedir.

120. Sonuç olarak başvurucunun hürriyetini kısıtlayan idari gözetim kararına karşı yapılan itiraz İstanbul 7. Sulh Ceza Mahkemesinin 17/7/2014 tarihli kararıyla reddedildiğinden ve 6458 sayılı Kanun uyarınca idare mahkemelerinin idari gözetimin hukuka uygunluğunu denetleme yetkileri ve dolayısıyla tutulanlar lehine tazminata hükmetme imkânı bulunmadığından Anayasa'nın 19. maddesinin dokuzuncu fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

121.6216 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."

122. Başvurucu 2.498,14 TL maddi, 30.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

123. Tutmanın hukuki olmaması, tutma nedenlerinin usulüne uygun olarak bildirilmemesi, tutma işlemine karşı etkili başvuru yolunun ve haksız tutulma nedeniyle tazminat sağlama imkânının bulunmamasından dolayı kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

124. Yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

125.Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucu, çalışamadığı günler için asgari ücret üzerinden maddi tazminat talebinde bulunmuş ise de yabancı olan başvurucunun işsiz kalmasıyla ihlaller arasında illiyet bağı kurulamadığından maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

126. 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B.1. Tutulma koşullarının insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağını ihlal ettiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2.Derhâl hâkim önüne çıkarılma ilkesine aykırılık nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Tutmanın hukuki olmaması, tutma nedenlerinin usulüne uygun olarak bildirilmemesi, tutma işlemine karşı etkili başvuru yolunun ve haksız tutulma nedeniyle tazminat sağlama imkânının bulunmamasından dolayı kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaların KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

C. Tutmanın hukuki olmaması, tutma nedenlerinin usulüne uygun olarak bildirilmemesi, tutma işlemine karşı etkili başvuru yolunun ve haksız tutulma nedeniyle tazminat sağlama imkânının bulunmamasından dolayı kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci, dördüncü, sekizinci ve dokuzuncu fıkraları yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. Başvurucuya net 10.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

F.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 FAİZ UYGULANMASINA OYBİRLİĞİYLE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 30/11/2017 karar verildi.

KARŞIOY

Başvurucu, 23/6/2014 tarihinde sahte bir pasaport ile yurt dışına çıkış yaparken yakalanmış ve altı gün boyunca hakkında hukuki dayanağı bulunmayan bir karar ile idari gözetim altında nezarethanede, bilahare de elli dört gün süresince Kumkapı Geri Gönderme Merkezinde tutulduğunu ifade etmektedir.

Tutma esnasında yaşadıklarının insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında olduğunu, ilk 6 gün boyunca gün ışığına çıkarılmadığını, egsersiz yapma imkanı bulunmadığını, tutulduğu alanın fiziksel koşullarının AİHM ölçüt ve uluslararası standartların dışında olduğunu, koğuşların aşırı kalabalık, sürekli sigara içilen, pis, haşerelerle dolu, her türlü hastalıktan müzdarip insanlarla birlikte sağlıksız bir ortamda yaşamak zorunda bırakıldığını, haftada bir gün sadece 10 dakika havalandırmaya çıkarıldığını, ortamda doktor, sağlık görevlisi olmayıp erişimin kısıtlı olduğunu, sosyal hizmet uzmanının bulunmadığını, banyo ve tuvalet alanlarının pis ve düzenli temizlikten yoksun, temiz içme suyunun sağlanmadığı ve ancak para ile satın alınabildiğini, kötü, yetersiz yemek sunulduğu, gece ışıkların kapatılmayıp, gürültülü bir ortamda yaşamak zorunda bırakılarak psikolojisinin bozulduğunu, bunun da onur kırıcı, insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir durum olması ve diğer bir çok şikayet nedenlerinin yanında tutulma koşullarına karşı başvurabileceği etkili bir hukuk yolu bulunmadığını belirterek, Mahkememize, AİHS'nin 3. ve Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğinin tespiti yönünde başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

İNSAN HAYSİYETİ İLE BAĞDAŞMAYAN MUAMELE YASAĞI VE BUNUNLA BAĞLANTILI ETKİLİ BAŞVURU HAKKININ İHLAL EDİLDİĞİNE YÖNELİK İDDİALARIN İNCELENMESİ:

1- Anayasa Mahkemesi olayların başvurucu tarafından yapılan hukuk nitelendirmesi ile bağlı olmasa da önceki kararlarında(Rıda Boudraa, B. No: 2013/9673 , 21/1/2015; K.A.; F.A. ve M.A., B. No: 2013/655, 20/1/2016, A.V. ve diğerleri, B. No: 2013/1649, 20/1/2016; F.K. ve diğerleri, B. No: 2013/8735, 17/2/2016; T.T., B. No: 2013/8810, 18/2/2016; A.S., B. No: 2014/2841, 9/6/2016; I.S. ve diğerleri, B. No: 2014/15824, 22/9/2016) idari gözetim altında tutulma koşullarını, insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında incelemiştir.

2- Başvuruda ileri sürülen şikayet konularına ilişkin olay ve olgular dikkate alındığında ve Mahkememize benzer konulardaki tüm başvuruların kabulüne karar verildiğinden, kabul edilmezliğine karar verilmesini gerektirecek başkada bir neden olmadığı cihetle başvurunun kabul edilebilirliğine karar ile Anayasa'nın 17. ve 40. maddeleri kapsamında esastan değerlendirilmesi gerekmiştir.

3- Başvurucunun insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele kapsamında gördüğü, yaşadığı gözaltı sürecinde karşılaştığı şikayet konusu eylemlerden ilki, gözaltına alınıp 6 gün boyunca tutulduğu nezarethane koşullarına ilişkindir.

4- Türkiye'ye yasa dışı yollardan giren ve aynı şekilde sahte pasaportla Türkiye'den çıkmaya çalışırken 23/6/2014'te yakalanan Özbekistan uyruklu başvurucu, GGM'ye teslim edildiği 28/6/2014 tarihine kadar altı gün boyunca Sabiha Gökçen Havalimanı Şube Müdürlüğü nezarethanesinde tutulmuştur. Kolluk tarafından düzenlenen 23/6/2014 tarihli Cumhuriyet savcısı ile telefonla yapılan "Görüşme Tutanağı"ndan anlaşıldığına göre başvurucunun sahtecilik suçundan gözaltına alınması için bir talimat verilmediğinden idari gözetim altında tutulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

5- Başvurucunun, hakkındaki idari gözetim kararının kaldırılmasına ilişkin olarak 15/7/2014 tarihinde yaptığı itiraz üzerine, İstanbul 7. Sulh Ceza Mahkemesinin 17/7/2014 tarihli kararının gerekçesinde, 30/6/2014 tarihinde başvurucu hakkında idari gözetim kararı alındığı açıklanmıştır.

6- İdari gözetim altında tutulan kişilerin maruz kaldığı maddi koşulların Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına girebilmesi için asgari bir eşiğe ulaşmış olması gerekir. Tutulma koşullarının kaçınılmaz üzüntü seviyesini aşacak yoğunlukta olmaması, ve tutulan yabancıyı ruhsal etkiye ve ümitsizliğe sokmaması gerekir. Belirtilen asgari eşiğe ilişkin değerlendirme; tutma koşulları ile ilgili tüm veriler, özellikle de tutmanın süresi, fiziksel ya da ruhsal etkileri ve bazen de mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu dikkate alınarak yapılmalıdır (K. A. § 93; Rıda Boudraa, § 60).

7- 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 (K. A., § 94; Rıda Boudraa, § 61).

8- Türkiye'ye yasa dışı yollardan giren veya Türkiye'den çıkarken kolluk tarafından yakalanan yabancıların sınır dışı edilmek üzere işlemlerinin tamamlanmasından ve bu süreçte geri gönderme merkezlerinde tutulmalarından önce bir süre nezarethanede tutulmaları bazı durumlarda kaçınılmaz olabilir. Ancak nezarethanelerdeki zorunlu ve kısa süreli tutma tek başına insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği anlamına gelmez. Ancak yabancıların polis/jandarma karakollarında tutulmalarının asgari eşiği geçmesi için tutuldukları süre miktarı da önemlidir. Bir yabancının/mültecinin polis/jandarma karakolunda adi suç şüphelilerinin tutulduğu sıkı güvenlikli ve infaz kurumunu andıran nezarethanelerde uzun süre tutulması diğer koşullarla birleştiğinde insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağını ihlal edebilir. Nezarethanelerde zorunlu ve kısa süreli tutmanın asgari eşiği aştığının söylenebilmesi için kötü muamelenin diğer unsurlarından bir kısmının da somut vakada gerçekleşmesi gerekmektedir.

9- Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4. maddesinde "Şüpheli veya sanıkların haklarındaki işlemlerin tamamlanıp adlî mercilere sevk edilinceye kadar bekletilmesi amacıyla yapılmış" yerler olarak tanımlanan nezarethanelerin ülkelerine geri gönderilecek yabancılar için uygun tutulma koşullarına sahip olmadığı çeşitli raporlara intikal etmiştir.

10- Bununla birlikte hukuki statülerine göre 6458 sayılı Kanun'un 54. ve 57. maddeleri uyarınca haklarında sınır dışı etme kararı verilip verilmeyeceği değerlendirilecek olan yabancıların, idari gözetim altında tutuldukları aşamada geri gönderme merkezlerine, aynı Kanun'un 71. maddesi uyarınca uluslararası koruma talebinde bulunan ve henüz başvurusu hakkında son karar verilmemiş yabancıların kabul ve barınma merkezlerine teslim edilecekleri ana kadar, makul bir süre boyunca nezarethanelerde tutulmalarının tek başına asgari eşiği aşması için yeterli olduğunun kabul edilmesi mümkün görülmemiştir.

11- Başvurucunun, suç şüphesi altında olanların tutulduğu nezarethanenin doğasında bulunan, kaçınılmaz üzüntü seviyesini aşacak

yoğunlukta ve insan onurunu zedeleyecek nitelikte gıda, temizlik ve sağlık hizmeti gibi imkânlardan yoksun kaldığına yönelik bir iddiası bulunmamaktadır. Öte yandan başvurucunun nezarethane koşullarına ilişkin değerlendirme yapılabilecek nitelikte detaylı bir açıklamada bulunmaksızın soyut olarak gün ışığından ve açık hava egzersizlerinden yoksun kaldığını ileri sürmesi, başvurunun kanıtlandığının kabul edilmesi için yeterli değildir.

12- İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı bakımından tutma koşulları için uygun olmadığı tespiti yapılmamış nezarethanede, başvurucunun GGM'ye gönderilmeden önce altı gün boyunca tutulması, başlı başına Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı yönünden asgari eşiği aştığının kabulü için yeterli görülmemiştir (Fiziki koşulları yetersiz nezarethanede bir yabancının on bir gün tutulmasının asgari eşiği aşmadığına ilişkin aynı doğrultudaki karar için bkz. Moghaddas/Türkiye, § 56).

13- Açıklanan nedenlerle başvurucuya karşı altı gün müddetle kaldığı nezarethane koşullarında, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvuru bu yönüyle açıkça dayanaktan yoksun olup,kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir. Mahkememiz bu konuda bir değerlendirme de bulunmamıştır.

14- Diğer şikayet konusu olan, Kumkapı geri gönderme merkezindeki tutma koşullarının değerlendirilmesinde ise;

Anayasa'nın 5., 13., 16., 17. ve 23. maddeleri şöyledir:

"Madde 5 - Devletin temel amaç ve görevleri

Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Madde 13 - Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

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.

Madde 16 - Yabancıların durumu

Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Madde 17 - Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı

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.

…

Madde 23 - Yerleşme ve seyahat hürriyeti

Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir…"

15- 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).

16- Ancak bu yasakla korunan hakların mutlak şekilde güvence altına alınabildiğinden bahsedebilmek için devletin sadece işkence ve kötü muamelede bulunmaması yeterli değildir. Devletin aynı zamanda bireyleri kendi görevlilerinin hatta üçüncü kişilerin işkence ve kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması gerekir(Cezmi Demir ve diğerleri, §§ 81-82).

17- Anılan maddede devlete getirilen işkence ve kötü muamelede bulunmama (negatif) yükümlülüğünün herhangi bir istisnasına yer verilmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde kullanılmasının durdurulmasına imkân veren Anayasa'nın 15. maddesinde de maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. Bu durum, işkence ve kötü muamele yasağının mutlak nitelikte olduğunun açık göstergesidir (F.R., B. No: 2016/4405, 15/2/2017, § 54)

18- Anayasa'nın 5. maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 17. ve 5. maddeleri Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği birlikte değerlendirildiğinde devletin bireyi işkence ve kötü muamele yasağına karşı koruma (pozitif) yükümlülüğünün de bulunduğu anlaşılmaktadır (F.R., § 56).

19- 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 (Cezmi Demir ve diğerleri, § 83).

20- 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 nitelik değil 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. Buna göre anayasal düzenleme kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığına en fazla zarar veren muamele "işkence"dir. Muamelenin ağırlığının yanı sıra İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde "işkence"nin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırmak amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle yapıldığı belirtilmiştir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 84).

21- "İşkence" seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, belirli bir süre devam eden, yaralanmaya, yoğun maddi veya manevi ızdıraba sebep olan insanlık dışı muameleler "eziyet" olarak tanımlanabilir. Bu hâllerde duyulan acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak "eziyet"te, ızdırap vermenin belli bir amaç doğrultusunda yapılması şartı aranmaz (Cezmi Demir ve diğerleri, § 88).

22- Kişileri küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kişide korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen muameleler ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza" olarak tanımlanabilir. "Eziyet"ten farklı olarak, uygulanan bu muamele kişide bedensel ya da ruhsal bir acı oluşturmasa da küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki yaratmaktadır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 89).

23- Bir muamelenin anılan kavramlardan hangisinin kapsamında olduğunu belirleyebilmek için her somut olayın kendi özel koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Aleni olarak yapılması veya kamuoyunun bilgi sahibi olması, muamelenin aşağılayıcı niteliğinin belirlenmesinde rol oynasa da muamelenin aleni olmadığı durumlarda kişinin kendini değersiz hissetmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilir. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapılıp yapılmadığı dikkate alınmakla birlikte böyle bir amacın belirlenememesi muamelenin kötü muamele olmadığı anlamına gelmeyecektir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 90).

24- Yabancıların ülkeye giriş yapmasını ve ülkede ikamet etmesini kontrol etme ve ülkedeki yabancıları sınır dışı etme yetkisi, uluslararası hukukun egemen devletlere tanıdığı bir yetkidir. Anayasa'nın 23. maddesi uyarınca herkesin yerleşme ve seyahat özgürlüğü vardır.

Ayrıca vatandaşın sınır dışı edilemeyeceği ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamayacağı da bu maddede belirtilmiştir. Bununla birlikte yabancıların temel hak ve hürriyetlerden yararlanmalarına dair temel düzenleme olan 16. maddeye göre "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir."

25- Bu durumda yasa dışı yollardan ülkeye giren ya da ülkeden çıkmaya çalışırken yakalanan yabancıların seyahat ve yerleşme hakkına sınırlama getirilmesi ve tutulması mümkün gözükmektedir. Ancak vatandaş ve yabancı arasında gözetilen bu ayrım milletlerarası hukuka uygun olmalıdır. Türkiye'ye yasa dışı yollarla giren ya da aynı yöntemle Türkiye'den çıkmaya çalışırken yakalanan yabancıların sınır dışı edilme işlemlerinin yürütülmekte olması ya da uluslararası koruma talebinde bulunmaları nedeniyle kanunlarda gösterilen usule uygun olarak yakalanmaları veya tutulmaları mümkündür (Rıda Boudraa, § 73).

26- Anayasa Mahkemesinin, idari gözetim altında GGM'lerde tutulan göçmenlerin tutulma koşullarını insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında incelediği yukarıda belirtilmişti. Anayasa Mahkemesi bu kararlarda, yabancıların tutuldukları yerdeki maddi koşulların Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamındaki asgari eşiğe ulaşıp ulaşmadığını değerlendirirken CPT'nin "gözetim altında tutulan göçmenler" hakkında kabul ettiği standartlardaki ölçütlerden yararlanmıştır.

27- CPT'nin kabul ettiği standartlarda 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 ve orada kalan kişilere yeterli yaşam alanı sağlamasının önemli olduğu, cezaevi ortamı olduğu izleniminin mümkün olduğu kadar önlenmesi gerektiği, programlı faaliyetlerin açık havada egzersiz, 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 şartlarında koruma sağlayacak biçimde olması gerektiğini kabul etmektedir. Mahkûmlar açısından kabul edilen bu standardın "gözetim altında tutulan göçmenler" açısından evleviyetle geçerli olduğu açıktır (K.A., § 98).

28- Yukarıda yer verilen ilkeler kural olarak Anayasa Mahkemesinin bu konuda yapacağı incelemelerde asgari standartları oluşturmakla bu ilkelerin her somut olayın kendi özel koşulları açısından değerlendirilmesi gerekmektedir.

29- Bireysel başvuru formunda ve EGM'nin yazısında sunulan bilgiler çerçevesinde başvurucunun 28/6/2014 ile 21/8/2014 arasında elli dört gün Kumkapı GGM'de tutulduğu konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmamaktadır. Bu tür merkezlerde kalan kişilere tahsis edilen alanın darlığı nedeniyle bu kişilerin maruz kaldığı sıkıntılar ve yatakhaneler dışında zaman geçirebilecekleri alanların bulunması, yaşam koşullarının Anayasa'nın 17. maddesi açısından incelenmesinde bir ölçüttür.

30- Başvurucu, Kumkapı GGM'de tutulduğu dönemde Merkezin yaşam koşullarına, özellikle de yaşam alanına düşen kişi sayısının tespitinde veri olabilecek şekilde Merkezde kaç kişinin barındırıldığına, kaç kişiyle birlikte hangi odada kaldığına ilişkin kesin bir bilgi vermemiştir. Bununla birlikte başvurucu, GGM'de zaman zaman 500 kişiden fazla kişinin kaldığını ifade etmiştir.

31- Bu kapsamda (EGM) Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 16/3/2016 tarihli yazısında sunulan bilgiler, 2012 tarihli TBMM raporu, BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü'nün tespitleri, AİHM'in 24/6/2014 tarihli Yarashonen/Türkiye kararı ve bu kararda atıf yapılan 2009 tarihli CPT raporu ile Anayasa Mahkemesinin K.A. başvurusuna ilişkin kararı ve bu karara önemli ölçüde esas teşkil eden TİHK'nın raporu, eldeki en önemli verileri oluşturmaktadır.

32- Bu tür merkezlerde yatakhaneler dışında zaman geçirilebilecek alanlar -yaşam koşullarının olumsuz etkisini azaltması nedeniyle- insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında ele alınması gereken bir başka unsurdur.

33- Bu çerçevede başvurucunun içinde yaşadığı koşullar incelendiğinde, TİHK (Türkiye İnsan Hakları Komisyonu) 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 spor aleti mevcuttur. Yatakhanelerde yer olmaması nedeniyle bazı göçmenlerin 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 yatakhanelerdeki sıkışıklık nedeniyle kalma yeri olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Buna bağlı olarak sadece bitişik nizam ranzaların ve dolapların bulunduğu kalabalık yatakhanelerde kalan göçmenlere, Merkez içinde nispeten rahatlayabilecekleri bir ortamın sunulamadığı anlaşılmaktadır.

34- BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü tarafından 25-29 Haziran 2012 tarihlerinde Kumkapı ve Edirne Geri Gönderme Merkezlerine gerçekleştirilen resmî ziyaret kapsamında yapılan incelemelerin yansıtıldığı raporda; geri gönderme merkezlerindeki koşullardan rahatsızlık duyulduğu, çocukların da aralarında bulunduğu idari gözetim altındaki kişilerin çoğunlukla odalarda veya koğuşlarda kilitli tutuldukları ve dış alanlara erişimlerinin oldukça kısıtlı olduğu veya hiç olmadığı, "aşırı kalabalık", "sağlığa elverişsiz koşullar" ve "yetersiz gıda" hususlarının diğer önemli endişe kaynakları olduğu ifade edilmiştir.

35- Yukarıdaki değerlendirme unsurlarına ilave olarak CPT'nin bu konuda ortaya koyduğu standartlar esas alındığında tutulan kişilerin 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.

36- 11/5/2012 tarihli ziyarete istinaden düzenlenen TBMM raporunda, gerek Merkezin konumu gerekse personel eksikliği nedeniyle tutulan düzensiz göçmenlerin haftanın sadece bir günü kısa sürelerle havalandırmaya çıkarıldığı tespitine yer verilmiştir. Ancak yetkililerce sunulan teorik bilgilere dayalı bu tespitin fiilî uygulama ile uyumlu olup olmadığı rapordan anlaşılamamaktadır. Kaldı ki anılan raporda dolaylı olarak bu tespitin dahi GGM'yi düzensiz göçmenler için bir hapishane hâline getirdiği belirtilmek suretiyle haftada bir defa havalandırmanın yetersiz olduğuna vurgu yapılmıştır.

37- TİHK raporunda, gözetim altındakilerin binanın bahçesinde hava alma imkânını hafta içinde günde 45 dakika, hafta sonlarında ise günde iki üç saat sağlamaya çalıştıklarını Merkez müdürü beyan etmiştir. Bu konuda başvurucu, haftada bir gün sadece on dakika açık havaya çıkarıldığını ifade etmektedir. Raporda görüşlerine yer verilen sivil toplum kuruluşlarına göre, göçmenlere belirtilen şekilde hava alma imkânı verilmediği hatta içlerinden bazılarının haftalarca bu imkândan yararlanamadığı dönemler olduğu, bazılarının ise üç dört ay boyunca sadece iki defa kendilerine bu imkânın verildiği yönündeki ifadeleri başvurucunun iddiasının inandırıcılığını güçlendirmektedir.

38- EGM'nin 16/3/2016 tarihli yazısında "Merkezimizin fiziki şartları ve personel sayısının izin verdiği ölçüde uygun hava şartlarında, merkezimizin bahçesinde gruplar halinde çıkartılarak, temiz havadan faydalanmaları sağlanmakta, ayrıca merkez içerisinde havalandırma için kurulan ve isteyen tüm şahısların gün içerisinde kullanabilecekleri bir açık hava bölümünün bulunduğu belirtilmiş ise de EGM'nin K.A. başvurusuna karşı gönderdiği 7/1/2016 tarihli yazısında "merkez içerisinde havalandırma için kurulan ve isteyen tüm şahısların gün içerisinde kullanabilecekleri yere ilişkin bir bilgi bulunmadığı gibi bu yerin niteliğine, aynı anda kaç kişinin havalandırmaya çıkabileceğine, günde kaç saat yararlanılabildiğine vb. dair bir açıklama yoktur. EGM'nin yazısında, hem gün içinde isteyen tüm şahısların havalandırma için kullanabilecekleri bir yerin Merkezde bulunduğunun belirtilmesi hem de Merkezin fiziki şartları ve personel sayısının izin verdiği ölçüde kişilerin havalandırmadan yararlandırıldığının açıklanması çelişkili bir cevap olup, Merkezde yeterli havalandırma imkânının olmadığı konusundaki iddiaları güçlendirmektedir.

39- Öte yandan başvurucunun Merkezde tutulmaya başlandığı 28/6/2014 tarihinden çok kısa bir süre önce 2/5/2014'te yapılan ziyaret sonucunda düzenlenen raporda yer alan eleştirilerin kısa sürede düzeltildiğine dair bir bilginin sunulmaması dikkate alındığındaMerkez yetkililerince "merkezin fiziki şartları ve "personel sayısının izin verdiği ölçüde" verilen havalandırma hizmetinin CPT standartlarını taşımaktan uzak olduğu açıktır. Dahası TİHK raporunda yetkililer, Merkezin bahçesinin araç otoparkı olarakkullanıldığını, güvenlik açısından risk oluşturması ve elverişsiz hava şartları gibi nedenlerle tutulan kişileri açık havaya çıkma imkânından yararlandıramadıklarını kabul etmişlerdir.

40- Yukarıda yapılan tespitler dikkate alındığında, başvurucunun Merkezde tutulduğu dönemde maruz kaldığı koşulların Anayasa'nın 17. maddesinde yasaklanan "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele düzeyinin aşılmasına yol açabilecek nitelikte olduğu, Merkez içindeki barınma mekânları dışında rahatlamaya imkân sağlayacak ortak kullanım alanlarının yetersiz ve daha da önemlisi sağlanan açık havadan yararlanma imkânının oldukça sınırlı olmasının, başvurucunun Merkezde sahip olduğu koşulları tahammül edilemez hâle getirdiği ve bu koşullar altında tutulmasının insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağını ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Bakınız benzer kararlarımız, (Rıda Boudraa, B. No: 2013/9673 , 21/1/2015; K.A.; F.A. ve M.A., B. No: 2013/655, 20/1/2016, A.V. ve diğerleri, B. No: 2013/1649, 20/1/2016; F.K. ve diğerleri, B. No: 2013/8735, 17/2/2016; T.T., B. No: 2013/8810, 18/2/2016; A.S., B. No: 2014/2841, 9/6/2016; I.S. ve diğerleri, B. No: 2014/15824, 22/9/2016).

ETKİLİ BAŞVURU HAKKININ İHLALİ İDDİALARI YÖNÜNDEN:

41- Başvurucu; altmış gün boyunca gayriinsani, onur kırıcı muamele oluşturacak biçimde nezarethanede ve Kumkapı GGM'de tutulduğunu, tutulma koşullarına karşı müracaat edip sonuç alabileceği etkili bir hukuk yolunun bulunmadığını belirterek adil yargılanma ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 40. maddesi şöyledir:

"Madde 40 - Temel hak ve hürriyetlerin korunması

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

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

42- Temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayan etkili başvuru hakkı Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hak, Anayasa ile güvence altına alınmış bir temel haktır ve özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden kişiye geciktirmeden yetkili bir makama başvurma imkânı sağlamaktadır. Bu hak tek başına bağımsız olarak kullanılması mümkün olmayan, ancak Anayasa'da güvence altına alınan başka bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği iddiasının bulunması hâlinde kullanılabilecek tamamlayıcı nitelikte bir haktır. Bir başka ifadeyle etkili başvuru hakkının

ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için hangi temel hak ve özgürlük konusunda etkili başvuru hakkının kısıtlandığı sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir (Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, §§ 33-34; Sıtkı Güngör, B. No: 2013/5617, 21/4/2016, § 86).

43- Etkili başvuru hakkının kullanılabilmesi için temel hak ve özgürlüklerden birinin ihlal edilmiş olması bir ön koşul değildir. Bu hak, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilen bir husustan kendisinin zarar gördüğünü düşünen kişinin hem iddiaları hakkında karar verilmesini hem de mümkünse zararının giderilmesini sağlamak için hukuki bir yola başvurmasını gerektirmektedir. Başka bir deyişle Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden birinin savunulabilir düzeyde ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu ileri süren herkes Anayasa'nın 40. maddesi kapsamında etkili başvuru hakkına sahiptir (Sıtkı Güngör, § 87).

44- 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 olması yanında, telafi kabiliyetini haiz olması ve tüketildiğinde başvurucunun şikâyetlerine konu ihlal iddialarını önleme, ihlal devam etmekteyse sonlandırma veya gerçekleşmiş sona ermiş ihlallere yönelik tazminat elde etmek için makul bir başarı şansı tanıması gerekir. Dolayısıyla teorik olarak mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp, uygulamada da etkili olduğunun gösterilmesi ya da en azından etkili olmadığının kanıtlanmamış olması gerekir. Bu çerçevede başvuru yolunun etkili olması için bu yolun kullanımının özellikle devlet makamlarının eylemleri veya ihmalleriyle haksız yere engellenmemesi gerekir (Ramazan Aras, B. No: 2012/239, 2/7/2013, §§ 28-29; Hatice Gizem Dağcı ve Sevin Gül Dağcı, B. No: 2013/3438, 17/9/2014, § 28; K.A. [GK], B. No: 2014/13044, 11/11/2015, § 71).

45- Bireysel başvuru formunda sunulan bilgilere ve EGM'nin yazısına göre başvurucunun 28/6/2014 ile 21/8/2014 tarihleri arasında elli dört gün Kumkapı GGM'de idari gözetim altında tutulduğu anlaşılmaktadır.

46- 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.

47- 6458 sayılı Kanun'un 57. maddesinde yer alan idari gözetim kararına karşı sulhceza hâkimliklerine başvuru yolu, tutulma koşullarının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasına uygunluğu açısından denetleme ve herhangi bir aykırılık tespiti durumunda koşulların düzeltilmesi veya tutulmanın sonlandırmasına imkân sağlayan, tutulma koşullarının standartlarını belirleyen, bu koşulların kontrolünü, gözden geçirilmesini içeren özel nitelikte bir idari veya yargısal başvuru mekanizması öngörmemektedir. Bu yolun 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.

48- Nitekim 2012 tarihli TBMM raporunda da tutulan düzensiz göçmenlere ne tür muameleler uygulanacağı ve işleyişlerinin nasıl olacağı konularında tüm geri gönderme merkezlerinde yeknesaklığı sağlayacak bir düzenlemenin bulunmadığı, bu durumun farklı uygulamalara neden olduğu, bu konuda düzenleyici işlem niteliğinde bir hukuki metin hazırlanması gerektiği ifade edilmiştir.

49- Bu tespitler ışığında nezarethanede ve GGM'de idari gözetim altında tutulmuş olan başvurucu açısından, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ile güvence altına alınan hukuksal değerlerin korunması noktasında, teoride ve pratikte çözüm üretme kabiliyetini haiz ve makul bir başarı şansı sunan etkili idari ve yargısal bir başvuru yolunun bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

50- Açıklanan nedenlerle tutulma koşullarından kaynaklanan Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar açısından Anayasa'nın 40. maddesinin zorunlu kıldığı etkili bir başvuru yolunun bulunmadığı sonucuna varılmış ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine de karar vermek gerekmiştir. Bu nedenle çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Katılmadığımız Mahkememiz çoğunluk görüşünü oluşturan gerekçe yönünden yapılan değerlendirme;

51- Öncelikle Mahkemenin başvurucuların gözetim altında iken uğradıkları hak ihlalleri karşısında Anayasa'nın 17/3 ve etkili başvuru yolu bulunmamak suretiyle Anayasa'nın 40. maddesinin ihlal edildiğine yönelik istikrarlı içtihadından, bu kararı ile ayrılmıştır.

52- Gerekçede, başvurucunun ihlal iddialarına konu yerden ayrıldığını, " tutma" halinin sona erdiği için ihlalin devamından söz edilemeyeceğini, koşulların geleceğe yönelik düzeltilmesini istemesinden başvurucunun hukuki bir yararı bulunmadığını, başvurunun anlamını yitirdiğini, uğradığı zarar var ise bunu giderecek etkili hukuki mekanizmanın TAZMİNAT yolu olduğunu, her ne kadar tazmin etmeye yönelik bir adli/idari karar bulunmamış ise de bu yol hiç işletilmemiş olmasının yasa yolunun etkisizliğinin delili olamayacağını, asıl etkili olanın ise tazminat ödenmeyeceğine ilişkin bir kararın varlığı olması gerektiğini söylemiştir,

53- Ayrıca, 2577 Sayılı Yasanın 2. maddesinin idarenin ika ettiği zarara karşı yeterli bir yasal zemin oluşturduğunu, mahkemelerin GGM (Geri Gönderme Merkezlerinin) fiziki koşullarını daha iyi değerlendirebileceğini, bunun tazminatı belirleme esasına müessir olacağını, bu yolun başarı şansı ve yeterli giderim olanağı sunması nedeniyle başvuruyu kabul edilebilirlik koşulları yönünden ise incelenmeksizin BYT (Başvuru Yollarının Tüketilmemesi) nedeniyle kabul edilmez bulmuştur. Dolayısıyla Anayasa'nın 40. maddesi yönünden incelememiştir.

54- Anayasa'nın 5. maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 17. ve 5. maddeleri Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği birlikte değerlendirildiğinde devletin bireyi işkence ve kötü muamele yasağına karşı koruma (pozitif) yükümlülüğünün de bulunduğu anlaşılmaktadır (F.R., § 56, 2016/4405, 15/2/2017).

55- Başvurucunun özgürlüğünden yoksun bırakıldığı ortamdan ayrılmış bulunması halinde, adeta devlete yüklenmiş geleceğe dair bu ödevin yerine getirilmesine gerek kalmadığına, dolayısıyla başvurana bir faydası ve hukuki yararı da bulunmayacağı şekilde anlaşılacak gerekçedeki sözcükler, bu tür muamelelere maruz kalan kişilere yapılanları, zımnen

MEŞRULAŞTIRMAK ve devletin, tutma koşulların da Anayasa'nın güvence altına aldığı standartlara yükseltme yükümlülüğünü, önemsenmez bir statü ile buluşturmak ve haysiyetle bağdaşmayan koşulda tutulana, öncelikli hakkının korunmasının temini yerine, ispatı halinde uğradığı zararın karşılığını parasal giderimle karşılamak gibi hukuken kabulü mümkün olmayan bir yola zemin açmaktadır.

56- Kaldı ki, ülkemizde tazminat talepli dava usulünde, davacıya kazanç ve harcamaların varlığı yönünden ispat külfeti getirilmiş olup çekilen azap ve üzüntüyü dindirecek ölçütler ve kanaatler, her zaman, yetersiz kalmakta ve mahkemeden/bilirkişiden bilirkişiye değişen özellikler ve istikrarsızlık göstermektedir. Tazminat tutarları sebep olanlar yönünden hiç bir şekilde sosyal caydırıcılık hedefine ulaşamamıştır.

57- Başvurucunun, hukuka uygun olmayan bir şekilde tutulduğu geri gönderme merkezindeki olay ve olgular, dosya kapsamı, kurum, komisyon rapor ve belgeleri bir arada değerlendirildiğinde, insan onuru ile bağdaşmayan ve özgürlüğünden yoksun kılınılan süreçte yaşam koşullarını sağlayan unsurların, AİHS ve bu konudaki standartları karşılamadığında kuşku olmayıp, GGM'nin Mahkememizce bu konuda sorulan sorulara verdikleri ulusal ve uluslararası kriterlerine ilişkin cevaplarında da şikayet konusu hadiselerin kısmen de olsa varlığının doğruluğu anlaşılmaktadır.

58- Önceki içtihatlarımızda tutulma koşullarına ilişkin sorun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ile uyumlu bir biçimde, konunun teorisini de, pratiğini de belirlemek suretiyle açık izaha kavuşturulmuştur. Bu kapsamda,GGM'lerindeki koşulların insanca yaşama koşullarına ve hukuk kurallarına uygun hale getirme devlete düşen yasal bir yükümlülük iken, benzer hallerde hakka yapılmış haksız müdahaleyi meşrulaştırdığı düşünülen içtihat değişikliği gerekçelerine katılınmamıştır.

59- İhlali önleyici eylem toplumdaki herkesin istifade edeceği bir alanı kuşatır, ancak ihlal nedeniyle uğranılan zarar giderimi, bireysel bir etki alanına sahiptir. Mağduriyet maddi olarak olmuş bitmiş şahıs yönünden düzeltilmesi imkanı da kalmamış ihlalin varlığında elbette tazmin etmek tek çare olmakla birlikte, etkililiği hukuk sistemimizde var olmadıkça, kendini kanıtlamadıkça bu giderim için, denenmemiş bugüne kadar hiçbir kanıtlayıcı sonuç alınmamış mahkeme yolu tavsiyesi nitelikli karar sonucuna iştirak edilmemiştir.

60- Kaldı ki, etkili yol kavramında, benzer ihtilaflarda her seferinde bir diğerinden farksız olarak ihlalin varlığı ve giderimini tespit etmiş ve hukuk sistemine emsal olmuş, bu konuda yön veren içtihadi nitelikli tek bir karardan ziyade kararlar dizisi ancak etkililik faktörüne emsal alınabilecektir. Aslolan, temel hak ve özgürlükleri korumak onun yaşaması ve gelişmesine katkıda bulunmak ve ona haksız müdahaleyi kalıcı şekilde önlemek ve engelleyici tedbirleri almaktır.

61- Adli ya da idari yargı yerlerinin böyle bir şikayet halinde, bunu tespit etmeyeceği ya da tazminat gerektirmediği yolunda, somut insan haysiyeti ve onuruna yapılmış aşağılayıcı muameleyi adeta meşru kılacak nitelikte mahkemelerin vereceği VARSAYIMSAL SONUCA ODAKLI kararı beklentisini, kararımızda ki gibi gerekçe yapmanın doğru bir hukuk önermesi olduğu kanaatinde değilim. Yukarıda açıklanan nedenler ile başvurucunun kabul edilebilir nitelikli başvurusunun esas değerlendirmesinde Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğine, önceki içtihatlarımızdan da ayrılmasını gerektirir bir neden bulunmadığından çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

SELAHATTİN DEMİRTAŞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/25189)

Karar Tarihi: 21/12/2017

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
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Hüseyin TURAN
Başvurucu	:	Selahattin DEMİRTAŞ
Vekilleri	:	Av. Mahsuni KARAMAN
		Av. Reyhan YALÇINDAĞ
		Av. Pınar AKDEMİR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, milletvekili olan başvurucu hakkında uygulanan yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması ve soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; tutuklamaya konu suçlamaların ifade özgürlüğü ve siyasi faaliyet kapsamındaki eylemlere ilişkin olması ve tutukluluk nedeniyle milletvekilliği görevinin yerine getirilememesi nedenleriyle ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/11/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

8. İkinci Bölüm tarafından 6/12/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

A. Genel Bilgiler

1. Terörle Mücadele ve PKK

10. Başvurucunun tutuklanmasına sebebiyet veren olayların değerlendirilmesi bakımından ülkemizde uzun yıllardır süregelen teröre, terörle mücadeleye ve son dönemde yoğunlaşan terör saldırılarına ilişkin bazı bilgilere yer verilmesi uygun görülmüştür.

11. Türkiye'de uzun yıllardır devam eden bir terör sorunu bulunmaktadır. Cumhuriyet tarihinin önemli bir bölümü, devletin örgütlü ve silahlı şiddet hareketlerini bastırma çabalarıyla geçmiştir. Son otuz beş yıl da ağırlıklı olarak PKK ile mücadele edilmekle birlikte diğer bir kısım terör örgütünün (DHKP/C, TKP/ML, El Kaide, DAEŞ, Hizbullah gibi) de saldırılarına maruz kalınmış ve bu örgütlere yönelik olarak da mücadelede bulunulmuştur. 15 Temmuz 2016 tarihinde ise FETÖ/PDY isimli bir yapılanma tarafından gerçekleştirilen (bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-25) askerî bir darbe teşebbüsü yaşanmıştır.

12. Türk yargısı, PKK'nın silahlı bir terör örgütü olduğuna dair çok sayıda karar vermiştir. Bu bağlamda -yurt dışında iken yakalanıp Türkiye'ye getirilen- Abdullah Öcalan; silahlı terör örgütü PKK'yı kurduğu ve yönettiği, devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya yönelik eylemlerde bulunduğu sabit görülerek Ankara 2 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesinin (DGM) 29/6/1999 tarihli kararıyla mahkûm edilmiştir. Anılan kararda PKK'nın kurulduğu günden itibaren yaygın ve sürekli bir şekilde binlerce adam öldürme, silahlı çatışma, köy basıp ev yakma, yol kesme, adam kaçırma, silahlı gasp, uyuşturucu ticareti gibi hukuk dışı, insanlıkla bağdaşmayan, yasalara göre her biri ayrı ayrı ağır cezaları gerektiren eylemleri gerçekleştirdiği, bu eylemlerle devlet otoritesini zayıflatmak, hukuk düzenini sarsmak, ülkenin kalkınmasını ve büyümesini engellemek suretiyle vatan ve millet bütünlüğünü parçalamak istediği ifade edilmiştir. Söz konusu mahkûmiyet hükmü Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 22/11/1999 tarihli ilamıyla onanmıştır.

13. Anayasa Mahkemesi bir kararında PKK'yı Türkiye Cumhuriyeti devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı, "Türk ve Kürt ulusları" biçiminde ikiye bölmeyi amaçlayan ve ezilen

halk olarak nitelediği Kürt kökenli vatandaşları ayrı bir ulus olarak kendi devletini kurma yolunda kanlı şiddet eylemlerine yönelten bir terör örgütü olarak tanımlamıştır (AYM, E.2007/1 (siyasi parti kapatma), K.2009/4, 11/12/2009).

14. Diğer taraftan geçmişte PKK terör örgütüyle bağlantılı suçlamalar nedeniyle Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından bazı milletvekillerinin dokunulmazlığı kaldırılmıştır (Dokunulmazlıkların kaldırılması kararlarının iptali isteminin reddine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. -diğerleri arasından- AYM, E.1994/4, K.1994/23, 21/3/1994; E.1994/7, K.1994/26, 21/3/1994; E.1994/20, K.1994/39, 21/3/1994; E.1994/16, K.1994/35, 21/3/1994; E.1994/11, K.1994/30, 21/3/1994; E.1994/13, K.1994/32, 21/3/1994). Yine Anayasa Mahkemesince, PKK terör örgütünün eylem ve politikalarını destekleyici nitelikte faaliyetlerde bulunmak suretiyle devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne aykırı eylemlerin yoğun olarak işlendiği bir odak hâline geldiği gerekçesiyle bazı siyasi partilerin kapatılmasına karar verilmiştir (Halkın Emek Partisi için AYM, E.1992/1, K.1993/1, 14/7/1993; Demokrasi Partisi için AYM, E.1993/3, K.1994/2, 16/6/1994; Halkın Demokrasi Partisi için AYM, E.1999/1, K.2003/1, 13/3/2003; Demokratik Toplum Partisi için AYM, E.2007/1, K.2009/4, 11/2/2009).

15. Uluslararası alanda birçok devlet ve kuruluş da PKK'yı silahlı bir terör örgütü olarak kabul etmektedir. Dışişleri Bakanlığı verilerine göre PKK, Avrupa ülkelerinin çoğunun ve Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Kanada ve Avustralya gibi diğer birçok ülkenin terör örgütleri listesinde yer almakta; Avrupa Birliği (AB) de PKK'yı terör örgütü olarak kabul etmekte; NATO'nun çeşitli belge ve açıklamalarında PKK'ya terör örgütü olarak atıfta bulunulmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 25/6/1998 tarihli toplantısında aldığı 1377 sayılı kararın 5. maddesiyle PKK tarafından başlatılan ve Türkiye'nin güneydoğusunda yaşayan nüfusun yerlerinden edilmesine yol açan şiddet eylemlerini ve terörizmi sert bir biçimde kınamıştır. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) *Zana/Türkiye* (B. No: 18954/91, 25/11/1997, § 58) kararında, PKK'yı amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terör örgütü olarak nitelendirmiş; ABD Yüksek Mahkemesi de *Holder v. Humanitarian Law Project* (561 U.S. 1 [2010]) davasında PKK'nın cinayet işleyen bir örgüt olduğunu kabul ederek Amerikan Kongresince de belirtildiği üzere onun şiddet eylemlerinin ne denli kirli/ağır olduğuna işaret etmiş ve bu örgütle

iş birliği içinde olmanın "terör yöntem ve araçlarını meşrulaştırma ve geliştirme" anlamına geleceğini vurgulamıştır.

16. PKK, kurulduğundan beri silahlı mücadeleyi temel strateji olarak benimseyen bir terör örgütüdür. Örgütün kuruluş bildirgesinde bu strateji *"PKK, örgütsel varlığına musallat olan sivil ve resmî polisle, ajan ve ajan provokatörlere karşı devrimci terörü vazgeçilmez bir mücadele yöntemi sayar."* denilerek ortaya konmuştur.

17. Kuruluşunu 1979 yılında bir milletvekiline yönelik olarak gerçekleştirdiği silahlı saldırı ile kamuoyuna duyuran PKK, 1984 yılından itibaren yoğun bir şekilde silahlı terör saldırılarına başlamış; bugüne kadar güvenlik güçlerini ve sivilleri hedef alan binlerce saldırı gerçekleştirmiştir. PKK, bu süreçte -aralarında büyükşehirlerin ve turizm bölgelerinin de olduğu- yurdun birçok yerinde güvenlik güçlerinin ve sivillerin hedef alındığı çok sayıda bombalı terör saldırısında da bulunmuştur. Bu saldırıların bir kısmında canlı bombalar kullanılmıştır.

18. TBMM İnsan Hakları Komisyonunun 13/2/2013 tarihli Terör ve Şiddet Olayları Kapsamında Yaşam Hakkı İhlallerini İnceleme Raporu'na göre son otuz yılda ülkemizde 2.375'i Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) personeli, 5.543'ü bakanlıklar personeli (Bunun yaklaşık olarak 3.100'ü jandarma, 590'ı emniyet teşkilatı personelidir.) olmak üzere toplam 7.918 kamu görevlisi ile 5.557 sivil, terör ve şiddet olayları nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Bu can kayıplarının çok büyük bir bölümü PKK terör örgütünün eylemleri sebebiyle gerçekleşmiştir.

19. Öte yandan PKK, kuruluşundan itibaren örgütlenmesinde birçok kez değişiklik yapmış; bu bağlamda farklı isimlerle (KADEK, KONGRA/GEL, TÜDEK, KKK, KCK, PJAK, PÇDK, PYD, ARGK, ERNK, HPG, HRK, TAK, YPG gibi) gerek Türkiye'de gerekse yurt dışında silahlı/silahsız eylem ve faaliyetlerine devam etmiştir. Bu bağlamda PKK'nın Türkiye'nin yanı sıra -özellikle Ortadoğu ve Avrupa'da bulunan- diğer bazı ülkelerde de örgütlendiği, geçmişte ve günümüzde başta Irak'ın kuzeyi ve Suriye olmak üzere komşu ülkelerde kamplarının bulunduğu, PKK ile mücadele kapsamında güvenlik güçlerince bu kamplara ve buralardaki teröristlere yönelik birçok kez sınır ötesi harekât gerçekleştirildiği bilinmektedir.

20. Örgüt, belirli dönemlerde saldırılarına ara vermişse de hiçbir zaman silah bırakma ve militanlarını dağıtma yoluna gitmemiştir.

21. PKK'nın gerçekleştirdiği terörist şiddet; bölücü amaçları dolayısıyla anayasal düzene, millî güvenliğe, kamu düzenine, kişilerin can ve mal emniyetine yönelik ağır bir tehdit oluşturmaktadır. Bu yönüyle ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan PKK kaynaklı terör, onlarca yıldır Türkiye'nin en hayati sorunu hâline gelmiştir.

2. Son Dönemde Yaşanan Terör Saldırıları

22. Kamuoyunda "demokratik açılım süreci", "çözüm süreci" ve "Millî Birlik ve Kardeşlik Projesi" gibi farklı isimlerle ifade edilen süreç içinde 2012 yılının son döneminden itibaren PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırıları önemli ölçüde azalmıştır.

23. Bununla birlikte son yıllarda Suriye'de yaşanan iç savaş Türkiye'nin güvenliğini de etkilemiş, buna bağlı olarak PKK ve DAEŞ kaynaklı terör olayları Türkiye içinde de artmaya başlamıştır.

a. 6-7 Ekim Olayları

24. Bu bağlamda Suriye'nin Türkiye sınırında bulunan Ayn el-Arap (Kobani) kentinde -PKK'nın Suriye kolu olduğu kabul edilen- PYD ile DAEŞ arasındaki çatışmalar, 2014 yılının Eylül ayı sonunda ve Ekim ayı başında yoğunlaşmıştır. Bu sırada PKK'nın üst düzey yöneticilerinden Murat Karayılan'ın sosyal medya hesabından 5/10/2014 tarihinde saat 00.07'de *"Gençleri kadınları 7 den 70 e herkesi Kobane'ye sahip çıkmaya onurumuzu namusumuzu korumaya metropolleri işgal etmeye çağırıyoruz."* şeklinde bir açıklamada bulunulmuştur.

25. PKK güdümünde yayın yaptığı belirtilen bir internet haber sitesinde 6/10/2014 tarihinde "Komalen Ciwan Koordinasyonu" (PKK'nın gençlik yapılanması) adına bir açıklama yayımlanmıştır. Açıklamada *"Bilindiği üzere 23 gündür Kobani merkezli DAİŞ* (DAEŞ) *faşizmi son barbarlığıyla devam etmektedir. ... tüm kürt gençliği şehit Jiyan, şehit Gerilla ve şehit Militan yoldaşların ruhuyla zafere kadar Arin Mirkan* (Kobani'deki çatışmalar sırasında düzenlediği intihar saldırısında ölen YPG mensubu) *çizgisinde yürümeye çağırıyoruz. Kobani ile başlayan devrim dalgası tüm Kürdistan'a yayılmalı ve bu temelde Kürdistan gençliğini ayaklanması çağrısında bulunuyoruz."* ifadelerine yer verilmiştir. Aynı sitede yer alan ve "Kürdistan Kurumlar" adına yapıldığı belirtilen bir açıklamada ise *"Kobani'ye yönelik saldırılar bir katliam eşiğine gelmiş bulunmaktadır. Bütün dünya ve insanlık*

bu katliama kulaklarını kapamış gözlerini yummuştur. Kürdistan halkı olarak bu durumu kabul etmemiz mümkün değil. Bu nedenle bütün halkımız Suruç'a gidebilecekler hemen bir saniye zaman kaybetmeden gitmeli ve Kürdistan'ın her karış toprağı Kobani için ayağa kalkmalıdır. Kobani tüm dünyanın gözleri önünde bir katliam tehlikesi altında iken bizim yerimizde oturmamız, uyumamız, günlük yaşantımızı sürdürmemiz mümkün değildir. Tüm halkımızı yediden yetmişebulunduğu her yerde yaşamı IŞİD ve işbirlikçisi AKP'ye dar etmeye ve serhildanı en üst düzeyde genişleterek bu katliamcı çetelere karşı durmaya çağırıyoruz." denilmiştir.

26. 6/10/2014 tarihinde Halkların Demokratik Partisi (HDP) Merkez Yürütme Kurulu (MYK) da aynı olaylara ilişkin bir toplantı yapmıştır. Toplantı sırasında HDP'nin sosyal medya hesabından *"HALKLARIMIZA ACİL ÇAĞRI! ŞUANDA TOPLANTI HALİNDE OLAN HDP MYK'DAN HALKLARIMIZA ACİL ÇAĞRI! Kobané'de durum son derece kritiktir. IŞİD* (DAEŞ) *saldırılarını ve AKP iktidarının Kobané'ye ambargo tutumunu protesto etmek üzere halklarımızı sokağa çıkmaya ve sokağa çıkmış olanlara destek vermeye çağırıyoruz", "Kobané'de yaşanan katliam girişimine karşı 7 den 70 e bütün halklarımızı sokağa, alan tutmaya ve harekete geçmeye çağırıyoruz"* ve *"Bundan böyle her yer Kobane'dir. Kobane'deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar SÜRESİZ DİRENİŞE çağırıyoruz."* şeklinde açıklama ve çağrılar yapılmıştır.

27. Yukarıda belirtilen internet haber sitesinin 7/10/2014 tarihindeki yayınında *"KCK* (PKK'nın üst yapılanması) *Yürütme Konseyi Eş Başkanlığı: DAİŞ vahşetine karşı milyonları sokağa çağırarak, 'Kuzey halkımız IŞİD çetelerine, uzantılarına hiçbir yerde yaşam şansı tanımamalıdır.' dedi. KCK, tüm sokakları Kobani sokaklarına dönüştürmeye çağırdı. KCK Yürütme Konseyi Eş Başkanlığı yaptığı yazılı açıklamada; 'Çirkin ve sinsi katliam' karşısında kürt halkından mücadeleyi her yere, her zamana taşıyarak süreklileştirmesini isterken çetelere ve uzantılarına hiçbir yerde yaşam şansı tanınma*[ma]*sı gerektiğini kaydetti. KCK, özellikle 'bu saatten itibaren milyonlar sokaklara akmalı, sınır insan seline dönüşmelidir. Türk Devletinin ve kanlı çete IŞİD'in ortaklığı sonucu sınır hattı boşaltılarak Kobani direnişi desteksiz bırakılmak istenmektedir. Halkımız bu çirkin ve sinsi katliam karşısında başlattığı mücadeleyi her yere, her zamana taşıyarak süreklileştirmelidir. Kuzey halkımız IŞİD çetelerine, uzantılarına ve destekçilerine hiçbir yerde yaşam şansı tanımamalıdır. Tüm sokaklar Kobani sokaklarına dönüştürülmeli, tarihin bu eşsiz direnişine denk bir direniş gücü ve örgütlüğü geliştirilmelidir. Bu saatten itibaren milyonlar sokaklara akmalı,*

sınır insan seline dönüşmelidir. Her Kürt ve onurlu her insan, dostlar, duyarlı kesimler bu andan itibaren eyleme geçmelidir. An direniş eylemini geliştirme ve büyütme anıdır. Bu temelde tüm halkımızı, duyarlı kesimleri, dostlarımızı Kobani direnişini sahiplenerek yürütmeye, başta kürt gençleri olmak üzere tüm gençlerin Kobani'de özgürlük saflarınakatılarak, direnişi yükseltmeye çağırıyoruz'.[dedi]*"* şeklinde açıklamalar yer almıştır.

28. Aynı sitenin 8/10/2014 tarihli yayınında ise *"KCK: Milyonlar sokaklardan ve mücadele alanlarından çekilmemeli"* başlıklı açıklamaya yer verilmiştir. Yazıda *"Halkımız bulunduğu her yerde direniş mücadelesini büyüterek süreklileştirmelidir. Halkımız haklı ve meşru mücadelesini zafere kadar yüksek bir kararlılıkla sürdürmelidir. Milyonlar sokaklardan ve mücadele alanından çekilmemelidir. Halkımız; mücadeleden atılacak her geri adımın önümüzdeki günler, aylar ve zamanlarda daha büyük bedellere mal olacağı bilinciyle hareket ederek, mücadelesini kesintisiz yükseltmelidir. Ve kendi öz savunmasını güçlendirerek 'her yer Kobani, her yer direniş-serhildan' anlayışı ile direnişini zafere taşımalıdır."* şeklinde ifadeler bulunmaktadır. Ayrıca sitede yer alan *"Komalen Ciwan: Kürdistan'da devlet namına bir şey kalmamalı"* başlıklı yazıda *"Kürt gençlik hareketi Komalen Ciwan devrim halk savaşını her alanda güçlü yürütme çağrısında bulunarak, Devletin Kürdistan'da hiçbir meşruiyeti kalmamıştır, kalmamalıdır da, yasaklarla Kürdistan'ı zindana çevirmeye çalışan kararlarına karşı Kürdistan'ı onlar için zindana çevirmeli, mezar etmeli. Kürdistan'da devlet namına bir şey kalmamalıdır."*; *"Kürdistan Halk İnsiyatifi; sokağa çıkma yasağına uymayın"* başlıklı yazıda ise *"Kürdistan Halk İnsiyatifi yayınladığı bir açıklamayla Kürt halkı ve dostlarına Türkiye'nin Kuzey Kürdistan'da ilan ettiği sokağa çıkma yasağına uymamaları ve Kobani'deki saldırılara karşı Rojava ile dayanışma eylemlerini ve serhildanlarını sürdürmesini istedi."* şeklinde açıklamalar yer almaktadır.

29. Bu çağrılar üzerine Suriye'deki çatışmalar dolayısıyla tepkilerini dile getirdiğini ileri süren gruplar 6/10/2014 tarihinden itibaren Türkiye'nin birçok yerinde günlerce devam eden ve kamuoyunda "6-7 Ekim olayları" olarak adlandırılan şiddet eylemlerini gerçekleştirmiştir. Bu eylemler sırasında ülkenin pek çok yerinde kamu binalarına, banka şubelerine, işyerlerine, araçlara, güvenlik güçlerine ve sivillere taş, sopa, molotof kokteyli ve silahlarla saldırıda bulunulmuştur. Bu sırada kamu makamlarınca güvenliğin sağlanması için birçok şehirde eğitime ara verilmiş ve sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir.

30. Kamu makamlarının ve soruşturma mercilerinin tespitlerine göre -aralarında İstanbul, Ankara, İzmir, Adana, Mersin, Şanlıurfa, Van, Erzurum, Diyarbakır ve Gaziantep gibi büyük kentlerin de olduğu- otuz altı ayrı ilde gerçekleştirilen şiddet eylemleri sonucunda (2'si güvenlik görevlisi) 45 kişi hayatını kaybederken (331'i güvenlik görevlisi) 769 kişi yaralanmıştır. Ayrıca çatışmalar sırasında 5 örgüt mensubunun hayatını kaybettiği, 3 örgüt mensubunun ise yaralandığı belirtilmiştir. Öte yandan ülke genelinde gerçekleştirilen 2.389 şiddet eylemine 121.899 kişinin katıldığı, olaylarda (737'si güvenlik güçlerine ait olmak üzere) 1.881 aracın zarar gördüğü, (27'si kaymakamlık, 52'si emniyet, 283'ü okul, 73'ü siyasi parti, 12'si belediye binası olmak üzere) 2.558 binaya saldırıda bulunulduğu ve zarar verildiği tespit edilmiştir. Olaylara ilişkin olarak 4.291 şüpheli gözaltına alınmış, bunlardan 1.105'i hakkında tutuklama tedbiri uygulanmıştır.

b. Hendek Olayları

31. Türkiye 2015 yılı Haziran ayından itibaren yeniden yoğun bir şekilde terör saldırılarına maruz kalmıştır. Bu kapsamda ilk olarak 5/6/2015 tarihinde Diyarbakır'da HDP tarafından yapılan seçim mitingi sırasında gerçekleştirilen bombalı saldırı sonucunda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan açıklamaya göre 2 kişi hayatını kaybederken 100'den fazla kişi de yaralanmıştır. 20/7/2015 tarihinde ise Suruç'ta (Şanlıurfa), Suriye'deki çatışmalara ilişkin basın açıklaması sırasında DAEŞ tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülen bombalı intihar saldırısında 34 kişi hayatını kaybederken 73 kişi de yaralanmıştır. Bu saldırının iki gün sonrasında Ceylanpınar'da (Şanlıurfa), 2 polis memuru evlerinde başlarından vurulmuş hâlde ölü olarak bulunmuş; saldırı PKK tarafından üstlenilmiştir.

32. Bu olaylardan sonra PKK tarafından Şırnak il merkezi ile Cizre, Silopi ve İdil ilçelerinde, Hakkâri'nin Yüksekova ilçesinde, Diyarbakır'ın Silvan, Sur ve Bağlar ilçelerinde, Mardin'in Dargeçit, Nusaybin ve Derik ilçelerinde, Muş'un Varto ilçesinde cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurularak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek teröristler tarafından bu yerleşim yerlerinin bir kısmında "öz yönetim" adı altında hâkimiyet sağlanmaya çalışılmıştır. Bu bağlamda çok sayıda terörist, halkın bu yerlere giriş ve çıkışını engellemek istemiştir. Güvenlik güçleri, hendeklerin kapatılması ve barikatların kaldırılması suretiyle

yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla operasyonlar yapmış ve teröristlerle çatışmaya girmiştir. Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında yaklaşık 200 güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş, tonlarca bomba ve patlayıcı imha edilmiştir.

c. Diğer Terör Saldırıları

33. PKK kaynaklı terör saldırılarının gittikçe yoğunlaştığı ve ülkenin birçok bölgesine yayıldığı bu dönemde hem güvenlik güçleri hem de siviller hedef alınmıştır. Bu bağlamda;

i. 2015 yılının,

- Ağustos ayında İstanbul ve Pervari'de (Siirt),

- Eylül ayında Yüksekova'da,

- Kasım ayında Sur'da,

- Aralık ayında İstanbul Sabiha Gökçen Havalimanı'nda,

ii. 2016 yılının,

- Ocak ayında Çınar'da (Diyarbakır),

- Şubat ayında Ankara'da,

- Mart ayında Sur, Bağlar, Nusaybin ve Ankara'da,

- Nisan ayında Hani (Diyarbakır), Mazıdağı (Mardin), Şırnak ve Bursa'da,

- Mayıs ayında Dicle (Diyarbakır), Bağlar, Derik, Midyat (Mardin) İstanbul, Sur, Çaldıran (Van), Kulp (Diyarbakır) ve Silopi'de,

- Haziran ayında İstanbul, Ovacık (Tunceli), Midyat, Ömerli (Mardin) ve Dicle'de,

- Temmuz ayında Erciş (Van) ve Artuklu'da (Mardin),

- Ağustos ayında Bingöl, Sur, Bismil (Diyarbakır), Van, Elazığ ve Cizre ve Kızıltepe'de,

- Eylül ayında Van'da,

- Ekim ayında İstanbul, Şemdinli (Hakkâri) ve Antalya'da,

- Kasım ayında Bağlar, Derik ve Adana'da,

- Aralık ayında İstanbul ve Kayseri'de PKK tarafından gerçekleştirilen terör saldırılarında önemli bir bölümü sivillerden oluşan yüzlerce kişi hayatını kaybederken binden fazla kişi de yaralanmıştır. Ayrıca İçişleri Bakanı 3/1/2017 tarihinde TBMM'de yaptığı konuşmada 2016 yılında PKK'nın 313 terör eyleminin engellendiğini açıklamıştır.

34. Özellikle Ankara Kızılay semtinde gerçekleştirilen 17/2/2016 tarihli bombalı saldırıda TSK personelini taşıyan servis araçları, 13/3/2016 tarihli bombalı saldırıda ise otobüs durağında bekleyen siviller hedef alınmış; saldırılar sonucunda 67 kişi (13'ü güvenlik görevlisi) hayatını kaybederken 392 kişi (21'i güvenlik görevlisi) yaralanmıştır. Ayrıca İstanbul'da 7/6/2016 tarihinde Vezneciler semtinde polis aracı, 10/12/2016 tarihinde ise Beşiktaş'taki bir futbol müsabakası sonrasında çevre güvenliğini sağlayan polis ekipleri hedef alınarak yapılan bombalı ve silahlı saldırılar sonucunda 55 kişi (43'ü güvenlik görevlisi) hayatını kaybederken 282 kişi (214'ü güvenlik görevlisi) yaralanmıştır.

B. Başvurucunun Tutuklanmasına İlişkin Süreç

35. Başvurucu 22/7/2007 tarihinde Diyarbakır'dan, 12/6/2011 tarihinde Hakkâri'den bağımsız olarak [Daha sonra sırasıyla Demokratik Toplum Partisine (DTP) ve Barış ve Demokrasi Partisine (BDP) katılmıştır.]; 7/6/2015 ve 1/11/2015 tarihlerinde ise HDP'den İstanbul milletvekili seçilmiştir. Başvurucu 1/2/2010 tarihinde BDP'nineş genel başkanlığına, BDP'nin HDP'ye katılmasıyla da HDP eş genel başkanlığına seçilmiştir. Başvurucu hâlen İstanbul milletvekilidir.

36. Başvurucu hakkında milletvekili olarak görev yaptığı dönemlerde işlediği iddia olunan bazı suçlara ilişkin farklı Cumhuriyet Başsavcılıklarınca soruşturmalar yürütülmüştür. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz."* hükmü uyarınca yasama dokunulmazlığına sahip olan başvurucunun dokunulmazlığının kaldırılması istemiyle ilgili Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından otuz bir ayrı fezleke düzenlenmiş ve TBMM'ye sunulmak üzere Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir.

37. Bu fezlekelerde başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin olay ve olgular şöyle özetlenebilir:

i. Başvurucunun 27/10/2012 tarihinde BDP Batman İl Başkanlığıncadüzenlenen bir mitingde Abdullah Öcalan'ın serbest bırakılması için halkı işyerlerini kapatmaya ve çocuklarını okula göndermemeye çağırarak terör örgütünün propagandasını yaptığı ileri sürülmüştür.

ii. Başvurucunun Abdullah Öcalan'ın ceza infaz kurumunda tutulma koşullarını protesto etmek amacıyla ülke genelinde hükümlü ve tutuklularca ceza infaz kurumlarında başlatılan ölüm oruçlarını desteklemek için 13/11/2012 tarihinde Nusaybin ve Kızıltepe'de düzenlenen mitinglerde konuşmalar yaptığı, Kızıltepe'de yaptığı konuşmada *"... biz alana gelmeden biz alana yetişmeden önce yanılmıyorsam bir müdahale olmuş, bu konuya ilişkin şunu belirtmek istiyorum, ... demişler ki Öcalan posteri asamazsınız. Bak onu diyenlere ... açıkça sesleniyorum. ... çünkü biz başkan Apo'nun heykelini dikeceğiz heykelini. Kürt halkı artık ... ayağa kalkmış bir halktır. Önderiyle, partisiyle, seçilmişiyle, çocuğuyla, genciyle, yaşlısıyla ortadoğunun en büyük halklarından biridir ..."* şeklinde sözler söyleyerek terör örgütünün propagandasını yaptığı ileri sürülmüştür.

iii. Başvurucunun 21/4/2013 tarihinde BDP Diyarbakır il binasında gerçekleştirilen toplantıda yaptığı konuşmada *"...Kürt hareketi savaşı meşru müdafaa savaşı olarak ele aldı. Şimdi eğer elinizde silah dışında yöntemlerle güçle, mekanizmayla direnebilecek, başarabilecek yeteri kadar birikim varsa siz buna rağmen silahı kullanırsınız birincisi bu ahlaki olmaz ikincisi de siyasi olarak da doğru bir tercih olmaz. Kürt halkı evet bugün biz sadece söylemiyoruz, bizi eleştirenler de söylüyordu, PKK hareketi olmasaydı bugün Kürt halkı diye bir şey Türkiye kürdistanı için en azından olmayacaktı. Türkiye kürdistanın da Kürtlerin varlığından söz edilmeyecekti. 1984 hamlesi olmasaydı, gerilla savaşı olmasıydı, kimse bugün Kürt halkının varlığından söz edemezdi, çünkü Kürtlerin başka çaresi yoktu. Kürtler böyle DTK* [Demokratik Toplum Kongresi] *gibi bir mecliste toplanıp, tartışıp, örgütlenip her tarafta yerel yönetimlerde, parlamentoda sivil toplum örgütlerinde, dağda, ovada, kadın meclislerinde, gençlikte bütün siyasi iradesiyle hücrelerine kadar örgütlü bir güce sahip değildi. Mazlum Doğan şurda 200 metre ilerdeki cezaevinde direnirken cezaevi duvarı arkasında*

hiç kimsenin olup bitenden haberi yoktu. Şemdinli'de Eruh'ta ilk direniş sergilendiğinde [PKK, 1984 yılında Hakkâri'nin Şemdinli ve Siirt'in Eruh ilçelerinde güvenlik güçlerine yönelik büyük çaplı silahlı saldırılarda bulunmuştur.] *kimse ne olduğunun farkında değildi ama o direniş bugün büyük bir halk gerçeği yarattı. Kimliğimizi kazandık ..."*şeklinde sözler sarf ettiği ileri sürülmüştür.

iv. Türkiye'nin birçok yerinde PKK tarafından "öz yönetim" adı altında özerklik ilan edildiği ve hendek olaylarının yaşandığı (bkz. §§ 31, 32) bir dönemde başvurucunun;

- 9/9/2015 tarihinde Diyarbakır HDP İl başkanlığında yaptığı basın açıklamasında *"... Şu günlerde bize diz çöktürmeye çalışanlara karşı dimdik durun, bedeller büyük, acılar büyük, bunun farkındayız sanmayın ki görmüyoruz, her yerde çektiğiniz acıyı görüyoruz. Asker annesinin, polis annesinin, ailelerinin, gerilla ailesinin, sivillerin ailelerinin, şu saldırılarda mağdur olmuş insanların yaşadığı acıları dramı mağduriyetlerini görüyoruz sanmayın ki unutuluyor bunların hepsini bu acılarının hepsini özgür ortak yaşamamızın harcı yapmaya çalışıyoruz. ...",*

- 12/9/2015 tarihinde Cizre'de HDP'li bazı milletvekillerinin de katıldığı bir mitingde yaptığı konuşmada"*... Cizre'de ...halkın özyönetimle artık ben kendimi yönetmek istiyorum artık bu zulüm bitsin artık bir irade olmak istiyoruz anlayışının bir kez daha tankla, topla durdurabileceklerini sanıyorlar ...",*

- 13/9/2015 tarihinde Diyarbakır Valiliği tarafından Sur ilçesinde sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi üzerine Lice'de yaptığı konuşmada *" ... Halkımız her yerde baskı politikalarına katliam politikalarına karşı direnebilecek güçtedir. Bütün saldırılara karşı kendimizi koruyacak gücümüz var. Çaresiz olmadığımızı gösteriyoruz, birlikte direneceğiz, kendi ana vatanımızı da tarihimizi de unutmadan haklarımızı da savunarak hep birlikte kurtuluşa gideceğiz...",*

- 18/12/2015 tarihinde Diyarbakır'da yaptığı basın açıklamasında *"... Bugün operasyon yaptığınız her yerde korku ve panik havası değil coşku havası hakim, neden biliyormusunuz, o insanlar daha ilk günden kazandıklarından o kadar eminler ki onurlu, şerefli, haysiyetli bir davanın savunucularıdır. Bir kez daha zulmün faşizmin kazanmasına imkan vermeyeceğiz, bu direniş kazanacaktır. Öyle hendek çukur diye küçümsemeye çalışanlarda dönüp*

tarihe baksınlar, on milyonlarca kahraman, yiğit bu darbeye karşı direnen insan var, sen halka karşı savaş açmışsın, halk her yerde direnir, direnecektir. Önümüzdeki hafta sonu 26-27 aralıkta Diyarbakır'da Demokratik Toplum Kongresinin olağanüstü kongresine bizler de katılacağız, öz yönetimin, özerkliğin, inşası ve içinin doldurulması sürecinin siyasi zeminde daha güçlü yönetilmesi için çok yoğun tartışmalar yapacağız, önemli kararlar alacağız, bunların hepsini hayata geçireceğiz...",

- 26/12/2015-27/12/2015 tarihlerinde gerçekleştirilen DTK Olağanüstü Genel Kurultoplantısına milletvekili ve HDP genel başkanı sıfatıyla katıldığı, burada yaptığı konuşmada "*... bugün üreteceğimiz tartışmaların sonunda yarın nasıl bir öz yönetim, nasıl bir özerklik, nasıl bir idari model, nasıl bir siyasi model hayata geçirmeye çalıştığımızı bir kez daha aslında bir kez daha bütün dünyayla kamuoyuyla paylaşmış olacağız.*

... Dolayısıyla da bu günlerde özellikle de barikat ve hendek kazıldı işte kriz buradan çıktı, barikat ve hendek öz yönetim taleplerinin sonucunda ortaya çıktı gibi kısır bir tartışmaya bir cevap olsun diye bunları ifade ediyoruz. Barikat ve hendek Kürt halkı öz yönetim istediği için kazılmadı. Barikat ve Hendek Ankara'da katliam planları yapanlar o planları hayata geçirmeye başladığı için kazıldı.

Ne hendeği ne barikatı mevzu oralara kadar küçümsenemez hendekteki barikattaki direnişin nedeni faşizme karşı katliama karşı duruş ve direniştir. Özerklik eşittir hendek barikat değildir. Özerklik biraz önce arkadaşlarımız ifade ettiler onurlu yaşama hakkıdır eğer biri bunu kabul etmiyor bırakın kabul etmeyi bunu tartışmayı tartıştırmayı bunu aklınızdan bile geçirilmesine izin vermiyorsa ve bunu aklından geçirenleri ben tutuklayacağım, katledeceğim, diz çöktüreceğim diyorsa vallahi o barikat hendek kazmışlar çok değil ne yapacaklar başka, ne yapacaklar bunu söyledik diye eleştiriyorlar. Ne yapacaklar bir yol göstersinler diyecekler ki yav öz yönetim, özerklik kardeşim.

...

Arkadaşlarım da belirttiler iki temel mevzuyu netleştireceğiz birincisi Kürt halkının siyasi statü meselesi bu da özerklikle ilgilidir. İkincisi yine Kürtlerin yaşadığı Kürdistan bölgesini ve Türkiye'nin tamamında ilgilendiren idari yönetim modeli bu da özerklikle ilgilidir. İkisi de özerkliğin parçasıdır.

... Direnen arkadaşlarımıza, dik duran bu dönemde her şeye rağmen halkla birlikte halkın yanında olan geri dönüp baktığımızda bizi mahcup etmeyecek

düzeyde bir duruş ortaya koyan bütün arkadaşlarımıza, yoldaşlarımıza teşekkür ediyorum. Canını ortaya koyan 7'den 70'e her bir arkadaşımıza, ailelerine, şehitlerimize bir kez dahavefa ve bağlılık sözümüzü tekrar ediyoruz …",

- 26/3/2016 tarihinde Diyarbakır'da yapılan DTK Olağanüstü Kongresi'ndeki konuşmasında *"... Bugün Cizre'de, Silopi'de, Yüksekova'da, Sur'da veya başka bir yerde, Nusaybin'de teröre ve teröriste karşı mücadele edilmiyor değerli arkadaşlar* [Anılan yerlerde PKK tarafından gerçekleştirilen hendek olayları kapsamındaki eylemler için bkz. § 32]. *Bir halkın tamamı hedefe konulmuş durumdadır. Dün Cizre'deydik izlemişsinizdir. Cizre halkının tamamı terörist olarak görünüyor ve ona göre muamele yapılıyor. Diyarbakır halkı öyle, Şımak, Hakkari peki burada on milyonlarca terörist varsa sizin tanımınızda bir yanlışlık var demektir. Sizin zihniyetinizde bir yanlışlık var demektir. Bir ülkede 15 milyon terörist mi olur ya. Herkesi terörist ilan edip, özellikle hak ve özgürlük isteyen Kürtlerin hepsini terörist ilan edip gereğini yapacağım derseniz, 15 milyonluk halk da elinde ne imkân varsa sizin faşist uygulamalarınıza karşı tabiki direnir. Orada direniş meşru olur. Yoksa savaş meşru bir şey değildir. Savaşın meşruiyeti olmaz. Direniş meşrudur, zulme karşı diriliş meşrudur."* şeklinde sözler söylediği belirtilmiş ve soruşturma makamlarınca başvurucuya terörle bağlantılı suçlamalar yöneltilmiştir.

v. Başvurucunun soruşturma mercilerince PKK/KCK terör örgütünün tabana yayılması için oluşturulduğu iddia edilen DTK'nın kuruluş sürecinde görev aldığı, ayrıca DTK tarafından organize edilen birçok etkinliğe katıldığı ve bu etkinliklerde -bir kısmı yukarıda verilen- konuşmalar yaptığı ileri sürülmüştür.

vi. Başvurucunun PKK'nın sivil (şehir) yapılanması kapsamında örgütsel faaliyetlerini organize etmek ve bu doğrultuda kararlar almak, yerel yönetimleri yönlendirmek ve kent meclisleri vasıtasıyla ideolojik çalışma alanları oluşturmak için Abdullah Öcalan'ın talimatıyla kurulan KCK/TM (Türkiye Meclisi) adlı yapılanmanın siyasal alan merkezi sorumlusu olduğu ileri sürülmüştür. Soruşturma mercilerince buna ilişkin dayanılan olgulardan bir kısmı şöyledir:

- Başvurucunun PKK terör örgütünün üst düzey temsilcilerinden yazılı ve sözlü talimat alarak hareket ettiği iddia edilmiştir. Bu

kapsamda -Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 27/3/2007 tarihli ve (E.2014/235, K.2017/103) kararıyla terör örgütünü yönetme suçundan 18 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş bulunan ve ilgili tarihte Sur belediye başkanı olan- A.D.ninevinde yapılan aramada ele geçirilen sabit diskte yazılı birtalimat bulunduğu tespit edilmiştir. Anılan talimatın Sabri Ok isimli kişi tarafından gönderildiği ve içeriğinde PKK tarafından "yanlışlıkla infaz edilen" bir kişinin ailesinin, başvurucu veya G.K. ya da A.O.nun içinde yer alacağı bir heyet tarafından ziyaret edilerek örgütün hazırladığı özür mektubunun iletilmesi talimatını/ direktifini içerdiği anlaşılmaktadır.

- Soruşturma mercilerinin tespitlerine göre söz konusu belgede ismi geçen kişilerden Sabri Ok, KCK/TM yapılanmasının Türkiye sorumlusu, A.O ise bu yapılanmanın sözcülerinden biridir. Sabri Ok, daha önce PKK terör örgütüyle bağlantılı suçlardan mahkûm olmuş ve yirmi yıl ceza infaz kurumunda kaldıktan sonra tahliye edilmiştir. Sabri Ok'un PKK terör örgütünün kurucularından ve yöneticilerinden biri olduğu, hâlen yurt dışında firari olarak bulunduğu belirtilmektedir. Ayrıca Sabri Ok hakkında devletin birliğini ve bütünlüğünü bozmak suçundan Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğince 2015 yılında gıyabında tutuklama kararı verilmiştir. G.K. ise BDP eş genel başkanlığı ve Diyarbakır büyükşehir belediye başkanlığı yapmıştır ve hâlen PKK terör örgütü ile bağlantılı suçlardan tutukludur. A.O. ise PKK ile bağlantılı suçlardan mahkûm olmuş ve cezası infaz edilmiştir.

- Sabri Ok tarafından gönderildiği belirtilen yazılı talimatın içeriği şöyledir:

"... Diger onemli bir hususta sudur: E. ailesinden I. arkadasin kackinci ve ic ihanetcilerin eliyle oldurulduğu biliyoruz. Bu arkadasin ailesine hareket adina (B.konseyi) bir mektup yazilmistir. Mektubu size gonderiyoruz. Arkadasin annesi ve babasi Elazig da oturuyor. Ailesinden burda olanlarda var. Mektubu buradaki E. (ilgili) ailesine verdik. Memnun oldular. Sizde mektubu okuyun. Bizzat siz G. ya da Selahattin arkadasla birlikte veya O. ile bir heyet (2-3 kisi) olusturup Elazig daki ailelerine goturun.Mektubun icerigine uygun konusun, sohbet edin.Bu durumu onemsiyoruz. Mektubu verdiginiz de bizi bilgilendirin. Bu notu size getiren arkadas'a durumu sozlu olarak da anlattik. Basari dileklerimizle birlikteselam ve saygilarimizi iletiyoruz. Selam ve saygilar. Not: Simdiye kadar kullanmak uzere size Selahattin, G. ve bir-iki

arkadas uzeri daha adres gonderdik.Bu arkadaslara sorun size adresleri verdiler mi? Vermemisler se ciddiyetsizliklerini hatirlatin ve bizi de bilgilendirin."

- Sabri Ok'un K.Y. vasıtasıyla başvurucuya Avrupa Konseyinde yapılacak görüşmelere katılması yönünde de talimat verdiği iddia edilmiştir. DBP (Demokratik Bölgeler Partisi) Eş Genel Başkanı K.Y., Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 27/3/2007 tarihli ve E.2014/235, K.2017/103 sayılı kararıyla terör örgütünü yönetme suçundan 21 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş olup yurt dışında kaçak durumdadır. Anılan mahkûmiyet kararında K.Y.nin KCK/TM yapılanması ile arasındaki bağlantıyı sağlamak için sürekli olarak Sabri Ok ile irtibat hâlinde bulunduğu, ondan aldığı emir ve talimatları KCK/TM yönetici ve üyelerine ilettiği, bu doğrultuda eylem, miting, basın açıklaması, imza kampanyası, terörist cenazelerinin sahiplenilmesi gibi eylemleri organize ettiği belirtilmiştir.

- Bu bağlamdaki telefon konuşmalarına (soruşturma belgelerinde ifade edildiği şekliyle) aşağıda yer verilmiştir:

4/12/2008 tarihinde başvurucu ile K.Y. arasında yapılan görüşmenin içeriğinin bir kısmı söyledir:

"[K.Y.]: *...ilişkilerimiz diyor programın ciddiyeti açısından da mutlaka katılması gerekiyor yani hem G. hem sizin o Konsey toplantısını önemsiyorlar onun için diyor iki günlüktür mutlaka katılsınlar yani*

[Başvurucu]: *3-4 defa oldu aratıyor*

[K.Y.]: *...yani artık bu noktaya geldiler çok ilgilenmedim de dedim arkadaşlar formül buluyor olmamış demek ki şimdi kesinlikle olacak diyor başka türlü bi formül falanda zaten olmuyor bizi zorlayan bir durumdur o açıdan o şekilde ben durumu biraz izah ettim de zaten dedi şeyden dolayı da gelse iyi olur diyor ...Ustayla ilgili de diyo gelse iyi olur diyor zaten*

[Başvurucu] : *... konuşayım*

[K.Y.]: *2 günlük programdır diyor mutlaka katılsın ayrıca diyo zaten Ustayla ilgili de gelmesi lazım diyo gelse iyi olur onla ilgili bizim görüşmemiz gereken şeyler var ..."*

4/12/2008 tarihinde K.Y. ile Sabri Ok arasında yapılan görüşmenin içeriğinin bir kısmı söyledir:

"[S.O.]: *Bunlar F.yi aramış heval (arkadaş) ... İtalya'ya gelemeyeceklerini söylemişler*

[K.Y.]: *Onların yeri S. ile B. bende şimdi yeni teyit ettirdim dediler ki biz S. ile B. olabilir demişiz*

[S.O.] : *yani bu komşuya misafirliğe gitmek değil avrupa konseyinde randevu alıyorlar böyle bir şey olmaz yani böyle ciddiyetsizlik olur mu onları niye söylemiyorsunuz*

[K.Y.] : *...yani şuan çözülmemiş durumda*

[S.O.] : *Peki o zaman nasıl bundan sonra parti adına burda randevular alınacak hangi yüzle alınacak*

[K.Y.] : *Evet*

[S.O.] : *ikiside gelecek heval (arkadaş) ne işleri varsa bıraksınlar ikisi de gelecek*

[K.Y.] : *Tamam*

[S.O.] : *kesinlikle ikisi de gelecek hem selahattin* [başvurucu] *hem ...G. ...*

[K.Y.] : *...biz bi formül bulduk dediler F. hocayla beraber vesaire tamam dedim ben siz formül bulmuşsanız ...*

[S.O.] : *Formül yok heval F. hoca şimdi bana söyledi*

[K.Y.] : *Tamam ..."*

4/12/2008 tarihinde K.Y. ile başvurucu arasında yapılan diğer görüşmenin içeriğinin bir kısmı söyledir:

"[K.Y.] : *Sağol ya bu siz F. ile görüşüp çözdünüz değil mi o şeyi*

[Başvurucu] : *Biz F.ile görüştüm sonra S.ye havale ettim S. çözecekti halletmişler*

[K.Y.] : *Halletmişler değil mi*

[Başvurucu] : *Evet*

[K.Y.] : *Valla ben onun ismini verdim haberin olsun*

[Başvurucu] : *Tamam ben bi arayım bakıyım .... çalışırım onu*

[K.Y.] : *He yani 11 yanlış vermemiş olayım ama 11 Ocaktır evet*

[Başvurucu] : *Strazburg değil mi*

[K.Y.] : *EvetStrazburg*

[Başvurucu] : *...tamam bende yarın netleştireyim sana döneyim o zaman ...*

[K.Y.] : *Tamam mı vermişim ismini ...”*

vii. Başvurucunun kamuoyunda “6-7 Ekim olayları” olarak adlandırılan şiddet eylemlerini tahrik ve teşvik ettiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda Kobani’de PKK terör örgütünün Suriye’deki uzantısı olduğu ifade edilen PYD/YPG ile DAEŞ arasındaki çatışmaların yoğunlaştığı dönemde PKK’nın yayın organlarında yapılan açıklamalarla halkın ayaklanmaya çağrıldığı, HDP MYK’sı adına sosyal medya üzerinden yapılan açıklamayla da halkın sokağa ve direnişe davet edildiği, bu çağrılar üzerine ülkenin birçok yerinde binlerce kişi tarafından gerçekleştirilen büyük şiddet olaylarının yaşandığı belirtilmiştir (bkz. §§ 28, 29). Başvurucunun bu olaylar sürecinde;

-9/10/2014 tarihinde HDP Diyarbakır İl Başkanlığında yaptığı ve birçok televizyon kanalından canlı olarak yayımlanan konuşmasında *“... DAEŞ örgütünün Mürşitpınar sınır kapısına dayandığını öğrendiğimiz için bahsi geçen çağrıları yaptık, insanlar sokağa çıktı hiçbir yerde şiddet kullanılmadı, şiddet kullanılsın demedik, siyasi mücadele amaçlı çağrı yaptık ... şiddeti büyüten HDP nin çağrısı değil halkın gösterileri değil tahrik edenleri bulmak hükümetin görevidir, şiddet eylemleri olmamalı, kobané’yi sahiplenme eylemlerine müdahale edilmemeli, kobané’yi sahiplenme eylemlerine müdahale edilmemeli ... Provakatörler olayları kışkırttı ve raydan çıkarttı, büst ve bayrak yakarak provakasyonu arttırdılar ...”,*

-13/10/2014 tarihinde Evrensel gazetesinde yayımlanan bir mülakatında *“... Doğrudan Kobaniyle bağlantılıdır. Öfkeyi yatıştırabilecek olan biz değiliz. Bizim halk üzerinde ne böyle bir gücümüz vardır ne de buna gerek vardır. Yani halk IŞİD’e karşı durmasın sempati duysun diye uğraşacak değiliz. Biz hükümetin atacağı pratik adımların IŞİD’in Kobani’den püskürtülmesiyle sonuçlanmasının bu öfkeyi durduracağını düşünüyoruz.*

Elbette ki bundan kastettiğim şiddet olayları değil. Biz silah kullanma, yakıp yıkma, yağmalama gibi şiddet eylemlerini teşvik etmedik, tahrik etmedik, örgütlemedik ama halkın öfkesinin alanlarda, meydanlarda, gece gündüz evinde, sokakta, arabasında elindeki bütün imkanlarla bir protestoya dönüşmesinin çağrısını yaptık. O çağrının da halen arkasındayız ..." şeklinde beyanlarda bulunduğu belirtilmiştir.

38. 2014 yılının Ekim ayında yaşanan ve ülkenin büyük bir bölümünü etkileyen şiddet olayları ve sonrasında 2015 yılının Haziran ayından itibaren ülkede yaşanan terör saldırılarının artması dolayısıyla siyasi çevrelerde ve kamuoyunda milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması hususunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda değişiklik yapılmasını öngören kanun teklifi 12/4/2016 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuştur. Bu teklif hâlihazırda Bakanlıkta, Başbakanlıkta, TBMM Başkanlığında, Anayasa ve Adalet Komisyonlarının üyelerinden kurulu Karma Komisyonda bulunan yasama dokunulmazlığı dosyalarıyla ilgili olarak Anayasa ve TBMM İçtüzüğü'nde öngörülen yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin usulün uygulanmamasını ve bu dosyaların gereğinin yapılması amacıyla yetkili mercilere iade edilmesini öngörmektedir.

39. TBMM Genel Kurulunda 20/5/2016 tarihinde kabul edilen 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. madde ile *"Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz./ Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir."* hükmü getirilmiştir.

40. Anayasa değişikliği 8/6/2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Buna göre anılan maddenin TBMM tarafından

kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla maddede sayılan mercilere intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hüküm (bkz. § 35) uygulanmayacaktır. Ayrıca Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, TBMM Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaların gereğinin yapılması amacıyla yetkili merciine iade edileceği öngörülmüştür.

41. Böylece Bakanlık verilerine göre Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) grubuna mensup 29 milletvekiline ait 50, Cumhuriyet Halk Partisi (CHP) grubuna mensup 59 milletvekiline ait 215, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) grubuna mensup 10 milletvekiline ait 23, HDP grubuna mensup 55 milletvekiline ait 518 ve 1 bağımsız milletvekiline ait 5 fezlekeyle ilgili olarak yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümler uygulanmamış ve bu dosyalar gereği için ilgili mercilere iade edilmiştir.

42. Bu kapsamda başvurucu hakkındaki çok sayıda fezlekeye konu olan soruşturma dosyaları da Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü aracılığıyla 2016 yılının Haziran ayında gereğinin takdir ve ifası için Cizre, Kızıltepe, Nusaybin, Bingöl, Van, Batman, Elazığ,Ankara ve Diyarbakır Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilmiştir.

43. Nusaybin ve Kızıltepe Cumhuriyet Başsavcılıkları başvurucu hakkındaki uhdelerinde bulunan soruşturma dosyalarını -isnat edilen suçların ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamında olduğu gerekçesiyle- fezlekeyle Mardin Cumhuriyet Başsavcılığına,Cizre Cumhuriyet Başsavcılığı ise aynı gerekçe ile Şırnak Başsavcılığına göndermiştir. Şırnak, Mardin, Van, Elazığ, Bingöl, Batman ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılıkları da fezlekeyle gelen ve/veya uhdelerinde bulunan soruşturma dosyalarını "[farklı] *soruşturma dosyaları üzerinden yürütülen soruşturmaların birlikte yürütülmesinde maddi gerçeğin ortaya çıkartılması bakımından hukuki bir fayda olacağı"* ve *"suçun vasfının tayini konusunda tüm dosyaların birlikte değerlendirilmesinin önem arz ettiği"* gerekçesiyle Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmek üzere yetkisizlik kararı vermiştir.

44. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucu hakkındaki fezlekelere konu tüm soruşturma dosyalarının 2016/24950 sayılı

soruşturma dosyasında birleştirilmesine karar verilmiştir. Böylece başvurucu hakkında farklı Cumhuriyet Başsavcılıklarınca düzenlenen otuz bir ayrı fezlekede suça konu edilen tüm fiillerin birlikte değerlendirilmesi mümkün hâle gelmiştir.

45. Diğer taraftan başvurucu, ifadesi alınmak üzere soruşturma makamları tarafından12/7/2016, 15/7/2016, 28/7/2016, 12/8/2016, 6/9/2016 ve 11/10/2016 tarihlerinde kendisine çağrı kâğıdı/talimat gönderilerek Savcılıklara davet edilmiş ancak başvurucu bu çağrılara uymamıştır. Bu sürecin öncesinde -dokunulmazlıklara ilişkin Kanun teklifinin TBMM Başkanlığına sunulmasından sonra- HDP eş genel başkanı olan başvurucu 19/4/2016 tarihinde TBMM'de yaptığı grup konuşmasında *"Biz mahkemelerde süründürüleceğiz, yok öyle bir şey. Şunu da net olarak söyleyeyim: Bu hafta öbür hafta dokunulmazlıklarımızı kaldırabilirler. Fakat tek bir arkadaşım kendi ayağıyla ifade vermeye gitmeyecek. Nasıl götürüyorlarsa kendileri bilirler. Bu iş öyle kolay olmayacak. Zannediyorlar ki dokunulmazlığı kaldırırız, tereyağından kıl çeker gibi bunları mahkemenin önüne atarız, yok öyle yağma."* şeklinde ifadeler kullanmıştır.

46. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, başvurucu hakkındaki soruşturma dosyasına ilişkin olarak kısıtlama kararı verilmesi talebiyle Diyarbakır 4. Sulh Ceza Hâkimliğine başvuruda bulunmuştur. Anılan Hâkimlik 9/9/2016 tarihinde *"soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği"* gerekçesiyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca müdafinin dosya içeriğini incelemesinin ve belgelerden örnek almasının kısıtlanmasına karar vermiştir.

47. Öte yandan Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı *"üzerine atılı suçların vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu değerlendirilerek"* başvurucunun gözaltına alınmasına karar verildiğini belirterek *"yakalanarak gözaltına alınabilmesi amacıyla"* evinde 4/11/2016 tarihinde arama yapılmasına karar verilmesi talebiyle Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğine başvurmuştur. Hâkimliğin 3/11/2016 tarihli kararı ile başvurucunun *"üzerine atılı suçlama nedeni ile kaçma ya da delilleri yok etme riskinin yoğun bir şekilde bulunduğu, CMK 118/2 maddede belirtilen şartların oluştuğu"* gerekçesiyle başvurucunun -yakalanarak gözaltına alınabilmesi amacıyla- evinde arama yapılmasına izin verilmiştir.

48. Gözaltı ve arama kararları uyarınca başvurucu 4/11/2016 tarihindeDiyarbakır'daki evinde yakalanarak gözaltına alınmış ve aynı gün saat 06.00'ya kadar Diyarbakır Emniyet Müdürlüğünde gözaltında tutulmuştur. Başvurucu daha sonra hakkında soruşturma işlemlerinin yürütüldüğü Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına getirilmiştir. İfade alma işlemi sırasında başvurucunun üç avukatı hazır bulunmuştur. İfade tutanağında ifade alma işlemi öncesinde isnat edilen suçlamaların başvurucuya açıklandığı belirtilmiştir. Başvurucunun *"İddia olunan suçlara ilişkin sorulacak sorulara cevap vermek istemiyorum. Kendim kısa bir beyanda bulunmak istiyorum. Bizler seçilmiş halk temsilcileriyiz. Şahsımızı değil bizi seçen seçmen kitlelerini temsil ederiz. Şu anda da yasamanın parlementonun dokunulmazlığa sahip bir üyesiyim. Milletvekili sıfatıyla karşınızdayım. Benim temsil ettiğim bu kimliğe ve halkın iradesine saygısızlık yapılmasına izin vermem mümkün değildir. Ben adil ve tarafsız bir yargı huzurunda hesap vermekten asla çekinmiyorum. Veremeyeceğim hiçbir hesabım da yoktur. Ülkemizde yargının saygınlığı ayaklar altında iken düğmesiz olan cüppelerini iliklemeye çalışan böylesi bir yargılamanın öznesi olmayı da asla kabul etmeyeceğim. Sizin şahsınıza ve kişiliğinize yönelik hiçbir tereddütüm ve saygısızlığım yoktur. Ancak şaibelerle dolu bir siyasi geçmişe sahip olan Erdoğan emretti diye başlatılan bu yargı tiyatrosuna figüran olmayı kabul etmiyorum. Soracağınız hiçbir soruya cevap vermeyeceğim. Yapacağınız hiçbir yargılama faaliyetinin adil olacağına inancım yoktur. Benim buraya getirilmem bile hukuk dışıdır. Siyasetçilerin siyaset arenasındaki muhatapları yine siyasetçilerdir, yargı mensupları değildir. Bu anlamda sizler evrensel ve demokratik hukuk ilkelerine ve Türkiye'nin imzalamış olduğu aynı zamanda bir Anayasa hükmü de olan uluslararası anlaşmalara bağlı olması gereken yargı mensupları olarak siyasi oyunların ve tezgahların parçası olmayı reddetmelisiniz. Sizden hiçbir talebim ve beklentim yoktur. Siyasi faaliyetlerim nedeniyle ancak beni seçen halkım ve seçmenlerim siyaseten sorgulayabilir."* şeklinde beyanda bulunarak kendisine isnat edilen suçlamalara ilişkin bir açıklama yapmadığı, müdafilerinin ise soruşturmanın siyasi nitelikte olduğunu iddia ederek başvurucunun serbest bırakılmasını talep ettikleri görülmüştür.

49. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı 4/11/2016 tarihinde *"silahlı terör örgütüne üye olma ve suç işlemeye tahrik etme suçlarını işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunduğu, suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yasada yazılı cezanın üst haddi, adli kontrol hükümlerinin bu aşamada yetersiz kalacağı"*

gerekçesine dayanarak tutuklanması istemiyle başvurucuyu Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir.

50. Tutuklama talep yazısında, başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Bu bağlamda "6-7 Ekim olayları"na ve bu olayların başlangıcında HDP MYK'sınca sosyal medya hesabı üzerinden yapılan açıklamaya ve olayların öncesinde ve/veya olaylar sırasında PKK'nın yayın organlarında yer alan açıklama ve haberlerin içeriklerine, ayrıca başvurucunun "hendek olayları" kapsamında yaptığı açıklamalara,DTK ve KCK/TM bünyesindeki faaliyetlerine değinilmiştir. Son olarak yazıda başvurucunun çeşitli tarihlerdeki konuşmalarına atıf yapılmıştır.

51. Anılan yazı, sorgu işlemi öncesinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvurucuya okunmuştur. Sorgu tutanağında, başvurucuya isnat edilen suçların okunup anlatıldığı da belirtilmiştir. Bu sırada da başvurucunun üç avukatı hazır bulunmuştur. Başvurucu, Hâkimlikteki ifadesinde *"Savcılıkta ifade vermiştim, beyanlarımı aynen tekrar ederim, ben savcılıktaki beyanlarımın dışında başka da bir beyanda bulunmayacağım, soracağınız sorulara da cevap vermeyeceğim, herhangi bir talepte de bulunmuyorum."* şeklinde beyanda bulunmuş ve kendisine isnat edilen suçlamalara ilişkin bir açıklama yapmamıştır. Başvurucunun müdafileri ise yapılan işlemlerin hukuka uygun olmadığını belirterek başvurucunun serbest bırakılmasını talep etmişlerdir.

52. Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 4/11/2016 tarihli kararı ile başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma ve halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçlarından tutuklanmasına karar verilmiştir. Tutuklama kararında, öncelikle "*6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na eklenen geçici 20. madde uyarınca atılı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığının bulunmadığı ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturma işlemi yapılabileceği*" şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

53. Anılan kararda başvurucuya isnat edilen eylemlere ilişkin olarak da bazı değerlendirmelere yer verilmiştir. Bunlar özetle şöyledir:

i. Suriye'de DAEŞ ile ve PYD/YPG arasında çatışmaların yoğunlaşması üzerine PKK tarafından halkın sokağa çıkması yönünde çağrılar yapıldığı ve bunların örgüte müzahir internet sitelerinde yayımlandığı, HDP'nin sosyal medya hesabından da eş zamanlı

benzer çağrıda bulunulduğu, bunun HDP MYK adına yapıldığı ve başvurucunun da HDP eş genel başkanı ve MYK üyesi olduğu, çağrılar sonrasında sokağa çıkan terör örgütü sempatizanları tarafından gerçekleştirilen olaylarda çok sayıda kişinin öldüğü, kamu binalarına, güvenlik güçlerine ve vatandaşların işyerlerine saldırılar düzenlendiği, işyerlerinin ve bankaların yağmalandığı, kamu güvenliğinin tesis edilmesinin uzun bir süre aldığı, böylece başvurucunun halkı suç işlemeye alenen tahrik suçunu işlediğine dair hakkında kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu belirtilmiştir.

ii. Başvurucunun farklı tarihlerde yaptığı konuşmalarda yukarıda belirtilen eylem çağrısına sahip çıktığı ve PKK'nın hendek kazmak suretiyle özerk yönetimler oluşturma hedefi doğrultusundaki eylemlerini "direniş" olarak adlandırdığı ve meşru gösterdiği, KCK Sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren DTK'nın faaliyetlerine katıldığı belirtilerek ve başvurucu hakkında düzenlenen fezlekelere konu eylemlerle ilgili çok sayıdaki soruşturmanın varlığına genel atıf yapılarak terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu ifade edilmiştir.

54. Kararda, yukarıdaki olaylara atfen tutuklamanın ön koşulu olan kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu belirtildikten sonra tutuklama nedenlerinin varlığına ilişkin olarak tutuklama müzekkeresinde *"müsnet suç için kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı,müsnet suçun CMK 100/3. maddesinde belirtilen katalog suçlardan oluşu, verilmesi beklenen cezaya göre tutuklama tedbirinin ölçülü ve gerekli olduğu, bu nedenlerle adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı"* değerlendirmesine yer verilmiştir.

55. Başvurucu 8/11/2016 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiştir. Diyarbakır 3. Sulh Ceza Hâkimliği 11/11/2016 tarihinde itirazın kesin olarak reddine karar vermiştir.

56.Anılan karar 14/11/2016 tarihinde başvurucu tarafından öğrenilmiştir.

57. Başvurucu 17/11/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

58. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 11/1/2017 tarihli iddianamesi ile başvurucunun silahlı terör örgütü kurma veya yönetme, terör örgütü propagandası yapma, suçu ve suçluyu övme, halkı kin ve

düşmanlığa alenen tahrik etme, halkı kanunlara uymamaya tahrik etme, kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleme, yönetme, bunların hareketlerine katılma, kanuna aykırı toplantı ve yürüyüşlere silahsız katılarak ihtara rağmen kendiliğinden dağılmama, suç işlemeye alenen tahrik etme, halkı kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne kışkırtma suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

59. İddianamede, başvurucu hakkında daha önce düzenlenen fezlekedeki olaylar (bkz. § 37) suçlamaya konu edilmiştir. Savcılık, suçlamaya konu olaylarla ilgili dosyaların *"eylem bütünlüğü açısından birleştirildiğini ve bir bütün olarak suç nitelendirilmesi yapılması yoluna gidildiğini"* belirttikten sonra başvurucuya yöneltilen eylemlere ilişkin hukuki değerlendirmelerini ortaya koymuştur. Bu değerlendirmeler özetle şöyledir:

> *"... Yasadışı PKK terör örgütünün Türkiye Cumhuriyet içerisindeki faaliyetlerini düzenlemek ve yürütmek amacıyla daha önceden ilan ettikleri KCK sözleşmesi çerçevesinde kurduğu KCK/TM yapısı içerisinde (şüphelinin) siyasi alan merkezi içerisinde... örgütsel faaliyetleri yürütmek suretiyle üzerine atılı yasadışı PKK terör örgütüne üye olmak suçunu işlediğianlaşılmıştır.*
>
> ...
>
> *DTK'nın hem PKK terör örgütü kurucularının ideolojisi doğrultusunda hareket ettiği hem de terör örgütünün silahlı eylem mücadelesine sahip çıktığı ve bu amaçla hareket ettiği, halen milletvekili olan şüphelinin siyasi faaliyet görünümü altında gerçekleştirilen... eylemlerinin salt siyasi faaliyet kapsamında görülemeyeceği, eylemlerin bir bütün halinde silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil terör örgütü üyesi olma suçunu oluşturduğu... anlaşılmıştır.*
>
> ...
>
> *Bir siyasi partinin Eş Genel başkanı ve milletvekili olan şüphelinin siyasi faaliyet görünümü altında gerçekleştirilen... eylemlerinin salt siyasi faaliyet kapsamında görülemeyeceği, eylemlerin bir bütün halinde silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil terör örgütü üyesi olma suçunu oluşturacağı, yine şüphelinin... katıldığı televizyon programlarında, Demokratik Toplum Kongresi Olağanüstü Genel Kurul Toplantısında*

ve öncesinde, düzenlenen etkinliklerde yaptığı konuşmalarda ve basın açıklamalarında kazılan hendeklerin kapatılması, barikatların kaldırılması, bombalı/mayınlı tuzaklamaların imha edilerek sokakların ve mahallelerin güvenli hale getirilmesi yönünde operasyonel çalışma yapan güvenlik güçlerini ve Türkiye Cumhuriyeti Devletini İŞGALCİ olarak nitelendirerek, bu eylemleri gerçekleştiren terör örgütü mensuplarının taleplerinin kendi talepleri olduğunu ve onların sözcüleri olduklarını beyan ederek halkı direnişe çağırması yönündeki eylemlerinin halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu işlediği... anlaşılmıştır.

...

Şüpheli ...fezlekelerde yer alan konuşma ve eylemlerinde özetle; terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek şekilde konuşmalar yapmıştır. Yani terör, cebir, şiddet veya tehdit olgusunu meşru göstermiştir...

...

HDP Merkez Yürütme Kurulu tarafından 06/10/2014 tarihinde ... sosyal paylaşım sitesi üzerinden yayınlanan ... açıklama ile halk sokaklara çıkmaya davet edilmiş, bu açıklama ayrıca yazılı ve görsel yayın organlarına da gönderilerek alenileştirilmiştir. HDP Eş Başkanları ve Merkez Yürütme Kurulu (MYK) üyeleri dahil tüm yöneticilerin IŞID'in Kobaniye saldırılarını bahane ederek halkı silahlı isyana tahrik ve teşvik etmiştir.

...

Böyle bir çağrının sonuçlarının ne olacağı yıllardır yaşanan olaylar ışığında HDP yetkilileri tarafından bilinmektedir ve bu sonuçların meydana gelmesi açıkça amaçlanarak ve teşvik edilerek, bu açıklama kasıtlı olarak yapılmıştır.

...

Şüpheli hakkında düzenlenen bazı fezlekelerde her ne kadar nitelendirme "terör örgütü üyesi olmak", "örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işlemek", "örgüte yardım" şeklinde yapılmış ise de; (1-2-3-4-15-16-17-18-19-20-21 nolu fezlekelerde),.. şüphelinin örgüt yöneticisi konumunda bulunduğu bu nedenle ilgili fezlekelerdeatılı suçların örgüt yöneticiliği suçunun içerisinde eridiği [anlaşılmaktadır] ..."

60. Diyarbakır 8. Ağır Ceza Mahkemesi 2/2/2017 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş ve E.2017/101 sayılı dosya üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır. Mahkeme aynı tarihte kamu güvenliği gerekçesiyle davanın nakli için Bakanlığa başvuruda bulunmuş ve ilk duruşmanın 28/4/2017 tarihinde yapılmasına karar vermiştir. Bu kararla birlikte başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına da karar verilmiştir.

61. Bakanlığın davanın nakli talebini inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesi 22/03/2017 tarihinde yargılamanın *"esas yetkili mahkemesinde yapılması durumunda kamu güvenliği yönünden açık ve yakın tehlikenin söz konusu olabileceği"* gerekçesiyle davanın Ankara Ağır Ceza Mahkemesinde görülmesine karar vermiştir.

62. Anılan karar uyarınca Diyarbakır 8. Ağır Ceza Mahkemesi 6/4/2017 tarihinde sözkonusu dava dosyasını Ankara Nöbetçi Ağır Ceza Mahkemesine göndermiş, tevzi işlemi sonrasında dava dosyası Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesine gelmiştir.

63. Dava dosyasının başka bir dosya ile birleştirilmesi ve daha sonra ayrılmasına ilişkin süreç sonrasında Mahkeme 3/10/2017 tarihinde tensip incelemesiyle birliktebaşvurucunun tutukluluk hâlinin devamına karar vermiş ve ilk duruşma 7/12/2017 tarihindeyapılmıştır.

64. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemesinde derdesttir ve başvurucunun tutukluluk durumu devam etmektedir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

65. 5271 sayılı Kanun'un *"Gözaltı"* kenar başlıklı 91. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

> *"(1) Yukarıdaki maddeye göre yakalanan kişi, Cumhuriyet Savcılığınca bırakılmazsa, soruşturmanın tamamlanması için gözaltına alınmasına karar verilebilir. Gözaltı süresi, yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yirmidört saati geçemez. Yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre oniki saatten fazla olamaz.*

...

(5) Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımı, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhâl ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir ya da yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulundurulmasına karar verilir."

66. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü 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;

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

..."

67. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 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) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki 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."

68. 5271 sayılı Kanun'un *"Adlî kontrol"* kenar başlıklı 109. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

…

(3) Adlî kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.

...

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.

g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adlî emanete teslim etmek.

...

j) Konutunu terk etmemek.

k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek."

69. 5271 sayılı Kanun'un *"Şüpheli veya sanıkla ilgili arama"* kenar başlıklı 116. maddesi şöyledir:

"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."

70. 5271 sayılı Kanun'un *"Tazminat istemi"* kenar başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

...

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

71. 5271 sayılı Kanun'un *"Tazminat isteminin koşulları"* kenar başlıklı 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."

72. 5271 sayılı Kanun'un *"Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi"* kenar başlıklı 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili bölümü ile (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"(2) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

...

(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."

73. 6/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Suç işlemeye tahrik"* kenar başlıklı 214. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Suç işlemek için alenen tahrikte bulunan kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

74. 5237 sayılı Kanun'un *"Silâhlı örgüt"* kenar başlıklı 314. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

75. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun *"Terör tanımı"* kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

76. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçlusu"* kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır."

77. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçları"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

78. 3713 sayılı Kanun'un *"Cezaların artırılması"* kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilir. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

79. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

..."

80. Sözleşme'nin *"İfade özgürlüğü"* kenar başlıklı 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."

81. 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 şeçimler yapmayı taahhüt ederler."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

82. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca yalnızca bir ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde, kişinin suç işlediğine dair şüphenin bulunması hâlinde yetkili adli makamın huzuruna çıkarılması amacıyla tutuklanabileceği yönündeki içtihadını (*Jecius/Litvanya*, B. No:

34578/97, 31/7/2000, § 50; *Wloch/Polonya*, B. No: 27785/95, 19/10/2000, § 108) yakın dönemde verdiği *Buzadji/Moldova* ([BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016) kararında geliştirmiştir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğunun ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konması gerekir.

83. AİHM'e göre ilk tutuklama için yeterli görülen makul şüphenin varlığı, elde edilen deliller ve somut olayın kendine özgü koşulları da dikkate alındığında olaylara dışarıdan bakan, tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olmalıdır. Toplanan deliller, objektif bir gözlemciye sunulduğunda şüpheli ya da sanığın atılı suçu işlemiş olabileceği yönünde gözlemcide kanaat oluşturmaya yeterli ise somut olayda makul şüphe vardır. Diğer bir ifade ile inandırıcı neden ya da makul şüphe, suçlanan kişinin üzerine atılı suçu işlemiş olabileceğine dair objektif bir gözlemciyi ikna etmeye yeterli olay, olgu veya bilginin varlığını gerektirmektedir (*Fox, Campbell ve Hartley/Birleşik Krallık*, B. No: 12244/86-12245/86-12383/86, 30/8/1990, § 32; *O'Hara/Birleşik Krallık*, B. No: 37555/97, 16/10/2001, § 34).

84. AİHM, tutukluluğu meşru kılan makul dört temel neden belirlemiştir. Bunlar sanığın duruşmaya çıkmama (kaçma) tehlikesi (*Stögmüller/Avusturya*, B. No: 1602/62, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 15), sanığın serbest bırakıldıktan sonra adaletin iyi idaresine zarar verecek tarzda önlemler alabilecek olma tehlikesi (*Wemhoff/Almanya*, B. No: 2122/64, 27/6/1968, hukuki gerekçe bölümü § 14), tekrar suç işleme tehlikesi (*Matznetter/Avusturya*, B. No: 2178/64, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 7) ve kamu düzenini bozma tehlikesidir (*Letellier/Fransa*, B. No: 12369/86, 26/6/1991, § 51).

85. Türk milletvekillerinin tutuklanması da AİHM kararlarına konu olmuştur. Bu bağlamda 20/10/1991 tarihinde yapılan genel seçimlerde milletvekili seçilen ve milletvekili olarak görev yaparken TBMM'ce dokunulmazlıkları kaldırılan (bkz. § 12) Sırrı Sakık, Ahmet Türk, Mehmet Hatip Dicle, Leyla Zana, Mahmut Alınak ve Orhan Doğan devletin istiklalini ve birliğini bozmak veya devletin hâkimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmak ve PKK terör örgütüyle bağlantılı olmakla suçlanmışlardır. Bu kişilerin anılan suçlara ilişkin soruşturma kapsamında 17/3/1994 tarihinde mahkemece

tutuklanmaları üzerine yaptıkları başvuruda, diğer şikâyetlerin yanında suç işlendiğine dair makul bir şüphe bulunmadan tutuklandıkları (tutuklamaların hukuka uygun olmadığı) ileri sürülmüştür.

i. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) *Sakık ve diğerleri/ Türkiye* (B. No: 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94 ve 23883/94, 23/5/1996) başvurusunda, başvurucuların bu iddialarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Anılan kararda, devletin birliği ve ülke bütünlüğünü bozma suçlamasıyla yasama dokunulmazlığı kaldırılan ve tutuklanan milletvekili başvurucuların Ankara DGM'nin8/12/1994 tarihli kararıyla bölücülük propagandası yapma ve/veya silahlı örgüte üye olma suçlarından hüküm giydiklerine (bkz. §§ 16-25) dikkat çekilmiş; tutuklamanın hukuki olmadığı iddiası reddedilirken aşağıdaki değerlendirmelereyer verilmiştir (bkz. §§ 54-58):

"54. Komisyon tutuklamanın hukukiliğiyle ilgili olarak, Sözleşme'nin, özünde iç hukuktaki düzenlemelere öncelikle atıfta bulunduğunu ve usule ilişkin bir mesele olarak iç hukukun birtakım maddi standartları haiz olması yükümlülüğü öngördüğünü; fakat bunun yanında herhangi bir özgürlükten yoksun bırakılmanın, Sözleşme'nin 5. maddesinin bireyi keyfiliğe karşı koruma amacıyla uyumlu olması gerekliliğini hatırlatır.

55. Şüphenin derecesiyle ilgili olarak Komisyon, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi bağlamında yapılan gözaltı sırasındaki sorgulamanın konusunun, tutuklamanın dayandığı somut şüphelerin reddedilmesi ya da onaylanması suretiyle ceza soruşturmasının tamamlanması olduğunu hatırlatır. Makul şüphenin varlığı, söz konusu bireyin isnat edilen suçu işlediği hususunda objektif bir gözlemciyi ikna edecek bilgi veya olgunun bulunmasını gerekli kılar. Bununla birlikte neyin 'makul' sayılabileceği hususu somut olayın koşullarının tümüne bağlıdır.

56. Somut başvuruda, Komisyon öncelikle başvurucuların yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasıyla ilgili sürecin Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında tutuklanmalarına ilişkin prosedürün bir parçası olmadığını ve başvurucuların, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılması sürecindeki sakatlıkların Sözleşme'nin bu hükmü ile uyumlu olmadığı yönündeki şikâyetini not eder.

57. Başvurucuların suç işlediklerine dair makul şüphelerin varlığı konusunda ise Komisyon, başvurucuların devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak suçlamasıyla Ankara DGM Cumhuriyet Savcısının talimatıyla gözaltına alındıklarını belirtir. Yakalanmalarının ardından başvurucular devlet güvenlik mahkemelerinin görevine giren toplu suçların soruşturulması prosedürüne ilişkin Türk mevzuatına uygun olarak 12 ila 14 günlük sürelerde hâkim önüne çıkarılmışlardır. Başvurucuların yakalanması kararını veren savcı 21/6/1994 tarihli iddianame ile onları, Türk Ceza Kanunu'nun bazı hükümlerini ihlal etmekle suçlamıştır. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi 8/12/1994 tarihli kararla başvuruculardan Türk, Zana, Dicle ve Doğan'ın Türk topraklarının bir kısmını ayırmayı amaçlayan silahlı örgüt üyeliğinden, Sakık ve Alınak'ın ise bölücülük propagandası yapmaktan suçlu olduklarını söylemiştir.

58. Buna göre, Komisyon somut olayla ilgili olgular ışığında başvurucuların, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası anlamında suç işlediklerinden 'şüphelenilecek makul sebepler' temelinde 'yasal yollara uygun bir şekilde' tutuklanmış ve gözaltına alınmış olduklarının kabul edilebileceğini düşünmektedir."

ii. Başvurucular, Avrupa İnsan Hakları Divanı önündeki incelemede, Komisyonun vardığı sonucu kabul ettiklerini bildirmişlerdir. Divan da Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edilmediğinin açık olduğu sonucuna varmıştır (*Sakık ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 23878/94-23879/94-23880/94, 26/11/1997, § 40).

86. AİHM, tutuklandıktan sonra milletvekili seçilen *Mustafa Ali Balbay* tarafından yapılan başvuruda, suç işlendiğine dair şüphe duyulması için makul sebepler bulunmadığından dolayı tutuklamanın hukuki olmadığı yönündeki iddiayı incelerken başvurucuya yöneltilen suçlamalara (bir suç örgütünün hükûmeti şiddet kullanarak devirmek amacıyla faaliyetlerde bulunmakla suçlanan aktif üyelerinden biri olmak, özellikle basın ile söz konusu suç örgütü arasında koordinasyon görevini üstlenmek, ülkede kaotik bir durum yaratmak için bahsi geçen örgütün askerî üyelerinin talimatı altında faaliyet yürütmek, eski bir kuvvet komutanı askerin darbe günlüğünün bir bölümünü saklamak ve devletin gizli belge ve bilgilerini yasa dışı şekilde elde etmek) dikkat çekmiş; başvurucunun ağır nitelikteki bu suçları işlediğine dair şüphelere dayanılarak telefon dinleme kayıtları, bazı suç ortaklarının ifadeleri, farklı aramalar sırasında el konulan belgeler

gibi delillerin Savcılık tarafından yakalama öncesinde toplandığını belirtmiş ve yargılama sonucunda başvurucunun 35 yıl 4 ay hapis cezasına mahkûm edildiğine vurgu yapmıştır. AİHM, bu değerlendirmesi sonucunda ceza dosyasının başvuranın kovuşturulmasına neden olan suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek bilgiler içerdiği kanaatine vararak başvurucunun iddialarını açıkça dayanaktan yoksun görerek kabul edilemez bulmuştur (*Balbay/Türkiye* (k.k.), B. No: 666/11-73745/11, 3/3/2015, §§ 66-75).

87. Diğer taraftan AİHM, Türk yargı organlarınca terör propagandası olarak nitelendirilen birçok eylemi ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirmeye tabi tutmuştur. Bu bağlamda AİHM; *Zana/Türkiye* kararında, eski Diyarbakır belediye başkanı olan başvurucunun ceza infaz kurumundayken bir gazeteye vermiş olduğu mülakatta yer alan *"PKK'nin ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar."* şeklindeki sözleri nedeniyle cezalandırılmasının ifade hürriyetinin ihlaline neden olup olmadığını incelemiştir. Başvurucu yargılandığı Mahkemece 12 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve 2 ay 12 gün hapiste kaldıktan sonra koşullu olarak serbest bırakılmıştır. AİHM inceleme sırasında başvuruya konu müdahaleye, başvurucunun sorumlu tutulduğu sözlerinin özü ve bunları hangi bağlamda söylediğini de kapsayacak biçimde davanın bütünü ışığında bakacağını belirtmiş; özellikle dava konusu müdahalenin "izlenen meşru amaçlarla orantılı" olup olmadığını ve ulusal makamların bu müdahaleyi haklılaştırmak için ileri sürdükleri nedenlerin "ilgili ve yeterli" bulunup bulunmadığını saptayacağına işaret etmiştir. Bu inceleme sonucunda AİHM, öncelikle başvurucunun sarf ettiği sözlerin çelişkili ve belirsiz olduğunu değerlendirmiştir. Zira başvurucu, hem amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan bir terörist örgüt olan PKK'yı desteklediğini hem de katliamlara karşı olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca başvurucu, kadın ve çocukların katledilmesini uygun bulmazken aynı zamanda bunu herkesin yapabileceği bir "hata" olarak tanımlamaktadır. AİHM, söz konusu açıklamaya bakılırken somut olayın koşullarının özel bir anlamı olduğuna ve başvurucunun bunun farkında olması gerektiğine değinmiştir. Şöyle ki ilgili röportaj, o tarihte gerginliğin dorukta olduğu Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde PKK'nın sivillere yönelik kanlı saldırılarıyla aynı zamana denk düşmüştür. Başvurucunun Güneydoğu Anadolu'nun en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski

belediye başkanı olarak günlük yayımlanan büyük bir ulusal gazetedeki röportajında -ulusal kurtuluş hareketi olarak tanımladığı- PKK'ya verdiği desteğin bu bölgedeki patlamaya hazır havayı daha da ağırlaştıracağını gözönüne alan AİHM, bu nedenle başvurucuya verilen cezanın "zorlayıcı bir toplumsal gereksinim"e yanıt verdiğinin kabul edilmesinin uygun olduğu ve ulusal makamların ileri sürdüğü nedenlerin "ilgili ve yeterli" olduğu sonucuna varmış; bu itibarla da Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

88. Buna karşılık AİHM, Halkın Demokrasi Partisi (HADEP) Hakkâri Gençlik Kolları başkanı olan başvurucunun bir konuşması nedeniyle 10 ay hapis ve (adli) para cezasına mahkûm edilmesini ifade özgürlüğü bağlamında incelediği *Faruk Temel/ Türkiye* (B. No: 16853/05,1/2/2011) kararında farklı sonuca ulaşmıştır. Başvurucu, Hakkâri'de düzenlenen bir toplantıda yaklaşık 150 kişilik bir kalabalık önünde yaptığı konuşmada PKK'nın lideri olan Abdullah Öcalan'ın ceza infaz kurumunda tutulma koşullarına ilişkin açıklamalarda bulunmuş ve konuşma sırasında Abdullah Öcalan'ı "Sayın KADEK Genel Başkanı" olarak tanıtmış; konuşma sırasında birtakım sloganlar atılmıştır. AİHM'e göre siyasi hayatın bir aktörü olarak konuşan başvurucu, Türkiye'deki siyasi hayata değinen güncel konular ile yakın geçmişe ait uluslararası sorunlar hakkında partisinin görüşlerini dile getirmiş; yeni bir çatışmaya mahal vermemek için Türkiye'deki tüm ceza infaz kurumlarında tecrit önlemlerinin kaldırılmasını istemiş ve Abdullah Öcalan'ı da kapsayan tüm mahkûmlar için bir genel af çağrısında bulunmuştur. AİHM; ulusal mahkemelerin yorum yaparken bir bütün olarak açıklamada kullanılan ifadeleri, başvurucunun kişiliğini veya sıfatını, açıklamanın yapıldığı yeri ve hangi bağlamda okunduğunu, açıklamadaki mesajın hedef kitlesini gözönüne almadıklarına dikkat çekmiştir. AİHM, açıklamanın bütününün şiddet kullanımını, silahlı direnişi veya ayaklanmayı teşvik etmediğini belirtmiştir. AİHM'e göre devlet yetkilileri özellikle mevcut davadaki açıklamada olduğu gibi Kürt sorunu, Irak savaşı, Türkiye'deki ceza infaz kurumlarının ve Abdullah Öcalan da dâhil tutukluların durumu ile ilgili eleştirileri hoşgörüyle karşılamalıdır. AİHM bu değerlendirmeler ışığında, verilen cezanın ağırlığını da dikkate alarak başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

89. AİHM, *Sürek/Türkiye (No.1)*, ([BD], B. No: 26682/95, 8/7/1999) kararında ise haftalık bir dergide "*Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez*" ve

"*Suç Bizim*" başlıklı iki okuyucu makalesinin yayımlanması üzerine dergi sahibi ile editörünün (adli) para cezası ile cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği meselesini incelemiştir. Anılan kararda, basının şiddet tehdidi karşısında millî güvenlik veya ülke bütünlüğünün korunması, asayişsizlik veya suçun engellenmesi amacıyla konmuş olan sınırlamaları aşmaması kaydıyla bölücü olanlar da dâhil olmak üzere görüş ve siyasi hususlarda bilgi vermesinin demokratik toplumlar açısından bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. AİHM'e göre ifade edilen sözler bireylere, kamu görevlilerine veya toplumun belli bir kesimine karşı şiddeti teşvik ettiği durumlarda devlet otoriteleri ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale gereğinin incelenmesinde daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir. AİHM, dergide yayımlanan mektuplarda kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayımlandığı bağlam üzerinde özellikle durmuştur. AİHM söz konusu kelimelerin şiddeti açıkça teşvik niteliğinde olduğunu belirterek şunları söylemiştir: *"Mahkeme ilk olarak, 'katliam', 'zulüm' ve 'cinayet' gibi göndermelerin yanı sıra, 'Faşist Türk ordusu', 'TC cinayet çetesi' ve 'emperyalizmin kiralık katilleri' gibi etiketlerin kullanılması ile diğer tarafa kara bir leke vurulmasına ilişkin açık bir kasıt olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme kanaatine göre söz konusu mektuplar, temel duyguların çalkalandırılması ve halen ölümcül şiddet şeklinde kendini göstermiş olan bileşik önyargıların katılaştırılması ile kanlı bir intikama çağrı şeklinde değerlendirilebilecektir. Ayrıca, mektupların 1985'ten bu yana çok ciddi can kayıpları ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında ciddi çatışmaların devam etmekte olduğu Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik durumu bağlamında yayınlanmış olması da dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, mektupların içeriği iddia edilen zulümlerin sorumlusu olarak gösterilenlere karşı köklü ve mantık dışı bir nefret uyandırarak bölgede daha fazla şiddete sebebiyet verebilecek şekilde değerlendirilmelidir. Gerçekten de, okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğudur."* AİHM, bu açıdan derginin sahibi olarak başvurucuya uygulanmış olan cezanın bir zorunlu sosyal ihtiyacı karşılamak olarak kabul edilebileceği ve başvuranın mahkûmiyeti için yetkililer tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olduğu sonucuna varmıştır (Benzer yöndeki kararlar için -diğerleri arasından- bkz. *Sürek/Türkiye (3)*, B. No: 24735/94, 8/7/1999; *Hocaoğulları/Türkiye*, B. No: 77109/01, 7/3/2006; *Halis Doğan/Türkiye (No.3)*, B. No: 4119/02, 10/10/2006).

90. Öte yandan AİHM'in *Ceylan/Türkiye* (B. No: 23556/94, 8/7/1999) kararına konu olan olayda bir sendikanın başkanı olan başvurucu,

İstanbul'da basılan haftalık bir gazetede yazdığı makalede kullandığı sözler nedeniyle 1 yıl 8 ay hapis ve (adli) para cezasına mahkûm edilmiştir. AİHM, bu olaya ilişkin başvuruyu değerlendirirken söz konusu yazının birkaç yıl önce Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerinde şiddetin yeniden canlanması hakkında -Marksist deyimler kullanılarak- yapılan bir açıklama niteliğinde olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre başvurucunun makalesi özü itibarıyla Kürt hareketinin işçi sınıfı ile bu sınıfın ekonomik ve demokratik kuruluşları tarafından özgürlük ve demokrasi için verilen genel bir mücadelenin parçası olduğuna veya en azından bir parçası olması gerektiğine ilişkindir. AİHM, makalede kullanılan "devlet terörü" ve "katliam" gibi kelimeler nedeniyle Türk yetkililerinin ülkenin bu bölgelerindeki fiillerine yönelik eleştirinin sert olduğunu ve yazıda keskin bir dil kullanıldığını kabul etmiştir. Bununla birlikte AİHM'e göre siyasi söylem veya kamu çıkarı ile ilgili konularda ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamanın dar olması gerekir. Bu bağlamda hükûmet ile ilgili olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırı, bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan eleştiriye oranla daha geniştir. AİHM, hükûmetin güçlü konumu dolayısıyla kendisine yönelik eleştirilere ve haksız saldırılara başka yöntemlerle karşılık vermesinin mümkün olduğu hâllerde ceza davası başlatma konusunda çekimser davranması gerektiği görüşündedir. Buna karşılık AİHM, kamu düzeninin güvencesi olan devlet yetkililerinin bu tür durumlarda aşırıya gitmeden ve uygun bir şekilde tepki vermeyi amaçlayan tedbirleri -ceza hukuku bağlamında bile olsa- benimsemesinin mümkün olduğunu belirterek bir bireye, kamu personeline ya da nüfusun bir kesimine karşı şiddet kullanmanın tahrik edildiği hâllerde ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığı incelenirken devlet yetkililerinin daha kapsamlı bir takdir sınırından faydalanacakları değerlendirmesinde bulunmuştur. AİHM, bu çerçevede değerlendirdiği olayda Türk yetkililerin "uzun yıllardır süregelmekte olan ciddi kargaşanın bu tür görüşlerin yayılması ile şiddetlenebileceği" hususundaki endişelerini, makalenin Körfez Savaşı'ndan kısa bir süre sonra çok sayıda Kürt kökenli insanın Irak'taki baskıdan kaçıp Türk sınırlarına sığındığı sırada yayımlandığını ve yazıda kullanılan dilin sert olduğunu dikkate aldığını belirtmişse de kişilerin şiddete veya silahlı ayaklanmaya teşvik edilmesinin söz konusu olmadığına ve yaptırımın ağırlığına dikkat çekerek başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (Benzer yöndeki kararlar için -diğerleri arasından- bkz.*Incal/Türkiye*, B. No: 41/1997/825/1031;

9/6/1998; *Gerger/Türkiye*, B. No: 24919/94, 8/7/1999; *İbrahim Aksoy/Türkiye*, B. No: 28635/95-30171/96-34535/97, 10/10/2000).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

91. Mahkemenin 21/12/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Yakalama ve Gözaltına Almanın Hukuka Aykırı Olduğuna İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

92. Başvurucu; milletvekili ve aynı zamanda TBMM'de üçüncü büyük grubu bulunan HDP'nin eş genel başkanı olması nedeniyle ifadesi gözaltı kararı verilmeden alınabileceği hâlde Anayasa ve kanun ile öngörülen usullere uyulmaksızın hakkında yakalama ve gözaltı tedbirlerinin uygulandığını, bu tedbirlerin ölçülü olmadığını belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

93. Bakanlık görüşünde; 5271 sayılı Kanun'da gözaltı kararına karşı itiraz hakkının düzenlenmiş olduğu, ayrıca anılan Kanun gereğince tazminat yoluna da başvurulabileceği fakat usule ilişkin bu yollara başvurulmadığı ifade edilmiştir.

94. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru formunda ileri sürdüğü iddiaları tekrar etmiş; yasama dokunulmazlığının devam etmesine rağmen ifade özgürlüğü kapsamında olan görüş ve açıklamaları nedeniyle kanuna ve Anayasa'ya aykırı olarak yakalandığını ve gözaltına alındığını belirtmiştir.

b. Değerlendirme

95. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

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

96. 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."*

97. 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. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17).

98. Ancak tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olması yanında telafi kabiliyetini haiz olmaları ve tüketildiğinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanıması gerekir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli olmayıp uygulamada da etkili olduğunun gösterilmesi ya da en azından etkili olmadığının kanıtlanmamış olması gerekir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 29).

99. 5271 sayılı Kanun'un tazminat isteminin düzenlendiği 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan, 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 maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebileceklerine ilişkin hükümlerin bu hususta bir başvuru mekanizması öngördüğü görülmektedir. Aynı Kanun'un tazminat isteminin koşullarının düzenlendiği 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgilisine tebliğinden

itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceği belirtilmektedir (*Zeki Orman*, B. No: 2014/8797, 11/1/2017, § 27).

100. Anayasa Mahkemesi, kanunda öngörülen gözaltı süresinin aşıldığı veya yakalama ve gözaltına alınmanın hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl dava sonuçlanmamış da olsa -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır (*Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 64-72; *Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 53-64; *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, §§ 141-150; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, B. No: 2013/3193, 15/10/2015, §§ 34-47).

101. Bir suç isnadıyla gözaltına alınan ve daha sonra tutuklanan kişinin gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda ihlal sonucuna varılmasının -özgürlükten mahrum kalmanın sona ermesi bağlamında- başvurucunun kişisel durumuna bir etkisinin olması mümkün görünmemektedir. Zira gözaltına alma kararı hukuka aykırı da olsa kişi hâkim tarafından tutuklandığından gözaltı kararının hukuka aykırı olduğu yönündeki bir tespit ve ihlal kararı "tutuklu" kişinin serbest kalmasına tek başına imkân vermeyecektir. Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamında verilecek muhtemel bir ihlal kararı, ancak -talep etmesi hâlinde- başvurucu lehine tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurabilecektir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 147; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, § 44).

102. Somut olayda başvurucu hakkında verilen gözaltı kararının hukuka uygun olup olmadığı 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada incelenebilir. Nitekim Yargıtay uygulaması (Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 1/10/2012 tarihli ve E.2012/21752, K.2012/20353 sayılı kararı; *Günay Dağ ve diğerleri*, § 145) da bu kapsamdaki taleplerle ilgili olarak davanın esasının sonuçlanmasına gerek olmadığı yönündedir. Bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla gözaltı kararının hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde başvurucu lehine tazminata da hükmedilebilecektir.

103. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvurucunun durumuna uygun telafi kabiliyetini haiz etkili

bir hukuk yolu olduğu ve bu olağan başvuru yolu tüketilmeden yapılan bireysel başvuruların incelenmesinin bireysel başvurunun "ikincillik niteliği" ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

104. Kaldı ki yakalanan veya gözaltına alınan kişi, 5271 sayılı Kanun'un 91. maddesinin(5) numaralı fıkrası uyarınca yakalama işlemine veya gözaltına almaya ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı hemen serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla sulh ceza hâkimine başvurabilmektedir. Kanun, bu başvurunun yakalanan kişinin yanı sıra müdafii veya kanuni temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısmı tarafından da yapılmasına izin vermektedir (bkz. § 65). Başvuru formu ve eklerinde başvurucunun yakalama işlemine veya gözaltı emrine yönelik sulh ceza hâkimliğine başvuruda bulunduğuna ve bu başvurusunun sonuçsuz kaldığına dair herhangi bir bilgi ya da belgeye yer verilmemiştir.

105. Açıklanan nedenlerle başvurucunun hukuka aykırı olarak yakalandığı ve gözaltına alındığı iddiasıyla ilgili olarak yargısal başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

106. Başvurucu; Anayasa ile öngörülen usulün dışında yasama dokunulmazlığı kaldırılarak tutuklandığı, ayrıca isnat edilen eylemlerin ifade özgürlüğü ve siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında olduğu gerekçeleriyle tutuklanmasının hukuki olmadığını ileri sürmüştür.

107. Başvurucuya göre soruşturmaya ve isnada konu suçların tamamı değişik tarihlerde milletvekili ve bir siyasi parti başkanı sıfatıyla katıldığı miting, basın açıklaması ve konferanslar gibi etkinliklerde yaptığı konuşmalardır. Bu faaliyetleri ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekirken suça konu edilmiştir.

108. Başvurucu; tutuklama kararının hukuka aykırı olarak verildiğini, tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararlarının somut ve hukuki gerekçeden yoksun olduğunu ve kuvvetli suç şüphesini ortaya koyan bir

delilin bulunmadığını iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca milletvekili ve bir siyasi partinin eş genel başkanı olması nedeniyle adli kontrol hükümlerinin uygulanması yeterli iken ölçülülük ilkesi ihlal edilerek hakkında tutuklama kararı verildiğini, bu kararın Anayasa'da yapılan değişiklik tarihinden altı ay sonra verildiğini, suça konu edilen açıklamaların birkaç yıl öncesine dayandığını ve tüm delillerin toplandığını,bu nedenle kaçma şüphesinin bulunmadığını belirtmiştir.

109. Öte yandan başvurucu, tutuklama kararının HDP eş genel genel başkanı ve milletvekili olarak siyasi faaliyetlerini engelleme ve bu faaliyetleri nedeniyle kendisini cezalandırma amacını taşıdığını iddia etmiştir.Başvurucuya göre hakkındaki tutuklama tedbiri, Anayasa'da öngörülenin dışında siyasi saikle uygulanmıştır. Başvurucunun ayrıca tutuklama dolayısıyla milletvekili olarak siyasi faaliyetlerini de yerine getiremediğini belirttiği görülmektedir.

110. Sonuç olarak başvurucu, Anayasa'nın 19. ve 36. maddelerinde ve Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkraları ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen kişi hürriyeti ve güvenliği ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tahliye talebinde bulunmuştur.

111. Başvurucu 26/7/2017 tarihli ek beyan dilekçesiyle, tutuklama kararının siyasi faaliyette bulunmasını ve seçmenlerini temsil etmesini engelleme, bu konudaki faaliyetleri nedeniyle cezalandırılma amacını taşıdığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla bağlantılı olarak Sözleşme'nin 18. maddesinin de ihlal edildiğini iddia etmektedir.

112. Bakanlık görüşünde; Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in tutukluluğa ilişkin benzer kararları hatırlatılarak Mahkemenin karar verirken bireyselleştirmede bulunduğu, kişinin suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delilleri ortaya koyduğu, tutuklama nedenlerini açıkladığı, somut delillerle ilişkilendirmede bulunduğu ve tutuklamanın ölçülülüğü konusunda da bir değerlendirme yaptığı belirtilmiştir.

113. Bakanlık ayrıca başvurucunun özellikle 6-7 Ekim olayları nedeniyle yaptığı açıklamalarla terör örgütü mensupları tarafından kazılan hendekleri ve çukurları savunduğunu, hendek ve çukurları kapatmaya çalışan güvenlik güçlerine karşı halkı direnmeye çağırdığını

belirtmiştir. Bu çağrıların sonrasında meydana gelen eylemlerde ise çok sayıda vatandaşın yaşamını yitirdiği, yaralandığı, ayrıca kamu binaları ve özel işyerlerine zarar verildiğini ifade etmiştir. Tutuklama gerekçesinde belirtilen bu eylemlerin kuvvetli suç şüphesi nedeni olarak gösterildiğini, dolayısıyla başvurunun belirtilen bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

114. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında tutuklama kararında belirtilen kuvvetli belirtilerin ifade özgürlüğü ile toplantı ve siyasi faaliyet hakkı kapsamında kalan konuşmalardan ibaret olduğu, tutuklamanın meşru amacının bulunmadığı, uygulanan tedbirin siyasi nitelik taşıdığı ve tutuklama kararının gerekçeden yoksun olduğu gerekçeleriyle Bakanlık görüşünün kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir.

b. Değerlendirme

115. 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."*

116. Anayasa'nın *"Kişi hürriyeti ve güvenliği"* kenar başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

> *"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.*
>
> ...
>
> *Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."*

117. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

118. Öte yandan başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında daha önce bireysel başvuru formunda dile getirmediği; tutukluluğun devamına ilişkin kararların ilgili ve yeterli gerekçe içermediği, Savcılığın tutukluluğun devamına ilişkin görüşlerinin kendilerine bildirilmediği, tutukluluğun devamına dair kararlara yaptıkları itirazların sonuçlandırılmadığı ve uzun bir süre geçmesine rağmen duruşma yapılmadığı şikâyetlerini de ileri sürmüştür.

119. Bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu olma durumunda tutukluluğun makul süreyi aştığı veya tutukluluk incelemeleri sırasında usule ilişkin güvencelerin sağlanmadığı iddiasıyla yapılacak bireysel başvurunun başvurucu hakkında soruşturma veya ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğun devamına karar verilen her aşamada başvuru yolları tüketildikten sonra veya serbest bırakılmadan itibaren başvuru süresi içinde yapılması gerekir (*Mehmet Emin Kılıç*, B. No: 2013/5267, 7/3/2014, § 28). Buna göre Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesinde yargılaması devam eden başvurucunun, hakkında ilk derece yargılaması devam ederken tutukluluğunun devamına karar verilen her aşamada başvuru yollarını tükettikten sonra başvuru süresi içinde yeniden bireysel başvuruda bulunarak -yeni bir bireysel başvuru formunu doldurmak, başvuru harcını yatırmak gibi usul yükümlülüklerini yerine getirmek koşuluyla- tutukluluğun makul süreyi aştığı ya da tutukluluk incelemelerinin usulüne ilişkin şikâyetlerini bireysel başvuru konusu etmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesi ancak bu durumda Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci ve sekizinci fıkraları kapsamında başvurucunun tutukluluğunun makul süreyi aşıp aşmadığı veya usule ilişkin diğer şikâyetler yönünde bir inceleme yapabilir.

120. Belirtilen nedenlebaşvurucunun sonradan ileri sürdüğübu şikâyetler yönünden ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.

i. Genel İlkeler

121. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen

durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

122. Ayrıca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53,54).

123. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman,* § 43; *Halas Aslan*, § 55).

124. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 57).

125. Buna göre tutuklama ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamanın ön koşulu, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bunun için suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir. İnandırıcı delil sayılabilecek olguların niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır (*Mustafa Ali Balbay*, § 72).

126. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konması her zaman mümkün olmayabilir. Zira tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ve/veya

kovuşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87; *Halas Aslan*, § 76). Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. Bu bakımdan suç isnadına ve dolayısıyla tutuklamaya 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*, § 73).

127. Bununla birlikte şüpheli veya sanığa isnat edilen eylemlerin ifade, basın ve sendika özgürlükleri ile siyasi faaliyette bulunma hakkı gibi demokratik toplum düzeni bakımından vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler kapsamında olduğu hususunda ciddi iddiaların bulunduğu veya bu durumun somut olayın koşullarından anlaşılabildiği hâllerde tutuklamaya karar veren yargı mercilerinin kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha özenli davranmaları gerekir. Buradaki özen yükümlülüğüne riayet edilip edilmediği Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir (Bu yöndeki denetim sonucunda verilen ihlal kararı için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, §§ 72-78; kabul edilemezlik kararları için bkz. *Mustafa Ali Balbay*, § 73; *Hidayet Karaca*, § 93; *İzzettin Alpergin* [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015, § 46; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 124, 133, 142).

128. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, tutuklama kararının "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak *"bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde"* ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır (*Halas Aslan*, § 58).

129. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması, şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe

oluşturması hâllerinde tutuklama kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Ramazan Aras*, § 46; *Halas Aslan*, § 59). Bununla birlikte başlangıçtaki bir tutuklama için Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin dayandığı tüm olguların somut olarak belirtilmesi -işin doğası gereği- her zaman mümkün olmayabilir (*Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 68).

130. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"tutuklamayı zorunlu kılan"* ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir (*Halas Aslan*, § 72).

131. 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 (AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

132. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlardan biri tutuklama tedbirinin isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı karşısında ölçülü olmasıdır. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72).

133. Ayrıca tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunun söylenebilmesi için tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olmaması gerekir. Bu çerçevede -tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan- adli kontrol yükümlülüklerinin ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından yeterli olması hâlinde tutuklama tedbirine başvurulmamalıdır. Nitekim bu hususa 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasında işaret edilmiştir (*Halas Aslan*, § 79).

134. Her somut olayda tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin olup olmadığının, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının ve tutuklama tedbirinin ölçülülüğünün takdiri öncelikle anılan tedbiri uygulayan yargı mercilerine aittir. Zira bu konuda taraflarla ve delillerle doğrudan temas hâlinde olan yargı mercileri Anayasa Mahkemesine kıyasla daha iyi konumdadır.

135. Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşıp aşmadığı Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesinin bu husustaki denetimi, somut olayın koşulları dikkate alınarak özellikle tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 79; *Selçuk Özdemir*, § 76). Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; tutuklamaya ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren delillerin somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterileceği belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 75; *Selçuk Özdemir*, § 67).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

136. Somut olayda öncelikle başvurucunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başvurucu, otuz bir ayrı fezlekeye konu olan eylemler (bkz. § 37) nedeniyle PKK silahlı terör örgütünün üyesi olma ve halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçlarından 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır (bkz. § 52).

137. Diğer taraftan başvurucu; Anayasa ile öngörülenin dışında bir usulle dokunulmazlığının kaldırıldığını, bu nedenle yasama dokunulmazlığından yararlandırılması gerektiğini ve hakkında tutuklama tedbiri uygulanamayacağını iddia etmektedir.

138. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin "Meclisin kararı olmadıkça" tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı belirtilmiştir.

139. Bununla birlikte 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddeyle bu maddenin TBMM tarafından kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla Bakanlığa, Başbakanlığa, TBMM Başkanlığına

veya Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir (bkz. § 39).

140. Başvurucunun da aralarında bulunduğu yetmiş milletvekili tarafından "dokunulmazlıkların kaldırılmasına dair TBMM kararı niteliğinde olduğu" ileri sürülerek anılan düzenlemenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemenin Anayasa'nın 85. maddesi kapsamında yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin bir karar olmadığı, Anayasa değişikliği niteliğinde bulunduğu sonucuna ulaşmış; Anayasa değişikliklerinin iptali istemine dair usule uyulmadığından talebin reddine karar vermiştir (AYM, E.2016/54, K.2016/117, 3/6/2016, §§ 4-15).

141. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı dikkate alındığında somut olayda başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına dair bir karar alınmadığı, yapılan Anayasa değişikliği ile belirli aşamalardaki dosyalarla ilgili olarak yasama dokunulmazlığı yönünden bir istisna getirildiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun hakkındaki tutuklama kararına konu suçların bu istisna kapsamında olmadığı yönünde bir iddiası bulunmamaktadır.

142. Nitekim Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğince de başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken *"6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na eklenen geçici 20. madde uyarınca atılı suçlar yönünden yasama dokunulmazlığının bulunmadığı ve bu nedenle soruşturma ve kovuşturma işlemi yapılabileceği"* değerlendirmesinde bulunulmuştur (bkz. § 52).

143. Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurucunun yasama dokunulmazlığı nedeniyle tutuklanamayacağı söylenemez. Bu yönüyle başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

144. Kanuni dayanağı bulunduğu anlaşılan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığı ve ölçülülüğü incelenmeden önce tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine ilişkin kuvvetli belirtinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

145. Başvurucunun tutuklanmasına karar veren Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği "6-7 Ekim olayları", "hendek olayları", başvurucunun bazı konuşmaları ve DTK bünyesindeki faaliyetlerine değinerekPKK silahlı terör örgütünün üyesi olma ve halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçları yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varmıştır (bkz. § 53).

146. Suriye'de yaşanan iç savaş sırasında Kobani'de -PKK'nın Suriye kolu olduğu kabul edilen- PYD ile DAEŞ arasında çıkan çatışmaların yoğunlaştığı dönemde soruşturma mercilerinin tespitlerine göre ilk olarak PKK'nın üst düzey yöneticilerinden birinin sosyal medya hesabından 5/10/2014 tarihinde yapılan açıklamada halk sokağa çıkmaya ve şehirleri işgal etmeye çağrılmıştır. Bu açıklamanın ertesi günü HDP'nin sosyal medya hesabından yapılan duyuruda başvurucunun da üyesi olduğu HDP MYK'nın Kobani olaylarına ilişkin gündemle toplandığı belirtilerek MYK adına bir açıklamaya yer verilmiştir. Bu açıklamada da halk acil olarak sokağa çıkmaya, sokağa çıkmış olanlara destek vermeye, alan tutmaya ve harekete geçmeye çağrılmıştır. Açıklamada ayrıca *"Bundan böyle her yer Kobane'dir. Kobane'deki kuşatma ve vahşi saldırganlık son bulana kadar SÜRESİZ DİRENİŞE çağırıyoruz."* denilmiştir. Söz konusu açıklamanın yapıldığı gün ve sonrasındaki günlerde PKK güdümünde yayın yaptığı belirtilen bir internet sitesinde yer alan duyuru ve haberlerde halk ayaklanmaya çağrılmış, tüm sokakların çatışma alanına dönüştürülmesi istenmiştir. Bu çağrılar üzerine 6/10/2014 günü başlayıp günlerce devam eden, ülkenin pek çok yerineyayılan, on binlerce kişinin katıldığı, çok sayıda kişinin hayatını kaybettiği ve yaralandığı, kamunun ve çok sayıda kişinin malına zarar verildiği büyük şiddet olayları yaşanmıştır (bkz. §§ 29, 30).

147. Başvurucu; HDP MYK tarafından yapılan çağrının DAEŞ'in Türkiye sınırına kadar ilerlediğinin öğrenilmesi üzerine yapıldığını, çağrının şiddete yönelik olmadığını, gösterilerin provokatörlerin kışkırtması sonucunda rayından çıktığını ve şiddet olaylarının yaşandığını, çağrının arkasında olduklarınıbasın yayın organlarına verdiği demeçlerde ifade etmiştir (bkz. § 37).

148. HDP'nin sosyal medya hesabından MYK adına, halkın sokağa çıkması ve direnişe katılması yönünde çağrı yapıldığı ve bu sırada başvurucunun partinin eş genel başkanı ve MYK üyesi olduğu hususlarında kuşku bulunmamaktadır. Başvurucu, söz konusu çağrının

iradesi dışında yapıldığını iddia etmemiş; aksine çağrıyı sahiplenecek şekilde beyanda bulunmuştur.

149. HDP MYK adına yapılan çağrı, Suriye'de yaşanan iç savaşın Türkiye'nin ulusal güvenliği üzerinde tehdit oluşturacak boyuta geldiği bir dönemde ve PKK'nın Suriye'deki uzantısı olan PYD ile DAEŞ arasında Kobani'de çıkan çatışmalar üzerine yapılmıştır. Ayrıca bu çağrının çatışmaların tarafı olan PKK terör örgütünün liderlerinden birinin Kobani'de yaşanan olayları bahane ederek Türkiye'deki "metropolleri işgal etmeye" yönelik çağrısının hemen ertesi gününde yapıldığı vurgulanmalıdır. Söz konusu çağrının yapıldığı günde PKK güdümünde yayın yaptığı belirtilen bir internet haber sitesinde yer alan duyuruda da ayrımcı ifadeler kullanılarak ve bir siyasi parti hedef gösterilerek "yaşamı dar etmek" ifadesine yer verilmek suretiyle ayaklanmanın en üst düzeyde genişletilmesi çağrısında bulunulmuştur.

150. Başvurucu; Suriye'de yaşanan iç savaşın Türkiye'nin ulusal güvenliği üzerinde tehdit oluşturduğunu, özellikle Kobani'de iki terör örgütü arasında yaşanan çatışmalar üzerine bu örgütlerden biri adına yapılan ayaklanma çağrısının Türkiye'de yaygın şiddet eylemlerine neden olabileceğini ve kamu düzenini bozabileceğini konumu itibarıyla öngörebilecek durumdadır. Ayrıca söz konusu çağrı HDP'nin kurumsal sosyal medya hesabından partinin yürütme organı olan MYK adına yapılmış olup bu nitelikteki bir çağrının bölgedeki kitle üzerinde ciddi ölçüde etkili olacağı yadsınamaz. Nitekim şiddet eylemleri, bu çağrıların yapıldığı gün başlamış ve giderek yaygınlaşmış; çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesi ve yaralanmasıyla sonuçlanacak şekilde ağırlaşmış; kamu düzeni bozulmuştur. Dolayısıyla soruşturma makamlarının HDP MYK adına yapılan çağrı ile PKK tarafından yapılan çağrılar arasında, yine bu çağrılar ile söz konusu şiddet olayları arasında illiyet bağı kurmasının olgusal ve hukuki temellerinin olduğu söylenebilir.

151. Öte yandan kamuoyunda "hendek olayları" olarak bilinen terör olaylarının yaşandığı dönemde PKK Doğu ve Güneydoğu Bölgelerindeki bazı yerleşim yerlerinde cadde ve sokaklara hendekler kazıp barikatlar kurmak, bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirmek suretiyle şehirlerin bir kısmında "öz yönetim" adı altında hâkimiyet kurmaya çalışmıştır. Güvenlik görevlileri; bu hendeklerin kapatılması ve barikatların kaldırılması, böylelikle yaşamın normale dönmesini sağlamak

amacıyla operasyonlar yapmıştır. Bu operasyonlarda çok sayıda ağır silah ve patlayıcı madde ele geçirilmiş, hendekler kapatılmış, barikatlar kaldırılmış ve ayrıca çok sayıda terörist etkisiz hâle getirilmiştir (bkz. §§ 31, 32).

152. Soruşturma mercilerinin yaptığı tespitlere göre başvurucu bu olayların yaşandığı dönemde Cizre'de halka hitaben yaptığı konuşmada *"halkın özyönetimle artık ben kendimi yönetmek istiyorum ... anlayışının bir kez daha tankla, topla durdurabileceklerini sanıyorlar."*, Lice'de yaptığı konuşmada *"Halkımız her yerde baskı politikalarına katliam politikalarına karşı direnebilecek güçtedir. Bütün saldırılara karşı kendimizi koruyacak gücümüz var. Çaresiz olmadığımızı gösteriyoruz, birlikte direneceğiz, kendi ana vatanımızı da tarihimizi de unutmadan haklarımızı da savunarak hep birlikte kurtuluşa gideceğiz."*, Diyarbakır'da yaptığı basın açıklamasında *"Bugün operasyon yaptığınız her yerde ... coşku havası hakim, ... o insanlar daha ilk günden kazandıklarından o kadar eminler ... Bir kez daha zulmün faşizmin kazanmasına imkan vermeyeceğiz, bu direniş kazanacaktır. Öyle hendek çukur diye küçümsemeye çalışanlar da dönüp tarihe baksınlar, on milyonlarca kahraman, yiğit bu darbeye karşı direnen insan var, sen halka karşı savaş açmışsın, halk her yerde direnir, direnecektir."* şeklinde ifadeler kullanmıştır. Başvurucu, son konuşmasında Diyarbakır'da yapılacak DTK'nın Olağanüstü Kongresi'nde "öz yönetim"in inşası sürecinin siyasi zeminde daha güçlü yönetilmesi için önemli kararlar alacaklarını ve bunları hayata geçireceklerini de söylemiştir.

153. Başvurucu 2015 yılında anılan kongrede yaptığı konuşmada *"Barikat ve hendek öz yönetim taleplerinin sonucunda ortaya çıktı gibi kısır bir tartışmaya bir cevap olsun diye bunları ifade ediyoruz. Barikat ve hendek Kürt halkı öz yönetim istediği için kazılmadı. Barikat ve Hendek Ankara'da katliam planları yapanlar o planları hayata geçirmeye başladığı için kazıldı. ... Ne hendeği ne barikatı mevzu oralara kadar küçümsenemez hendekteki barikattaki direnişin nedeni faşizme karşı katliama karşı duruş ve direniştir. Özerklik eşittir hendek barikat değildir. Özerklik ... onurlu yaşama hakkıdır eğer biri bunu kabul etmiyor, ... bunu aklından geçirenleri 'ben tutuklayacağım, katledeceğim, diz çöktüreceğim' diyorsa vallahi o barikat hendek kazmışlar çok değil"; "Direnen arkadaşlarımıza ... teşekkür ediyorum. Canını ortaya koyan ... her bir arkadaşımıza, ailelerine, şehitlerimize bir kez dahavefa ve bağlılık sözümüzü tekrar ediyoruz."* şeklinde beyanda bulunmuştur.

154. Başvurucu 26/3/2016 tarihinde hendek olayları devam ederken Diyarbakır'daki DTK Olağanüstü Kongresi'ndeki konuşmasında ise *"...*

Bugün Cizre'de, Silopi'de, Yüksekova'da, Sur'da veya başka bir yerde, Nusaybin'de teröre ve teröriste karşı mücadele edilmiyor... Bir halkın tamamı hedefe konulmuş durumdadır... hak ve özgürlük isteyen Kürtlerin hepsini terörist ilan edip gereğini yapacağım derseniz, 15 milyonluk halk da elinde ne imkân varsa sizin faşist uygulamalarınıza karşı tabi ki direnir. Orada direniş meşru olur. Yoksa savaş meşru bir şey değildir. Savaşın meşruiyeti olmaz. Direniş meşrudur..." şeklinde ifadeler kullanmıştır.

155. Anılan konuşmalar, genel olarak "hendek olayları"nın yoğunlaştığı yerlerde yapılmıştır. Bu itibarla soruşturma mercilerinin başvurucunun siyasi konumunu, söz konusu konuşmaların yapıldığı dönemi ve yerleri, konuşmaların içeriğini ve bağlamını birlikte dikkate alıp yukarıda yer verilen ifadeleri içeren konuşmaları terörle bağlantılı bir suç işlendiğine dair belirti olarak kabul etmelerinin temelsiz olduğu söylenemez.

156. Başvurucu 2012 ve 2013 yıllarında yaptığı bazı konuşmalar nedeniyle de soruşturma mercilerince suçlanmıştır. Bu bağlamda soruşturma mercilerinin tespitlerine göre Abdullah Öcalan'ın ceza infaz kurumunda tutulma koşullarını protesto etmek amacıyla ülke genelinde hükümlü ve tutuklularca ceza infaz kurumlarında başlatılan ölüm oruçlarını desteklemek için 2012 yılında Kızıltepe'de yaptığı konuşmada "*... demişler ki Öcalan posteri asamazsınız... onu diyenlere açıkça sesleniyorum.... biz başkan Apo'nun heykelini dikeceğiz heykelini.*", 2013 yılında Diyarbakır'da yaptığı konuşmada "*...Kürt hareketi savaşı meşru müdafaa savaşı olarak ele aldı... PKK hareketi olmasaydı bugün Kürt halkı diye bir şey Türkiye kürdistanı için en azından olmayacaktı. Türkiye kürdistanında Kürtlerin varlığından söz edilmeyecekti. 1984 hamlesi olmasaydı, gerilla savaşı olmasaydı, kimse bugün Kürt halkının varlığından söz edemezdi, çünkü Kürtlerin başka çaresi yoktu... Şemdinli'de Eruh'ta ilk direniş sergilendiğinde kimse ne olduğunun farkında değildi ama o direniş bugün büyük bir halk gerçeği yarattı."* şeklinde sözler sarf etmiştir. PKK'dan kaynaklı terör eylemlerini olumlayan ifadeler içeren söz konusu konuşmaların terörle bağlantılı bir suç işlendiğine dair belirti olarak kabul edilmesinin de temelsiz olduğu söylenemez.

157. Son olarak başvurucunun PKK terör örgütü yöneticilerinden talimat alarak hareket ettiği ileri sürülmüştür. "Yanlışlıkla infaz edilen" bir örgüt mensubunun ailesinin başvurucunun da içinde olduğu bir heyetçe ziyaret edilmesi ve örgüt tarafından hazırlanan özür mektubunun aileye iletilmesine ilişkin -PKK terör örgütünün kurucularından ve

yöneticilerinden biri olduğu belirtilen Sabri Ok'un talimatlarını içerdiği ileri sürülen- belge, Avrupa Konseyinden randevusu alınan görüşmeye başvurucunun da bizzat katılmasına ilişkin -Sabri Ok ile (terör örgütü yönetici olduğu belirtilen) K.Y. ve K.Y. ile başvurucu arasında geçtiği ileri sürülen- telefon konuşmaları (bkz. § 37) gözönüne alındığında soruşturma mercilerinin bu değerlendirmesinin olgusal temellerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

158. Sonuç olarak başvurucu yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli belirtilerin bulunmadığının kabulü mümkün değildir.

159. Diğer taraftan başvurucu hakkında uygulanan ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması şeklindeki ön koşulu yerine gelmiş olan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

160. Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken işlendiği iddia olunan silahlı terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin Kanun'da öngörülen yaptırımın ağırlığına ve suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan katalog suçlar arasında olmasına dayanıldığı görülmektedir (bkz. § 54).

161. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen silahlı terör örgütü üyesi olma ve suç işlemeye tahrik suçları, Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleridir (bkz. §§ 73-74, 78). İsnat edilen suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (*Hüseyin Burçak*, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61). Ayrıca anılan silahlı terör örgütü üyesi olma suçu, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasındadır (bkz. § 66).

162. Bunların yanı sıra yasama dokunulmazlığına ilişkin Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden sonra ilgili Cumhuriyet başsavcılıklarının başvurucuyu ifadesini almak üzere farklı tarihlerde birçok kez çağrı kâğıdıyla davet ettiği ancak başvurucunun bu çağrılara uymadığı görülmektedir. Ayrıca milletvekili dokunulmazlıklarına ilişkin Anayasa değişikliği teklifinin TBMM'ye verilmesi üzerine başvurucu, eş genel başkanı olduğu HDP adına yaptığı bir konuşmada kesin bir tavırla partisine ait hiçbir milletvekilinin ifade vermeye gitmeyeceğini belirtmiştir. Dolayısıyla başvurucunun bu tutumunun kişisel bir yaklaşımın ötesinde

soruşturma ve kovuşturma süreçlerini zorlaştırmaya yönelik siyasi bir tavır olduğu, bu nedenle devamlılık arz edebileceği söylenebilir.

163. Sonuç olarak başvurucu hakkında verilen tutuklama kararında açıklanan kaçma şüphesine ilişkin tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin bulunduğu anlaşılmaktadır.

164. Başvurucu hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının da belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 268; *Selçuk Özdemir*, § 76).

165. Somut olayda başvurucu, tutuklanmasının siyasi faaliyetlerini yerine getirmesine engel olacağını belirtmiş; bu nedenle Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarını emsal göstererek tutuklanmasının ölçüsüz olduğunu ileri sürmüştür.

166. Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar bir milletvekilinin milletvekili olarak görev yaptığı sırada tutuklanmasının hukuki olmadığı yönünde herhangi bir karar vermemiştir. Bu bağlamda tutuklandıktan sonra milletvekili seçilen kişiler tarafından yapılan başvurulara ilişkin olarak *Kemal Aktaş ve Selma Irmak* (B. No: 2014/85, 3/1/2014), *Faysal Sarıyıldız* (B. No: 2014/9, 3/1/2014), *İbrahim Ayhan* (B. No: 2013/9895, 2/1/2014) ve *Gülser Yıldırım* (B. No: 2013/9894, 2/1/2014) kararlarında bu yönde bir iddia dile getirilmediğinden (ilk) tutuklamanın hukuki olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılmamıştır. Ancak Mahkeme, (tutuklandığı tarihte akademisyen ve tıp doktoru olup sonradan milletvekili seçilen) *Mehmet Haberal* ve (tutuklandığı tarihte gazeteci olup sonradan milletvekili seçilen) *Mustafa Ali Balbay* tarafından yapılan başvurularda, başvurucuların kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı hâlde özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları -tutuklamanın hukuki olmadığı- iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulmuş ve başvuruların bu kısmına ilişkin olarak kabul edilemezlik kararları vermiştir (*Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 60-78; *Mustafa Ali Balbay*, §§ 68-78).

167. Anayasa Mahkemesi, milletvekillerinin tutukluluğuyla ilgili daha önce verdiği kararlarda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarıyla bağlantılı olarak sadece tutukluluğun makul süreyi aştığına ilişkin

şikâyetleri incelemiştir. Anılan kararlarda (*Mehmet Haberal*, § 99; *Mustafa Ali Balbay*, § 114; *Kemal Aktaş ve Selma Irmak*, § 57; *Faysal Sarıyıldız*, § 57; *İbrahim Ayhan*, § 56; *Gülser Yıldırım*, § 56) tutukluluk yönünden milletvekilliğinin yalnızca şu kapsamda dikkate alınacağını belirtmiştir:

"... 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..."

168. Anayasa Mahkemesi, anılan kararlarda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının kullanılmasından kaynaklanan yararla birlikte tutukluluğun süresini de -*Mehmet Haberal* başvurusunda 4 yıl 3 ay 22 gün (bkz. § 92), *Mustafa Ali Balbay* başvurusunda 4 yıl 5 ay (bkz. § 107), *Kemal Aktaş ve Selma Irmak* başvurusunda 4 yıl 8 ay 16 gün (bkz. § 52), *Faysal Sarıyıldız* başvurusunda 4 yıl 6 ay 15 gün (bkz. § 52), *İbrahim Ayhan* başvurusunda 3 yıl 2 ay 26 gün (bkz. § 51) ve *Gülser Yıldırım* başvurusunda 3 yıl 10 ay 5 gün (bkz. § 51)- dikkate almıştır.

169. Diğer yandan yasama dokunulmazlığına istisna getirildiği veya bu dokunulmazlığın kaldırıldığı durumlarda milletvekillerinin tutuklanamayacağına ilişkin anayasal bir kural bulunmamaktadır. Başvurucunun ileri sürdüğünün aksine Anayasa Mahkemesi, yukarıda yer verilen kararlarında milletvekillerinin tutuklanamayacağına dair bir değerlendirme yapmamıştır. Dolayısıyla milletvekilliği, başlı başına tutuklamaya engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte şüphesiz milletvekillerine isnat edilen eylemlerin siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamında olduğuna ilişkin ciddi iddiaların bulunduğu hâllerde tutuklamaya karar veren yargı mercileri kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha özenli davranmalıdır (bkz. § 127).

170. AİHM'in de milletvekilleri hakkında tutuklama tedbirinin hiçbir koşulda uygulanamayacağına ya da böyle bir tutuklamanın -otomatik

olarak- ölçüsüz olduğuna dair bir yaklaşımı söz konusu değildir. Aksine Komisyon, *Sakık ve diğerleri/Türkiye* başvurusunda devletin birliği ve ülke bütünlüğünü bozma suçlamasıyla milletvekili iken yasama dokunulmazlıkları kaldırılan ve tutuklanan başvurucuların bölücülük propagandası yapma ve/veya silahlı örgüte üye olma suçlarından hüküm giydiklerine dikkat çekmiş; tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasını reddetmiştir. Başvurucular, Divan önündeki incelemede ise Komisyonun vardığı sonucu kabul ettiklerini bildirmişlerdir. Divan da Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edilmediğinin açık olduğu sonucuna varmıştır (bkz. § 85).

171. Son olarak başvurucunun tutuklanmasına konu suçların genel olarak 2011 yılı Ekim ayı ile 2016 yılı Mart ayı arasındaki eylemlere ilişkin olması, dolayısıyla iddia edilen suçların işlendiği tarihten uzunca bir süre sonra tutuklama tedbirine başvurulması nedeniyle somut olayda ayrıca soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak "gerekli" olup olmadığının da incelenmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi benzer durumdaki (suç tarihi ile tutuklama tarihi arasında önemli zaman diliminin bulunduğu) bazı olaylara ilişkin başvurularda da tutuklamanın gerekliliğine dair incelemede bulunmuştur.

172. Bu kapsamda *Erdem Gül ve Can Dündar* (bkz. §§ 79-81) kararında, başvurucular hakkında soruşturma başlatıldığının kamuoyuna duyurulmasından sonra tutuklama tedbirinin uygulandığı tarihe kadar geçen yaklaşık altı aylık sürede soruşturma makamlarının suça konu edilen haberler dışında hangi delile ulaştıklarının ve dolayısıyla tutuklama tedbirinin uygulanmasının neden "gerekli" olduğunun somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılmaması hususu, başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılırken dikkate alınan olgulardan biri olmuştur. Mahkeme buna karşılık *Mehmet Baransu* (bkz. §§ 139-141) ve *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri* (B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 228-232) kararlarında suçun işlendiği tarih ile tutuklama tedbirinin uygulandığı tarih arasında uzun bir süre geçmiş olmasına rağmen bu süre içinde soruşturma işlemlerinin devam ettiğini ve soruşturma makamlarının hareketsiz kalmadığını dikkate alarak bu tutuklamaların süreç bakımından gerekli olmadığı sonucuna varmamıştır.

173. Somut olayda öncelikle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca, yasama dokunulmazlığından yararlandığı sürece

başvurucu hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının mümkün olmadığı gözardı edilmemelidir. Yasama dokunulmazlığının belirli aşamadaki dosyalar için uygulanmayacağına ilişkin Anayasa değişikliği 8/6/2016 tarihinde yürürlüğe girmiş ve başvurucu hakkındaki soruşturma dosyaları ilgili Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilmiştir. Başvurucu, anılan Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesinden yaklaşık beş ay sonra tutuklanmıştır.

174. Bu süreç içinde yapılan işlemler incelendiğinde Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesini müteakip farklı Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilen dosyalarla ilgili fezleke düzenlenmesi, dosyaların yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi, birleştirilmesi, başvurucunun ifadesinin alınması için talimat yazılması ve çağrı kâğıdı çıkarılması gibi usule ilişkin işlemlerin yapıldığı anlaşılmıştır (bkz. §§ 42-45). Dolayısıyla soruşturma sürecinde soruşturma mercileri başta olmak üzere kamu makamlarının hareketsiz kalmaları söz konusu değildir.

175. Öte yandan terör suçlarının soruşturulması kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 214; *Devran Duran*, § 64).

176. Ölçülülüğe ilişkin somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin isnat edilen suçlar için öngörülen yaptırımın ağırlığını ve işin niteliğini de gözönünde tutarak milletvekili olan başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfî ve temelsiz olduğu söylenemez.

177. Ayrıca tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak yukarıda yer alan tüm açıklamalar karşısında başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin Anayasa'da öngörülenin dışında siyasi bir amaçla gerçekleştirildiği iddiasının incelenmesini gerektiren bir durum söz konusu değildir.

178. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan

başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

3. Soruşturma Dosyasına Erişimin Kısıtlandığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

179. Başvurucu; hakkındaki gözaltı ve ifade süreçlerinde suçlamalara dair ayrıntılı şekilde bilgilendirilmediğini, soruşturma dosyasını inceleme talebinin "kısıtlama" kararı gerekçe gösterilerek kabul edilmediğini, kendisine yönelik suçlamaları ve bunların delillerini öğrenemediğini, bu nedenlerle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama bakımından gereği gibi savunma yapma ve itirazda bulunma imkânından yoksun bırakıldığını belirterek Anayasa'nın 19. ve 36. maddelerinin ve Sözleşme'nin 5. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkraları ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ifade edilen kişi hürriyeti ve güvenliği ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

180. Bakanlık görüşünde; başvurucunun kısıtlama kararını öğrendiği tarihten itibaren bu karara karşı itiraz hakkının bulunduğu ancak bu yola başvurmadığı belirtilmiştir. Bakanlık, Savcılık sorgusunda ve Sulh Ceza Hâkimliğinde başvurucunun ifade vermek istemediğini ve sorulacak sorulara cevap vermeyeceğini belirttiğini hatırlatarak savunma yapmak istemeyen başvurucunun iddiasının dürüstlük ilkesiyle bağdaşmayacağını vurgulamıştır. Bakanlık, başvurucunun hangi suçlardan hangi nedenlerle tutuklandığının tutuklama kararında açık bir şekilde belirtildiğinin altını çizmiş ve Anayasa Mahkemesinin benzer kararlarına da atıf yapılarak bir değerlendirme yapılmasıgerektiğini ifade etmiştir.

181. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru formunda ileri sürdüğü iddiaları aynen tekrar etmiş; kısıtlılık kararının soruşturma mercilerinin işlemlerine karşı etkili bir şekilde savunma yapma hakkını engellediğini iddia etmiştir.

b. Değerlendirme

182. 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."

183. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Genel İlkeler

184. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası; yakalanan veya tutuklanan kişiye 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 (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 168).

185. Diğer taraftan Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, hürriyeti kısıtlanan kişi kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Fıkrada öngörülen bu usulde, adil yargılanma hakkının bütün güvencelerini sağlamak mümkün değilse de iddia edilen tutmanın koşullarına uygun somut güvencelerin yargısal nitelikli bir kararla sağlanması gerekir (*Mehmet Haberal*, §§ 122, 123).

186. Bu bağlamda tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkelerine riayet edilmelidir (*Hikmet Yayğın*, B. No: 2013/1279, 30/12/2014, § 30). Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları 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. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını, bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir (*Bülent Karataş*, B. No: 2013/6428, 26/6/2014, §§ 70, 71).

187. Özellikle üçüncü kişilerin temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla

soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmadığı söylenemez. Ancak dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir (AYM, E.2014/195, K.2015/116, 23/12/2015, § 107).

188. Yakalanan bir kişiye yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı; böylece kişi, uygun görürse hürriyetinden yoksun bırakılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Bununla birlikte Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası, yakalama veya tutuklama sırasında verilen bilgilerin yakalanan veya tutuklanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesini, bir başka deyişle hakkındaki suçlamalara esas tüm delillerin bildirilmesini ya da açıklanmasını gerektirmemektedir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 175).

189. İfadesi ya da savunması alınırken başvurucuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş veya başvurucunun tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda başvurucunun tutukluluğa temel teşkil eden belgelere erişiminin olduğunun, içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip bulunduğunun ve bu nedenle de tutukluluk hâlinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiğinin kabulü gerekmektedir. Böyle bir durumda kişi, tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahiptir (*Hidayet Karaca*, § 107).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

190. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı 7/9/2016 tarihinde, 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurucu hakkındaki soruşturma dosyasına ilişkin olarak *"soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği"* gerekçesiyle müdafiinin dosya içeriğini incelemesinin ve belgelerden örnek almasının kısıtlanmasına karar verilmesi için Diyarbakır 4. Sulh Ceza Hâkimliğine başvuruda bulunmuş, bu talep anılan Mahkemece yerinde görülerek 9/9/2016 tarihinde

"kısıtlılık" kararı verilmiştir. Başvurucu kısıtlama kararının verildiği tarihten sonra 4/11/2016 tarihinde tutuklanmıştır.

191. Kısıtlama kararının daha sonra kaldırılıp kaldırılmadığı hususunda herhangi bir belge veya bilgi bulunmamakla birlikte Diyarbakır 8. Ağır Ceza Mahkemesince iddianamenin kabul edildiği 2/2/2016 tarihi itibarıyla kısıtlılık, 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kendiliğinden sona ermiş bulunmaktadır (bkz. § 72).

192. Başvurucuya yöneltilen suçlamalar, yasama dokunulmazlıklarıyla ilgili Anayasa değişikliği yapılmadan önce Cumhuriyet Başsavcılıkları tarafından düzenlenen fezlekelerde belirtilen eylemlere ilişkindir. Bu fezlekeler ile fezlekelere ekli soruşturma dosyalarının içeriğinin kısıtlama kararının öncesinde milletvekili olan başvurucunun veya müdafilerinin erişimine açık olmadığı yönünde herhangi bir tespit ya da iddia bulunmamaktadır.Öte yandan başvurucu, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan ifade alma işlemi sırasında üzerine atılı suçlamaları anladığını belirtmiş ancak soruşturmanın siyasi olduğuna inandığı için ifade vermek istemediğini söylemiştir (bkz. § 48)

193. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 4/11/2016 tarihli tutuklama talep yazısı incelendiğinde başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin ayrıntılı bir şekilde açıklamada bulunulduğu görülmektedir. Bu bağlamda suça konu edilen olaylarla ilgili bilgi ve delillere yer verilmiş, bu eylemlerin hukuki niteliğine yönelik olarak da değerlendirmelerde bulunulmuştur (bkz. § 50). Anılan talep yazısı sorgu işlemi öncesinde Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından da başvurucuya okunmuş, ayrıca sorgu tutanağında başvurucuya isnat edilen suçların okunup anlatıldığı belirtilmiştir (bkz. § 51). Başvurucunun sorgu sırasında suçlama konusu olaylarla ilgili anlatımda bulunmadığı, sorulan sorulara cevap vermeyeceğini ifade ettiği, sorgu sırasında hazır bulunan başvurucu müdafilerinin ise suçlamaların esasıyla ilgili ayrıntılı savunma yaptıkları görülmektedir. Hâkimlik, tutuklama kararında da tutuklamaya konu edilen suçlamalarla (eylemlerle) ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur (bkz. § 53). Ayrıca başvurucunun tutukluluğuna yönelik yapılan on sayfadan oluşan itiraz dilekçesinde de usul ve esasa ilişkin ayrıntılı bir biçimde savunmada bulunulmuştur. Dolayısıyla başvurucunun ve müdafilerinin isnat edilen suçlamalara ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere gerek sorgu öncesinde gerekse sorgu sonrasında erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

194. Dolayısıyla suç işlendiği şüphesine bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılmanın ilk aşamasında yapılan yargısal denetimin kapsamı ile suçlamalara dayanak olan temel unsurların başvurucuya veya müdafiine bildirildiği, başvurucuya bunlara itiraz etme imkânı verildiği ve tutuklamaya temel oluşturan delillerin nitelikleri dikkate alındığında salt kısıtlılık kararı nedeniyle soruşturma dosyasına erişim imkânından yoksun bırakıldığı iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır.

195. Açıklanan nedenlerle başvurucunun kısıtlama kararı nedeniyle soruşturma dosyasına erişim imkânı verilmediğine ilişkin iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. İfade Özgürlüğü ile Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Haklarının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

196. Başvurucu; soruşturmaya ve tutuklamaya konu suçların tamamının değişik tarihlerde milletvekili ve siyasi parti genel başkanı sıfatıyla katıldığı miting, basın açıklaması, konferanslar gibi etkinliklerde yaptığı konuşmalar olduğunu, tutuklanması nedeniyle yasama faaliyetine katılma hakkının engellendiğini belirterek Anayasa'nın 19., 26. ve 67. maddeleri, Sözleşme'nin 5. ve 10. maddeleri ile Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

197. Bakanlık görüşünde; Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği kararlara atfen başvurucunun ifade özgürlüğü ve siyasi faaliyette bulunma hakkı kapsamındaki beyanları nedeniyle tutuklandığı şikâyetinin özü itibarıyla hakkında kuvvetli suç şüphesi olmadan tutuklandığı iddiası kapsamında kaldığı belirtilmiştir. Bakanlık, bu bakımdan şikâyetin Sözleşme'nin 5. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bakanlık son olarak milletvekili olan başvurucunun kendisini destekleyen belirli bir halk kesimi üzerinde etkinliğinin bulunması vetutuklamaya konu olan eylemleri devamlı şekilde sürdürmesi dikkate alındığında uygulanan tedbirin toplumun korunması,

huzur içinde yaşamın devamı ve şiddetin önlenmesi için demokratik toplum bakımından gerekli ve orantılı olduğunu vurgulamıştır.

198. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında tutuklanmasına neden olan açıklamaların çoğunun yasama faaliyetleri kapsamında TBMM çatısı altında dile getirildiğini, bu açıklamaların muhalefet partisi lideri olarak seçmenlerini temsil ederken katıldığı eylemlerde tekrar edildiğini, tutuklanması nedeniyle yasama faaliyetlerine katılamadığını ve kendisine oy veren seçmenlerin de bu şekilde serbest seçim haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

199. Anayasa Mahkemesi, tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlükleri, dernek kurma hürriyeti, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları gibi diğer temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisini incelerken öncelikle tutuklamanın hukuki olup olmadığını ve/veya tutukluluğun makul süreyi aşıp aşmadığını değerlendirmekte; sonrasında tutuklamanın hukukiliğine ya da tutukluluğun süresinin makullüğüne ilişkin vardığı sonucu da dikkate alarak diğer temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirlemektedir (*Erdem Gül ve Can Dündar*, §§ 92-100; *Hidayet Karaca*, §§ 111-117; *Mehmet Baransu*, §§ 157-164; *Günay Dağ ve diğerleri*, §§ 191-203; *Mehmet Haberal*, §§ 105-116; *Mustafa Ali Balbay*, §§ 120-134; *Kemal Aktaş ve Selma Irmak*,§§ 61-75; *Faysal Sarıyıldız*, §§ 61-75; *İbrahim Ayhan*, §§ 60-74; *Gülser Yıldırım*, §§ 60-74).

200. Somut olayda başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelendiğinde başvurucunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu, ayrıca olayda tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğunun söylenebileceği sonucuna varılmıştır (bkz. §§ 145-176). Bu kapsamda yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında başvurucunun yalnızca ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları kapsamında kalan eylemleri nedeniyle soruşturmaya maruz kaldığı ve tutuklandığı iddiası yönünden farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılan bir durum bulunmamaktadır.

201. Açıklanan nedenlerle başvurucunun tutuklanmasının ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarını ihlal ettiği iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan

başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Yakalama ve gözaltına almanın hukuka aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3. Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

4. Tutuklanma dolayısıyla ifade özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 21/12/2017 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GÖRÜŞÜ

1. Halen İstanbul milletvekili olan başvurucu, 4/11/2016 tarihinde gözaltına alınmış ve Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin aynı tarihli kararı ile silahlı terör örgütüne üye olma ve halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçlarından tutuklanmıştır. Kararda, tutuklamanın ön koşulu olan kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu belirtildikten sonra tutuklama nedenlerinin varlığına ilişkin olarak tutuklama müzekkeresinde *"müsnet suç için kanunda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı, müsnet suçun CMK 100/3. maddesinde belirtilen katalog suçlardan oluşu, verilmesi beklenen cezaya göre tutuklama tedbirinin ölçülü ve gerekli olduğu, bu nedenlerle adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı"* tespitlerinde bulunulmuştur.

2. Anayasa'nın 19. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir"* ibaresi yer alırken, (3) numaralı fıkrasında *"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir"* hükmü düzenlenmiştir.

3. 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz"* ifadelerine yer verilmiştir.

4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesinin birinci fıkrasında da, herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu ve belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı güvence altına alınmıştır. Aynı fıkranın (c) bendinde de kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini de doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının istisnai halleri arasında sayılmıştır.

5. Anayasa'nın 19. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre tutuklamanın birinci genel şartı sanığın suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin var olmasıdır. Kuvvetli belirti tek başına tutuklama için yeterli olmayıp,

kişinin suçluluğu konusunda değerlendirilmesi gereken ilk adımı oluşturmaktadır. Daha sonraki aşamada ise sanığın veya şüphelinin kaçma, delillerin yok edilmesi veya değiştirilmesi ile ilgili fıkrada belirtilen diğer hususlarda risk taşıyıp, taşımadığının somut delillerin ışığında incelenmesi gerekmektedir.Tutuklama için soyut bir kaçma şüphesi yeterli değildir. Kaçma şüphesinin tutuklamayı gerektirecek düzeyde olup olmadığı ilgili olaya ve sanığın veya şüphelinin özelliklerine bakılarak takdir edilmelidir. Nesnel koşulların kaçmaya uygun olması, her zaman kaçma şüphesi varlığının kabulü sonucunu doğurmamalı, sanığın ve şüphelinin bu imkânlardan yararlanmak isteyip istemediği de araştırılmalıdır.

6. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen şartları sağlamadığı müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlali anlamına gelecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan,* B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53-54). Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"tutuklamayı zorunlu kılan"* ibaresi tutuklama koşulları arasında ölçülülüğün de olduğunu bize göstermektedir.

7. Başvurucunun tutuklanmasına karar veren Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hâkimliği "6-7 Ekim olayları", "hendek olayları", başvurucunun bazı konuşmaları ve DTK bünyesindeki faaliyetlerine değinerek PKK silahlı terör örgütünün üyesi olma ve halkı suç işlemeye alenen tahrik etme suçları yönünden kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varmıştır.

8. HDP'nin sosyal medya hesabından MYK adına, halkın sokağa çıkması ve "direnişe" katılması yönünde çağrı yapıldığı ve bu sırada başvurucunun partinin eş genel başkanı ve MYK üyesi olduğu hususlarında kuşku bulunmamaktadır. Eş başkan ve MYK üyesi olarak başvurucu, söz konusu çağrıyı katıldığını kabul etmektedir. Başvurucunun çeşitli tarihlerde ağırlıklı olarak Güneydoğu Anadolu Bölgesinde milletvekili ve siyasi parti genel başkanı sıfatıyla katıldığı miting, basın açıklaması, konferanslar gibi etkinliklerde yaptığı konuşmalarda kullandığı bazı

ifadelerin ve eş genel başkanı olduğu siyasi partinin MYK'sı adına sosyal medya üzerinden yapılan çağrıdaki kimi ifadelerin şiddeti teşvik etmediği ve ayaklanma ve isyana çağrı olarak algılanmaya müsait olmadığı söylenemez. Belirtilen nedenlerle başvurucunun fiilleri hakkında kuvvetli suç belirtisinin olmadığını söylemek mümkün görünmemektedir.

9. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca yalnızca bir ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde, kişinin suç işlediğine dair şüphenin bulunması hâlinde yetkili adli makamın huzuruna çıkarılması amacıyla tutuklanabileceğini ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğunun ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konması gerektiğine çok yakın bir tarihte karar vermiştir (*Buzadji/Moldova* ([BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016).

10. İlgili ve yeterli gerekçe ölçütü, şüphelinin tutuklanmasına neden olan suçu işlediğine dair makul veya kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin yanı sıra, kaçma risklerini ortaya koyan olguların ve bu risklerin önlenmesinde adli kontrol tedbirinin yetersizliğinin de ilk tutuklama kararında somut olarak ortaya konulmasını gerektirmektedir (*Buzadji/Moldova* ([BD], B. No: 23755/07, 5/7/2016 § 92, 102). Buna göre ilk tutuklama kararında yalnızca suç ve cezanın ağırlığına bakılmamalı, tutukluluğa konu suçun katalogda yer alması tutukluluk için yeterli görülmemeli, ilgili ve yeterli gerekçenin varlığı aranmalıdır.

11. Uzun süreden beri terör olaylarının cereyan ettiği bir bölgede hassas bir dönemde yapılan konuşmaların halk kitleleri tarafından nasıl algılanabileceği hususunda siyasi parti temsilcilerinin basiretli ve öngörülü davranması beklenmekle beraber, siyasi basiretsizlik ve öngörüsüzlük en temel anayasal haklardan olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına ölçüsüz bir müdahalede bulunulmasını meşru kılmaz.

12. Kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması için suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin olması tutuklama tedbirinin uygulanması için yeterli olmayıp ölçülülük ilkesinin de karşılanması gerekir. Ölçülülük ilkesinin sonucu olarak, temel hak ve özgürlüklere daha az bir müdahale içeren bir tedbirle aynı amaca ulaşılabilecek ise bu tedbirle yetinilmeli ve daha ağır bir tedbiri uygulamaktan kaçınılmalıdır. Tutuklama koruma

tedbiri ile sağlanması planlanan amaç adli kontrol tedbirlerinden biriyle de sağlanabilecekse, artık tutuklama haksızlığa sebep olacağından tutuklama yoluna gidilmemesi gerekecektir. Aksi halde, gerekenden daha ağır bir koruma tedbiri, tedbir niteliğinden uzaklaşıp ceza niteliğine bürünecektir. Bu kapsamda daha hafif bir tedbirle beklenen amaca ulaşmanın olanaklı olması durumunda daha ağırına başvurmak ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

13. Yerel mahkeme başvurucuya isnat edilen suçun katalog suçlardan olması ve verilmesi beklenen cezanın alt ve üst sınırlarını dikkate alarak adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı gerekçesiyle tutuklama tedbirinin gerekli ve ölçülü olduğu hükmüne ulaşmıştır. Milletvekili olan başvurucu, TBMM'de temsil edilen en büyük üçüncü partinin eş genel başkanıdır. Başvurucunun bir siyasetçi olarak yaptığı konuşmaların ve hakkındaki fezlekelerde belirtilen diğer iddiaların kuvvetli suç belirtisi oluşturduğu kabul edilse bile tutuklama tedbirine başvurulması başvurucunun konumu ve taşıdığı sıfatlar düşünüldüğünde demokratik toplum düzeninde baskılayıcı acil bir toplumsal ihtiyaca denk düşmemektedir. Masumiyet karinesini de göz önüne alırsak tutukluluk Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkından daha ağır basan gerçek bir kamu yararının varlığı halinde haklı bir tedbir olarak görülebilir. Kamuoyunun tanıdığı ve göz önünde olan bir siyasi parti eş başkanının isnat edilen suçların niteliği ve bunlar için öngörülen yaptırımların ağırlığı nedeniyle tutuklanmasında kamu yararı bulunmamaktadır.

14. Tutuklama tedbirine, zorunlu hallerde ve son çare olarak başvurulmalı, öncelikle hakkı daha az sınırlayıcı seçenekler üzerinde durulmalıdır. Başvurucu hakkındaki tutuklama tedbiri uygulanmasında hangi somut olguların başvurucunun kaçacağına veya saklanacağına ilişkin şüpheye neden olduğu, hangi davranışlarının ve tutumlarının delillerin karartılacağına dair şüphe oluşturduğu ve adli kontrol uygulanmasının neden yetersiz kalacağı hakkında doyurucu gerekçeler sunulmamıştır.

15. Başvurucu hakkında verilen tutuklama kararında açıklanan kaçma şüphesine ilişkin tutuklama nedenleri iki temele dayanmaktadır: İsnat edilen suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın ağırlığı ve başvurucunun Cumhuriyet başsavcılıklarına ifade vermeye gitmeyi reddetmesi. Cezanın

ağırlığının tek başına kaçma şüphesi için yeterli sayılması kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının çok dar ve katı yorumlanması sonucunu doğuracaktır. Başvurucunun ifade vermeye gitmemesinin kaçma şüphesi olarak değerlendirilmesi tespitine katılmak mümkün değildir (bkz. §§ 162-163), zira başvurucu ifade vermeyi reddettikten sonra kamuoyu önünde siyasi faaliyetlerine devam etmiş ve kaçma yönünde herhangi bir teşebbüste bulunmamıştır.

16. Başvurucu hakkındaki dokunulmazlığın kaldırıldığı tarih 20/05/2016 yakalanarak tutuklandığı tarih ise 04/11/2016'dır. Yaklaşık altı ay olan bu süre zarfında başvurucunun olağan siyasi çalışmalarına ve yasama faaliyetlerine devam ederek hiçbir şekilde kaçmaya teşebbüs etmediği görülmektedir. Başvurucunun dokunulmazlığını kaldıran anayasa değişikliği 8 Haziran 2016'da yürürlüğe girmiştir. Bu tarihten gözaltına alınarak tutuklandığı 4 Kasım 2016 tarihine kadara 10'larca kez yurt dışına gidip döndüğü pasaport kayıtları ile sabittir. Başvurucunun kaçma ve delilleri karartma ihtimalinin varlığı ifadesi tek başına bir gerekçe oluşturmamaktadır.

17. Kaçma tehlikesinin varlığını doğrulayan ya da bu tehlikenin tutuklu yargılamayı haklı kılamayacak derecede düşük olduğunu ortaya koyan diğer ilgili faktörlere bağlı olarak ayrıca bir değerlendirme yapılması zorunludur. Sanığın kaçma riskinin değerlendirilmesinde, sanığın karakteri, ahlaki durumu, ikametgâhı, mesleği, malvarlığı aile bağları, tutukluluğa karşı gösterdiği tepki, başka bir ülkeye gerçekten kaçmayı planlayıp planlamadığı, kaçmayı planladığı ülkeyle bağlantıları gibi hususlar, incelenmesi gereken diğer unsurlardır (*Becciev/Moldova*, B. No: 9190/03, 4 Ocak 2006, § 58).

18. Çoğunluk, terör suçlarının soruşturulmasının zorluğuna dikkati çekerek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmaması gerektiğine işaret etmiştir (§ 175). Bu tespite ilke olarak katılmakla birlikte, önümüzdeki olayda başvurucu hakkında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını daha az sınırlayıcı bir tedbire başvurulmasının suç ve suçlulukla mücadeleyi nasıl aşırı derece güçleştireceğinin somut olarak ortaya konulmadığını söylemek hatalı olmayacaktır.

19. AİHM, bir kararında ulusal mahkemelerin iç hukukta açıkça öngörülen adli kontrol tedbirine karar verme olasılığını hiç düşünmemiş olmalarını ve adli kontrol tedbirinin niçin başvurucunun mahkemeye gelmesini sağlayamayacağını veya başvurucu salıverilecek olursa niçin davasının gereği gibi görülemeyeceğini açıklamamış olmalarını dikkate alarak, Sözleşmenin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (*Jablonski/Polonya*, B. No: 33492/96, 21/12/2000).

20. İsnat edilen suçlar için öngörülen cezanın ağırlığı kaçma riski bakımından tek başına bir gerekçe oluşturmamalıdır. Nitekim AİHM'e göre bir sanığın kaçmasına ilişkin tehlike sadece söz konusu cezanın ağırlığı temelinde değerlendirilemez Bu aynı zamanda, bir kaçma tehlikesinin mevcudiyetini teyit eden veya kaçma ihtimalinin yargılanmak üzere tutuklanmayı haklı çıkarmayacak derecede düşük olduğunu ortaya koyan başka ilgili etmenlere göre değerlendirilmelidir (*Letellier/Fransa*, B. No: 12369/86, 26/6/1991, § 43).

21. Başvurucu milletvekilliğinin yanı sıra bir siyasi partinin (HDP) eş genel başkanıdır ve bu sıfatla 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasında da belirtildiği üzere partiyi temsil yetkisine sahiptir. HDP, en son yapılan 1 Kasım 2015 genel seçimlerinde aldığı 5.148.085 oy itibarıyla dördüncü, milletvekili sayısı yönünden de üçüncü büyük siyasi partidir.

22. Sınırsız ve mutlak bir hak olmayan siyasi faaliyetlere katılma hakkından yararlanma, suç şüphesi içeren etkinliklere katılan ilgili kişilerin hiç bir şekilde tutuklanmayacağı ve yargılanmayacağı anlamına gelmez. Hakkında suç işlediğine dair kuvvetli bir belirti bulunan bir milletvekili ve parti (eş) genel başkanı yasama dokunulmazlığının usulüne uygun kaldırılmasından sonra elbette tutuklanabilir ancak bu tedbir kaçma ve Anayasa 19/3'de belirtilen diğer hususlardaki risklerin de değerlendirildiği somut olgusal temellere dayanmalıdır. Böyle bir temeli olmayan, ölçülülük ilkesiyle uyuşmayan tutuklama uygulamaları siyasi faaliyetler üzerinde caydırıcı bir etki yaratarak demokratik toplum düzeninin yerleşmesine ve gelişmesine zarar vermiş olacaktır.

23. Başvurucunun tutuklanmasının siyasi faaliyetlerini yerine getirmesine engel olarak yasama faaliyetine katılma hakkını engellendiği kuşkusuzdur. Benzer şekilde, beş milyondan fazla oy alan bir siyasi

partinin eş genel başkanı için somut olgulara dayanan kaçma şüphesi, delilleri yok etme ve gizleme gibi durumlar olmadan sadece işlediği iddia edilen suçun katalog suçlardan olması ve başsavcılıkların ifade verme çağrısını reddetmesinden dolayı tutuklama tedbirine başvurulmasının partinin temsil ettiği seçmenlerin demokratik toplumsal hayata katılımlarını olumsuz etkileyeceğini söyleyebiliriz.

24. Açıklanmaya çalıştığım nedenlerle başvurucunun anayasanın 13. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile 67. maddesindeki seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmadım.

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ESASA İLİŞKİN KARARLAR

YAŞAMA HAKKI (MD. 17/1)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

GÜRKAN KAÇAR VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/11855)

Karar Tarihi: 13/9/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör	:	Nahit GEZGİN
Başvurucular	:	1. Gürkan KAÇAR
		2. Sevim İÇÖZ
		3. Hüseyin KAÇAR
Vekili	:	Av. Zeynel GÜVENÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, zihinsel engelli bir çocuğun demir yolu hattı üzerinde bulunan yüksek gerilim hattı kablolarından geçen elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralanması ve bu olaya ilişkin tazminat davasının makul sürede yürütülmeyerek reddedilmesi nedenleriyle yaşama ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/7/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucular, olay tarihinde Eskişehir'de yaşamaktadır. 1/1/1990 doğumlu olan başvurucu Gürkan Kaçar, diğer başvurucuların çocuğu olup zihinsel engellidir.

10. Başvurucu Gürkan Kaçar 8/7/2004 tarihinde bir köprünün altından geçen demir yolunda oynarken elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralanmıştır.

A. Ceza Soruşturması Süreci

11. Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığı (Cumhuriyet Başsavcılığı) olaya ilişkin soruşturma başlatmıştır.

12.Bu soruşturmada ifadeleri alınan başvurucular; demir yolunu caddeden ayıran duvarın yıkık olduğunu, başvurucu Gürkan Acar'ın da demir yoluna bu yıkık bölümden girdiğini söylemişlerdir.

13. Başvurucu Gürkan Kaçar 15/7/2004 tarihinde verdiği ifadesinde; köprünün altında gezerken uzun bir tel çubuk bulduğunu, bu çubukla köprünün yıkık duvarlarında oynarken birdenbire elektrik akımına kapıldığını hissettiğini, sonrasını ise hatırlamadığını belirtmiştir.

14. Başvurucu Sevim İçöz 1/3/2005 tarihinde verdiği ifadesinde, zihinsel engelli olan oğlunun olay günü evden tek başına ayrıldığını belirtmiştir. Başvurucu; ifadesinde olay yerinin ilerisinde bulunan ve demir yolu raylarını çevreleyen duvarların yıkık olduğunu, buradan rahatlıkla demir yoluna inilebildiğini, ayrıca duvarın yıkık olan kısmının yol olarak kullanılıp yakındaki pazar yerine buradan gidilip gelindiğini de ifadesine eklemiştir.

15. Kolluk görevlileri, olay yerine giderek incelemede bulunmuş ve bu konuda bir tutanak düzenlemişlerdir. Bu tutanağa göre olay yerinde,

trenlerin enerjisini sağlayan ve yerden yüksekliği yaklaşık 4,5-5 metre olan bir yüksek gerilim hattı bulunmaktadır. Bu hattın üzerinde elektrik şase (temas) izi ile bu izin tam altında kalan rayın üzerinde yanma izi ve is, ayrıca aynı bölgedeki rayların üzerinde 5 metre uzunluğunda metal bir boru ile bu borunun uç kısmında da elektrik şase izi görülmektedir. Tutanakta, demir yolunda bulunan köprü ayaklarındaki topraklama kablolarının bir kısmının yerinden kopmuş ve dışarıya sarkmış olduğu da belirtilmiştir.

16. Başvuru dosyasında, başvurucu Gürkan Kaçar'ın hastaneye ne şekilde ulaştırıldığı konusunda bir bilgi bulunmamaktadır. Bununla birlikte Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesinin 16/9/2004 tarihli adli muayene raporuna göre başvurucunun vücudunda 2. ve 3. derecede yanıklar meydana gelmiştir. Aynı rapora göre başvurucu; olay nedeniyle hayati tehlike geçirmiş, ayrıca on beş gün işinden ve gücünden kalacak şekilde yaralanmıştır.

17. Cumhuriyet savcısı olaydan beş ayı aşkın bir süre sonra16/12/2004 tarihinde refakatine bir teknik bilirkişi alarak olay yerinde incelemeler yapmış ve bu incelemeler sonucunda demir yolunun sol tarafında bulunan beton korkuluk üzerinde köprü korkulukları topraklama kablosunun bulunup bu topraklamanın muhafaza edildiğini, ayrıca demir yolunun her iki yönünde de cadde ile irtibatını kesen demir korkulukların yer aldığını tespit etmiştir.

18. Makine mühendisi olan bilirkişi M.G., olay yeri incelemesi sonrasında hazırladığı 27/12/2004 tarihli raporunda, başvurucu Gürkan Kaçar'ın olayda tam kusurlu olduğunu tespit ettiğini belirtmiştir.

19. Cumhuriyet Başsavcılığı 6/5/2005 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yollarında (TCDD) tesisler şefi olarak görev yapan Ö.Y. hakkında tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralanmaya sebebiyet vermek suçundan kamu davası açmıştır. Cumhuriyet Başsavcılığının söz konusu kamu davasını hangi delili dayanak alarak açtığı başvuru belgelerinden anlaşılamamıştır.

20. Eskişehir 2. Asliye Ceza Mahkemesi (Asliye Ceza Mahkemesi) tarafından yürütülen yargılama sırasında bir üniversitenin elektrik-elektronik fakültesinde öğretim elemanı olarak görev yapan bilirkişilerce hazırlanan 26/8/2005 tarihli raporda da başvurucuGürkan Kaçar'ın olayda tam kusurlu olduğubelirtilmiştir.

21. Asliye Ceza Mahkemesi 10/10/2005 tarihinde, sanığın beraatine karar vermiş; temyiz incelemesini gerçekleştiren Yargıtay 9. Ceza Dairesi 17/4/2007 tarihinde bu kararı onamıştır.

B. Tazminat Davası Süreci

22. Başvurucular 7/7/2005 tarihinde TCDD'ye başvurarak olayda hizmet kusurunun olduğunu ve bu nedenle maddi ve manevi zararlara uğradıklarını ileri sürerek toplamda 50.000 TL tazminat ödenmesini TCDD'den talep etmiş; bu taleplerine cevap alamayınca da 28/10/2005 tarihinde Eskişehir 1. İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) aynı taleplerini içeren bir tazminat (tam yargı) davası açmışlardır.

23. İdare Mahkemesi 13/11/2006 tarihinde, zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(...)

Söz konusu olayda davacılardan [başvurucular] Gürkan Kaçar ve Sevim Kaçar'ın verdiği ifadeler ile görevlipolislerin tuttuğu tespit tutanağından da anlaşılacağı üzere davacı [başvurucu] Gürkan Kaçar'ın; olay günü bahsi geçen bölgeye tren raylarını çevreleyen duvarın yıkılmış olan kısmından girdiği, Muttalıp Köprüsü ayaklarında bulunan topraklama iniş boruları ve kablolarından birinin kopmuş vaziyette bulduğu ve oynamak için kopararak aldığı, bu boruyu tren yolu üzerindeki kataner hattına değdirmesi sonucu elektrik çarpması sonucu yaralandığı görülmektedir.

Bu durumda idarenin her ne kadar tren yolu çevresindeki duvarların bakım ve onarımından sorumlu olduğu kabul edilse de, bu duvarların asıl amacının insanların ve diğer canlıların tren yoluna girmesi sonucunda oluşabilecek tren kazalarını önlemek olduğu, davacı Gürkan Kaçar'ın 15 [14] yaşında ve zihinsel özürlü bir çocuk olmasından bahisle sürekli bakım ve gözetim altında olması gerektiği halde, olay tarihinde yalnız olarak girilmesi yasakbölgede oynadığı, metal boruyu elektrik hattına dey[ğ]dirmek suretiyle kendi fiili sonucu bahsi geçen olaya sebebiyet verdiği göz önüne alınarak, zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunmadığı ve olayda maddi ve manevi tazminat koşulların oluşmadığı görüldüğünden davanın reddi gerektiği (sonucuna ulaşılmıştır)."

24. Başvurucuların temyiz talebini inceleyen Danıştay Onuncu Dairesi (Daire) 22/12/2010 tarihinde, dava konusu olayın meydana

gelmesinde davacılar Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar'ın gözetim ve denetim sorumluluklarını gereğince yerine getirmemeleri şeklinde gerçekleşen kusurlarının yanında idarenin de hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti bakımından idare personeli (Ö.Y.) hakkında açılan kamu davasındaki bilgi ve belgelerin de incelenmesi gerektiği gerekçesiyle söz konusu kararı bozmuştur.

25. Bozma kararı üzerine yeniden yapılan yargılama sonucunda İdare Mahkemesi, Asliye Ceza Mahkemesinin söz konusu dava dosyasını getirterek inceledikten sonra 23/9/2011 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(...)

... Üniversitesi öğretim elemanlarınca yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda da; olayın girilmesi yasaklanmış, güvenlik tedbiri ile sınırlandırılmış bir bölgeye girilmesi ve eline geçirdiği 5 metre boyundaki boruyu yüksek gerilim hattına tehlikeli bir şekilde yaklaştırması sonucu meydana geldiği, bu şekilde meydana gelen bir olayda alınabilecek bir tedbirin bulunmadığı, bu hali ile mağdurun 8/8 [tam] kusurlu bulunduğunun belirlendiği...

Gürkan Kaçar [başvurucu] ile Sevim Kaçar'ın [başvurucu] verdiği ifadeler ile polislerin tuttuğu tespit tutanağından da anlaşılacağı üzere, Gürkan Kaçar'ın, olay tarihinde bahsi geçen bölgeye tren raylarını çevreleyen duvarın yıkılmış olan kısmından girdiği, Muttalip Köprüsü ayaklarında bulunan topraklama iniş borusu ve kablolarından birisini kopmuş vaziyette bulduğu veya oynamak için kopararak yerinden aldığı, bu boruyu tren yolu üzerindeki kataner hattına değdirmesi sonucu, elektrik çarpması nedeniyle yaralandığı görülmektedir. Davalı idarenin her ne kadar tren yolu çevresindeki duvarların bakım ve onarımından sorumlu olduğu kabul edilsede, duvarların asıl amacının insanların ve diğer canlıların tren yoluna girmesi sonucu oluşabilecek tren kazalarını önlemek olduğu, davacı Gürkan Kaçar'ın ise 15 [14] yaşında ve zihinsel özürlü bir çocuk olmasından bahisle sürekli bakım ve gözetim altında olması gerektiği halde olay tarihinde yalnız olarak girilmesi yasak bölgede oynadığı, metal boruyu elektrik hatlarına yaklaştırmak suretiyle kendi fiili sonucu bahsi geçen olaya sebebiyet verdiği göz önüne alınarak, bu durum Eskişehir Asliye [2.] 2. [Asliye] Ceza Mahkemesi'nin yukarıda verilen kararı ile birlikte değerlendirildiğinde, uğranıldığı ileri sürülen zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunmadığı ve olayda maddi ve manevi tazminat

koşulların oluşmadığı görüldüğünden, davanın reddi gerektiği (sonucuna ulaşılmıştır)."

26. Başvurucular tarafından temyiz edilen bu karar, Daire tarafından 18/4/2013 tarihinde onanmış; başvurucuların karar düzeltme talebi de Dairenin 14/5/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

27. Nihai karar, başvuruculara 23/6/2014 tarihinde tebliğ edilmiş olup başvurucular 14/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*İptal ve tam yargı davaları*" kenar başlıklı 12. maddesi şöyledir:

"İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır."

B. Uluslararası Hukuk

1. Birleşmiş Milletler Belgeleri

29.9/12/1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 27/1/1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 20/11/1989 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 1., 3. ve 6. maddelerinin ilgili bölümleri şöyledir:

"Madde 1- Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.

Madde 3- 1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

2. Taraf Devletler, çocuğun ana–babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

(...)

Madde 6- 1. Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

2. Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler."

30. 3/12/2008 tarihli ve 5825 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 18/12/2008 tarihli ve 27084 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 30/3/2007 tarihli BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nde, engellilerin insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik etmenin, korumanın, sağlamanın ve doğuştan sahip oldukları onura saygıyı güçlendirmenin amaçlandığı belirtilmiştir. Sözleşme'de engelli kişiler, çeşitli engellerle karşılaşmaları hâlinde diğerleriyle eşit bir şekilde topluma tam ve etkili şekilde katılmalarını engelleyen uzun süreli fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyusal sakatlığı olan kişiler olarak tanımlanmıştır.

31. BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"İşbu Sözleşme'nin dayandığı ilkeler şunlardır:

(...)

(c) engellilerin topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanması;

(...)"

32. BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin "*Engelli çocuklar*" kenar başlıklı 7. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"1. Taraf Devletler, engelli çocukların diğer çocuklarla eşit bir şekilde tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam olarak yararlanmasını sağlamak için gerekli tüm tedbirleri alacaktır.

2.Engelli çocuklarla ilgili tüm eylemlerde, çocuğun üstün yararının gözetilmesine öncelik verilecektir.

(...)."

33. BM Engelli Hakları Sözleşmesi'nin "*Yaşama hakkı*" kenar başlıklı 10. maddesişöyledir:

"Taraf Devletler her insanın yaşama hakkına sahip olduğunu yeniden onaylayarak engellilerin bu haktan etkin ve diğer bireylerle eşit koşullar altında yararlanmalarını sağlayacak gerekli tüm tedbirleri alır."

2. Avrupa Konseyi Belgeleri

34. 18/1/2001 tarihli ve 4620 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 2/5/2002 tarihli ve 24743 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 25/1/1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin7. maddesi şöyledir:

"Çocuğu ilgilendiren davalarda gereksiz gecikmelerden kaçınmak için adli makam süratli hareket edecek ve vermiş olduğu kararların hızlı bir şekilde uygulanması için gerekli usule müteallik düzenlemeler yapılacaktır. Acil durumlarda, uygun ve gerekli ise, adli makam, kararlarının gecikmeden uygulanmasını öngören kararlar alma yetkisine sahip olacaktır."

35. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*İnsan haklarına saygıyükümlülüğü*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar"

36. Sözleşme'nin "*Yaşam hakkı*" kenar başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. ..."

37. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında; Sözleşme'nin 2. maddesinin ilk cümlesinin, devletlerin yalnızca kasti ve hukuka aykırı ölüme sebebiyet vermekten kaçınmasını değil aynı zamanda kendi egemenlik yetkileri içinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almalarına dair devletlere pozitif yükümlülük yüklediği de hatırlatılmaktadır (*L.C.B/İngiltere*, B. No: 23413/94, 9/6/1998, § 36).

38. AİHM'e göre Sözleşme'nin 2.maddesi,devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının bulunduğu durumlarda

devlete elindeki tüm imkânları kullanarak yaşama hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak yeterli yargısal veya diğer tedbirleri alma görevi yüklemektedir (*Osman/İngiltere*, B. No: 23452/94,28/10/1998, § 115; *Paul ve Audrey Edwards/İngiltere*, B. No: 46477/99, 14/3/2002, § 54). Mahkeme, bu yükümlülüğün -kamusal olsun veya olmasın- yaşama hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından da geçerli olduğu kanaatindedir (*Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99,31/11/ 2004, § 71).

39. AİHM,*Ciechonska/Polonya* (B. No: 19776/04, 14/6/2011, § 67) kararında devletin yaşama hakkını güvence altına alma görevinin; kamuya açık alanlarda bireylerin güvenliğini sağlamaya yönelik makul tedbirler almayı ve ciddi bir yaralanma ya da ölüm olayının yaşanması durumunda olayların tespit edilmesi, hatalı kişilerin sorumlu tutulması ve mağdura uygun telafinin sağlanması bakımından yeterli nitelikteki yasal yolların mevcut olduğunu güvence altına alan etkili ve bağımsız bir adli sisteme sahip olmayı kapsadığını kaydetmiştir.

40. Ancak AİHM'e göre Sözleşme'nin 2.maddesikapsamında, yetkililerin pozitif yükümlülükleri mutlak/koşulsuz değildir. Yaşama yönelik varsayılan her tehdit, yetkilileri riski önlemek için özel önlemler almaya zorlamaz. Özel önlemler alma yönünde bir görev, sadece yetkililerin yaşama yönelik gerçek ve yakın bir riskin bulunduğunu bildikleri ya da bilmeleri gerektiği ve yetkililerin durum üzerinde belirli derecede hâkimiyetlerinin bulunduğu hâllerde ortaya çıkar (*Finogevov ve diğerleri/Rusya*, B. No: 18299/03 ve 27311/03,20/12/ 2011, § 209).

41. Diğer taraftan söz konusu pozitif yükümlülük; modern toplumların güvenliğini sağlamadaki zorluklar, insan davranışlarının öngörülemezliği ve belirli bir faaliyete ilişkin tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılması gerektiği akılda tutularak yetkililere imkânsız veya aşırı bir sorumluluk yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır (*Finogevov ve Diğerleri*,§ 209; *Makaratzis/Yunanistan*, B. No: 50385/99,20/12/2004,§ 69).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

42. Mahkemenin 13/9/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Yaşama Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

43. Başvurucular; zihinsel engelli bir çocuk olan başvurucu Gürkan Kaçar'ın, demir yolu hattındaki güvenlik duvarlarının yıkılmış ve gerekli güvenlik önlemlerinin alınmamış olması nedeniyle kablolardaki elektrik akımına kapılarak yaralanmasına ve olayda idarenin bu şekilde hizmet kusuru bulunmasına rağmen açtıkları tazminat davasının çok uzun bir süre sonra reddedilmesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlallerin tespiti ile manevi tazminata karar verilmesi taleplerinde bulunmuşlardır.

44. Bakanlık görüşünde, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Görüşte, başvurucu Gürkan Kaçar'ın elektrik akımına kapılarak ağır bir şekilde yaralanmasının idarenin hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle meydana gelip gelmediğinin eksik araştırma nedeniyle belirlenmediği ve devletin, tehlikeli faaliyetlerden olan demir yolu ulaşım faaliyetini gerçekleştirdiği sırada söz konusu tren hattının çevre güvenliğine ilişkin her türlü makul tedbiri -tren raylarının girilmesi yasak bölge olduğuna ilişkin uyarı levhasının bulundurulması gibi- alıp almadığının araştırılmadığı belirtilmiştir. Görüşte ayrıca, olaya ilişkin davanın çok uzun bir süre sonra tamamlanabilmesinin de yaşama hakkının ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

45. Başvurucular; Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarında söz konusu demir yollarının bulunduğu bölgede herhangi bir güvenlik önlemi alınmadığının ilgili soruşturma ve dava dosyalarından sabit olduğunu, ayrıca olayın gerçekleşmesinden sonra zaman içinde söz konusu tren raylarının yer altında kaldığını, bu nedenle somut olay bakımından yeniden bilirkişi incelemesine başvurmanın bir yarar sağlamayacağını ifade etmişlerdir.

2. Değerlendirme

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

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

47.Anayasa'nın "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *"Devletin temel amaç ve görevleri, … Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; 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."*

a. Uygulanabilirlik Yönünden

48. Somut olayda başvurucu Gürkan Kaçar hayattadır. Bu nedenle başvuruda öncelikle yaşama hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabirliği hususunda bir değerlendirme yapmak gerekir.

49. Bir olayda yaşama hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmesi olmakla birlikte bazı durumlarda ölüm gerçekleşmese dahi olayın yaşama hakkı çerçevesinde incelenebilmesi mümkündür (*Mehmet Karadağ*, B. No: 2013/2030, 26/6/2014, § 20.)

50. Başvurucu Gürkan Kaçar, yüksek elektrik akımına kapıldığı olaydan yaralı olarak kurtulmuş ise de söz konusu akımın öldürücü niteliği ve başvurucunun fiziksel bütünlüğü üzerinde yarattığı etki diğer unsurlarla birlikte gözönünde bulundurulduğunda başvurunun, bu başvurucu yönünden yaşama hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile bağlantı kurularak bu başvurucu tarafından ileri sürülen iddiaların yaşama hakkı kapsamında olduğu değerlendirilmiş ve söz konusu iddialara ilişkin inceleme de bu çerçevede yapılmıştır.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

i. Başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar Yönünden

51.Zihinsel engelli olması nedeniyle başvurucu GürkanKaçar'ın Eskişehir 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin kararı ile kısıtlanmasına ve başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar'ın velayeti altına alınmasına karar verilmiştir.

52. Bu başvurucular, oğulları Gürkan Kaçar'a velayeten başvuruda bulunduklarını belirtmelerinin yanında olay nedeniyle üzüntü duyduklarından bahisle kendilerinin de yaşama hakkının ihlal edildiğinden şikâyet etmektedirler. Bu nedenle başvuruda, her ne kadar yaşama hakkının uygulanabilirliği söz konusu ise de başvurucuların anılan hak yönünden mağdur statüsüne sahip olup olmadıklarının öncelikle belirlenmesi gerekir.

53. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının ilgili bölümü 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. ..."*

54. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Bireysel başvuru hakkı"* kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."*

55.6216 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."*

56.Bireysel başvuru yolunu işletebilecekler esas itibarıyla doğrudan mağdur sıfatını taşıyan kişiler olmakla birlikte somut olayın koşullarına ve ihlal edilen hakkın niteliğine göre doğrudan mağdur ile arasında kişisel ve özel bir bağ bulunan, dolayısıyla da Anayasa'nın ihlalinden olumsuz olarak etkilenmiş veya ihlalin sona ermesinden meşru ve kişisel bir menfaati bulunan kimseler de "dolaylı mağdur" sıfatıyla bireysel başvuruda bulunabileceklerdir (*Engin Gök ve diğerleri*, B. No: 2013/3955, 14/4/2016, § 53).

57. Bununla birlikte "dolaylı mağduriyet"in ortaya çıkması, somut olayın koşullarına ve ihlal edilen hakkın niteliğine bağlı olarak

değişebilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, mağdurun bizzat başvuru yapmasının mümkün olmadığı ve yakın akrabalık ilişkisinin bulunduğu kimi durumlarda -özellikle yaşama hakkının söz konusu olduğu durumlarda- başvurucuların ihlalden doğrudan etkilenmemiş olmalarına rağmen ihlalden dolaylı olarak etkilenmeleri nedeniyle kendi adlarına başvuru yapabileceklerine karar vermiştir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41; *Cemil Danışman*, B. No: 2013/6319, 16/7/2014; *Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014; *Rıfat Bakır ve diğerleri,* B. No: 2013/2782, 11/3/2015).

58. Mevcut başvuruda başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar, sadece oğulları Gürkan Kaçar'ın değil kendi yaşama haklarının da ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Yaşama hakkından dolaylı olarak mağdur olunduğunun ileri sürülebilmesi için yakın akrabalık ilişkisi içinde olunan kişi veya kişilerin olayda yaşamını yitirmesi gerekmektedir. Başvurucuların oğulları, olayda ölümcül şekilde yaralanmakla birlikte başvuru tarihi itibarıyla hayattadır ve başvuruda bulunma imkânına da sahip olup bu imkânını kullanmıştır. Dolayısıyla bu başvurucuların yaşama hakkı bakımından doğrudan ya da dolaylı bir mağduriyetleri söz konusu olamaz.

59.Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Başvurucu Gürkan Kaçar Yönünden

60. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan başvurucunun yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

61. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşama hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülükler de yükler (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 50).

62. Pozitif yükümlülükler kapsamında devletin yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını, kamu görevlilerinin, diğer bireylerin ve hatta kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma ödevi vardır. Devlet, öncelikle yaşama hakkına yönelen tehdit ve risklere karşı caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler yapmalı ve bununla da yetinmeyerek gerekli idari tedbirleri almalıdır. Bu ödev ayrıca bireyin yaşamını her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten koruma yükümlülüğünü de içerir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*,§ 51).

63. Devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda, kamu makamlarının Anayasa'nın 17. maddesi gereğince öncelikle yetkileri dâhilinde tüm imkânları kullanarak yaşama hakkına yönelen tehdit ve risklere karşı etkili yasal ve idari tedbirleri oluşturmaları gerektiği ifade edilmelidir. Bu kapsamda anılan yasal ve idari tedbirler, yaşama hakkına yönelik ihlalleri durdurmayı ve gerektiğinde faillerin cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır. Bu yükümlülük, yaşama hakkının tehlikeye girebileceği her durum bakımından geçerlidir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 52).

64. Öte yandan yaşama hakkının gerektirdiği pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi kapsamında alınacak tedbirlerin belirlenmesi, idari ve yargısal makamların takdirinde olan bir husustur. Hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması adına pek çok yöntem benimsenebilir ve mevzuatta düzenlenmiş herhangi bir tedbirin yerine getirilmesinde başarısız olunsa bile pozitif yükümlülükler diğer bir tedbir ile yerine getirilebilir (*Bilal Turan ve diğerleri,* B. No: 2013/2075, 4/12/2013, § 59).

65. Bir kişinin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğunun kamu makamlarınca bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumlarda makul ölçüler çerçevesinde kamu makamlarının bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde önlem alması gerekir. Ancak özellikle insan davranışlarının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlem veya yürütülecek faaliyet tercihi dikkate alındığında pozitif yükümlülük kamu makamları üzerinde aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanamaz (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*,§ 53).

66. Devletin yaşama hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin ayrıca usule ilişkin bir yönü de bulunmaktadır(*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54). Bu nedenle yaşama hakkı kapsamında hukuki sorumluluğu ortaya

koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarında makul derecede ivedilik ve özen şartının yerine getirilmesi, dolayısıyla derece mahkemelerinin bu tür olaylara ilişkin yürüttükleri yargılamalarda, Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği seviyede bir inceleme yapıp yapmadıklarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira derece mahkemeleri tarafından bu konuda gösterilecek hassasiyet, yürürlükteki yargı sisteminin daha sonra ortaya çıkabilecek benzer hak ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine engel olacaktır (*Perihan Uçar*, B. No: 2013/5860, 1/12/2015, § 52).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

67. Başvuruya konu olayda, zihinsel engelli ve olay tarihinde çocuk olan başvurucunun demir yolunda bulunan kablolardaki elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralandığıtartışmasızdır.

68. Bu noktada öncelikle demir yolu taşımacılığı faaliyetinin niteliği itibarıyla kişilerin yaşamı ve vücut bütünlüğü bakımından birtakım riskler içermesi sebebiyletehlikeli bir faaliyet olduğunu -devletin yaşamı koruma yükümlülüğü bakımından- söylemek gerekir. Bu tehlikeli olma durumu nedeniyle kamu makamları, demir yollarının işletilmesinde gerekli güvenlik tedbirlerini almalı; trenlerin seyrüseferinde veya gar ve benzeri işletmelerde istenmeyen ölüm ve yaralanma olaylarının önüne geçmek için makul ölçüler çerçevesinde gerekenleri yapmalıdır.

69. İfade edilmesi gereken bir diğer husus da çocuklar, bedensel veya zihinsel engelliler ya da benzeri durumda olan diğer kişilerin bu tür tehlikeli faaliyetlere karşı korunmayadiğer kişilere göre daha fazla muhtaç olduklarıdır. Başka bir ifadeyle çocuklar ve zihinsel engelliler, yetişkinlerin sahip olduğu muhakeme yeteneğine sahip olmadıklarından özel olarak korunmaya muhtaçtır. Çocuklardan ve zihinsel engellilerden olaylara ve özelde kendilerine yönelen tehlikeye karşı yetişkinlerden gösterilmesi beklenen asgari davranışları sergilemelerini beklemek mümkün değildir.

70. Söz konusu yükümlülük, özellikle insan davranışlarının öngörülemezliği nazara alınarak kamu makamları üzerinde aşırı bir yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalı (bkz. § 65) ise de anılan makamların tehlike içeren faaliyetleri yürütürken insan davranışlarına ilişkin öngörülerinde çocukları, zihinsel engellileri ve özel korunmaya

muhtaç olan diğer kişileriözellikle dikkate almaları ve buna göre belirleyecekleri elverişli idari tedbirleri derhâl uygulamaya koymaları gerekmektedir. Başka deyişle kamu makamları, kişilerin yaşamının ve vücut bütünlüklerinin korunması için gerekli tedbirleri alırken özel korunmaya muhtaç kişileri de dikkate alarak davranmalıdır.

71. Dolayısıyla devletin yaşamı koruma yükümlülüğü açısından yapılacak olan değerlendirmelerde, çocukların ve zihinsel engellilerin bedensel ve ruhsal gelişimlerini dikkate almak ve buna göre bir sonuca varmak gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, daha önce yapılan benzer bireysel başvurularda da yaşamı korumaya yönelik alınması gerekli tedbirlerin niteliğini belirlerken çocukların söz konusu özelliklerini gözetmiş ve buna göre bir sonuca varmıştır (*Salih Ülgen ve diğerleri*, B. No: 2013/6585, 18/9/2014; *Adem Ülgen ve diğerleri*, B. No: 2013/6581, 25/2/2015).

72. Aksinin kabulü çocuk veya engelli olmaları nedeniyle özel korunmaya muhtaç olduklarında şüphe bulunmayan kişilere, herhangi bir engeli olmayan yetişkinlerden beklenebilecek davranışlar sergileme yükümlülüğü yükleyecektir. Böyle bir kabul ise devletin, çocukların ve engellilerin hayatta kalması için mümkün olan azami çabayı göstermesine ve engellilerin topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanmasına ilişkin ödevleri ile bağdaşmaz.

73. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde olaya ilişkin ceza soruşturmasında, meydana gelmesinden beş ayı aşkın bir süre sonra gerçekleştirilen keşif ve sonrasında düzenlenen bilirkişi raporunda başvurucuların olay yerindeki duvarın yıkık olduğuna ve başvurucu Gürkan Kaçar'ın demir yoluna buradan girdiğine ilişkin beyanlarının dikkate alınıp alınmadığı, başka deyişle gerçekleştirilen keşif sırasında tespit edilen güvenlik tedbirlerine ilişkin durumun olayın gerçekleştiği tarihte de söz konusu olup olmadığının araştırılıp araştırılmadığı anlaşılamamıştır. Diğer taraftan söz konusu keşif ve raporda, başvurucu Gürkan Kaçar'ın nasıl olup da olay yerine girebildiğine ve elektrik akımına kapıldığına ilişkin yeterli bir açıklama da bulunmamaktadır (bkz. §§ 17, 18).

74. Bununla birlikte olaya ilişkin tazminat davasında, başvurucunun olayın gerçekleştiği bölgeye tren raylarını çevreleyen duvarın yıkılmış olan kısmından girdiği, burada bulunan köprüdeki elektrik kablolarından birini kopmuş şekilde bulduğu veya oynamak için kopararak yerinden

aldığı bu kabloyu tren yolu üzerindeki kataner hattına değdirmesi sonucu elektrik çarpması nedeniyle yaralandığı kabul edilmiştir (bkz. §§ 23, 25).

75. Bu noktada ifade edilmelidir ki devletin yaşamı korumaya ilişkin yükümlülüğü, tehlikeye karşı aşırı tedbirsiz davranan kişiler bakımından da sınırsız bir şekilde söz konusu olamaz. Ayrıca bu yükümlülük, her durumda ve koşulda tehlikeye karşı mutlak bir güvenlik sağlamayı da garanti etmez. Bununla birlikte kamusal makamların gerekli güvenlik tedbirlerini almaları gerekirken almamaları hâlinde özellikle özel korunmaya muhtaç kişilerin bu tedbirsizliğinin anılan makamların sorumluluklarını tamamen ortadan kaldırmayacağını da belirtmek gerekir.

76. Olaylara ve özelde kendisine yönelen tehlikeye karşı herhangi bir engeli bulunmayan yetişkinlerden göstermesi beklenen asgari davranışları sergileyerek belli ölçülerde tedbirli olması kendisinden beklenemeyecek olan zihinsel engelli çocuk başvurucu Gürkan Kaçar'ın yıkılmış şekilde bırakıldığı anlaşılan güvenlik duvarındantehlikeli bölgeye girebildiği ve buradaki açıkta bırakılan elektrik kablolarından elektrik akımına kapılarak ağır şekilde yaralandığı başvuruya konu olayda, idarenin gerekli güvenlik tedbirlerini almadığı gözetilmeksizin tedbirsiz davrandığından bahisle tam kusurlu olarak görülmesi ve meydana gelen ağır zarara katlanmasının gerektiğinin kabul edilmesi mümkün değildir.

77. Sonuç olarak somut olayda kamu makamlarının yaşama yönelik öngörebilecekleri gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu, anılan makamların bu tehlikeyi önleyebilmek için makul ölçüler çerçevesinde kendilerinden beklenebilecek herhangi bir tedbiri almadıkları kanaatine varılmıştır.

78. Öte yandan somut olay, yaşama ilişkin etkili yargısal korumanın sağlanıp sağlanmadığı bakımından da değerlendirilmelidir. Olaya ilişkin dava, yaklaşık dokuz yıl sonra sonuçlandırılabilmiş ve söz konusu davada, yürütülen tehlikeli faaliyete ilişkin gerekli güvenlik tedbirlerinin alınmadığı ve başvurucunun zihinsel engelli bir çocuk olduğu ileebeveyninin tehlikeli alanda oynamasına izin vermesinin idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacağı gözetilmemiş ve başvurucu, tedbirsiz davranışta bulunduğu gerekçe gösterilerek olayda tam kusurlu kabul edilmiştir.

79. Söz konusu davadaki bu kabulün yukarıda ifade edilen yaşamı koruma yükümlülüğüne ilişkin ilkeler ile açıkça bağdaşmamasının yanında yetkili mercilerin makul süratte hareket etmek adına olaya gösterdikleri tepkinin derecesinin de yeterli olmadığı görülmüştür. Şöyle ki söz konusu davanınilerlemesine engel olan herhangi bir unsur ya da güçlük bulunmamaktadır. Ayrıca dava, bu derece uzun sürmesine sebebiyet verecek nitelikte bir karmaşıklığa da sahip değildir. Bu nedenle, söz konusu davada yürürlükteki yargı sisteminin daha sonra ortaya çıkabilecek benzer yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde sahip olduğu önemli rolün zarar görmesine neden olabilecek şekilde makul süratle hareket edilmediği kanaatine varılmıştır.

80. Oysa bu konuda azami oranda hassasiyet gösterilmesi, kişilerin hukukun üstünlüğüne olan bağlılığını sürdürmesi ve adalete olan güvenin sarsılmaması açısından kritik bir öneme sahiptir.

81. Tüm açıklamalar ışığında söz konusu davanın yaşama yönelik gerçek bir tehlikeye karşı etkili yargısal koruma sağlama ilkesiyle açıkça bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

82.Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar'ın İddiaları ile Bakanlığın Görüşü

83. Başvurucular, oğullarının yaralanmasıyla sonuçlanan ve davacısı oldukları olaya ilişkin tazminat davasının makul sürede tamamlanmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve manevi tazminata karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır.

2. Değerlendirme

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

84. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

85. Medeni hak ve yükümlülüklere ilişkin yargılamalar ile hukuk sisteminde yer alan mevzuat hükümleri gereğince "kamu hukuku" alanına dâhil olan ancak sonucu itibarıyla medeni haklar ve yükümlülükler üzerinde belirleyici olan uyuşmazlıkları konu alan davaların makul sürede tamamlanmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesince makul sürede yargılanma hakkının adil yargılanma hakkının kapsamına dâhil olduğu kabul edilerek bir davadaki yargılama süresinin makul olup olmadığının tespitinde davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususların dikkate alınacağı belirtilmiştir (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 34-64; *Selahattin Akyıl*, B. No: 2012/1198, 7/11/2013, §§ 54-60).

86. Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararları dikkate alınarak başvurunun değerlendirilmesi sonucunda başvuruya konu davanın -yaşama hakkına ilişkin değerlendirmelerde de ifade edildiği gibi- hukuki meselenin çözümündeki güçlük, maddi olayların karmaşıklığı, delillerin toplanmasında karşılaşılan engeller, taraf sayısı gibi kriterler dikkate alındığında karmaşık olmaktan çok uzak olduğu anlaşılmıştır. Başvurucuların tutum ve davranışları ile usule ilişkin haklarını kullanırken özensiz davranmalarıyla yargılamanın uzamasına önemli ölçüde sebep oldukları da söylenemez. Dolayısıyla somut başvuru açısından yaklaşık 9 yıllık yargılama süresinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır.

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

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

88. 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."

89. Başvurucu Gürkan Kaçar 50.000 TL, diğer başvurucular ise ayrı ayrı 25.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

90. Başvurucu Gürkan Kaçar'ın yaşama hakkının, diğer başvurucular Sevim İçöz ile Hüseyin Kaçar'ın ise makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

91. Yaşama hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için başvurucu Gürkan Kaçar yönünden yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Eskişehir 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

92. Makul sürede yargılanma hakkının ihlali tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar'a müştereken net 9.600 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

93. Yaşama hakkına ilişkin etkili yargısal koruma yükümlülüğünün makul süratle hareket etme boyutunun da ihlaline karar verildiğinden başvurucu Gürkan Kaçar'a yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama yapılmasıyla giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığındanet25.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

94. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,60 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvuruculara müşterekenödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar'ın yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar'ın adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

3. Başvurucu Gürkan Kaçar'ın yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar'ın Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Başvurucu Gürkan Kaçar'ın Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin başvurucu Gürkan Kaçar'ın yaşama hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Eskişehir 1. İdare Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. 1. Başvurucu Gürkan Kaçar'a net 25.000 TL manevi tazminatın ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

2. Başvurucular Sevim İçöz ve Hüseyin Kaçar'a net 9.600 TL manevi tazminatın müştereken ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucuların 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 Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 13/9/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SERFİNAZ ÖZTÜRK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/18274)

Karar Tarihi: 21/9/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör Yrd.	:	Halil İbrahim DURSUN
Başvurucu	:	Serfinaz ÖZTÜRK
Vekili	:	Av. Tuncer ÖZYAVUZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, hükümlü olarak bulunulan ceza infaz kurumunda ası suretiyle intihar edilmesi ve bu intihar olayına ilişkin etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle yaşama hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 13/11/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru dilekçesi ve ekleri ile onaylı suretleri Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından gönderilen soruşturma dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, Ümraniye T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (Ceza İnfaz Kurumu) hükümlü iken 20/3/2014 tarihinde yaşamını yitiren 1981 doğumlu U.Ö.nün annesidir.

A. U.Ö.nün Ceza İnfaz Kurumuna Girişi ve Ölümü

10 .Başvurucunun oğlu U.Ö., kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde kabul etme veya bulundurma suçundan (iki ayrı) toplam 10 ay 300 gün kesinleşmiş hapis cezasının infazı için 6/2/2014 tarihinde Ceza İnfaz Kurumuna girmiştir. Başvuru formu ve eklerinden U.Ö.nün Ceza İnfaz Kurumuna girdiği sırada başka bazı suçlardan da yargılandığı anlaşılmaktadır.

11. Ceza İnfaz Kurumuna giren U.Ö., önce geçici 1 No.lu odaya yerleştirilmiş; akabinde ise 7/2/2014 tarihinde A-5 No.lu odaya alınmıştır. U.Ö., Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne sunduğu 5/3/2014 tarihli bir dilekçe ile Ceza İnfaz Kurumunun tekstil atölyesinde çalışma talebinde bulunmuştur. U.Ö., tekstil atölyesinde çalışmasının maddi ve manevi yönlerden kendisini rahatlatacağını ifade etmiştir. Bu talep sonrasında Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü 14/3/2014 tarihinde, U.Ö.nün Ceza İnfaz Kurumu tekstil atölyesinde çalışan hükümlülerin kaldığı A-15 No.lu odaya yerleştirilmesine karar vermiştir. Bu kararda ayrıca U.Ö.nün Ceza İnfaz Kurumu tekstil atölyesinde stajyer olarak çalıştırılacağı da ifade edilmiştir.

12. Ceza İnfaz Kurumu psikoloğu 18/2/2014 tarihinde, U.Ö. ile ilk görüşmeyi gerçekleştirmiş ve bu görüşmeden sonra "Hükümlü-Tutuklu Ön Görüşme Tanıma Takip Formu"nu düzenlemiştir. Psikolog 7/3/2014 tarihinde U.Ö. ile bireysel bir görüşme daha gerçekleştirmiş ve madde bağımlısı olan hükümlünün Ceza İnfaz Kurumu hayatına uyum sağlamakta zorluk çektiği tespitinde bulunmuştur.

13.İstanbul Anadolu 3. Sulh Ceza Mahkemesi, U.Ö.nün yargılandığı bir dava kapsamında Ceza İnfaz Kurumuna müzekkere yazarak U.Ö.nün

yargılanmasına sebep olan suçu işlediği dönemde cezai ehliyetini ortadan kaldıracak ya da azaltacak nitelikte bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığı hususunun tespit edilmesi amacıyla Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesine (Hastane) götürülerek muayene ettirilmesini istemiştir. U.Ö. bu kapsamda 7/3/2014 tarihinde Hastanenin Sağlık Kurulu Polikliniğine götürülmüştür. Burada yapılan ön muayene sonrasında U.Ö.ye "madde kullanımına bağlı psikotik bozukluk" ön tanısı konmuş; akabinde ise psikometrik test için kendisine 18/3/2014 günü saat 11.00'e randevu verilmiştir. Burada yapılan muayene sonrasında ayrıca *"31 yaşında erkek hasta. Madde kötüye kullanımına bağlı psikotik bozukluk tanısı mevcut. Tedavi için değerlendirilmesi rica olunur."* notuyla Adli Poliklinikten konsültasyon istenmiştir. Başvuru formu ve eklerinde 7/3/2014 tarihinde U.Ö.nün sağlık durumu ile ilgili olarak başka herhangi bir işlem yapıldığına dair bir kayıt mevcut değildir.

14. Ceza İnfaz Kurumu psikoloğu 17/3/2014 tarihinde U.Ö. ile bir görüşme daha gerçekleştirmiştir. Psikolog, U.Ö.nün madde kullanımına bağlı depresif semptomlar ve intihar eğilimi gösterdiği gerekçesiyle psikiyatri servisinde tedavi görmesi gerektiğini değerlendirerek U.Ö.yü Ceza İnfaz Kurumu Tabipliğine yönlendirmiştir. Ceza İnfaz Kurumu Tabipliği 18/3/2014 tarihinde yapılan muayenesi neticesinde U.Ö.nün Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Adli Polikliniğe sevkini uygun görmüştür.

15. Ceza İnfaz Kurumu Tabipliğinin sevki üzerine 18/3/2014 tarihinde Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Adli Polikliniğinde muayene edilen U.Ö. hakkında *"Depresif epizod. Aktif suisid fikri yok. Pasif suisidal fikirleri var."* değerlendirmeleri yapılmıştır. Muayene neticesinde hastaya bazı ilaçlar yazılmış, ayrıca iki hafta sonra hastadan kontrole gelmesi istenmiştir.

16. U.Ö., Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne sunduğu 20/3/2014 tarihli bir dilekçe ile reçetesinde yazılan ilaçların tarafına verilmesi talebinde bulunmuştur. Başvuru formu ve eklerinde söz konusu ilaçların 20/3/2014 tarihinde özel bir eczaneden alındığı anlaşılmaktadır (U.Ö. aynı gün intihar ettiği için bu ilaçlar kendisine teslim edilememiştir.).

17. U.Ö., yargılandığı bir davanın duruşmasına katılmak üzere 20/3/2014 tarihinde Ceza İnfaz Kurmundan çıkarılmış; duruşmaya katıldıktan sonra

tekrar Ceza İnfaz Kurumuna getirilerek saat 14.45'te kaldığı A-15 No.lu odaya konmuştur. Başvuru formu ve eklerinden, diğer hükümlüler tekstil atölyesinde çalıştığı için A-15 No.lu odada bu sırada başka bir kimsenin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

18.U.Ö.nün A-15 No.lu odaya yerleştirilmesinden sonra aynı odada kalan M.K. isimli başka bir hükümlü, saat 16.10 sıralarında İnfaz ve Koruma Memuru Y.C. eşliğinde odaya getirilmiştir. M.K.nin odaya girdikten kısa bir süre sonra bağırması üzerine U.Ö.nün A-15 No.lu odada çamaşır ipiyle kendini astığı anlaşılmıştır. Bunun üzerine yaşamını yitirmemiş olabileceği düşüncesiyle çamaşır ipi kesilerek U.Ö. yere indirilmiş ancak yapılan kontrollerde kendisinin öldüğü anlaşılmıştır. Olay yerine çağrılan 112 Acil Servis görevlileri tarafından yapılan kontrolde de U.Ö.nün yaşamını yitirdiği belirlenmiştir.

B. Ceza Soruşturması Süreci

1. Soruşturma Kapsamında Yapılan İlk İşlemler ve Alınan Raporlar

19. Olay hakkında kendisine bilgi verilen İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı nöbetçi Cumhuriyet savcısı, saat 19.00 sıralarında olay yerine intikal ederek olay yeri inceleme ekibiyle birlikte çeşitli araştırmalar yapmıştır. Olay yeri incelemesi sonucunda hazırlanan 20/3/2014 tarihli olay yeri inceleme raporunun ilgili kısmı şöyledir:

> *"Bahse konu olayın Ümraniye T Tipi Kapalı Cezaevinin A-15 No.lu koğuşunda meydana geldiği, koğuşun iki katlı olduğu, alt katın yemekhane olarak üst katın ise yatakhane olarak kullanıldığı, yatakhaneye çıkış merdiveninin dokuzuncu basamağında yerde uçları kesilmiş düğümlü pembe renkli naylon çamaşır ip parçasının olduğu, yatakhane kısmında dip tarafta merdivene denk gelen demirinde, demire bağlı aşağıya sarkmış ucu kesik vaziyette pembe renkli naylon çamaşır ip parçasının olduğu görüldü. (...) koridorda yerde sırt üstü yatar vaziyette, altında mavi renkli kot pantolon, üst kısmı çıplak, sağ elinde damar yolu açılmış yaklaşık 170 cm boylarında 60 kilogram ağırlığında 30-35 yaşlarında boynunda telem izi olan erkek şahsın ex vaziyette olduğu görüldü. Koğuş giriş demir kapısında herhangi bir zorlama izinin olmadığı, koğuşun genel görünümünün normal, herhangi bir dağınıklığın olmadığı görüldü. Ex şahsın 10 parmak basım izleri alındı. Bahse konu ip parçaları numara verilip, fotoğraflandırılıp, ölçümleri yapıldıktan sonra tarafımızdan usulüne uygun alınıp paketlenerek adli emanete gönderilmek üzere Ümraniye P.M.A.*

görevlisine teslim edildi. Olay yerinin krokisi çizildi. Detaylı fotoğrafları çekildi. Kamera görüntüleri alındı. Yaptığımız incelemede olay ile alakalı başka iz ve emareye rastlanılmamış olup incelemeye son verildi."

20. Olay yeri inceleme işleminden sonra ceset üzerinde ölü muayene işlemi gerçekleştirilmiştir. Ölü muayene işlemine katılan adli hekim; haricî muayene bulgularına göre kesin ölüm sebebini belirlemenin mümkün olmadığını, kesin ölüm sebebinin klasik otopsi işlemi yapılarak tespit edilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir. Ölü haricî muayenesinde ceset üzerinde kayda değer bir bulguya rastlanmamıştır.

21. Kesin ölüm sebebinin tespiti amacıyla yapılan klasik otopsi işlemi sonucunda kişinin ölümünün ası sonucu meydana gelmiş olduğu değerlendirilmiştir. Otopsi raporunda ayrıca cesetten alınan kanda alkol (etanol ve metanol) bulunmadığı, (15,2) ng/ml Sertraline (antidepresan türü bir ilaç) bulunduğu, sistematikteki diğer maddelerin (antipsikotikler ve antidepresanlar dâhil) bulunmadığı; idrarda ise Sertraline, Chlorpheniramine (alerji tedavisinde kullanılan bir ilaç türü), Metronidazole (antibiyotik) bulunduğu, sistematikteki diğer maddelerin (antipsikotikler ve antidepresanlar dâhil) bulunmadığı belirtilmiştir.

22. İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı, Ceza İnfaz Kurumu kamera kayıtlarının incelenmesi için bir bilirkişi raporu almıştır. Raporda; U.Ö.nün 20/3/2014 günü saat 14.40'ta mahkûm kabul noktasındanCeza İnfaz Kurumuna giriş yaptığı, üç dakika sonra A-15 No.lu odaya girdiği, bunun üzerine infaz ve koruma memurunun odanın kapısını kilitleyip uzaklaştığı, infaz ve koruma memurunun saat 16.11'de başka bir şahsı A-15 No.lu odaya getirdiği, şahıs içeri girdikten iki saniye sonra infaz ve koruma memurunun da telaşla içeri girdiği, akabinde olay yerine başka bir infaz ve koruma memurunun daha geldiği, saat 16.12'de U.Ö.nün A-15 No.lu odadan çıkarılarak koridora yatırıldığı, saat 16.14'te beyaz önlüklü bir kişinin olay yerine geldiği, saat 16.34'te 112 Acil Servis görevlilerinin olay yerine geldiği, U.Ö.nün koridorda sırtüstü yatar vaziyette bekletildiği belirtilmiştir.

2.Başvurucu ile Şüpheli Sıfatıyla Dinlenen Kişilerin Beyanları

23. Cumhuriyet savcısı 28/4/2014 tarihinde müşteki sıfatıyla başvurucunun ifadesini almıştır. Başvurucu ifadesinde özetle oğlunun yedi sekiz yıldır devamlı olarak psikolojik sorunlar yaşadığını, oğlunu

birkaç defa özel psikoloğa götürdüğünü, kendisine bazı ilaçlar verildiğini ancak oğlunun bu ilaçları kullanmadığını, oğlunun intihar olayı ile ilgili olarak kasti bir eylem yapıldığını düşünmediğini ancak oğlunun intihar etmesinde kusur ve ihmali bulunan, gerekli tedavi imkânlarını sağlamayan görevlilerin tespiti hâlinde bu kişilerden şikâyetçi olduğunu belirtmiştir.

24. Cumhuriyet savcısı 18/4/2014 tarihinde şüpheli sıfatıyla Ceza İnfaz Kurumu Birinci Müdürü M.Ç.nin ifadesini almıştır. M.Ç.nin ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

" (...) U.Ö. isimli hükümlü cezaevimizde bulunduğu esnada son derece uyumlu veçalışmaya istekli birisi olduğu için kendisinin olaydan bir hafta kadar öncetekstil atölyesinde çalışmasına izin verdik. Normalde sorunlu kişileri çalıştırmayız. (...)

(...)

(...) 17/03/2014'te hükümlü U.Ö. psikolog ile görüşmek istediğini yazılı olarak belirtince o gün nöbetçi olan ikinci müdür tarafından psikoloğa gönderilmiştir. Psikolog kendisi ile görüştükten sonraaynı güncezaevi tabipliğinedepresif semptom veintihar eğilimi nedeniyle kendisini sevk etmiştir. Cezaeviolarak hükümlüyü 18/03/2014 tarihinde Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesine gönderdik. Buradapasif intihar eğilimi olduğu vedepresyon tanısı konularak kendisine bazı ilaçlar verildi.

Bu ilaçlar için hükümlü 20/03/2014 tarihinde talepte bulundu. Bu dilekçesini işlemeaynı gün koyduk. Genelde dilekçe yazıldığıgün ya da ertesi gün ilaçlar temin edilir ilaç bedellerini kurum öder hükümlü ya da tutukludan bir ücret alınmaz. Ancak ilacı kullanıp kullanmama konusunda hükümlüler bazen isteksiz davrandığı için biz özellikle dilekçe ile yazılan ilacı hükümlünün talep etmesini isteriz. Çünkübedeli kurum tarafından ödendiği için bu konularda dikkatli olmaya çalışıyoruz. Hükümlü U.Ö. dilekçe verdiği gün 20/03/2014 tarihinde İstanbul Anadolu 4. Sulh Ceza Mahkemesindeki 2013/769 esas sayılı dosyadaki duruşmaya götürüldü. Duruşmaya götürüldüğü sırada bulunduğu koğuş tekstil atölyesinde çalıştığı için boşaltılmıştı. Zaten bu koğuş kurumumuz tarafından iyi halli görülüp tekstilatölyesinde çalışan hükümlülere tahsis edilmiştir.

Hükümlü saat 14:40 sıralarında cezaevimizegiriş yaptı. Bana göstermiş olduğunuz cezaevi kamera kayıtlarının çözümüne ilişkin fotoğraflardan da

anlaşılacağı üzere mahkumuinfaz koruma memuru A.Ş. teslim noktasında alıp koğuşa konulacağı noktaya kadar götürüp burada günün nöbetçi infaz koruma memuru Y.C.ye teslim etmiştir. Y.C. 14:43 sıralarındamahkumun üzerini arayarak kendisini koğuşa koymuştur. Kendisini koğuşa koyduğu esnada bu koğuştakiler tekstil atölyesinde olduğu için koğuş boştu.

Aynıgün saat 16:11 sıralarında hükümlünün bulunduğu koğuşakonferanstan gelenbaşka hükümlü konulduğu esnada intihar olayıanlaşılmıştır.

Bizim cezaevimizdeki hükümlülülerin çoğunda zaten pasif intihar eğilimi vardır. Tahminen 300 kadar hükümlüde dosyalarına bakılırsa böyle bir açıklama görülür. Zatencezaevimiz uyuşturucu suçlarına ilişkin hükümleri infaz ettiği için hükümlülerin çoğuuyuşturucu bağımlısıdır. Cezaevinde uyuşturucu temin edemedikleri için zaman zaman krize girip sorun çıkarırlar. Bunlar olağan karşılaştığımız şeylerdir.

Hükümlü U.Ö. de özel bir durum görülmediği için ne psikolog tarafından ne de Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları tarafından müşahede altına alınması gözlem altında tutulması gibi bir raporda açıklama olmadığından kendisine karşı özel bir korumayagirişilmemiştir. Bu nedenle hükümlüyü teslim alan Y.C. boş koğuşa U.Ö.yü koyduğu anda kendisinin intihar eylemine sahip olduğunu bilmeyebilir. Bu konuda kendisineayrı bir bilgi ve talimat verilmemiştir.

Olayın gerçekleştiği an görevli olan ikinci Müdür H.E.dir. Teslim alan Y.C.dir. Olayda cezaevi idaresinin veşahsımın bir kusuru olduğunu düşünmüyorum, suçlamaları kabul etmiyorum.

(...)

25. Şüpheli sıfatıyla ifadesi alınan Ceza İnfaz Kurumu İkinci Müdürü H.E. de Birinci Müdür M.Ç.nin ifadesine benzer şekilde beyanda bulunmuştur. Olay günü U.Ö.yü A-15 No.lu odaya götüren İnfaz ve Koruma Memuru Y.C.nin 18/4/2014 tarihinde alınan ifadesi ise şöyledir:

"Hükümlü U.Ö. cezaevine getirildiği esnada bulunduğu koğuştaki kişiler tekstil atölyesinde çalıştığı için boştu. BenU.Ö.nün intihar eğilimiolduğu konusunda bilgi sahibiolmadığım gibi bana bu husustaözel bir talimat da verilmediğinden kendisiniboş koğuşa koymaktasakınca görmedim.Dolayısıyla meydana gelen olayda kasıt ve kusurum yoktur, suçlamaları kabul etmiyorum."

26. Cumhuriyet savcısı tarafından ifadesi alınan diğer infaz ve koruma memurları da genel olarak olayda kasıt ve kusurlarının bulunmadığını belirterek suçlamaları kabul etmemiştir.

3. Soruşturma Kapsamında Yapılan Diğer Araştırmalar

27. İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı 21/4/2014 tarihinde Ceza İnfaz Kurumuna müzekkere yazarak 20/3/2014 tarihi itibarıyla Ceza İnfaz Kurumunda bulunanhükümlülerin sayısının, bu hükümlülerden kaç tanesinde pasif intihar eğilimi bulunduğunun ve pasif intihar eğilim bulunan hükümlüler hakkında özel bir uygulama yapılıp yapılmadığının, yapılıyorsa bunların neler olduğunun bildirilmesini istemiştir. Bu istem üzerine Ceza İnfaz Kurumu tarafından gönderilen yazı şöyledir:

"Kurumumuzda 20/03/2014 tarihi itibarıyla kalmakta olan hükümlü ve tutuklu sayısı 972 olup kurumumuzun iş ve işleyişi aşağıda sunulmuştur;

Hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumuna uyum sağlamasına yardımcı olmak, diğer taraftan da onların rehabilitasyonu ve tahliye sonrası topluma yeniden adaptasyonuna katkı sağlamak amacıyla ceza infaz kurumu idaresi ve ilgili birimler tarafından (eğitim, revir ve psiko-sosyal servis) gerekli önlem ve iyileştirme çalışmaları gereken özen ve hassasiyet gösterilerek yapılmakta ve kurumumuzda barındırılanhükümlü ve tutukluların suç türlerinin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Ticareti Yapma veya Sağlama, Cinsel İstismar olması da gözönüne alındığında bu suç türlerinin risk grubu dahilinde olduğu bilinmektedir.

Ancak son dönemlerde kurumumuza alınan ve özelikle madde bağımlısı hükümlü ve tutukluların büyük bir çoğunluğunda geçmiş intihar girişimlerinin olduğu yada intihar öykülerinin bulunduğu yapılan görüşmelerde gözlenmiştir.

Bu bağlamda hükümlü ve tutukluların dilekçe ile başvurmaları ya da kurumdaki birimlerin ve kurum idaresinin yönlendirmesi ile psiko-sosyal servis tarafından hükümlü ve tutuklular ile yapılan görüşmelerde, ölüme yönelik düşünce ifade eden hükümlü ve tutukluların bu kararlarında belirgin bir niyet taşıyıp taşımadıklarını anlamak için ilgili hastanelerin psikiyatri servislerine sevkleri yapılmaktadır. Genellikle aktif suisid (aktif intihar eğilimi) düşünceleri olan hükümlü ve tutuklular ilgili hastanelerin psikiyatri servisinde bir süre yatırılarak gözlem altında tutulmaktadırlar ancak hükümlü

ve tutukluların yatışları çeşitli nedenlerden dolayı (mahkum koğuşunun yetersizliği vb.) yapılmadığından sağlık dosyalarına "yakın takibi gerektiği" ibare yazılarak hükümlü ve tutuklunun ceza infaz kurumuna geri iadesi yapılmaktadır.

Bu durumdaki hükümlü ve tutuklular hakkında cezaevi personeli ve koğuşu bilgilendirilmekte olup, psiko-sosyal servisi tarafından takipleri yapılmaktadır. Hükümlü ve tutuklunun intihara eğilim riski çok yüksek olduğu durumda yumuşak ve kameralı gözlem odasında gözlemi yapılarak cezaevi personeli tarafından sık sık kontrolleri sağlanmaktadır.

Hükümlü ve tutuklular hakkında ilgili hastanelerin vermiş olduğu (aktif suisid riski vardır, yakın takibi gereklidir) raporlar uyarınca işlem yapılmakta olup ölüm düşünceleri olan ancak aktif suisid fikri (aktif intihar eğilimi) yoktur raporu olan hükümlü ve tutuklular hakkında hükümlü ve tutuklu sayısının fazla olması, kurumun fiziki yapısı ve uzman personelin yetersizliğinden dolayı özel önlem alınamamaktadır. Bu kişilerin varsa psikiyatrik tedavileri düzenlenmekte, ilaçları günlük düzenli olarak personel kontrolünde verilmekte olup sosyal faaliyetlere ya da çalışmalara yönlendirmesi yapılarak ruhsal sağaltımları sağlanmaktadır."

28.İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı 29/4/2014 tarihinde Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesine müzekkere yazarak, ölen kişiye 7/3/2014 ve 18/3/2014 tarihlerinde hangi işlemlerin yapıldığı hakkında bilgi istemiştir. Hastanenin cevap yazısı şöyledir:

"Kişi 07.03.2014 tarihinde Sağlık Kurulu Polikliniği'ne müracaat etmiştir. Bu poliklinik tedavi amaçlı poliklinik olmayıp sağlık kurulu "kararı" için kurula hasta hazırlama polikliniğidir. Bu nedenle kişi ayaktan tedavi için Adli Polikliniğe gönderilmiş olup, oradan konsültasyon ve muayenesi istenmiştir.

Şahıs Adli Polikliniğe (mahkumların muayene olduğu poliklinik) 18.3.2014tarihinde getirilmiş ve muayene edilmiştir. Kendisine konsültasyon notunda belirtilen Depresif Epizod tanısı konulmuştur. Aktif suicid fikri (aktif intihar düşüncesi) olmadığı ancak pasif suicid fikri olduğu belirtilerek ayaktan tedavi için (cezaevi koşullarında tedavi için) ilaçlar verilmiş ve iki hafta sonra kontrole çağrılmıştır."

29. İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı ayrıca Ceza İnfaz Kurumunda U.Ö.ye ait tüm bilgi ve belgeleri soruşturma dosyasına eklemiştir.

4. Soruşturma Sonucunda Verilen Karar

30. İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı, soruşturma kapsamında elde ettiği verileri dikkate alarak 27/6/2014 tarihli ve Sor. No. 2014/44890, K.2014/87627 sayılı karar ile kovuşturmayayer olmadığına karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"(...)

Aktifintihar eğilimi tıbbi olarak tespit edilemediğinden özel şekil ve surette takibi tıbbi olarak öngörülmeyen hükümlününtedavisinin cezaevi koşullarında ayaktan yapıldığı;hükümlü U.Ö. hakkında cezaevi idaresi tarafından gerekli tedavi işlemlerinin zamanında yapıldığı; olay günü koğuşa tek konulmasının bir ihmal ve kasttan kaynaklanmadığı; olay günü ve saatinde cezaevinin normal işleyişi ve U.Ö.nün duruşması için cezaevi dışarısınaçıkartılmasından kaynaklandığı; olayda kullanılan çamaşır ipinin koğuşta bulunmasında birkusur ve ihmalin olmadığı; kaldı ki intihar düşüncesi olan kişilerin ip dışında (çarşaf, kıyafet, atlet gibi eşyaları) asıda kullanabildikleri; bu suretle şüphelilerin görevlerini kötüye kullandıklarına veyaihmal ettiklerine dair yeterli delil ve şüpheye ulaşılamadığı; olayın U.Ö.nün kendi eylemi ile meydana geldiği ve şüpheli bir durumun bulunmadığı yönünde vicdani kanı hasıl olduğundan, takibe değer görülmeyen olay sebebiyle, (...) kovuşturmaya yer olmadığına (...) karar verildi."

31. Başvurucu 23/7/2014 tarihli dilekçesinde özetle Ceza İnfaz Kurumu Müdürü tarafından oğlunun intihar eğilimine ilk kez 17/3/2014 tarihinde vâkıf olunduğu belirtilmiş ise de oğlunun 7/3/2014 tarihinde de Hastanede muayene edildiğini, dolayısıyla oğlunun ruhsal bozukluğundan 17/3/2014 tarihinden önce haberdar olunduğunu, oğlunun 7/3/2014 tarihinde Hastaneye sevk edilmesine rağmen tedavisine başlanmadığını, bu konuda Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin kusurunun bulunduğunu, 18/3/2014 tarihinde yapılan muayenede ilaç tedavisine başlanmasına rağmen oğlunun ilaçlarının temin edilmediğini, idarenin gerekli özen ve dikkati göstermemesi nedeniyle intihar olayının meydana geldiğini belirterek kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kaldırılması talebinde bulunmuştur.

32. İstanbul Anadolu 7. Sulh Ceza Hâkimliği 1/10/2014 tarihli ve 2014/1301 Değişik İş sayılı kararı ile başvurucunun itirazının reddine karar vermiştir.

33. Bu karar 15/10/2014 tarihinde başvurucunun vekiline tebliğ edilmiştir.

34. Başvurucu 13/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

C. İdari Yargıda Görülen Tam Yargı Davalarına İlişkin Süreç

35. UYAP üzerinden yapılan inceleme neticesinde söz konusu olay nedeniyle uğradığı zararların tazmini için başvurucunun iki farklı tam yargı davası açtığı görülmüştür.

36. Başvurucu ile U.Ö.nün iki kardeşi; olayda hizmet kusuru bulunduğundan bahisle 1.000 TL maddi, 150.000 TL manevi tazminatın taraflarına ödenmesi istemiyle Bakanlık aleyhine İstanbul 10. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmıştır.

37. İstanbul 10. İdare Mahkemesi, uyuşmazlık konusu olayda anne Serfinaz Öztürk'ün destekten yoksun kaldığı miktarın belirlenmesi amacıyla bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bilirkişi raporunda U.Ö.nün vefatı nedeniyle anne Serfinaz Öztürk'ün destekten yoksun kalma zararının 33.658,39 TL olduğu belirtilmiştir.

38. İstanbul 10. İdare Mahkemesi 6/10/2015 tarihli ve E.2014/1633, K.2015/1697 sayılı karar ile maddi tazminat yönünden taleple bağlı kalınarak 1.000 TL maddi, 50.000 TL manevi tazminatın başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, ölen kişinin kardeşlerinin her birine ayrı ayrı 12.500TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

39. Bakanlık, anılan karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Bu dava Danıştay önünde derdesttir.

40. Başvurucu ayrıca Bakanlık aleyhine İstanbul 4. İdare Mahkemesinde ikinci bir dava açmış ve idarenin hizmet kusuru nedeniyle uğramış olduğu 32.658,39 TL tutarındaki destekten yoksun kalma zararının tarafına ödenmesi talebinde bulunmuştur.

41. İstanbul 4. İdare Mahkemesi 24/10/2016 tarihli ve E.2015/2024, K.2016/1719 sayılı kararı ile davanın kabulüne karar vererek 32.658,39 TL

maddi tazminatın dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte başvurucuya ödenmesine hükmetmiştir.

42. Bakanlık, anılan karara karşı istinaf yoluna başvurmuştur. Başvuru formu ve eklerinde istinaf başvurusu hakkında herhangi bir bilgi ve belge bulunmamaktadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

43. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *"Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler"* kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

> *"(1) Hapis cezalarının infaz rejimi, aşağıda gösterilen temel ilkelere dayalı olarak düzenlenir:*
>
> *(...)*
>
> *f) Ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yaşam hakları ile beden ve ruh bütünlüklerini korumak üzere her türlü koruyucu tedbirin alınması zorunludur.*
>
> *(...)"*

44. 5275 sayılı Kanun'un *"Kapalı ceza infaz kurumları"* kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

> *"Kapalı ceza infaz kurumları, iç ve dış güvenlik görevlileri bulunan, firara karşı teknik, mekanik, elektronik veya fizikî engellerle donatılmış, oda ve koridor kapıları kapalı tutulan, ancak mevzuatın belirttiği hâllerde aynı oda dışındaki hükümlüler arasında ve dış çevre ile temasın olanaklı bulunduğu, yeterli düzeyde güvenlik sağlanmış ve hükümlünün gereksinimine göre bireysel, grup hâlinde veya toplu olarak iyileştirme yöntemlerinin uygulanabileceği tesislerdir."*

45. 5275 sayılı 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."

46. 5275 sayılı Kanun'un *"Hastalık nedeniyle nakil"* kenar başlıklı 57. maddesi şöyledir:

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

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.

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

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

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."

47. 5275 sayılı Kanun'un *"Hükümlünün muayene ve tedavi istekleri"* kenar başlıklı 71. maddesi şöyledir:

"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 hastanelerininmahkûm koğuşlarında tedavi ettirilir."

48. 5275 sayılı Kanun'un *"Hükümlünün muayene ve tedavisi"* kenar başlıklı 78. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kurumun sağlık koşullarının düzenlenmesi, hükümlünün acil veya olağan muayene ve tedavisi kurumun hekimi tarafından yapılır. Genel veya hastalık nedeniyle yapılan tüm muayene ve tedavi sonuçları, sağlık izleme kartına işlenir ve dosyasında saklanır."

49. 5275 sayılı Kanun'un *"Sağlık denetimi"* kenar başlıklı 79. maddesi şöyledir:

"Kurum hekimi, kurumu ayda en az bir kez denetleyerek genel ve özel önlem alınması gereken hastalıklar ile kurumda sağlık koşulları yönünden alınması gereken önerileri içeren bir rapor düzenler ve kurum yönetimine verir."

50. 5275 sayılı Kanun'un *"Hastaneye sevk"* kenar başlıklı 80. maddesi şöyledir:

"Hükümlünün sağlık nedeniyle hastaneye sevkine gerek duyulduğunda durum, kurum hekimi tarafından derhâl bir raporla ceza infaz kurumu yönetimine bildirilir."

51. 5275 sayılı Kanun'un *"İnfazı engelleyecek hastalık hâli"* kenar başlıklı 81. maddesi şöyledir:

"Kurum hekimi veya görevli hekim tarafından yapılan muayene ve incelemeler sonucunda hükümlünün cezasını yerine getirmesine engel olabilecek hastalığı saptanırsa durum, kurum yönetimine bildirilir."

52. 6/4/2006 tarihli ve 26131 numaralı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 9. maddesi şöyledir:

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

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

53. 17/6/2005 tarihli ve 25848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Hükümlülerin koğuş, oda ve eklentilerinde birer adet palto, manto ve mont, iki adet ceket veya ceket yerine kullanılabilen hırka, dört adet pantolon ve/veya etek, bayan için iki adet elbise, bir takım eşofman, dört adet gömlek, iki adet kazak, iki takım pijama, bir spor ayakkabısı, bir kışlık ayakkabı, bir iskarpin, üç adet tişört, iki adet kravat, bir adet kemer, gerektiği kadar iç çamaşırı, çorap, bir terlik, havlu ve bir bornoz ile kaşkol, 25/11/1925 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisâsı Hakkında Kanuna aykırı olmayan bir adet şapka bulundurulmasına izin verilir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

54. Mahkemenin 21/9/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Yaşam Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

55.Başvurucu;

i. Ümraniye T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunan oğlu U.Ö.nün 20/3/2014 tarihinde kaldığı odada asılı vaziyette ölü olarak bulunması üzerine İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, kararın hukuka aykırı olduğunu, ölüm olayının meydana gelmesine ihmalleriyle sebebiyet veren kişi veya kişiler hakkında kamu davası ikame edilmesinin hukuk kurallarının bir gereği olduğunu, hâl böyle iken Savcılık tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın vicdanları rahatsız ettiğini, somut olayda şüphelilere kusur atfedilmemesinin kabul edilemez olduğunu,

ii. Hukuk devletinde özgürlüğünden mahrum bırakılan kişilerin devletin kontrolü altındayken ölümünün yaşam hakkının ihlali niteliğinde olduğunu, Ceza İnfaz Kurumu Birinci Müdürü tarafından oğlunun intihar eğilimine ilk kez 17/3/2014 tarihinde vâkıf olunduğu belirtilmiş ise de Hastane kayıtlarından oğlunun 7/3/2014 tarihinde de Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinde muayene edildiğinin anlaşıldığını, dolayısıyla oğlunun ruhsal bozukluğundan Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin 17/3/2014 tarihinden

önce haberdar olduğunu, oğlu 7/3/2014 tarihinde anılan Hastaneye sevk edilmiş olmasına rağmen ölümün vuku tarihine kadar tedavi sürecinin başlatılmamış olmasının Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin kusurunun varlığını tartışmasız kıldığını, yine oğlu 18/3/2014 tarihinde anılan Hastaneye sevk edilmiş olmasına ve burada yapılan muayene neticesinde ilaç tedavisine başlanmasına rağmen ölümün vuku tarihine kadar bu ilaçların temin edilmemiş olmasının idarenin kusurunun varlığına işaret ettiğini, ilaçların temini için oğlunun başvurusunu beklemenin doğru olmadığını, intihar eğilimi olan bir kişinin çamaşır ipinin bulunduğu tek kişilik bir odaya konmasının ağır hizmet kusuru oluşturduğunu, intihar eğilimi olduğu teşhis edilen oğlunun cezasının Ceza İnfaz Kurumunun mahsus bölümünde infaz edilmesi gerektiğini, buna rağmen oğlunun eski odasında kalmaya devam ettirildiğini, bu nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlalin tespiti ile etkili bir soruşturma yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

56. Bakanlık görüşünde; yaşam hakkı kapsamında "etkili bir yargısal sistem kurma" yönündeki pozitif yükümlülüğün her olayda mutlaka cezai işlem başlatmayı gerektirmediği, yaşam hakkına yönelik ihlal iddialarının kasıtlı bir eylem ile gerçekleştirilmediği durumlarda mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olmasının yeterli olabileceği belirtilmiştir. Bakanlık görüşünde somut olayla ilgili olarak ise başvurucunun idari yargıda açtığı tam yargı davalarının derdest olduğu, yaşam hakkına ilişkin bir ihlal söz konusu ise bu ihlalin giderilmesinin öncelikle idari makamların ve derece mahkemelerinin yükümlülüğü altında olduğu, Anayasa Mahkemesinin benzer nitelikteki 2013/1655 numaralı bireysel başvuruda başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı verdiği, başvurucunun şikâyetinin kasti değil ihmale ilişkin bir ölüm iddiasıyla ilgili olduğu dikkate alındığında başvurucunun idari yargıda açmış olduğu tam yargı davalarının derdest olması nedeniyle somut olayda olağan başvuru yollarının tüketilmediğinin değerlendirildiği, bu sebeple başvurunun olağan başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiğinin düşünüldüğü belirtilmiştir.

57. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında Bakanlığın başvuru yollarının tüketilmediğine ilişkin iddiasının yerinde olmadığını belirtmiştir. Başvurucu; başvuru konusu olay gözönüne alındığında

kastın olup olmadığının tartışmaya açık hâle geleceğini, şüphelilerin söz konusu intihar olayında ağır kusur ve kasıt ile hareket ettiklerini, Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin oğlu U.Ö.nün sağlık durumunu daha önceden bilmelerine rağmen hiçbir güvenlik önlemi almamış olmalarının kasıtlarını ortaya koyduğunu, başvuru konusu olayda kasıt olmadığına ilişkin görüşün kabul edilebilir olmadığını, oğlunun ölümüne neden olan yetkililerin cezalandırılması gerektiğini, somut olayda sadece tazminat ödenmesinin mağdur sıfatını ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir.

2. Değerlendirme

58. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"* kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

59. Anayasa'nın 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Devletin temel amaç ve görevleri, (...) 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."*

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

60. Başvuru konusu olayda yaşanan ölümün kasıtlı bir eylem sonucu meydana gelmediği ortadadır. Nitekim başvurucu, oğlunun üçüncü kişi ya da kişilerce öldürülmüş olabileceği yönünde bir iddia da ileri sürmemiştir. 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 göz ardı ederek olayda ortaya çıkan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almamaları 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 somut olayda başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği konusunda karar verebilmek için devletin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yaşam hakkını korumak için sahip olduğu "etkili bir yargısal sistem kurma" yönündeki pozitif yükümlülüğün kapsamının ve başvuru konusu olayda eğer varsa bu yükümlülüğün ne ölçüde yerine getirildiğinin tespiti gerekmektedir. Bu tespitin ise ancak somut olayın koşulları ile yürütülen ceza soruşturmasının kapsam ve içeriği dikkate alınarak yapılması mümkündür.

62. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının esasla birlikte incelenmesi gerekmektedir.

b. Esas Yönünden

i. Yaşam Hakkının Maddi Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

(1) Genel İlkeler

63. 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).

64. 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).

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 kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerekmektedir (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, B. No: 2013/6979, 20/5/2015, § 72). Ancak özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi dikkate 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.

66. Tutuklanan veya hürriyeti bağlayıcı cezasının infazına başlanan kişilerin daha önce sahip oldukları pek çok özgürlükten mahrum kalmalarının ve günlük yaşamlarında ciddi nitelikte bir değişim yaşamalarının doğal bir sonucu olarak psikolojik durumları bozulabilmekte, dolayısıyla kırılgan ve korumasız bir konumda bulunan bu kişilerin intihar 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 doktor muayenesine başvurulması, diğer yandan bu konuda eğilimi olduğu anlaşılanlar açısından kendileri için en uygun yerlerde kalmalarının temin edilmesi, intihar eylemlerinde kullanılabilecek kesici/delici eşyalara, kemer, çamaşır ipi veya ayakkabı bağcıkları gibi eşyalara el konması şeklinde bu tip risklerin azaltılmasına yönelik önlemlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, § 73).

67. Bu bağlamda kişi özgürlüğüne aşırı bir sınırlama getirmeyecek 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 (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, § 74).

68. Ceza infaz kurumunda 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 içinde sağlıklı olmadığının açık olduğu durumlarda- sadece kendi tercihlerine göre yapılması mümkün değildir (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, § 82).

69. Yaşam hakkı kapsamında devletin öncelikle yaşamı tehlikeye girebilecek kişilerin yaşamını korumak için yeterli yasal ve idari bir çerçeve oluşturması gerekmektedir (bkz. § 64). Bu yükümlülük ceza infaz kurumlarında bulunan kişilerin yaşam ve sağlıklarının korunması için de geçerlidir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

70. Başvurucu, yukarıda belirtilen iddialarla (bkz. § 55-ii) yaşam hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

71. Somut olayda Ceza İnfaz Kurumunda bulunan kişilerin yaşam ve sağlıklarının korunması için oluşturulması gereken yasal ve idari çerçevenin oluşturulmadığı yönünde ileri sürülen bir eksiklik bulunmadığı gibi bu konuda Anayasa Mahkemesi tarafından resen gözetilmesi ve incelenmesi gereken bir hususun da bulunmadığı anlaşılmıştır.

72. Dolayısıyla mevcut başvuruda, yukarıda yer verilen ilkeler çerçevesinde öncelikle Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin U.Ö.nün intihar etme riskini bilip bilmediklerinin veya bilmelerinin gerekip gerekmediğinin ortaya konması gerekmektedir.

73. Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurma suçundan kesinleşmiş hapis cezalarının infaz edilmesi için 6/2/2014 tarihinde Ceza İnfaz Kurumuna konulan U.Ö., 7/3/2014 tarihinde Ceza

İnfaz Kurumu psikoloğu ile bir görüşme gerçekleştirmiştir. Psikolog, bu görüşme neticesinde madde bağımlısı olan U.Ö.nün Ceza İnfaz Kurumu hayatına uyum sağlamakta zorluk çektiği tespitinde bulunmuştur.

74. U.Ö., cezai ehliyetini ortadan kaldıracak ya da azaltacak nitelikte bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığı hususunun tespiti amacıyla götürüldüğü Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinde 7/3/2014 tarihinde muayene edilmiştir. Muayene neticesinde U.Ö.ye "madde kullanımına bağlı psikotik bozukluk" ön tanısı konmuştur.

75. Ceza İnfaz Kurumu psikoloğu 17/3/2014 tarihinde U.Ö. ile bir görüşme daha gerçekleştirmiştir. Psikolog, gerçekleştirilen bireysel görüşme neticesinde U.Ö.nün "madde kullanımına bağlı depresif semptomlar ve intihar eğilimi" gösterdiği kanaatine varmıştır. Bunun üzerine 18/3/2014 tarihinde Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Adli Polikliniğe sevk edilen U.Ö.nün burada yapılan muayenesi neticesinde pasif intihar eğiliminin bulunduğu ancak aktif intihar eğiliminin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

76. Yukarıdaki tespitler dikkate alındığında U.Ö.nün, Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin dikkatini çekebilecek derecede intihara eğilim gösterdiği değerlendirilmektedir. Aslında bu durum, Hastanenin U.Ö.nün madde kullanımına bağlı psikotik bozukluklar yaşadığı ve pasif intihar eğiliminin bulunduğu yönündeki tespitiyle de belgelendirilmiştir. Dolayısıyla U.Ö.nün kendisine zarar verme riskinin bulunduğunun Ceza İnfaz Kurumu yetkililerince bilindiğinin, en azından bilinmesi gerektiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

77. Bu durumda somut olayın koşulları çerçevesinde U.Ö.nün sağlığının korunması ve kendisine zarar vermemesi açısından önleyici bazı tedbirlerin alınması gerektiği açıktır. Dolayısıyla başvuru formu ve eklerinin bu kapsamda incelenmesi gerekir.

78. Öncelikle psikolojik rahatsızlığı bulunan bir kişiye önerilen tedavinin kişinin kendi inisiyatifine bırakılmasının bazı durumlarda sakıncalı sonuçlara yol açabileceği belirtilmelidir.

79. Somut olayda U.Ö., intihar eğiliminin bulunduğunun anlaşılması üzerine 18/3/2014 tarihinde Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Adli Polikliniğe sevk edilerek burada muayene

edilmiş ancak muayene neticesinde kendisine önerilen tedavi ile ilgili olarak herhangi bir destek alamadan intihar ederek yaşamını yitirmiştir.

80. Ceza infaz kurumunda tutuklu ya da hükümlü olarak bulunan kişilerin yaşam ve sağlıklarının korunması için oluşturulan sistemin yalnızca teoride değil uygulamada da etkili olması gerekir.Somut olayda 18/3/2014 tarihinde Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Adli Polikliniğinde yapılan muayene neticesinde U.Ö.nün pasif intihar eğiliminin bulunduğu ancak aktif intihar eğiliminin bulunmadığı yönünde değerlendirmeler yapılmış ve hastaya ilaç tedavisi önerilmiş olmasına rağmen söz konusu ilaçların Hastane dönüşünde Ceza İnfaz Kurumu yetkilileri tarafından satın alınmadığı anlaşılmıştır. Başvuru konusu olayda, Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin resen harekete geçerek ilaçları temin etmek ve U.Ö.nün reçetede yazıldığı şekliyle bu ilaçları kullanmasını sağlamak yerine psikolojik rahatsızlığı bulunan bir kişinin iradesine göre hareket etmeyi tercih ettikleri ve U.Ö.nün söz konusu ilaçları bir dilekçeyle talep etmesini bekledikleri görülmektedir. Bu durum, ölümün ilaçların temin edilmemesi nedeniyle meydana geldiği anlamına gelmemekle birlikte ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ve/veya hükümlülerin yaşam ve sağlıklarının korunması için oluşturulan sistemin somut olayda etkili bir şekilde işlemediğinin açık bir işaretidir.

81. U.Ö.nün sağlık durumu hakkında konulan teşhise ve bu kapsamda önerilen tedaviye gereken ehemmiyet verilmediğinden U.Ö.nün yaşamının korunması için ek özel bir tedbir de alınmamıştır.

82. Bu kapsamda, psikolojik sorunları bulunan U.Ö., ceza infaz kurumlarının bu tarz sorunları bulunan tutuklu ve hükümlüler için ayrılan özel bölümlerinde kalma imkânı kendisine sağlanmadan ve yaşam hakkının korunması için hiçbir tedbir alınmadan, dahası kendisine önerilen ilaçlar dahi verilmeden kendisinden başka kimsenin bulunmadığı bir odaya tek başına konulmuştur.

83. İntihar eğilimi bulunmayan bir tutuklunun ya da hükümlünün bulunduğu koğuş, oda veya eklentilerinde çamaşır ipi bulundurabilmesi başlı başına bir ihlal sebebi olmamakla birlikte somut olayda olduğu gibi intihar eğilimi bulunan bir kişinin kaldığı odada intihar eylemini kolaylaştırabilecek nitelikte bir çamaşır ipinin bulundurulması da U.Ö.nün yaşamının korunması için alınması gereken tedbirler yönünden önemli bir eksikliktir.

84. Tüm bu koşullar birlikte değerlendirildiğinde somut olayda, ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve/veya hükümlülerin yaşam ve sağlıklarının korunması için oluşturulan sistemin etkili bir şekilde işlemediği ve U.Ö.nün yaşamının korunması için gerekli olan tüm tedbirlerin alındığının söylenemeyeceği sonucuna varılmıştır.

85. Açıklanan nedenlerle U.Ö.nün yaşamının kendi eylemlerine karşı korunamaması sebebiyle Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

ii. Yaşam Hakkı Kapsamında Etkili Bir Soruşturma Yürütülmediğine İlişkin İddia

(1)Genel İlkeler

86. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usul boyutu, yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konmasını 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 resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır (*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 kapsamındaki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza soruşturması yürütülmesini gerektirmemektedir. İhmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında mağdurlara hukuki, idari hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59). Ancak somut olay açısından yetkili ve sorumlu kişilerin muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmalinin yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek olayda ortaya çıkan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almamaları 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).

88. Yaşam hakkı kapsamında yürütülmesi gereken ceza soruşturmalarının amacı, yaşam hakkını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını, 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).

89. Soruşturmanın etkililiğini ve yeterliliğini temin etmek için 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).

90. 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 ilave olarak her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 58).

91. Yukarıda sayılanlara ek olarak yürütülecek soruşturmalarda makul bir hızla gerçekleştirilme ve özen gösterilme zorunluluğu da zımnen mevcuttur. Elbette ki bazı 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).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

92. Başvurucu, yukarıda belirtilen iddialarla (bkz. § 55-i) oğlunun ölüm olayı hakkında etkili bir soruşturma yürütülmediğini ileri sürmüştür.

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

94. Başvuru konusu olayda yürütülen soruşturma işlemlerine bakıldığında başvurucunun oğlu U.Ö.nün 20/3/2014 tarihinde A-15 No.lu odada asılı vaziyette bulunması olayı ile ilgili olarak İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından resen bir soruşturmanın başlatıldığı, olaydan haberdar edilen nöbetçi Cumhuriyet savcısının olay yerine intikal etmesi üzerine onun da hazır bulunmasıyla olay yeri incelemesinin yapıldığı, olay yerinin fotoğraflarının çekildiği ve krokisinin çizildiği, bu işlemler sonucunda ayrıntılı bir olay yeri inceleme raporunun hazırlandığı, ölüm olayının gerçekleştiği gün ölü muayenesi ve akabinde otopsi işlemlerinin gerçekleştirildiği, gerçekleştirilen otopsi işlemi neticesinde hazırlanan raporda U.Ö.nün ölümünün ası sonucu meydana gelmiş olduğunun tespit edildiği, soruşturma kapsamında ayrıca, U.Ö.yü asılı vaziyette gören infaz ve koruma memurları ile Ceza İnfaz Kurumu birinci ve ikinci müdürünün Cumhuriyet savcısı tarafından ifadelerinin alındığı, U.Ö.nün kişilik yapısının ve sağlık durumunun nasıl olduğunun tespit edilebilmesi maksadıyla çeşitli araştırmalar yapıldığı, Ceza İnfaz Kurumunun güvenlik kameraları kayıtlarının bilirkişi marifetiyle çözümü yapılarak incelendiği ve elde edilen delillerin değerlendirilmesi neticesinde U.Ö.nün kendi hayatına son vermek suretiyle intihar ettiği sonucuna varılarak şüpheliler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği ve anılan karara yapılan itirazın reddedildiğigörülmektedir.

95. İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan araştırmalar dikkate alındığında U.Ö.nün üçüncü kişi ya da kişilerce öldürülüp öldürülmediğine ilişkin etkili bir ceza soruşturması yürütüldüğü anlaşılmakla birlikte söz konusu ölüm olayında ilgili

kişilerin cezalandırılmasını gerektirecek nitelikte ağır bir ihmalin bulunup bulunmadığı hususunda kapsamlı bir araştırmanın yapılmadığı anlaşılmıştır. Başka bir anlatımla U.Ö.nün üçüncü kişi ya da kişilerin eylemi neticesinde öldürülüp öldürülmediği hususu etkili bir şekilde araştırılarak ortaya konmakla birlikte ölüm olayının cinayet iddiası dışındaki yönlerinin ortaya konulamadığı ve varsa sorumlu kişilerin belirlenebilmesine imkân tanıyan etkili bir soruşturmanın yürütülmediği anlaşılmıştır.

96. Başvuru formu ve ekleri bu kapsamda incelendiğinde kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda gerekli tedavi işlemlerinin Ceza İnfaz Kurumu idaresi tarafından zamanında yapıldığı belirtilmiş ise de ilaçların temini hususunda yaşanan gecikme hakkında Savcılık tarafından herhangi bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Başvurucu kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yaptığı itirazda özellikle bu hususa vurgu yapmasına rağmen itiraz mercii tarafından başvurucunun söz konusu itirazlarını karşılayacak bir açıklamada bulunulmadığı görülmektedir. Bu durum, soruşturma makamlarının olayı aydınlatma ve ceza hukuku bağlamında varsa sorumluları tespit etme isteğini sorgulanır hâle getirmektedir.

97. Soruşturma kapsamında ifadeleri alınan Ceza İnfaz Kurumu birinci müdürü ile ikinci müdürü, Ceza İnfaz Kurumunda bulunan tutuklu ve/veya hükümlülerin çoğunda pasif intihar eğiliminin bulunduğunu belirtmiş; bunun yanı sıra tıbben gözlem altında tutulmasıkonusunda veya aktif intihar eğilimi bulunduğu yönünde raporu bulunmayan kişiler için özel bir uygulama yapılmadığını ifade etmişlerdir. Ölüm olayının gerçekleştiği Ceza İnfaz Kurumunda pasif intihar düşünceleri olan kişiler hakkında ek özel tedbirler alınmadığı görülmekle birlikte bu uygulamanın tıbben doğru olup olmadığı hususunda hiçbir araştırma yapılmamıştır. Oysa gerektiği takdirde pasif intihar eğiliminin ne anlam ifade ettiği ve bu tarz şikâyetleri bulunan Ceza İnfaz Kurumundaki kişiler hakkında hiçbir ek önlem alınmamasının doğru bir yaklaşım olup olmadığının araştırılarak bir sonuca varılması yaşam hakkının usule ilişkin yönü bakımından daha yerinde görünmektedir. Bu husus ile ilgili olarak ayrıca, Ceza İnfaz Kurumu idaresi tarafından tutuklu ve/veya hükümlülerin çoğunda pasif intihar eğiliminin bulunduğu belirtilmiş ise de bu kişilerin sayısının tam olarak kaç olduğunun ve bu kişilerin sayısının şüpheli olarak dinlenen

kişilerin ifade ettiği kadar yüksek olup olmadığının tam olarak açıklığa kavuşturulmadığı da belirtilmelidir.

98. Savcılık, U.Ö.nün psikolojik durumunun tespiti ve intihar emaresi olarak değerlendirilebilecek davranışlar sergileyip sergilemediğinin ortaya konulması amacıyla U.Ö.nün oda arkadaşlarının ifadelerine başvurabilecekken bu kapsamda kimsenin ifadesini almamış ve şüpheli sıfatıyla dinlenen kişilerin beyanlarıyla yetinmiştir. Savcılık ayrıca U.Ö. ile birçok görüşme gerçekleştiren ve somut olayda kilit isim olan Ceza İnfaz Kurumu psikoloğunun beyanına da başvurmamıştır.

99. Soruşturmanın etkililiği konusunda bu bölümde yer verilen değerlendirmeler bir bütün hâlinde ele alındığında Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülen soruşturmada ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulamadığı, dolayısıyla somut olayda yürütülen soruşturmanın teoride olduğu gibi fiilen de hesap verilebilirliği sağlayamadığı kanaatine varılmıştır.

100. Son olarak etkili bir ceza soruşturması yürütülmediği yönündeki iddialar bakımından ihlal tespit edilmiş olması nedeniyle başvurunun özel koşulları çerçevesinde başvuru yollarının tüketilmediği sonucuna ulaşılamadığı belirtilmelidir.

101. Açıklanan nedenlerle somut olayda yürütülen ceza soruşturmasında yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. 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 (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."

103. Başvurucu, yaşam hakkının ihlalinin tespiti ile etkili bir soruşturma yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Başvurucu tazminattalebinde bulunmamıştır.

104. Somut olayda, yaşam hakkının hem maddi hem usule ilişkin yönünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

105. Yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden soruşturma yapılmak üzere İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

106. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının maddi yönünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usule ilişkin yönünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin yaşam hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmak üzere İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE,

D.206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 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 FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 21/9/2017tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

SEYFULLAH TURAN VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/1982)

Karar Tarihi: 9/11/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Nahit GEZGİN
Başvurucular	:	1. Seyfullah TURAN
		2. Emine TURAN
		3. Mehmet TURAN
Vekili	:	Av. Münip ERMİŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; kolluk görevlisi tarafından güç kullanılması sonucu hayati tehlike geçirilmesine neden olacak şekilde yaralanma meydana gelmesi, buna rağmen yaralının olay yerinde terk edilmesi ve bu olaylarla ilgili olarak etkili soruşturma yürütülmemesi nedenleriyle yaşama hakkı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlaledildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/2/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. 2014/1983 ve 2014/1984 sayılı bireysel başvuru dosyaları, konu yönünden irtibat nedeniyle 2014/1982 sayılı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmiş ve inceleme 2014/1982 sayılı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmüştür.

6. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü sunmuştur.

8. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla temin edilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucular Hakkâri'de yaşamaktadır. Olay tarihinde on yedi yaşında olan başvurucu Seyfullah Turan, diğer başvurucuların oğludur.

11. Hakkâri'de 23/4/2009 tarihinde "Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı"nın kutlandığı bir gün yaşanmaktadır. Başvuru dosyasında yer alan belgelere göre bu tarihten yaklaşık bir hafta önce bir silahlı terör örgütü, üye ve yandaşlarına kitleler hâlinde gösteri ve şiddet eylemleri gerçekleştirmeleri yönünde çağrı yapmıştır. Bu çağrı üzerine belirtilen günden sonra terör örgütünün Hakkâri'deki bazı üye ve yandaşları kent merkezlerinde kalabalık gruplar hâlinde taş, sopa ve molotof kokteyli gibi birtakım araçlarla güvenlik güçlerine yönelik şiddete başvurmuşlardır.

12. Güvenlik güçleri, söz konusu olayların sona ermesi ve üçüncü kişilerin herhangi bir zarar görmemesi için yoğun çaba sarf etmiş ise de olaylar sona ermemiş ve bu süreçte pek çok kamu aracı zarar görmüş; çok sayıda güvenlik gücü mensubu ise yaralanmıştır. Şiddet eylemleri "Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı"nın kutlandığı günde de büyük kalabalıklar hâlinde gerçekleştirilmeye devam edilmiştir. Bu eylemlere katılanlardan özellikle çocuklar, güvenlik güçlerince tanınmamak için mahallinde poşu diye tabir edilen örtü veya eşarp ile yüzlerini gizlemişlerdir.

13. Belirtilen günde ulusal bir haber ajansı, Hakkâri'nin bir mahallesinde güvenlik güçlerinin bir çocuğa yönelik müdahalesini görüntülemiş ve bunu tüm yurtta paylaşmıştır.

14. Bu görüntülerde, boş bir arazide birkaç çocuğun sağa sola kaçıştığı sırada kar maskesi takması nedeniyle yüzü görülemeyen özel kıyafetli bir polis memurunun aynı arazide bulunan ancak çevreye bakındığı ve kaçmayıp olduğu yerde beklediği görülen bir çocuğa arkasından yaklaştığı, kolundan tutarak kendisine doğru çektiği ve elindeki gaz tüfeğinin dipçiği ile başına çok şiddetli şekilde art arda iki kez vurduğu, çocuğun darbelerin etkisiyle olduğu yerde yığılıp kaldığı, memurun çocuğa tüfeğin dipçiğiyle yerde hareketsiz durumdayken de aynı şiddetle vurmaya devam ettiği ve daha sonra tekme attığı görülmektedir.

15. Tam da bu anda yüzünde gaz maskesi bulunan başka bir polis memurunun diğer memurun yanına gittiği, ikisinin arasında içeriği anlaşılamayan kısa bir konuşmanın geçtiği, sonrasında gaz maskeli polisin yerde yatan çocuğa eğilerek baktığı, bir kolunu havaya kaldırıp bıraktığında kolun olduğu gibi yere düştüğünü görünce hemen olay yerinden uzaklaştığı ve bu şekilde görüntüden çıktığı görülmektedir.

16. Görüntülere göre diğer polis memuru da kısa bir süre bekleyip yerde yatmakta olan çocuğa eğilerek baktıktan ve hareketsiz durumda olduğunu gördükten hemen sonra olay yerinden ayrılmıştır. Görüntülere göre yüzü herhangi bir örtü ile kapalı olmayan, elinde taş, sopa ve benzeri bir saldırı aleti de bulunmayan çocuk tüm bu olup bitenler sırasında aldığı darbelerin etkisiyle bilincini tamamen kaybetmiş şekilde yerde yatmakta ve yaşananlara herhangi bir tepki vermemektedir.

17. Görüntülerin devamında çocuğun yanına bu görüntüleri kaydeden ulusal haber ajansının bir muhabiri ile bir yerel gazete muhabirinin geldiği, ardından haber ajansı muhabirinin mobil telefonla "112 Acil Yardım" hattını arayarak olay yerine ambulans çağırdığı, bu sırada çevredekiler tarafından çocuğun baş bölgesinde kanama olduğunun görülmesi nedeniyle hareket ettirilmeyip sarsılmamasına çalışıldığı, sonrasında kim oldukları anlaşılamayan sivil giyinimli kişilerin çocuğu olay yerinden ellerinden ve ayaklarından tutarak hep birlikte taşımak suretiyle götürürken görüldükleri ve video kaydının bu görüntülerle sona erdiği anlaşılmıştır.

18. Söz konusu görüntülerden olay yerindeki polis memurlarının herhangi bir saldırı veya direnme ile karşılaşmadıkları anlaşılmaktadır.

19. Bu görüntülerin medyada yer alması ve kamuoyunda polis memuruna yönelik yoğun tepkinin oluşması üzerine Hakkâri Valiliği, aynı gün bir basın açıklaması yapmıştır. Söz konusu açıklama şöyledir:

> *"23/04/2009 günü ilimiz merkezinde öğle saatlerinden itibaren çeşitli mahallelerde yapılan korsan gösteri ve güvenlik kuvvetlerimizi taşlama eylemlerine güvenlikkuvvetlerimiz tarafından Merzan Mahallesi civarında yapılan müdahale esnasında, bir güvenlik görevlimizin fevri hareketi neticesinde bir vatandaşımızın yaralanması üzüntüyle karşılanmıştır.*
>
> *Bahse konu personel açığa alınmış olup sorumlular hakkında gerekli soruşturma başlatılmıştır.*
>
> *Kamuoyuna saygıyla duyurulur."*

20. Olay, ertesi gün de medyada yer almış ve yaralı çocuğun sağlık durumunun ciddiyetini koruduğu belirtilmiştir. Medya haberlerinin bazılarında, olayın Çocuk Bayramı'nda yaşanmasının durumun vahametini daha da artırdığının düşünüldüğü ifade edilmiş ve olay *"Bayramda Dayak"* başlığı altında haber yapılmıştır. Diğer yayınlarda olay *"Çocuğa Dipçik"*, *"Başa İki Darbe"* ve benzeri başlıklarla haber yapılmış; ayrıca Valiliğin yukarıda değinilen basın açıklamasına da yer verilerek olaya karışan polis memurunun görevinden derhâl uzaklaştırıldığına dair bilgi kamuoyu ile paylaşılmıştır.

21. Görüntülerdeki çocuk, başvurucu Seyfullah Turan'dır. Başvurucu, başvuru belgelerinden kesin olarak belirlenemeyen bir şekilde önce Hakkâri Devlet Hastanesine (Devlet Hastanesi) götürülmüş; burada yapılan kontrollerde durumunun hayati tehlike içerdiğinin anlaşılması sonrası ise bir ambulansla Van 100. Yıl Üniversitesi Eğitim ve Araştırma Hastanesine (Üniversite Hastanesi) derhâl nakledilmiştir.

22. Burada yapılan ilk kontrollerde başvurucunun kafatası kemiklerinin bir kısmında ayrılma ve lineer (hat) şeklinde kırıklar olduğu görülmüş, ayrıca beyin kanaması geçirdiği tespit edilmiştir. Başvurucunun 24/4/2009 tarihinde getirildiği Üniversite Hastanesindeki tedavisi, taburcu olduğu 29/4/2009 tarihine kadar sürmüştür.

A. Disiplin Soruşturması Süreci

23. Medyanın paylaştığı video kaydında çocuğa gaz tüfeği ile vurduğu görülen polis memurunun açık kimliği ve görev yeri, Valilik ve Hakkâri İl Emniyet Müdürlüğü (İl Emniyet Müdürlüğü) tarafından derhâl tespit edilmiştir. Görüntülerdeki Polis Memuru B.T., İl Emniyet Müdürlüğü Özel Harekât Şube Müdürlüğünde görev yapmaktadır ve olayın gerçekleşmesinin hemen ardından aynı gün Valiliğin basın açıklamasında da belirtildiği gibi görevinden uzaklaştırılmıştır. B.T., olay günü toplumsal olaylara müdahale için görevlendirilmemiş ancak mesai arkadaşları ile birlikte görevli olduğu bölgeye giderken olaylara müdahil olmuştur.

24. Emniyet Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı (Teftiş Kurulu Başkanlığı), B.T. ve amiri Başkomiser D.T. hakkında hemen bir disiplin soruşturması başlatmış ve bu kapsamda Hakkâri'ye iki polis başmüfettişi göndermiştir.

25. Polis başmüfettişleri, ertesi gün olayı soruşturmaya başlamış ve bu soruşturmada olay yerindeki polis memurları ile başvurucular Seyfettin Turan ve Mehmet Turan'ın ifadesini almışlardır.

26. Başvurucu Seyfullah Turan'ın 25/4/2009 tarihinde alınan ifadesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *" ... Olay günü yani 23 Nisan 2009 tarihinde öğleden sonra 8 veya 9 mahalle arkadaşım ile birlikte Sağlık Ocağının üstünde spor alanı olarak kullandığımız yerde futbol maçı yaparken, 1 saat kadar sonra bizim bulunduğumuz yere daha yüksek bir konumda bulunan aşağı mezran bölgesinde bir grup çocuğun polislere ve onların kullandığı araçlara taş attıkları, polislerin de onlara biber gazı attığını görmemiz üzerine maçı bırakıp olayları seyretmek için mezran mevki sanayi yolu altına bir iki arkadaşımla birlikte geldik. Şu anda onların isimlerini çıkaramıyorum. Burada yaklaşık 20 dakika kadar, devam eden bu olayları seyrederken arkamdan ne ile vurulduğunu görmediğim bir cisim ile darbe aldım. Bu darbe üzerine ben kendimden geçmişim. Gözümü açtığımda Hakkari Devlet Hastanesinde Acil Müdahale odasında idim. Bana ne ile vuruldu, nereme vuruldu, kim tarafından vuruldu, hiç görmedim, bilmiyorum. ...*
>
> *Ben polis ile gösterici çocuklar arasında olan olaylara asla karışmadım. Polislere taş veya başka bir cisim atmadım. Sadece olayları seyrediyordum.*

Daha önceki tarihlerde de emniyet görevlileri ile göstericiler arasında yaşanan hiçbir olaya karışmadım.

Beni darp eden kişinin bir polis memuru olduğunu çevremde beni ziyaret edenler tarafından konuşulması esnasında öğrendim. ...

Beni darp eden polis memurundan şikâyetçiğim. Hakkında gerekli yasal işlemlerin yapılmasını istiyorum (dedi)."

27. Başvurucu Mehmet Turan da aynı gün dinlenmiş; olayı görmediğini ancak oğlu Seyfullah Turan ile durumunun ciddi olması nedeniyle sevk edildiği Üniversite Hastanesinde görüştüğünde kendisine, toplumsal olayları seyretmek için yüksekçe bir mevkide bulunduğu sırada birisinin arkasından yaklaşarak ne olduğunu anlayamadığı sert bir cisimle başına vurduğunu söylediğini ifade etmiştir. Başvurucu bu ifadesinde, oğlunun Devlet Hastanesine ne şekilde ve olaydan ne kadar süre sonra götürüldüğü konusunda ise bir bilgi vermemiştir.

28. Müfettişler, B.T.nin ifadesini 28/4/2009 tarihinde almışlardır. Söz konusu ifadenin ilgili bölümü şöyledir:

" ... Araçlardan inip şahısları Terör ekibine göstermek için yaya olarak onlarla beraber hareket ettik. Yürüdüğümüz yerde bizi taşlayan gruplar vardı. Çevremizi sarmamaları için ben geriden ve biraz geniş bir açıyla geliyordum. Daha sonra önümde bulunan tepe ve kayalıkları geçtiğimde bir anda kendimi polisi taşlayan grubun içerisinde buldum. Beni gören bazı göstericiler dağılmaya başladı. Fakat yüzünde bez olan birkaç gösterici beni farketmedi. Ben de polisi taşlayan bu göstericilerden birkaçını göz altı yapmak için onlara doğru yürüdüm. Gösterici karşı istikamette bulunan polisi taşlamaya ve slogan atmaya devam ettiğinden beni fark etmedi. İsmini sonradan öğrendiğim bu Seyfi Turan isimli kişiyi yakaladım. Bir elimle şahsı tutuyordum. Diğer elimde de gaz tüfeğim vardı. Dipçiği plastik olan tüfek ile şahsın elinde gördüğüm taşı düşürmeye çalıştım.Plastik olan elimdeki zimmetligaz tüfeği ile eline vurmaya çalışırken şahsın hareketi ile tüfeğin dipçiği şahsın ense tarafına denk gelmiş olabilir. Olayın heyecanı ile neresine geldiğini tam olarak hatırlamıyorum. Şahıs bu esnada elimden kaçmaya çalışıyordu. Kesinlikle şahsı yaralamaya ve zarar vermeye bir kastım yoktu. Benim amacım şahsı etkisiz hale getirip göz altı yapmaktı. Bu olay esnasında gözaltında bana yardımcı olmak için Çevik Kuvvetten bir polis memuru yanıma geldi. Fakat dağılan grup tekrar bize doğru toplu bir şekilde gelmeye ve taşlamaya başlayınca geri çekilmek zorunda

kaldık. Benim şahsı orada bırakmak gibi bir niyetim yoktu. Kendimi savunma düşüncesi ve olayın vahameti ile hareket ettim. Televizyonda gösterilen mevcut gösteriler olayın gerçek yüzünü göstermesi açısından son derece yetersizdir. Gösterici gruplar arasında kalmamız ve taş yediğimiz görüntüler net olarak tespit edilmemiştir.

(...)

Konu hakkında söyleyeceklerim bundan ibarettir (dedi)."

29. Olaya ilişkin görüntülerdeki diğer polis memurunun (F.Y.) açık kimliği de belirlenmiş ve ifadesi 29/4/2009 tarihinde alınmıştır. Söz konusu ifadenin ilgili bölümü şöyledir:

" ... Benim gördüğüm 70-80 civarında kişi bize taş atıyordu. .... hakim bir tepede 25 dakika kadar bekleme yaptık. Bu protestocu gruptan bir kısım gösterici yüzleri poşulu olduğu halde taş atmak için aracımıza doğru gelmeleri üzerine daha önceden telsiz anonsları ile yakalama ve gözaltı yapılması talimatlarına uygun olarak ben araçtan çıkarak yaklaşık olarak 20 metre kadar mesafede bulunan 10 kadar göstericiye doğru koştum.Amacım içlerinden bir iki tanesini yakalamaktı. Ancak 4-5 metre kadar koştuktan sonra düştüm. Hatta parmağımda yara oluştu. Fakat hastaneye gitmeye gerek görmedim. Düştüğüm yerden hemen kalktığımda bir an benim koşu istikametimin sol çarprazınbir çocuğun yerde yattığını ve 3-4 metre ilerisinde de ayakta kar maskeli Özel Harekette görevli bir arkadaşımızın durduğunu farkettim. Yakalamadan vazgeçerek önce Polis Memuruna gidip 'devrem herhangi bir şey sen de var mı?' diye sordum. Onun 'yok' demesi üzerine yerde yatan çocuğa yardım için yöneldim. Yanına geldiğimde başının hafif şekilde kanadığını gördüm. 'bir şeyin var mı, kalkabilecek misin' diyerek kolundan tutup kaldırmaya çalıştım. Ancak çocuk bir tepki göstermedi. Bunun üzerine yine bir defa daha kaldırmaya uğraştım. Ancak kalkamayınca hemen yardım çağırmak üzere aracımızın bulunduğu yere koştum. Bizzat kendim müdahale etmeye çekindim. Çünkü şahıs kendinde değildi. Ayrıca sağlık görevlisi olmadığım için yanlış bir müdahale etmek istemedim. Ben arabaya doğru yöneldiğimde basın mensubu olarak bildiğim 3-4 kişi yukarıdan çocuğun olduğu yere doğru geliyorlardı. Aramızda çok mesafe vardı. Araca gelerek arkadaşlarımdan hemen ambulans çağırmalarını istedim. Onlar da bana biz zaten istedik ambulans geliyor dediler. Biz akrebin içerisinde ambulansın gelişini bekledik ve ambulansın geçmesi için yolda bulunan barikatları kaldırdık. Bu şekliyle

çocuğu hastaneye gönderdik ve buradan ekip olarak ayrıldık.... iddia edildiği şekilde çocuğu yaralı bir vaziyette bırakıp gitmiş değilim. ... başkaca bir diyeceğim yoktur (dedi)."

30. Haber ajansının muhabirleri de 28/4/2009 tarihinde dinlenmiştir. Bu kişilerin söz konusu ifadelerinin ilgili bölümleri şöyledir:

"N.E: ... 23 Nisan 2009 günü ben 23 Nisan törenlerini kayda aldım. Oradan döndüğümde iş yerime girmek üzere iken polise ait şortlant diye tabir ettiğimiz aracın hızla geçtiğini görmem üzerine çevrede bulunan vatandaşlara ne olduğunu sorduğumda Bağlar mahallesinde olay olduğunu öğrenerek hemen yukarıya çıkarak bölge müdürüm F... T... ile birlikte bir ticari araca binip olayın geçtiği Bağlar Mahallesi girişinde bulunan polis araçlarının olduğu yere geldik. ...polis araçları 100-150 civarında gösterici tarafından taşlanıyordu. Polis araçlarının onları dağıtmak için boyalı su ve gaz attığını gördüm. Bu olayları tamamen çektim. Bu olaylar devam ederken mahallenin diğer tarafından da detaylı görüntüler almak için çevirdiğimde Özel Harekette olduğunu kıyafetinden anladığım kar maskeli bir polisin hemen alt tarafımızda bulunan 3-4 kişilik bir çocuk grubuna doğru koştuğunu gördüm. Bu çocuklardan iki üç tanesinin yüzlerinin bez veya poşu ile sarılı olduğunu ve polislere taş attıklarını gördüm. Ancak içlerinden bir tanesinin yüzünün açık olduğunu ve sanki etrafı seyreder gibi bir durumda iken bu polisin çocuğun arkasından koşarak yaklaşıp, onu tutarak elinde bulunan silah dipçiği ile vurduğunu gördüm. Çocuk yere düştü ve bu durumu tamamen kamera kayıtlarına aldım. Hemen akabinde bu Özel Hareket Polisinin çocuğun yanından uzaklaştığını, daha sonra bir Çevik Kuvvet Polisinin yaralı çocuğa bakmak için geldiğini yine görüntüledim. Bu polis memuru bir şey yapmadan olay yerinden uzaklaştı. Belki de atılan taşlardan kaçmak için çocuğa müdahale edemedi.Bunun üzerine biz gazeteciler çocuğa yardım etmek için ben ve Müdürüm F... T... öncelikle kamera kapatarak ulaştık. Çocuğun başının arkası kanıyordu. Hemen ben 112 ambulansa telefon ederek olay yerine çağırdım. Ambulansı beklerken mahalleden 4-5 tane yaşları otuz otuz beş olan tanımadığım kişiler gelerek bize Kürtçe küfür ettiler, MİT'in ajanı diye suçladılar ve çocuğu elimizden alarak mahalle içerisine doğru gittiler. Yanımızdan ayrılır ayrılmaz mahalleden yine bize taş atılmaya başlandı. Biz yine polis araçlarının olduğu yere saklanmak zorunda kaldık. Konu hakkında söyleyeceklerim bundan ibarettir (dedi).

F.T: ... İçlerinden bir polisin bizim bulunduğumuz tarafa hızla geldiğini görerek hemen alt tarafımızda bulunan mevkide sanki taş atma pozisyonunda

bulunan 3 veya 4 çocuğa yöneldiğini tespit etmemiz üzerine kamerayı arkadaşım N... E... çalıştırmaya devam ederek kayıtlara aldı. Bu polis memuru alt tarafta cereyan eden olayları izlediğini düşündüğüm yaşı küçük bu çocuklardan birisine gelir gelmez elindeki silahın dipçiği ile vurdu ve çocuk yere düştü. Sonradan tekme attığını gördüm. Diğer çocuklar zaten olay yerinden polisin geldiğini görünce kaçmışlardı. Sanırım bu çocuğun polise arkası dönük ve aşağıda cereyan eden olayları seyrediyordu. Kaçan çocukların yüzlerinin bezlerle sarılı olduğunu hatırlıyorum. Ama bu dövülen çocuğun yüzünde herhangi bir bez ve poşu görmedim. Bu polis memuru çocuk olay yerinde yatıyor iken 4-5 metre uzaklaştı. O arada yanına gaz maskeli bir Çevik Kuvvet Polisi geldi. Daha sonra Çevik Kuvvet Polisi çocuğu kaldırmak istedi. Ancak çocuk hareketsiz kalınca o da bıraktı. Bu görüntüleri arkadaşım N... E... kayda aldı. Özel harekette görevli çocuğu dövenpolis memuru mahalle içerisine girerek kendini kaybettirdi.Hemen yanlarında bulunduğumuz isimlerini bilmediğim Çevik Kuvvette görevli polis memurlarından bir kısmı olaya üzüldüklerini ancak taşlama devam ettiği için çocuğu gidip alamadıklarını 'eğer gidip alıp gelirseniz ambulansla hastaneye götürürüz" diye bize söylemeleri üzerine ben de arkadaşım N...'i çocuğu almak için gönderdim. Ben kamera kaydına devam ettim. Hatta çocuk yerdeyken ve arkadaşım N.... ile İ... isimli yerel gazete muhabirinin ilgilenmeleri durumlarını da kaydettim. Arkadaşım N... 112'den ambulans istedi. Ambulans gelmeden mahalle içerisinden 4 veya 5 kişi bizi devletin MİT'i olarak suçlayıp çocuğu elimizden alıp apar topar mahalle içerisine taşıdılar. Onlar ayrıldıktan sonra göstericilerden bize de taş gelmeye başladı. Olay yerinden hemen polis araçlarının bulunduğu mevkiye geldik. Daha sonra çocuğun hastaneye nasıl ulaştırıldığını bilmiyorum (dedi)."

31. Polis başmüfettişleri tarafından dinlenen diğer polis memurları ve hakkında soruşturma yürütülen Başkomiser D.T., olayı görmediklerini ve B.T.nin gözaltı ve yakalama talimatı almadığını söylemişlerdir.

32. Polis başmüfettişleri 22/6/2009 tarihinde, haber ajansı muhabirleri tarafından çekilen ve medyada yer alan görüntüleri inceledikten sonra bir tutanak düzenlemişlerdir. Bu tutanakta; B.T.nin gaz tüfeğinin dipçik kısmı ile başvurucuya "üç kez" vurduğu, başvurucunun bu darbelerin etkisiyle yere düşüp hareketsiz kaldığı, bu sırada başka bir memurun başvurucuya yardım için geldiği fakat bir şey yapamadan ayrıldığı belirtilmiştir.

33. Müfettişler, soruşturmalarını tamamladıktan sonra 23/6/2009 tarihinde Teftiş Kurulu Başkanlığına bir rapor sunmuşlardır. Bu raporda,

B.T.nin zor (güç) kullanma yetkisini aşıp başvurucuyu "kasten" yaraladığı, Başkomiser D.T.nin ise olayda yakalama, gözaltı ve zor kullanma talimatı vermediği için bir kusurunun bulunmadığı ifade edilmiştir.Müfettişler, söz konusu raporda ayrıca B.T.nin "hizmet içinde resmî sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak" eylemini gerçekleştirdiği kanaatine vardıklarını ve bu nedenle "16 ay uzun süreli durdurma" cezası ile cezalandırılmasının gerektiğini düşündüklerini belirtmişlerdir.

34. Anayasa Mahkemesi 29/5/2017 tarihinde, Teftiş Kurulu Başkanlığına yazı yazarak söz konusu soruşturmanın akıbeti hakkında bilgi verilmesini istemiştir.

35. Teftiş Kurulu Başkanlığının cevap yazısında, Hakkâri İl Disiplin Kurulunun 14/1/2010 tarihli kararı ile B.T.nin disiplin soruşturması raporunda belirtilen eylemi gerçekleştirdiği gerekçesiyle "16 ay uzun süreli durdurma"; amiri D.T.nin ise emrinde çalışanların yetiştirilmesi, eğitimi ve gözetimi görevini yerine getirmemek eylemini gerçekleştirdiği gerekçesiyle "kınama"cezası ile cezalandırıldığı bildirilmiştir.

36. Yazı ekinde gönderilen Disiplin Kurulunun söz konusu kararına göre B.T. olayda, zor kullanmada orantılı güç kullanımı ilkesini ihlal etmiş ve bu şekilde başvurucu ile mensubu olduğu Kurumun -Emniyet Genel Müdürlüğü- zarar görmesine sebep olmuştur.

B. Ceza Soruşturması Süreci

37. Başvurucunun olaydan sonra getirildiği Devlet Hastanesinde görevli olan polis memurları, Polis Merkezini durumdan haberdar etmiş; buradaki görevliler de olaydan nöbetçi Cumhuriyet savcısını hemen bilgilendirip bu konudaki talimatlarını almışlardır.

38. Cumhuriyet savcısı olay hakkında soruşturma başlatmış ve kolluk görevlilerine, vakit kaybedilmeksizin başvurucu Mehmet Turan'ın ifadesinin alınması -başvurucu Seyfullah Turan bu sırada bilinci kapalı olduğundan ifade veremeyecek durumdadır- olayda kullanılan gaz tüfeğine el konulması ve başvurucuya ilişkin adli raporun alınması talimatını vermiştir.

39. Soruşturmada B.T.nin ifadesi 24/4/2009 tarihinde Cumhuriyet savcısı tarafından alınmıştır.Söz konusu ifadenin ilgili bölümü şöyledir:

" ... Biz normalde o gün toplumsal olaylarda görevli değildik, tepe noktasındaki görevli olduğumuz noktaya gidiyorduk. Oradaki kalabalığı oluşturan çocuklar bizim arabamızı taşlamaya başladılar. Biz de çevik kuvvete anons ederek çevik kuvvet istedik. Çevik kuvvet panzeri geldi, yolu açtı, geri dönüşte çevik kuvvetin panzerine Molotof atmaya başladılar, biz Molotof atanları görüyorduk, teşhis edebilirdik. Terör ekibine Molotof atanları tarif etmeye çalıştık, geri döndük Biçer Mahallesinden terör ekipleri ile birlikte 6 No lu Sağlık Ocağının olduğu yere çıktık, önümüze dere çıktı ve dereden araba ile geçemediğimiz için araçtan indik, terör ekipleri ile birlikte şüpheli şahısların peşinden gittik, biz de teşhis için peşlerinden gittik, bu sırada taşlama devam ediyordu. Ben arkadan taşlama olmasın diye güvenliği sağlamaya çalıştım ve bu nedenle grubun içerisinde kaldım. Ben de kendimi savunma düşüncesi ile gelen bir çocuğa vurdum, kullandığım silah benim üzerime zimmetli özel harekata ait silahtır. Üzerimize yoğun miktarda taş yağıyordu.Elimdeki gaz silahında mermi de kalmamıştı. Amacım kesinlikle kimseyi yaralamak değildi, kendimi savunma düşüncesi ile ve olayın vahameti ile hareket ettim. Mevcut görüntüler olayın gerçek yüzünü göstermek için son derece yetersizdir. Yoğun bir kalabalık içerisinde kaldım ve taş yediğim görüntüler tespit edilmemiştir. ... Üzerime atılı suçlamaları kabul etmiyorum, diyeceklerim bundan ibarettir (dedi)."

40. Kolluk görevlileri olaydan iki gün sonra 25/4/2009 tarihinde düzenledikleri tutanakta, Hakkâri'de 19/4/2009 ila 23/4/2009 tarihlerinde gerçekleşen toplumsal olaylara ilişkin kendilerince yapılan video ve fotoğraf çekimi kayıtlarının bazılarında yüzü eşarp ile örtülü olduğu görülen kişinin başvurucu olduğunu tespit ettiklerini belirtmişlerdir.

41. Başvurucunun ifadesini de Cumhuriyet savcısı almıştır. Söz konusu 5/5/2009 tarihli ifadenin ilgili bölümü şöyledir:

" ... Görüntülerde geçen polis memurunun darp ettiği çocuk benim, olayın olduğu yer bizim evimize 100 metre civarında bir mesafededir. Ben olayın olduğu yere top oynamaya gitmiştim. Toplumsal olaylara karışmak gibi bir niyetim yoktu, ben top oynamaya gittiğim arkadaşlarımın kim olduğunu hatırlamıyorum, olay yerinde herhangi bir arkadaşımın olup olmadığını hatırlamıyorum, top oynamayı bırakıp olayın olduğu yerde oturduk, sonra arkadan bir darbe yedim. Darbeyi yer yemez yere düştüm, ben darbe yeyince polisin vurduğunu anlayamadım, sonra bayılmışım. Hakkari Devlet Hastanesinde kendime geldim. Polisin bana niye vurduğunu bilmiyorum.

Kafatasımda kırıklar oluşmuştur. İlgili emniyet görevlisinden şikâyetçiğim. Diyeceklerim bundan ibarettir (dedi).”

42. Cumhuriyet savcısı, aynı tarihte diğer başvurucuların da ifadesini almıştır. Başvurucular bu ifadelerinde özetle nasıl gerçekleştiğini görmedikleri olaydan haberdar olur olmaz Devlet Hastanesine gittiklerini, sonrasında görüntülerini televizyon haberlerinde seyrettiklerini ve oğullarını darbeden polis memurundan şikâyetçi olduklarını söylemişlerdir. Ancak başvurucuların bu ifadelerinde de oğullarının Devlet Hastanesine ne şekilde ve olaydan ne kadar süre sonra götürüldüğü konusunda bir bilgi bulunmamaktadır.

43. Başvurucular, vekilleri aracılığıyla Hakkâri Cumhuriyet Başsavcılığına (Cumhuriyet Başsavcılığı) başvurmuşlar ve olaya ilişkin görüntülerde duruma müdahale ederek başvurucuya yardım etmediğinin görüldüğünü ileri sürdükleri polis memuru (F.Y.) hakkında suç duyurusunda bulunmuşlardır. Başvuru belgelerinden, söz konusu şikâyetin hangi tarihte yapıldığı kesin olarak belirlenememekte ise de aşağıda yer verilen iddianameden B.T. hakkında açılan kamu davasından önce gerçekleştiği anlaşılmıştır.

44. Cumhuriyet Başsavcılığı (Cumhuriyet Başsavcılığı) 28/5/2009 tarihinde,B.T. hakkında zor kullanma yetkisinin sınırını aşarak başvurucuyu “kasten” yaraladığı iddiası ile kamu davası açmıştır. İddianamede, söz konusu görüntülerin ve tüm dosya içeriğinin incelenmesinden başvurucunun B.T. tarafından darbedildiği sırada olay yerinde üçüncü bir kişinin bulunmadığı ve sonradan gelen memurun (Kimliği belirtilmemiştir.) başvurucunun yanına ulaştığında olayın sona erdiği belirtilerek başvurucuların bu konudaki şikâyetine ilişkin başkaca bir araştırmaya gidilmediği ifade edilmiştir.

45. B.T. 26/8/2009 tarihinde Bakanlığa bir dilekçe göndererek davanın Hakkâri’de görülmeye başlanması hâlinde olay medyada yer aldığı için yaşamının ve kamu güvenliğinin büyük bir tehlike ile karşı karşıya kalacağını ileri sürmüş ve bu nedenle davanın naklini talep etmiştir.

46. Bakanlık 1/9/2009 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığına bir yazı yazarak -kamu güvenliğinin sağlanması bakımından- davanın naklini gerektirir bir durumun bulunup bulunmadığını sormuştur.

47. Cumhuriyet Başsavcılığının 14/9/2009 tarihinde verdiği cevapta; dava ile ilgili genel güvenliğin İl Emniyet Müdürlüğü tarafından sağlanabileceği, meydana gelebilecek bir olaya kolluk tarafından anında müdahale edilebileceği, buna rağmen B.T.nin can güvenliğinin risk altında olabileceği, davanın bir terör örgütü tarafından provoke edilmesinin ve sonucunda toplumsal olayların çıkmasının da ihtimal dâhilinde olduğu belirtilmiştir.

48. Söz konusu cevapta; olayın Ulusal Egemenlik ve Çocuk Bayramı'nın kutlandığı 23 Nisan günü gerçekleşmesi, mağdurun bir çocuk olması, olayın kamuoyunda "çocuğa bayram dayağı" şeklinde değerlendirilmesi ile olaydan sonra Hakkâri'nin merkezinde ve ilçelerinde olayı protesto etmek amacı ile bazı işyerlerinin bir süre kapatılması, güvenlik güçlerine karşı direnç gösterilmesi, izinsiz toplantı ve gösteri yürüyüşü gerçekleştirilmesi ve içinde bulunulan bölgenin bu tür olaylara karşı verdiği önceki tepkiler gözönünde bulundurulduğunda kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesinin olasılık dâhilinde olduğunun değerlendirildiği bildirilmiştir.

49. Davaya ilişkin yargılamaya 17/9/2009 tarihinde başlayan Hakkâri Asliye Ceza Mahkemesi, başvurucuları ve olay yerinde görev yapan polis memurlarından bazılarını dinlemiştir. Söz konusu kişiler, bu ifadelerinde önceki beyanlarını tekrar etmişlerdir. Başvurucular, davaya müdahil (katılan) de olmuş ve eylemin kasten öldürme suçuna teşebbüs kapsamında kaldığını ileri sürerek görevsizlik kararı verilmesini ve dava dosyasının görev bakımından üst dereceli mahkeme olan Hakkâri Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesini talep etmişlerdir.

50. Mahkeme, görev itirazını reddetmiş ve B.T.nin savunmasının alınması amacıyla -olaydan sonra belirlenemeyen bir tarihte atamasının yapıldığı- Elazığ Mahkemesine talimat yazmıştır. Bu talimat gereğince alınan savunmasında B.T., kalabalık bir grup içinde kaldığını ve bu gruptakiler saldırınca elinde bulunan gaz tüfeğini kendisini korumak amacıyla salladığı sırada tüfeğin dipçiğinin başvurucuya denk geldiğini söylemiştir.

51. Bakanlık 19/1/2010 tarihinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına yazı yazarak söz konusu davanın kamu güvenliğinin sağlanması yönünden başka bir yer mahkemesine nakledilmesinin talep edilmesini ve sonucu hakkında bilgi verilmesini istemiştir. Başvurucular, B.T.nin davanın nakli

talebinden ve bu talep ile ilgili söz konusu yazışmalardan haberdar olmuş; davanın herhangi bir yere naklinin gerekmeyip bu durumun davaya etkili katılımlarını engelleyeceğini ileri sürerek Mahkemeden naklin gerçekleştirilmemesini ya da hiç değilse yakın bir bölgeye yapılmasını istemişlerdir.

52. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 27/1/2010 tarihli yazısı ile talebi inceleyen Yargıtay 5. Ceza Dairesi 1/2/2010 tarihinde, Cumhuriyet Başsavcılığının davanın başka bir yere naklinin uygun olacağı yolundaki görüşünü ve Bakanlığın bu husustaki isteğini yerinde gördüğünü belirterek davanın kamu güvenliği nedeniyle Isparta Nöbetçi Asliye Ceza Mahkemesine nakline karar vermiştir. Söz konusu kararda, nakilde Isparta'nın hangi gerekçe ile seçildiği konusunda ise bir açıklama bulunmamaktadır.

53. Bu karar Hakkâri Asliye Ceza Mahkemesine ulaştığında da başvurucular, etkili katılımlarının önüne geçileceği gerekçesiyle davanın nakline karşı çıktıklarını bir kez daha tekrarlamışlardır. Başvurucular Isparta'da gerçekleştirilecek olan yargılamaya gerek ekonomik gerekse ulaşım zorluğu gibi sebeplerle katılmalarının mümkün olmadığını, dolayısıyla davanın naklinde sanığın yaşadığı Elazığ dâhil ulaşımı kendileri açısından nispeten daha kolay bir yerin tercih edilmesi gerektiğiniifade etmişlerdir.

54. Hakkâri Asliye Ceza Mahkemesi davayı görmeye başladığı tarihten beş ayı aşkın bir süre sonra 4/3/2010 tarihinde, davanın Isparta'ya nakline -Yargıtayın anılan kararı gereğince- karar vermiştir. Bu aşamadan sonra yargılamayı yürüten Isparta 3. Asliye Ceza Mahkemesi (Isparta Asliye Ceza Mahkemesi) B.T.nin savunmasını 3/2/2011 tarihli duruşmada almıştır. Adı geçenin bu ifadesinde önceki aşamalarda verdiği ifadelerine ek olarak söylediği hususlar şöyledir:

> *" ... Şehirde sürekli olaylar meydana geliyor ve polise yönelik sözlü ve fiili tacizler oluyordu. Bu nedenle psikolojik olarak oldukça gergin durumdaydık. Göreve dahi çıkamaz duruma gelmiştik.... Arka tarafımda yer alan çocuğun elinde taş gördüm. Yüzünde poşu diye tabir edilen gözlerine kadar maske vardı. Engellemek amacıyla elimde bulunan TEM1 diye tabir edilen dipçik kısmı plastik olan silahın dipçik kısmı ile kendimi korumak amacıyla hamle yaptım. O anda etrafımız hilal şeklinde kalabalıkla sarılmıştı. Taş ve gaz saldırıları devam*

ettiği için gerek ben gerekse diğer arkadaşlarım kaçmak zorunda kaldık. ...Olay günü M16 silahı yanımda değildi. Belirttiğim gibi TEM1 adlı silah vardı. ...Olay esnasında ve öncesinde psikolojik durumumuz oldukça kötüydü. Tüm arkadaşlar tedirgindik. Mağdur çocuk kendini olayların akışına kaptırdığı için beni fark edememişti. Ben de çocuğu etkisiz hale getirmeye çalıştım (dedi)."

55. Isparta Asliye Ceza Mahkemesi, olay yerindeki bazı polis memurlarını istinabe (talimat) yoluyla dinlemiştir. Bu memurlardan bazıları başvurucuyu olay sırasında kendilerine taş atarken gördüğünü, diğerleri ise olay yerinde görmediklerini söylemiştir. Mahkeme, başvurucular ile diğer tanıklarınbeyanlarını ise almamış; buna gerekçe olarak daha önce Hakkâri Asliye Mahkemesince dinlenmiş olmalarını göstermiştir.

56. Davanın devam ettiği 10/12/2010 tarihinde başvurucular, vekilleri aracılığıyla Cumhuriyet Başsavcılığına yeniden başvurmuş; olaya müdahale etmeyip başvurucu Seyfullah Turan'ı olay yerinde yaralı şekilde terk ettiğini ileri sürdükleri polis memuru (F.Y.) hakkında yaptıkları suç duyurusuna ilişkin bir karar verilmediğini belirterek adı geçen hakkında gereğinin yapılmasını talep etmişlerdir.

57. Cumhuriyet Başsavcılığı taleple ilgili bu kez ayrı bir soruşturma açmış ve 12/8/2011 tarihinde, polis memurunun kimliğinin belirlenemediğini -disiplin soruşturmasında belirlenmiştir- ayrıca bu memurun toplumsal şiddet olaylarının devam etmesi nedeniyle olay yerinden ayrılmak durumunda kaldığını belirterek şikâyet hakkında kovuşturmaya yer olmadığına itirazı kabil olmak üzere karar vermiştir.

58. Soruşturma dosyası ve başvuru belgelerinde, başvurucuların bu karara itiraz edip etmediğine ilişkin bir bilgi ya da belgeye rastlanmadığı gibi başvurucular da bireysel başvuru dilekçelerinde bu konuda bir açıklama yapmamışlardır.

59. Başvurucu Seyfullah Turan'a ilişkin kesin adli rapor, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 2. İhtisas Kurulu tarafından 28/2/2011 tarihinde düzenlenmiş ve Isparta Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmiştir. Bu rapora göre de başvurucu, kafatasında kemik ayrılmasına neden olan basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek yaralanma nedeniyle hayati tehlike geçirmiştir.

60. Isparta Asliye Ceza Mahkemesinin yargılaması 19/7/2010 tarihinde başlamış ve yargılamada toplamda altı duruşma gerçekleştirilmiştir. Duruşmalar, birkaç aylık periyotlarla yapılmıştır. Başvurucular, bu duruşmaların hiçbirine katılmamıştır. Kendilerini bazı duruşmalarda temsil eden ve farklı şehirlerden gelen vekilleri, bu yargılamanın da hemen hemen her aşamasında başvurucuların duruşmalara katılamamalarına gerekçe olarak Isparta'nın Hakkâri'ye çok uzak olmasını, bu iki şehir arasında hava yolu ulaşımının bulunmamasını ve başvurucuların yolculuk için yeterli ekonomik güce sahip olmamasını göstermişlerdir. Başvurucular da vekilleri aracılığıyla davanın naklindeki gerçek amacın yargılamaya katılabilmelerinin önüne geçilebilmesi olduğunu ileri sürmüş, Mahkemeden davanın Van veya Ankara gibi Hakkâri'ye nispeten daha kolay ulaşılabilir bir şehre nakledilmesini talep etmişlerdir.

61. Başvurucular ayrıca Hakkâri Asliye Ceza Mahkemesine ileri sürdükleri eylemin öldürme suçuna teşebbüs olduğuna ve yargılama yapma görevinin bu nedenle ağır ceza mahkemesine ait olduğuna ilişkin itirazlarını davanın Isparta Asliye Ceza Mahkemesinde görülmesi sırasında da ileri sürmüşlerdir. Ancak bu itirazları da Isparta Asliye Ceza Mahkemesince kabul edilmemiştir.

62. Isparta Asliye Ceza Mahkemesi 22/12/2011 tarihinde, dava hakkında nihai kararını (hüküm) vermiştir. Mahkeme bu kararının gerekçesinde, B.T.nin gaz tüfeğinin dipçik kısmıyla vurmak suretiyle baş bölgesinde kemik kırıkları oluşmasına ve hayati tehlike geçirmesine neden olacak şekilde başvurucuyu yaraladığı hususunun tartışmasız olduğunu belirttikten sonra değerlendirilmesi gereken ana meselenin olayın niteliğinin belirlenmesi olduğunu ifade etmiştir. Karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *" ... Tarafsız tanık konumunda olduğu değerlendirilen basın mensubu N... E... beyanlarında söz konusu alanda yüzleri örtülü dört kişinin olduğunu, mağdur çocuğun yüzünün açık olduğunu belirtmiştir. Diğer tanık polis memurları, mağdur çocuğun yüzünde poşu olduğunu belirtmişlerdir. Dosyaya buna ilişkin olarak daha öncesinde mağdur çocuğun yüzünde poşu bulunan fotoğraf da delil olarak sunulmuştur.*
>
> *Mağdur çocuğun polise taş atan yüzleri poşulu diğer kişilerle bir arada bulunduğu anlaşılmaktadır. Polisin olaya müdahalesi üzerine diğer yüzleri*

örtülü kişilerin kaçtıkları mağdur çocuğun ise kaçamadığı, sanık B...'ın müdahalesi ile karşılaştığı görülmektedir.

Olay tüm aşamalarıyla değerlendirildiğinde sanık polis memurunun olay günü takviye amaçlı olay yerinde bulunduğu, taş ve Molotof kokteyl saldırısı altında olaya müdahale ettiği, olayın çok hızlı biçimde gerçekleştiği, polis B...'ın mağdura yönelik dipçik darbesiyle mağdurun yere yıkıldığı, sanık Polis'in mağdurun yere yıkılmasından sonra şaşırarak yerde yatan çocuğa baktığı ve bir müddet sonra uzaklaştığı, buna göre sanığın olaya müdahale anlamında mağdur çocuğa yönelik hareketlerini olayın sıcağı içerisinde dengeli biçimde ayarlayamadığı ve dipçikle mağdur çocuğun kafa bölgesine vurduğu ancak olay anının sıcaklığı sanığın da savunmasında belirttiği gibi içinde bulundukları psikolojik durumun gerginliği gözönüne alındığında sanığın amaçlamadığı biçimde eyleminde bir aşırılık meydana geldiği, buna göre sanığın eyleminin TCK.nun 27/1. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Sanığın dipçikle vurduktan sonra mağdura bakmaya devam etmesi, daha sonra diğer polis arkadaşının gelip mağduru kontrol etmesi ve taş saldırısı olduğu için olay yerinden uzaklaşmaları gözönüne alındığında sanığın bilerek kasıtlı biçimde mağdura söz konusu hayati tehlike geçirecek darbeyi amaçlamadığı (kanaatine varılmıştır)."

63. Mahkeme, B.T.nin olaydan sonra pişmanlık gösteren davranışlar sergilediğini ve "duruşmalarda saygılı tutum içinde bulunduğu"nu gerekçe göstererek hakkında takdiri indirim hükümlerini de uygulamış ve sonuç olarak 6 ay 7 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

64. Mahkeme, kararın verildiği duruşmada müdafiinin talebi üzerine B.T.nin "kasıtlı bir suçtan mahkûm edilmemiş olması"nı ve yine duruşmalardaki "saygılı tutum ve davranışları"nı gerekçe göstererek söz konusu cezayı içeren hükmün açıklanmasını geri bırakmıştır. Mahkeme, B.T. hakkında ilgili kanun gereğince beş yıllık bir denetim süresi belirlemiş ancak olaydan sonraki tutum ve davranışları ile kişisel ve sosyal durumunu gerekçe göstererek bu süre içinde herhangi bir denetim tedbiri uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, kararında son olarak B.T.nin denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlememesi durumunda ilgili kanun gereğince davanın düşmesine karar verileceğine yer vermiştir.

65. Başvurucular, bu kararı temyiz etmişlerdir. Temyiz taleplerinde, B.T.nin olayda doğrudan öldürme kastı ile hareket etmesine ve yetkilerinin sınırlarını açıkça aşmasına rağmen Mahkemenin ilgili kanun hükümlerini uygularken eylemin cezasız kalmasına yol açacak şekilde değerlendirmeler yaptığını ileri sürmüşlerdir. Taleplerini inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararlarına karşı ancak itiraz yolunun mümkün olduğu gerekçesi ile dava dosyasını incelemeksizin Isparta Asliye Ceza Mahkemesine iade etmiş; Isparta Asliye Ceza Mahkemesi de dosyayı bu karara istinaden itiraz incelemesi yapmak üzere Isparta 1. Ağır Ceza Mahkemesine (Ağır Ceza Mahkemesi) göndermiştir.

66. Talebi itiraz mercii olarak inceleyen Ağır Ceza Mahkemesi 3/1/2014 tarihinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında herhangi bir kanuna aykırılık görülmediği gerekçesi ile itirazın reddine karar vermiştir.

67. Bu karar başvuruculara 21/1/2014 tarihinde tebliğ edilmiş, 14/2/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

C. Tazminat Davası Süreci

68. Bakanlığın 8/2/2017 tarihli yazısına göre başvurucular, İçişleri Bakanlığına karşı maddi ve manevi tazminat talebiyle dava açmıştır. Van 1. İdare Mahkemesi (İdare Mahkemesi) 18/9/2015 tarihinde, maddi ve manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne ve toplamda 42.142,71 TL tazminatın başvuruculara ödenmesine karar vermiştir.

69. Danıştay Onuncu Dairesi 29/4/2016 tarihinde, meydana gelen zararda başvurucunun müterafik kusuru bulunduğu gözetilerek bir karar verilmesi ve tazminat hesabının da bu durum nazara alınarak yapılması gerekirken olayda tümüyle idarenin kusuru olduğu kabul edilerek tazminat miktarının belirlenmesinde hukuki isabet bulunmadığı gerekçesiyle söz konusu kararı bozmuştur.

70. Bakanlığın anılan yazısına göre bu karar, karar düzeltme talebi doğrultusunda Onuncu Daireye gönderilmiş olup inceleme aşamasındadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

71. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Davanın nakli*" kenar başlıklı 19. maddesi şöyledir:

"(1) Yetkili hâkim veya mahkeme, hukukî veya fiilî sebeplerle görevini yerine getiremeyecek hâlde bulunursa; yüksek görevli mahkeme, davanın başka yerde bulunan aynı derecede bir mahkemeye nakline karar verir.

(2) Kovuşturmanın görevli ve yetkili olan mahkemenin bulunduğu yerde yapılması kamu güvenliği için tehlikeli olursa, davanın naklini Adalet Bakanı Yargıtaydan ister."

72. 5271 sayılı Kanun'un *"Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması"* kenar başlıklı 231. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

(...)

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.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: 06/12/2006- 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.

(...)

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur.

(...)

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 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: 06/12/2006 - 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.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

73.5271 sayılı Kanun'un "*Mağdur ile şikâyetçinin hakları*" kenar başlıklı 234. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

(...)

b) Kovuşturma evresinde;

1. Duruşmadan haberdar edilme,

2. Kamu davasına katılma,

3. Tutanak ve belgelerden (…) (1) örnek isteme, (1)

4. Tanıkların davetini isteme,

...

6. Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma.

...

(3) Bu haklar, suçun mağdurları ile şikâyetçiye anlatılıp açıklanır ve bu husus tutanağa yazılır."

74. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"(1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz."

75.5237 sayılı Kanun'un "*Kast*" kenar başlıklı 21. maddesi şöyledir:

"(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.

(2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.

76. 5237 sayılı Kanun'un *"Taksir"* kenar başlıklı 22. maddesinin ilgili bölümüşöyledir:

"(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(...)"

77.5237 sayılı Kanun'un *"Meşru savunma ve zorunluluk hâli"* kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"(1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

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

78.5237 sayılı Kanun'un *"Sınırın aşılması"* kenar başlıklı 27. maddesi şöyledir:

"(1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.

(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez."

79.5237 sayılı Kanun'un "*Cezanın belirlenmesi*" kenar başlıklı 61. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

" (1) Hâkim, somut olayda;

a) Suçun işleniş biçimini,

b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,

c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,

d) Suçun konusunun önem ve değerini,

e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,

f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,

g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

(...)."

80. 5237 sayılı Kanun'un "*Takdiri indirim nedenleri*" kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

"(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir."

81. 5237 sayılı Kanun'un *"Zor kullanılması yetkisine ilişkin sınırın aşılması"* kenar başlıklı 256. maddesi şöyledir:

"Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

82. 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun "*Zor ve silah kullanma*" kenar başlıklı 16. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(Değişik: 2/6/2007-5681/4 md.) 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 ve/veya boyalı 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.

...”

83. Bakanlar Kurulunun 23/3/1979 tarihli kararı ile 24/4/1979 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü’nün (Tüzük) “*Disiplin cezaları*” kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

“Emniyet Teşkilatı memurlarına verilecek disiplin cezaları şunlardır:

A) Uyarma, memura, görevinde daha dikkatli davranması gerektiğini yazı ile bildirmektir.

B) Kınama, memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu sayıldığını yazı ile bildirmektir.

C) Aylık kesme, memurun, 15 günlüğe kadar aylığının kesilmesidir.

Ç) Kısa süreli durdurma, memurun, bulunduğu kademede ilerlemesinin 4, 6 ya da 10 ay için durdurulmasıdır.

D) Uzun süreli durdurma, memurun, bulunduğu kademede ilerlemesinin 12, 16, 20 ya da 24 ay durdurulmasıdır.

E) Meslekten çıkarma, memurun, Emniyet Teşkilatı hizmetlerinde bir daha çalıştırılmamak üzere meslekten çıkarılmasıdır.

F) Devlet memurluğundan çıkarma, memurun, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarılmasıdır."

84. Anılan Tüzük'ün "*Uzun süreli durdurma*" kenar başlıklı 7. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Uzun süreli durdurma cezasını gerektiren eylem, işlem, tutum ve davranışlar şunlardır:

...

B) 16 ay süreli durdurma;

1 - Hizmet içinde resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunmak,

..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Birleşmiş Milletler Belgeleri

85. Birleşmiş Milletlerin 29 Kasım 1985 tarihli Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildirisi'nde;

-Suç mağdurlarının uluslararası ve ulusal düzeyde adalete ulaşmaları ve adil muamele görmeleri,

-Zararlarının giderilmesi, tazminat ve yardım için tedbirler alınması,

-Yargısal ve idari mekanizmaların mağdurların ihtiyaçlarına karşılık verebilmesi için mağdurlara özellikle ağır suçlar söz konusu olduğunda ve mağdurların talep etmeleri hâlinde yargılamadaki rolleri ve kapsamı, yargılamanın zamanlaması ve ilerlemesi ile davalarının durumu hakkında bilgi verilmesi,

-Sanığın haklarına zarar vermeden ve ulusal ceza adaleti sistemine uygun biçimde mağdurun kişisel haklarını ilgilendirdiği durumlarda, davanın gerekli aşamalarında kendisinin görüş ve düşüncelerini sunmasına izin verilmesi,

-Hukuki süreç boyunca mağdurlara uygun bir hukuki yardım sağlanması,

-Mağdurlara verilebilecek rahatsızlıkları asgariye indirmek, mahremiyetlerini korumak, gerektiği zaman kendilerinin, ailelerinin ve lehlerine olan tanıkların güvenliklerini sağlamak ve onları baskı ve misillemeye karşı korumak için tedbir almaları tavsiyelerine yer verilmiştir.

86. 27 Ağustos 1990 ile 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana şehrinde yapılan 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansı'nda kabul edilen, güvenlik güçleri tarafından uygulanan ateşli silahlar ve güç kullanımına ilişkin ilkelerin ilgili bölümü şöyledir:

" (...)

1. Kamu yetkilileri ve emniyet makamları, kanun adamlarının kişilere karşı zor ve silah kullanmaları hakkında yasalar çıkarıp düzenlemeler yaparlar ve bunları yerine getirirler.

Hükümetler ve kolluk kuvvetleri bu tür kurallar koyup düzenlemeler yaparlarken, zor ve silah kullanma ile bağlantılı olan ahlaki sorunları her zaman göz önünde tutarlar.

... Kişilerin ölümüne veya yaralanmasına yol açabilecek silahların kullanılmasını giderek sınırlama düsüncesiyle, uygun durumlarda kullanılmak üzere öldürücü olmayan etkisizleştirici silahlar da bu araçlara dâhildir.

Yine aynı amaçla, başka türlü silahları kullanma ihtiyacını da düşürmek için kanun adamlarının kalkan, miğfer, kurşun geçirmez yelek ve kurşun geçirmez taşıtlar gibi kendilerini koruyucu araçlarla donatılmaları mümkündür.

(…)

9. Kanun adamları kendilerinin ve başkalarının öldürülmelerine veya ağır bir biçimde yaralanmalarına yönelik yakın bir tehlikeye karşı müdafaa halleri ile yaşama karşı ağır bir tehdit içeren ağır nitelikteki özel suçların işlenmesini önlemek, bu tür bir tehlike gösteren veya emirlere direnen bir kimseyi yakalamak veya böyle bir kimsenin kaçmasını önlemek amacı dışında ve bu amaçları gerçekleştirmek için daha hafif yöntemler yetersiz kalmadıkça

başkalarına karşı silah kullanamazlar. Her halükarda sadece yaşamı korumak için kesinlikle kaçınılmaz olduğu zaman öldürmeye yönelik silah kullanılabilir.

10. Kanun adamları dokuzuncu prensipte belirtilen durumlarda, kendilerini gereği gibi tanıtarak silah kullanma niyetleri konusunda açık bir uyarıda bulunurlar ve uyarıya uyulabilmesi için yeterli zaman verirler. Eğer uyarıda bulunmak, kanun adamlarını gereksiz yere tehlikeye atacak ise veya başkaları için ölüm veya ciddi bir biçimde yaralanma riski yaratacak ise, veya olayın şartları içinde açıkça gereksiz veya anlamsız ise, uyarı yapılmaz.

(…)

18. Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar, bütün kanun adamlarının uygun bir eleme usulüne göre göreve seçilmelerini, görevlerini etkili bir biçimde yerine getirmeleri için gerekli olan ahlaki, psikolojik ve fiziksel niteliklere sahip olmalarını ve sürekli ve tam bir mesleki eğitim almalarını sağlar. Bu kişilerin bu görevlere sürekli uygunluk içinde olup olmadıkları periyodik olarak denetlenir.

19. Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar, bütün kanun adamlarının zor kullanmada gerekli eğitimi almalarını ve gerekli yeterlilik standartlarına göre sınavdan geçirilmelerini sağlar.

Silah taşımaları gerekli olan kanun adamları, ancak silahların kullanımı konusunda özel eğitimi tamamlamalarından sonra silah taşıma yetkisi kazanabilirler.

20. Hükümetler ve kanunen yetkili kuruluşlar, kanun adamlarının eğitiminde, özellikle soruşturma sürecinde polis ahlakı ve insan hakları konularına, zor ve silah kullanmaktansa çatışmaları barışçıl bir biçimde çözüme kavuşturma, kalabalıkların davranışlarını anlama, ikna, müzakere ve arabulma gibi yöntemler de dâhil, çeşitli alternatif yöntemler kullanma ve ayrıca zor ve silah kullanılmasını kısıtlama amacıyla teknik araçların kullanılmasına özel bir önem verirler. Kanunen yetkili kuruluşlar, eğitim programlarını ve isleyiş usullerini somut olaylar ışığında yeniden değerlendirirler.

(…)"

2. Avrupa Konseyi Belgeleri

87. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*İnsan haklarına saygıyükümlülüğü*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar"

88. Sözleşme'nin "*Yaşam hakkı*" kenar başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

" Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. ..."

89. Sözleşme'nin "*İşkence yasağı*" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye ve insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

90. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 2. maddesi 1. maddesiyle birlikte yorumlandığında devletin yaşama hakkı kapsamındaki bir olayı etkili soruşturma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmiştir (*McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 18984/91, 27/9/1995, § 161). Mahkeme, yaşama hakkı kapsamında incelediği *McCann ve diğerleri/ Birleşik Krallık* başvurusunda verdiği kararla devletin etkili soruşturma yükümlülüğü bulunduğunu ilk kez belirgin bir şekilde karar altına almıştır.

91. AİHM, 2001 yılında incelediği bir başvuruda verdiği kararda ise devletin yükümlülüğündeki etkili soruşturmanın ilkelerini belirlemiştir (*Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, B. No: 24746/94, 4/5/2001). "Jordan Prensipleri" olarak da anılan bu ilkeler, Mahkemenin tamamen yeni belirlediğiilkeler değildir. Yukarıda belirtilen *McCann ve diğerleri/ Birleşik Krallık* kararından beri önüne gelen davalarda uyguladığı birtakım ilkelerinsistematikleştirilmesinden ibarettir. Mahkemenin yaşama hakkı kapsamında etkili soruşturmaya ilişkin belirlediği ilkelerden biri de yürütülen soruşturmanın ve sonuçlarının kamu denetimine açık olması, her olayda ölen kişinin yakınlarının veya başvurucunun meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmalarının sağlanmasıdır (*Hugh Jordan/Birleşik Krallık*,§ 109).

92. Diğer taraftan mağdurlar dâhil edilmeksizin yürütülen soruşturmalar sonucunda mağdurların verilen kararlara yalnızca dosya üzerinden inceleme yapan başvuru organlarına itirazda bulunabilmiş olmaları, mağdurların meşru menfaatlerinin korunması hususunda söz

konusu soruşturmalardaki eksiklikleri gideremez (*Dink/Türkiye*, B. No: 2668/07, 6102/08, 300979/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010, § 89).

93. Bununla birlikte AİHM, kamu görevlisinin karıştığı kötü muamele veya öldürme olayları için uygun olan yaptırımları seçimlerinde ulusal mahkemelere saygı gösterdiğini ancak eylemin vahameti ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlık olduğu durumlarda değerlendirme ve müdahale etme hususunda yetki kullanmasının gerekli olduğunu belirtmektedir (*Nikolova ve Velichova/Bulgaristan*, B. No: 7888/03,20/12/2007,§ 61).

94. AİHM, aynı zamanda tüm kovuşturmaların mahkûmiyet ve belirli bir cezaya hükmedilmesiyle sonuçlanmasına yönelik mutlak bir yükümlülük bulunmamasına rağmen ulusal mahkemelerin -kamu görevlilerinin ölüme yol açan ihmalkârlıkları sonucu ortaya çıkan suçlar da dâhil olmak üzere- kişilerin hayatlarını tehlikeye sokan suçları cezalandırmamaya hiçbir koşulda olanak vermemesi gerektiğinin altını çizmektedir. Mahkemeye göre kamu güveninin sürdürülmesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve kanunsuz eylemlere yönelik herhangi bir tolerans ya da ittifak olduğu görünümünün önlenmesi açısından bu durum hayati önem taşımaktadır (*Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006).

95. AİHM, bu nedenle yaşama hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğün ulusal hukuk sistemlerinin kanuna aykırı olarak herhangi bir kişiyi öldüren ya da ölümcül şekilde yaralayan kişiler hakkında ceza hukukunu uygulayabilme kapasitesini göstermesi gerektirdiğini kararlarında sıkça dile getirir (Pek çok karar arasından bkz. *Nachova ve diğerleri/Bulgaristan* [BD], B. No: 43577/98, 43579/98, § 60).

96. AİHM, bu nedenle belirtilen yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini incelemek için ulusal mahkemelerin bu kararlara varırken hukuk sisteminin caydırıcı etkisinin korunması ve yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde oynaması gereken rolün öneminin altının çizilmesi amacıyla Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca davaya gereken önemi gösterip göstermediğini ya da ne dereceye kadar gösterdiğini değerlendirmesi görevinin kendisine ait olduğuna vurgu yapmaktadır (*Ali ve Ayşe Duran/Türkiye*, B. No: 42942/02, 8/4/2008, § 62).

97. AİHM, ayrıca Türkiye'de yürürlükte bulunan ilgili hukukun mahkemelere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermelerine olanak sağladığını ancak mahkemelerin takdir yetkilerini bu

tür eylemlere -yaşama hakkını ihlal eden veya kötü muamele oluşturan- hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmaktan ziyade ciddi bir suç teşkil eden eylemin sonuçlarını hafifletmek ya da ortadan kaldırmak için kullandıklarını belirtmektedir (*Okkalı/Türkiye*, § 75; *Kasap ve diğerleri*, B. No: 8656/10, 14/1/2014, § 17). AİHM, 5271 sayılı Kanun ile düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının faillerin cezadan muaf tutulması ile sonuçlandığını çünkü belirtilen müessesenin uygulanması sonucunda -failin denetimli serbestlik tedbirlerine uyması koşuluyla- verilen kararın içerdiği ceza ile birlikte tüm hukuki sonuçlarıyla ortadan kalktığını ifade etmektedir (*Kasap ve diğerleri*, § 17).

98. AİHM, bunların yanında kolluk kuvvetleri tarafından gerçekleştirilen bir operasyon sırasında yaralanan bir kişiye tıbbi bakım uygulanmasından önce -kayda değer bir zaman geçmesi de dâhil olmak üzere- uygun bir tıbbi bakım uygulanmamasının Sözleşme'ye aykırı bir muamele teşkil edebileceğini hatırlatmaktadır (*İlhan/Türkiye* [BD], B. No: 22277/93, 27/6/2000, § 87; *Muhacır Çiçek ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 41465/09, 2/2/2016, § 79). AİHM, bu tür olaylarda Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının sadece ilgili kişinin yaşamını yitirmesinden sonra maruz kaldığı muameleler bakımından söz konusu olmadığına da vurgu yapmaktadır (*Akpınar ve Altun/Türkiye*, B. No: 56760/00, 27/2/2007,§ 82).

99.Ancak AİHM, ciddi insan hakkı ihlallerinin aile üyeleri üzerindeki psikolojik etkisini kabul etmekle birlikte mağdurun yakınları için işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında ayrı bir değerlendirme yapılabilmesi için anılan etkiyi ihlalin kendisinden kaynaklanan kaçınılmaz duygusal acının ötesine taşıyan birtakım özel faktörlerin söz konusu olması gerektiğini vurgulamıştır (*Salakhov ve Islyamova/Ukrayna*, B. No: 28005/08, 14/06/2013, § 199).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

100. Mahkemenin 9/11/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

101. Başvurucular; polis memuru B.T.nin toplumsal olaylarla herhangi bir ilgisi bulunmayan başvurucu Seyfullah Turan'ı hedef alarak doğrudan

öldürme kastı ile hareket etmesine rağmen olaya ilişkin davada güç kullanmaya ilişkin koşulların oluştuğunun ve bu koşulların içinde bulunulan psikolojik durum nedeni ile aşıldığının kabul edilerek eylem ile açıkça orantısız ve dolayısıyla da caydırıcı olmayan bir cezaya karar verildiğini, dahası bununla da yetinilmeyip hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile bu yetersiz cezanın tüm sonuçları itibarıyla da etkisiz bırakıldığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması ile Mahkemenin B.T.yi söz konusu yetersiz cezayı almaktan dahi kurtarmayı amaçladığını iddia etmişlerdir.

102. Başvurucular; takip etmelerinin ve bu şekilde etkili katılımlarının önüne geçebilmesi amacıyla olaya ilişkin davanın Hakkâri'den binlerce kilometre uzaklıktaki Isparta'ya nakledildiğini, ulaşım zorluğu ve ekonomik yetersizlikler gibi nedenlerlebunda da başarılı olunduğunu ileri sürmüşlerdir.

103. Başvurucular, ayrıca başvurucu Seyfullah Turan'ın B.T. ile diğer polis memuru (F.Y.) tarafından olay yerinde yaralı şekilde bırakıldığını iddia etmişlerdir.

104. Başvuruculardan Mehmet Turan ve Emine Turan, tüm bunların yanında oğullarına yönelik şiddet eylemi nedeni ile üzüntü duydukları gibi bu üzüntülerinin olayın görüntülerinin medyada yer almasıyla daha da artarak ızdıraba dönüştüğünü ileri sürmüş; bu nedenleşiddet eyleminin kendileri bakımından da insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olduğunu iddia etmişlerdir.

105.Başvurucular; bu gerekçelerle Anayasa'nın 17., 36. ve 40. ve Sözleşme'nin 2., 3., 6. ve 13. maddelerinde güvence altına alınan yaşama, adil yargılanma ve etkili başvuru hakları ile insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yargılamanın yenilenmesi ile manevi tazminata karar verilmesi taleplerinde bulunmuşlardır.

106. Bakanlık görüşünde, olaya ve başvuruya konu soruşturmada gerçekleştirilen işlemlere yer verildikten sonra özellikle başvurucuların cezasızlık şikâyeti üzerinde durularak ilgili Kanun'da -5271 sayılı Kanun- hükmün açıklanmasının geri bırakılması konusunda hâkime tam bir takdir hakkı tanındığı, dolayısıyla somut olayda ilgili koşulların gerçekleşmiş

olmasının sanık için bu hükümlerin uygulanması konusunda bir hak oluşturmadığı belirtilmiştir.

B. Değerlendirme

1. Uygulanabilirlik Yönünden

107. Anayasa'nın17. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

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

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

(Değişik: 7/5/2004-5170/3 md.) Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

108. Somut olayda başvurucu Seyfullah Turan hayattadır. Bu nedenle başvuruda öncelikle yaşama hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabirliği hususunda bir değerlendirme yapmak gerekir.

109. Bir olayda yaşama hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmesi olmakla birlikte bazı durumlarda ölüm gerçekleşmese dahi olayın yaşama hakkı çerçevesinde incelenebilmesi mümkündür (*Mehmet Karadağ*, B. No: 2013/2030, 26/6/2014, § 20).

110. Ölümle sonuçlanmayan bir olaya ilişkin başvuru da mağdura karşı gerçekleştirilen eylemin niteliği ve failin amacı gibi somut olayın koşulları dikkate alınarak yaşama hakkı kapsamında incelenebilir. Bu değerlendirme yapılırken eylemin potansiyel olarak öldürücü niteliğe sahip olup olmadığı ile maruz kalınan eylemin mağdurun fiziki bütünlüğü üzerindeki sonuçları önem taşımaktadır (*Siyahmet Şiran ve Mustafa Çelik,*

B. No: 2014/7227, 12/1/2007,§ 69;*Yasin Ağca*, B. No: 2014/13163, 11/5/2017, §§ 109, 110).

111. Başvuruya konu olayda başvurucunun maruz kaldığı şiddetin ağırlığı ve acilen gerçekleştirilen tıbbi operasyon sonucunda hayata döndürülebilmiş olması dikkate alındığında eylemin potansiyel olarak öldürücü bir niteliğe sahip olduğu kanaatine ulaşılmaktadır. Bu durum olaydaki diğer faktörlerle birlikte gözönünde bulundurulduğunda başvurunun yaşama hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

112. Diğer taraftan 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). Başvurucuların etkili başvuru ve adil yargılanma hakları ile bağlantı kurarak ileri sürdükleri iddialarının yaşama hakkı kapsamında olduğu değerlendirilerek söz konusu iddialara ilişkin inceleme anılan hak kapsamındayapılmıştır.

113. Bununla birlikte başvurucu Seyfettin Turan'ın olay yerinde yaralı şekilde terk edildiğine ilişkin iddianın insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında incelenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Başvurucular Mehmet Turan ve Emine Turan Bakımından

114. Başvurucular, olayda kendileri bakımından da yaşama hakkı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğiniileri sürmüşlerdir.

115. Öncelikle ileri sürdükleri şikâyetler yönünden başvurucuların mağdur statüsüne sahip olup olmadıklarının belirlenmesi gerekir.

116. 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. ..."*

117. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Bireysel başvuru hakkı*" kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

> *"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."*

118. 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."*

119. Anayasa Mahkemesi, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağına ilişkin bu tür şikâyetleri incelediği başvurularda hakları ihlal edilen kişinin aile üyelerinin olaydan dolayı ruhsal çöküntü ve üzüntü yaşamalarının kendileri için kaçınılmaz bir sonuç olduğunu, bu nedenle Anayasa'nın 17. maddesinin bu kişiler bakımından ihlal edilebilmesi için söz konusu durumun yeterli olmadığını ve aile bireylerinden birinin mağdur olup olmamasının yaşadıkları üzüntüden farklı bir boyut kazandıracak özel faktörlerin başvuruda var olup olmadığına bağlı olduğunu ifade etmiştir (*Engin Gök ve diğerleri*, B. No: 2013/3955, 14/4/2016, §§ 49-54).

120. Diğer taraftan bir bireysel başvurunun kabul edilebilmesi için başvurucunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp ihlalden doğrudan veya dolaylı olarak etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesini ikna etmesi gerekir. Bu itibarla mağdur olduğu zannı veya şüphesi de mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli değildir (*Ayşe Hülya Potur*, B. No: 2013/8479, 6/2/2014, § 24).

121. Buna göre aile bireylerinin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı bakımından mağdur statüsüne sahip olabilmesi için olayda yakınlarına yönelik şiddet eylemi nedeni ile kaçınılmaz olarak yaşanılan üzüntüye farklı bir boyut ve şekil kazandırılmış olmalıdır.

122. Başvurucular da olayın görüntülerinin medyada yer almasının bu bağlamda oğullarına yönelik şiddet eylemi nedeni ile kaçınılmaz olarak yaşadıkları üzüntüye farklı bir boyut kazandırdığını ileri sürmüşlerdir.

123. Öncelikle olayın medyada yer alması ile olayın gerçekleşme şeklini bu şekilde öğrenmiş olmalarının başvurucuların oğullarına yönelik şiddet eylemi nedeni ile kaçınılmaz olarak yaşadıkları üzüntüyü artırdığında bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu konudaki değerlendirmede ilk olarak olay görüntülerinin kamu makamları tarafından -başvurucuları aşağılamak veya başka bir saikle- medyaya verilmediği, aksine ulusal bir haber kuruluşu tarafından kaydedilip yayımlanması ile olayın ve sorumlusunun ortaya çıktığı belirtilmelidir. İkinci olarak olayın görüntülerinin aile bireyleri tarafından medyada izlenmesinin -somut olayın kendine özgü koşullarında daha önce Anayasa Mahkemesinin önüne taşınmış ve ihlal kararı ile sonuçlanmış şiddetin aile bireylerinin gözü önünde gerçekleşmesi durumu gibi (*Mehmet Şah Araş ve diğerleri*, B. No: 2014/798, 28/9/2016)- insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı bakımından doğrudan veya dolaylı mağdur olunduğunu gösterir mahiyette bir özellik taşımadığını belirtmek gerekir.

124. Dolayısıyla başvurucuların insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı bakımından mağduriyetlerinin söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

125. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, mağdurun bizzat başvuru yapmasının mümkün olmadığı ve yakın akrabalık ilişkisinin bulunduğu kimi durumlarda -özellikle yaşama hakkının söz konusu olduğu- başvurucuların ihlalden doğrudan etkilenmemiş olmalarına rağmen dolaylı olarak etkilenmeleri nedeniyle bu etkiye dayanarak kendi adlarına başvuru yapabileceklerine karar vermiştir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41; *Cemil Danışman*, B. No: 2013/6319, 16/7/2014; *Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014; *Rıfat Bakır ve diğerleri*, B. No: 2013/2782, 11/3/2015).

126. Ancak yakın akrabalar tarafından yaşama hakkından mağdur olunduğunun ileri sürülebilmesi için yakın akrabalık ilişkisi bulunan kişinin yaşamını yitirmiş olması gerekmektedir. Somut olayda ise başvurucuların oğulları, ölümcül şekilde yaralanmakla birlikte başvuru tarihi itibarıyla hayattadır ve bireysel başvuruda bulunma imkânına sahip

olup bunu da kullanmıştır. Dolayısıyla başvurucuların yaşama hakkı bakımından da mağduriyetleri söz konusu değildir.

127. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu başvurucular bakımından diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Başvurucu Seyfullah Turan Bakımından

i. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

128. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında mağdurların eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun kötü muamele yasağının ihlal edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır. Saikin önemi ne kadar yüksek olursa olsun yaşama hakkı gibi 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 bile bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Anılan maddelerdeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun herhangi bir istisnaya veya haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 104).

129. Bununla birlikte her kötü muamele iddiasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği korumadan ve devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerden yararlanması beklenemez. Bu bağlamda kötü muamele konusundaki iddialar uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için soyut iddiaya dayanan şüphe ötesinde makul kanıtların varlığı gerekir. Bu kapsamdaki bir kanıt yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilmemiş birtakım karinelerden oluşabilir. Bu bağlamda kanıtlar değerlendirilirken ilgililerin süreçteki tutumları da dikkate alınmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 95).

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

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

131. 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."

132. Başvurucu, polis memurunun eylemi sonucunda yaralanmasına rağmen polis memurları tarafından olay yerinde terk edildiğini vebu olaya ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediğini iddia etmiştir.

133. Diğer taraftan çektikleri görüntülerle olayın ortaya çıkmasını sağlayan haber ajansı muhabirleri ise Çevik Kuvvette görevli polis memurlarından bazılarının kendilerine, olaya üzüldüklerini ancak taşlama eylemi gerçekleştirildiği için başvurucuyu hastaneye götüremediklerini söylemeleri üzerine olaya müdahil olduklarını ve başvurucunun yanına giderek ambulans çağırdıklarını ifade etmişlerdir.

134. Adı geçenler, bunun yanında olay yerine çağırdıkları ambulans henüz gelmemişken bir grubun kendilerine olay nedeni ile tepki gösterip başvurucuyu alarak mahalle içine götürdüğünü söylemişlerdir(bkz. § 30).

135. Bununla birlikte başvurucunun olay sonrasında Devlet Hastanesine ne şekilde ve olaydan ne kadar süre sonra götürüldüğü konusunda Anayasa Mahkemesinin önünde yeterli bir bilgi veya belge bulunmamaktadır.Başvurucu, ilgili soruşturmalar sürecinde diğer başvurucular gibi bu konuya ilişkin herhangi bir açıklama yapmadığı gibi bireysel başvuru dilekçesinde de bu konuya hiç değinmemiştir.

136. Başvurucunun başvuru yollarını tüketirken bu konuda gösterdiği özensiz tutum sadece bununla da kalmamıştır. Şöyle ki başvuru dilekçesine ve ilgili soruşturma belgelerine göre görüntülerde olay yerine başvurucu yaralandıktan sonra geldiği görülen polis memuru (F.Y.) hakkında yürütülen soruşturmada, kovuşturmaya yer olmadığına itirazı kabil olmak üzere karar verilmiş ancak bu karara başvurucu tarafından itiraz edilmemiştir (bkz. §§ 56-58).

137. Polis memuru B.T. hakkında yürütülen soruşturma ile bu soruşturmanın konusu arasında bağlantı bulunduğu ve söz konusu bu bağ nedeni ile yetkili adli makamların bu olaya ilişkin değerlendirmelerini öğrenebilmek için B.T. hakkındaki soruşturmanın sonucunun beklenilmesinin gerekli olduğu ileri sürülebilir. Ancak B.T. hakkında

yürütülen soruşturma ve ardından açılan kamu davası, olaydaki güç kullanmaya ilişkindir. Başvurucunun olay yerinde yaralı şekilde terk edildiği iddiasına ilişkin olarak B.T. hakkında "güç kullanmak"tan düzenlenen iddianamede (bkz. § 44) bu konuda ayrı bir değerlendirmede bulunulmuş, başvurucunun müracaatı ile açılan başka bir soruşturma sonucunda ise bu değerlendirme ile aynı yönde karar verilmiştir.

138. Bu durum başvurucu tarafından da bilinmekte olup en önemlisi başvurucu, bireysel başvuru dilekçesinde söz konusu şikâyetinin değerlendirilmesi için B.T. hakkında yürütülen soruşturma ve akabinde açılan kamu davasının sonucunu -herhangi bir sebeple- beklediğini ve bu nedenle söz konusu kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz etmediğini de ileri sürmemiştir.

139. Temel hak ve özgürlüklere saygı, devletin tüm organlarının anayasal ödevi olup bu ödevin ihmal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hak ihlallerinin düzeltilmesi öncelikle 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).

140. Dolayısıyla insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele şikâyetine ilişkin ceza soruşturmasında yargısal başvuru yolunun bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olduğundan söz edilemeyecek olup Anayasa Mahkemesinin bu durumda söz konusu iddiayı inceleyebilmesi mümkün değildir.

141. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Yaşama Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

(1) Kabul Edilebilirlik Yönünden

142.Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurucunun bu iddiasının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

(2) Esas Yönünden

(a) Yaşama Hakkının Maddi Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

(i) Genel İlkeler

143. Kamusal yetkiyle güç kullanılması sonucu gerçekleşen ölümlerin veya ölümcül yaralanmaların devletin yaşama hakkına ilişkin negatif yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu yükümlülük hem kasıtlı biçimde hem de kasıt olmaksızın ölümle sonuçlanan veya sonuçlanabilecek güç kullanımını kapsamaktadır (*Cemil Danışman*, § 44). Yaşama hakkına ilişkin negatif yükümlülük kapsamında kamusal bir yetkiyle güç kullanan görevlilerin kasıtlı ve hukuka aykırı bir şekilde hiçbir bireyin yaşamına son vermeme ödevi bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*,§ 51).

144. Anayasa'nın 17. maddesinin son fıkrasında *"(1) meşru müdafaa hali, (2) yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, (3) bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, (4) bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, (5) sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda"* yaşama hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygun olacağı belirtilmiştir.

145. Anayasa'da yaşama hakkına güç kullanmak suretiyle yapılacak müdahalelere ilişkin yer alan yukarıdaki hükümler ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda daha önce vermiş olduğu kararlar birlikte değerlendirildiğinde kolluk kuvvetlerinin ancak Anayasa'da belirtilen amaçlara ulaşmak adına başka bir çarenin kalmadığı "mutlak zorunlu durumlarda" ve -güç kullanarak ulaşılmak istenen amaç ile karşı karşıya kalınan güce nispeten- "orantılı" bir biçimde güç kullanabilmelerine izin verildiği söylenebilecektir (*Cemil Danışman*,§ 50; *Nesrin Demir ve diğerleri*, B. No: 2014/5785, 29/9/2016, § 113).

146. Anayasa'mızdaki düzenlemeye benzer şekilde Sözleşme'nin 2. maddesine göre de bir ölüm veya ölümcül yaralanma a) bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması, b) bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme, c) bir ayaklanma veya

isyanın yasaya uygun olarak bastırılması durumlarında "mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı" sonucunda meydana gelmişse yaşama hakkının ihlalinin gerçekleştiğinden söz edilemez (*Cemil Danışman*, § 51; *Nesrin Demir ve diğerleri*, § 114).

147. Ancak öldürücü güç, Anayasa'da belirtilen hâllerde ve başka şekilde müdahale olanağı kalmaması nedeniyle "son çare olarak" kullanılmalıdır. Bu nedenle yaşama hakkının dokunulmaz niteliği de dikkate alınarak ölümle sonuçlanabilecek bir güç kullanımı söz konusu olduğunda bunun zorunluluğu ve orantılılığıAnayasa Mahkemesi tarafından çok sıkı bir şekilde denetlenmelidir (*Nesrin Demir ve diğerleri*,§ 107).

148. Bu noktada belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi bu tür durumlarda yetkili mercilerin bu konuya ilişkin değerlendirmelerine tamamen bağlı kalmak zorunda olmayıp kesin ikna edici bilgi veya bulgulara dayanarak farklı bir değerlendirmede de bulunabilir (*Cemil Danışman*,§ 58; *Nesrin Demir ve diğerleri*, § 117). Kamu görevlilerinin güç kullanımına ilişkin eylemlerinin bu konuda değerlendirmesi yapılırken olayın bütün aşamalarının dikkate alınması gerekmektedir (*Cemil Danışman*, § 57). Bunun yanı sıra bu konuda yapılacak değerlendirmede bir bütün olarak somut olayın hangi koşullarda gerçekleştiğinin ve nasıl bir seyir izlediğinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir (*Cemil Danışman*, § 57; *Nesrin Demir ve diğerler*i, § 108).

(ii) İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

149. Başvuruya konu olayda Isparta Asliye Ceza Mahkemesi, polis memuru B.T.nin güç kullanma yetkisinin sınırlarını kasıt olmaksızın aşarak başvurucuyu yaraladığına karar vermiştir. Bu nedenle öncelikle söz konusu kararın başvuru konusu olayda güçkullanılmasının ve bu güç kullanmanın sınırının aşılmasının esas itibarıyla Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğunun kabul edildiği anlamına gelip gelmediğinin tartışılması gerekmektedir. Başka bir ifade ile başvuruda ilk olarak derece mahkemesinin verdiği mahkûmiyet kararı ile yaşama hakkının Anayasa'nın 17. maddesindeki güvencelere aykırı olarak ihlal edildiğini belirleyip belirlemediğini ortaya koymak gerekir. Bunun ardından söz konusu kararın başvurucunun ihlale ilişkin mağduriyetini giderme konusundaki uygunluğu ve yeterliliği de ayrıca değerlendirilmelidir. Çünkü bireysel başvurunun ikincil niteliği gereği ihlallerin tespiti ile bunun

yanında ihlale karşılık gelecek uygun ve yeterli giderimin sağlanması görevi, öncelikle Anayasa Mahkemesine değil derece mahkemelerine aittir.

150. Isparta Asliye Ceza Mahkemesi, olayda güç kullanmanın koşullarının oluştuğunu kabul etmiş ve öncesinde yaşanan olaylar nedeniyle kolluk görevlisinin içinde bulunduğu "ruh hâli"nden dolayı amaçlamadığı bir neticenin meydana gelmediğini ifade etmiştir. Eylemde kasıt olmadığını ve sorumluluğun taksir seviyesinde kaldığını belirten Mahkeme, bu sonuca doğrudan taksire (bkz. § 76) ilişkin ilgili Kanun hükümlerine göre değil ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kasıt olmaksızın aşılması hükümleri çerçevesinde ulaşmıştır (bkz. § 78).

151. Bu noktada öncelikle Isparta Asliye Ceza Mahkemesinin olaydaki güç kullanılmasına ilişkin olarak kararında; olayın bütün aşamalarını, hangi koşullarda gerçekleştiğini ve ardından nasıl bir seyir izlediğini dikkate aldığını ortaya koyabilecek düzeyde bir açıklamada bulunmadığını ifade etmek gerekir. Kararda, güç kullanılmasının mutlak zorunlu olduğu ve öldürücü güç kullanmaya başka şekilde müdahale olanağı kalmaması nedeniyle "son çare olarak" başvurulduğu konusunda yeterli bir değerlendirme bulunmamaktadır.

152. Söz konusu karar güç kullanmanın mutlak zorunlu olduğuna ilişkin yeterli ve ikna edici değerlendirmeler içermediğinden başvurunun kullanılan gücün Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen ve güç kullanmaya ilişkin güvenceler -kişiler için- oluşturan "mutlak zorunluluk ve orantılılık" bakımından Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte ölümle sonuçlanmış veya sonuçlanabilecek bir güç kullanımı söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesinin yetkili mercilerin değerlendirmelerine tamamen bağlı kalmak zorunda olmayıp kesin ikna edici bilgi ya da bulgulara dayanarak farklı bir değerlendirmede bulunabileceğini bu noktada yeniden hatırlatmakta yarar bulunmaktadır (bkz. § 148).

153. Öncelikle başvuru dosyasında yer alan bilgi ve belgelere göre Hakkâri'de olayın gerçekleştiği günde, bir süre öncesinden başlayan ve toplumsal olaylara dönüşen şiddet eylemlerinin gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Bu eylemlerde güvenlik güçlerinin hedef alındığı tartışmasızdır. AncakIsparta Asliye Ceza Mahkemesince de

değerlendirmeye alınan medyada yer alan görüntülere ve olaya ilişkin soruşturmalarda dinlenen tarafsız tanık anlatımlarına göre başvurucunun -olay sırasında- bu tür bir eylem gerçekleştirdiğinin kesin olarak belirlenemediğini ifade etmek gerekir.

154. Kolluk tarafından olayın gerçekleştiği günün öncesinde başvurucunun toplumsal şiddet olaylarına yüzünü gizleyerek katıldığına ilişkin görüntülerin elde edildiğine yönelik olarak bir tespitin varlığı ileri sürülmekte ise de başvurucuya karşı güç kullanan polis memurunun bu hususuolay anında bilebilecek durumda olmadığı ifade edilmelidir. Bu nedenle bu hususun olayda güç kullanımının zorunlu olup olmadığına ilişkin değerlendirmede dikkate alınması mümkün değildir. Ayrıca başvurucunun olay sırasında böyle bir şiddet eylemine katıldığı belirlenememiştir.

155. Dolayısıyla olayda güç kullanmayı mutlak şekilde zorunlu kılan bir durumun söz konusu olduğu sonucuna varılamayacaktır. Anayasa'nın 17. maddesi gereğince güç kullanımı ancak Anayasa'da belirtilen amaçlara (bkz. § 144) ulaşmak adına ve başka bir çarenin kalmadığı "mutlak zorunlu durumlarda"mümkün olup bu koşullar oluşmadan güç kullanılması hâlinde yaşama hakkının ihlali söz konusu olmaktadır.

156. Öte yandan sanık kolluk görevlisi,güç kullanmanın mutlak zorunlu olduğu bir durum ortaya çıkmamışken başvurucuya herhangi bir uyarıda da bulunmaksızın arkasından sessizce yaklaşarak hayati nahiyesi olan baş bölgesine elindeki tüfeğin dipçik kısmı ile birden fazla ve üstelik ilk darbelerin etkisiyle yerde yığılıp kalmışken dahi vurmuş; ardından da başvurucuyu tekmelemiştir. Söz konusu darbelerin etkisi ile başvurucunun kafatası kemikleri bütünlüğünü kaybedecek şekilde birbirinden ayrılmış, bir kısmı da hafif olmayacak derecede kırılmıştır. Başvurucu, aldığı darbeler sonucu ölümcül şekilde yaralanmış ancak Üniversite Hastanesi tarafından acilen gerçekleştirilen bir operasyon sonucunda hayata döndürülebilmiştir.

157. Dolayısıyla olayda güç kullanılmasına ilişkin zorunluluğun varlığı konusundaaksinin kabulühâlinde dahi bu saldırının ilgili adli makamlar tarafından kabul edilen niteliği gözetildiğinde başka bir çarenin kalmadığı veöldürücü bir güç kullanımının "mutlak zorunlu" hâle geldiği de söylenemeyecektir. Diğer taraftan olayda polis memuru tarafından,

ulaşılmak istenen amaç ile karşı karşıya kalındığı ileri sürülen saldırıya nispeten açıkça orantısız bir güç kullanıldığı hususunda da herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

158. Bu nedenle olayda öldürücü güç kullanmanın zorunlu olduğu ve bu nitelikteki bir güç kullanımına başka türlü müdahale olanağı kalmaması nedeniyle son çare olarak başvurulduğu söylenemeyeceği gibi söz konusu gücün orantılı bir biçimde kullanılmadığı da açıkça ortadadır.

159. Sonuç olarak medyada yer aldığı için ne şekilde yaşandığı tüm kamuoyu tarafından da açıkça görülen olayda -Mahkemenin değerlendirmesine esas aldığı bu görüntülere rağmen- güç kullanılmasının mutlak zorunlu olduğu, güç kullanmaktaki sınırın kasıtla aşılmadığı ve sanık kolluk görevlisinin başvurucunun ağır şekilde yaralanmasını amaçlanmadığı sonucuna nasıl ulaşıldığı anlaşılamamıştır. Oysa sanık kolluk görevlisi -hakkında yürütülen ilgili disiplin soruşturması sonucunda hazırlanan raporda da açıkça belirtildiği üzere- diğer kolluk görevlilerinin olaya ilişkin operasyon planlamaları ile operasyonu gerçekleştiren yetkililerin bilgi ve talimatları dışında, tamamen bireysel olarak hareket etmiş ve bireysel olarak sergilediği bu keyfî ve kasti davranışı nedeniyle sadece başvurucuya değil görev yaptığı polis teşkilatına da ağır şekilde zarar vermiştir (bkz. § 36).

160. Başvuru bakımından bu noktada ifade edilmesi gereken en önemli husus; kamu güvenliğinin idamesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve hukuka aykırı eylemlere müsamaha gösterildiği görünümünün verilmesinin engellenmesi açısından yaşama yönelik ağır saldırıların cezasız kalmaması gerektiğidir (*Filiz Aka*, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, § 32).

161. Kolluk görevlilerinin güç kullanımlarının söz konusu olduğu olaylarda bu durum, sadece cezasızlık için söz konusu olmayıp eylemlerin ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlık bulunması hâlinde de geçerlidir. Bu hâllerde yaşama hakkının ihlaline ilişkin başvurucuların mağduriyetlerinin giderimi de söz konusu olmayacağından Anayasa Mahkemesi -derece mahkemelerinin yaptırımları belirlemedeki tercihlerine saygı duymasına ve görevi doğrudan bu olmamasına rağmen- söz konusu bu duruma müdahale etmek mecburiyetinde kalabilmektedir. Bu noktada kamu görevlilerinin Anayasa'nın 17. maddesinde güvence

altına alınan yaşama hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında işlediği suçlar için uygulanan yaptırımlara ilişkin olarak da Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim yapma görevinin bulunduğunu (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 76) tekrar belirtmek gerekir.

162. Yaptırımlara ilişkin bu tür uygulamalar, ilişkili olduğu yaşama hakkının usul boyutunun ihlal edildiği iddiası için yapılan değerlendirmede de ifade edildiği üzere benzer yaşama hakkı ihlalleri gerçekleştiren kamu görevlilerinin cezasız kalmalarına ya da gerektiği gibi cezalandırılmamalarına yol açıp caydırıcılık sağlanamadığı için devletin bu tür ihlalleri önlemeye ilişkin etkili ceza soruşturması yürütme yükümlülüğünü zedelemektedir. Yaşama hakkının maddi boyutunun değerlendirildiği bu bölümde ise söz konusu bu durum, başvurucunun ihlale ilişkin mağduriyetinin giderilip giderilmediğinin belirlenmesi bakımından oldukça önem arz etmektedir.

163. Yukarıda ifade edildiği üzere somut olayda derece mahkemesince, öldürücü gücün kullanılmasının mutlak zorunluluğu üzerinde yeterince durulmadığı gibi güç kullanmadaki sınırın kasten aşıldığı ve gücün orantısızlığı da gözetilmemiş ve sonucunda kolluk görevlisinin sadece 6 ay 7 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.Bu durum ise ihlale konu suçun ağırlık derecesi ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlık meydana getirerek başvurucunun ihlale ilişkin mağduriyetinin giderilmemesine de neden olmuştur.

164. Öte yandan yine aşağıda ilişkili olduğu için yaşama hakkının usul boyutunun ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak yapılan değerlendirmede de ayrıntılarıyla ifade edildiği üzere yasal zorunluluk var olmadığı ve bu konuda tam bir takdir yetkisi bulunduğu hâlde olayda, sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı kanunda açıkça belirtilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanmasıyla başvurucunun mağduriyetinin giderilmesine bir başka nedenle de engel olunduğu sonucuna varılmıştır.

165. Tüm bu gerekçelerle somut olayda sanık kolluk görevlisinin cezalandırılmasının, başvuru konusu olayda güç kullanılmasının ve bu güç kullanımında sınırın aşılmasının esas itibarıyla Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğunun derece mahkemesince kabul edildiği anlamına gelmediği sonucuna varılmıştır. Bunun yanında ihlale konu

suçun ağırlığı ile açıkça orantısız (yetersiz) bir cezaya hükmolunup bu cezanın açıklanmasının dahi geri bırakılması nedeniyle başvurucunun söz konusu ihlale ilişkin mağduriyetinin giderildiği de söylenemeyecektir.

166. Açıklanan nedenlerle yaşama hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

(b) Yaşama Hakkının Usul Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

(i) Genel İlkeler

167. Yaşama hakkı kapsamında devletin etkili soruşturma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu soruşturmanın temel amacı, yaşama hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve kamu görevlilerinin müdahalesiyle veya onların sorumlulukları altında meydana gelen veya diğer bireylerin filleriyle gerçekleşen ölümler nedeniyle sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54).

168. Yaşama hakkıyla ilgili usule ilişkin yükümlülük; olayın niteliğine bağlı olarak cezai, hukuki ve idari nitelikte soruşturmalarla yerine getirilebilir. Ancak kasıtlı eylemler sonucunda meydana gelen ölüm veya ölümcül yaralanma olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin sorumluların tespitini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek nitelikte bir ceza soruşturması yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda idari soruşturmalar ve tazminat davaları sonucunda idari bir yaptırım veya tazminata hükmedilmesi, ihlali gidermek ve dolayısıyla mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*,§ 55).

169. Temel amacı yaşama hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını vegerçekleşen ölümler veya ölümcül yaralanmalar nedeniyle varsa sorumluların hesap vermelerini sağlamak olan etkili soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olduğunun kabulü için;

- Yetkili makamların olaydan haberdar olur olmaz resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 57),

- Soruşturmanın kamu denetimine açık olması ve mağdurların soruşturmaya gerekli olduğu ölçüde etkili katılımlarının sağlanması (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 58),

- Kamu görevlilerinin güç kullanımı sonucu gerçekleşen ölümler veya ölümcül yaralanmalar yönünden soruşturmanın bağımsız yürütülmesi (*Cemil Danışman*, § 96),

- Soruşturmaların makul bir özenle ve süratle yürütülmesi (*Deniz Yazıcı*, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 96) gerekmektedir.

(ii) İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

170. Başvuruda, olaya ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediği ileri sürülmektedir. Başvurucu, etkili soruşturma yürütülmediği sonucuna iki temel şikâyet noktasından hareket ederek ulaşmaktadır. Birinci şikâyet, olaya ilişkin davanın kamu güvenliğinin tehlikeye düşme tehlikesi bulunduğu gerekçesi ile başka bir yere nakledilmesi nedeniyle davaya etkili katılımının engellendiğine ilişkindir. İkinci temel şikâyet ise amacı yaşama hakkını korumaya yönelik hukuk kurallarının etkili bir şekilde uygulanmasını ve olayın sorumlusunun gerektiği gibi hesap vermesini sağlamak olması gereken söz konusu soruşturmada, ağır bir suç meydana getiren eylemin sonuçlarını hafifletmek için sanığın gerektiği şekilde cezalandırılmadığının yanında bu yetersiz cezaya ilişkin olarak dahi hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesinin uygulanmasıdır.

171. Başvurucunun soruşturmanın resen ve derhâl başlatılmadığına, soruşturmanın bağımsız ve süratle yürütülmediğine, soruşturmada olayı aydınlatabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delillerin toplanmadığına ilişkin bir şikâyeti bulunmadığı gibi somut olayda etkili soruşturma yürütme yükümlülüğüne ilişkin söz konusu ilkelere aykırı hareket edildiğine ilişkin bir bilgi veya bulguya da ulaşılamamıştır.

172. Dolayısıyla başvuru, öncelikle olaya ilişkin davanın naklinin başvurucunun davaya meşru menfaatlerinin korunması için gerektiği ölçüde katılımını engelleyip engellemediği yönünden değerlendirilecektir.

173. Bu noktada öncelikle davanın görevli ve yetkili mahkemenin bulunduğu yerde görülmesi, bazı durumlarda devletin olaya ilişkin etkili

soruşturma yürütme yükümlülüğünü yerine getirebilmesini engelleyici birtakım olayların yaşanmasına yol açabilecek, yargılamanın taraflarını ciddi tehditlere maruz bırakabilecek, buna bağlı olarak da taraflara tanınan usule ilişkin anayasal güvenceleri zedeleyebilecek ya da tamamen ortadan kaldırabilecek nitelikte, kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlike yaratan bazı sonuçların doğmasına sebep olabilecektir.

174. Dolayısıyla yaşama hakkı kapsamındaki bir davanın görevli ve yetkili mahkemenin bulunduğu yerde görülmesinin -söz konusu bölgede meydana gelebilecek toplumsal olaylar ya da başka benzeri faktörler dikkate alınarak- kamu güvenliği için tehlikeli olduğu sonucuna varılabilmesi ve bu gerekçe ile başka bir yere nakledilmesine karar verilebilmesi mümkündür.

175. Bu durumda davanın başka yerde bulunan aynı derece bir mahkemeye nakli yapılırken üzerinde önemle durulması gereken husus, yaşama hakkı kapsamında yürütülen davaların nakledilmesi ile etkili soruşturmanın temel amacının tehlikeye düşürülmesine ve söz konusu hak kapsamında yer alan ilke ve esaslara aykırı olan neticelerin doğmasına sebep olunmaması gerektiğidir.

176. Bu bağlamda davanın nakli ile yaşama hakkı mağdurlarının meşru menfaatlerinin korunması için gerektiği ölçüde davaya katılımlarının sağlamasını talep etme haklarının özüne dokunulmaması gerektiğini ifade etmek gerekir.

177. Diğer taraftan davanın belli bir yerde görülmesinin kamu güvenliği bakımından tehlike doğurabilme potansiyelini haiz olduğu hâllerde naklin gerekip gerekmediği konusunda yapılacak değerlendirmede salt güvenlik ile ilgili genel sorunlar gözönünde bulundurulmamalı, ayrıca bu güvenlik riskinin söz konusu davaya ilişkin yargılama üzerinde olumsuz etkilerinin bulunup bulunmadığı da gözetilmelidir. Bunun yanında yargılamanın ilgili yerde başlaması veya sürdürülmesinin kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlike doğuracağı kanaatine varıldıktan sonra nakille ilgili yapılacak değerlendirmede sadece genel asayişin bozulmasının önlenmesinin değil davanın taraflarının yargılamaya ilişkin anayasal haklarını kullanmalarını engelleme riskinin ortadan kaldırılması amacının da gözönünde bulundurulması gerekir.

178. Bununla birlikte davanın nakli kararları, sadece yargılamanın görevli ve yetkili mahkemenin bulunduğu yerde görülmesi hâlinde kamu güvenliği için tehlike oluşturup oluşturmayacağına değil davanın nakledileceği yerin somut olayın ve yargılamanın kendine özgü koşullarında hangi kriterler gözönünde tutularak belirlendiğine ilişkin olarak da ilgili ve yeterli gerekçeye sahip olmalıdır. Bu husus da adalete olan güvenin sarsılmaması, hukuk devletine olan inancın sürdürülmesi ve en önemlisi genel olarak kamuoyunda özelde de mağdurlarda davanın naklinin hesap verilebilirliğe ilişkin kamuoyu denetiminin ve mağdurların etkili katılımlarının önüne geçilebilmesi amacıyla gerçekleştirildiği kanısının oluşmasına engel olunması açısından kritik bir öneme sahiptir.

179. Başvuruya konu olay Hakkâri'de meydana gelmiş, hakkındaki dava ise birtakım yargılama faaliyetleri yürütüldükten sonra kamu güvenliği gerekçe gösterilerek Isparta'da görülmüştür. Başvurucu; davanın Hakkâri'de görüldüğü aşamada defaatle başka bir yere nakledilmesinin gerekmediğini, buna ilişkin koşulların oluşmadığını, yetkili mercilerin aksi kanaatte olması durumunda katılımının sağlanabilmesi için naklin sanığın yaşadığı Elazığ dâhil, Hakkâri'ye yakın bir yere gerçekleştirilmesini talep etmiştir.

180. Başvurucu, bu taleplerinde dava Hakkâri'ye uzak bir yere nakledilirse ulaşım zorluğu ve ekonomik yetersizlikler gibi nedenler ile bu davaya katılmasının mümkün olmadığını dile getirmiştir. Başvurucu; davanın Isparta'ya nakline karar verilmesinden sonra da itiraz ederek Isparta ile Hakkâri'nin birbirine olan mesafesi, iki şehir arasında doğrudan hava yolu ulaşımının bulunmaması ve yolculuk için yeterli ekonomik güce sahip olmaması gibi nedenler ile Isparta'da yürütülecek davaya katılamayacağını belirtmiştir.

181. Nitekim davanın Isparta'da görüldüğü aşamada başvurucu, davaya katılmamış ve vekilleri aracılığıyla Hakkâri Mahkemesine ileri sürdüğü gerekçelerle davanın Hakkâri'ye yakın hatta Ankara gibi yakın olmamakla birlikte ulaşımı nispeten daha kolay bir yere nakli taleplerini yinelemiştir.

182. İlk olarak söz konusu dava Hakkâri'de belli bir süre ile -5 ayı aşkın bir süre- görülmüş ancak bu süre içinde kamu güvenliğinin tehlike altında bulunduğunu veya tehlike altına girebileceğini gösteren herhangi bir olay

söz konusu olmamıştır. Davanın sanığı olaydan sonra Hakkâri'den ayrılıp Elazığ'da yaşamaya başlamış ve sanığın savunması burada alınmıştır. Ayrıca davadaki diğer usule ilişkin işlemler gereği gibi yürütülebilmiş ve bu süreçte kamu güvenliğinin tehlikeye düşmesi ile başvurucu veya sanığın yargılamadaki usule ilişkin güvencelerinin zedelenmesi gibi bir durum da ortaya çıkmamıştır.

183. İkinci olarak söz konusu davanın nakli kararında, hangi gerekçeyle Isparta'nın seçildiğine ilişkin bir açıklamada bulunulmamaktadır. Ayrıca böyle bir açıklama bulunmamasının yanında başvuru belgelerinde, bu konuda değerlendirme yapılabilmesine olanak verecek nitelikte Isparta'nın -diğer adliyelerdeki iş yoğunluğu, bu adliyelerdeki hâkim ve Cumhuriyet savcısı sayısının yetersizliği veya daha önceki benzer nakillerin başka yerlere yapılması gibi faktörler dikkate alınarak- seçildiğine ilişkin bir bilgi veya belgeye de rastlanmamıştır.

184. Başvurucu, derece mahkemelerine bu konudaki itirazlarında davanın nakline mutlak surette karşı çıkmamıştır. Başvurucu, davanınsanığının yaşadığı Elazığ dâhil kendisi bakımından ulaşımı nispeten daha kolay olan şehirlerde görülmesini talep etmiş ancak bu talebine herhangi bir gerekçe ile karşılık verilmeksizin dava Isparta'ya nakledilmiştir.

185. Sonuçta dava, Hakkâri'ye makul sayılabilecek uzaklıktaki bir şehirde değil yaklaşık 1.500 kilometre uzaklıktaki Isparta'da ve herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin görülmüştür. Bu, Hakkâri'de yaşayan ve davayı takip etmek isteyen başvurucu ve yakınları için duruşmaların gerçekleştirildiği birkaç aylık periyotta (toplamda altı duruşma) kilometrelerce yolu katetmek anlamına gelmektedir. Bunun için uygun ve yeterli zaman ile fiziksel ve ruhsal dayanıklığın yanında kâfi derecede ekonomik güce sahip olunmasının gerektiği ise izahtan varestedir. Oysa yaşama hakkı mağdurlarının meşru menfaatlerinin korunması için bu tür bir zorunluluğa, üstelik hiçbir gerekçe gösterilmeksizin katlanmalarını beklemek makul değildir.

186. Başvurucunun davayı vekilleri aracılığıyla takip edip davadaki bilgi, belge ve gelişmelerden bu şekilde haberdar edildiği ve ilgili kararlarla işlemlere itiraz edebilme şansına sahip olduğu, hatta dava sonucunda verilen karara da itiraz ettiği, böylece davaya katılımında bir eksiklik bulunmadığı ileri sürülebilir.

187. Ancak katılımın etkililiğinin seviyesi, başvuruya konu soruşturma ve kovuşturmaların kendine özgü koşullarına göre değişebilecek olup her hâlükârda meşru menfaatlerini korumak için olayın sanığının savunmasının alındığı, görgü tanıklarının dinlendiği, bilirkişi raporlarının tartışıldığı, olaya ilişkin şikâyetlerinin dile getirildiği ve diğer delillerin ileri sürülerek tartışmasının yapıldığı duruşmalara katılmak isteyen mağdurlara bu imkân tanınmalıdır. Aksinin kabulü, katılımın sadece teorik olarak kabul edilmesi, pratikte sağlanmaması ve hakkın özünün zedelenmesi anlamına gelebilecektir.

188. Öte yandan başvurucu davaya katılma imkânından bu şekilde mahrum bırakılmışken olayın sanığı olan kolluk görevlisi, Isparta'daki davaya katılabilmiş ve Hakkâri'de yürütülen yargılamadakinden farklı bir savunma verebilmiştir. Bu savunmanın Isparta Asliye Ceza Mahkemesince hükme esas alınmasının yanında sanığın cezasında duruşma sırasında Mahkemeye karşı sergilediği kabul edilen saygılı tutumu gerekçe gösterilerek indirim yapıldığı ve hatta bu cezanın aynı ve benzer gerekçelerle açıklanmasının dahi geri bırakılmasına karar verildiği görülmüştür(bkz. §§ 62-64).

189. Sonuç olarak Hakkâri'de yürütülmesi kamu güvenliği için tehlike oluşturduğu değerlendirilen davanın Hakkâri'ye yaklaşık 1.500 kilometre uzaklıktaki Isparta'ya herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin nakledilmesi ile başvurucunun söz konusu davaya meşru menfaatlerini korumak için katılabilmesinin önüne geçilerek soruşturmanın bu yönüyle etkililiğinin derinden zedelendiği kanaatine varılmıştır. Bu durum beraberinde genel olarak kamuoyunda, özel olarak da başvurucuda etkili katılımın önüne geçilebilmesi amacıyladavanın naklinin gerçekleştirildiği izleniminin oluşması ihtimalini gündeme getirmiştir.

190. Temel amacı yaşama hakkını korumaya yönelik hukuk kurallarının etkili bir şekilde uygulanmasını ve olayın sorumlularının hesap vermesini sağlamak olan soruşturmanın etkililiği bakımından başvuruya konu olayda üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus ise söz konusu davada benzer yaşama hakkı ihlallerinin önlenebilmesi bakımından caydırıcılığın sağlanıp sağlanmadığıdır.

191. Davada verilen cezanın sanığın eylemine karşılık olarak uygunluğu ve yeterliliği, yaşama hakkının maddi boyutunun ihlal edildiği iddiasının

incelendiği bölümde -başvurucunun ihlale ilişkin mağduriyetinin giderilip giderilmediği bakımından- ayrıntılarıyla değerlendirilmiş ve bu noktada ilişkili olduğu için devletin hesap verilebilirlikte caydırıcılığı sağlamaya ilişkin etkili soruşturma yürütme konusundaki yükümlülüğü kapsamında kamu güvenliğinin idamesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve hukuka aykırı eylemlere müsamaha gösterildiği görünümünün verilmesinin engellenmesi açısından yaşama yönelik bu tür ağır saldırıları cezasız bırakmamasına ve olayın sorumlulukları hakkında yeterli cezalar uygulaması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

192. Dolayısıyla burada sadece davadaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulamasının benzer yaşama hakkı ihlallerini önleme bakımından hesap verilebilirlikte caydırıcılığı sağlayabilme kapasitesi ayrıntılarıyla incelenecek; ardından her iki durumun benzer yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesi konusundaki önemli role zarar verip vermediği değerlendirilecektir.

193. Bu noktada öncelikle ilgili mevzuatın, derece mahkemelerine hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını uygulama olanağı verdiğini belirtmek gerekir. Ancak bu bir zorunluluk olmayıp bu konuda hâkime tam bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkimin takdiri ile sanığın beş yıllık deneme süresi içinde yeni bir suç işlememesi durumunda kararın bir süreliğine uygulanamaması bir yana söz konusu davanın ilgili Kanun gereğince otomatik olarak düşmesi de söz konusudur (bkz. § 72). Dolayısıyla söz konusu durum, verilen cezanın tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalkması anlamına gelmektedir.

194.Somut olayda da Mahkeme, bu konuda tam bir takdir yetkisi bulunduğu hâlde verdiği cezanın açıklanmasının geri bırakılması kararıyla, söz konusu davayı belli bir süre (beş yıl) ile askıya almıştır. Bu kararın verilmesi sonucunda -yukarıda açıklandığı üzere- ağır suç meydana getiren eyleme karşılık olarak verilen yetersiz cezanın dahi bir süreliğine uygulanamaması bir yana bu sürenin sonunda davanın ilgili Kanun gereğince otomatik olarak düşmesi ile de söz konusu cezanın tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalkması da gündeme gelmiştir (bkz. §§ 62-64).

195. Dolayısıyla Mahkeme bu kararıyla, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin yetkisini söz konusu eylemlere hiçbir şekilde

müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmak yerine ağır bir suç meydana getiren eylemin sonuçlarını hafifletmek ya da ortadan kaldırmak için kullanmayı tercih ettiği izlenimini vermiştir.

196. Bu ise olayda ağır suç meydana getiren eyleme karşılık olarak yetersiz cezaya hükmolunması ile birlikte, benzer yaşama hakkına yönelik ihlallerin önüne geçebilmek amacıyla caydırıcılığın sağlanması için devletin sorumluların uygun ve yeterli cezalar ile cezalandırılmalarını sağlayabilecek nitelikte bir ceza soruşturması yürütme konusundaki yükümlülüklerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

197. Açıklanan nedenlerle yaşama hakkının etkili soruşturma yürütülmesine ilişkin usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

198. 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."*

199. Başvurucu, 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

200. Başvuruda, yaşama hakkının maddi ve usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

201. Yaşama hakkının usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Bu nedenle, kararın,davanın görülmesi kamu

güvenliği için tehlike oluşturmayacak ve başvurucunun etkili katılımının sağlanabileceği Hâkkari'ye makul uzaklıktaki bir yere naklinin gerçekleştirilebilmesi için gereği yapılmak üzere Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

202. Yaşama hakkının usul boyutunun ihlal edildiğinin tespitinin yanı sıra gereğinin yerine getirilmesi için kararın Adalet Bakanlığına gönderilmesine karar verilmesinin bu konudaki ihlalin giderilmesi bakımından yeterli bir tazmin oluşturduğu kanaatine varılmakla birlikte yaşama hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğine de hükmedilmesi nedeniyle başvurucuya net 35.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

203. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Başvurucular Mehmet Turan ve Ayşe Turan'ın yaşama hakkı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddialarının *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Başvurucu Seyfullah Turan'ın insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının*başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Başvurucu Seyfullah Turan'ın Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Başvurucu Seyfullah Turan'ın yaşama hakkınınİHLAL EDİLDİĞİNE,

C.Kararın bir örneğinin yaşama hakkının usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için gereği yapılmak üzere Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucu Seyfullah Turan'a yaşama hakkının maddi boyutunun ihlali nedeniyle takdiren net 35.000 TL manevi tazminatın ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 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 Isparta 3. Asliye Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE 9/11/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

T. A. A. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/19081)

Karar Tarihi: 1/2/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal MÜMTAZ AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör	:	Şermin BİRTANE
Başvurucu	:	T. A. A.
Vekilleri	:	Av. Serkan CENGİZ
		Av. Gülçin AKTUNÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; HIV pozitif olan işçinin iş akdinin sona erdirilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması, geliştirilmesi, özel hayata saygı hakları ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 5/12/2014 tarihinde Karşıyaka 1. İş Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca 30/3/2015 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için 28/3/2016 tarihinde Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

5. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

6. Başvurucu 14/2/2005 tarihinde plastik boru ve profil imalatında faaliyet gösteren bir şirkette extruzyon operatörü (profil üretim operatörü) olarak çalışmaya başlamıştır.

7. 2006 Aralık ayında başvurucuya insan immün yetmezlik virüsü (HIV) (+) tanısı konmuştur.

8. İş yeri hekimi U.E. tarafından başvurucunun tedavisinin yapıldığı Ege Üniversitesi Tıp Fakültesine yazılan 17/9/2008 tarihli dilekçe ile yaklaşık altı aydır ücretli izinde olan başvurucunun mevcutsa iş gücü kaybının değerlendirilmesi, yasal düzenlemelere göre maluliyet oranının ve/veya ağır, tehlikeli işlerde çalışmasına engel herhangi bir tıbbi ya da yasal durumu olup olmadığının bildirilmesi talep edilmiştir.

9. Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyolojisi Ana Bilim Dalı öğretim üyesi olan bir profesör tarafından iş yeri hekiminin talebine verilen 17/9/2008 tarihli cevaptabaşvurucununtedavisini düzenli olarak uyguladığı ve kontrollerine belirtilen tarihlerde geldiği, sağlık durumunun herhangi bir işte çalışmasına engel oluşturmadığı, herhangi bir maluliyetinin de bulunmadığı bildirilmiştir.

10. Başvurucu 26/1/2009 tarihinde istifa dilekçesi vermek suretiyle işten ayrılmıştır. Başvurucu, iş yerinden herhangi bir kıdem ve ihbar tazminatı alacağı, senelik izin ücreti alacağı olmadığı, son çalıştığı süreye ilişkin 26 günlük ücreti olan 577,20 TL'yi aldığını beyan eden 26/1/2009 tarihli ibraname imzalamıştır. Başvurucunun son ücret bordrosunda 31/1/2009 tarihinde başvurucuya normal çalışma ücreti 334,03 TL, hafta tatili ücreti 63,63 TL, genel tatil ücreti 15,91 TL, ikramiye 137,05 TL, prim olarak ise 4.416,75 TL ödendiği belirtilmiştir.

11. Başvurucu 5/11/2009 tarihli dilekçesi ile adı geçen Şirket aleyhine Karşıyaka 2. İş Mahkemesinde (İş Mahkemesi) alacak davası açmıştır.

Dava dilekçesinde HIV pozitif olduğunun işverence öğrenilmesi üzerine Şubat 2008 tarihinden itibaren iş yerinden uzaklaştırıldığını, ücretinin ödenmesine rağmen çalışmasına izin verilmediğini belirtmiştir. Başvurucu, iş yeri hekiminin talebi üzerine Ege Üniversitesinden çalışmasına engel bulunmadığı yönünde rapor verilmesine rağmen işe başlatılmadığını, 26/1/2009 tarihinde haksız bir şekilde ve ayrımcılığa maruz bırakılmak suretiyle işten çıkarıldığını belirtmiştir. Başvurucu, o andaki zor durumundan yararlanılarak sanki kendi isteğiyle ayrılmış gibi gösterilip bu doğrultuda birçok belge imzalatıldığını, prim adı altında kendisine ödeme yapıldığını oysa iş yerinde prim usulü çalışma olmadığını belirtmiştir. Ayrıca sağlık bilgilerinin hukuka aykırı olarak açıklandığını ve özel hayatının ihlal edildiğini iddia etmiş; 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine dayanarak ayrımcılık yasağı tazminatı ve manevi tazminat ödenmesine hükmedilmesi, duruşmaların kapalı yapılması, kararda ad ve soyadının belirtilmemesi yönünde gizlilik kararı verilmesi talebinde bulunmuştur.

12. İş Mahkemesi, davayı 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayalı alacak ve manevi tazminat davası olarak nitelendirmiştir.

13. İş Mahkemesi 9/2/2010 tarihli duruşmada dava dilekçesinin mahiyeti gereği davacı vekilinin gizlilik talebinin reddine karar vermiştir.

14. İş Mahkemesinin 10/6/2010 tarihli duruşma tutanağına göre Mahkemece dinlenen başvurucu tanığı M.T.G., başvurucu ile birlikte davalı iş yerinde çalıştığını, başvurucunun dört yıl kadar önce servisteki bir sohbet esnasında kan hastalığı olduğunu söylediğini ancak bu hastalığın ismini söylemediğini, başvurucunun hastalığına ilişkin olarak gerek çalışanlardan gerekse amirlerden herhangi bir şey duymadığını belirtmiştir. Söz konusu tanık, iş yerinde sağlık problemi olanların bunu bildirmeleri hâlinde yönetim tarafından daha hafif işlerde çalıştırıldıklarını, başvurucuya da kendi değerlendirmelerine göre daha hafif olan makine operatörlüğü işinin verildiğini, başvurucuyla birlikte daha önce üretilen plastik pencerelerin paketlenmesinde ve falçatayla naylon poşetin ucunun kesilmesinde görevli olduklarını, daha sonra başvurucunun kullandıkları makinelerin yıkama bölümüne verildiğini, bu bölümde kesici aletlerin daha az kullanıldığını ifade etmiştir. Tanık, başvurucuyu beş altı ay işyerinde görmediğini, raporlu olup olmadığını bilmediğini ancak bu dönemde parasının ödendiğini duyduğunu,

işverenin işe gelmemesi konusunda başvurucuya baskı yapıp yapmadığı konusunda bilgisinin olmadığını, işverenin veya yetkililerin ya da iş yeri hekiminin başvurucunun rahatsızlığı hakkında etrafta konuştuklarını duymadığını, başvurucuya hastalığı sebebiyle herhangi bir kötü muamele yapılmadığını beyan etmiştir.

15. Aynı tarihli duruşma tutanağında başvurucu tanığı M.K. ise başvurucuyla birlikte çalıştığını, başvurucunun kan rahatsızlığı olduğunu kendisine söylediğini; ancak, hastalığın ismini bilmediğini, çalıştıkları bölümde falçata kullanıldığını, başvurucunun, eli kesilirse çıplak elle kendisine müdahale etmemeleri gerektiğini 2006 veya 2007 yılında söylediğini ifade etmiştir. Söz konusu tanık, iş yeri çalışanlarından, amirlerden ya da iş yeri hekiminden başvurucunun rahatsızlığı hakkında hiçbir şey duymadığını, iş yerinde biri ağır makinelerin diğeri ise daha rahat makinelerin olduğu iki bölüm olduğunu, ağırbölüm makinelerine gelen profillerin daha ağır olduğunu, daha hızlı geldiğini ve profil contalarının takıldığını, hafif makinelerin bulunduğu bölümde ise sadece cam çıtaları ve lambililer olduğunu, ayrıca daha yavaş çalıştığını, başvurucunun beş yıldır hafif makinelerin bulunduğu bölümde çalıştığını beyan etmiştir. Tanık, başvurucunun en son konuştuklarında kendisine üç beş ay işe gelmeyeceğini ancak maaşını almaya devam edeceğini söylediğini, iş yerinde bu sürelerle çalışmadığı hâlde maaşını alan başka işçi olduğunu sanmadığını ifade etmiştir.

16. İş Mahkemesinin 14/10/2010 tarihli duruşma tutanağına göre davalı tanığı N.G., davalı Şirkette insan kaynakları müdürü olarak çalıştığını, başvurucunun extruzyon operatörü olarak çalışmakta iken yeni gelen iş yeri hekimi U.E.ye rahatsızlığının mahiyetini anlatarak daha hafif bir işe verilmesini talep ettiğini beyan etmiştir. Söz konusu tanık, iş yeri hekiminin başvurucunun rızasını alarak rahatsızlığını kendisine anlattığını, bunun üzerine Genel Müdürle toplantı yapıldığını ve başvurucuya sağlık sorunları nedeniyle 2008 yılında dış görev olarak bayi ziyareti işi verildiğini, başvurucunun sağlık problemlerinin hiç kimseyle paylaşılmadığını, başvurucunun istifa ederek işten ayrıldığını, hakkının zayi olmaması için kıdem tazminatı ödediklerini belirtmiştir.

17. Aynı tarihli duruşma tutanağında davalı tanığı ve iş yeri hekimi U.E. iş yerinde periyodik olarak sağlık kontrolleri yapıldığını, daha önceki işyeri hekimi tarafından başvurucunun sağlık dosyasında

rahatsızlığının bağışıklık sistem yetersizliği olarak belirtilmiş olduğunu, başvurucuyu kontrole çağırdığında başvurucunun rahatsızlığının AIDS olduğunu ifade ederek tedavisine devam ettiğini söylediğini beyan etmiştir. Söz konusu tanık, başvurucunun ailevi sorunlarından ve maddi sıkıntılarından bahsederek parasal yardım talep ettiğini, bu talebini işverene iletmesini istediğini, kendisinin de personel ve mali işler müdürü olan N.G.ye başvurucunun rahatsızlığının mahiyetini söyleyerek para talebini ilettiğini, N.G.nin Genel Müdürle görüşeceğini söylediğini, bundan sonra bildiği kadarıyla başvurucuya para yardımı yapıldığını beyan etmiştir. Tanık, başvurucunun sağlık durumunu N.G. dışında hiçbir çalışanla paylaşmadığını, iş yerinde herhangi bir kimsenin de başvurucunun rahatsızlığını bildiğine tanık olmadığını söylemiştir. N.G.nin Genel Müdürle görüşmesi sonrasında Genel Müdürün kendisini çağırarak başvurucunun durumunu sorduğunu, kendisinin de iş yerinde kesici aletlerle çalışıldığından ve yaralanma durumunda diğer çalışanlar bakımından risk oluşturacağından mümkünse riskli olmayan bir görevde çalışabileceğini söylediğini, bundan sonra iş yerinde diğer çalışanlara tahliller yapılarak hastalığın bulaşmadığını tespit ettiklerini ifade etmiştir. Tanık, Genel Müdür tarafından bu durumu öğrenildikten sonra başvurucunun beş altı ay daha iş yerine devam ettiğini ancak bu süre içinde üretim bandında veya başka bir görevde çalışıp çalışmadığı ya da çalıştırılmadığı hâlde ücretinin ödenipödenmediği hususunda bilgisinin olmadığını beyan etmiştir.

18. Başvurucu vekili tarafından İş Mahkemesine sunulan Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyolojisi Ana Bilim Dalında görevli bir profesör tarafından verilen 18/10/2010 tarihli raporda, HIV'in ağız yoluyla bulaşmayan bir virüs olduğu, mide asidine dayanaksız olduğu, ağız içindeki mukozanın da virüse hayli dayanıklı olduğu, ağız yoluyla virüs bulaşmasının teorik olarak ancak çok miktarda kanın ağızdaki açık bir yaraya doğrudan teması hâlinde mümkün olacağı belirtilmiştir. Raporda kanlı bir kesici, delici alet ile deri yaralanmalarında virüsün bulaşma ihtimalinin %0,3 civarında, mukozalarla temas hâlinde ise bu oranın %0,09 olduğu, deride yaralanma olmadan kan teması olması hâlinde bulaşma riskinin ne olduğu tam olarak bilinmemekle birlikte bu oranlardan kat kat daha düşük olduğunun tahmin edildiği beyan edilmiştir. Raporda HIV'in sağlam deriden geçemeyeceği, bulaşma için deri bütünlüğünün bozulmuş olması gerektiği belirtilmiştir.

19. İş Mahkemesince 14/10/2010 tarihli duruşmada dosyanın bilirkişiye tevdiine karar verilmiştir. Başvuru ve Mahkeme dosyalarıiçeriğindeki bilgi ve belgelerden görev yeri belirlenemeyen, iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında çalışan Prof. Dr. Ş.E. tarafından hazırlanan 15/12/2010 tarihli bilirkişi raporunda, başvurucunun hastalığının mahiyetinin iş yeri hekimince öğrenilmesinden sonra işverene bildirildiğinin anlaşıldığı, başvurucunun sağlık dosyasında önceki iş yeri hekimi tarafından başvurucunun hastalığının HIV/AIDS olarak yazılmadığı, bunun bağışıklık sistem yetersizliği olarak belirtildiği, kesici aletlerle çalıştığı için başvurucunun hastalığının başka çalışanlara bulaşma riski bulunduğundan hastalığın işle ilgili görülerek işverene bildirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Raporda, işverenin başvurucuyu risk taşımayan başka bir işte görevlendirmesi gerekirken işin işverence değiştirilmeyerek beş altı ay süreyle ücreti ödenmesine rağmen çalıştırılmadığının anlaşıldığı belirtilmiştir. Raporda, başvurucu istifa dilekçesi vermiş ve ibraname imzalamış olsa dabu belgeye geçerlilik tanınamayacağı zira belge içeriği ile işverenin savunmalarının çeliştiği, başvurucuya prim olarak 4.416,75 TL ödendiği belirtilmesine rağmen davalı tanığı tarafından bu ödemenin kıdem tazminatı olduğunun belirtildiği, dolayısıyla iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından sona erdirildiğinin kabulünün gerekeceği beyan edilmiştir. Söz konusu raporda, davanın konusunun fesih sebebiyle kıdem tazminatı alacağına ilişkin olmayıp 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesine dayalı ayrımcılık yasağı tazminatı talebine ilişkin olduğu, hastalığını öğrenmesinden sonra başvurucuyu çalıştırmaksızın ücretini ödemek suretiyle işverenin ayrımcılık niteliğinde muamelede bulunduğu, bu nedenle davalı işverenin tazminattan sorumlu tutulması gerektiği kanaati bildirilmiştir.

20. Mahkemenin 24/2/2011 tarihli ve E.2009/754, K.2011/54 sayılı kararı ile başvurucunun işveren, işveren yetkilisi ya da iş yeri hekimi tarafından sağlık bilgilerinin açıklandığı ve özel hayatının ihlal edildiği iddiasının doğru olmadığının anlaşıldığı belirtilerek manevi tazminata ilişkin taleplerinin reddine karar verilmiştir. Ayrımcılık yasağı tazminatı yönünden ise ilk olarak Mahkeme kararında, başvurucunun beş altı ay kadarçalıştırılmadığı hâlde kendisine ücretinin ödendiğinin tespit edildiği belirtilmiştir. Kararda, iş ilişkisinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün yanı sıra işçinin iş görme borcu bulunduğu, olayda başvurucunun çalıştırılmaksızın ücretinin ödendiğinin sabit

olduğu, rahatsızlığının çalışmasına engel olmadığı hâlde diğer işçilerin sağlıklarının korunması gayesiyle de olsa iş görme borcunun ifasının engellenmesi ve iş yeri dışında tutulmasının ayrımcılık niteliği taşıdığı gerekçesine yer verilmiştir. Sonuç olarak işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığı tespit edilmiş ve 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında talep edilen tazminatın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"...Dava 4857 sayılı Yasanın 5. maddesine dayalı dava olup ayrıca manevi tazminat davasıdır. Davacıya ait işyeri özlük dosyası celp edilmiş, taraf delilleri toplanmış, tanıkları dinlenmiş, dosyada bilirkişi incelemesi yaptırılmıştır.

Yapılan yargılama ve toplanan deliller uyarınca; davacının davalı işyerinde 04.02.2005 tarihinde çalışmaya başladığını, 14.02.2005 tarihinde tekrar aynı işte çalışmaya başlayıp bu çalışmasının 26.01.2009 tarihine kadar devam ettiği, son aylık brüt ücretinin 565,00 TL olduğu ve iş akdinin istifa nedeniyle sona erdiğine yönelik belgenin işyeri özlük dosyasında bulunduğu görülmüştür.

Yine işyeri kayıtları ve tanık anlatımlarından anlaşılacağı üzere davacının extruzyon elemanı olarak görev yaptığı ve çalışılan bölümde zaman zaman falçata kullanılıp bunun neticesinde ellerinden yaralanabildikleri, davacının elinin kesilmesi halinde çıplak elle müdahale etmemeleri konusunda işyerindeki arkadaşlarını uyardığı, rahatsızlığı konusunda davacının kendilerine açıkça bir beyanda bulunmadığı, sohbet esnasında kan rahatsızlığı olduğunun davacı tarafça ifade edildiği, yine davacının rahatsızlığıyla ilgili gerek işyeri hekiminden gerek işveren ve yetkililerinden herhangi birşey duymadıklarının davacı tanıklarınca ifade edildiği görülmüştür.

Yine davacı tanık anlatımlarından anlaşılacağı üzere davacının daha hafif bir iş olan makine operatörlüğü görevine verilmesine rağmen 5-6 ay boyunca işyerinde olmadığı, bu dönemde maaşlarını almayı sürdürdüğü ifade edilmiştir. Davalı tanıklarının beyanlarında ise davacının işyeri hekimine müracaat edip rahatsızlığını işyeri hekimine bildirmesi neticesinde ve yine davacının rızasıyla bu rahatsızlığının işverene bildirilmesi üzerine davacının dış görev olarak bayi ziyareti işi verildiğini, bu görevin verilme sebebinin de davacının tedavi amacıyla seanslara katılacağını söylemesi üzerine kendisine bu tür görev verildiğini, davacının bu görevde 8 ay kadar çalıştıktan sonra istifa ederek işten ayrıldığını, davacıdaki rahatsızlığın diğer çalışanlar bakımından risk taşıyacağı düşüncesiyle görev yeri değiştirilmesinin uygun olacağını beyan ettikleri görülmüştür.

Taraf tanıklarının anlatımlarında davacının görev değişikliği sonrası verilen yeni görevde çalışıp çalışmadığı konusunda uyuşmazlık olup davacı tanıkları davacının 5-6 ay kadar işyerinde çalışmamasına rağmen kendisine ücret ödendiğini ifade ederlerken, davalı tanıklarından N. G.; davacıya verilen görevde 8 ay kadar çalıştığını beyan ettiği,diğer davalı tanığı U. E. ise; davacının bu sürede üretim bandında çalıştığını bildiğini, fakat başka bir birimde çalışıp çalışmadığını bilmediğini beyan ettiği görülmüştür.

Dosyadaki gerek işverence düzenlenen çalışma belgesi gerek 2009 Ocak ayındaki ücret bordrosunda davacının görevinin extruzyon üretim operatörü olarak gösterilmesi sebebiyle davacının işinin değiştirilmeyip davacı tanıklarınca da ifade edildiği üzere 5-6 ay kadar ücreti ödenmek suretiyle çalıştırılmadığı sonucuna ulaşılmıştır. İş Kanunu'nun 5. maddesi ve Anayasanın 10. maddesi eşitliğe ilişkin hükümler içermekte olup 4857 sayılı Yasanın 5. maddesi "İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep vb. sebeplere dayalı ayrım yapılamayacağını" düzenlemiş olupmutlak ayrım yasağı getirmiştir. İş Kanunu'nun 5. maddesinde sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş olmayıp bu kapsam dışında kalan haller de eşitlik ilkesine aykırılık niteliğinde değerlendirilmelidir. Davacının sağlık problemleri sebebiyle başka bir bölümde çalıştırılması talebine yönelik bir bilgiye özlük dosyasında rastlanılmadığı gibi gerek davalı vekilinin cevap dilekçesinde gerekse dinlenen davalı tanığının anlatımlarından da anlaşılacağı üzere davacının çalıştırılmaksızın ücretinin ödendiği dosya kapsamına göre bellidir. İş ilişkisinde işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün yanı sıra işçinin iş görme borcu mevcuttur. Davacının diğer işçilerin sağlıklarının korunması gayesiyle de olsa iş görme borcunun ifasının engellenmesi eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira işyeri hekimi U. tarafından davacının ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasına engel halinin bulunup bulunmadığı hususunda istediği doktor raporunda Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Enfeksiyon Hastalıkları Öğretim Üyesi tarafından düzenlenen belgede davacının anabilim dallarında inmün yetmezliği tanısıyla izlenmekte olduğu, tedavisini düzenli olarak sürdürdüğü, sağlık durumunun herhangi bir işte çalışmasına engel teşkil etmediği belirtilmiştir. Dolayısıyla söz konusu doktor raporunda da belirtildiği üzere davacının sağlık durumunda herhangi bir işte çalışmasında engel teşkil edecek bir durum olmamakla birlikte davacının çalıştırılmaksızın işyeri dışında tutulması yukarıda da ifade edildiği gibi İş Kanunu'nun 5. maddesine aykırı bir işlem şeklindedir.İşverenin eşit davranma borcuna aykırılığının müeyyidesi ise İş Kanunu'nun 5. maddesinin

6. fıkrasında düzenlenmiştir ve burada da işçinin 4 aya kadar ücret tutarından uygun bir tazminata hükmedilebileceğinin düzenlendiği görülmüştür. Söz konusu ücret asıl ücret niteliğinde olup bilirkişinin davacının aylık ücretinin brüt 565,00 TL olduğunu tespit ettiği görülmekle, işverenin her ne kadar eşit davranma borcunun aykırı eylemi mevcutsa da çalıştırmadığı dönem için ücretlerini ödemesi, sigorta bildirimlerinin devam etmesi sebebiyle davacının mağduriyetine sebebiyet vermediğinden 3 aylık ücret tutarına hükmetmek gerekeceği sonuç ve inancına varılmıştır.

Davacı vekilince ayrıca ayrımcılığa uğrayarak ve sağlık bilgilerinin açıklanması ve özel hayatının da ihlal edilmesi sebebiyle de manevi tazminat talebinde bulunulduğu görülmüştür. İş Kanunu'nun 5. maddesinde ayrımcılık yasağından dolayı manevi tazminata ilişkin bir hüküm bulunmadığından bu taleplerin Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi gereğince değerlendirilmesi gerekmektedir. Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi manevi tazminatın talep edilebilmesinin şartlarını şahsiyet hakkına tecavüz edilmiş olması, tecavüzün haksız olması, manevi zarara uğranılması, şahsiyet haklarına tecavüz eden kimsenin kusurlu olması ve manevi zararla haksız tecavüz arasında illiyet bağı bulunması şartını düzenlemiştir. Dinlenen tüm taraf tanık anlatımlarından da anlaşılacağı üzere davacının rahatsızlığı ile ilgili bir beyanın işveren, işveren yetkilisi ya da işyeri hekiminden duyulmadığı ifade edilmiştir. Nitekim davacı tanıkları da davacının elinin kesilmesi halinde çıplak elle müdahele edilmemesi konusunda kendilerini uyardığını ifade etmiştir. Nitekim ilk işyeri hekimi de dahil davacının rahatsızlığının HIV pozitif olduğunu davacının özlük dosyasında ifade edilmediği, davacının bu yöndeki rahatsızlığını diğer işyeri hekimi U.'ya ifade etmesi üzerine ve bu tanığın da ifadesinden anlaşılacağı üzeredavacının rızası sonucu durumu işveren yetkilisine bildirmesi neticesinde davacının sağlık problemleri konusunda işverenin haberdar olduğu ve bundan sonra davacının çalıştırılmaksızın ücret uygulanması yoluna gidildiği dosya kapsamına göre bellidir. Yine dosya kapsamına göre işverence davacının küçük düşürüldüğü söz ve eylemi mevcut değildir. İşverenin eşit işlem borcuna aykırılığı tek başına manevi tazminat için yeterli bir koşul değildir. Davalı tarafça davacının şahsiyet haklarına tecavüz edildiği hususu tespit edilemediğinden manevi tazminat talebinin reddine karar vermek gerekmiş(tir)..."

21. Tarafların temyizi üzerine karar, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 1/10/2013 tarihli ve E.2011/28499, K.2013/24767 sayılı ilamı ile bozulmuştur. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...Yerel mahkemenin kabulünde olduğu üzere iş sözleşmesi işçinin istifasıyla sonlanmış olup, yerel mahkemece dosyadaki mevcut doktor raporlarında davacının mevcut rahatsızlığının ağır ve tehlikeli işlerde çalışmasına engel oluşturmayacağı ve sağlık durumunun çalışmasına engel olmadığı halde işyeri dışında tutulmasının ayrımcılık niteliği taşıdığı kabul edilmiş ise de, davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu gözönüne alındığında bu hastalığının işçinin çalışmasına engel olmadığı keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saiki ile davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin bu eyleminin ayrımcılık olarak nitelendirilmesi yerinde olmayıp hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir."

22. Bozma üzerine yeniden yapılan yargılama sonucunda İş Mahkemesi bozma kararına uyarak 20/3/2014 tarihli ve E.2013/337, K.2014/90 sayılı kararı ile davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Taraflar arasındaki uyuşmazlık konusu işverenin eyleminin ayrımcılık niteliğinde olup olmadığı noktasındadır. Dolayısıyla işverence davacı yönünden yaptığı uygulamaların ayrımcılık saikiyle yapılıp yapılmadığı hususu değerlendirilmelidir. Her ne kadar Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi'nin ilgili birimince düzenlenen doktor raporunda davacının rahatsızlığının izlenmekte olduğu, tedavisinin düzenli olarak sürdüğü, sağlık durumunun herhangi bir işte çalışmasına engel teşkil etmediği belirtilmişse de bu davacının çalışabilme imkanının olup olmadığı yönünde dikkate alınması gereken bir rapordur. Davacının çalıştığı işyerinde torbalama ve paketleme gibi bölümlerde falçata vb. kesici aletler kullanılmaktadır. Davacıdaki mevcut rahatsızlığın bulaşıcı bir rahatsızlık olduğu da tıbben bellidir. Her ne kadar bu rahatsızlığın bulaşma yöntemleri belli olup kan yoluyla temas halinde bulaşma oran olarak düşük sayılabilirse de bu tarz bir işyerinde diğer çalışanlar yönünden risk teşkil edebilecektir. İşverenin işyerindeki çalışanları koruma yükümlülüğü mevcuttur. Her ne kadar dosya içerisine sunulan Ege Üniversitesi Enfeksiyon Hastaları ve Klinik Mikrobiyoloji Anabilim dalınca düzenlenen raporda kanlı bir kesici delici alet ile deri yaralanmalarında virüsün bulaşma ihtimalinin %0,3 oranında olabildiği belirtilmişse de bulaşma yüzdesinin düşük olması böyle bir çalışma ortamında diğer işçiler için tehlike arz etmeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim tanıkların beyanlarından anlaşılacağı üzere davacı, el kesilmesi durumundaçıplak elle müdahale edilmemesihususundaarkadaşlarını dahi uyarmıştır. Tüm bu deliller veolgular dikkate alındığında işverenin

eyleminin ayrımcılık niteliğinde değerlendirilemeyeceği, Yargıtay bozma kararında da belirtildiği üzere diğer işyeri çalışanlarını korumak gayesiyle hareket ettiği anlaşılmakla, ayrımcılık yasağına dayalı talebin reddine karar vermek gerekmiş(tir)... "

23. Bu karar, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 24/9/2014 tarihli ve E.2014/18211, K.2014/27974 sayılı kararı ile onanmıştır.

24.Söz konusu karar, başvurucu vekiline 26/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

25. Başvurucu 5/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

1. İlgili Mevzuat

26. 4857 sayılı Kanun'un *"Eşit davranma ilkesi"* kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"İş ilişkisinde dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.

Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz.

İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur."

27. Söz konusu maddenin gerekçesi şöyledir:

"İşverenin işe almadan başlayarak tüm çalışma koşulları yönünden işçilerine karşı eşit davranma, bu arada cinsiyet ayırımına gitmeme yükümlülüğü, çalışma hayatının önemli sorunlarından biri olarak tüm ülkelerin, uluslararası ve uluslarüstü hukukun gündemine girmiş ve çok sayıda ulusal ve uluslararası kaynaklarda yer almıştır.

İşverenin iş sözleşmesinden doğan eşit davranma borcu en önemli dayanağını Anayasanın 10 uncu maddesinde bulmaktadır. Ülkemizde çalışma şartları yönünden cinsiyet ayrımına gidilmemesi çok eskiye giden geleneklerimizden biridir. Bununla beraber, hukuki çerçevenin belirlenmesi de gereklidir. Türkiye Uluslararası Çalışma Örgütünün "Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında 100 Sayılı Sözleşmesi"ni onaylamış ve bu hususta 1475 sayılı İş Kanununa düzenleme getirmiş olduğu halde, daha sonra onayladığı Birleşmiş Milletlerin "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ne uyum Kanununu henüz çıkarmamıştır. Yeni düzenleme sözleşmeye uyum sağlamaktadır. Diğer yandan Avrupa Birliği ülkelerinde görülen kadın ve erkek arasında doğrudan ve dolaylı ayırım için iç hukuklarına yansıyan Birlik Adalet Divanının çok sayıda kararları yanında, birincil kaynaklardaki düzenlemelerin gereği olarak tüzük ve yönergeler (75/117, 76/207, 79/7, 86/613, 86/378 sayılı Yönergeler gibi) de yürürlüğe konulmuştur. Türkiye Avrupa Birliği adaylık süreci aşamalarını tamamlamak üzere hazırladığı Ulusal Programda kadın ve erkek eşitliğine kısa vadeli önlemler arasında yer verdiği için, bu hususta gerekli hükümlerin İş Kanununa alınması gerekli olmuştur. Diğer yandan ülkemizde esnek istihdam türleri için belirli iş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemeler getirilirken Avrupa Birliği çalışma müktesebatı da dikkate alınmış, bunlardan biri olarak maddede belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri ile tam ve kısmi süreli iş sözleşmelerine göre çalışmada ayırımı haklı kılan nedenler olmadıkça eşit davranılması kuralına da yer verilmiştir.

Maddede işverenin borçlarından biri olan eşit davranma ilkesi genel olarak belirlendikten sonra, değinilen bazı iş sözleşmelerinde eşit davranılmasına,

arkadan cinsiyet ayırımını engelleyen sınırlamanın temel kurallarına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Eşit davranma ilkesi ve cinsiyet ayırımı yasağına aykırı davranmanın hukuki yaptırımının da yer aldığı maddeye, Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin ispat yükümlülüğü hakkındaki 97/80 sayılı Yönerge hükümlerine uyum sağlayan bir hüküm eklenmiştir.

Maddenin altıncı fıkrasında hukuki yaptırım olarak öngörülen işçinin "dört aya kadar ücreti tutarındaki" tazminat için esas olacak ücret "asıl ücret" olup, ücretin ekleri olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımlar buna dahil değildir."

28. 4857 sayılı Kanun'un *"Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi"* kenar başlıklı 11. maddesi şöyledir:

"İş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı halde sözleşme belirsiz süreli sayılır. Belirli süreli işlerde veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak işveren ile işçi arasında yazılı şekilde yapılan iş sözleşmesi belirli süreli iş sözleşmesidir.

Belirli süreli iş sözleşmesi, esaslı bir neden olmadıkça, birden fazla üst üste (zincirleme) yapılamaz. Aksi halde iş sözleşmesi başlangıçtan itibaren belirsiz süreli kabul edilir.

Esaslı nedene dayalı zincirleme iş sözleşmeleri, belirli süreli olma özelliğini korurlar."

29.4857 sayılı Kanun'un *"Süreli fesih"* kenar başlıklı 17. maddesi şöyledir:

"Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin feshinden önce durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir.

İş sözleşmeleri;

a) İşi altı aydan az sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak iki hafta sonra,

b) İşi altı aydan birbuçuk yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak dört hafta sonra,

c) İşi birbuçuk yıldan üç yıla kadar sürmüş olan işçi için, bildirimin diğer tarafa yapılmasından başlayarak altı hafta sonra,

d) İşi üç yıldan fazla sürmüş işçi için, bildirim yapılmasından başlayarak sekiz hafta sonra,

Feshedilmiş sayılır.

Bu süreler asgari olup sözleşmeler ile artırılabilir.

Bildirim şartına uymayan taraf, bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemek zorundadır.

İşveren bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir.

İşverenin bildirim şartına uymaması veya bildirim süresine ait ücreti peşin ödeyerek sözleşmeyi feshetmesi, bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddesi hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz. 18 inci maddenin birinci fıkrası uyarınca bu Kanunun 18, 19, 20 ve 21 inci maddelerinin uygulanma alanı dışında kalan işçilerin iş sözleşmesinin, fesih hakkının kötüye kullanılarak sona erdirildiği durumlarda işçiye bildirim süresinin üç katı tutarında tazminat ödenir. Fesih için bildirim şartına da uyulmaması ayrıca dördüncü fıkra uyarınca tazminat ödenmesini gerektirir.

Bu maddeye göre ödenecek tazminatlar ile bildirim sürelerine ait peşin ödenecek ücretin hesabında 32 nci maddenin birinci fıkrasında yazılan ücrete ek olarak işçiye sağlanmış para veya para ile ölçülmesi mümkün sözleşme ve Kanundan doğan menfaatler de göz önünde tutulur."

30.4857 sayılı Kanun'un *"Feshin geçerli sebebe dayandırılması"* kenar başlıklı 18. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. (Ek cümle: 10/9/2014-6552/2 md.) Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz.

Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır.

Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz:

a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.

e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.

f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

...”

31. 4857 sayılı Kanun'un *“İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı”* kenar başlıklı 25. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir:

I- Sağlık sebepleri:

a) İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi.

b) İşçinin tutulduğu hastalığın tedavi edilemeyecek nitelikte olduğu ve işyerinde çalışmasında sakınca bulunduğunun Sağlık Kurulunca saptanması durumunda.

(a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez

...

III- Zorlayıcı sebepler:

İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması.

...”

32. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun *“Aleniyet ilkesi”* kenar başlıklı 28. maddesi şöyledir:

“(1) Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir.

(2) Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.”

33. 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 2. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Bakanlığın görevi; herkesin bedenî, zihnî ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hâli içinde hayatını sürdürmesini sağlamaktır.

(2) Bu kapsamda Bakanlık;

a) Halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi,

b) Teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinin yürütülmesi,

c) Uluslararası önemi haiz halk sağlığı risklerinin ülkeye girmesinin önlenmesi,

...

ile ilgili olarak sağlık sistemini yönetir ve politikaları belirler.”

34. 20/6/2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun *“Çalışanların bilgilendirilmesi”* kenar başlıklı 16.maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“İşyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve sürdürülebilmesi amacıyla işveren, çalışanları ve çalışan temsilcilerini işyerinin özelliklerini de dikkate alarak aşağıdaki konularda bilgilendirir:

a) İşyerinde karşılaşılabilecek sağlık ve güvenlik riskleri, koruyucu ve önleyici tedbirler.

b) Kendileri ile ilgili yasal hak ve sorumluluklar.

c) İlk yardım, olağan dışı durumlar, afetler ve yangınla mücadele ve tahliye işleri konusunda görevlendirilen kişiler."

35. 6331 sayılı Kanun'un 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"İşveren, çalışanların iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini almasını sağlar. Bu eğitim özellikle; işe başlamadan önce, çalışma yeri veya iş değişikliğinde, iş ekipmanının değişmesi hâlinde veya yeni teknoloji uygulanması hâlinde verilir. Eğitimler, değişen ve ortaya çıkan yeni risklere uygun olarak yenilenir, gerektiğinde ve düzenli aralıklarla tekrarlanır."

36. 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 64. maddesi şöyledir:

"57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlikebaş 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."

37. 30/5/2007 tarihli ve 26537 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyans ve Kontrol Esasları Yönetmeliği'nin *"Kişisel verilerin işlenmesi"* kenar başlıklı 11. maddesi şöyledir:

"Epidemiyolojik sürveyans ve bildirim sistemi ile elde edilen bilgilerden kişisel verilerin işlenmesi sırasında kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlükleri korunur. Bu bilgi ve verileri toplayan, bildiren ve işleyen gerçek ve tüzel kişiler, bunları kişisel verilerin korunmasını düzenleyen mevzuata aykırı olarak kullanamazlar."

38. Anılan Yönetmelik ekindeki ek-1 tabloda diğer bulaşıcı hastalıkların yanı sıra HIV/AIDS hastalıkları için kodlar belirlenmiştir. Sağlık Bakanlığının 18/4/1994 tarihli ve4800 sayılı, 1/7/1994 tarihli ve 7789 sayılı genelgeleri ile söz konusu hastalığı taşıdığı tespit edilenlerin kimlik bildirimlerinin gizlenerek bilgilerin kodlu olarak gönderilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

2. İlgili Yargı Kararları

39. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 29/11/2011 tarihli ve E.2009/19835, K.2011/46440 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"…"Uyuşmazlık işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları noktasında toplanmaktadır.

Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup İş Hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayrım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayrım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan anılan ilke hakların sınırlandırılması yerine korunmasına hizmet eder.

4857 sayılı İş Kanunu sistematiğinde, eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna rağmen eşitlik ilkesini düzenleyen 5. maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiş, ancak esaslı nedenler olmadıkça ve biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bu yükümlülüğün bulunmadığı Dairemiz kararlarında vurgulanmıştır (Yargıtay 9.HD. 25.7.2008 gün 2008/27310 E. 2008/22095 K.).

İşverence, işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi yönünden nesnel nedenlerin varlığı halinde eşit işlem borcuna aykırılıktan söz edilemez (Yargıtay 9.HD. 2.12.2009 gün, 2009/33837 E, 2009/32939 K).

4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin ilk fıkrasında, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiştir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayrım yasağı kapsamında ele alınması gerekir.

Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşulları gerekmektedir.

5. madenin 2. fıkrasında ise, tam süreli - kısmi süreli işçi ile belirli süreli - belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapma yasağı öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında cinsiyet ve gebelik sebebiyle ayrım yasağı düzenlenmiş ve bu durumda olan işçiler bakımından iş sözleşmesinin sona ermesinde de işverenin eşit davranma borcunun varlığı özel olarak vurgulanmıştır, işverenin işin niteliği ile biyolojik nedenlerle farklı davranabileceği bahsi geçen bölümde açıklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında ise işverenin ücret ödeme borcunun ifası sırasında ayrım yasağından söz edilmektedir. Maddede sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dışında kalan ikramiye, pirim vb. ödemeleri de kapsadığı açıktır.

Bundan başka 4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde sözü edilen sendikal nedenlere dayalı ayrım yasağı da mutlak ayrım yasağı kapsamında değerlendirilmelidir.

4857 sayılı İş Kanununun 5. ve 18/111. maddede sayılan haller sınırlayıcı olarak düzenlenmiş değildir, işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi sebebiyle ayrım yasağı da buna eklenebilir. Yine siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi unsurları esas alan bir ayrımcılık korunmamalıdır.

İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı, yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinin 6. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ücretten başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır.

İş Kanununun 5. maddesi emredici nitelikte olduğundan anılan hükme aykırı olan sözleşme kuralları geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır.

Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır.

..."

3. Uluslararası Hukuk

40. 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."

41.Sözleşme'nin *"Ayrımcılık yasağı"* kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

42.Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 27/6/2001 tarihli ve Karar No. S-26/2 sayılı HIV/AIDS Taahhüt Deklarasyonu'nunilgili kısımları şöyledir:

" 1. ... Devlet ve Hükümet başkanları ve Devlet ve Hükümet temsilcileri olan bizler, (...) her yönü ile HIV/AIDS sorununu acil olarak yeniden gözden geçirmek ve tespit etmek, ve aynı zamanda ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde hastalıkla kapsamlı bir biçimde mücadele etmek üzere çabaları daha koordineli ve güçlendirilmiş olarak küresel bir taahhüt şeklinde ortaya koymak amacıyla toplanmış bulunmaktayız.

...

13. Damgalama, sessizlik, ayrımcılık, inkar ve güven eksikliğinin, önleme, bakım ve tedavi çabalarına engel olduğunu, ve salgının bireyler, aileler, topluluklar ve uluslar üzerindeki etkisini artırdığını ve bunların çözümlenmesi gerektiğini not etmiş bulunmaktayız. ...

16. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin herkes için tam olarak gerçekleştirilmesinin, önleme, bakım, destek ve tedavi alanları da dahil, HIV/AIDS salgınına gösterilecek küresel tepkide önemli bir unsur olduğunu ve

HIV/AIDS hastalığı ya da riskiyle yaşayan insanlara karşı yapılan damgalama ve buna bağlı ayrımcılığı önlediğini ve HIV/AIDS'e karşı korunmasızlığı azalttığını kabul etmekteyiz.

...

31. HIV/AIDS kapmış ya da bu hastalıktan etkilenmiş insanların ailelerinin, önleme, bakım, destek ve tedavide oynadıkları anahtar rolü teyit etmekte ve farklı kültürel, sosyal ve politik sistemlerde çeşitli aile yapılarının bulunduğunu aklımızda tutmaktayız.

...

HIV/AIDS ve İnsan Hakları

58. 2003 yılına kadar, HIV/AIDS'le yaşayan insanlara ve korunmasız grup üyelerine karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve bu insanların tüm insan hakları ve temel özgürlüklerden ve özellikle de eğitim, veraset, iş, sağlık bakımı, sosyal ve sağlık hizmetleri, önleme, destek ve tedavi, bilgilendirme ve yasal korunmadan yararlanmalarını sağlamak için gerekli olan mevzuat, yönetmelik ya da önlemleri yürürlüğe koymak, güçlendirmek ya da uygulamak ve bunları yaparken söz konusu insanların mahremiyetlerine saygılı olmak ve salgınla ilgili damgalama ve sosyal dışlamayla mücadele etmek için stratejiler geliştirmek..."

43. Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) Haziran 2001 tarihli HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları'nın ilgili kısımları şöyledir:

"3. (...)

c) Başta iş arayanlar ve iş başvurusunda bulunanlar olmak üzere, çalışanlara karşı, gerçek olan veya farz edilen HIV durumundan veya HIV infeksiyonuna daha çok açık ve buna karşı daha korunaksız olan nüfus kesimlerine ve coğrafyalara mensup olmalarından dolayı hiçbir ayrımcılık yapılamayacağı gibi bunları damgalama yoluna gidilemez ;

(...)

9. Hükümetler, temsil kabiliyeti en fazla olan işçi ve işveren kuruluşlarının görüşlerini de alarak, gerçek veya farz edilen HIV durumundan kaynaklanan ayrımcılığı önlemek üzere 1958 tarihli Ayrımcılık (istihdamda ve mesleklerde)

Sözleşmesi'ndekine eşdeğer korumanın sağlanması konusu üzerinde durmalıdırlar.

10.1958 tarihli Ayrımcılık (istihdamda ve mesleklerde) Sözleşmesi'nde yer alan hükümler çerçevesinde, gerçek veya farz edilen HIV durumu ne işe alınmayı ve işte devamı ne de fırsat eşitliğini engelleyici bir gerekçe oluşturmalıdır.

11.Gerçek veya farz edilen HIV durumu işten çıkarılma gerekçesi olamaz.

1982 tarihli işten çıkarma sözleşmesini dikkate alarak, üçüncü kişiyle ilgilenme sorumluluğu nedeniyle veya HIV veya AIDS ile bağlantılı bir rahatsızlıktan dolayı geçici olarak işe gelememe, diğer başka sağlık sorunları nedeniyle işe gelememe durumu gibi kabul edilmelidir.

12.İş yerindeki ayrımcılığa karşı mevcut önlemler HIV ve AIDS temelliayrımcılığa karşı etkili bir koruma sağlamak konusunda yetersiz kalıyor ise, üyeler bu önlemleri duruma uyarlamalı, yerine yeni önlemler almalı ve şeffaf ve etkili bir biçimde uygulanmalarını sağlamalıdırlar.

…"

44. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin (AKPM), insan hakları bakımından HIV/AIDS'in değerlendirilmesine ilişkin 1989 tarihli ve 1116 sayılı tavsiye kararının ilgili kısımları şöyledir:

"...3.Avrupa Konseyi 1983'den beri önleme konusuyla ilgilenmişse de, olayın etik yönü çok yüzeysel incelenmiş ;

4. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin, AIDS'in neden olduğu korkuyla, tehlikeye atılmamasının sağlanmasının esas olduğu kanaatinde olan ve

5. Özellikle de, HIV virüsü taşıyıcısı kişilerin ya da bazı hastalıkları olan kişilere yapılan ayrımcılıktan endişeli olan AKPM;

...

8. Bakanlar Komitesi'ni:

A. İnsan Hakları Yönetici Komitesi'ni, ya sağlık gerekçesini, yasaklanan ayrımcılık gerekçelerinin arasına koyarak ya da kanun önünde eşit muameleye ilişkin genel bir hüküm hazırlayarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin

14. maddesindeki, ayrımcılık yapılmaması hükmünün güçlendirilmesine öncelik vermekle görevli kılmayı (...) ; ve

D. Avrupa Konseyi'ne üye devletleri;

1. HIV virüsü taşıyıcısı kişilerin ve AIDS kurbanlarının kimliklerinin gizliliğinin korunması için tüm gerekli önlemleri almaya,

...

3. İlgilinin, sadece HIV virüsü taşıması ya da AIDS'e yakalanmış olması nedeniyle, sığınma taleplerini reddetmemeye davet etmektedir."

45. Ayrıca AKPM'nin 25/1/2007 tarihli ve 1536 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"…Meclis, HIV/AIDS salgınının hem tıbben hem de sosyal ve ekonomik olarak acil bir durum olduğunu işaret ederek, Avrupa Konseyi üye ülkelerin hükümetlerini ve parlamentolarını aşağıdaki hükümleri dikkate almaya davet etmiştir :

9.1. Başta eğitim, çalışma, özel hayata saygı, korunma hakları ile önleyici tedbirlere, tedaviye, bakıma ve yardıma ulaşabilme hakları olmak üzere yasalarının, politikalarının ve uygulamaların HIV/AIDS kapsamında insan haklarına saygılı olmasını saglamak ;

9.2. Kamu sektöründe olduğu gibi özel sektörde de HIV/AIDS ile yaşayan çalışanları her türlü ayrımcılığa karşı korumak ..."

46 .Seyahatlerin HIV nedeniyle kısıtlanmasıyla ilgili olarak Haziran2004'tekabuledilmişolanBirleşmiş Milletler (BM)HIV/AIDS/ UluslararasıGöçÖrgütüOrtakProgramıDeklarasyonu'nuntavsiyelerinin ilgili kısımları şöyledir:

"…1. HIV/AIDS, seyahatler çerçevesinde, kamu sağlığı için bir tehdit olarak görülmemelidir çünkü bulaşıcı olmasına rağmen, HIV/AIDS, bir ülkede, sadece, bu virüsü taşıyan kişilerin bulunmasıyla ya da basit temasla (hava yoluyla ya da yemek ve su gibi şeylerle) geçmez. HIV, neredeyse her zaman özel alandaki davranışlarla bulaşır. Önlenmesi, bu anlamda, isteğe bağlı fiiller gerektirmektedir ...

Kısıtlayıcı tedbirler, kamu sağlığı çıkarlarına karşı olabilirler çünkü vatandaş olmayan ve HIV virüsü taşıyan kişilerin devre dışı bırakılması, HIV

ve AIDSli kişilerin kınanması ve onlara karşı ayrımcılık yapılmasına katkıda bulunmaktadır ve vatandaşları ve vatandaş olmayanların, HIV önleme ve tedavi merkezlerine başvurmalarına mani olma riski taşımaktadır. Bununla birlikte, vatandaş olmayan ve HIV virüsü ile yaşayanlar hakkındaki kısıtlamalar, halka, HIV/AIDS'in çözümünün, kamu sağlığı alanında ve diğer önleme metotlarına ilişkin aktif bir eğitimden ziyade sınırda yapılan kontrollerde bulunabilecek olan, 'dış'bir sorun olduğuna dair yanlış bir izlenim verebilir.

(...)

3. HIV/AIDS bulaşması da dahil olmak üzere, sağlık gerekçelerine dayanan, giriş çıkışlara ilişkin kısıtlamaların uygulanması, özellikle de ayrımcılık yasağı ve mültecilerin ülkeden atılmaması, özel yaşam hakkı, ailenin korunması, göçmenlerin haklarının korunması ve çocuğun üstün çıkarlarının korunması gibi insan haklarından kaynaklanan yükümlülüklere riayet edilmelidir. Bunun yanı sıra, insani zorunluluklar da gerektiği gibi dikkate alınmalıdır.

4. Bir kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak seyahate getirilen kısıtlamalar yalnızca bu kişinin dinlenmesinden sonra dayatılabilir. İlgili kişi, hakkında alınan, ülkede bulunma ya da kalmasına ilişkin yasaktan, yazılı ve sözlü olarak haberdar edilmelidir.

5. HIV'a yakalanan kişilerin maliyet bakımından oluşturdukları yükün değerlendirilmesinde, benzer sağlık sorunları bulunanlara uygulanan muamelenin aynısı gözetilmelidir. HIV/AIDS'le yaşayan ve ülkeye kısa ya da uzun süreli olarak girmek isteyen kişilerin talepleri, mali gerekçelerle reddedilmemelidir.

6. Bir kişinin, sağlık durumunun gerektirdiği tıbbi tedavi ve sosyal yardımın potansiyel maliyeti nedeniyle kabul edilmemesi, sadece, her durumun bireysel olarak incelenmesinden ve ilgili kişinin, tıbbi tedaviye ve sosyal yardıma ihtiyacı olduğunun, yakın bir gelecekte, bunlara başvuru yapabileceğinin, söz konusu maliyetlere karşı koymak için gerekli imkânları olmadığının (mesleki ya da özel sigorta, şahsi kaynaklar ya da bir topluluk tarafından sağlanan yardım gibi) ve bu maliyetlerin, yüksek avantajlara telafi edilmediğinin (özel yetki ya da bağışlar, iş pazarına katkı, vergi ödenmesi, kültürel farklılıklara katkı, iş yaratma ya da gelir üretme kapasitesi) kanıtlanması durumunda mümkün olur.

7. HIV/AIDS'li bir kişinin, muhtemel sınır dışı edilmesi, özellikle, adil yargılanma hakkı ve sınır dışı kararına itiraz edilebilmesi için uygun başvuru

yollarının bulunmasına ilişkin uluslararası hukuki yükümlülüklerle uyumlu olmalıdır. İlgili kişinin, ülkede kalmasına izin verilmesi için, kaçınılmaz insani gerekçeler dikkate alınmalıdır.

...”

4. HIV İnfeksiyonu Hakkında

47. Hacettepe Üniversitesi HIV/AIDS Tedavi ve Araştırma Merkezinin (HATAM) 26/2/2015 tarihli ve “HIV İnfeksiyonunun Klinik Özellikleri ve Tedavisi” başlıklıyayınında, HIV infeksiyonunun henüz virüsün vücuttan atılmasını sağlayabilecek tedavisinin ve aşısının bulunamadığı bulaşıcı bir hastalık, HIV (+) kişinin ise kendisinde HIV virüsü olup hastalık belirtisi göstermeyen, taşıyıcı kişi olduğu belirtilmiştir. Ayrıca tedavide kullanılan ilaçların ömür boyu kullanılmasının gerekmesi ve kişiye ekonomik olarak büyük yük getirmesinerağmen (aylık 2.000-2.500 TL) hastalıktan ölümlerin hemen hemen tamamen ortadan kalktığı, HIV infeksiyonunun ölümcül hastalık olmaktan çıkıp yaşam boyu ilaç kullanımını gerektiren bir tür kronik hastalığa dönüştüğü ifade edilmiştir. Dokunmak, el sıkışmak, sarılmak, aynı yerde oturmak, aynı saunayı, havuzu, banyoyu, tuvaleti paylaşmak, aynı tabağı, bardağı, çatalı, kaşığı kullanmak, aynı giysileri giymek, telefon kulaklığı, gözyaşı, ter, tükürük, sivrisinek, böcek, arı sokması ile HIV virüsünün bulaşmayacağı belirtilmiştir. HIV’in esas olarak üç yolla bulaştığı, bunların cinsel temas, kan ve kan ürünlerinin nakli, infekte kişilerle ortak enjektör kullanımı yanında kanla bulaşık diğer aletlerin kullanılması ve gebelikte anneden bebeğe geçmesi olduğu anlatılmıştır. Ülkemizde 1987 yılından beri tüm kan ve kan ürünlerine antikor testi yapılmasının zorunlu olduğu, bu nedenle 1987 yılından beri kan ve kan ürünleri ile olan bulaşmanın azaldığı ancak hastalığın 10-12 hafta süren pencere döneminde antikorların testlerde görünmemesi nedeniyle az da olsa (1/1.800.000) bu yolla geçebildiği belirtilmiştir.Söz konusu belgede, virüs vücuda alındıktan sonra geçirilen tüm dönemlerin HIV infeksiyonu, bunun son basamağının ise sonradan kazanılmış bağışıklık eksikliği sendromu (AIDS) dönemi olarak adlandırıldığı, HIV infeksiyonunun yedi klinik devre izlediği, HIV vücuda girdikten 1 ile 6 hafta sonra başlangıç dönemi belirtileri verdiği, bu devreye akut retroviral sendrom dendiği ve grip benzeri ateşli bir hastalık tablosu geliştiği,geçici ve birkaç hafta içinde kendiliğinden sınırlanan bir enfeksiyon şeklinde olduğu, hastalığın bu dönemden sonra hiçbir belirti ve bulgu vermeksizin

yıllarca (ortalama 8-10 yıl), asemptomatik yani belirtisiz evrede seyrettiği, bu dönemde yapılacak test ile HIV'in saptanabildiği belirtilmiştir. Ayrıca günümüzde uygulanan tedaviye erken başlandığı takdirde daha etkili olduğu ancak ekonomik olarak büyük yük getirdiği, ülkemizde HIV infeksiyonu hastalarının tedavi giderlerinin Genel Sağlık Sigortası (GSS) kapsamında karşılanmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

48. Mahkemenin 1/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

49. Başvurucu;

i. Sağlık durumu nedeniyle önce iş yerinden uzaklaştırıldığını, sonra haksız olarak işten çıkarıldığını ve bu durumun ayrımcı bir muamele teşkil ettiğini, hastalığının çalışma hayatına olumsuz bir etkisinin olmadığını, iş ortamında diğer çalışanlar açısından riskli bir durum oluşturmadığının da sağlık raporları ile kanıtlanmış olduğunu, bu sağlık raporlarına rağmen yargı makamlarının davanın reddine ilişkin kararlarında dayandıkları gerekçenin iş bulmasını engelleyeceğini ve bu durumun yüksek bir masraf gerektiren hastalığının tedavisi açısından yaşam hakkını ve tedaviye ulaşma hakkını ihlal edebilecek mahiyette ciddi sorunlara neden olabileceğini, bu nedenlerle Anayasa'nın 10., 17., 20., 35., 36., 40. ve 49. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini,

ii. Davasının kamuoyuna yansıması durumunda çalışma hayatının daimî olarak sona ereceği ve davanın pek sık rastlanan bir dava türü olmaması nedeniyle kamuoyunun ve özellikle de habercilerin dikkatini çekebileceği korkusuyla yargılamanın üçüncü kişilere kapalı olarak yürütülmesini talep ettiğini ancak yerel Mahkemenin herhangi bir gerekçe göstermeksizin bu talebini reddettiğini belirterek Anayasa'nın 20. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini,

iii. Yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu ihlalin tespit edilerek ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması

amacıyla yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ile 2.260 TL maddi ve 20.000 TL manevi tazminata hükmedilmesi taleplerinde bulunmuş, ayrıca kimliğinin kamuya açık belgelerde gizli tutulmasını talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Gizlilik Talebi Yönünden

50. Başvurucu, hastalığın toplumda yeterince bilinmemesi nedeniyle (HIV) (+) olan kişilerin yaşadığı sıkıntılar gözönüne alınarak kimlik bilgilerinin kamuya açık belgelerde gizli tutulması talebinde bulunmuştur. Başvurucunun ileri sürdüğü gerekçeler amaca uygungörüldüğünden gizlilik talebinin kabulüne karar vermek gerekmiştir.

2. Başvuruda Uygulanacak Normların Belirlenmesi Yönünden

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). Yukarıda yer verilen iddialar bütün olarak gözetildiğinde başvurucunun esasen HIV virüsü taşıması nedeniyle işten ayrılmak zorunda bırakıldığını ve bu durumun eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu ileri sürdüğü görülmektedir.

52. 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'nin ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin 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 (*Onurhan Solmaz,* B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18). Bu nedenle bireysel başvuru kapsamındaki hakların içeriğinin tespit edilmesinde Anayasa ve Sözleşme hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi ve ortak koruma alanının tespit edilmesi gerekir.

53. Anayasa'nın *"Kanun önünde eşitlik"* kenar başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

54. Anılan hükümler gözönünde bulundurulduğunda başvurucunun ayrımcılık yasağı kapsamında incelenmesi gereken iddiasının soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp Anayasa kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Bir başka ifadeyle ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda ayrımcılığa maruz kaldığı sorularına cevap verebilmesi gerekmektedir (*Onurhan Solmaz*, § 33).

55. Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"* kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

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

56. 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. Yetkilimerciin 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. "

57. 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 (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30).

58. Özel hayata 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 (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 32). Özel hayata saygı hakkının kapsamında olan bireylerin kişisel verilerinin korunması hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir.

59. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere kişisel veri -belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla- bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmekte olup ad, soyad, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgilerin değil telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, alışveriş alışkanlıkları, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin kişisel veri kapsamında olduğu belirtilmektedir (AYM,E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014; E.2014/149, K.2014/151,

2/10/2014; E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014; E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015). Dolayısıyla başvurucunun sağlık bilgileri, Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan kişisel veri niteliğindedir.

60. Bunun yanı sıra özel hayata saygı hakkı, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir. Kişilerin mesleki hayatı özel hayatıyla iç içedir, bu yüzden mesleki hayat çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin "özel hayat" kavramı dışında tutulması mümkün değildir. Dolayısıyla özel hayata dair hususlar kişinin mesleği ile ilgili tasarruflara esas alınmışsa özel hayata saygı hakkı gündeme gelecektir (*Bülent Polat* [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, §62; *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, § 31; benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Özpınar/Türkiye*, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

61. Sağlık durumunun maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkını ilgilendirdiğine kuşku yoktur. Bununla birlikte HIV pozitif durumda olan kişiler yönünden bu hastalık sadece bir sağlık sorunu olmayıp sosyal yaşamda ön yargılarla karşılaşmaları, damgalanmaları ve toplumdan dışlanmaları gibi problemlere de yol açarak ilgili kişilerin özel hayatının diğer boyutlarını da etkilemektedir. Söz konusu dışlanma, damgalanma ve ön yargıların özellikle iş hayatında mevcut olması durumunda kişiler üzerindeki etkiler çok daha yıkıcı olabilmektedir. HIV pozitif kişilerin sırf bu nedenle çalışma hayatından uzaklaştırılmaları, bu kişilerin yeniden iş bulmalarını çok zorlaştıracağı gibi oldukça yüksek maliyetli olan ve hayat boyu alınması gereken tedaviye ulaşmalarını zorlaştırarak sağlıkları üzerinde ciddi sorunlar ortaya çıkarabilir. Bunun yanı sıra ücret gelirinden yoksun bırakılarak maddi bağımsızlığı ortadan kaldırılan bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkını tam olarak kullanabildiğinden söz etmek oldukça güçtür.

62. Somut olayda başvurucunun istifa dilekçesi verdiği sabit olmakla birlikteHIV virüsü taşıyıcısı olması ve bu durumun işverence öğrenilmesi üzerine başvurucunun önce ücreti ödenmek suretiyle birkaç ay iş yerinden uzaklaştırıldığı ve daha sonra işten ayrıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim Yargıtay bozma kararının ve bu karara uyarak davayı reddeden İş Mahkemesinin karar gerekçesinde "*Davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu gözönüne alındığında bu hastalığının işçinin çalışmasına engel olmadığı*

keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saiki ile davrandığı anlaşılmaktadır." denilerek başvurucunun çalışmasına son verilmesinin işverence HIV pozitif olması nedenine dayandırıldığı kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin bu kabulünden ayrılmasını gerektiren herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Dolayısıyla somut olayda başvurucunun "sağlık durumu" sebep gösterilerek çalışma hayatını etkileyen bir işleme tabi tutulmuş olması, maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının yanı sıra Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkını da ilgilendirmektedir.

63. Bu çerçevede somut başvuru açısından başvurucunun Anayasa'nın 10. maddesine dayanan ihlal iddiasının -yukarıda yer verilen şikâyetleri dikkate alınarak- Anayasa'da güvence altına alınmış, Sözleşme kapsamında olan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme, özel hayata saygı hakları ile bağlantılı olarak incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

64. Öte yandan başvurucu, yargı makamlarının davanın reddine ilişkin kararlarında dayandıkları gerekçenin yüksek bir masraf gerektiren hastalığının tedavisi açısından yaşam hakkını ve tedaviye ulaşma hakkını ihlal edebilecek mahiyette olduğunu ileri sürmüştür. Ancak başvurucunun HIV virüsü taşıyıcısı olduğuna dair dava dosyasına sunduğu tıbbi raporlarda sağlık durumunun herhangi bir işte çalışmasına engel oluşturmadığı, herhangi bir maluliyeti de bulunmadığı belirtilmektedir. Ayrıca başvurucunun İş Mahkemesinde açtığı davanın konusu da ayrımcılık tazminatı verilmesi istemine ilişkin olup tedavi giderlerinin karşılanmadığı iddiasına dayalı bir dava değildir. Bunun yanı sıra ülkemizde HIV infeksiyonu hastalarının tedavi giderlerinin GGS kapsamında karşılanması mümkün olduğu gibi dosyada başvurucunun bu şekilde sağlık hizmeti almasının engellendiği yönünde bir iddia ve tespit de bulunmamaktadır. Tüm bu sebeplerle söz konusu iddiaların yaşam hakkı kapsamında incelenmesine gerek olmadığı sonucuna varılmıştır. Ancak anılan iddiada sözü edilen yargı makamlarının gerekçelerinin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile özel hayata saygı hakları kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

65. Aynı şekilde başvurucunun, yargılamanın üçüncü kişilere kapalı olarak yürütülmesini talep ettiği; ancak, İş Mahkemesinin herhangi bir gerekçe göstermeksizin bu talebi reddettiği yolundaki iddiasının da

mahremiyet hakkının unsurlarından biri olan bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme ve kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

66. Bunun yanı sıra başvurucunun yargılamanın çok uzun sürdüğüne ilişkin iddiası, adil yargılanma hakkının unsurlarından olan makul sürede yargılanma hakkı kapsamında incelenmiştir.

3. Kabul Edilebilirlik Yönünden

67. Başvuru formu ile eklerinin incelenmesi sonucunda açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeninin de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

4. Esas Yönünden

a. Ayrımcılık Tazminatı Verilmesi Talebiyle Açılan Davanın Reddi Nedeniyle Eşitlik İlkesiyle Birlikte Değerlendirilen Özel Hayata Saygı, Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ile Geliştirilmesi Haklarının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel İlkeler

68. Başvurucu, sağlık durumu nedeniyle iş yerinden uzaklaştırıldığını, daha sonra haksız olarak işten çıkarıldığını ve bu durumun ayrımcı bir muamele teşkil ettiğini ileri sürmüştür.

69. Anayasa'nın 10. maddesindeyer alan "H*erkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*" düzenlemesinde yer verilen "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep" şeklindeki ayrımcılık temellerine -söz konusu unsurların birçok uluslararası düzenlemede de karşılık bulan önemli ayrımcılık temelleri olması nedeniyle- açıkça yer verilmiştir. Bununla birlikte madde metninde yer alan "herkes" ve "benzeri sebepler" ifadeleri ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediğini ortaya koymakta olup madde metninde yer alan temeller örnek niteliğindedir (*Hüseyin Kesici,* B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 56).

70. Anayasa Mahkemesi "benzeri nedenler" ifadesinin yorumu bağlamında "*...Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır.... eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. 'Benzeri sebeplerle' de ayırım yapılamayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılamayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır...*" diyerek ayrımcılık temellerinin maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını açıkça ifade etmiştir (AYM, E.1986/11, K.1986/26, 4/11/1986).

71. Bu kapsamda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı cinsiyet, ırk, dil, din gibi unsurların yanı sıra bireyin özel hayatının bir parçası olan "sağlık durumu" temelinde de ayrımcılığa maruz bırakılmamasını güvence altına almaktadır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kiyutin/Rusya,* B. No: 2700/10, 10/3/2011, §§ 56-57; *I.B./Yunanistan,* B. No: 552/10, 3/10/2013, § 73).

72. AİHM içtihadında ayrımcılık, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamelede bulunulması şeklinde tanımlanmaktadır. AİHM içtihadında, Sözleşme'nin 14. maddesi diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağlamakla birlikte her farklı muamelenin bu maddeye aykırı olmayacağı, eş değer ya da benzer bir konumdaki diğer bireylere imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanmasının gerekli olduğu, bu kapsamda farklı bir muamelenin 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gerektiği, böyle bir nedenin varlığının demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirileceği, bu bağlamda Sözleşme'nin güvenceye aldığı bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşru bir amacı olmasının yanı sıra kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir oransal bağ olmasının da zorunlu olduğu belirtilmiştir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *D.H. ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti* [BD], B. No: 57325/00, 13/11/2007, § 175; *Burden/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 13378/05, 29/4/2008, § 60, *Ünal Tekeli/Türkiye*, B. No: 29865/96, 16/11/2004, §§ 49-53).

73. Benzer durumlar arasındaki farklılıkların hangi hâllerde farklı bir muameleyi gerekli kıldığını belirlemede kamu makamlarının takdir yetkisi bulunmakla birlikte farklı muameleyi haklı gösteren ciddi gerekçelerin ortaya konması gereklidir (Benzer yöndeki AİHM kararı

için bkz. *Ünal Tekeli/Türkiye*, B. No: 29865/96, 22/2/2009, §§ 49-53). Ayrıca ayrımcılığın toplumun özellikle zayıf olan gruplarına uygulanması durumunda, devletin takdir alanı oldukça dar olup farklımuamelenin Anayasa ve Sözleşme'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenlerin sunulması gerekmektedir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Kiyutin/Rusya,* § 63; *I. B./Yunanistan,* B. No: 552/10, 3/10/2013, § 79).

74. AİHM; cinsiyet, cinsel yönelim, ırk ya da etnik köken, zihinsel veya fiziksel engellilik nedeniyle ayrımcılığauğrayanların toplumda zayıf durumda olan gruplardan olduğunu tespit etmiştir (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Abdulaziz, Cabales, Balkandali/Birleşik Krallık,* B. No: 9214/80, 9473/81 9474/81, 28/05/1985, § 78; *Burghartz/İsviçre,* B. No: 16213/90, 22/2/1994, § 27; *Schalk ve Kopf/Avusturya,* B. No: 30141/04,24/6/2010,§ 97; *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, B. No: 33985/96, 33986/96, 27/9/1999, § 90; *Timishev/Rusya*, B. No. 55762/00, 55974/00, 13/12/2005, § 56; *Kiyutin/Rusya,* § 63).

75. Ayrıca AİHM; HIV/AIDS'le yaşayan kişilerin Avrupa Konseyi bölgesinde bilekayda değer derecede, kınanmış ve dışlanmış oldukları, HIV/AIDS teşhisinin neredeyse her zaman ölümcül olduğu ve bulaşma riskiyle ilgili olarak neredeyse hiçbir şey bilinmeyen salgının ilk yıllarında insanların bulaşma endişesiyle hastalığı taşıyan kişilerden korktukları,bu hastalığın, hangi yollarla bulaştığının bilinmemesinin virüs taşıyıcılarının kınanmasına ve marjinalleştirilmesine neden olan ön yargıları beslediği, HIV/AIDS'in bulaşma şekilleri daha iyi anlaşıldığında ise HIV'in kaynağının toplumlar tarafından kınanan eş cinsel ilişkiler, uyuşturucu enjeksiyonu, hayat kadınlığı ve rastgele cinsi münasebet gibi davranışlarda aranması gerektiği ve bunun da bazı sorumsuz bireysel davranışlar ile hastalığın bulaşması arasında yanlış bir bağlantı kurulmasına ve ırkçılık, homofobi ve kadın düşmanlığı gibi diğer kınama şekillerinin daha da artmasına neden olduğu tespitinde bulunmuştur. HIV'in önlenmesi için yakın geçmişteki gelişmelere ve virüsün tedavisine erişim konusundaki gelişmelere rağmen HIV/AIDS'le yaşayan kişilerin damgalanmaları ve ayrımcılığa maruz kalmalarının bu alanda çalışan tüm uluslararası örgütler için hâlen ciddi kaygı verici bir konu olduğu belirtilmiştir. AİHM bu kapsamda, HIV'li kişilerin, uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğunu ve devletlerin bu grubun üyelerinin HIV'li olmalarına dayanan farklı bir muamelede bulunabilmeleri konusunda

takdir yetkilerinin dar olması gerektiğini vurgulamıştır (*Kiyutin/Rusya,* § 64;*I. B./Yunanistan,* § 81).

76. Somut olayda uyuşmazlık, gerçek kişiler arasındaki iş sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkindir. Dolayısıyla kamu makamlarının herhangi bir müdahalesi söz konusu değildir. Bununla birlikte devletin, kişilerin maddi ve manevi varlığını ve özel hayata saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük bireylerin birbirlerine karşı eylemleri bakımından da anılan hakların korunması için gerekli önlemlerin alınmasını da içerir (*Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32; *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36). Bu nedenle başvuru konusu uyuşmazlık devletin pozitif yükümlülüğü çerçevesinde incelenmelidir.

77. Devletin pozitif yükümlülüğü öncelikle kişiler arasındaki ilişkiler yönündenmaddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme ile özel hayata saygı haklarını etkili şekilde güvenceye alan yasal bir altyapının oluşturulmasını gerektirir (*Ömür Kara ve Onursal Özbek,* B. No: 2013/4825 , 24/3/2016, § 46).

78. Bunun yanı sıra kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme ile özel hayata saygı hakları kapsamındaki uyuşmazlıkların yargı makamlarınca anılan temel haklara ilişkin anayasal güvencelerin gözetildiği ve adil yargılanma güvencelerini haiz bir yargılama faaliyeti kapsamında incelenmesi gereklidir. Bu gereklilikler, üçüncü kişilerin bireylerin hak ve özgürlüklerine yaptığı haksız müdahalelere kamu makamları tarafından müsamaha gösterilmemesi zorunluluğundan kaynaklanır. Zira mahkemeler, özel hukuk ilişkisi kapsamındaki uyuşmazlıkları çözümleyerek temel hakka ilişkin güvenceleri korumaktadır. Bu noktada uyuşmazlıkların yargısal makamlar önüne taşınması ve hakkaniyete uygun bir yargılama yapılarak çözümlenmesi devletin pozitif yükümlülüklerinin bir parçasını oluşturur (*Ömür Kara ve Onursal Özbek,* § 47).

79. Kamu makamlarınca gerekli yapısal önlemler alınmış olsa da uyuşmazlık konusu davayı yürüten mahkemelerce verilen kararlarda, üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere korunma imkânı sağlanmadığı durumlarda bu yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmemiş olacaktır. Bu, kamusal makam olan mahkemeler aracılığıyla

bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasız bırakıldığı anlamına gelecektir (*Ömür Kara ve Onursal Özbek,* § 49).

80. Bu doğrultuda özel hukuk iş ilişkisi kapsamında çalışan bireylerin Anayasa ile güvence altına alınan haklarına yönelik müdahale iddiası içeren uyuşmazlıklarının karara bağlandığı davalarda, derece mahkemelerince söz konusu güvenceler göz ardı edilmemeli; işveren ve çalışanlar arasındaki çatışan çıkarlar adil biçimde dengelenmeli; başvurucuların temel haklarına yönelik müdahalenin meşru amaca dayalı ve ölçülü olup olmadığı değerlendirilmeli ve ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır (*Ömür Kara ve Onursal Özbek,* § 50).

ii. Genel İlkelerin Uygulanması

81. Başvurucu; sağlık durumu nedeniyle önce iş yerinden uzaklaştırıldığını ve daha sonra haksız olarak işten çıkarıldığını, bu durumun ayrımcı bir muamele teşkil ettiğini ileri sürerek İş Mahkemesinde ayrımcılık yasağı tazminatı ile manevi tazminata hükmedilmesi istemiyle dava açmıştır.

82. Dolayısıyla başvurucunun açtığı davanın işe iade davası olmadığı vurgulanmalıdır. Başvurucu, ayrımcı muameleye tabi tutularak işten çıkarıldığını belirterek 4857 sayılı Kanun'un *"Eşit davranma ilkesi"* kenar başlıklı 5. maddesinde öngörülen ve yargı kararları ile doktrinde "ayrımcılık yasağı tazminatı" olarak isimlendirilen tazminatın ödenmesi için dava açmıştır.

83. Bilindiği üzere 4857 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ilk fıkrasında dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayrım yasağı getirilmiş; altıncı fıkrasında ise iş ilişkisinde veya iş akdinin sona ermesinde bu madde hükümlerine aykırı davranıldığında işçiye dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminatın (ayrımcılık yasağı tazminatı) yanı sıra yoksun bırakıldığı hakların da verileceği düzenlenmiştir.

84. Somut olayda başvurucuya farklı muamele yapılıp yapılmadığının ortaya konması gerekmektedir. Başvurucunun ayrımcı muamele olarak nitelendirdiği iki eylem söz konusudur. Bunlardan birincisi ücreti verilmesine karşılık çalışmasına izin verilmemesi ve işyerinden

uzaklaştırılması iddiasıdır. İkincisi ise haksız olarak işten çıkarıldığı iddiasıdır.

85. Başvurucu; dava dilekçesinde sağlık durumu nedeniyle işten çıkarıldığını, o andaki zor durumundan yararlanılarak sanki kendi isteğiyle ayrılmış gibi gösterilip bu doğrultuda kendisine birçok belge imzalatıldığını, prim adı altında kendisine ödeme yapıldığını oysa iş yerinde primle çalışma usulünün olmadığını belirtmiş ve işten çıkarılmaya dair ihbar ve kıdem tazminatı konusundaki haklarını saklı tuttuğunu beyan ederek ayrımcılık nedeniyle tazminat verilmesini istemiştir. İş Mahkemesince dava dosyasına sunulan belgelerde başvurucunun istifa dilekçesi vermek suretiyle işinden ayrıldığı belirtilmektedir. Bununla birlikte söz konusu belgelere göre işten ayrıldığı sırada başvurucuya 4.416,75 TL prim ödenmiştir.

86. İş Mahkemesince alınan 15/12/2010 tarihli bilirkişi raporunda; başvurucu istifa dilekçesi vermiş ve ibraname imzalamış olsa dabu belgelere geçerlilik tanınamayacağı zira belge içeriği ile işverenin savunmalarının çeliştiği, başvurucuya prim olarak 4.416,75 TLödendiği belirtilmesine rağmen davalı tanığı tarafından bu ödemenin kıdem tazminatıolduğunun belirtildiği, dolayısıyla iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından sona erdirildiğinin kabulünün gerekeceği beyan edilmiştir.

87. Bunun yanı sıra Derece Mahkemesi kararlarında, başvurucunun HIV virüsü taşıdığının işverence öğrenilmesi üzerine birkaç ay çalıştırılmadan ücretinin ödendiği sabit görülmüş; aynı şekilde işveren tarafından başvurucuya sağlık durumuna uygun bir başka iş verilmediği de belirtilmiştir. Dava dosyasına sunulmuş belgelere ve mahkeme kararlarına göre başvurucuya bu şekilde birkaç ay ücreti ödenmiş ancak başvurucu çalıştırılmamış, sonrasında da kendisi istifa dilekçesi vermiştir.

88. Tüm bu hususlar dikkate alındığında sağlık durumunun işverence öğrenilmesinden sonra başvurucunun önce ücreti ödenmesine karşılık birkaç ay süreyle iş yerinden uzaklaştırıldığı, daha sonra prim adı altında bir miktar para ödenerek istifa dilekçesi vermesinin sağlandığı, sonuç olarak işveren tarafından işyerinden ayrılmaya zorlandığı anlaşılmaktadır.

89. İş Mahkemesinin bozmadan önceki kararında başvurucunun "çalıştırılmaksızın ücretinin ödenmesi", "çalıştırılmaksızın iş yeri dışında tutulması" hususları eşitlik ilkesine aykırı muamele kabul edilmiştir.

Yargıtay bozma kararında ise açık şekilde iş sözleşmesinin işçininistifasıyla sonlandığı tespiti yapılmıştır. İş Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına göre olayda işverenin eylemi, başvurucunun bir süre ücreti ödenmesine rağmen çalıştırılmayarak işyeri dışında tutulmasıdır.

90. Buna göre derece mahkemelerince başvurucunun işten ayrılmaya zorlandığı, bu şekilde aslında işveren tarafından işten çıkarılmış olduğu iddiaları yönünden hiçbir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Bu durumda derece mahkemelerinin kararlarında başvurucunun davasının esasını oluşturan ve davanın sonucu üzerinde etkili olabilecek iddia ve taleplerinin neredeyse hiç ele alınmadığı, dolayısıyla karar gerekçelerinin kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ile özel hayata saygı hakları yönünden ilgili ve yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.

91. Öte yandan Derece Mahkemelerinin, başvurucunun bir süre ücreti ödenmesine rağmen çalıştırılmaması hususunun ayrımcılık oluşturmadığı şeklindeki gerekçelerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

92. İş Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında HIV virüsü taşıyıcısı olduğunun işverence öğrenilmesinden sonra başvurucunun birkaç ay süreyle ücreti ödenmek suretiyle iş yerinden uzaklaştırıldığı sabit görülmüştür. Söz konusu uygulama, İş Mahkemesinin bozmadan önceki kararında farklı bir muamele şeklinde nitelendirilmiştir. Yargıtay kararında ise bu uygulamanın farklı bir uygulama niteliğinde olup olmadığı belirtilmeden işverenin saikine odaklanılmıştır. Yargıtay kararında, işverenin diğer iş yeri çalışanlarını korumak gayesiyle hareket ettiği, dolayısıyla eyleminin ayrımcılık niteliğinde değerlendirilemeyeceğigerekçesine yer verilmiştir. Buna göre Derece Mahkemelerinin işverenin saikine yönelik gerekçelerinin de değerlendirilmesi gerekmektedir.

93. Olayda başvurucunun, iş hukukunda öngörüldüğü şekilde işten çıkarılmasına neden olacak bir eylemde bulunmadıkça yasal olarak çalışmaya devam edebileceği yönünde haklı bir beklentisi olduğunun kabulü gerekir. Ancak başvurucunun HIV pozitif olduğunun işverence öğrenilmesinden sonra birkaç ay süreyle çalıştırılmadığı sabit olup bu şekildefarklı bir muameleye tabi tutulduğu anlaşılmaktadır.

94. Başvurucunun çalıştırılmadığı dönemde ücretinin ve işten ayrıldığı sırada da yasal alacaklarının kendisine ödendiği dikkate alınarak söz konusu farklı muamelenin iş arkadaşlarından hiçbirine yapılmayan, daha

elverişli hatta avantajlı bir muamele olduğu ileri sürülebilirse de öncelikle hayat boyu sürecek tedavisini karşılamak içinsürekli ve düzenligelire ihtiyaç duyan başvurucununbu geliri elde ettiği işini, 4857 sayılı Kanun'da belirtilen hukuki sebeplerle değil HIV pozitif olması nedeniyle kaybettiği hatırlanmalıdır. Dolayısıyla olayda başvurucuya negatif anlamda farklı muamele yapıldığı ortaya çıkmaktadır.

95. Başvuru konusu olay için Yargıtay bozma ilamında ve bozma kararına uyarak davayı reddeden İş Mahkemesi kararında, işverenin diğer iş yeri çalışanlarını korumak gayesiyle hareket ettiği, dolayısıyla eyleminin ayrımcılık niteliğinde değerlendirilemeyeceğigerekçesine yer verilmiştir.

96. Gerçekten kesici aletlerin kullanıldığı, az da olsa iş kazaları ve yaralanmaların meydana gelebildiği işyerinde HIV hastalığının bulaşma riskinin -küçük bir ihtimal de olsa- ciddiye alınması gereken bir risk oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan işverenin şirketindeki diğer çalışanları korumak konusundaendişe duyarak hareket ettiği, bunun da meşru bir amaç olduğu kabul edilmelidir.

97. Olayda, işverenin diğer çalışanlarını korumak ve belirlediği kurallar çerçevesinde iş yerinde huzur ve disiplinin devamından elde edeceği faydalar ile başvurucunun özel hayata saygı, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakları arasında bir çatışma söz konusudur. Bu nedenle yargı makamlarınca işverenin çıkarları ile iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan ve ek olarak HIV pozitif olması nedeniyle de toplumun zayıf grubu içinde bulunan işçinin çıkarlarının korunması noktasında titiz bir şekilde dengeleme yapılmalıdır.

98. İşveren tarafından iş sözleşmesinin işçinin sağlık durumuna bağlı olarak sona erdirilmesinin eşit davranma borcuna aykırılık teşkil edip etmeyeceği -her somut olayın koşullarına göre- işçinin hastalığının mahiyeti, hastalığın işe devam, çalışma koşulları, performans ve verimlilik üzerindeki etkileri, diğer çalışanlar yönünden tehlike arz edip etmediği, bu tehlikenin önüne geçilmesi için alınabilecek önlemler gibi unsurlar yönündendeğerlendirilmelidir.

99. Yargıtay ve İş Mahkemesi kararlarında, hastalığın "bulaşıcı" olması hususuna odaklanılarak bu riskin gerçekleşmemesi için tek çözümün başvurucunun iş yerinden uzaklaştırılması olduğu kabul edilmiştir.

Ancak söz konusu kararlarda işverenin, iş yerinde başvurucunun diğer çalışanlar yönünden risk oluşturmayacak bir başka pozisyonda çalıştırılması imkânları hakkında değerlendirme yapması yükümlülüğü olup olmadığı ele alınmamıştır. Oysa tanık beyanlarına göre gerek iş yeri hekiminin işverene başvurucunun bir başka işte çalıştırılması tavsiyesinde bulunduğu gerekse personel ve mali işler müdürünün dış görev olarak bayi ziyareti işinin verilmesinden söz ettiği, Mahkemece atanan bilirkişinin raporunda da işverenin yapması gerekenin davacı işçinin hastalığı nedeniyle risk taşımayan bir başka işe verilmesi olduğunun belirtildiği görülmektedir. Ancak işveren tarafından işyerinde bu şekilde bir başka görev olup olmadığı, varsa başvurucunun niteliklerinin söz konusu görev bakımından yeterli olup olmadığı gibi hususlarda hiçbir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Ayrıca Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvurucu ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı anlaşılmıştır.

100. Sonuçta ilk olarak başvurucunun haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının Derece Mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkânlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmıştır.

101. Açıklanan nedenlerle başvurucunun, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yer alan maddi ve manevi varlığın korunması ve 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Yargılamanın Üçüncü Kişilere Kapalı Yapılması Talebinin Reddi Nedeniyle Özel Hayata Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

102. Başvurucu, yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin İş Mahkemesince reddedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

103. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da belirtildiği üzere kişisel veri -belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla- bir

kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder (AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014; E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014; E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015). Kişilerin sağlık durumlarına dair bilgiler de kişisel veri niteliğindedir.

104. HIV virüsü taşıyan kişilerin toplumda uzun zamandır birçok ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu dikkate alındığında bu kişilerin tıbbi bilgilerinin gizli tutulması hayati önemdedir. Bu kişilerin sağlık durumları nedeniyle aşağılanmalarının önüne geçmek ve ayrımcılığa uğramadan sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını sağlamak amacıyla tıbbi bilgilerinin gizli tutulması için gerekli önlemler alınmalıdır (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *I/Finlandiya*, B. No: 20511/03, 17/7/2008, § 38 ; *Y/Türkiye* (k.k.), B. No: 648/10, 17/2/2015, § 73).

105. Somut olayda başvurucu, HIV virüsü taşıyıcısı olması nedeniyle davasının kamuoyuna yansıması durumunda bunun çalışma hayatı üzerinde çok olumsuz sonuçlar doğuracağını belirterek yargılamanın üçüncü kişilere kapalı olarak yürütülmesini talep etmiştir. İş Mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği davacı vekilinin gizlilik talebinin reddine karar verilmiştir. Buna göre sağlık durumu nedeniyle yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin yargı makamınca reddedilmesi nedeniyle başvurucunun özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunması hakkına müdahalede bulunulduğu anlaşılmıştır.

106. Söz konusu müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ve somut başvuruya uygun düşen kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma,demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşulları yönünden inceleme yapılması gerekir.

107. 6100 sayılı Kanun'un 28. maddesinde öngörülen durumlarda yargı makamlarının duruşmaları üçüncü kişilere kapalı yapabilecekleri düzenlenmiştir. Dolayısıyla somut olayda müdahalenin yasal bir temeli olduğu anlaşılmaktadır.

108. Yargılamaların aleni yapılması ilkesi adil yargılanma hakkının kapsamında korunmaktadır. Yargılamanın aleniliği ilkesinin amacı, adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin

saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfîliği önlemektir. Bu yönüyle anılan ilke, hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme araçlarından birini oluşturur (*Nevruz Bozkurt*, B. No: 2013/664, 17/9/2013, § 32). Dolayısıyla anılan ilke kamu yararı meşru amacını taşımaktadır.

109. Bununla birlikte somut olayda olduğu gibi özel hayata saygı hakkı bağlamında, özellikle hassasiyet arz eden kişisel verilerin korunmasının gözetilmesi gerekendurumlarda anılan temel hakka yönelik müdahalelerin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için kamu makamlarınca özellikle ciddi gerekçeleringösterilmesi gerekir.

110. Somut olayda, yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebi hakkında İş Mahkemesinin 9/2/2010 tarihli duruşma tutanağında dava dilekçesinin mahiyeti gereği davacı vekilinin gizlilik talebinin reddine karar verildiği belirtilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere HIV infeksiyonu rahatsızlığı olan kişilerin uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu, söz konusu dışlanma, damgalanma ve ön yargıların özellikle iş hayatında mevcut olması durumunda kişiler üzerindeki etkilerinin çok daha yıkıcı olabileceği dikkate alındığında başvurucunun gizlilik talebi, özel hayata saygı hakkına ilişkin makul ve savunulabilir niteliktedir. Yargı mercilerinin tarafların iddia ve taleplerini değerlendirmede takdir yetkileri olduğu açık olmakla birlikte kişilerin mahremiyeti, dolayısıyla özel hayatı üzerinde önemli etkiler doğurabilecek konulara ilişkin taleplerin reddi durumunda bunun gerekçelerinin ayrıntılı şekilde kararda gösterilmesi, hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereğidir.

111. İş Mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği gizlilik talebinin reddedildiği belirtilmekle birlikte söz konusu ifade muğlak olup hangi somut nedenlere bağlı olarak gizlilik kararı verilmediğini açıklamaktan uzaktır. Kararın temyizi aşamasında aynı iddialar ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususlara ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu bağlamda söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir.

112. Açıklanan nedenlerle başvurucunun, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

c. Yargılama Süresinin Makul Olmaması Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

113. Başvurucu, Karşıyaka 2. İş Mahkemesinde açtığı davanın makul sürede sonuçlanmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

114. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılamanın süresi tespit edilirken sürenin başlangıç tarihi olarak davanın ikame edildiği tarih; sürenin sona erdiği tarih olarak -çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde- yargılamanın sona erdiği, yargılaması devam eden davalar yönünden ise Anayasa Mahkemesinin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetle ilgili kararını verdiği tarih esas alınır (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 50, 52).

115. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Güher Ergun ve diğerleri*, §§ 41-45).

116. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında somut olayda 4 yıl 10 aylık yargılama süresinin (davanın açılış tarihi olan 5/11/2009 tarihi ile Yargıtay onama kararının verildiği 24/9/2014 tarihi arasında) makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.

117. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

5. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

118. 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."

119. Başvurucu; yeniden yargılama yapılmasını, dört maaş karşılığı olan 2.260 TL maddi ve 20.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

120. Mevcut başvuruda eşitlik ilkesiyle birlikte incelenen özel hayata saygı ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi haklarının ihlal edildiği tespit edilmiştir.

121. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Karşıyaka 2. İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Başvurucunun maddi tazminat talebi, yenilenecek yargılamanın konusunu oluşturduğundan reddedilmelidir.

122. Ayrıca yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin reddi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği tespit edilmiştir. Başvurucuya yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında takdiren 8.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

123. Başvurucunun açtığı tazminat davası, makul olmayan bir süre olan yaklaşık beş yıllık bir sürede sonuçlandırılmış olup başvurucuya yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında takdiren 4.800 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

124. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. 1. Eşitlik ilkesiyle birlikte incelenen özel hayata saygı ile maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin reddi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

3. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. 1. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin, 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ve 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin reddi nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

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

D. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Karşıyaka 2. İş Mahkemesine (Karşıyaka 2. İş Mahkemesinin 20/3/2014 tarihli ve E.2013/337, K.2014/90 sayılı kararı) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucu tarafından eşitlik ilkesiyle birlikte incelenen özel hayata saygı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının ihlaline ilişkin maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuş olmakla beraber yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın Karşıyaka 2. İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin başvurucunun ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucunun anılan haklara ilişkin tazminat taleplerinin REDDİNE,

F. 1. Yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin reddi nedeniyle başvurucuya takdiren 8.000 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

2. Yargılama faaliyetinin uzunluğu sebebiyle başvurucuya takdiren 4.800 TL manevi TAZMİNAT ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

G. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

H.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,

I. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 1/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

İŞKENCE VE EZİYET YASAĞI
(MD. 17/3)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

A. A. VE A. A. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/3941)

Karar Tarihi: 1/3/2017

GENEL KURUL
KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	:	Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	:	Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		Nuri NECİPOĞLU
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	M. Serhat MAHMUTOĞLU
Başvurucular	:	1. A. A.
		2. A. A.
Vekilleri	:	Av. Uğur YILDIRIM

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular (B. No: 2013/3941, 2013/3942) 4/3/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvurular konu yönünden bağlantılı olmaları nedeniyle birleştirilmiştir.

4. Başvurucular, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesi uyarınca sınır dışı etme işleminin yürütmesinin tedbiren durdurulmasına karar verilmesini talep etmişlerdir.

5. Birinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca tedbir taleplerinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden İçtüzük'ün 73. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

6. Bölüm tarafından 27/3/2015 tarihinde, İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca sınır dışı işleminin tedbiren durdurulmasına karar verilmiştir.

7. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

8. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

9. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuşlardır.

10. Birinci Bölüm tarafından 16/2/2017 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden İçtüzük'ün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca görüşülmek üzere Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

11. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Kurumlardan temin edilen bilgilere göre ilgili olaylar özetle şöyledir:

12. Başvurucular evli olup sırasıyla 1984 ve 1971 doğumlu Irak vatandaşlarıdır.

13. Başvurucular 2005, 2009, 2010 ve 2011 doğumlu dört çocuğuyla 2/3/2014 tarihinde yasal yollardan Türkiye'ye giriş yapmışlardır. Başvurucular, Irak'ın hangi bölgesinden geldikleri konusunda açıklamada bulunmamışlardır.

14. Başvurucular, Türkiye'de kalış vizelerinin süresi dolmadan önce 27/3/2014 tarihinde ikamet tezkeresi başvurusunda bulunmuşlar ve 7/7/2014 tarihi için mülakat randevusu almışlardır.

15. Başvurucular, mülakat için İstanbul Emniyet Müdürlüğüne gittiklerinde çocuklarıyla birlikte idari gözetim altına alınmış ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezine (Kumkapı GGM) gönderilmişlerdir.

16. İstanbul Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğünün 7/7/2014 tarihli kararıyla başvurucuların Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen ülkeye girdikleri gerekçesiyle haklarında sınır dışı kararı verilmiştir.

17. Başvurucular, öncelikle idari gözetim altına alınmalarına dair kararın kaldırılması talebinde bulunmuşlardır. Bu talep, İstanbul 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 25/7/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

18. Başvurucular tarafından bu karara karşı yapılan itiraz, İstanbul 3. Sulh Ceza Hâkimliğinin 7/8/2014 tarihli kararıyla kabul edilmiştir. Hâkimlik, yaşları dört ile dokuz arasında değişen dört çocuğuyla birlikte başvurucuların idari gözetim altında tutulduğu, sığınma taleplerinin bulunduğu ve idari gözetim altına alınmalarını gerektiren somut nedenlerin ortaya konulmadığı gerekçeleriyle idari gözetimin sonlandırılmasına karar vermiştir. Başvurucular aynı gün serbest bırakılmıştır.

19. Daha sonra başvurucular, sınır dışı kararının iptali için 19/8/2014 tarihinde İdare Mahkemesinde ayrı ayrı dava açmışlardır. Başvurucular tamamen aynı içeriğe sahip olan dava dilekçelerinde geçerli pasaport ve vize sahibi olduklarını, süresi içinde ikamet izni için başvuruda

bulunduklarını, herhangi bir suça karışmadıklarını, bulaşıcı ya da ağır hastalık taşımadıklarını, adli sicil kayıtlarının olmadığını belirterek anılan kararın iptalini talep etmişlerdir.

20. Başvurucular dava dilekçelerinde ayrıca Irak yönetimine muhalif olduklarını,ülkede çatışmaların ve DAEŞ terör örgütünün faaliyetlerinin devam ettiğini, sınır dışı edildikleri takdirde öldürüleceklerini ya dakötü muameleye maruz kalacaklarını vurgulamışlardır. Dahası Irak'taki evlerinin terör örgütü tarafından bombalanarak yıkıldığını ifade ederek bazı fotoğraflar sunmuşlardır.

21. İstanbul Valiliği tarafından 30/10/2014 tarihinde İdare Mahkemesine verilen savunmada başvurucuların 2/3/2014 tarihinde Türkiye'ye giriş yaptıkları belirtilmiştir. Valilik tarafından başvurucular hakkında adli işlem yapıldığı gerekçesiyle 25/4/2014 tarihinden itibaren, kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturdukları gerekçesiyle 4/6/2014 tarihinden itibarenyurda giriş yasağı kararı alındığı, bu yasaklara bağlı olarak alınan sınır dışı kararlarının hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. Anılan adli işlemin ne olduğuna dair herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

22. İstanbul 1. İdare Mahkemesi Valiliğin savunma dilekçesinin süresinde sunulmadığına hükmetmiştir.

23. Yargılama aşamasında dosyaya sunulan Millî İstihbarat Teşkilatı (MİT) Müsteşarlığının 24/4/2014 tarihili yazısında *"Terörizmle bağlantılı yabancı ülke vatandaşlarına yönelik çalışmalar çerçevesinde Türkiye üzerinden Suriye'deki çatışma bölgelerine illegal giriş yaptıkları/yapacakları bildirilen şahısların ülkemizde terörist faaliyetlere iştirak etmelerinin önlenmesi çatışma bölgelerine seyahat etmelerinin önlenmesi bağlamında uygun görülen tedbirlerin alınmasında fayda mütalaa edildiği"* belirtilmiştir. Anılan yazıda başvurucuların bu kapsamdaki kişilerden olabileceği bilgisine yer verilmiştir.

24. Valiliğin savunması ve MİT Müsteşarlığının görüşü başvuruculara tebliğ edilmemiştir.

25. İstanbul 1. İdare Mahkemesinin 21/1/2015 tarihli ve K.2015/48, K.2015/49 sayılı kararlarında başvurucuların MİT Müsteşarlığının yukarıda yer verilen yazısı çerçevesinde kamu güvenliği bakımından tehlike oluşturdukları gerekçesiyle sınır dışı edilmelerinde hukuka aykırılık görülmemiş ve davaların kesin olarak reddine karar verilmiştir.

26. Anılan kararlarda başvurucuların sınır dışı edilmeleri hâlinde ülkelerinde öldürüleceklerine ya da kötü muameleye maruz kalacaklarına dair iddiaları bakımından herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

27. Bu kararlar başvuruculara 2/2/2015 tarihinde tebliğ edilmiş olup 4/3/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun "*Kapsam*" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

> *" (1) Bu Kanun, yabancılarla ilgili iş ve işlemleri; sınırlarda, sınır kapılarında ya da Türkiye içinde yabancıların münferit koruma talepleri üzerine sağlanacak uluslararası korumayı, ayrılmaya zorlandıkları ülkeye geri dönemeyen ve kitlesel olarak Türkiye'ye gelen yabancılara acil olarak sağlanacak geçici korumayı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını kapsar.*
>
> *(2) Bu Kanunun uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ile özel kanunlardaki hükümler saklıdır."*

29. 6458 sayılı Kanun'un "*Geri gönderme yasağı*" kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

> *"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."*

30. 6458 sayılı Kanun'un 29/10/2016 tarihli ve 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (676 sayılı KHK) 35. maddesiyle değişik "*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 '54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç' (676 sayılı KHK'nın 35/1. maddesiyle eklenen cümle) yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."

31. 6458 sayılı Kanun'un 676 sayılı KHK'nın 36. maddesiyle değişik "*Sınır dışı etme kararı alınacaklar*" kenar başlıklı 54. maddesi şöyledir:

"(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:

a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler

b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar

c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar

ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar

e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler

f) İkamet izinleri iptal edilenler

g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler

ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler

h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler

ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler

i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar

j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar

k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler

(2) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir. "

32.6458 sayılı Kanun'un "*Sınır dışı etme kararı alınmayacaklar*" kenar başlıklı 55. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(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"

...

33.6458 sayılı Kanun'un "*Sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi*" kenar 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."

34. 22/10/2014 tarihli ve 29153 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 6. maddesi 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."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

35. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Yaşam hakkı*" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"

36. Sözleşme'nin "*İşkence yasağı*" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

37. Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair 28/7/1951 tarihli

Sözleşme'nin (Cenevre Sözleşmesi) 33. maddesi şöyledir (29/8/1961 tarihli ve 359 sayılı Kanun'la onaylanmış, 5/9/1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir):

"1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, 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 ("refouler") 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."

2.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması

38. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) sınır dışı kararının uygulanması hâlinde yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edileceğine ilişkin şikâyetlerle ilgili ilkesel yaklaşımı özetle şöyledir (*Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989; *Saadi/İtalya* [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011; *J.K. ve diğerleri/İsveç* [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016; *Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 28127/09, 3/12/2013; *Mamatkulov ve Aksarov/Türkiye* [BD], B. No: 46827/99, 4/2/2005; *Babajanov/Türkiye*, B. No: 49867/08, 10/5/2016):

"AİHM'e göre yabancıların ülkeye girişleri, ülkede ikamet edişleri ve ülkeden çıkarılmalarına ilişkin konular doğrudan o ülkenin ulusal egemenlik yetkisine ilişkin olup Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bir başka deyişle bu tür konularda alınan kararların medeni hak ve yükümlülüklerle ilgisi bulunmamaktadır.

Bununla birlikte bir yabancının sınır dışı edilmesi hâlinde işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair ciddi emareler bulunması durumunda taraf devletin Sözleşme kapsamında sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Sözleşme, işkence ve kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğünü içermektedir.

AİHM, Sözleşme'nin 2. (yaşam hakkı) ve 3. maddelerinin (işkence ve kötü muamele yasağı) birlikte ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerde işkence ve

kötü muamele yasağının mutlak şekilde yasaklandığı gerçeğinden hareketle başvuruları 3. maddeyle sınırlı olarak incelemektedir. Bu kural geri gönderilen ülkede idam cezası uygulanacağı gibi doğrudan yaşam hakkının konusunu oluşturan şikâyetler bakımından geçerli değildir.

AİHM, işkence ve kötü muamele riski bulunan ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğünün kamu düzeni veya kamu güvenliği bakımından risk oluşturanlar bakımından da geçerli olduğununun ve hatta uluslararası terörizm tehlikesinin bulunduğu hâllerde bile bu yükümlülüğe bir istisna getirilemeyeceğinin altını çizmektedir.

AİHM, geri gönderilen ülkede işkence ve kötü muamele riskinin varlığını haklı gösteren önemli gerekçelerin bulunması hâlinde bu iddiaların kapsamlı ve titiz (etkili) bir şekilde incelenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.

AİHM, söz konusu incelemenin etkililiğinden bahsedebilmek için sınır dışı kararı uygulanmadan önce ilgili kişiye bağımsız bir mercie başvuruda bulunma imkânı sunulması ve inceleme sonuçlanıncaya kadar sınır dışı kararının uygulamasının kendiliğinden (otomatik olarak) durdurulmasının önemine vurgu yapmaktadır.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline karar verilebilmesi için işkence ve kötü muamele iddiasının bir olasılığın ötesinde gerçek bir risk düzeyine ulaşması gerekmektedir. Söz konusu riskin ciddiliği incelenirken geri gönderilecek ülkeyle ilgili koşullar taraf devletçe resen araştırılmalıdır. Bu araştırma yapılırken bağımsız insan hakları örgütlerinin ve hükûmetlerin hazırladığı ülke raporlarından yararlanılması mümkündür.

AİHM'e göre başvurucuların kişisel durumlarına ve geri gönderilecekleri ülkede karşılaşacakları risklere ilişkin iddialarını ayrıntılı şekilde açıklama ve (varsa) iddialarını destekleyen belgeleri sunma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bir başka deyişle başvurucuların kişisel durumlarına ilişkin iddialarını ispat külfeti kendilerine aittir."

3. Irak'ın Genel Güvenlik Durumuna İlişkin Bilgiler

39. Uluslararası Af Örgütünün 14/7/2014 tarihli ve "*Kuzey Irak: Siviller Ateş Hattında*" başlıklı raporu özetle şöyledir:

"Musul ve etrafındaki yerleşim birimlerinin Haziran başlarında ISIS [DAEŞ] tarafından ele geçirilmesiyle bölgede mezhepler arası gerginlik had

seviyeye çıkmış ve mezhepsel saldırıların yaydığı korku kitlesel yer değiştirmeye neden olmuştur. Musul, Tal-Afar ve civar bölgede Sünni olmayan nüfusun neredeyse tamamı öldürme, kaçırma, tehdit eylemleri veya evlere ve ibadet yerlerine gerçekleştirilen saldırılardan dolayı bölgeyi terk etmiştir.

DAEŞ tarafından öldürülen veya kaçırılanların gerçek sayısını ortaya koymak mümkün değildir. Bugüne kadar DAEŞ bölgede kitlesel katliam gerçekleştirmekten ziyade Irak nüfusunun çoğunluğunu oluşturan ancak bölgede azınlık olan Şii Müslümanları hedef almıştır. Bunun neticesinde, Şii Müslümanların yanı sıra Hristiyan ve Yezidiler gibi diğer azınlıklardan olanlar da toplu olarak katledilmiştir. Bunun yanında, DAEŞ'a muhalif olan, bölgede devlet ya da güvenlik görevlisi olan ya da daha önce Amerikan güçleriyle çalışmış olan Sünni Müslümanlar ya da yakınları da DAEŞ tarafından hedef alındığından dolayı bölgeyi terk etmek zorunda kalmışlardır.

DAEŞ, daha önce güvenlik görevlisi olan ya da hükümet için çalışmış olanları pişmanlık duyduklarını açıklamaya çağırmış ve bunlara zarar verilmeyeceğini vaat etmiştir. Bu kişilerin kamuya açık bir şekilde pişmanlıklarını ve DAEŞ'a bağlılıklarını ilan etmeleri gerekmektedir. Bölgede yaşayanların çoğu DAEŞ'in çağrısına uyarak aleni bir şekilde pişmanlıklarını dile getirmişlerdir. Ancak bu kişilerin kimlik ve adres bilgileri DAEŞ tarafından toplandığından, bunların ileride DAEŞ tarafından hedef alınmaları riski her zaman mevcuttur.

Ayrıca, Musul, Tel-Afar ve Baquba şehirlerinde Irak güvenlik güçleri ve Şii milislerin elinde bulunan tutsakların da yargısız bir şekilde infaz edildiğine dair inandırıcı bilgiler gelmektedir. Irak hükümet güçleri tarafından DAEŞ'a karşı yapılan hava saldırılarında da onlarca sivil ölmüş veya yaralanmıştır.

Bu rapor, Kuzey Irak'ta iki hafta süren bir araştırma ziyareti sonunda hazırlanmıştır. Bu süreçte Musul, Kerkük, Dohuk, Erbil, civardaki yerleşim birimleri ve köyler, yerlerinden olan insanların barındırıldıldığı Khazar/Galak ve Garmawa kampları ziyaret edilmiş; DAEŞ ve hükümet saldırılarından kurtulan ve mağdur olanlar, bölgedeki çatışmalardan dolayı yaşadıkları yerleri terk edenler, bölgedeki azınlık grupların temsilcileri ve üyeleri, din adamları, yerel sivil toplum kuruluşları, yerlerinden edilenlere yardım eden uluslararası kuruluşlar ve Peşmerge milislerle görüşmeler yapılmıştır."

40. İnsan Hakları İzleme Örgütünün 29/1/2015 tarihli Dünya Raporu'nun Irak'la ilgili kısmı özetle şöyledir:

"Irak'ta Sünni isyancılar ve hükümet arasında çatışmaların yoğunlaştığı dönemde, Asai'b, Kita'ib Hezbollah ve Badr Birliği milis gruplarından oluşan güvenlik güçleri Bagdad, Diyala ve Hilla şehirlerinde Sünni sivilleri öldürmüş ve kaçırmışlardır.

Irak hükümeti ve hastahane kaynakları ile tanıkların verdiği bilgilere göre, hükümet yanlısı milisler Bağdat ve çevresinde 1-9 Haziran 2014 arasında 61, Mart ve Nisan'da 48 Sünni erkeği öldürmüşlerdir. Bu bölgede bulunan beş yerleşim biriminin sakinleri, güvenlik güçleriyle hükümet yanlısı milislerin köylerine saldırdığını, insanları evlerinde öldüklerini ya da kaçırdıklarını, evleri, hayvanları ve ürünleri ateşe verdiklerini ifade etmişlerdir.

Doğu Diyala bölgesinde bulunan bir Sünni camisine Haziran'da yapılan saldırıdan kurtulan bir tanık Asai'b Ahl al-Haqq milislerinin Cuma namazı sırasında camiye girdiklerini, imamı vurarak öldürdüklerini, camideki diğer insanlara rastgele ateş açtıklarını ve 70 kişiyi öldürdüklerini söylemiştir."

41. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Kurulu (BMMYK) tarafından 2014 yılı Ekim ayında Irak'a ilişkin yapılan açıklamaözetle şöyledir:

"BMMYK'nın 2012 tarihli Irak Raporu yayımlandığından beri Irak'ta yeni gelişimler ortaya çıkmış; hükümet güçleri ve Peşmerge ile DAEŞ ve bağlantılı örgütler arasında meydana gelen çatışmalar nedeniyle şiddet olayları ciddi bir şekilde tırmanmıştır. Bu şiddet olayları, intihar saldırıları, hava saldırıları ve infazlar nedeniyle her gün çok sayıda sivil ölmekte ya da yaralanmaktadır. DAEŞ'in ilerlemesiyle, Irak hükümeti Al-Anbar, Ninewa, Salah Al-Din, Kerkük ve Diyala'yı da içeren büyük bir bölgede kontrolü kaybetmiştir.

ISF ve Peşmerge özellikle de Kürt bölgesine yakın kesimlerdeki bazı yerleşim yerlerini geri almışlarsa da bölgedeki sınırlar büyük ölçüde belirsizdir. 2014'de Al-Anbar'da yeniden alevlenen ve çevreye yayılan çatışmalar neticesinde meydana gelen ölüm ve yaralanma olayları mezhep çatışmalarının başladığı 2006-2007 yıllarından bugüne en yüksek seviyeye ulaşmıştır.

Irak'taki durum çok belirsiz ve kırılgan olduğundan ve ülkenin bütünü devam eden çatışmalardan doğrudan ya dolaylı olarak etkilendiğinden, BMMYK ülkede güvenlik ve insan hakları açısından gözle görülür iyileşmeler olmadan Iraklıların zorla ülkelerine geri gönderilmemesini şiddetle tavsiye etmektedir. Bugünkü şartlar altında, Irak'tan kaçan birçok kişinin 1951 Sözleşmesi mülteci kriterlerini karşılaması kuvvetle muhtemeldir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

42. Mahkemenin 1/3/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

43. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimlerini önemli ölçüde güçleştirmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurucuların açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım taleplerinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

44. Başvurucular; dört çocuğuyla birlikte 2/3/2014 tarihinde yasal yollardan Türkiye'ye girdiklerini, giriş yaptıktan sonraki bir tarihte haklarında ülkeye giriş yasağı konulduğunu, süresi içinde ikamet tezkeresi talebinde bulunmalarına rağmen sınır dışı edilmelerine karar verildiğini, sınır dışı edilme gerekçeleri ve idarenin savunmasının yargılama aşamasında kendilerine tebliğ edilmediğini iddia etmişlerdir.

45. Başvurucular ülkeleri Irak'ta devam eden iç karışıklık ve çatışma ortamından kaçarak Türkiye'ye geldiklerini, DAEŞ terör örgütünün evlerini bombaladığını, ülkelerinde can güvenliklerinin olmadığını, sınır dışı edilmeleri hâlinde yaşamlarının tehlikeye düşeceğini ve kötü muameleye maruz kalacaklarını ileri sürmüş; adli yardım, kamuya açık belgelerde kimliklerinin gizli tutulması, maddi ve manevi tazminat taleplerinde bulunmuşlardır.

46. Bakanlık görüşünde; yetkili makamların ve İdare Mahkemesinin başvurucuların sınır dışı edilmelerini yalnızca ülkemizde terörist faaliyetlere katılmalarına dayandırdığı, sınır dışı edilmeleri hâlinde öldürülme risklerinin değerlendirilmediği belirtilmiştir.

47.Bakanlık, AİHM içtihatları ve ulusal mevzuat hükümleri ışığında başvurucuların hukuki durumlarının derinlemesine değerlendirilip değerlendirilmediği hususundaki takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğunun altını çizmiştir.

48. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında önceki açıklamalarını tekrar etmişlerdir.

2. Değerlendirme

49. Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* başlıklı 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

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

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz."

50.Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması"* kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

51. Anayasa'nın *"Devletin temel amaç ve görevleri"* kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; 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."

52. 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). Başvurucuların sınır dışı edilmeleri hâlinde öldürülebileceklerine ya da kötü muameleye maruz kalabileceklerine ilişkin iddiaları,kötü muamele yasağı kapsamında incelenmiş olup yaşam hakkı bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

53. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

54. Anayasa'da yabancıların ülkeye girişleri, ülkede ikamet edişleri ve ülkeden çıkarılmalarına ilişkin konularda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Uluslararası hukukta da kabul edildiği üzere bu husus devletin egemenlik yetkisi kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla devletin yabancıları ülkeye kabul etmekte veya sınır dışı etmekte takdir yetkisinin bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak anılan işlemlerin Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturması hâlinde bireysel başvuruya konu edilebilmesi mümkündür.

55. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yaşama hakkının yanında maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı da güvence altına alınmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise kimseye "işkence ve eziyet" yapılamayacağı, kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Maddenin sistematiğinden de anlaşılacağı üzere birinci fıkrada genel olarak güvence altınan alınan bireyin maddi ve manevi varlığı, üçüncü fıkrada kötü muamelelere karşı özel olarak korunmuştur.

56. Anılan maddede, devlete getirilen kötü muamelede bulunmama (negatif) yükümlülüğünün herhangi bir istisnasına yer verilmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya

olağanüstü hâllerde kullanılmasının durdurulmasına imkân veren Anayasa'nın 15. maddesinde de maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. Bu durum, kötü muamele yasağının mutlak nitelikte olduğunun açık göstergesidir.

57. Ancak bu yasakla korunan hakların gerçek anlamda güvence altına alındığından bahsedebilmek için devletin kötü muamelede bulunmaması yeterli değildir. Devletin aynı zamanda bireyleri kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması gerekir.

58. Nitekim Anayasa'nın 5. maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 17. ve 5. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde devletin bireyi işkence ve kötü muamele yasağına karşı koruma (pozitif) yükümlülüğünün de bulunduğu anlaşılmaktadır.

59. Anayasa'nın 17., 5. ve 16. maddeleri, uluslararası hukuk ve özellikle de Türkiye'nin taraf olduğu Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ile yorumlandığında devletin egemenlik yetkisi alanında olup gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların da maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmalarının devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığının kabulü gerekir.

60. Anılan pozitif yükümlülük kapsamında sınır dışı edilecek kişiye ülkesinde karşılaşabileceği risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için bu kişiye sınır dışı kararına karşı etkili bir "karşı çıkma imkânı" tanınması gerekir. Aksi hâlde sınır dışı edildiğinde kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu iddia eden ve bu iddiasını delillendirme konusunda devlete göre daha kısıtlı imkânlara sahip olan yabancıya gerçek anlamda bir koruma sağlanabildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır.

61. Dolayısıyla kötü muameleye karşı koruma pozitif yükümlülüğünün -anılan yasağın koruduğu hakların doğası gereği- hakkında sınır dışı kararı verilen bir yabancıya "iddialarını araştırtma" ve bu kararı "adil bir şekilde inceletme" imkânı sağlayan usul güvencelerini de içerdiği kuşkusuzdur.

62. Bu çerçevede sınır dışı etme işlemi sonucunda yabancının gönderileceği ülkede kötü muamele yasağının ihlal edileceğinin iddia edilmesi hâlinde idari ve yargısal makamlar tarafından söz konusu ülkede gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığı ayrıntılı şekilde araştırılmalıdır. Anılan usul güvencelerinin bir gereği olarak idari makamlar tarafından alınan sınır dışı kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanması gerekir.

63. Kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü her sınır dışı işleminde yukarıda belirtilen şekilde bir araştırma yapılmasını gerektirmez. Bu yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi için öncelikli olarak başvurucu tarafından savunulabilir (araştırılabilir/tartışılabilir /araştırmaya değer/ makul şüphe uyandıran) bir iddia ortaya konmalıdır. Bu doğrultuda başvurucu geri gönderileceği ülkede var olduğunu iddia ettiği kötü muamele riskinin ne olduğunu makul şekilde açıklamalı, (varsa) bu iddiayı destekleyen bilgi ve belgeleri sunmalı ve bu iddialar belirli bir ciddilik seviyesinde olmalıdır. Ancak savunulabilir iddianın ortaya konulması somut olayın özelliğine göre farklılık gösterebileceğinden her olayda ayrıcadeğerlendirme yapılmalıdır.

64. Bir iddianın savunulabilir olduğunun kabul edilmesi başvurunun mutlaka ihlalle sonuçlanacağı anlamına gelmemektedir. Bu kabul, başvurucunun iddialarının araştırmaya değer nitelikte olduğunun tespitinden ibarettir. Başvurucunun geri gönderileceği ülkenin koşulları veya kişisel durumu nedeniyle karşılaşabileceği risklere ilişkin iddialarının gerçekliği ve yaptığı açıklamaların makul olup olmadığı titiz bir şekilde araştırılmalıdır. İddianın doğruluğu ve/veya riskin varlığı araştırılırken ulusal veya uluslararası kurum ve kuruluşların düzenledikleri raporlardan ya da somut olay hakkında bilgi edinilmesini sağlayacak başka kaynaklardan yararlanılması mümkündür.

65. Sınır dışı etme kararının uygulanması hâlinde kötü muamele yasağının ihlal edilebileceğine karar verebilmek için geri gönderilen ülkedeki riskin varlığınının bir olasılığın ötesinde "gerçek bir risk" seviyesinde olduğunun ispatlanması gerekir. Bu konudaki ispat külfeti iddianın niteliğine göre kamu makamlarına ve/veya başvurucuya ait olabilir. İspat yükümlülüğüne ilişkin olarak aşağıda yer verilen

değerlendirme ölçütleri bir iddianın savunulabilir olup olmadığını değerlendirirken de dikkate alınmalıdır.

66. İlk olarak başvurucu, geri gönderileceği ülkede uzun süredir devam eden genel siyasi istikrarsızlık ya da ülkenin tamamına yayılmış iç karışıklık nedeniyle kötü muameleye maruz kalacağını ileri sürebilir. Bu durumda anılan ülkenin genel koşullarının objektif olarak kötü muamele yasağına aykırılık oluşturmayacağı idari ve yargısal makamlar tarafından ortaya konulmalıdır.

67. İkincisi, geri gönderilecek ülkenin kamu makamlarının; etnik kökenleri, dinî inançları, siyasi görüşleri ya da belirli bir gruba mensubiyetleri gibi nedenlerle kişilere sistematik olarak kötü muamelede bulundukları iddia edilebilir. Böyle bir durumda kamu makamları tarafından, belirtilen özelliklerdeki kişi veya grupların ülkelerinde kötü muameleye uğrayıp uğramadıkları araştırılmalıdır. Buna karşılık başvurucunun da risk altında olduğu iddia edilen gruplara aidiyetini veya mensubiyetini ispatlaması gerekir.

68. Üçüncüsü, geri gönderilecek ülkede var olduğu iddia edilen risk başvurucunun herhangi bir gruba mensubiyetinden ya da aidiyetinden bağımsız olarak doğrudan kişisel durumundan kaynaklanabilir. Bu durumda başvurucu geri gönderileceği ülkede hangi nedenle kötü muameleye maruz kalacağını açıklamalı ve bu iddiasını ispata yarayacak olguları açıkça belirtmelidir.

69. Son olarak geri gönderilecek ülkedeki riskin kamu görevlisi olmayan kişi veya gruplardan kaynaklandığı ileri sürülebilir. Böyle bir durumda ise hem riskin gerçekliğinin hem de söz konusu ülkenin kamu makamlarının bu riski ortadan kaldırmak konusunda yeterli korumayı sağlamakta yetersiz kalacaklarının başvurucu tarafından kanıtlanması gerekir.

70. Gerçek riskin varlığına ilişkin maddi olguların bulunup bulunmadığı araştırılırken kural olarak sınır dışı kararının verildiği tarihteki koşullar dikkate alınmalıdır. Ancak yapılacak değerlendirmenin sonucunu doğrudan etkileyecek önemli gelişmeler olması hâlinde yeni durum da gözönünde tutulmalıdır.

71. Bu çerçevede yapılan bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesinin öncelikli rolü, geri gönderilen ülkede kötü muamele riskinin varlığına

ilişkin savunulabilir bir iddianın bulunduğu durumlarda idari ve yargısal makamlar tarafından anılan yasak kapsamındaki usul güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığını denetlemekten ibarettir. Anayasa Mahkemesi, usul güvencelerinin sağlanmadığını değerlendirdiğinde ikincillik ilkesi gereği kural olarak yeniden yargılama yapılması amacıyla ihlal kararı verir. Usul güvencelerinin sağlandığı durumlarda ise geri gönderilen ülkede gerçek bir kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilir.

72. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, somut olayın özel koşulları altında gerekli gördüğü hâllerde geri gönderilen ülkede gerçek bir kötü muamele riski bulunup bulunmadığını istisnai olarak ilk elden kendisi de inceleyebilir. Böyle bir durumda Mahkeme, sınır dışı işleminin gerçekleşmesi hâlinde kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilip edilmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapabilir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

73. Başvuru konusu olayda kamu güvenliği açısından tehdit oluşturdukları gerekçesiyle başvurucuların sınır dışı edilmelerine karar verilmiştir.

74. Başvurucular ise ülkelerindeki çatışma ortamı ve DAEŞ terör örgütünün eylemleri nedeniyle çocuklarıyla birlikte ülkelerinden ayrılmak zorunda kaldıklarını, terör örgütü tarafından evlerinin bombalandığını, geri gönderilmeleri hâlinde öldürülebileceklerini veya kötü muameleye maruz kalabileceklerini ileri sürmüşlerdir.

75. DAEŞ'in tüm dünyanın gözü önünde gerçekleştirdiği terör eylemleri ve ülkelerindeki çatışma ortamı nedenleriyle milyonlarca Suriye ve Irak vatandaşı ülkelerini terk etmek zorunda kalmıştır. Ülkemizde bulunan ve büyük çoğunluğunu Suriye vatandaşlarının oluşturduğu üç milyonun üzerinde sığınmacının yaklaşık iki yüz bininin Irak vatandaşı olduğu ifade edilmektedir. Nitekim Irak'taki göç dalgasının başladığı tarih ile başvurucuların Türkiye'ye giriş yaptığı tarihin de birbirine yakın olduğu görülmektedir.

76. Dolayısıyla başvurucuların DAEŞ terör örgütü tarafından evlerinin bombalandığına ve geri gönderilmeleri hâlinde maddi ve manevi varlıklarının tehlikeye düşeceğine ilişkin iddialarının temelsiz

olmadığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak terör örgütünden kaçıldığına ilişkin her iddianın yalnız başına savunulabilir nitelikte olduğunun kabulü mümkün değildir. Başvurucuların kişisel durumlarına ilişkin mevcut ve muhtemel riskleri makul şekilde açıklamaları, varsa bu konudaki bilgi ve belgeleri sunmaları gerekmektedir.

77. Başvuru konusu olayda sınır dışı etme kararının uygulanması hâlinde gerçekleşebilecek ihlalin kaynağı DAEŞ terör örgütünün Irak'taki faaliyetleri olarak gösterilmektedir. Dolayısıyla geri gönderilecek ülkedeki risk kamu görevlisi olmayan kişi veya gruplardan kaynaklanmaktadır. Bu durumda başvurucuların öncelikle bu riskin gerçekliğini, sonrasında ise Irak kamu makamlarının kendilerini bu riske karşı korumakta yetersiz kalacağını ispatlaması gerekir (bkz. § 70).

78. Başvurucular, DAEŞ terör örgütünün evlerini bombaladığını belirterek bazı fotoğraflar sunmuşlardır. İdare Mahkemesinde görülen davada kötü muamele yasağı kapsamında sağlanması gereken usul güvencelerinin bir kısmının sağlanmadığı görülmekle birlikte (araştırma yükümlülüğü, yargılama sürecine etkili katılım) başvurucuların gerek yargılama sürecinde gerekse bireysel başvuruda söz konusu fotoğrafların kendi evlerine ait olduğunu ispata yarayacak bir açıklamada bulunmadıkları anlaşılmaktadır. Daha da önemlisi başvurucuların yerleşim yerlerine ve hatta Irak'ın hangi bölgesinden geldiklerine ilişkin bilgi vermekten kaçınmaları, iddialarının doğruluğu yönünde bir kanaat oluşmasını zorlaştırmaktadır.

79. Öte yandan Irak'ın genel güvenlik durumuna ilişkin İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Af Örgütü ve BMMYK'nın yukarıda özetlerine yer verilen raporları incelendiğinde (bkz. §§ 39-41) -başvurucuların belirttiği gibi- DAEŞ terör örgütünün Irak'ta ağır insan hakları ihlallerine sebebiyet verdiği ve büyük bir göç dalgası oluşturduğu görülmektedir. Ancak aynı raporlardan anılan terör örgütünün Irak'ın tamamında değil sadece belirli bölgelerinde etkili olduğu hususu da çok net bir şekilde anlaşılmaktadır. Yine söz konusu raporlarda Irak yönetiminin kontrolü altındaki bölgelerde vatandaşlarının güvenliğini sağlamakta yetersiz kaldığına dair bir değerlendirmeye de yer verilmemiştir.

80. Başvuru formunda ayrıca başvurucuların "Irak yönetimiyle uyuşmadıkları" şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Ancak Irak

yönetiminin mahiyeti bilinmeyen uyuşmazlık nedeniyle başvuruculara kötü muamelede bulunduğuna ya da bulunacağına dair bir iddia söz konusu olmadığı için bu hususta ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

81. Dolayısıyla başvurucular tarafından sunulan bilgi ve belgeler ile Anayasa Mahkemesi tarafından resen araştırılarak elde edilen bilgiler birlikte değerlendirildiğindeIrak'ın hangi bölgesinden oldukları bilinmeyen ve geri gönderilmeleri hâlinde Irak yönetiminin kendilerini korumakta yetersiz kalacağı yönünde bir açıklamada bulunmayan başvurucuların sınır dışı edilmeleri hâlinde ülkelerinde kötü muameleye maruz kalabileceklerine ilişkin iddialarının savunulabilir nitelikte olmadığı anlaşılmıştır.

82. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Bu görüşe Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ katılmamışlardır.

M. Emin KUZ bu görüşe ek gerekçe ile katılmıştır.

C. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

83. Başvurucular 7/7/2014 ile 7/8/2014 tarihleri arasında Kumkapı GGM'de idari gözetim altında tutulmuş olmaları nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

84. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 47. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 64. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca başvuru yollarının tüketildiği, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir.

85. Somut olayda, idari gözetim kararının kaldırılarak başvurucuların serbest bırakıldığı 7/8/2014 tarihinden itibaren otuz günlük başvuru süresi geçtikten sonra 2/3/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşılmıştır.

86. Açıklanan gerekçelerle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasının *süre aşımı* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE OYBİRLİĞİYLE,

B. Başvurucuların kamuya açık belgelerde kimliklerinin gizli tutulması taleplerinin KABULÜNE OYBİRLİĞİYLE,

C. 1. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *süre aşımı* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

D. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının İHLAL EDİLMEDİĞİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

E. Tedbir kararının SONLANDIRILMASINA, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

F. Adli yardım talebinin kabulüyle geçici muafiyet sağlanan yargılama giderlerinin tahsilinin, başvurucuların mağduriyetine neden olacağı anlaşıldığından 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMALARINA,

G. Kararın bir örneğinin İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne GÖNDERİLMESİNE,

H.Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 1/3/2017tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucular, öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etme kararı verilmesinin kötü muamele yasağını ihlal ettiğini ileri sürmüş, Mahkememiz çoğunluğu sınır dışı etme işleminde hak ihlali olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

2. Kararda da belirtildiği üzere, Irak vatandaşı olan başvurucular, dört çocuklarıyla birlikte 2/3/2014 tarihinde yasal yollardan Türkiye'ye giriş yapmışlardır.İstanbul Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü 7/7/2014 tarihinde başvurucuların haklarında giriş yasağı olmasına rağmen ülkeye girdikleri gerekçesiyle sınır dışı kararı almıştır (§§ 12-16).

3. Başvurucuların sınır dışı kararının iptali için açtıkları davalar,İstanbul 1. İdare Mahkemesi tarafından başvurucuların kamu güvenliği bakımından tehlike oluşturdukları gerekçesiyle reddedilmiştir (§§ 23-25).

4. Mahkememiz kararının bizim de katıldığımız"Genel ilkeler" kısmında ifade edildiği üzere, kötü muamele yasağı kapsamında devletin pozitif yükümlülüğü hakkında sınır dışı kararı verilen kişilerin gönderildikleri ülkede yaşam haklarının ya da kötü muamele yasağının ihlal edilme riskinin bulunup bulunmadığının ayrıntılı şekilde incelenmesini gerektirmektedir. Hiç şüphesiz bu yükümlülük, başvurucuların söz konusu riske dair savunulabilir bir iddia ortaya koymalarıyla doğmaktadır. Başka bir ifadeyle, haklarında sınır dışı kararı verilen kişiler gönderilecekleri ülkede kötü muamele görebileceklerine dair araştırılabilir, tartışılabilir, araştırmaya değer ve makul şüphe uyandıran bir iddia ortaya koymak zorundadırlar (§§ 62-63).

5. Kuşkusuz, bir başvuruda savunulabilir bir iddianın bulunması başvurunun mutlaka ihlalle sonuçlanacağı anlamına gelmez. Başvurucunun iddialarının savunulabilir bulunması, ortada araştırmaya değer bir hususun olduğunu gösterir. Geri gönderilen ülkede yaşam hakkına ve vücut bütünlüğüne yönelik gerçek bir riskin bulunmadığı anlaşıldığında sınır dışı işleminin bir ihlal teşkil etmediğine karar verilebilecektir.

6. Somut başvuruda başvurucuların iddialarının savunulabilir olduğu açıktır. Başvurucular, Irak'taki çatışma ortamı ve DAEŞ terör örgütünün faaliyetleri nedeniyle çocuklarıyla birlikte ülkelerinden ayrılmak zorunda

kaldıklarını, geri gönderildiklerinde öldürülebileceklerini veya kötü muameleye maruz kalabileceklerini iddia etmişlerdir. Bu iddialarını temellendirebilmek için de DAEŞ tarafından yakıldığını ileri sürdükleri evlerinin fotoğraflarını sunmuşlardır.

7. Başvurucuların Türkiye'ye giriş yaptıkları tarihin DAEŞ teröründen yoğun kaçış dalgasının yaşandığı döneme yakın olduğu görülmektedir. Uluslararası kuruluşların o döneme ilişkin raporları da başvurucuların iddialarının savunulabilir olduğunu göstermektedir. Sözgelimi Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Kurulu (BMMYK), 2014 yılının Ekim ayında yaptığı açıklamada Irak'taki şiddet olaylarının ciddi şekilde tırmandığına, ülkenin tamamının devam eden çatışmalardan etkilendiğine dikkat çekmiştir. BMMYK bu açıklamasında "ülkede güvenlik ve insan hakları açısından gözle görülür iyileşmeler olmadan Iraklıların zorla ülkelerine geri gönderilmemesini şiddetle tavsiye etmektedir" (§ 41).

8. Başvurucuların sundukları bilgi ve belgeler ile Irak'taki duruma ilişkin uluslararası kuruluşların raporları birlikte dikkate alındığında başvurucuların savunulabilir, tartışılabilir ve en önemlisi tartışılmaya değer makul iddialarının bulunduğu anlaşılmaktadır.

9. Belirtmek gerekir ki, Mahkememiz somut başvurunun kabul edilebilir olduğuna oybirliğiyle karar vermiştir. Esasen "savunulabilir iddia" meselesinin kabul edilebilirlik aşamasında değerlendirilmesi, savunulabilir bulunmayan bir iddiaya dayanan bir bireysel başvurunun kabul edilebilirlik aşamasında açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle reddedilmesi gerekir. Esas değerlendirme bir başvuruda sınır dışı edilen kişilerin gönderildikleri ülkede gerçekten kötü muameleye maruz kalma riski olup olmadığına dair incelemenin yetkili idari ve yargısal merciler tarafından yerine getirilip getirilmediğine odaklanmalıdır.

10. Savunulabilir iddia konusunun tedbir kararlarıyla da doğrudan ilgili olduğu açıktır. Esasen tedbir kararları, başvurucunun sunduğu bilgi ve belgeler ışığında sınır dışı kararının uygulanması durumunda kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığı değerlendirmesine dayanmaktadır. Nitekim başvurucunun yaşam hakkına ya da bireyin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik gerçek ve ciddi bir risk doğacaksa tedbir kararı alınabilmektedir (B.No: 2013/9673, 30/12/2013, § 25).

11. Bu bağlamda hakkında sınır dışı kararı verilen bir başvurucunun ülkesine gönderildiğinde öldürülebileceğine veya kötü muamele göreceğine dair iddiasının savunulabilir, ciddi bir iddia olarak görülmesi ve ileri sürülen riskin gerçek ve ciddi bulunması durumunda tedbire karar verilebilmektedir. Bu da herşeyden önce başvurucunun iddialarının savunulabilir olup olmadığının belirlenmesini gerektirmektedir. Bu anlamda savunulabilir bulunmayan bir iddiayı içeren başvuruda tedbir kararı vermek de mümkün olmamalıdır.

12. Halbuki somut başvuruda başvurucuların tedbir talepleri Birinci Bölümün 27/3/2015 tarihinde oybirliğiyle aldığı kararla kabul edilmiştir. Bölüm, "Türkiye'ye giriş yaptıkları tarihte haklarında alınmış yurda giriş yasağı tahdit kararı bulunmayan başvurucuların Irak'a sınır dışı edilmesi halinde menşe ülkedeki çatışma ortamı nedeniyle yaşamlarına ya da maddi ve manevi varlıklarına yönelik risk bulunduğu iddialarının ciddi nitelikte olduğu sonucuna ulaşıldığından … koşulları oluşan tedbir talebinin kabulüne" karar vermiştir (A.A. ve A.A., (T. K.), B. No: 2015/3941, § 17).

13. Hiç kuşkusuz tedbir kararı ile başvurunun esası hakkında verilen kararda yapılan değerlendirme farklıdır.Anayasa Mahkemesi ikincisinde daha ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme yaparak sonuca ulaşmaktadır. Ancak Bölümün başvurucuların tedbir talebini kabul ederken vurguladığı üzere "Tedbir talebi değerlendirilirken,menşeiülkenin genel durumu, başvurucuların geçmiş tecrübesi, riskin güncelliği, kişiselliği gibi hususlar da göz önünde bulundurulacaktır" (§ 15).

14. Elbette esas hakkında karar verilirken daha önce ciddi bulunan iddianın aslında savunulamaz olduğuna, daha önce gerçek ve ciddi görülen tehlikenin aslında böyle olmadığına karar verilebilir. Ancak bunun için aradan geçen sürede kanaat değişikliğini temellendirecek bilgi ve belgelere ulaşılması gerekir.

15. Somut başvuruda Mahkememiz çoğunluğu Bölümün tedbir kararında ulaştığı sonuçtan neden ayrıldığını izah etmemiştir. Tedbir kararından sonra aradan geçen yaklaşık iki yıllık süre içinde hangi bilgi ve bulguların daha önce Bölüm tarafından başvurucuların geri gönderilmeleri halinde yaşamlarına veya maddi ve manevi varlıklarına yönelik gerçek ve ciddi bir risk olduğu kanaatinden ayrılmayı gerektirdiği ortaya konulabilmiş değildir.

16. Sonuç olarak, başvurucuların ülkelerine geri gönderildiklerinde öldürülebileceklerine veya kötü muameleye maruz kalabileceklerine dair iddialarının savunulabilir olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda pozitif yükümlülük bakımından idari ve yargısal makamların yapmaları gereken, bu iddiaların gerçekliğini araştırmak ve başvurucuların yargılama sırasında usul güvencelerinden yararlanmasını sağlamaktır. Somut olayda İstanbul İdare Mahkemesi'nin böyle bir araştırma yaptığına dair hiçbir işaret yoktur. Esasen bunu Mahkememiz çoğunluğu da kabul etmektedir. Kararın "Olay ve olgular" kısmında da belirtildiği üzere İdare Mahkemesi kararlarında başvurucuların sınır dışı edilmeleri durumunda ülkelerinde öldürüleceklerine ya da kötü muameleye maruz kalacaklarına dair iddiaları hakkında hiçbir değerlendirme yapılmamıştır (§ 27).

17. İdare Mahkemesi başvurucuların iddialarını savunulabilir bulmadığı için değil,bu kişilerin kamu güvenliği açısından tehdit oluşturdukları gerekçesiyle sınır dışı kararının iptali talebini reddetmiştir. Bununla birlikte, İdare Mahkemesinin gerekçesinden bu kişilerin Irak'a gönderilmeleri durumunda gerçek bir kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmaktadır. Adalet Bakanlığı görüşünde de yetkili idari makamların ve İdare Mahkemesinin "yalnızca başvurucuların ülkemizde terörist faaliyetlere iştirak etmesinin veya çatışma bölgelerine seyahat etmesinin engellenmesi hususunu değerlendirdikleri anlaşılmaktadır" tespitine yer verilmektedir.

18. Bunun yanında, başvurucuların yargılama aşamasında idare tarafından dosyaya sunulan ve hükme esas alınan belgelerden haberdar olmamaları ve bunlar hakkında görüş bildirme imkânından yoksun bırakılmaları, yargılama sürecine etkili katılımı engellemiştir.

19. Dolayısıyla somut başvuruda bir yandan başvurucuların kötü muamele göreceklerine dair geri gönderilen ülkede var olduğu iddia edilen riske ilişkin yetkili mercilerin araştırma ve değerlendirme yapma yükümlülüğü, diğer yandan da başvurucuların yargılama sürecine etkili katılımını sağlama yükümlülüğü yerine getirilmemiştir.

20. Açıklanan gerekçelerle, başvurucuların Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekirdi.

Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

EK GEREKÇE

Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edilmediği konusundaki karara ilişkin gerekçelere katılmakla birlikte ilave olarak aşağıdaki hususların da belirtilmesinde yarar görüyorum.

Başvuru formunda, başvurucuların IŞID yanında"Irak'daki yönetimle de uyuşmadığı" belirtilmekte ise de (§ 9), başvurucuların (Irak'ın tamamına ilişkin somut bir iddiada bulunulmadan) "IŞID terör örgütünün hakimiyeti altında bulunan bölgeye gönderilmesi halinde öldürüleceği" iddia edilmektedir (§ 50).

Yine başvuru formunda, önce başvurucuların "resmimakamlarca onaylı ve geçerli Irak pasaportu ve 1 aylık vize ile Atatürk Havalimanından çocukları ile birlikte yasal giriş yaptıkları" belirtilirken (§ 5), daha sonraki açıklamada "ülkemize toplu göç ile" sığındıkları ifade edilmektedir (§ 18).

Ayrıca, başvuru formunun birçok paragrafında başvurucuların Irak'da can güvenliğinin kalmaması nedeniyle ülkemize geldikleri ifade edilirken, bir paragrafında da "doğup yaşadığı topraklardan 4 küçük çocuğu ile Türkiye'ye gelmesinin tek sebebi orada artık yaşayacak bir evinin olmayışıdır" denilmektedir (§ 33).

Böylece başvurucuların, kişisel durumlarına ilişkin iddialarını ayrıntılı şekilde açıklamadıkları;iddiaları ve verdikleri bilgiler arasında bazı çelişkilerin bulunduğu;başvuru formunda ifade edilen bilgilerin örtüşmediği, bunun da kararda atıf yapılan (§ 38) AİHM kararlarında belirtilen "kişisel durumlarına ve geri gönderilecekleri ülkede karşılaşacakları risklere ilişkin iddialarını ayrıntılı şekilde açıklama yükümlülüklerini" yerine getirmeyen ve herhangi bir delil sunmayan başvurucuların açıklamalarının güvenilirliğini zayıflattığı görülmektedir.

Sonuç olarak, başvurucuların kişisel durumlarına ilişkin iddialarının ayrıntılı ve makul olmadığı, çelişkiler taşıdığı ve geri gönderilecekleri ülkede kişisel durumları sebebiyle gerçek bir kötü muamele riski altında bulunduklarına ilişkin ihlal kararı verilmesine yeterli nitelikte bilgi ve belge bulunmadığı anlaşılmaktadır (benzer yöndeki başka bir kararımız için bkz. *F.R.*, B. No: 2016/4405, 15/2/2017, §§ 81-87).

Üye
M. Emin KUZ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ÜMİT ÖMÜR SALAR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/187)

Karar Tarihi: 23/3/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Murat ŞEN
Başvurucu	:	Ümit Ömür SALAR
Vekilleri	:	Av. Muhammed Yasir YÜRÜK
		Av. Hale YILDIRIM

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Hava Harp Okulundan ayrılmaya zorlamak için bazı subay ve öğrencilerin diğer öğrencilere sistematik ve onur kırıcı davranışlarda bulunduğundan bahisle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/1/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu,Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. 1991 doğumlu olan başvurucu, Kuleli Askeri Lisesini bitirdikten sonra 2009 yılının Ağustos ayında Hava Harp Okulu öğrenci seçme uçuşu (ÖSU) kampına katılmıştır. Başvurucu, kamp bitiminde Hava Harp Okulunda eğitimine başlamıştır.

10. ÖSU kampında ve kamp sonrasında Hava Harp Okulunda bazı subayların ve lider öğrenci olarak tabir edilen bazı 4. sınıf öğrencilerinin fiziki ve psikolojik baskı yaptığından bahisle başvurucu, kendi isteğiyle 24/5/2010 tarihinde Hava Harp Okulundan ayrılmıştır.

11. Daha sonra başvurucu, vekili vasıtasıyla 1/11/2010 tarihinde kendisine yapılan fiziki ve psikolojik baskılardan dolayı kamp ve okul döneminde görevli bazısubaylar ve 4. sınıf öğrencilerinden Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyetçi olmuştur. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, şikâyet konusunun askerî yargının görev alanında kaldığından bahisle dosyayı Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askerî Savcılığına göndermiştir. Bu aşamadan sonra soruşturma Askerî Savcılık tarafından yürütülerek sonuçlandırılmıştır.

12. Başvurucu, şikâyet dilekçesinde ÖSU kampında ve Hava Harp Okulunda eğitim gördüğü dönemde kendisine fiziki ve psikolojik baskı oluşturacak birçok münferit davranıştan bahsetmiş ve sistematik şekilde yapılan bu muamelenin temel amacının kasıtlı olarak kendisini okuldan ayrılmaya zorlamak olduğunu ileri sürmüştür.

13. Başvurucu;

i. ÖSU kampında 4. sınıf öğrencisi E.A.nın, selam ve tekmil verirken sesinin az çıktığından bahisle yüzünü aydınlatma direğine dayadığını vebağırarak tekmil vermeye zorladığını,

ii. ÖSU kampındaki eğitim sırasında 4. sınıf öğrencisi E.A.nın, sırtına basarak "*Senden adam olmaz, karaktersiz, bu dayatman, direnmen niye? Okula gitsen de sonun ayrılık...*" dediğini, ayrıca kendisinin diğer altı öğrenci ile birlikte taşlaşmış bir kum tepesinden yuvarlanmaya zorlandığını ve bu esnada "*Şerefsiz, sen okula girme, girsen de bitersin,*

karakterin uygun değil; yalancı, dürüst değilsiniz." şeklinde hakarete uğradığını,

iii. ÖSU kampının bitiminden bir gün önce diğer öğrenciler eşyalarını toplarkenöğrenci E.A.nın kendisini 3 km boyunca takla atmaya zorladığını ve bu esnada yine yukarıda belirtilen sözleri söylediğini,

iv. 4. sınıf öğrencisi E.A.nın kendisini "çin oturuşu" adı verilen sandalye pozisyonunda saatlerce tuttuğunu ve bu esnada *"Okula girersin ama sonunda atılacaksın, karakterin ortada, burası sana göre değil, sen iyisi şimdi git."* dediğini,

v. ÖSU kampı boyunca kendisinin uykusuz bırakıldığını, bir odaya kapatılarak sabaha kadar okulda barındırılmayacağı yönünde hakaret ve tehditlere maruz kaldığını, savaş eğitimine ilişkin uygulamalarda kendisine diğer öğrencilerden farklı davranıldığını, kampta görevli rütbeli M.S.nin de kendisine hakaret ettiğini ve okuldan ayrılması için sözler söylediğini, öğrenci E.A.nın 250 kişilik topluluk önünde *"Sen adam değilsin, senin yerin burası değil, burada işin yok, istenmiyorsun, çok iyi rol yapıyorsun, karaktersizsin, git sen Emret Komutanım'da oyna."* dediğini,

vi. Kendisinin millî oryantring sporcusu ve birçok madalyası olmasına rağmen müsabakalara katılmasına izin verilmediği gibi katıldığı bir yarışma nedeniyle cezalandırıldığını, bu spor bağlamında bacak kıllarını alması nedeniyle "*Kadın mısın, erkek misin, dönme misin, cinsiyetin belli değil.*" şeklinde saldırılara uğradığını, yine teyzesinin hediye ettiği parfüm nedeniyle aynı saldırıların rütbeliler tarafından yapıldığını,

vii. Harp Okulundaki dönemde yine 4. sınıf öğrenci A.D. tarafından ders aralarında sınıf kapısının önünde beklemeye zorlandığını, rütbelilerin bu durumu görmesine rağmen ses çıkarmadığını,

viii. Okulda yapılan denetimlerde rütbeliler tarafından özellikle kendisinin açıklarının arandığını, bu nedenle disiplin cezaları aldığını, diğer öğrencilerden farklı muameleye tabi tutulduğunu, bunların kendisini yıldırmak, ezmek ve okuldan ayrılması için zemin hazırlamak amacıyla yapıldığını,

ix. 4. sınıf öğrencileri Y.C. ve M.M.nin *"Bu okulu bitiremezsin, bunu bil, boşa çabalama."* şeklinde sözler söyleyerek psikolojik baskı oluşturduğunu,

x. Çantasına porno CD ve kadın iç çamaşırı konulduğunu, bunu fark etmesi üzerine ilgili rütbelilere bilgi verdiğini ancak herhangi bir işlem yapılmadığını ileri sürmüştür.

14. Bu bağlamda Askerî Savcılık; başvurucunun ileri sürdüğü olayları önce tek tek, daha sonra bir bütün hâlinde incelemiştir. Başvurucunun yukarıda belirtilen olaylara ilişkin tanık olarak gösterdiği kişiler dinlenmiş ve bazı şüphelilerin savunmaları alınmıştır.

15. Başvurucunun tanık olarak dinlenmesini istediği kişilerin çoğu, başvurucunun fiziki ve psikolojik bir baskıya maruz kaldığını beyan etmiş; başvurucunun ileri sürdüğü bazı olayları doğrulamıştır. Bu bağlamda tanıklardan İ.A., başvurucuya ve kendisine baskı uygulayan 4. sınıf öğrencilerinin bilmediği bir sebepten birbirlerine gerçek isimlerle hitap etmediklerini belirtmiştir. Anılan tanık, kendisine de benzer baskılar yapıldığını ileri sürmüştür.

16. Tanıklardan bazıları benzer baskıların askerî lise kökenli öğrencilere uygulandığını iddia etmiştir. Öte yandan tanıklardan H.B., başvurucunun da belirttiği bazı rütbelilerin ve 4. sınıf öğrencilerinin askerî liseden gelen öğrencileri baskı ile okuldan attırmak için bir örgüt gibi hareket ettiklerini ileri sürmüştür. Ayrıca tanık C.O.K., sadece başvurucunun değil hedef alınan başka öğrencilerin de akla hayale gelmeyecek sözlerle, davranışlarla ve verilen cezalarla okuldan kendiliğinden ayrılmalarını sağlamak için çaba sarf edildiğini beyan etmiştir.

17. Öte yandan soruşturma dosyasındaki belgelerden 2009-2010 eğitim döneminde başvurucu dâhil on beş kişinin Hava Harp Okulundan kendi isteği ile ayrıldığı anlaşılmıştır.

18. Askerî Savcılık, başvurucunun iddialarının bir kısmı hakkında herhangi bir tanık olmadığını, Hava Harp Okulu kayıtlarında bir şikâyet bulunmadığını ve darp raporu olmadığını; iddia edilen bazı eylemler hakkında ise işlenmiş olması hâlinde dahi yaralama ve hakaret suçları açısından şikâyetin 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesi kapsamında altı aylık şikâyet süresi içinde yapılmadığını

belirterek kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Askerî Savcılık, 4. sınıf öğrencileri hakkındaki şikâyete ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nun 113. maddesi uyarınca askerî öğrencilerin kendi aralarında astlık-üstlük ilişkilerinin bulunmadığını, bu bağlamda başvurucunun üst sınıf öğrencilerinin talimatını yerine getirme yükümlülüğü altında olmadığını vurgulamıştır.

19. Öte yandan Askerî Savcılık kararında, genel bir psikolojik yıpratma hareketi gerçekleşmesi hâlinde suç teorisi bakımından değerlendirilebilecek bazı sözlerin söylendiği kabul edilse bile sözlerin başvurucunun okuldan ayrılması kastıyla söylendiğine dair herhangi bir delil bulunmadığını belirtmiştir. Ayrıca başvurucuya verilen disiplin cezalarında suç kastıyla hareket edildiğine dair herhangi bir delil bulunmadığı ve idari işlem niteliğinde disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği hatırlatılmıştır.

20. Kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararda, tek tek değerlendirilen eylemlerin ortak bir iradenin ürünü ve başvurucunun okuldan ayrılmaya yönelik olarak ortaya çıkan bir suç kastının parçası olduğuna dair herhangi bir delil bulunamadığı, başvurucu tarafından gösterilen ve çeşitli nedenlerle Harp Okulundan ayrılmış tanıkların beyanlarının soyut değerlendirmelerin ötesine geçemediği de ifade edilmiştir. Sonuç olarak Askerî Savcılık, başvurucunun baskı altında kalmadan istifa etme hakkını kullandığını, okuldan ayrılmasını temine yönelik olarak komuta kademesini de kapsayacak şekilde sistematik bir eylemler silsilesi olduğuna ilişkin herhangi bir somut olgu ve delil bulunamadığını belirterek tüm şüpheliler hakkında 30/9/2013 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

21. Askerî Savcılık kararına yapılan itiraz, 1. Ordu Komutanlığı Askerî Mahkemesinin 11/11/2013 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

22. Başvurucu 6/1/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

23. Harp okullarında ayrımcılığa uğradıkları ve okuldan ayrılmaları için fiziki ve psikolojik kötü muameleye uğradıkları iddiasıyla çok sayıda dilekçenin askerî öğrenciler tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Dilekçe Komisyonuna ulaştırılması üzerine Dilekçe Komisyonu Genel Kurulu şikâyetlere ilişkin bir rapor hazırlamıştır. 27/6/2012 tarihli

raporda harp okullarında kötü muamele ve mobbinge uğradığını iddia edenler, ilgili kamu otoriteleri ve bilirkişiler dinlenmiş; sonuçta ilgili kamu otoritelerine tavsiyelerde bulunulmuştur.

24. Anılan raporda harp okullarından ayrılma istatistiklerine yer verilmiştir. Raporda ayrıntıları ile verilen rakamlarda Hava Harp Okuluna ihtiyacın çok üstünde alımlar yapılıp sistemli bir şekilde sayıyı azaltma anlayışı olduğuna yönelik şikâyetler bulunduğuna yer verilmiştir. Raporda ayrıca lise çağında özenle seçilen ve yetiştirilmeleri tüm yönleriyle idarenin inisiyatifinde olan seçkin insan kaynağının yüksek oranlarda mesleğe kazandırılamamasının kamu yararı açısından olumsuz bir durum olduğu değerlendirilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

25. 211 sayılı Kanun'un 113. maddesinin (b) bendi şöyledir:

"(Değişik: 28/5/2003-4861/19 md.) Bütün askerî öğrenciler, subaylara; astsubay hazırlama ve astsubay meslek yüksek okulu öğrencileri ile astsubay nasbedilmek üzere temel askerlik eğitimine tâbi tutulan adaylar, aynı zamanda astsubaylara karşı ast durumunda olup, askerî öğrencilerin, belirtilen hallerin dışında, gerek kendi aralarında gerekse erbaş ve erlere karşı astlık ve üstlük ilişkileri yoktur."

B. Uluslararası Hukuk

26. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

27. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında kötü muamele yasağının demokratik toplumların en temel değeri olduğunu vurgulamıştır. Terörizmle ya da organize suçla mücadele gibi en zor şartlarda dahi Sözleşme'nin, mağdurların davranışlarından bağımsız olarak işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlerden men ettiği belirtilmiştir. Kötü muamele yasağının, Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden

kamusal tehlike hâlinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediği içtihatlarda hatırlatılmıştır (*Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 95; *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 119).

28. Öte yandan bir muamele veya cezanın kötü muamele olduğunu söyleyebilmek için eylemin "minimum ağırlık eşiğini" aşması beklenir (*Raninen/Finlandiya*, B. No: 20972/92, 16/12/1997, § 55; *Erdoğan Yağız/Türkiye*, B. No: 27473/02, 6/3/2007 §§ 35-37; *Gafgen/Almanya* [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, §§ 88-90; *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25/3/1993, § 30).

29. Askerlik hizmeti ve mesleği, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmak gibi bazı sınırlayıcı koşulları sıklıkla içermektedir. AncakSilahlı Kuvvetlerin bünyesinde yapılan birçok muamele, mahkûmlar için insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak değerlendirilse bile -örneğin savaş koşullarında eğitimin bir parçası olarak Silahlı Kuvvetlerin özel görevlerine katkıda bulunmak için gerçekleştiği zaman- kötü muamele yasağı için öngörülen ağırlık eşiğine ulaşmayabilir (*Chember/Rusya*, B. No: 7188/03, 3/7/2008,§ 49).

30. Bununla birlikte devletin askerî hizmette bulunan kişilerin insan onuruna uygun şartlar altında görev yapmasını sağlayacak ortamı sağlama görevi vardır. Bu bağlamda askerî eğitim usul ve yöntemlerinin kişiyi askerî disiplin içindeki kaçınılmaz doğal zorluk seviyesini aşacak yoğunlukta elem ve ızdıraba maruz bırakmaması -bazı hizmetlerin pratik gerekleri gözetilerek- kişiye gerekli sağlık yardımı sağlanarak kişinin sağlık ve refahının yeterli bir şekilde güvence altına alınması gerekir. Sadece askerî faaliyetlerin ve operasyonların yapısından değil vatandaşların devlet tarafından zorunlu askerî hizmete çağrılması ile insan unsurundan kaynaklanabilecek hayati risk seviyesine uygun kuralları belirlemek devletin öncelikli görevidir. Bu kurallar, askerî yaşamın içindeki doğal tehlikelere ve değişik seviyelerdekilerin karıştığı kusur ve hatalardaki sorumluluğu belirlemek için uygun usullere karşı zorunlu askerlik hizmetini yapanları etkili bir şekilde koruma amacını taşıyan pratik önlemlerin uygulanması için gereklidir (*Chember/Rusya*,§ 50).

31. AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesinin "tartışılabilir" ve "makul şüphe uyandıran" kötü muamele iddialarının etkin biçimde soruşturma yükümlülüğü getirdiğine dikkat çekmektedir (*Labita/İtalya*, § 131).

AİHM'in içtihadında tanımlanan etkinlik için minimum standartlar; soruşturmanın bağımsız, tarafsız, kamu denetimine açık olmasını ve yetkili makamların titizlikle ve çabuklukla çalışmasını gerektirmektedir (*Mammadov/Azerbaycan*, B. No: 34445/04, 11/1/2007,§ 73; *Çelik ve İmret/Türkiye*, B. No: 44093/98, 26/10/2004, § 55).

32. AİHM, insan hakları ihlalleri ile ilgili iddialarda soruşturma yükümlülüğünün mutlaka iddiayı kabul etme anlamına gelmediğini ancak iddiaların ciddiye alınması ve adil bir sonucu garanti eden bir usulle soruşturulması gerektiğini birçok kararında dile getirmiştir (*Saçılık ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 43044/05, 45001/05, 5/7/2011, §§ 90, 91).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 23/3/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

34. Başvurucu, Kuleli Askeri Lisesini bitirdikten sonra Hava Harp Okulu ÖSU kampına katıldığını, daha sonra Hava Harp Okulunda eğitimine devam ettiğini ancak kampta ve daha sonra Hava Harp Okulu eğitimi sürecinde "lider" öğrenci olarak tabir edilen bazı subaylar ve 4. sınıf öğrencileri tarafından psikolojik ve fiziksel baskılara maruz bırakıldığını, bu baskılara dayanamayarak ve "Okuldan atıldı." denmemesi için kendi isteğiyle okuldan ayrıldığını, kendisine yönelik muamele ve cezaların onur kırıcı olduğunu ve sivil hayatta da yaşadığı olaylar nedeniyle psikolojik tedavi almak zorunda kaldığını, bu hususa ilişkin şikâyetinin sonuçsuz kaldığını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüş; maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

35. Bakanlık görüşünde, öncelikle kabul edilebilirlik hususu değerlendirilmiş ve başvurucunun şikâyetine konu eylemlerin gerçekleştiği tarihlerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kabul edildiği tarihten yaklaşık iki yıl önce sona erdiği belirtilerek Mahkemenin zaman bakımından yetkisinin olmadığı ileri sürülmüştür. Bakanlığın esas yönünden görüşünde ise bir eylemin, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına girebilmesi için asgari ağırlık düzeyine ulaşmış olması gerektiği hatırlatılmış ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına

atıf yapılarak somut olayda iddia edilen eylemlerin fiziki ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gözetildiğinde asgari ağırlık eşiği aşılmadığından başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu bağlamda başvurucunun şikâyetlerinin mobbing olarak kabul edilmesi gerektiği ve Anayasa Mahkemesi içtihatları kapsamında tazminat davası açılması yerine ceza muhakemesi yolu tüketildikten sonra bireysel başvuru yapılmasının başvuru yolları tüketilmediğinden bahisle kabul edilemez bulunması gerektiği ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

36. Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"* kenar başlıklı 17. maddesi 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."*

37. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

> *"Devletin temel amaç ve görevleri, … Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; 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."*

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Zaman Bakımından Yetki Yönünden

38. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin başlangıcı 23/9/2012 tarihi olup bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurular incelenebilir (*Zafer Öztürk*, B. No: 2012/51, 25/12/2012, § 17).

39. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaları incelerken olayların bireysel başvuruların kabul edilmeye başlandığı 23/9/2012 tarihinden önce gerçekleşmiş olması durumunda dahi eğer soruşturma ve/veya kovuşturma işlemleri anılan tarihten sonra sonuçlanmışsa başvuruları incelemeye devam etmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014; *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015). Dolayısıyla başvurunun zaman bakımından Anayasa Mahkemesinin yetkisinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

b. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar Yönünden

40. Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında kimseye "işkence" ve "eziyet" yapılamayacağı, kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye" tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anılan fıkrayla özel olarak insan onurunun korunması amaçlanmıştır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 80).

41. Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulma yasağı mutlak bir nitelik taşımakta olup bu kapsamda öncelikle kamusal yetkiyle güç kullanan görevlilerin hiçbir şekilde kişilerin beden ve ruh bütünlüğüne zarar vermemeleri gerekir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 81).

42. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesi 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde ayrıca devlete, kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yükler. Bu ödev üçüncü kişiler tarafından işlenen fiilleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla yetkililerce bilinen ya da bilinmesi gereken bir kötü muamelenin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirlerin alınmaması durumunda devletin sorumluluğu ortaya çıkabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 82).

43. İşkence ve kötü muamele yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde -devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri dikkate alınarak- yasağın maddi ve usul boyutlarının ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda yasağın maddi boyutu sadece bireyleri

işkence, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutmama sorumluluğunu (negatif yükümlülük) içermemektedir. Ayrıca bireylerin bu tür muameleye maruz kalmasını engelleyecek etkili önleyici mekanizmaların kurulması yönünde pozitif bir yükümlülük de bulunmaktadır.

44. İşkence ve kötü muamele yasağının usul boyutu ise bu yasağın ihlal edildiğine yönelik "tartışılabilir" ve "makul şüphe uyandıran" iddiaların sorumlularının tespitini ve cezalandırılmasını sağlayacak etkili bir soruşturma yapılması sorumluluğunu (pozitif yükümlülük) içermektedir.

45. Bununla birlikte her kötü muamele iddiasının, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği korumadan ve devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerden yararlanması beklenmez. Bu bağlamda kötü muamele konusundaki iddialar uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için soyut iddiaya dayanan şüphe ötesinde makul kanıtların varlığı gerekir. Bu kapsamdaki bir kanıt; yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilmemiş birtakım karinelerden oluşabilir. Bu bağlamda kanıtlar değerlendirilirken ilgililerin süreçteki tutumları da dikkate alınmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 95).

46. Somut olayda başvurucunun Hava Harp Okuldan ayrılması için bazı subayların ve 4. sınıf öğrencilerinin kendisine fiziki ve psikolojik baskı uyguladıkları yönündeki iddiasının tanık beyanları ile kısmen doğrulanması ve TBMM Dilekçe Komisyonu Genel Kurulunun raporu kapsamında harp okullarında bu tür iddiaların yaygınlaşması gözetildiğinde iddiaların savunulabilir olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Emir-komuta zincirinin hâkim olduğu Hava Harp Okulunda öğrencilik yapıldığı dönemde kötü muameleye uğradığı iddiasında bulunmanın ve bu iddiaları ispatlar nitelikte deliller veya tanıklarla savunmanın çok zor olduğu dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla savunulabilir bir iddianın kabulü açısından mevcut bulguların yeterli olduğu açıktır.

47. Öte yandan bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında olabilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekir. Bu asgari eşik göreceli olup her olayın somut koşulları

dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda muamelenin süresi, bedensel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşır. Ayrıca muamelenin ardındaki saik ve amaç dikkate alınmalıdır. Muamelenin heyecanın yükseldiği ve duygu yoğunluğunun olduğu bir anda meydana gelip gelmediği de gözönünde bulundurulmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 83).

48. Başvuru konusu olayda başvurucunun iddia ettiği muamelelerin başvurucunun fiziki ve ruhsal değerlerini etkilemesi, başvurucuda stres, üzüntü ve sair menfi tezahürlere yol açması -bu etkileri açısından- özellikle küçük düşürücü muamele kavramını çağrıştırmaktadır. Ancak muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası anlamında işkence, eziyet veya haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için başvurucunun subjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir (*Yusuf Burak Çelik*, B. No: 2013/2538, 20/11/2014, § 24).

49. Belirtilen tespitler ışığında somut olay incelendiğinde başvurucunun ÖSU kampında ve Hava Harp Okulunda bazı subaylar ve 4. sınıf öğrencileri tarafından okuldan ayrılması için kasıtlı olarak maddi ve manevi baskı altına alındığı, bu kapsamda Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır. Başvurucunun maruz kaldığını ileri sürdüğü eylemlerin sistematik bir şekilde yapıldığı ve münferit olaylar olmadığı yönündeki iddiası, asgari eşiğin değerlendirmesinde gözetilmesi gereken en önemli unsurdur. Özellikle hiyerarşik düzenin ve askerî eğitim uygulamalarının içeriği, mevcut askerî yapı ve sistematik bir devamlılık nedeniyle kötü muameleye varan uygun bir ortam oluşmasına veya öğrencilerce bu şekilde algılanmasına yol açabilir. Ancak bu tür bir ihtimal askerlik mesleğinin doğasındaki zorlukların ve bireyleri bu zorluklara alıştırma maksadıyla uygulanan eğitimlerin yöntemlerinin ve içeriğinin sorgulanmasına yol açmamalıdır. Başvurucunun iddialarının sistematik ve kasıtlı olarak şahsına yönelik yıldırma ve okuldan ayrılmaya zorlama olduğu gözetildiğinde askerlik mesleğinin kendine özgü eğitimlerini ve zorluklarını aşan bir durumun söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.

50. Başvurucu tarafından iddia edilen eylemlerin fiziki ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi

neticesinde başvurucuya yönelik iddia edilen eylemlerin sistematik bir muamele tarzına işaret ettiği, münferit hadiselerden ibaret olmadığı anlaşılmaktadır. İddia edilen eylemlerin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği ileri sürülen fiziksel ve ruhsal etkiler açısından başvurucunun iddialarının, askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan zorluklardan ve başvurucuyu bu zorluklara alıştırmaktan öte olduğu -özellikle başvurucunun Kuleli Askeri Lisesindeki ve spordaki başarı durumu da (bkz. § 61) nazara alındığında- Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

51. Bireysel başvurulara ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa Mahkemesinin rolü ikincil nitelikte olup Mahkemenin; bazı durumların ortaya koyduğu şartlar nedeniyle ilk derece mahkemesinin ve Cumhuriyet başsavcılığının, somut olay açısından ise askerî savcılığın rolünü üstlenmesinin kaçınılmaz olduğu hâllerde çok dikkatli davranması gerekmektedir. 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. Ancak soruşturma ve kovuşturma aşamasında delilleri değerlendirmek kural olarak Cumhuriyet savcıları (askerî savcılar) ve derece mahkemelerinin işi olduğundan Anayasa Mahkemesinin görevi, bu makamların maddi olaylara ilişkin olarak yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir. Bu nedenle öncelikle yapılması gereken bireysel başvuru dosyasındaki iddialar ile soruşturma ve/veya kovuşturma dosyasındaki değerlendirmede ortaya konulan delillerin iddiaların maddi boyutu açısından yeterli olup olmadığını değerlendirmektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmamaktadır. 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.

52. Başvurucunun asgari ağırlık eşiğini aştığı değerlendirilen sistematik olarak maruz kaldığını iddia ettiği eylemlerin maddi boyutunun incelenmesi için soruşturma dosyası kapsamında yeterli delil

bulunmamaktadır. Sistematik olarak yıldırmak için yapıldığına yönelik savunulabilir iddialar olmakla birlikte soruşturma dosyasındaki bilgi ve bulgular, iddiaların maddi boyut açısından incelenmesi için yeterli değildir. Bununla birlikte savunulabilir olduğu kabul edilen iddiaların kötü muamele yasağının usul boyutu kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

53. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedenin de bulunmadığı anlaşılan işkence ve kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

54. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası, mağdurların eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun kötü muamele yasağının ihlal edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Saikin önemi ne kadar yüksek olursa olsun yaşam hakkı gibi en zor koşullarda bile işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yapılamaz. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası gereğince savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde bile bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Anılan maddelerdeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel -söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun- herhangi bir istisnaya veya haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 104).

55. Devletin, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüğünün bir de usul boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, 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, kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda bunların sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamaktır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 110).

56. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların 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 veya tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmemektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 56).

57. Ceza soruşturmasının etkili olması için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek kötü muamele iddiasını aydınlatabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri gerekir. Yetkililer şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmeli, bir şikâyet olmasa bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli belirtiler olduğunda soruşturma açmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § § 114, 116).

58. Somut olayda başvurucu, Kuleli Askeri Lisesini bitirdikten sonra ÖSU kampına katılmış ve daha sonra Hava Harp Okulunda eğitime başlamıştır. Başvurucu, bu süreçte bazı subayların ve 4. sınıf öğrencilerinin kendisini okuldan ayrılmaya zorlamak maksadıyla sistematik olarak fiziki ve psikolojik baskı uygulamaları nedeniyle baskıları kaldıramadığı için Hava Harp Okulundan ayrıldığını belirtmiştir. Daha sonra başvurucu, ÖSU kampında ve Hava Harp Okulunda maruz kaldığı eylemler nedeniyle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına şikâyetçi olmuştur. Dosya görevsizlik kararı ile Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askerî Savcılığına gönderilmiştir.

59. Askerî Savcılık yaptığı soruşturmada başvurucu dâhil birçok şüphelinin ve tanık olarak gösterilen kişilerin ifadelerini almıştır. Bununla birlikte Askerî Savcılık başvurucuya yönelik şikâyete tabi hakaret, tehdit ve basit yaralama suçları açısından şikâyet süresinin geçtiğini belirtmiştir. Böylelikle Askerî Savcılık başvurucunun iddialarını olay bazında ayrı ayrı incelemiştir. Askerî Savcılığın kovuşturmaya yer olmadığına dair kararında, genel bir psikolojik yıpratma hareketi kapsamında gerçekleşmesi hâlinde suç teorisi bakımından değerlendirilebilecek bazı sözlerin söylendiği kabul edilse bile bunların başvurucunun okuldan ayrılması kastıyla söylendiğine dair herhangi bir delil bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca kararda, başvurucuya verilen disiplin cezalarında suç kastıyla hareket edildiğine dair herhangi bir delil bulunmadığı ve idari işlem niteliğinde disiplin cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği hatırlatılmıştır.

60. Soruşturma kapsamında dinlenen bazı tanıklar, 4. sınıf öğrencilerinin birbirlerini gerçek isimleri ile çağırmadıklarını ve askerî liseden gelen öğrencileri baskı ile okuldan attırmak için bir örgüt gibi hareket ettiklerini ileri sürmüştür. Ayrıca sadece başvurucunun değil hedef alınan başka öğrencilerin de çok ağır sözlerle, davranışlarla ve verilen cezalarla okuldan kendiliğinden ayrılmalarını sağlamak için çaba sarf edildiğini beyan etmiştir (bkz. §§ 15, 16). Aynı şekilde Askerî Savcılığın 30/9/2013 tarihli kovuşturmaya yer olmadığına dair kararından önce 27/6/2012 tarihinde yayımlanan TBMM Dilekçe Komisyonu Genel Kurulunun raporunda benzer iddialara yer verilmiştir. Askerî Savcılık kararında anılan rapora ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

61. TBMM Dilekçe Komisyonu Genel Kurulu raporuna yansıyan iddialar da gözetildiğinde Askerî Savcılığın, başvurucunun katı hiyerarşik yapının hâkim olduğu Hava Harp Okulunda öğrencilik yaparken kötü muameleye uğradığı iddiasında bulunmasının ve bu iddiaları ispatlar nitelikte deliller veya tanıklarla savunma yapmasının çok zor olduğunu dikkate almadığı anlaşılmaktadır. Başvurucuya yapılan uygulamaların askerî okul öğrencisi olmanın getirdiği doğal zorluklardan ve askerî öğrencileri bu zorluklara alıştırma maksatlı eğitim yöntemleri olup olmadığı da anılan kararda değerlendirilmemiştir. Askerlik mesleğinin doğasından kaynaklanan zorluklara alıştırmak amacıyla askerî disiplin içinde bazı eğitimlerin pratik gerekleri açısından belirli oranda fiziki ve psikolojik baskı yapılabileceğinde tereddüt bulunmamaktadır. Ancak başvurucunun iddiaları ve tanık beyanları kapsamında maruz kalındığı anlaşılan davranışların, askerî eğitim kapsamındaki tüm öğrencilere uygulanan eğitimden farklı olarak başvurucuyu yıldırmaya yönelik olduğu izlenimi uyanmaktadır. Özellikle dört yıllık askerî lise öğrenciliğinden sonra Hava Harp Okulundan ayrılan başvurucunun askerî eğitimlere yabancı olmaması ve Hava Harp Okulu eğitiminde karşılaşacağı güçlükleri öngörmesi bakımından sivil liseden gelen öğrencilere göre askerî eğitime daha dayanıklı olması beklenen bir durumdur. Olaya ilişkin araştırmada, Kuleli Askeri Lisesi mezunu olan başvurucunun Hava Harp Okulundan ayrılmak zorunda kalması durumunun ayrıca dikkate alınması gerekmektedir.

62. Bu bağlamda bazı harp okulu öğrencilerinin eğitim sırasında ancak eğitim gerekleriyle bağdaşmayanfiziki ve psikolojik kötü muamelelere tabi tutuldukları, sürekli ve sistemli olarak bezdirme uygulanması

nedeniyle harp okulundan kayıtlarını sildirmeye mecbur bırakıldıkları hususlarında şikâyetlerin yoğunlaşarak arttığı da Askerî Savcılığın kararında gözetilmemiştir. İstatistiklere de yansıyan bu durum, iddiaların ciddiyetini ortaya koymaktadır (bkz. TBMM Dilekçe Komisyonu Genel Kurul raporu).

63. Öte yandan Askerî Savcılığın, başvurucuya yönelik eylemlerin örgütsel bir yapı içinde ve yaygın şekilde, başka öğrencilere yönelik olarak da gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini detaylı bir şekilde araştırdığı da söylenemez. Belli bir amaç doğrultusunda, örgütsel yapı içinde zamana yayılarak ve çok sayıda kişiye yönelik olarak yapılan eylemlere ilişkin kötü muamele iddialarınınsoruşturma makamlarınca münferit kötü muamele iddiaları olarak ele alınması, soruşturmanın etkililiğinin önündeki en önemli engellerden biridir. Olaya bir bütün hâlinde bakıldığında bağlantılar kurulabilecek ve anlamlandırılabilecek somut verilerin münferit hadiseler yönünden yetersiz bulunması ve somut veriler ışığında soruşturmanın derinleştirilmemesi, örgütlü suçlar yönünden başvurulabilecek özel delil araştırma usullerinin uygulanmamasına neden olabilecek niteliktedir. Askerî savcı, askerî disiplinin gerekleri söz konusu olduğunda olağan karşılanabilecek bazı eylemlerin bu amaç dışında özel bir motivasyonla yapıldığında kötü muamele teşkil edebileceğini değerlendirerek somut verilerle de desteklenen iddiaları araştırma konusunda daha istekli olmalı; gerekli tüm delil toplama araçlarını kullanmalı ve soruşturmayı münferit bir iddia olmanın ötesinde ele alarak derinleştirmelidir.

64. Bu tür iddiaların zamanında ve detaylı bir şekilde araştırılmaması, Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) içinde örgütlenmesi muhtemel yapıların ortaya çıkarılmasını da engellemektedir. Bu durum kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesinin üstü örtülü bir şekilde, sistematik olarak devam ettirilmesine ve eylemlerin askerî bir eğitim kurumunda olması nedeniyle millî güvenlik yönünden de sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

65. Nitekim anılan Askerî Savcılığın takipsizlik kararından sonra yaşanan 15 Temmuz darbe girişimi ve başvuru konusu olayda şüpheli sıfatı bulanan bazı kişilerin"Fetullahçı terör örgütü" (FETÖ) ve "paralel devlet yapılanması" (PDY) olarak bilinen terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle TSK'dan ihraç edilmesi, soruşturma sürecinde öngörülemeyen ancak tanık beyanlarında varolduğu ileri sürülen örgütün FETÖ/PDY olup olmadığını da ayrıca incelemeyi gerektirmektedir.

66.Sonuç olarak başvurucunun, soruşturmadaki diğer delillerle birlikte işkence ve kötü muameleye ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunmasına rağmen somut olayda bu iddiaların özen ve hassasiyetle soruşturma konusu yapılmaması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının usul bakımından ihlal edildiği kanaatine ulaşılmıştır.

67. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının usul bakımından ihlal edildiğine kararverilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

68. 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."

69. Başvurucu 40.000 TL maddi, 500.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

70. Başvuruda işkence ve kötü muamele yasağının usul bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

71. İşkence ve kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askerî Savcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

72. İşkence ve kötü muamele yasağının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 24.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

73. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İşkence ve kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağının usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin işkence ve kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması ve yeniden soruşturma yapılması için Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askerî Savcılığına GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 24.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 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 Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 23/3/2017tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

AZIZJON HIKMATOV BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/18582)

Karar Tarihi: 10/5/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Serdar ÖZGÜLDÜR
		Osman Alifeyyaz PAKSÜT
		Recep KÖMÜRCÜ
		M. Emin KUZ
Raportör	:	Mahmut Serhat MAHMUTOĞLU
Başvurucu	:	Azizjon HIKMATOV (Özbekistan vatandaşı)
Vekili	:	Av. Uğur YILDIRIM

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, öldürülme veya kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etme kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/12/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvurucu, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesi uyarınca sınır dışı işleminin yürütmesinin tedbiren durdurulmasına karar verilmesini talep etmiştir.

4. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca tedbir talebinin Bölüm tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden İçtüzük'ün 73. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm tarafından İçtüzük'ün 73. maddesi uyarınca sınır dışı işleminin tedbiren durdurulmasına karar verilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve ilgili kurumlardan temin edilen bilgilere göre olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, 1984 doğumlu olup Özbekistan vatandaşıdır.

10. Başvurucu, 2009 yılında yasal yollardan Türkiye'ye giriş yapmıştır.

11. Başvurucu; Taşkent Devlet İktisat Üniversitesinde öğrenci olduğu dönemde ülke yönetimi aleyhine siyasi tavır takındığını, gençlik hareketlerine katılması nedeniyle hedef hâline geldiğini, ülkesinde İslam dinini özgürce yaşamak ve bu konuda çalışmalar yapmak isteyen kişilerin baskı ve zulüm gördüğünü belirterek Türkiye'den uluslararası koruma talebinde bulunmuştur.

12. Başvurucu, uluslararası koruma talebine ilişkin işlemlerini tamamlamak üzere Gaziantep'e yönlendirilmiştir.

13. Başvurucu, burada tanıştığı Özbekistan vatandaşı S.K. ile evlenmiş ve bu evlilikten 2011 ve 2012 doğumlu iki çocuğu olmuştur.

14. Başvurucu ve ailesine uluslararası koruma taleplerine ilişkin işlemler sonuçlanıncaya kadar Gaziantep'ten izinsiz ayrılmamak koşuluyla geçici ikamet izni verilmiştir.

15. Başvurucu, aynı gerekçeyle Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğine (BMMYK) de iltica başvurusunda bulunmuştur.

16. BMMYK tarafından yapılan değerlendirme neticesinde başvurucuya 30/6/2010 tarihindegeçici mülteci statüsü verilmiştir.

17. Başvurucu 15/3/2015 tarihinde, Kilis Emniyet Müdürlüğüne bağlı ekipler tarafından durdurulan Suriye plakalı bir araçta yakalanmış ve üzerinde kimliğini tespite yarayacak herhangi bir belge bulunmadığı anlaşılmıştır.

18. Emniyet yetkilileri başvurucunun yanındaki dört kişiyle birlikte yasa dışı yollardan Suriye'deki çatışma bölgelerine geçmeye çalıştığını değerlendirmişlerdir.

19. Başvurucu ise Gaziantep'te iş olanaklarının sınırlı olması nedeniyle birtakım eşyaları satmak üzere Suriye'ye gitmeye karar verdiğini, araç şoförü ile ücret karşılığında anlaştığını, aracın kolluk görevlileri tarafından durdurulduğunu, araçta yapılan arama sonucunda polislerin kime ait olduğu belirli olmayan bir adet kamuflaj olarak tabir edilen elbise (kışlık mont) bulunduğunu söylediklerini ifade etmiştir.

20. Başvurucu ayrıca, Kilis ilinin karşısında bulunan ve güvenli bölge olarak nitelendirilen binlerce sivilin yaşadığı Azez Bölgesi'ne geçmeye çalıştığını, Arapça bildiğini, ticaret ve pazarlama eğitimi aldığını, çatışma bölgesine gitmek gibi bir amacının olmadığını dile getirmiştir. Başvurucu, Arapça bildiğini ve pazarlama konusunda aldığı eğitimleri gösteren belge ve sertifikalar sunmuştur.

21. Anılan gelişmeler üzerine başvurucunun uluslararası koruma talebi, Batman Valiliği Göç İdaresi Müdürlüğü tarafından reddedilmiş; başvurucu hakkında yurda giriş yasağı (G-87) kararı alınmış ve kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle 14/5/2014 tarihinde başvurucunun sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.

22. Başvurucu tarafından anılan kararın iptali istemiyle açılan dava, Batman İdare Mahkemesinin (İdare Mahkemesi) 4/11/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Kararın değerlendirme kısmı şöyledir:

> *"Dosyanın incelenmesinden, Özbekistan uyruklu davacının, 2009 yılında Türkiye'ye giriş yaptığı, Birleşmiş Milletler Ankara Bürosu'na giderek sığınma talep etmesi üzerine davacıyı Gaziantep İli'ne sevk ettikleri ve 2009 yılından bu yana Gaziantep'te sığınmacı olarak kaldığı, Kilis TEM Şube Müdürlüğü ekipleri tarafından 15/03/2015 günü saat 16:30 sıralarında şüphe üzerine durdurulan Suriye plakalı Mitsubishi marka araçta Suriye'ye gitmek üzere hazırlık yapan 5 kişinin tespit edildiği, davacının da bu 5 kişinin arasında olduğu, araç kontrol edildiğinde davacının çantasında savaş alanında kullanılmaya elverişli kamuflaj elbisesi ve ayakkabı bulunduğu, buna karşın üzerilerinde kendilerini tanıtıcı hiçbir belge bulunamadığı, illegal yollardan ülkeye giriş yaptıklarının tespit edildiği ve haklarında pasaportsuz olmaktan dolayı işlem yapıldığı, ayrıca Kilis Valiliği'nce 16/03/2015 tarihinde haklarında 6458 sayılı Kanunun 9. maddesi kapsamında Türkiye'ye giriş yasağı kararı alındığı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün 16/03/2015 tarih ve 2606 sayılı yazısı ile de davacı ile birlikte 5 kişinin Kilis İli'nde geri gönderme*

merkezi bulunmaması sebebiyle Batman Geri Gönderme Merkezi'ne sevkinin uygun görüldüğü ve Batman'a getirildikleri, geri gönderme merkezinde iken davacının uluslararası koruma başvurusunda bulunduğu ancak Uluslararası Koruma Dairesi Başkanlığı'nın 12/04/2015 tarih ve 489 sayılı yazısı ile başvurusunun reddedilerek durumunun 6458 sayılı Kanunun 54/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin bildirildiği, öte yandan davacı hakkında genel güvenlik gerekçesiyle alınmış G-87 tahdit kaydı bulunduğu ve çatışma bölgeleriyle bağlantılı olduğunun değerlendirildiği, 14/05/2015 tarih ve 732 sayılı işlemle 6458 sayılı Kanunun 54. maddesinin 1. fıkrasının (d), (h) ve (i) bentleri gereği sınır dışı edilmesine karar verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, uluslararası koruma talebi reddedilen ve 6458 sayılı Kanun'un 54. maddesinin 1. fıkrası kapsamında kalan davacının sınır dışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."

23. Anılan kararda, başvurucunun sınır dışı edilmesi hâlinde Özbekistan'da öldürülebileceğine ya da kötü muameleye maruz kalacağına ilişkin iddiaları hakkında herhangi bir araştırma veya değerlendirmeye yer verilmemiştir.

24. Bu karar başvurucu tarafından 4/12/2015 tarihinde öğrenilmiş olup aynı tarihte bireysel başvuruda bulunulmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

25. 4/4/2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun "*Kapsam*" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

" (1) Bu Kanun, yabancılarla ilgili iş ve işlemleri; sınırlarda, sınır kapılarında ya da Türkiye içinde yabancıların münferit koruma talepleri üzerine sağlanacak uluslararası korumayı, ayrılmaya zorlandıkları ülkeye geri dönemeyen ve kitlesel olarak Türkiye'ye gelen yabancılara acil olarak sağlanacak geçici korumayı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğünün kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarını kapsar.

(2) Bu Kanunun uygulanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalar ile özel kanunlardaki hükümler saklıdır."

26. 6458 sayılı Kanun'un "*Geri gönderme yasağı*" kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"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."

27. 6458 sayılı Kanun'un 29/10/2016 tarihli ve 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (676 sayılı KHK) 35. maddesiyle değişik "*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 '54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç' yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez."

28. 6458 sayılı Kanun'un 676 sayılı KHK'nın 36. maddesiyle değişik "*Sınır dışı etme kararı alınacaklar*" kenar başlıklı 54. maddesi şöyledir:

"(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:

a) 5237 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler

b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar

c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar

ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar

e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler

f) İkamet izinleri iptal edilenler

g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler

ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler

h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler

ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler

i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar

j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar

k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler

(2) Bu maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir. "

29. 6458 sayılı Kanun'un "*Sınır dışı etme kararı alınmayacaklar*" kenar başlıklı 55. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(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"

30. 6458 sayılı Kanun'un "*Sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi*" kenar 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 biriminde 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."

31. 22/10/2014 tarihli ve 29153 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"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."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

32. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Yaşam hakkı*" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;

b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;

c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"

33. Sözleşme'nin "*İşkence yasağı*" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

34. Mültecilerin hukuki durumuna dair 28/7/1951 tarihli Sözleşme'nin (1951 tarihli Cenevre Sözleşmesi) 33. maddesi şöyledir (29/8/1961 tarihli ve 359 sayılı Kanun'la onaylanmış; 5/9/1961 tarihli ve 10898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.):

"1. Hiçbir Taraf Devlet, bir mülteciyi, ırkı, dini, tabiiyeti, 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 ("refouler") 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."

2.Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Uygulaması

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) sınır dışı kararının uygulanması hâlinde yaşam hakkı ile kötü muamele yasağının ihlal edileceğine ilişkin şikâyetlerle ilgili ilkesel yaklaşımı özetle şöyledir (*Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989; *Saadi/İtalya* [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008; *M.S.S./Belçika ve Yunanistan* [BD], B. No: 30696/09, 21/1/2011; *J.K. ve diğerleri/İsveç* [BD], B. No: 59166/12, 23/8/2016; *Ghorbanov ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 28127/09, 3/12/2013; *Mamatkulov ve Aksarov/Türkiye* [BD], B. No: 46827/99, 4/2/2005; *Babajanov/Türkiye*, B. No: 49867/08, 10/5/2016):

AİHM'e göre yabancıların ülkeye girişleri, ülkede ikamet edişleri ve ülkeden çıkarılmalarına ilişkin konular doğrudan o ülkenin ulusal egemenlik

yetkisine ilişkin olup Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bir başka deyişle bu tür konularda alınan kararların medeni hak ve yükümlülüklerle ilgisi bulunmamaktadır.

Bununla birlikte bir yabancının sınır dışı edilmesi hâlinde kötü muameleye maruz kalacağına dair ciddi emareler bulunması durumunda taraf devletin Sözleşme kapsamında sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Sözleşme, işkence ve kötü muameleye maruz kalma riski bulunan ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğünü içermektedir.

AİHM, Sözleşme'nin 2. (yaşam hakkı) ve 3. maddelerinin (işkence ve kötü muamele yasağı) birlikte ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerde kural olarak işkence ve kötü muamelenin mutlak şekilde yasaklandığı gerçeğinden hareketle başvuruları 3. maddeyle sınırlı olarak incelemektedir. Bu kural geri gönderilen ülkede idam cezası uygulanacağı gibi doğrudan yaşam hakkının konusunu oluşturan şikâyetler bakımından geçerli değildir.

AİHM, kötü muamele riski bulunan ülkeye sınır dışı etmeme yükümlülüğünün kamu düzeni veya kamu güvenliği bakımından risk oluşturanlar bakımından da geçerli olduğununun ve hatta uluslararası terörizm tehlikesinin bulunduğu hâllerde bile bu yükümlülüğe bir istisna getirilemeyeceğinin altını çizmektedir.

AİHM, geri gönderilen ülkede kötü muamele riskinin varlığını haklı gösteren önemli gerekçelerin bulunması hâlinde bu iddiaların kapsamlı ve titiz (etkili) bir şekilde incelenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.

AİHM, söz konusu incelemenin etkililiğinden bahsedebilmek için sınır dışı kararı uygulanmadan önce ilgili kişiye bağımsız bir mercie başvuruda bulunma imkânı sunulması ve inceleme sonuçlanıncaya kadar sınır dışı kararının uygulamasının kendiliğinden (otomatik olarak) durdurulmasının önemine vurgu yapmaktadır.

AİHM'e göre Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline karar verilebilmesi için kötü muamele iddiasının bir olasılığın ötesinde gerçek bir risk düzeyine ulaşması gerekmektedir. Söz konusu riskin ciddiliği incelenirken geri gönderilecek ülkeyle ilgili koşullar taraf devletçe resen araştırılmalıdır. Bu araştırma yapılırken bağımsız insan hakları örgütlerinin ve hükûmetlerin hazırladığı ülke raporlarından yararlanılması mümkündür.

AİHM'e göre başvurucuların kişisel durumlarına ve geri gönderilecekleri ülkede karşılaşacakları risklere ilişkin iddialarını ayrıntılı şekilde açıklama ve (varsa) iddialarını destekleyen belgeleri sunma yükümlülükleri bulunmaktadır. Bir başka deyişle başvurucuların kişisel durumlarına ilişkin iddialarını ispat külfeti kendilerine aittir.

3. Özbekistan'ın Genel Güvenlik Durumuna İlişkin Bilgiler

36. AİHM'in Özbekistan'ın genel güvenlik durumuna ilişkin değerlendirmeleri özetle şöyledir (*Muminov/Rusya*, B. No: 42502/06, 11/11/2008, §§ 67-72; *Shakurov/Rusya*, B. No: 55822/10, 5/6/2012, §§ 101-109; *Zokhidov/Rusya*, B. No: 67286/10, 5/2/2013, §§ 108/113):

AİHM yukarıda yer verilen ve bu kararlarda atıf yapılan diğer birçok kararında Özbekistan'ın genel güvenlik durumunu değerlendirirken Birleşmiş Milletler ve insan hakları alanında faaliyet gösteren sivil toplum örgütlerinin hazırladıkları ülke raporlarından yararlanmıştır. Anılan kararlarda ve kararlarda atıf yapılan raporlarda özetle Özbekistan hükumetinin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'yle işbirliğinden kaçındığına, ülke yetkililerininin işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin uluslararası yükümlülükleri tam olarak yerine getirmediğine vurgu yapılmaktadır.

AİHM, Özbekistan'daki insan haklarına ilişkin genel durumun endişe verici olduğunu ve güvenilir uluslararası kaynaklardan edinilen bilgilere göre polis tarafından gözaltına alınan kişilere karşı işkence uygulamasının "sistematik" ve "ayrım gözetmeksizin" gerçekleştiğini ifade etmektedir.

AİHM, Özbekistan'a sınır dışı etme ya da suçlu iadesine ilişkin başvurularla ilgili olarak Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ilişkin kararlar verdiğini ancak bu durumun Özbekistan'a geri gönderilecek herkesin kötü muamele tehlikesi altında olduğu anlamına gelmeyeceğinin de altını çizmektedir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 10/5/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi

38. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli

ölçüde güçleştirmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurucunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

39. Başvurucu; ülkesi Özbekistan'da öğrenci olduğu dönemde gençlik hareketlerine katıldığını, muhalif tavrı nedeniyle mevcut yönetimin hedefi hâline geldiğini, ülkesinde İslam dinine mensup olanların dinlerini açık veya gizli olarak yaşamalarının mümkün olmadığını, zulüm görme tehlikesi altında olduğu için 2009 yılında ülkesinden kaçarak Türkiye'ye sığındığını belirtmiştir.

40. Başvurucu; Türkiye'ye geldikten sonra evlendiğini, bu evlilikten iki çocuğunun olduğunu, ailesiyle birlikte 2010 yılından beri Gaziantep'te yaşadığını, herhangi bir adli veya idari soruşturma geçirmediğini ifade etmiştir.

41. Başvurucu; pazarlama ve ticaret eğitimi aldığını, geçimini ticaretle sağladığını, Türkiye sınırına çok yakın olan ve güvenli bölge olarak değerlendirilen Azez'e geçerek ticaret yapmayı planladığını, çatışma bölgelerine geçmesinin söz konusu olmadığını dile getirmiştir.

42. Başvurucu; ayrıca İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Af Örgütü gibi kuruluşların Özbekistan ile ilgili insan hakları raporlarına ve Özbekistan eski İngiltere Büyükelçisi'nin ülkedeki insan hakları ihlalleri hakkındaki açıklamalarına yer vermiştir.

43. Başvurucu, Özbekistan'da insan hakları ihlallerinin çok yaygın olduğunu, cezaevlerinde sistematik işkence yapıldığını, ülkesine geri gönderilmesi hâlinde öldürülme ya da kötü muameleye maruz kalma tehlikesi altında bulunduğunu ileri sürmüş; maddi ve manevi tazminat ile adli yardım taleplerinde bulunmuştur.

2. Değerlendirme

44. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

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

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz."

45. Anayasa'nın "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; 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."

46. 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 sınır dışı edilmesi hâlinde öldürülebileceğine ya da kötü muameleye maruz kalabileceğine ilişkin iddiaları, kötü muamele yasağı kapsamında incelenmiş olup yaşam hakkı bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

47. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

48. Anayasa'da yabancıların ülkeye girişleri, ülkede ikamet edişleri ve ülkeden çıkarılmalarına ilişkin konularda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Uluslararası hukukta da kabul edildiği üzere bu husus, devletin egemenlik yetkisi kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla devletin yabancıları ülkeye kabul etmekte veya sınır dışı etmekte takdir yetkisinin

bulunduğu kuşkusuzdur. Ancak anılan işlemlerin -Anayasa'da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturması hâlinde- bireysel başvuruya konu edilebilmesi mümkündür (*A.A. ve A.A.* [GK], B. No: 2015/3941, 1/3/2017, § 54).

49. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında yaşama hakkının yanında maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı da güvence altına alınmıştır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise kimseye "işkence ve eziyet" yapılamayacağı, kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Maddenin sistematiğinden de anlaşılacağı üzere birinci fıkrada genel olarak güvence altına alınan bireyin maddi ve manevi varlığı, üçüncü fıkrada kötü muamelelere karşı özel olarak korunmuştur (*A.A. ve A.A.*, § 55).

50. Anılan maddede, devlete getirilen kötü muamelede bulunmama (negatif) yükümlülüğünün herhangi bir istisnasına yer verilmemiştir. Temel hak ve özgürlüklerin savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde kullanılmasının durdurulmasına imkân veren Anayasa'nın 15. maddesinde de maddi ve manevi varlığın bütünlüğüne dokunulamayacağı belirtilmiştir. Bu durum, kötü muamele yasağının mutlak nitelikte olduğunun açık göstergesidir (*A.A. ve A.A.*, § 56).

51. Ancak bu yasakla korunan hakların gerçek anlamda güvence altına alındığından bahsedebilmek için devletin kötü muamelede bulunmaması yeterli değildir. Devletin aynı zamanda bireyleri kendi görevlilerinin ve üçüncü kişilerin kötü muamele oluşturabilecek eylemlerine karşı da koruması gerekir (*A.A. ve A.A.*, § 57).

52. Nitekim Anayasa'nın 5. maddesinde "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın 17. ve 5. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde devletin bireyi kötü muamele yasağına karşı koruma (pozitif) yükümlülüğünün de bulunduğu anlaşılmaktadır(*A.A. ve A.A.*, § 58).

53. Anayasa'nın 17., 5. ve 16. maddeleri, uluslararası hukuk ve özellikle de Türkiye'nin taraf olduğu Cenevre Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri ile birlikte yorumlandığında devletin egemenlik yetkisi alanında olup gönderildikleri ülkede kötü muameleye maruz kalabilecek yabancıların da maddi ve manevi varlıklarına yönelik risklere karşı korunmalarının

devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığının kabulü gerekir(*A.A. ve A.A.*, § 59).

54. Anılan pozitif yükümlülük kapsamında sınır dışı edilecek kişiye ülkesinde karşılaşabileceği risklere karşı gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için bu kişiye sınır dışı kararına karşı etkili bir "karşı çıkma imkânı" tanınması gerekir. Aksi hâlde sınır dışı edildiğinde kötü muameleye maruz kalma riski altında olduğunu iddia eden ve bu iddiasını delillendirme konusunda devlete göre daha kısıtlı imkânlara sahip olan yabancıya gerçek anlamda bir koruma sağlanabildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır(*A.A. ve A.A.*, § 60).

55. Dolayısıyla kötü muameleye karşı koruma pozitif yükümlülüğünün -anılan yasağın koruduğu hakların doğası gereği- hakkında sınır dışı kararı verilen bir yabancıya "iddialarını araştırtma" ve bu kararı "adil bir şekilde inceletme" imkânı sağlayan usul güvencelerini de içerdiği kuşkusuzdur (*A.A. ve A.A.*, § 61).

56. Bu çerçevede sınır dışı etme işlemi sonucunda yabancının gönderileceği ülkede kötü muamele yasağının ihlal edileceğinin iddia edilmesi hâlinde idari ve yargısal makamlar tarafından söz konusu ülkede gerçek bir ihlal riskinin bulunup bulunmadığı ayrıntılı şekilde araştırılmalıdır. Anılan usul güvencelerinin bir gereği olarak idari makamlar tarafından alınan sınır dışı kararlarının bağımsız bir yargı organı tarafından denetlenmesi, bu denetim süresince sınır dışı kararlarının icra edilmemesi ve yargılama sürecine tarafların etkili katılımının sağlanması gerekir(*A.A. ve A.A.*, § 62).

57. Kötü muameleye karşı koruma yükümlülüğü her sınır dışı işleminde yukarıda belirtilen şekilde bir araştırma yapılmasını gerektirmez. Bu yükümlülüğün ortaya çıkabilmesi için öncelikli olarak başvurucu tarafından savunulabilir (araştırılabilir/tartışılabilir/ araştırmaya değer/ makul şüphe uyandıran) bir iddia ortaya konmalıdır. Bu doğrultuda başvurucu geri gönderileceği ülkede var olduğunu iddia ettiği kötü muamele riskinin ne olduğunu makul şekilde açıklamalı, (varsa) bu iddiayı destekleyen bilgi ve belgeleri sunmalı ve bu iddialar belirli bir ciddilik seviyesinde olmalıdır. Ancak savunulabilir iddianın ortaya konulması somut olayın özelliğine göre farklılık gösterebileceğinden her olayda ayrıcadeğerlendirilme yapılmalıdır(*A.A. ve A.A.*, § 63).

58. Bir iddianın savunulabilir olduğunun kabul edilmesi başvurunun mutlaka ihlalle sonuçlanacağı anlamına gelmemektedir. Bu kabul, başvurucunun iddialarının araştırmaya değer nitelikte olduğunun tespitinden ibarettir. Başvurucunun geri gönderileceği ülkenin koşulları veya kişisel durumu nedeniyle karşılaşabileceği risklere ilişkin iddialarının gerçekliği ve yaptığı açıklamaların makul olup olmadığı titiz bir şekilde araştırılmalıdır. İddianın doğruluğu ve/veya riskin varlığı araştırılırken ulusal veya uluslararası kurum ve kuruluşların düzenledikleri raporlardan ya da somut olay hakkında bilgi edinilmesini sağlayacak başka kaynaklardan yararlanılması mümkündür(*A.A. ve A.A.*, § 64).

59. Sınır dışı etme kararının uygulanması hâlinde kötü muamele yasağının ihlal edilebileceğine karar verebilmek için geri gönderilen ülkedeki riskin varlığının bir olasılığın ötesinde "gerçek bir risk" seviyesinde olduğunun ispatlanması gerekir. Bu konudaki ispat külfeti iddianın niteliğine göre kamu makamlarına ve/veya başvurucuya ait olabilir. İspat yükümlülüğüne ilişkin aşağıda yer verilen değerlendirme ölçütleri bir iddianın savunulabilir olup olmadığını değerlendirirken de dikkate alınmalıdır(*A.A. ve A.A.*, § 65).

60. İlk olarak başvurucu, geri gönderilen ülkede uzun süredir devam eden genel siyasi istikrarsızlık ya da ülkenin tamamına yayılmış iç karışıklık nedeniyle kötü muameleye maruz kalacağını ileri sürebilir. Bu durumda anılan ülkenin genel koşullarının objektif olarak kötü muamele yasağına aykırılık oluşturmayacağının kamu makamları tarafından ortaya konulması gerekir (*A.A. ve A.A.*, § 66).

61. İkincisi geri gönderilecek ülkenin kamu makamlarının etnik kökenleri, dinî inançları, siyasi görüşleri ya da belirli bir gruba mensubiyetleri gibi nedenlerle kişilere sistematik olarak kötü muamelede bulundukları iddia edilebilir. Böyle bir durumda kamu makamları tarafından, belirtilen özelliklerdeki kişi veya grupların ülkelerinde kötü muameleye uğrayıp uğramadıklarının araştırılması gerekir. Buna karşılık başvurucunun da risk altında olduğu iddia edilen gruplara aidiyetini veya mensubiyetini ispatlaması gerekir (*A.A. ve A.A.*, § 67).

62. Üçüncüsü geri gönderilecek ülkede var olduğu iddia edilen risk, başvurucunun herhangi bir gruba mensubiyetinden ya da aidiyetinden bağımsız olarak doğrudan kişisel durumundan kaynaklanabilir. Bu

durumda başvurucunun geri gönderileceği ülkede hangi nedenle kötü muameleye maruz kalacağını açıklaması ve bu iddiasını ispata yarayacak olguları açıkça ortaya koyması gerekir (*A.A. ve A.A.*, § 68).

63. Son olarak geri gönderilecek ülkedeki riskin kamu görevlisi olmayan kişi veya gruplardan kaynaklandığı ileri sürülebilir. Böyle bir durumda ise hem riskin gerçekliğinin hem de söz konusu ülkenin kamu makamlarının bu riski ortadan kaldırmak konusunda yeterli korumayı sağlamakta yetersiz kalacaklarının başvurucu tarafından ortaya konulması gerekir (*A.A. ve A.A.*, § 69).

64. Gerçek riskin varlığına ilişkin maddi olguların bulunup bulunmadığı araştırılırken kural olarak sınır dışı kararının verildiği tarihteki koşullar dikkate alınmalıdır. Ancak yapılacak değerlendirmenin sonucunu doğrudan etkileyecek önemli gelişmeler olması hâlinde yeni durum da gözönünde tutulmalıdır (*A.A. ve A.A.*, § 70).

65. Bu çerçevede yapılan bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesinin öncelikli rolü, geri gönderilen ülkede kötü muamele riskinin varlığına ilişkin savunulabilir bir iddianın bulunduğu durumlarda idari ve yargısal makamlar tarafından anılan yasak kapsamındaki usul güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığını denetlemekten ibarettir. Anayasa Mahkemesi, usul güvencelerinin sağlanmadığını değerlendirdiğinde ikincillik ilkesi gereği kural olarak yeniden yargılama yapılması amacıyla ihlal kararı verir. Usul güvencelerinin sağlandığı durumlarda ise geri gönderilen ülkede gerçek bir kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilir(*A.A. ve A.A.*, § 71).

66. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, somut olayın özel koşulları altında gerekli gördüğü hâllerde geri gönderilen ülkede gerçek bir kötü muamele riski bulunup bulunmadığını istisnai olarak ilk elden kendisi de inceleyebilir. Böyle bir durumda Mahkeme, sınır dışı işleminin gerçekleşmesi hâlinde kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilip edilmeyeceğine ilişkin bir değerlendirme yapabilir (*A.A. ve A.A.*, § 72).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

67. Başvuru konusu olayda, yasa dışı yollardan Türkiye sınırını geçmeye çalışan başvurucunun kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu, hakkında ülkeye giriş yasağı getirildiği ve uluslararası koruma talebinin reddedildiği gerekçeleriyle sınır dışı edilmesine karar verilmiştir.

68. Başvurucu, dinî inancı ve siyasi görüşü nedeniyle ülkesine geri gönderilmesi hâlinde öldürülebileceğini ya da kötü muameleye maruz kalabileceğini ileri sürmüştür (bkz. §§ 39-43).

69. Somut olayda öncelikli olarak geri gönderilen ülkede kötü muamele riskinin varlığına ilişkin savunulabilir bir iddianın bulunup bulunmadığı, bulunması hâlinde idari ve yargısal makamlar tarafından kötü muamele yasağı kapsamındaki usul güvencelerinin sağlanıp sağlanmadığı hususları incelenecektir.

70. Başvurucunun sunduğu bilgi ve belgeler (bkz. §§ 19, 20), geri gönderilen ülkenin koşullarına ilişkin AİHM tarafından yapılan değerlendirmeler (bkz. § 36), başvurucunun Suriye'deki çatışmalar başlamadan önceki bir tarihte (2009) Türkiye'ye giriş yaparak uluslararası koruma talebinde bulunması ve BMMYK tarafından başvurucuya 2010 yılında geçici mülteci statüsü verilmesi birlikte değerlendirildiğinde ülkesinde kötü muameleye maruz kalabileceğine ilişkin iddiaların araştırmaya değer nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

71. Bundan sonraki aşamada başvurucunun savunulabilir iddiasının idari ve yargısal makamlar tarafından ayrıntılı bir şekilde araştırılıp araştırılmadığı, bir diğer ifadeyle yargılama aşamasında kötü muamele yasağı kapsamındaki usul güvencelerininsağlanıp sağlanmadığı incelenecektir.

72. Başvuru konusu olayda İdare Mahkemesi; başvurucunun kamu güvenliği bakımından tehdit oluşturan kişilerden olduğunu, hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunduğunu ve uluslararası koruma talebinin reddedildiğini belirterek sınır dışı edilmesinde hukuka aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.

73. Bununla birlikte başvurucunun 2009 yılından itibaren istikrarlı bir şekilde önce BMMYK ve Göç İdaresi önünde, sonrasında ise İdare Mahkemesinde görülen davada dile getirdiği iddiaları dikkate alınmamıştır. Başvurucunun AİHM'in kararlarına ve insan hakları alanında araştırma yapan sivil toplum örgütlerinin raporlarına konu olmuş iddialarının doğru olup olmadığı hususunda yargılama aşamasında herhangi bir araştırma yapılmadığı gibikararda da anılan iddialara neden itibar edilmediği konusunda bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

74. Dolayısıyla İdare Mahkemesinin Özbekistan'da var olduğu iddia edilen riske ilişkin araştırma ve değerlendirme yapma yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılmaktadır.

75. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

c. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

76. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."*

77. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesine göre esas inceleme sonunda ihlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için tazminata ve/veya yeniden yargılamaya ya da somut olayın özelliğine göre yapılması gerekenlere hükmedilebilir.

78. Somut olayda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

79. İhlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için geri gönderilecek ülkede gerçek bir kötü muamele riskinin bulunup bulunmadığının araştırılması ve değerlendirilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu anlaşıldığından kararın bir örneğinin mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

80. Bununla birlikte 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasında 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrasında yabancının, sınır dışı etme kararına karşı dava açma süresi içinde veya yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilemeyeceği hükmüne bazı istisnalar getirilmiştir.

81. Yeni durumda i) Terör veya çıkar amaçlı suç örgütlerinin yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar, ii) Kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar, iii) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler bakımındansınır dışı edilmelerine karar verildiğinde dava açma süresi içinde veya yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilemeyeceklerine dair hüküm uygulanmayacaktır.

82. Somut olayda başvurucunun kamu güvenliği açısından tehdit oluşturduğu gerekçesiyle sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının ardından idare mahkemesinde yapılacak yeniden yargılama sırasında sınır dışı edilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır (*Y.T.* [TK], B. No: 2016/22418, 1/11/2016). Başvurucunun geri gönderileceği ülkede gerçek bir kötü muamele riski altında olup olmadığının araştırılacağı süreçte sınır dışı edilmesi hâlinde maddi veya manevi bütünlüğü bakımından ciddi bir tehlike ortaya çıkabilecektir.

83. Bu durumda yeniden yargılama kararı verilmesinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için yeterli olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurucunun yeniden yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemesine de karar verilmesi gerekir.

84. Başvurucu, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

85. Yeniden yargılama sonucunda ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılma olanağı bulunması nedeniyle ihlalin tespiti yeterli görüldüğünden manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

86. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucu uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

87. Başvurucuya 1.800 TL vekâlet ücretinin ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 17. maddesininde güvence altına alınan kötü muamele yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Batman İdare Mahkemesine (E.2015/1142, K.2015/2394) GÖNDERİLMESİNE,

E. Yeniden yargılama sonuçlanıncaya kadar başvurucunun SINIR DIŞI EDİLMEMESİNE,

F. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

G. 1.800 TL vekâlet ücretinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

H. 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 FAİZ UYGULANMASINA,

İ. Kararın bir örneğinin İçişleri Bakanlığı Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne GÖNDERİLMESİNE,

J. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 10/5/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

CİHAN KOÇAK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/12302)

Karar Tarihi: 21/9/2017

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Engin YILDIRIM
Üyeler	:	Celal Mümtaz AKINCI
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Recai AKYEL
Raportör	:	Murat ŞEN
Başvurucu	:	Cihan KOÇAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumundaki kötü muamele nedeniyle işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/7/2014 tarihindeTekirdağ 1. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 27/11/2015 tarihinde, başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

5. İkinci Bölüm Birinci Komisyonunca 25/4/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından 23/5/2016 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir.Bakanlık, görüşünü 29/6/2016 tarihinde Anayasa Mahkemesine bildirmiştir.

8. Bakanlık görüşü 4/8/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 8/8/2016 tarihinde bildirmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve ekleri ile Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler doğrultusunda tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu, başvuru tarihinde yaralama suçundan Tekirdağ F Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (Ceza İnfaz Kurumu) hükümlü olarak bulunmaktadır.

11. Başvurucu, belinden rahatsızlığı nedeniyle 24/2/2014 tarihinde Kurum doktoruna muayene olmaya gitmiştir. Başvurucunun hastaneye sevk talebinin Kurum doktoru tarafından reddedilmesi üzerine başvurucu sinkaflı hakaret ederek doktora yumruklasaldırmıştır. Bu olaya ilişkin tutanaklar tutulmuş ve soruşturma başlatılmıştır.

12. Ertesi gün 25/2/2014 tarihinde sayım için başvurucunun kalmakta olduğu koğuşa giden infaz koruma memurları ile başvurucu arasında tartışma yaşanmıştır. Başvurucunun iddiasına göre tartışma, infaz koruma memurunun sayım için başvurucunun ayağa kalkmasını istemesine rağmen belinin ağrıması nedeniyle başvurucunun ayağa kalkmak istememesinden kaynaklanmıştır. İnfaz koruma memurları tarafından olay günü tutulan tutanağa göre ise başvurucu, raporu olduğunu ve hastaneye sevk işlemlerinin yapılması gerektiğini belirterek sayım için gelen infaz koruma memurlarına elindeki dilekçeleri fırlatıp sonrasında sinkaflı küfür etmiştir.

13. İnfaz koruma başmemuru, başvurucunun küfür ettiğinden ve taşkınlık çıkardığından bahisle başvurucunun kendisine ve odaya zarar vermesini engellemek amacıyla kelepçelenmesi ve müşahede odasına götürülmesi talimatını vermiştir. Bunun üzerine başvurucu elleri ve ayakları kelepçelenerek "süngerli oda" olarak tabir edilen müşahede odasına konulmuştur.

14. Başvurucu 26/2/2014 tarihinde Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği dilekçede 25/2/2014 tarihinde sabah sayımında

infaz koruma memurlarının kendisine saldırarak hakaret ettiklerini, elleri ve ayakları kelepçelenerek müşahede odasına konulduğunu, el ve ayaklarının morararak şiştiğini belirterek şikâyetçi olmuştur.

15. Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığı, başlatılan soruşturma kapsamında 4/3/2014 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne yazılan yazı ile başvurucunun Tekirdağ Devlet Hastanesine sevk edilerek hakkında adli rapor düzenlettirilmesini, olaya karışan infaz koruma memurlarının kimliklerinin tespit edilmesini, teşhise elverişli fotoğrafların gönderilmesini ve 24/2/2014 tarihinde başvurucunun revire çıkarılıp çıkarılmadığının bildirilmesini istemiştir.

16. 6/3/2014 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu yetkilileri başvurucuya teşhis yaptırmak suretiyle ilgili infaz koruma memurlarını tespit etmiştir. Tespit edilen infaz koruma memurlarının kimlik bilgileri ve fotoğrafları Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

17. 7/3/2014 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığı, ifadesinin alınması için 12/3/2014 tarihinde başvurucunun hazır edilmesini ve şüpheli infaz koruma memurlarının da ifade vermek üzere müracaat etmelerini istemiştir.Cumhuriyet Başsavcılığı ayrıca başvurucunun olay günü odasından çıkarılıp çıkarılmadığının bildirilmesi ve çıkarılmış ise bununla ilgili kamera kayıtlarının CD'ye aktarılarak gönderilmesi talimatını vermiştir. 14/3/2014 tarihinde anılan talimatlar yerine getirilmiştir.

18. Başvurucunun 12/3/2014 tarihinde beyanı alınmış ve 14/3/2014 tarihinde adli muayene raporu düzenlenmiştir. Anılan raporda başvurucunun sağ ve sol el bilek ulnar ve radial lateralde, sağ ayak bilek anteriorda ve sol cruris distal lateralde ciltte hafif kabuk bağlamış cilt sıyrıkları tespit edilmiştir.

19. Başvurucunun odasına giren on bir infaz koruma memurunun Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığınca ifadeleri alınmıştır.

20. Başvurucunun olay gününe ilişkin anlatımı şöyledir:

"25/02/2014 günü, sabah sayımında rahatsız olmama rağmen alt kata indim ve sandalyeye oturdum. İlk önce Ç. isimli gardiyan geldi, ben sevkim ile ilgili dilekçe yazmıştım, bu dilekçeyi gardiyana uzattım. Bana "ayağa kalk" dedi, ben de rahatsız olduğumu söyledim. Bana "sen kimsin lan" diye bağırmaya başladı ve üzerime yürüdü. Bu sırada odama gelen yanılmıyorsam

başgardiyan, Ç.'yi tuttu. Bu sırada 10-15 kadar gardiyan odama girdi, N. isimli başgardiyanın "bunu alın" diye seslendiğini duydum, bunun üzerine gardiyanlar ellerimden ve ayaklarımdan beni kelepçelediler, kelepçeleme işlemi sırasında tekme ve yumruk ile vurdular ve rahatsız olmama rağmen benim işkence odası dediğim süngerli odaya götürdüler. Kelepçeli bir şekilde odaya attılar. Kelepçeleri çok sıktıkları için ellerim morardı, daha sonra iki gün ellerimi kullanamadım, ayrıca ayaklarımda da morarmalar oldu."

21. İnfaz koruma memurları alınan ifadelerinde; olay günü başvurucunun odasına sayım için gidildiğinde agresif tutum içinde olduğunu, bir süre sonra koğuşun kapısı ve duvarlarını yumruklayarak hakaret içerikli ifadelerde bulunduğunu, infaz koruma başmemurunun, başvurucunun kendisine ve odaya zarar vermesini engellemek amacıyla kelepçelenmesi ve müşahede odasına götürülmesi talimatı üzerine ellerini ve ayaklarını kelepçelediklerini, başvurucuyu müşahede odasına koyduklarını, ona vurmadıklarını, kelepçeleri çok sıkmadıklarını ifade etmişlerdir.

22. Kamera kayıtlarına ilişkin 18/3/2014 tarihli çözümleme tutanaklarında, başvurucunun sabah 08.02'de elleri ve ayakları kelepçeli şekilde müşahede odasına konulduğu ve odada bu şekilde yattığı belirtilmiştir. Saat 13.43'te müşahede odasına giren infaz koruma memurlarının başvurucunun ayaklarındaki kelepçeleri çıkarttıkları ancak ellerindeki kelepçelerin açılamaması nedeniyle başvurucunun iki saate yakın bir süre daha elleri kelepçeli şekilde müşahede odasında kaldığı, ardından başvurucunun kelepçesiz şekilde müşahede odasından çıkarıldığı tespit edilmiştir. Kamera kaydı çözümlemelerinde, başvurucunun darbedildiğine ilişkin bir görüntünün olmadığı ifade edilmiştir. Anılan kamera görüntüleri Anayasa Mahkemesi tarafından da izlenmiş ve infaz koruma memurlarının koğuştaki görüntüleri olmamakla birlikte sayım esnasında koridor kamera görüntülerinden başvurucunun odasına öncelikle sayım için girildiği, sonrasında infaz koruma memurlarının koğuştan çıkıp kapıyı kilitleyip diğer infaz koruma memurları ile tekrar koğuşa geldikleri tespit edilmiştir. Koğuşa giren infaz koruma memurları başvurucuyu elleri ve ayakları kelepçeli olarak süngerli oda diye tabir edilen müşahede odasına götürmüşlerdir. Kamera kayıtlarına göre başvurucu yaklaşık altı saat süreyle elleri arkadan ve ayakları kelepçeli olarak süngerli odada tutulmuştur.

23. Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığınca 2/4/2014 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Anılan kararın gerekçesi şöyledir:

"Şüphelilerin suçlamayı kabul etmemeleri, müştekinin iddialarını doğrulayan tanık bulunmaması ve kamera görüntülerini içeren CD'nin izlenmesi sonucu müştekinin iddia ettiği eylemlere dair herhangi bir görüntü olmadığının tespit edilmiş olması karşısında şüphelilerin üzerilerine atılı suçları işlediklerine dair müştekinin soyut iddiasından başka kamu davası açmaya yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi nedeniyle, şüpheliler hakkında atılı suçlardan dolayı [kovuşturmaya yer olmadığına karar verildi]."

24. Başvurucunun anılan karara karşı yaptığı itiraz Çorlu 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 4/5/2014 tarihli ve 2014/354 Değişik İş sayılı kararıyla reddedilmiştir.

25. Anılan karar başvurucuya 20/6/2014 tarihinde tebliğ edilmiş, başvurucu 8/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV.İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

26. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *"Yönetim tarafından alınabilecek tedbirler"* kenar başlıklı 49. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kurumun düzeninin ve kişilerin güvenliklerinin ciddî tehlikeyle karşı karşıya kalması hâlinde, asayiş ve düzeni sağlamak için Kanunda açıkça belirtilmeyen diğer tedbirler de alınır. Tedbirlerin uygulanması, disiplin cezasının verilmesine engel olmaz."

27. 5275 sayılı Kanun'un *"Zorlayıcı araçların kullanılması"* kenar başlıklı 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Hiçbir hâlde zincir ve demire vurmak tedbir olarak uygulanmaz. Kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar;

a) Yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için,

b) Hekimin talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbî nedenlerle,

c) Diğer kontrol usûllerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle,

kullanılabilir."

28. 4/6/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (İnfaz Tüzüğü) 22. maddesinin (8) numaralı fıkrasışöyledir:

" İnfaz ve koruma başmemuru ile infaz ve koruma memuru, kurumun güvenliğini bozan firara teşebbüs, isyan, rehin alma, saldırı, yasaya veya düzenlemelere dayalı bir emre karşı aktif veya pasif fiziki direnme gibi olaylar ile 5237 sayılı Kanunun 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ortaya çıktığında kurum en üst amirinin izni ile zor kullanabilir. Acil hâllerde tehlikenin ortadan kaldırılması amacıyla izin alınmaksızın da zor kullanılabilir. Durumu derhâl en üst amire iletir. Zor kullanan personel gerekenden fazla kuvvet kullanamaz."

B. Uluslararası Hukuk

29. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

30. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında kötü muamele yasağının demokratik toplumların en temel değeri olduğunu vurgulamıştır. Terörle ya da organize suçla mücadele gibi en zor şartlarda dahi Sözleşme'nin, mağdurların davranışlarından bağımsız olarak işkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlerden men ettiği belirtilmiştir. Kötü muamele yasağının Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden kamusal tehlike hâlinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediği içtihatlarda hatırlatılmıştır (*Selmouni/Fransa,* B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 95; *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 119).

31. Öte yandan bir muamele veya cezanın kötü muamele olduğunu söyleyebilmek için eylemin "minimum ağırlık eşiği"ni aşması beklenir

(*Raninen/Finlandiya*, B. No: 20972/92, 16/12/1997, § 55; *Erdoğan Yağız/Türkiye*, B. No: 27473/02, 6/3/2007 §§ 35-37; *Gafgen/Almanya* [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, §§ 88-90; *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25/3/1993, § 30).

32. AİHM, tutuklu ve hükümlülerle ilgili olarak onların korunmasız ve zayıf durumda olduklarını ve yetkililerin en zor şartlarda dahibu kişilerin fiziksel esenliklerini korumakla sorumlu olduklarını belirtmiştir (*Keenan/Birleşik Krallık*, B. No; 27229/95, § 91; *Tarariyeva/Rusya*, B. No: 4353/03, 14/12/2006, § 73; *Vlademir/Romanov/Rusya*, B. No: 41461/02, 24/7/2008, § 57). Bununla birlikte AİHM, cezaevlerinde bir şiddet potansiyeli bulunduğunu ve tutulan kişilerin direnişinin çok çabuk ayaklanmaya dönüşebileceğini kabul etmektedir (*Satık ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 31866/96, 10/10/2000, § 58; *Dedovsky ve diğerleri/Rusya*, B. No: 7178/03, 15/5/2008, § 81). Bu bağlamda Sözleşme'nin 3. maddesinin güvenliği sağlamak için güç kullanılmasını yasakladığı söylenemez ancak bu güç zorunlu hâllerde kullanılmalı ve aşırı olmamalıdır (*Ivan Vasilev/Bulgaristan*, B. No: 48130/99, 12/4/2017,§ 63).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 21/9/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

34. Başvurucu; ayağa kalkmadığı gerekçesiyle sayım için odasına gelen infaz koruma memurlarının kendine saldırdıklarını, ellerini ve ayaklarını kelepçeleyerek kendisini darbettiklerini etkisiz bir soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiğini belirterek işkence ve kötü muamele yasağı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

35. Bakanlık görüşünde, işkence ve kötü muamele yasağının maddi boyutu bakımından yapılan değerlendirmede başvurucunun olaydan bir gün önce gerçekleşenKurum hekimine yönelik saldırısı anlatılmış ve olay günü başvurucunun infaz koruma memurlarına yönelik olarak gerçekleştirdiği davranışlar nedeniyle kelepçelenip müşahede odasına konulduğu belirtilmiştir. Kelepçe takmak hususunda infaz koruma memurlarının direnişi kırmak amacıyla ve direnişi kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkili oldukları, başvurucunun şikâyetini her türlü şüpheden

uzak makul delille desteklemediği ve güç kullanımının hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir.

36. Bakanlık; işkence ve kötü muamele yasağının usule ilişkin boyutuna dair yaptığı değerlendirmede ise başvurucunun kötü muamele iddialarını ileri sürmesi üzerine soruşturma başlatıldığını ve gerekli tüm adli işlemlerin yapıldığını, başvurucunun şikâyetinin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ifade etmiştir.

37. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında, başvurusunda tüm iddialarını ileri sürdüğünü, takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğunu belirtmiştir.

B. Değerlendirme

38. 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 şikâyetlerinin tamamının işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

39. Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"* kenar başlıklı 17. maddesinin ilgili kısmı 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."*

40. Anayasa'nın 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

> *"Devletin temel amaç ve görevleri, … Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; 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."*

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

41. 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

42. Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında kimseye "işkence" ve "eziyet" yapılamayacağı, kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muamele"ye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anılan fıkrayla özel olarak insan onurunun korunması amaçlanmıştır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 80).

43. Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulma yasağı mutlak bir nitelik taşımakta olup bu kapsamda öncelikle kamusal yetkiyle güç kullanan görevlilerin kişilerin beden ve ruh bütünlüğünehiçbir şekilde zarar vermemelerini gerektirir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 81).

44. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesi 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde ayrıca devlete, kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yükler. Bu ödev üçüncü kişiler tarafından işlenen fiilleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla yetkililerce bilinen ya da bilinmesi gereken bir kötü muamelenin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirlerin alınmaması durumunda devletin sorumluluğu ortaya çıkabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 82).

45. İşkence ve kötü muamele yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde -devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri dikkate alınarak- yasağın maddi ve usul boyutlarının ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda yasağın maddi boyutu sadece bireyleri işkence,insanlık dışı, aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutmama sorumluluğunu (negatif yükümlülük) içermemektedir. Ayrıca bireylerin bu tür muameleye maruz kalmasını engelleyecek etkili önleyici mekanizmaların kurulması yönünde pozitif bir yükümlülük de içermektedir.

46. İşkence ve kötü muamele yasağının usul boyutuna gelince bu yasağın ihlal edildiğine yönelik "tartışılabilir" ve "makul şüphe uyandıran" iddialar, sorumlularının tespitini ve cezalandırılmasını sağlayacak etkili bir soruşturma yapılması sorumluluğunu (pozitif yükümlülük) içermektedir.

47. Somut olayda başvurucunun iddiaları, infaz koruma memurlarının gereksiz ve ölçüsüz olarak kendisine müdahale etmesi ve müşahede odasında elleri ve ayakları kelepçeli olarak tutulması kapsamındadır. Bu bağlamda başvurucunun şikâyeti maddi boyut açısından zor kullanma yetkisinin kullanılması, müşahede odasına alınma ve orada tutulma koşulları ile ilgili ileri sürülen iddialar olarak iki başlıkta; bu hususlara ilişkin şikâyetlerin etkili soruşturulmadığı iddiaları ise usul boyutu başlığı altında incelenmiştir.

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin Maddi Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel İlkeler

48. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası mağdurların eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun kötü muamele yasağının ihlal edilmemesi gerektiğini vurgular. Saikin önemi 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 bile bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Anılan maddelerdeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun herhangi bir istisnaya, haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 104).

49. Bununla birlikte her kötü muamele iddiasında Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği korumadan ve Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerden yararlanılması beklenemez. Bu bağlamda kötü muamele konusundaki iddialar uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için soyut iddiaya dayanan şüphe ötesinde makul kanıtların varlığı gerekir. Bu kapsamdaki bir kanıt yeterince ciddi, açık

ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilmemiş birtakım karinelerden oluşabilir. Bu bağlamda kanıtlar değerlendirilirken ilgililerin süreçteki tutumları da dikkate alınmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 95).

50. Aynı şekilde bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında olabilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekir. Bu asgari eşik, göreceli olup her olayın somut koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda muamelenin süresi, bedensel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşır. Ayrıca muamelenin ardındaki saik ve amaç dikkate alınmalıdır. Muamelenin heyecanın yükseldiği ve duygu yoğunluğunun olduğu bir anda meydana gelip gelmediği de gözönünde bulundurulmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 83).

51. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen bu kavramlar arasında nitelik değil 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, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti, insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla Anayasa tarafından 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).

52. Buna göre anayasal düzenleme kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığına en fazla zarar veren muamele "işkence"dir. Muamelenin ağırlığının yanı sıra "İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"nin 1. maddesinde "işkence"nin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırmak amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle yapıldığı belirtilmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 85).

53. "İşkence" seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, belirli bir süre devam eden, yaralanmaya, yoğun maddi veya manevi ızdıraba sebep olan insanlık dışı muameleler "eziyet" olarak tanımlanabilir. Bu hâllerde duyulan acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz

olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak "eziyet"te, ızdırap vermenin belli bir amaç doğrultusunda yapılması şartı aranmaz (*Cezmi Demir ve diğerleri*,§ 88).

54. Kişileri küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kişide korku, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen muameleler ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele veya ceza" olarak tanımlanabilir. "Eziyet"ten farklı olarak, uygulanan bu muamele kişide bedensel ya da ruhsal bir acı oluşturmasa da küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki yaratmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 89).

55. Bir muamelenin anılan kavramlardan hangisinin kapsamında olduğunu belirleyebilmek için her somut olayın kendi özel koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Aleni olarak yapılması veya kamuoyunun bilgi sahibi olması muamelenin aşağılayıcı niteliğinin belirlenmesinde rol oynasa da muamelenin aleni olmadığı durumlarda kişinin kendini değersiz hissetmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilir. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapılıp yapılmadığı dikkate alınmakla birlikte böyle bir amacın belirlenememesi muamelenin kötü muamele olmadığı anlamına gelmeyecektir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 90).

56. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, kamu görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, normal olmayan bazı şeyleri yedirip içirme gibi aşağılayıcı davranışlar "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele" olabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 90). Bununla birlikte Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmak da yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla bu maddenin ihlali sonucunu doğurma riski taşıyabilir. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından "insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele" oluşturabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 91).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

(1) Zor Kullanma Yetkisinin Kullanılması Yönünden

57. Hükümlü veya tutuklular, Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hukuka uygun olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından mahrum

bırakılabilirlerken (*İbrahim Uysal*, B. No: 2014/1711, 23/7/2014, §§ 29-33) genel olarak Anayasa'nın koruma alanı kapsamında bulunan diğer hak ve özgürlüklere sahiptirler.

58. Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki kural, hükümlü ve tutuklulara yönelik uygulamalar için de geçerlidir. Bu husus 5275 sayılı Kanun'un "*İnfazda temel ilke*" kenar başlıklı 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz.*" şeklinde düzenleme ile açıkça ifade edilmiştir.

59. Bununla birlikte 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). Buna karşın Anayasa'nın 17. maddesinin bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasakladığı söylenemez. Ancak bu tür bir güç sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmamak kaydıyla kullanılabilmelidir. Başka bir ifadeyle kişinin kendi davranışından veya tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hâle gelmedikçe bu neviden fiiller, prensip olarak kötü muamele yasağını ihlal edecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi yakalama sırasında kötü muamele yapıldığı iddialarını değerlendirdiği bir kararında güç kullanmayı gerektiren bir durumun olup olmadığı ve kullanılan gücün orantılı olup olmadığını gözeterek sonuca ulaşmıştır (*Gülşah Öztürk ve diğerleri*, B. No: 2013/3936, 17/2/2016, § 52). Güç kullanmayı gerektiren bir durumun olup olmadığı değerlendirilirken de öncelikle güç kullanmanın hukuka uygun olup olmadığı, sonrasında ise gerekli olup olmadığı gözetilmelidir.

60. 5275 sayılı Kanun'un *"Zorlayıcı araçların kullanılması"* kenar başlıklı 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için -kurumun en üst amirinin emriyle- bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçların ve kelepçenin kullanılabileceği kabul edilmiştir. Bunun yanında İnfaz Tüzüğü'nün 22. maddesinin (8) numaralı fıkrası kapsamında infaz koruma memurlarının kurumun güvenliğini bozan firara teşebbüs, isyan, rehin alma, saldırı, yasaya veya düzenlemelere dayalı bir emre karşı aktif veya pasif fiziki

direnme gibi olaylar ile 5237 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ortaya çıktığındazor kullanma yetkisinin bulunduğu hükmüne yer verilmiştir. Bu bağlamda infaz koruma memurlarının zor kullanma yetkisini kullanabilmesinin yasal dayanağı olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

61. Öte yandan ceza infaz kurumunda saldırganlık gösterme riski yüksek olan hükümlü ve tutuklulara yönelik olarak ceza infaz kurumu personelinin kendilerini korumak, cezaevinde güvenliği ve disiplini sağlamak için daha geniş takdir yetkilerinin olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu takdir yetkisinin iyi niyetli olarak temel hak ve özgürlüklere saygı çerçevesinde kullanılması gerekmektedir.

62. Somut olayda yaralama suçundan hükümlü olarak tutulan başvurucu hakkında olayın meydana gelmesinden bir gün önce Kurum hekimine yumrukla saldırdığı gerekçesiyle soruşturma başlatılmıştır (bkz. § 11). Dolayısıyla başvurucunun saldırgan bir tutum içine girmesi yönünden Ceza İnfaz Kurmunun risk algısının yüksek olması kabul edilebilir bir durumdur.

63. İnfaz koruma memurlarının takdir yetkisini kullanırken iyi niyetli olup olmadığı ve olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde zor kullanma yetkisini kullanmayı gerektiren bir durum olup olmadığı kötü muamele yasağında asgari eşiğin aşılıp aşılmadığının belirlenmesinde en önemli unsurdur. Olay esnasında başvurucunun ellerinden ve ayaklarından kelepçelendiğinde ve süngerli oda olarak tabir edilen müşahede odasına götürüldüğünde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Öte yandan olayın nasıl başladığına yönelik başvurucunun iddiaları ve infaz koruma memurlarının ifadeleri arasında çelişki bulunmaktadır. Sayım esnasında koridor kamera görüntülerinde başvurucunun odasına öncelikle sayım için girildiği, sonrasında infaz koruma memurlarının koğuştan çıkarak kapıyı kilitleyip diğer infaz koruma memurları ile tekrar koğuşa geldikleri tespit edilmiştir. Koğuşa giren infaz koruma memurları başvurucuyu elleri ve ayakları kelepçeli olarak süngerli oda olarak tabir edilen müşahede odasına götürmüşlerdir.

64. Başvurucunun darbedildiğine yönelik başvuru formundaki iddiaları, Cumhuriyet Savcılığına verdiği beyanda ileri sürülmemiştir. Cumhuriyet Savcılığına verdiği beyanda başvurucu el ve ayak bileklerine

kelepçe takılmasından kaynaklanan şişlik ve morarmadan bahsetmiştir. Dolayısıyla infaz koruma memurlarının zor kullanma yetkisini kullanmasını gerektirecek bir durum olup olmadığı net olarak ortaya konulamasa bile başvurucunun saldırganlık açısından risk düzeyi, kamera görüntülerinde infaz koruma memurlarının tutumu ve alınan doktor raporunda sadece kelepçe takılan yerlerde cilt sıyrıklarının tespit edilmesi gözetildiğinde olayda zor kullanmanın gereksiz ve orantısız bir müdahale olduğu söylenemez.

65. Açıklanan nedenlerle başvurucuya yapılan müdahale ile Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayanmuamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

66. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesinin maddi boyutunun ihlaline ilişkin yukarıda yapılan tespitler gözönünde bulundurulduğunda (bkz. §§ 60-64), anılan maddenin usul boyutuna ilişkin şikâyetler incelenebilecek nitelikte bulunmamıştır. Dolayısıyla olaylara müdahale ve zor kullanma yetkisinin kullanılması yönünden başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinin usul boyutunun ihlaline ilişkin iddiaları ayrıca değerlendirilmemiştir.

(2) Müşahede Odasına Alınma ve Sonrasında İleri Sürülen İddialar Yönünden

67. Anayasa'nın 17. maddesi, cezaevinde tutulan bir hükümlü veya tutuklunun içinde bulunduğu şartların insan onuruna yakışır bir şekilde olmasını da koruma altına almaktadır. İnfazın yöntemi ve infaz sürecindeki davranışların mahkûmları, özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinden daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokmaması gerekir. Cezaevinde tutulmanın pratik gerekleri çerçevesinde mahkûmların sağlık ve esenlikleri gibi hususların yeterli bir şekilde güvence altına alınması ve mahkûmlara gerekli tıbbi yardımın sağlanması da insan onuruna yakışır koşulların sağlanması için gereklidir (*Turan Günana*, B. No: 2013/3550, 19/11/2014, § 39).

68. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde cezaevinde tutulma koşullarını değerlendirirken başvurucular tarafından yapılan somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi vebu kapsamda önlemlerin şiddeti,

amacı ve bireyler için sonuçlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir (*Turan Günana*, § 38).

69. Somut olayda başvurucu, saldırgan hareketlerde bulunduğundan bahisle infaz koruma memurlarına, kendisine ve odaya zarar vermesini engellemek amacıyla kontrol altına alınmış ve elleri, ayakları kelepçeli şekilde süngerli oda olarak tabir edilen müşahede odasına götürülmüştür. Mevcut kamera kayıtları, bu iddiaları doğrular niteliktedir. Meydana gelen saldırıyı ve aktif direnmeyi sonlandırmak, genel olarak Ceza İnfaz Kurumunun disiplinini ve düzenini korumak amacıyla başvurucunun müşahede odasına konulduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla burada geçici bir tedbir olarak müşahede odasına konulma söz konusudur. Nitekim idarenin bu uygulaması İnfaz Tüzüğü'nün 49. maddesi kapsamında "kurum düzeninin ve kişilerin güvenliklerinin ciddi tehlikeyle karşı karşıya kalması hâlinde, asayiş ve düzeni sağlamak için Kanun'da açıkça belirtilmeyen diğer tedbirleri" alma yetkisine dayanmaktadır. Sonuç olarak başvurucunun müşahede odasına konulması Ceza İnfaz Kurumunda düzenin sağlanması için tek başına kötü muamele olarak kabul edilemez. Başvurucunun müşahede odasında uzun tutulduğu yönünde iddiası da bulunmamaktadır.

70. Öte yandan ceza infaz kurumlarında kötü muamele olarak kabul edilecek hususlar farklı şekillerde tezahür edebilir. Bunların birçoğu cezaevi idaresi ve görevlilerinin kasıtlı davranışlarından kaynaklanabileceği gibi yönetimsel hatalar sebebiyle de ortaya çıkabilir. Somut olay açısından değerlendirilmesi gereken husus başvurucunun yaklaşık altı saat süreyle elleri ve ayakları kelepçeli olarak süngerli odada tutulmasıdır.

71. Süngerli oda niteliği itibarıyla hükümlü ve tutukluların kendilerine ve başkalarına zarar vermesini engellemek amacıyla tek başlarına geçici olarak tutuldukları odadır. Bu odanın özelliği duvarlarının tamamen süngerle kaplı olması, hükümlü ve tutukluların kendilerine zarar vermesini engelleyecek şekilde dizayn edilmesidir. Somut olayda başvurucunun infaz koruma memurlarına, kendisine ve odasına zarar vermesini engellenmesi amacıyla başvurucu süngerli odaya konulmuştur. Bu tedbirin tek başına herhangi bir kötü muamele olarak nitelendirilmesi mümkün değil ise de başvurucunun bu odada yaklaşık altı saat ayaklarından ve elleri arkadan bağlı bir şekilde tutulmasının makul bir gerekçesinin ve bunu kesinlikle zorunlu kılan bir nedenin

olması gerekir. Kendisine ve başkasına zarar verme imkânı olmayan süngerli odada kelepçeli bir şekilde tutulması başvurucunun bedensel cezaya maruz bırakıldığı algısı yaratmaktadır. Başvurucunun ellerindeki kelepçenin çıkarılamaması ve yaklaşık iki saat elleri arkadan kelepçeli olarak bekletilmesi de bu algıyı kuvvetlendirmektedir. Başvurucunun saldırganlığa devam ettiğinin kabulü hâlinde dahi kamera kayıtlarına göre başvurucunun sakinleşip sakinleşmediğinin düzenli olarak kontrol edildiğine dair bir bulgu da yoktur.

72. Başvurucunun müşahede odasında yaklaşık altı saat ayaklarından ve elleri arkasından kelepçeli olarak tutulmasının başvurucunun sağlık raporunda tespit edilen yaralanmaları ve eylemin kendisi değerlendirildiğinde müdahalenin "eziyet" kapsamında nitelendirilmesi mümkün görülmüş ve devletin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında negatif yükümlülüğüne aykırı davrandığı sonucuna ulaşılmıştır.

73. 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 Edildiğine İlişkin İddia

74. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülüğünün bir de usul boyutu bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, 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).

75. 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 mümkün 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).

76. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların 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 ya da tüm yargılamaları mahkûmiyetle veya belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmemektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 56).

77. Ceza soruşturmasının etkili olması için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek kötü muamele iddiasını aydınlatabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri gerekir. Yetkililer şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmeli, bir şikâyet olmasa bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli belirtiler olduğunda soruşturma açmalıdır(*Cezmi Demir ve diğerleri*, §§ 114, 116).

78. Başvuru konusu olayda kötü muamele yasağının usul boyutu açısından incelenmesi gereken husus başvurucunun kontrol altına alındıktan sonra ayaklarından ve elleri arkadan kelepçeli olarak yaklaşık altı saat müşahede odasında tutulmasıdır.

79. Öncelikle belirtilmesi gereken husus, insan hakları ihlalleri ile ilgili iddialarda soruşturma yükümlülüğünün mutlaka iddiayı kabul etme anlamına gelmediğidir. Bununla birlikte iddiaların ciddiye alınması ve adil bir sonucu garanti eden bir usulle soruşturma yapılması kötü muamele yasağının usul zorunluluğunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda kötü muamele iddiasına yönelik soruşturmalarda en temel husus, mağdur beyanlarının alınması ve doktor muayenesinin geciktirilmeden ayrıntılı olarak yapılmasıdır. Zira doktor raporuiddia edilen muamelenin olup olmadığı, olmuşsa boyutlarının tespiti açısından olmazsa olmaz bir delil niteliğindedir.

80. Başvuru konusu olayda başvurucu müşahede odasından çıkarıldıktanon yedi gün sonra (bkz. § 18) doktor muayenesine götürülmüştür. Yapılan soruşturmadamüşahede odasından çıkarıldıktan sonra başvurucuya doktor muayenesi yapılmaması araştırılmamıştır. Nitekim olaydan on yedi gün sonrasında dahi sıyrıkların bulunduğu gözetildiğinde başvurucunun müşahede odasından çıktıktan sonra şikâyet dilekçesi vermesine rağmen doktor muayenesine götürülmemesinin değerlendirilmesi gerekir. Bunun yanında soruşturmada başvurucunun yaklaşık altı saat kadar ayaklarından ve elleri arkadan kelepçeli olarak süngerli odada tutulması şeklindeki uygulamanın başvurucuyu cezalandırmak amacıyla yapılıp yapılmadığı da değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla başvurucunun iddiaları açısından kelepçeli bir şekilde müşahede odasında tutulmasının nedenleri araştırılmamıştır.

81. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

82. 30/3/2011 tarihli ve 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, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

84. Başvuruda, kötü muamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

85. Kötümuamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturulmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden soruşturma yapılmak üzere Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

86. Başvuru konusu olayda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının maddi ve usul boyutlarıyla ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması ve olay hakkında etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

87. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvurucunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kötümuamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötümuamele yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin kötümuamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmak üzere Tekirdağ Cumhuriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

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 FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

G. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca tahsil edilmesi mağduriyetine neden olacağından başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA 21/9/2017tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKI (MD. 19)

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ERCAN BUCAK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/11651)

Karar Tarihi: 16/2/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	:	Ercan BUCAK
Vekili	:	Av. Bahri KAYA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; tutuklu kalınan sürenin koşullu salıverme tarihinden hak ederek tahliye tarihine kadar olan kısmının bir başka suçtan alınan cezadan mahsup edilmemesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/7/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş sunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma suçundan İstanbul (kapatılan) 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/11/2006 tarihli kararı ile 6 yıl 3 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve hüküm Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 11/6/2007 tarihli ilamıyla onanarak kesinleşmiştir.

9. Anılan kararın infazı yönünden koşullu salıverme tarihi 27/2/2001, hak ederek tahliye tarihi ise 20/9/2002 olarak tespit edilmiştir.

10. Başvurucu İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 8/6/2010 tarihli kararı ile (geriye dönük olarak) 27/2/2001 tarihi itibarıyla koşullu olarak salıverilmiştir.

11. Başvurucu, anılan dosyada 2/2/1996-26/12/2002 tarihleri arasında tutuklu kalmıştır.

12. Başvurucunun tutuklulukta geçirdiği süreden 2/2/1996-3/8/2000 ve 23/12/2000-27/2/2001 tarihleri arasındaki kısımları, tutuklu kaldığı dosyadaki mahkûmiyet ilamının infazı kapsamında cezasından mahsup edilmiş; 3/8/2000-23/12/2000 tarihleri arasında ise bir başka mahkeme tarafından verilen 10 ay hapis cezası infaz edilmiştir.

13. Başvurucu, 5/1/2000 tarihinde işlemiş olduğu hükümlü ve tutukluların ayaklanması suçundan Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 15/12/2011 tarihli kararı ile 6 yıl 8 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve hüküm Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 24/12/2013 tarihli ilamıyla onanarak kesinleşmiştir.

14. Başvurucu, 4/4/2014 tarihinde Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesine müracaat ederek İstanbul (kapatılan) 13. Ağır Ceza Mahkemesince mahkûmiyetine karar verilen davada fazladan cezaevinde kaldığı 1.379 günlük sürenin cezasından mahsubuna karar verilmesini talep etmiştir.

15. Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesi 5/6/2014 tarihinde, başvurucunun İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesindeki davada tutuklulukta geçirdiği 20/9/2002-26/12/2002 tarihleri arasındaki (2 ay 27

günlük) sürenin, 15/12/2011 tarihli kararla verilen 6 yıl 8 ay hapis cezasından mahsubuna karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; hukuk sistemimizde mahsubun mecburiliğinin kabul edildiği, buna göre tutuklu kalınan sürenin mahkûmiyetten mahsup edilmesi için tutukluluğun mahsup yapılacak suça konu mahkûmiyete ait olmasının gerekmediği, tutuklu kalınan suça ilişkin verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenilen diğer bir suç nedeniyle de mahsubun mümkün olduğu değerlendirmelerine yer verilmiştir.

16. Başvurucu 10/6/2014 tarihinde karara itiraz etmiştir. Başvurucunun itirazında koşullu salıvermenin takdire bağlı olmadığını, bu nedenle koşullu salıvermeden sonraki tutukluluk süresinin de cezasından mahsup edilmesi gerektiğini ileri sürdüğü görülmektedir.

17. Bandırma Ağır Ceza Mahkemesinin 17/6/2014 tarihli kararı ile itiraz kesin olarak reddedilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir.

> *"... şartlı tahliye durumunun hükümlü hakkında mutlak uygulanması gereken bir hak olmadığı, hükümlünün bihakkın tahliye tarihinden sonrayı kapsayan tutukluluk süresinin mahsubuna karar verildiği, (muhtemel) şartla tahliye tarihi ile bihakkın tahliye tarihi arasında tutuklu kaldığı sürenin cezasının infazından sayılması gerektiği bu nedenlerle mahsubun yasal şartlarının oluşmadığı, bu haliylede Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 5/6/2014 tarih[li] ... ek karar ile mahsup talebinin reddine dair verilen kararın usul ve yasaya uygun olduğu kanaatine varıl[mıştır.]"*

18. Başvurucu anılan kararı 8/7/2014 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

19. Başvurucu 11/7/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun Metinleri

20. 6/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Mahsup"* kenar başlıklı 63. maddesinin birinci cümlesi şöyledir:

> *"Hüküm kesinleşmeden önce gerçekleşen ve şahsi hürriyeti sınırlama sonucunu doğuran bütün haller nedeniyle geçirilmiş süreler, hükmolunan hapis cezasından indirilir."*

21. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un *"Koşullu salıverilme"* başlıklı 107. maddesinin (1) ve (11) numaralı fıkraları şöyledir:

(1) Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir.

...

(11) Bir hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, hükmü veren mahkemeye; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemeye verilir. Mahkeme, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir. Mahkeme, raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir."

2. Yargıtay Kararları

22. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 31/1/2006 tarihli ve E.2006/1-4, K.2006/7 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

"...

Tutuklama, ceza yargılamasının güvenli yürümesini ve amacına erişmesini sağlamaya yönelik ve yargılama hukuku açısından zorunlu hallerde hakimin verdiği karara dayanan bir önlemdir. Yargılamadaki amaca göre önleyici bir koruma önlemi olduğu kadar kişi özgürlüğü ve güvenliğini kısıtlayan bir içerik de taşımaktadır. Bu nedenle mukayeseli hukukta, sistemler ve sistemlerin dayandığı prensipler farklı olmakla birlikte, kendisine ceza verilmiş olan şahsın, bu cezasından daha önce sınırlandırılmış özgürlük sürelerinin hükmedilen cezasından indirilmesi kabul edilmiştir. Mevkufiyetin (tutukluluğun) mahsubu olarak adlandırılan bu kurumdan amaç, kendisine ceza verilmiş mahkûmun bu cezasından daha evvel çekilmiş, özgürlüğü sınırlayıcı önlemler nedeniyle özgürlüğünden yoksun kaldığı sürelerin tamamen veya kısmen indirilmesinden ibarettir.

Mahsup konusunda, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Ceza Yasamızın 40. maddesinin 1. Fıkrasındaki ... ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Yasanın 63. Maddesindeki ... hükümler ile, her iki yasada da mahsubun mecburiliği (hukukî) sistemi

kabul edilmiş, benzer düzenlemelere 1632 sayılı Askeri Ceza Yasasının 177 ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Yasasının 251/1 maddelerinde de yer verilmiştir. Bu sisteme göre, mahkûm kusuru ile tutuklu kalmış olsa dahi, tutukluluk süresinin verilen cezadan indirilmesi zorunludur. Bu sistemde yargıcın görevi, indirim yapılması için gerekli yasal koşulların doğup doğmadığını kontrol, doğmuş ise yapılan indirimin hesabında hata yapılıp, yapılmadığını denetlemekten ibarettir. Mahsubun hukuki esası hakkında, bu kurumun cezanın hafifletilmesi nedenlerinden biri olduğu, evvelce çekilmiş bir ceza olduğu, hususi af olduğu konusunda çeşitli görüşler bulunmakta ise de, mahsup, suçlu olduğu henüz kesin olarak bilinmeyen kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılması dolayısıyla ortaya çıkan haksızlıkları gidermek için başvurulan ve kişisel özgürlükleri anayasal düzeyde güvence altına alan, önleyici amaçlarla yoksun bırakılan özgürlüğün iadesi için kabul edilen hukuki bir kurumdur ...

...

Görüldüğü gibi, 765 sayılı Yasanın 40 ve benzer düzenlemeleri içeren 5237 sayılı Yasanın 63. maddeleri uyarınca, mahkûmiyet hükmü kesinleşmeden önce gerçekleşen tutukluluk veya özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğurantüm süreler ceza mahkûmiyetinden indirilecektir.

Tutuklu kalınan sürenin mahkûmiyetten mahsup edilebilmesi için, tutukluluğun mahsup yapılacak suça konu mahkûmiyete ait olması gerekmeyip, sanığın tutuklu kaldığı suçtan dolayı verilecek hükmün kesinleşmesinden önce, işlemiş olduğu diğer bir suç nedeniyle de tutuklu kalınan sürenin mahsubu olanaklıdır. Burada önemli olan husus, mahsuba konu mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesidir.

...”

23. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 28/7/2008 tarihli ve E.2008/10163, K.2008/9423 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

“...

Hükümlü fazla tutuklu kaldığı sürenin ... cezasından mahsubunu talep etmiş, bu talep Gürpınar Asliye Ceza Mahkemesinin ... kararı ile ‘Şartla tahliye bir hak değildir, tutuklulukta geçen süre bihakkın tahliye ... tarihini de aşmamıştır.’ gerekçesi ile reddedilmiş[tir].

765 sayılı TCK.nun 40. ve 5237 sayılı TCK.nun 63. maddelerinin ... hükmü karşısında, mahsup işleminin yapılabilmesi için tutuklu kalınan suçtan verilen kararın kesinleşme tarihinden önce bir başka suçun yada suçların işlenmesinin yeterli olacağı, kaldı ki aynı suç tarihinde işlenen suçlardan birinde fazla tutuklu kalınan günlerin diğer suçtan verilen hükümden mahsubunun gerekeceği gözetilmeden reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı[dır.]"

24. Yargıtay 10. Ceza Dairesinin 20/9/2010 tarihli ve E.2008/9433, K.2010/18844 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

"...

Somut olayda uyuşmazlık, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nce yerine getirilmesine karar verilen 9 yıl hapis cezası ile ilgili olarak 647 sayılı Kanun'a göre hak edilen koşullu salıverilme süresinden fazla yattığı sürenin, İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 10 yıl 6 ay hapis cezası nedeniyle koşullu salıverilinceye kadar cezaevinde yatacağı süreden mahsup edilip edilmeyeceği noktasında toplanmaktadır.

... hükümlünün Türkiye'ye nakledildiği tarihte, infazı gereken İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 21.09.2006 tarihli hükmü ile verilen 10 yıl 6 ay hapis cezası da bulunduğundan, her iki hapis cezasının toplanmasından sonra koşullu salıverilme süresinin hesap edilmesi ve buna göre müddetname düzenlenmesi gerekirken, hükümlü hakkında Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesince verilen yerine getirme kararında belirtilen 9 yıl hapis cezasından şartla tahliye kararı verildikten sonra, daha önce hükme bağlanan hapis cezasının infazına başlanması doğru değildir. Ancak, hükümlünün, Ankara 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 9 yıl hapis cezası ile ilgili olarak koşullu salıverilmesine karar verilmiş olduğundan, gelinen aşamada, bu ceza yönünden artık infazın fiilen devamı olanaklı olmadığından, 647 sayılı Kanun'a göre hesap edilen koşullu salıverilme süresinden fazla yattığı sürenin İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesi'nce verilen 10 yıl 6 ay hapis cezası nedeniyle hesap edilen koşullu salıverme tarihine kadar cezaevinde yatması gereken süreden mahsup edilmesi gerekmektedir.

..."

25. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 17/12/2012 tarihli ve E.2012/20277, K.2012/27572 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

"...

Davacı; haksız yere cezaevinde kaldığı 940 gün için maddi ve manevi zararlarının tazminini talep etmiş, mahkemece davacının cezaevinde kaldığı 4 yıl 1 ay 9 günden, yargılama sonucu toplamda aldığı 2 yıl 22 ay 7 gün hapis cezasıdüşüldükten sonraki 3 ay 2 günlük tutukluluk süresi esas alınarak buna göre bulunan 92 gün üzerinden davacıya tazminat verilmesine karar verilmiştir.

Davacı ... 17/11/2003 tarihinde tutuklanmış ve 26/12/2007 tarihinde tahliye edilmiştir. Davacının tahliyesinden sonra da yargılamaya devam edilmiş ve 02/06/2010 tarihinde davacı hakkında üzerine atılı suçlardan toplam 2 yıl 22 ay 7 gün hapis cezasına hükmedilmiş olup, davacının cezaevinde kaldığı toplam süre 4 yıl 1 ay 9 gün (1499 gün) olarak tespit edilmiştir.

Bu sonuçlara göre, davacı hakkında hükmedilen ceza ve tutuklu kaldığı süreye bakıldığında, davacının cezaevinde kaldığı fazla süre 3 ay 2 gündür. Ancak; davacının yargılanması kısa sürede sonuçlanmış olsaydı veya daha az tutuklu kalmış olsaydı 2 yıl 22 ay 7 gün hapis cezasından sanığın suç tarihi itibariyle 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 19. maddesine göre hükümlü sayılması nedeniyle ve iyi halli olmak koşuluyla cezaevinde kalması gereken toplam süre 559 gün olacaktı. Buna karşılık tutuklu olduğu ve hükümlü statüsüne geçememesi nedeniyle 940 gün fazladan cezaevinde kalmış, yani cezası kesinleşip hükümlü statüsünü almadığından kanunun infazda öngördüğü indirimden yararlanamamıştır.

Somut olayda çözümlenmesi gereken sorun; davacının yargılandığı suçlardan uzun süre tutuklu kalmasa veya ceza davası daha önce sonuçlanmış olsaydı, cezaevinde kalması gereken sürenin daha az olacak olduğunu ileri sürerek tazminat isteyip isteyemeyeceğidir.

...

... davacının koruma tedbirine konu mahkum olduğu ceza davasında tutuklu kaldığı 4 yıl 1 ay 9 günlük tutukluluk süresinin sonuçta aldığı cezalar nazara alındığında haddinden fazla uzun olduğu ve adı geçen Sözleşmenin 5/3. maddesine aykırılık oluşturduğu gözetilip, tazminat miktarının buna görebelirlenmesi gerekirken, sonuçta aldığı cezadan fazla tutuklu kaldığı 92 gün esas alınıp, bu süre üzerinden eksik maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi

Kanuna aykırı[dır.]"

26. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 5/6/2013 tarihli ve E.2013/8445, K.2013/15368 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

"...

Tazminat davasının dayanağını teşkil eden Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesinin ... ilamı ile davacının Uyuşturucu Madde Ticareti Yapma suçundan 14.04.2008 tarihinde tutuklandığı ve 16.02.2010 tarihine kadar 1 yıl 10 ay 8 gün süre ile tutuklu kaldığı, yargılama sonucunda eyleminin uyuşturucu madde kullanma suçuna dönüştüğü belirlenerek TCK'nın 191/2, 62. Maddeleri uygulanmak suretiyle 1 yıl 5 ay 5 gün hapis cezasına hükmedildiği ve anılan ilamın temyiz edilmeksizin 24.02.2010 tarihinde kesinleştiği, ceza dava dosyası içersindeki müddetnameye göre davacının anılan suçtan koşullu salıverilme tarihinin 02.04.2009 olduğu ve butarihte tahliye edildiği, 16.02.2010 tarihi arasındatoplam 320 gün fazladan tutuklu kalınan sürenin tazminat istemine konu kabul edilmesi gerektiği ..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

27. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadı

28. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre kanun gereği yetkilendirilmiş, yürütme organı ve taraflardan bağımsız ve yeterli güvencelere sahip yargısal organ olarak Mahkemece verilen ve özgürlükten mahrumiyete yol açan her türlü "mahkûmiyet" kararı, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi kapsamına girmektedir (*Engel ve diğerleri/Hollanda,* B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72,

5370/72, 8/6/1976, § 68). Anılan bentte belirtilen "sonra" ifadesi, tutmanın sadece zaman bakımından mahkûmiyetin ardından gelmesi anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda tutma, mahkûmiyetin bir sonucu olmalı, mahkûmiyetin ardından ve mahkûmiyete bağlı olarak veya mahkûmiyet sebebiyle gerçekleşmelidir (*Weeks/Birleşik Krallık,* B. No: 9787/82, 2/3/1987, § 42).

29. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin, bir mahkûmun af yasasından ya da erkenden şartlı tahliye veya kesin tahliye durumlarından yararlanmasını güvence altına almadığını belirtmektedir (*Alican Demir/Türkiye,* B. No: 41444/09, 25/2/2014, § 89). Ancak, yetkili makamların bu tür bir tedbirden faydalanmak için kanunda belirtilen koşulları yerine getiren herkese, herhangi bir takdir yetkileri bulunmadan, bu tedbiri uygulamakla yükümlü olmaları hâlinde durum farklı olacaktır (*Del Rio Prada / İspanya* [BD], B. No: 42750/09, 21/10/2013, § 126).

30. AİHM; hapis cezasının hatalı bir şekilde hesaplanması dolayısıyla kişinin fazla hapis yatmasını (*Pezone/İtalya,* B. No: 42098/98, 18/12/2003, §§ 31-38), kişinin ulusal hukuk sisteminin öngördüğünden daha uzun bir süre hapsedilmesini (*Grava/İtalya,* B. No: 43522/98, 10//7/2003, §§ 31-46; *Şahin Karataş/Türkiye,* B. No: 16110/03, 17/6/2008) Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlali olarak kabul edilmiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 16/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu, koşullu salıvermenin yetkili makamların takdirine bağlı olmadığını, mahsup kararında koşullu salıverme tarihinin esas alınması gerektiğini, tutuklu kaldığı koşullu salıverme tarihinden hak ederek tahliye tarihine kadar geçen sürenin bir başka suçtan aldığı cezasından mahsup edilmemesinin Anayasa'nın 10., 13., 19. ve 38. maddelerinde düzenlenen haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

33. Anayasa'nın 19. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; ... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz."

34. 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, koşullu salıverme tarihi ile hak ederek tahliye tarihi arasında geçen tutukluluk süresinin infaz edilmekte olan cezasından mahsup edilmemesi nedeniyle daha uzun bir süre hürriyetinden yoksun bırakılması olduğundan, başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

36. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti 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 kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman,* B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

37. Kişilerin fiziksel hürriyetlerini güvence altına alan Anayasa'nın 19. maddesinin, kişi hürriyetinin kısıtlanmasına imkân tanığı durumlardan biri de maddenin ikinci fıkrasında *"Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi"* olarak belirlenmiştir. Bu nedenle yargı organlarınca verilecek mahkûmiyet kararları kapsamında

hapis cezasının veya güvenlik tedbirlerinin infaz edilmesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal etmez (*Tahir Canan* (2), B. No: 2013/839, 5/11/2014, § 33).

38. Mahkemelerce verilmiş mahkûmiyet kararlarının yerine getirilmesi dolayısıyla ortaya çıkan özgürlükten yoksun bırakma hâlleri, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası kapsamına dâhil ise de anılan kural, mahkûmiyet kararının değil tutmanın hukuka uygun olmasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla bu güvence kapsamında, kişi hakkında hükmedilen hapis cezasının yerindeliği veya orantılılığı incelemeye tabi tutulamaz (*Günay Okan,* B. No: 2013/8114, 17/9/2014, § 18).

39. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen *"Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi"* ile bağlantılı bir ihlal iddiası söz konusu ise Anayasa Mahkemesinin görevi kişinin hürriyetten yoksun bırakılmasının kısmen ya da tamamen bu koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekle sınırlıdır. Bir kimse Anayasa'da yer alan diğer sebepler (yakalama, gözaltı ve tutuklama gibi) dışında ancak *"Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi"* kapsamında hürriyetinden yoksun bırakılabilir. Eğer tutmanın kısmen veya tamamen bu koşulları taşımadığı tespit edilirse bu durumun meşru bir amacının olduğundan veya ölçülü olduğundan söz edilemez ve doğrudan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlal edilmiş olur.

40. Bir mahkûmiyet kararının infazına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesi açık bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 19. maddesinin amacı kişileri keyfî bir şekilde hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı korumak olup maddede öngörülen istisnai hâllerde kişi hürriyetine getirilecek sınırlamaların da maddenin amacına uygun olması gerekir (*Abdullah Ünal,* B. No: 2012/1094, 7/3/2014, § 38). Bir kimsenin *"Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi"* kapsamında hürriyetinden yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için herşeyden önce hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin bir mahkeme tarafından verilmesi gereklir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir askere üstü tarafından verilen oda hapsi cezasının "yetkili bir mahkeme" tarafından verilmediğini belirterek Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Hasan Baki Gülcan,* B. No:2013/760, 12/3/2015, §§ 36-50). İkinci olarak yerine getirilecek

kararın hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirlerine ilişkin olması gerekir. Ceza veya güvenlik tedbiri içermeyen bir karara dayanılarak bir kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılması mümkün değildir. Son olarak hürriyetten yoksun bırakılmanın mahkemece verilen hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin kapsamını aşmaması gerekir.

41. Bu itibarla Anayasa Mahkemesince, hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalacağı süreyi doğrudan veya dolaylı olarak etkileyen durumların Anayasa'nın 19. maddesinde tanımlanan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini kabul edilmiştir (*İbrahim Uysal,* B. No: 2014/1711, 23/7/2014, § 26; *Günay Okan*, § 13). Koşullu salıverme kuralları gereği cezaevinde kalınması gereken süre, hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesinin kapsamına dâhildir. Mahsup ise koşullu salıverme süresinin süresinin belirlenmesiyle ve dolayısıyla cezaevinde kalınması gereken süre ile doğrudan ilgilidir.

42. Mahkeme tarafından verilen bir mahkûmiyet kararının infazının sağlanması ve bu bağlamda ceza infaz kurumunda tutulma süresi bakımından, ceza mahkemesinin kararına uygun hareket edilmesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının korunması açısından zorunludur. Dolayısıyla hükümlülerin ceza infaz kurumunda kalacakları sürenin, mahkûmiyet kararına ve ilgili mevzuata uygun olması Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında güvence altına alınmıştır (*İbrahim Uysal,* § 32). Bununla birlikte 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 (*Abdullah Ünal,* § 39). 5237 sayılı Kanun'un mahsuba ilişkin hükümlerinin nasıl uygulanacağı ve bu itibarla hukuk kurallarının yorumu ve somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır.

43. Koşullu salıverilme cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla (iyi hâliyle) topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün şarta bağlı olarak ödüllendirilmesidir. Suçlunun kendisine verilen cezadan daha kısa bir sürede uslanması, eyleminden pişmanlık duyması ve bunu iyi davranışıyla kanıtlaması durumunda cezaevinde daha fazla kalması gereksiz olabilir. Bu durumda koşullu salıverilme, infaz sistemindeki en etkili araçtır. Koşullu salıverilmenin en önemli ögeleri, cezanın belirli bir

süre çekilmiş olması, hükümlünün bu süre içinde iyi hâl göstermesi, koşullu salıverildikten sonra gözetim altında kalması ve koşullu salıverilmenin gereklerine uyulmaması durumunda koşullu salıverilme kararının geri alınabilmesidir (*Günay Okan*, § 20; AYM, E.2001/4, K.2001/332, 18/7/2001).

44. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası bir hükümlünün koşullu salıvermeden otomatik olarak yararlandırılmasını güvence altına almamaktadır. Ancak koşullu salıvermeden yararlanmak için Kanun'da öngörülen tüm şartları taşıyan hükümlüler bakımından ilgili yargı organlarının takdir yetkisinin bulunmadığı (belli bir sürenin çekilmiş olduğu) durumlarda koşullu salıverme hükümlerinin uygulanmaması, kişilerin keyfî olarak hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarını yasaklayan Anayasa'nın 19. maddesi ile bağdaşmayacaktır (konuya ilişkin AİHM'nin yaklaşımı bakımından bkz. § 29).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

45. Yukarıda yer verilen genel ilkelerde hareketle somut olayda incelenecek husus,hukuk kurallarına ve yerleşik yargısal içtihatlara göre başvurucunun şikâyetinde belirttiği sürelerin hukuka aykırı olarak mahsup edilmeyip mahkemece verilmiş hürriyeti bağlayıcı cezanın olması gerekenden fazla yerine getirilip getirilmediğinin tespitidir.

46. Başvurucu, İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesinin 14/11/2006 tarihli kararı ile 6 yıl 3 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve bu cezaya ilişkin olarak anılan Mahkemenin 8/6/2010 tarihli kararı ile (geriye dönük olarak) 27/2/2001 tarihi itibarıyla koşullu olarak salıverilmiştir. Dolayısıyla başvurucunu koşullu salıverilmeden yararlandırılmaması söz konusu değildir.

47. Bununla birlikte başvurucunun koşullu salıverme tarihinden hak ederek tahliye tarihine kadar geçen tutukluluk süresinin bir başka suçtan alınan cezadan mahsup edilmesi talebi derece mahkemelerince kabul edilmemiştir. Bu nedenle infaz edilmekte olan ceza bakımından hürriyetten yoksun bırakılan süreyi doğrudan etkilemesi dolayısıyla koşullu salıverme ve mahsup kurumlarına ilişkin hukuk sistemimizdeki uygulamaların incelenmesi gerekmektedir.

48. Bir kimsenin koşullu salıvermeden yararlanabileceği tarihten sonra hürriyetinden yoksun bırakılmasının çeşitli vesilelerle Yargıtay

içtihatlarına konu olduğu görülmektedir. Yargıtay bir yandan kişilerin koşullu salıvermeden yararlanabileceği tarihten sonraki hürriyetinden yoksun bırakıldıkları sürenin, başka suçtan alınan cezadan mahsup edilebileceğini belirtirken (bkz. §§ 23, 24) diğer yandan bu süre dolayısıyla kişilere tazminat ödenebileceğine işaret etmektedir (bkz. §§ 25, 26). Bu itibarla hukuk sistemimizin bir kimsenin koşullu salıvermeyi hak etmesine rağmen hâlen hürriyetinden yoksun bırakılmasını, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen *"Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi"* kapsamında hukuka uygun bir tutma olarak kabul etmediği görülmektedir.

49. Öte yandan mahsuba ilişkin 5237 sayılı Kanun'un 63. maddesinde yer alan hükmün kesinleşmesinden önce gerçekleşen ve kişinin hürriyetini kısıtlayan bütün hâller nedeniyle geçirilen sürelerin hükmolunan hapis cezasından indirileceğine ilişkin düzenleme karşısında, yargı organlarına mahsuba ilişkin bir takdir yetkisinin tanınmadığı anlaşılmaktadır. İlgili yargı organları mahsuba ilişkin incelemelerinde mahsup şartlarının bulunup bulunmadığını incelemekle ve mahsup şartları oluşmuşsa mahsup kararı vermekle yükümlüdürler. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da ifade edildiği üzere mahsubun uygulanması bakımından burada önemli olan husus, mahsuba konu mahkûmiyete ait suçun, tutuklu kalınan suçtan verilen hükmün kesinleşmesinden önce işlenmesidir (bkz. § 22).

50. Başvurucu İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesindeki dava kapsamında 2/2/1996-26/12/2002 tarihleri arasında tutuklu kalmıştır. Bu dönemdeki tutukluluğun bir kısmı anılan davada verilen mahkûmiyet kararının infazı kapsamında mahsup edilmiştir. Ayrıca tutukluluk sürecinin bir kısmında başka mahkemece verilen mahkûmiyet kararının infaz edildiği görülmektedir (bkz. § 12).

51. Başvurucunun söz konusu davada tutuklu kaldığı diğer sürelerin, Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 15/12/2011 tarihli kararı ile verilen cezadan mahsup edilmesi talebi anılan Mahkemece, yalnızca hak ederek tahliye tarihi sonrasında tutuklu kalınan süre bakımından kabul edilmiştir. Koşullu salıverme ile hak ederek tahliye tarihleri arasında geçen sürenin de cezadan mahsup edilmesi gerektiğine yönelik başvurucunun itirazı, Bandırma Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiş; bunun gerekçesi olarak da koşullu salıvermenin mutlak bir hak olmadığı düşüncesine dayanılmıştır.

52. Başvurucunun İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesince verilen 6 yıl 3 ay hapis cezasına ilişkin olarak 27/2/2001 tarihinde koşullu salıvermeye hak kazandığı ve anılan Mahkemenin 8/6/2010 tarihli kararı ile (geriye dönük olarak) 27/2/2001 tarihi itibarıyla koşullu olarak salıverildiği dikkate alındığında; başvurucunun koşullu salıverme sonrası hürriyetinden yoksun bırakıldığı sürenin, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında (mahkemece verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezanın infazı olarak) hukuka uygun bir tutma niteliğinde bulunduğu söylenemez. Bu sürenin bir başka suçtan verilen cezadan mahsubuna ilişkin koşulların bulunması durumunda, yargı organlarının mahsuba karar verme bakımından takdir yetkilerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

53. Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 15/12/2011 tarihli kararı ile verilen cezaya ilişkin olarak anılan Mahkemenin 5/6/2014 tarihli kararı ile mahsup koşullarının bulunduğu belirtilmesine rağmen başvurucunun koşullu salıverme sonrası hak ederek tahliye tarihine kadar olan hürriyetinin kısıtlandığı sürenin mahsubu yoluna gidilmemiştir. Bunun sonucunda, Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 15/12/2011 tarihli kararı ile verilen mahkûmiyet kararının infazı kapsamında başvurucunun ceza infaz kurumunda kalacağı sürenin uzaması söz konusu olacaktır. Başvurucunun hukuk sistemince belirlenenden daha fazla bir bir süre hürriyetinden yoksun kalmasının hukuki bir temeli bulunmadığından, uzayan bu tutma süresinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır (aynı yöndeki AİHM uygulaması için bkz. § 30).

54. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

55. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 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."

56. Başvurucu tazminat talep etmemiştir.

57. Başvuruda Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

58. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

59. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2006/40) GÖNDERİLMESİNE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 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 FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 16/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

HALAS ASLAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/4994)

Karar Tarihi: 16/2/2017

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

Başkan	:	Burhan ÜSTÜN
Üyeler	:	Serruh KALELİ
		Hicabi DURSUN
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	:	Halas ASLAN
Vekili	:	Av. Caner YETKİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; tutukluluğun makul süreyi aşması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 10/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvuru hakkında görüş sunulmayacağını bildirmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucu Nisan 1993 doğumlu olup olay tarihinde İstanbul'da bulunan Maltepe Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun C-5 koğuşunda bir başka suçtan tutuklu olarak bulunmaktadır.

9. Başvurucu ile birlikte aynı koğuşta tutuklu olarak bulunan ve 1994 doğumlu olan T.S.nin 19/1/2011 tarihinde ceza infaz kurumundaki bilgisayar kursuna çıkartıldığı sırada, kurum görevlilerince hâl ve tavırlarının iyi olmadığı gözlenmiştir. Bunun üzerine T.S. kurum psikoloğuyla görüştürülmüş ve bu görüşmede cinsel istismara uğradığını beyan etmiştir. Bu anlatım üzerine soruşturma başlatılmıştır.

10. Kartal Cumhuriyet Başsavcılığı 21/1/2011 tarihinde mağdur sıfatıyla T.S.nin ifadesini almıştır. T.S. ifadesinde aynı koğuşta kaldığı (aralarında başvurucunun da olduğu) üç kişinin 19/1/2011 tarihindekendisini dövdüklerini, üzerine soğuk su döktüklerini ve fiili livatada (anal yoldan cinsel istismar) bulunduklarını beyan etmiştir.

11. Başvurucu 24/1/2011 tarihinde Kartal Cumhuriyet Başsavcılığında verdiği ifadesinde, T.S.ye vurduğunu ancak fiili livatada bulunmadığını savunmuştur. İfade sırasında başvurucunun müdafii de hazır bulunmuştur.

12. Kartal Adli Tıp Şube Müdürlüğünce düzenlenen 21/1/2011 tarihli raporda T.S.nin anal muayenesinde *"0.5 cm.lik fissür olduğu"* ve buna göre *"anal livataya maruz kaldığı"* tespit edilmiştir.

13. Nüfus kayıtlarına göre başvurucunun yanı sıra diğer şüphelilerin de olay tarihinde çocuk olmaları dolayısıyla Kartal Cumhuriyet Başsavcılığının 18/8/2011 tarihli fezlekesi ile soruşturma dosyası, çocuk ağır ceza mahkemesine dava açılmak üzere Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

14. Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığının (Çocuk Bürosu) 13/10/2011 tarihli iddianamesiyle başvurucunun "basit kasten yaralama ve çocuğun nitelikli cinsel istismarı" suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması

istemiyle aynı yer çocuk ağır ceza mahkemesine kamu davası açılmıştır. İddianamede, T.S.nin şikâyette bulunduğu başvurucunun dışındaki diğer iki şüphelinin de aynı olay nedeniyle cezalandırılması talep edilmiştir.

15. Dava Üsküdar Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinin E.2011/315 sayılı dosyası üzerinden görülmüştür. Mahkeme 9/12/2011 tarihli duruşmada sanık S.D.nin savunmasını ve mağdur T.S.nin beyanlarını almış; başvurucunun da aralarında olduğu sanıkların *"yüklenen suçun CMK nın 100/3-a-6 maddesinde yazılı suçlardan olması ve kuvvetli suç şüphesi altında bulunmaları"* gerekçesiyle tutuklanmalarına karar vermiştir. Mahkemenin duruşmada hazır olmayan başvurucu hakkında tutuklamaya yönelik yakalama emri çıkardığı görülmektedir.

16. Başvurucu anılan karar doğrultusunda aynı Mahkemece 28/12/2011 tarihinde tutuklanmıştır.

17. Mahkemece 22/2/2012, 4/4/2012 ve 30/5/2012 tarihli duruşmalarda ilk tutuklama kararındaki gerekçeler tekrar edilerek tutukluluğun devamına karar verilmiştir.

18. Mahkeme 26/7/2012 tarihinde, sanıklardan R.D.nin doğum yılının bir başka mahkeme tarafından 1984 olarak düzeltildiğini ve buna göre suç tarihi itibarıyla on sekiz yaşını doldurmuş olduğunu, diğer sanıkların eylemlerinin irtibatı dolayısıyla delillerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, davaya bakma hususunda genel görevli mahkeme olarak Kartal ağır ceza mahkemelerinin görevli olduğunu belirtilerek tüm sanıklar yönünden görevsizlik kararı vermiştir.

19. Yargılama Kartal 3. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2012/461 sayılı dosyası üzerinden ve başvurucu yönünden tutuklu olarak sürdürülmüştür. Mahkeme 6/12/2012 tarihli duruşmada başvurucunun savunmasını almış ve *"yüklenen suçların vasıf ve mahiyeti, ceza süreleri, mevcut delil durumuna göre kuvvetli suç şüphesinin bulunması, tutuklama nedenlerinin varlığını devam ettirmesi, yüklenen suçun CMK'nun 100/3 maddesinde ön görülen suçlardan oluşu, tutuklama tedbirinin bu duruma göre ölçülülüğünün devam etmesi"* gerekçeleriyle başvurucunun tahliye talebinin reddine karar vermiştir. Mahkemenin aynı gerekçelerle 28/12/2012 tarihli duruşmada da tutukluluğun devamına karar verdiği görülmektedir.

20. Kartal Adliyesinin kapatılmasıyla İstanbul Anadolu 7. Ağır Ceza Mahkemesi olarak aynı dosya numarası üzerinden davanın görülmesine

devam olunmuştur. Başvurucu müdafii 18/4/2013 tarihinde yapılan duruşmada, başvurucunun tutukluluğunun iki yıla yakın bir süredir devam ettiğini belirterek uzun süredir devam eden tutukluluğun başvurucunun yaşı ve uluslararası alanda yapılan sözleşme hükümleri gözönüne alınarak sonlandırılmasını talep etmiştir. Mahkeme başvurucu müdafiinin talebini reddetmiştir. Mahkemenin talebi reddederken ve daha sonra 12/6/2013, 6/8/2013, 8/10/2013, 4/12/2013, 26/2/2014 ve 26/3/2014 tarihlerinde yapılan duruşmalarda tutukluluğun devamına karar verirken aynı gerekçeleri (bkz. § 19) tekrar ettiği görülmektedir.

21. Başvurucu 26/3/2014 tarihli duruşmada verilen tutukluluğun devamı kararına 1/4/2014 tarihinde itiraz etmiş;İstanbul Anadolu 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 7/4/2014 tarihli kararı ile itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

22. Başvurucu 10/4/2014 tarihinde süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

23. Mahkeme 15/4/2014 tarihli duruşmada, *"yüklenen suçun vasıf ve mahiyeti, ceza süresi, mağdurun soruşturma aşamasındaki beyanı, anal livataya maruz kaldığına dair rapor, ruh halinin bozulduğuna ilişkin rapor, tanık beyanı, düzenlenen tutanaklar gibi delillere göre kuvvetli suç şüphesi delillerinin bulunması tutuklama nedenlerinin varlığını devam ettirmesi, yüklenen suçun CMK'nun 100/3 maddesinde ön görülen suçlardan oluşu, tutuklama tedbirinin bu duruma göre ölçülülüğünün devam etmesi"* gerekçeleriyle tutukluluğun devamına karar vermiştir. Anılan kararda adli kontrol tedbirinin yetersiz kaldığına da değinilmiştir.

24. Öte yandan başvurucunun yargılandığı davada; Üsküdar Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi 14/10/2011 tarihinde, Adli Tıp Kurumu (ATK) 6. İhtisas Kurulu Başkanlığına yazı yazarak mağdur T.S.nin beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığı hususunda rapor aldırılacağından muayene için randevu verilmesini talep etmiştir. ATK, randevu günü olarak 11/6/2012 tarihini Mahkemeye bildirmiştir. Mahkeme 22/2/2012 tarihinde, *"mağdurun korunmaya ihtiyacı bulunan çocuk ve sanığın da suç tarihinde 18 yaşından küçük olduğunu"* belirterek randevu gününün öne alınmasını talep etmiş ancak ATK'ce randevu gününün değiştirilmediği 6/3/2012 tarihinde Mahkemeye bildirmiştir. Mahkeme, beden ve ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti için mağdur T.S.yi bu kez

9/4/2012 tarihinde Marmara Üniversitesi Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği Çocuk Koruma Birimine (Hastane) sevk etmiştir. Hastane 9/1/2013 tarihinde, rapor tanzimi için bir başka hastanedeki tedavi kayıtlarının temin edilmesi gerektiğini (davanın görevsizlik kararı ile gönderildiği) Kartal 3. Ağır Ceza Mahkemesine bildirmiştir. Yapılan yazışmalar sonunda Hastanece 2/9/2013 tarihinde düzenlenen rapor 30/10/2013 tarihinde Mahkemeye gönderilmiştir. Mahkemece 4/12/2013 tarihli duruşmada okunan raporda *"olay sonrasında, çocukta Travma Sonrası Stres Bozukluğu ve Majör Depresif Bozukluk geliştiği ve çocuğun ruh sağlığının bozulduğu, bu ruh sağlığı bozukluğunun yaşadığı cinsel saldırı olayı ile kuvvetle ilişkilendirildiği"* belirtilmiştir.

25. İstanbul Anadolu 7. Ağır Ceza Mahkemesinin 2/5/2014 tarihli kararı ile başvurucunun "kasten yaralama" suçundan beraatına; "çocuğun nitelikli cinsel istismarı" suçundan 8 yıl 4 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir. Mahkemenin bu sonuca ulaşırken 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (2) ve (6) numaralı fıkraları ile aynı Kanun'un 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasını uyguladığı görülmektedir. Mahkeme hükümle birlikte *"verilen ceza süresi ve* [suçun] *CMK'nun 100/3 maddesinde düzenlenen suçlardan olması"* gerekçesiyle tutukluluk hâlinin devamına da karar vermiştir.

26. Anılan karar, başvurucu tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 12/1/2015 tarihli kararı ile hükmün (ceza süresi değiştirilmeksizin) düzeltilerek onanmasına karar verilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

27. 5237 sayılı Kanun'un *"Tanımlar"* kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

> *"Ceza kanunlarının uygulanmasında;*
>
> *...*
>
> *b) Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi,*
>
> *...*
>
> *Anlaşılır."*

28. 5237 sayılı Kanun'un *"Yaş küçüklüğü"* kenar başlıklı 31. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz."

29. 5237 sayılı Kanun'un *"Çocukların cinsel istismarı"* kenar başlıklı 103. maddesinin (18/6/2014 tarihli ve 6515 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 59. maddesiyle yapılan değişiklikten önceki hâli) ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

Anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

...

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur."

30. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü 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; (2)

...

4. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

..."

31. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 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: 2/7/2012-6352/97 md.) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki 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."

32. 5271 sayılı Kanun'un *"Şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri"* kenar başlıklı 104. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir"

33. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutukluluğun incelenmesi"* kenar başlıklı 108. maddesi şöyledir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

(3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de re'sen karar verir."

34. 5271 sayılı Kanun'un *"Adlî Kontrol"* kenar başlıklı 109. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir."

35. 5271 sayılı Kanun'un *"Tazminat istemi"* kenar başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

...

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

...

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

36. 5271 sayılı Kanun'un *"Tazminat isteminin koşulları"* kenar başlıklı 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."

37. 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun *"Tanımlar" k*enar başlıklı 3. maddesinin (1) ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi,

.. .

İfade eder."

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

38. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü ve (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

...

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

...

3. İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin ... makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadı

39. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre tutukluluk süresinin makul olup olmadığı soyut olarak değerlendirilemez. Bu değerlendirmenin her olayın şartlarına göre yapılması zorunludur. Bir olayda tutukluluğun devamı, masumiyet karinesine rağmen kişi özgürlüğü kuralına karşı üstün gelen gerçek bir kamu yararı bulunduğuna dair olaya özel belirtilerin bulunması hâlinde haklı görülebilir. Sanığın tutukluluğunun makul süreyi aşmamasını sağlamak, ilk önce ulusal yargı makamlarına düşen bir görevdir. Bu amaçla ulusal makamlar, masumiyet karinesine gereği gibi özen göstererek, kişi özgürlüğü kuralından ayrılmayı gerektirecek nitelikte kamu yararını haklı kılan gerçek bir ihtiyacın varlığının lehine ve aleyhine ileri sürülen bütün olayları incelemek ve bunları başvurucunun salıverilme taleplerine karşı verdikleri kararlarda göstermek zorundadırlar (*Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 152).

40. AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca, yalnızca bir ceza soruşturması veya kovuşturması çerçevesinde, kişinin suç işlediğine dair şüphenin bulunması hâlinde yetkili adli makamın huzuruna çıkarılması amacıyla tutuklanabileceği yönündeki içtihadını (*Jecius/Litvanya, B*. No: 34578/97, 31/7/2000, § 50; *Wloch/Polonya, B*. No: 27785/95,19/10/2000, § 108) yakın dönemde verdiği *Buzadjı/ Moldova [*BD], *(*B. No: 23755/07, 5/7/2016) kararında geliştirmiştir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğunun ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması gerekir.

41. AİHM, tutukluluğun devamını meşru kılan makul dört temel neden belirlemiştir. Sanığın duruşmaya çıkmama (kaçma) tehlikesi (*Stögmüller/Avusturya,* B. No: 1602/62, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 15), sanığın serbest bırakıldıktan sonra adaletin iyi idaresine zarar verecek tarzda önlemler alabilecek olma tehlikesi (*Wemhoff/Almanya,* B.

No: 2122/64, 27/6/1968, hukuki gerekçe bölümü § 14), tekrar suç işleme tehlikesi (*Matznetter/Avusturya,* B. No: 2178/64, 10/11/1969, hukuki gerekçe bölümü § 7), kamu düzenini bozma tehlikesi (*Letellier/Fransa, B*. No: 12369/86, 26/6/1991, § 51).

42. Öte yandan AİHM ulusal mahkemelerin tutukluluğa ilişkin gerekçelerinin ilgili ve yeterli olduğu takdirde, yetkili ulusal makamların davanın yürütülmesinde "özel bir ihtimam" gösterip göstermediğini de incelemektedir (*Labita/İtalya,* § 153). Tutuklu sanık, davasına öncelik verilmesi ve davasının makul bir sürede sonuçlandırılması hakkına sahiptir. Tutuklu davanın görülmesinde özen gösterilip gösterilmediği belirlenirken soruşturmanın karmaşıklığı ve özel nitelikleri dikkate alınmalıdır (*Scott/İspanya,* B. No:21335/93, 18/12/1996, § 74).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

43. Mahkemenin 16/2/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

44. Başvurucu; yargılandığı davada yapılan on yedi duruşma boyunca yaşı gözönüne alınmaksızın hukuka aykırı olarak tutukluluğun devamına karar verildiğini, tutuklandığı tarihte çocuk olduğunu, uzun süredir devam eden tutukluluğun ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığını ileri sürmüş ve tahliyesiyle birlikte tazminat talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

45. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü ve yedinci fıkraları şöyledir:

"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir ...

...

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."

46. Başvurucu, bireysel başvuru formu ve eklerinde hangi temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin bir açıklamada bulunmamıştır. Anayasa Mahkemesi, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan,* B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Bu itibarla başvurucunun, tutukluluğun makul süreyi aştığına yönelen şikâyetinin Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

47. Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun kanunda öngörülen azami süre veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvurucu tahliye edilmiş veya ilk derece mahkemesi kararıyla başvurucunun mahkûmiyetine karar verilmiş ise dava sonuçlanmış olsun (*Hamit Kaya, B*. No: 2012/338, 2/7/2013, §§ 45-50) ya da olmasın (*Erkam Abdurrahman Ak, B*. No: 2014/8515, 28/9/2016, §§ 48-62; *İrfan Gerçek,* B. No: 2014/6500, 29/9/2016,§§ 33-45) 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır.

48. Bununla birlikte tüketilmesi gereken başvuru yollarının her şeyden önce ulaşılabilir olmaları gerekmektedir. Dolayısıyla mevzuatta bu yollara yer verilmesi tek başına yeterli değildir. Anayasa Mahkemesi, tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasına ilişkin olarak bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla tazminat talebinde bulunulması için Kanun'da öngörülen sürenin geçtiği durumlarda, bu tazminat yolunun ulaşılabilir olmadığını ve tüketilmesinin gerekmediğini belirtmiştir (*Abdullah Akyüz* [GK], B. No: 2013/9352, 2/7/2015, §§ 45-50).

49. Somut olayda hakkındaki mahkûmiyet hükmü 12/1/2015 tarihinde kesinleşen başvurucunun, bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla tazminat talebinde bulunması için 5271 sayılı Kanun'un 142. maddesinde öngörülen dava açma süresi geçmiş bulunmaktadır (bkz. § 36). Bu nedenle söz konusu tazminat yolunun tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiası bakımından ulaşılabilir olmadığı ve dolayısıyla başvurucunun mağduriyetini giderebilecek nitelikte tüketilmesi gereken bir başvuru yolunun bulunmadığı açıktır.

50. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

51. Somut olayda bir süre tutuklu kalan başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahalede bulunulduğu açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

52. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

53. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

54. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

55. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralına yer verilmiştir. Anayasa'nın, 13. maddeyle tüm temel ve hak özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin getirdiği "kanunilik" şartını, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden 19. maddede ayrıca belirttiği görülmektedir. Bu bağlamda birbirleriyle uyumlu olan Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 43).

56. Başvurucu, yargılandığı davada isnat edilen "çocuğun nitelikli cinsel istismarı" suçu dolayısıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmış ve hakkında ilk derece mahkemesince mahkûmiyet kararının verildiği 2/5/2014 tarihine kadar tutukluluk hâli devam ettirilmiştir. Bu nedenle başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama ve tutukluluğun devamı suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

ii. Meşru Amaç

(1) Genel İlkeler

57. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir sınırlama olarak tutuklamaya kimler hakkında, hangi hâllerde ve kimin tarafından karar verileceği açıklanmıştır. Maddede, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir.

58. Buna göre tutuklama, ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamada meşru bir amacın olması için ön koşul, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Maddede ayrıca tutuklamanın "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak *"bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde"* ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır. Anayasa'nın, tutuklamanın meşru nedenlerinin belirlenmesi bakımından kanun koyucuya takdir hakkı tanıdığı görülmektedir.

59. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; kişilerin ancak haklarında suç işlediklerine dair kuvvetli

şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabileceği belirtildikten sonra tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hâllerinde tutukluluk kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir liste bulunmaktadır (AİHM kararlarına göre tutuklama nedenleri için bkz. § 41).

60. Böylece tutuklama nedenleri Anayasa'nın 19. maddesiyle birlikte 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde sınırlı bir şekilde sayılmış olduğundan, bunların dışında bir nedenle tutuklama ya da tutukluluğun devamı kararı verilmesi hâlinde tutmanın meşru amacının bulunduğundan söz edilemeyecektir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

61. Başvurucu hakkında verilen tutukluluğa ilişkin kararlar incelendiğinde kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun ifade edildiği ve tutuklama nedeni olarak isnat edilen suçun5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve Kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasında olmasına, suçun niteliğine, suça ilişkin Kanun'da öngörülen cezanın süresine ve tutuklama tedbirinin ölçülü olmasına dayanıldığı görülmektedir.

62. Bu nedenle başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik tutuklama ve tutukluluğun devamı suretiyle yapılan müdahalenin Anayasa ve Kanun'un öngördüğü anlamda meşru bir amacı bulunmaktadır.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

63. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (*Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62).

64. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konduktan sonra, ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin hürriyetlerinden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman,* § 42).

65. Kişilerin fiziksel hürriyetlerini güvence altına alan Anayasa'nın 19. maddesinin, kişi hürriyetinin kısıtlanmasına imkân tanığı durumlardan biri de üçüncü fıkrada düzenlenen tutuklama tedbiridir.

66. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin, makul sürede yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip olduğu belirtilmiştir. Anılan fıkrada güvence altına alınan "makul sürede yargılanmayı" ve "serbest bırakılmayı" isteme haklarının, birbirinin alternatifi değil tamamlayıcısı olarak değerlendirilmeleri gerekir.

67. Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan "serbest bırakılmayı" isteme hakkı uyarınca bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında tutuklu olan kişiler, ilgili yargı mercilerinden serbest bırakılmalarına karar verilmesini talep edebilirler. Bu hakkın bir yansıması olarak 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasında şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebileceği belirtilmiştir. Yine aynı Kanun'un 108. maddesininde tutukluluğun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde belirli süreleri aşmayacak şekilde resen incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargı organlarınca, tutukluluğun her aşamasında gerek kişinin serbest bırakılma talebi üzerine, gerekse resen yapılan incelemelerde, tutulmanın meşru nedenlerinin açıklanması Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının bir gereğidir (konuya ilişkin AİHM'in yaklaşımı bakımından bkz. §§ 39, 40).

68. Anılan maddede ayrıca tutuklanan kişilerin "makul sürede yargılanmayı" isteme haklarına sahip olduğu ifade edilmiştir. Genel olarak yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının konusudur.

Kişilerin fiziksel hürriyetlerinin kısıtlanmasına ilişkin güvencelerin belirtildiği Anayasa'nın 19. maddesine göre öncelikle tutukluluğun makul süreyi aşmaması gerekir. Bununla birlikte maddenin tutuklu olarak sürdürülen yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması gerektiğine ayrıca işaret ettiği de görülmektedir.

69. Hürriyeti kısıtlanarak yargılanan kişinin yargılamanın makul sürede bitirilmesindeki menfaati, işin doğası gereği diğerlerine göre daha fazladır. Bu bağlamda Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen tutuklu kişinin "makul sürede yargılanma" hakkı, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkına göre daha yüksek bir koruma sağlamaktadır.

70. Buna göre tutuklu olarak sürdürülen soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin süratle sonuçlandırılması gerekir. Bunun için başta savcılıklar ve mahkemeler olmak üzere tüm kamu organları, tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma süreçlerinin -adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelere riayet edilmek koşuluyla- süratli bir şekilde sonuçlandırılması için özenli davranmalıdırlar (konuya ilişkin AİHM'in yaklaşımı bakımından bkz. § 42).

71. Anılan özen yükümlülüğü, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmaya devam edilmesinin keyfî olmadığının, dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahalenin meşru amacının devam ettiğinin söylenebilmesi için zorunludur. Bu itibarla tutuklu kişiler hakkındaki soruşturma/kovuşturma süreçlerinin özenli olarak yürütülmesi Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında güvence altına alınmıştır.

72. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"tutuklamayı zorunlu kılan"* ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir. Anılan Anayasa hükümlerine paralel bir şekilde, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde, tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir.

73. Ölçülülük ilkesinin amacı temel hak ve özgürlüklerin, gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları

uyarınca amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır (AYM, E.2013/57, K.2013/162, 26/12/2013).

74. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "ölçülülük" ilkesini gözetmek öncelikle tutuklamayı yapan ve tutuklamayı devam ettiren yargı mercilerinin görevidir. Bu nedenle bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında uygulanan ya da sürdürülen tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir (*Murat Narman,* § 62).

75. Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde, tutuklamanın ön şartı olan "kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğunun" ayrıca "tutuklama nedenlerinin" ortaya konulması gerekmektedir. Bu husus tutuklama kararlarının düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesininde de ifade edilmiştir. Buna göre tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilecektir.

76. Kuvvetli suç şüphesi, tutuklama için bir ön şart olup varlığını tutukluluğun her aşamasında korumalıdır. Tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını / kovuşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek, B*. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87). Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun, tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmayabilir (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 73; *Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 84). Bununla birlikte soruşturma/kovuşturma süreci ilerledikçe kişi hakkındaki suç şüphesini doğrulayacak ya da ortadan kaldıracak delillere

erişilecektir. Bu nedenle belirli bir süre geçtikten sonra tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun somut olgularla birlikte açıklanması gerekir. Tutukluluğun herhangi bir aşamasında, kişinin tutuklu olduğu suç yönünden kuvvetli suç şüphesini gösteren olgular ortadan kalkmışsa artık tutmanın meşru bir amacının bulunduğu söylenemez.

77. Başlangıçtaki bir tutuklama için işin doğası gereği Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin soyut olarak belirtilmesi yeterli görülebilir. Ancak soruşturma / kovuşturma sürecinde deliller toplandıkça artık delillere etki edilebilmesi imkânı ortadan kalkmakta ya da zorlaşmaktadır. Ayrıca isnat edilen suç dolayısıyla belirli bir süre hürriyetinden yoksun kalan ve bu itibarla yargılama sonunda alınması muhtemel cezanın en azından bir bölümünü karşılayacak kadar tutulan kimsenin kaçma ihtimalinin başlangıçtakine göre azaldığı da söylenebilir. Bu nedenlerle belirli bir süreyi aşan tutukluluğa ilişkin devam kararlarında tutuklama nedenlerinin soyut olarak belirtilmesi yeterli değildir(*Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, § 70).

78. Bu kararlarda tutuklama nedenlerinin somut olgulara dayalı olarak açıklanması ve bu nedenlerin olayın koşullarında neden zorunlu olduğunun ortaya konulması gerekir. Tutukluluk devam ettikçe bir taraftan bireye düşen yükümlülük artarken diğer taraftan tutulmanın dayandığı meşru amaç zayıfladığından, tutuklulun devamı kararlarında davanın genel durumunun yanında, tutuklu kişinin özel durumu da dikkate alınmalı, bu anlamda tutuklama nedenleri kişiselleştirilmelidir (*Hanefi Avcı*, § 84). Tutukluluğun devamı ancak Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."* ifadeleriyle güvence altına alınan ve esasında hukukun temel ilkelerinden biri olan "masumiyet karinesi"ne rağmen, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına üstün gelecek şekilde tutmanın adaletin işleyişi bakımından gerekli olduğunun dayanaklarıyla birlikte açıklanması durumunda haklı bulunabilir.

79. Suç işlemekle itham edilen kişiler hakkında, "ölçülülük" ilkesi uyarınca en genel ifadeyle adaletin iyi işlemesi meşru amacının sağlanması bakımından tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekir. 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinde öngörülen adli kontrol yükümlülükleri tutuklamaya göre temel hak ve hürriyetlere daha hafif etkide bulunan koruma tedbirleridir. Dolayısıyla

tutukluluğun ölçülü olduğunun söylenebilmesi için buna ilişkin kararlarda öncelikle adli kontrol tedbirlerinin tutuklama ile ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından neden yeterli olmadığı ortaya konulmalıdır. Bu husus tutuklama istemleri yönünden 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ifade edilmiştir.

80. Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir kişinin tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir (*Murat Narman,* § 61).

81. Makul sürenin hesaplanmasında 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 (*Murat Narman,* § 66).Bu bakımdan temyiz aşamasında geçen süreler tutukluluk süresinin değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Ancak temyiz incelemesi sonunda bozma kararı verilirse bireyin durumu tekrar suç isnadına bağlı tutmaya dönüşeceğinden bozma sonrası ilk derece mahkemesi önünde geçen süre değerlendirmede dikkate alınacaktır (*Savaş Çetinkaya, B*. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 42).

82. Tutukluluğun uzun sürdüğü veya makul süreyi aştığı şikâyetiyle yapılan bireysel başvurularda, derece mahkemelerince verilen tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda açıklanan gerekçeleri inceleyerek bu gerekçelerin somut olayın özelliklerine göre ilgili ve yeterli olup olmadığını ayrıca yukarıda belirtilen özen yükümlülüğüne uyulup uyulmadığını incelemek Anayasa Mahkemesinin görevidir.

83. Bu denetim sonunda tutukluluğa ilişkin gerekçelerin, başvurucuların hürriyetlerinin kısıtlanmasının meşru nedenlerinin ortaya konulması bakımından ilgili ve yeterli olmadığı veya tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma süreçlerinin kamu organlarının özen yükümlülüğü ile bağdaşmayan tutumları nedeniyle tamamlanmadığı kanaatine varılırsa tutukluğun makul süreyi aştığı sonucuna ulaşılacaktır.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

84. Başvurucu, bir başka suçtan tutuklu olarak bulunduğu çocuk ceza infaz kurumunda, aynı koğuşta birlikte kaldığı ve olay tarihinde 18 yaşından küçük olan bir erkek çocuğa karşı cebir kullanarak cinsel

istismarda bulunmakla suçlanmıştır. Başvurucu, Nisan 1993 doğumlu olup isnat edilen suçun işlendiği tarihte (19/1/2011) 18 yaşından küçüktür (17 yıl 9 ay). Başvurucu hakkında verilen mahkûmiyet hükmünde yaş küçüklüğü nedeniyle ceza indiriminin uygulandığı görülmektedir (bkz. § 25).

85. Bununla birlikte başvurucu, soruşturma aşamasında değil, kovuşturma aşamasında 9/12/2011 tarihinde çıkarılan tutuklamaya yönelik yakalama emri uyarınca 28/12/2011 tarihinde tutuklanmıştır. Buna göre başvurucu, tutuklandığı tarihte 18 yaşını doldurmuş olup çocuk değildir (bkz. §§ 27, 28, 37).

86. Tutuklu olarak sürdürülen yargılama sonunda ilk derece mahkemesinin 2/5/2014 tarihli kararı ile başvurucunun mahkûmiyetine ve hükümle birlikte tutukluluğun devamına karar verilmiştir. Böylece başvurucunun bir suç isnadına bağlı olarak tutulması, mahkûmiyet tarihinde sona ermiştir. Anılan mahkûmiyet hükmünün Yargıtay tarafından onanarak kesinleştiği; böylece başvurucunun tutulmasının yeniden suç isnadına bağlı hâle dönüşmediği görülmektedir. Buna göre başvurucu 28/12/2011-2/5/2014 tarihleri arasında 2 yıl 4 ay 4 gün süreyle bir suç isnadına bağlı olarak hürriyetinden yoksun bırakılmıştır.

87. Başvurucunun isnat edilen "çocuğun cinsel istismarı" suçu yönünden kuvvetli suç şüphesi altında bulunduğu ilk tutuklama kararı da dâhil olmak üzere tutukluluğa ilişkin tüm karalarda vurgulanmıştır. Başvurucu hakkında verilen 15/4/2014 tarihli tutukluluğun devamı kararında suç şüphesine ilişkin *"mağdurun soruşturma aşamasındaki beyanı, anal livataya maruz kaldığına dair rapor, ruh halinin bozulduğuna ilişkin rapor, tanık beyanı, düzenlenen tutanaklar"* gibi somut delillere atıfta bulunulmuştur. Anılan delillerin içeriği dikkate alındığında, tutukluluğun ön şartı olan kuvvetli suç şüphesi yönünden mahkeme kararlarının açıklayıcı ve yeterli olduğu görülmektedir.

88. Derece mahkemelerinin gerekçelerinde yer alan tutuklama nedenlerine ilişkin açıklamalar incelendiğinde, öncelikle suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve Kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasında olmasına değinildiği, ayrıca suçun niteliğine, suça ilişkin Kanun'da öngörülen cezanın süresine ve tutuklama tedbirinin ölçülü olmasına

dayanıldığı görülmektedir. Kişinin mahkûmiyeti hâlinde alacağı hapis cezanın ağırlığı, kaçma şüphesinin varlığına işaret eden durumlardan biridir. Başvurucunun suç işleme eğilimi ve suçun niteliği (çocuk yaştaki mağdurun maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ağır bir saldırı olması) de dikkate alındığında, mahkemelerce verilen tutukluluğun devamı kararlarındaki gerekçelerin, tutukluluğun devamının hukuka uygunluğunu ve tutulmanın meşruluğunu haklı gösterecek özen ve içerikte olduğu; dolayısıyla tutukluluk hâlinin devamına ilişkin bu gerekçelerin tutukluluk süresi dikkate alındığında ilgili ve yeterli olduğu sonucuna varılmıştır.

89. Öte yandan başvurucuya isnat edilen "çocuğun cinsel istismarı" suçunun niteliğinin ve uygulanacak Kanun maddelerinin belirlenmesi bakımından mağdurun ruh ve beden sağlığının bozulup bozulmadığının tespit edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır (bkz. § 29). Bu hususta rapor düzenlenmesine ilişkin olarak başlatılan sürecin tamamlanmasında bir gecikmenin olduğu görülmekle birlikte anılan rapor bir kimsenin uğradığı cinsel istismar dolayısıyla ruh sağlığının bozulup bozulmadığı gibi karmaşık ve zor bir konuya ilişkindir. Bu yönde bir sonuca varılması için birçok tıbbı belgenin temin edilip incelenmesinin yanı sıra farklı alanlardaki uzmanların görüşüne de ihtiyaç duyulabilmektedir. Ayrıca bir kimsenin uğradığı cinsel istismar dolayısıyla ruh sağlığında yaşanan etkilenmenin "bozulma" düzeyine ulaşıp ulaşmadığının tespiti için olay tarihinden sonra belirli bir sürenin geçmiş olması da gerekebilmektedir. Diğer taraftan Mahkeme, anılan raporun düzenlenmesi için süreci hızlandırma bakımından gayret göstermiştir (bkz. § 24). Bu itibarla genel olarak davanın yürütülmesinde derece mahkemelerince bir özensizlik gösterildiği tespit edilmemiştir.

90. Başvurucu hakkındaki tutukluluğun devamına ilişkin derece mahkemelerince açıklanan gerekçelerin hürriyetten yoksun bırakılmanın meşru nedenlerinin belirtilmesi bakımından ilgili ve yeterli olması ve davanın yürütülmesinde bir özensizliğin bulunmaması dikkate alındığında 2 yıl 4 ay 4 günlük tutukluluk süresinin somut olayın koşullarında makul olduğu sonucuna varılmıştır.

91. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 16/2/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

AYDIN YAVUZ VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/22169)

Karar Tarihi: 20/6/2017

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
		Muammer TOPAL
		M. Emin KUZ
		Hasan Tahsin GÖKCAN
		Kadir ÖZKAYA
		Rıdvan GÜLEÇ
		Recai AKYEL
		Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	:	Aydın ŞİMŞEK
Başvurucular	:	1. Aydın YAVUZ
Vekili	:	Av. Birol TAŞ
		2. Birol BAKİ
		3. Burhan GÜNEŞ
		4. Salih Mehmet DAĞKÖY
Vekili	:	Av. Hasan HELVACI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; darbe teşebbüsüyle bağlantılı olarak yürütülen soruşturmada uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmaması, tutukluluğun makul süreyi aşması, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması ve tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 20/10/2016 ve 21/12/2016 tarihlerinde yapılmıştır.

3. Başvurular, başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Yapılan incelemede 2016/39931, 2016/39939 ve 2016/39944 numaralı başvuruların konu bakımından aynı nitelikte olması nedeniyle 2016/22169 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

5. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

6. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

8. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmamışlardır.

9. İkinci Bölüm tarafından 13/6/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

10. Başvuru formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

11. Başvurucuların tutuklanmasına ve ülkemizde olağanüstü hâl ilan edilmesine sebebiyet veren olayların değerlendirilmesi bakımından öncelikle bu olayların meydana geliş şekline ilişkin birtakım bilgilere yer verilmesi gerekir.

A. Darbe Teşebbüsü Süreci

12. Türkiye, 15 Temmuz 2016 gecesi silahlı bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmıştır.

13. Darbe teşebbüsünde bulunanlarca hazırlanan "sıkıyönetim direktifi" ile Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) tarafından emir komuta bütünlüğü içinde devletin yönetimi maksadıyla "Yurtta Sulh Konseyi" teşkil edildiği, yönetime el konulduğu, tüm yurtta sıkıyönetim ve sokağa çıkma yasağı ilan edildiği, kamu yetkisi ile yapılan tüm atama ve görevlendirmelerin teşkil edilen "Yurtta Sulh Konseyi" tarafından veya onun vereceği yetkiye istinaden yapılacağı, bunun haricinde yapılacak işlemlerin yok hükmünde olduğu, mevcut yürütme erkinin görevden el çektirildiği, Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) feshedildiği, tüm valilerin görevden alındığı, tüm vali, kaymakam ve belediye başkanlığı atamalarının "Yurtta Sulh Konseyi" tarafından yapılacağı, siyasi partilerin tüm faaliyetlerinin sonlandırıldığı, polis teşkilatının sıkıyönetim komutanları emrine alındığı belirtilmiştir. Anılan direktifin ve ekindeki sıkıyönetim komutanlıklarına ilişkin atama listesinin, darbe teşebbüsünde bulunanlar tarafından ilgili askerî birimlere ve bakanlıklara gönderildiği anlaşılmıştır.

14. Teşebbüste bulunan grup, işgal ettiği Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu (TRT) aracılığıyla "Yurtta Sulh Konseyi" adına bir bildiri yayımlamıştır. Anılan bildiride "sıkıyönetim direktifi"ndeki hususlara genel olarak yer verilmiştir.

15. Darbe teşebbüsü sırasında TBMM, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi, Ankara Emniyet Müdürlüğü, Emniyet Genel Müdürlüğü Özel Harekât Daire Başkanlığı, Millî İstihbarat Teşkilatı (MİT) yerleşkelerinin de aralarında bulunduğu birçok yere uçak ve helikopterlerin de kullanıldığı bombalı ve silahlı saldırılar yapılmıştır. Öte yandan Cumhurbaşkanı'nın konakladığı otele silahlı baskın yapılmış ancak Cumhurbaşkanı kısa süre önce otelden ayrıldığı için baskın amacına ulaşamamıştır. Ayrıca Başbakan'ın aracının bulunduğu konvoya silahla ateş edilmiş, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının da aralarında bulunduğu

birçok üst düzey askerî yetkili rehin alınmıştır. Yine Avrupa ve Asya'yı birbirine bağlayan Boğaz köprüleri ile İstanbul'da bulunan havalimanları tanklar ve zırhlı araçlar marifetiyle ulaşıma kapatılmış, ülkenin birçok yerindeki çok sayıda kamu kurumu silah zoruyla işgal edilmiş veya buna teşebbüs edilmiştir.

16. Teşebbüs sırasında ülke genelindeki televizyon yayınlarının ve İnternet erişiminin kesilmesi için TÜRKSAT Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme Anonim Şirketinin (TÜRKSAT) de aralarında olduğu ilgili kurum ve kuruluşlara saldırılmış, bazı özel televizyon kanallarının binaları işgal edilmiş ve yayın akışına müdahalede bulunulmuştur.

17. Genelkurmay Başkanlığı tarafından yapılan açıklamada; ilk belirlemelere göre anılan teşebbüse 8.000'in üzerinde askerî personelin karıştığı, teşebbüs sırasında savaş uçakları dâhil 35 uçağın, 3 geminin, 37 helikopterin, 74 tanesi tank olmak üzere 246 zırhlı aracın ve 4.000'e yakın hafif silahın kullanıldığı bilgisine yer verilmiştir.

18. Darbe teşebbüsü tüm anayasal organlar tarafından reddedilmiştir. Cumhurbaşkanı'nın çağrısı üzerine halk sokağa çıkarak darbe teşebbüsüne tepki göstermiştir. Meşru devlet otoritelerinin emir ve talimatlarına göre hareket eden güvenlik güçleri tarafından darbe teşebbüsüne karşı konulmuştur. TBMM'de temsil edilen tüm siyasi partiler ile sivil toplum örgütleri darbe teşebbüsünü kabul etmediklerini açıklamışlardır. Basın yayın organlarının neredeyse tamamı darbe teşebbüsü aleyhine yayınlar yapmıştır. Yurt genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları darbe teşebbüsünde bulunanlar hakkında soruşturma başlatarak güvenlik güçlerine teşebbüse katılanların yakalanması emrini vermişlerdir. Nihayetinde darbe teşebbüsü kapsamlı ve güçlü bir dirençle engellenmiştir.

19. Darbe teşebbüsüne karşı koyan güvenlik görevlileri ile tepki göstermek üzere sokaklara çıkan sivillere uçaklar, helikopterler, tanklar, diğer zırhlı araçlar ve silahlarla saldırılmış; bu saldırılar sonucunda 4'ü asker, 63'ü polis ve 183'ü sivil olmak üzere toplam 250 kişi hayatını kaybetmiş; 23'ü asker, 154'ü polis ve 2.558'i sivil olmak üzere toplam 2.735 kişi yaralanmıştır. Başbakan; darbecilerden 36'sının öldüğünü, 49'unun yaralandığını açıklamıştır.

20. Darbe teşebbüsünün engellenmesinden sonra da milyonlarca insan yeni bir darbe girişimine karşı ülkenin neredeyse her yerinde şehirlerin meydanlarında yaklaşık bir ay boyunca gece sabaha kadar beklemiştir.

B. Darbe Teşebbüsünün Arkasındaki Yapılanmaya İlişkin Olgular

21. Başvurucuların 15 Temmuz darbe teşebbüsü kapsamında bir faaliyete katıldıkları iddiasıyla silahlı terör örgütü üyesi olmanın yanı sıra cebir ve şiddet kullanarak anayasal düzeni değiştirmeye çalışma suçuyla da itham edilmeleri ve bu suçlamalar temelinde yürütülen soruşturmada tutuklanmaları nedeniyle darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanmaya ilişkin bir kısım olguya yer verilmesi gerekir.

22. Türkiye'de Fetullah Gülen isimli kişi tarafından kurulan, 1960'lı yıllardan itibaren faaliyette bulunan ve son yıllara kadar dinî bir grup olarak nitelenen, "Cemaat", "Gülen Cemaati", "Fetullah Gülen Cemaati", "Hizmet Hareketi", "Gönüllüler Hareketi" ve "Camia" gibi isimlerle anılan bir yapılanma bulunmaktadır. Bu yapılanmanın örgütlenmesi ve faaliyetlerine ilişkin olarak pek çok soruşturma ve kovuşturma yürütülmüştür. Son yıllardaki soruşturma ve kovuşturma belgelerinde, yapılanma "Fetullahçı Terör Örgütü" (FETÖ) ve/veya "Paralel Devlet Yapılanması" (PDY) olarak isimlendirilmiştir.

23. Millî Güvenlik Kurulu (MGK), 20/7/2016 tarihli toplantısında darbe girişimini değerlendirmiştir. Bu değerlendirmede darbe girişiminin FETÖ tarafından TSK içindeki mensupları vasıtasıyla başlatıldığı, bu örgütün kuruluş aşamasından itibaren etkisi altına aldığı eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, medya kuruluşları, ticari kuruluşlar ve kamu görevlileri aracılığıyla milleti ve devleti kontrol altında tutmayı amaçladığı belirtilmiştir.

24. Yetkili makamlar tarafından yapılan çok sayıda sözlü ve yazılı açıklamada genel olarak, darbe teşebbüsünün Fetullah Gülen'in talimatı ile başlatıldığı ve onun onayladığı plan doğrultusunda TSK içinde yuvalanmış FETÖ/PDY mensupları, örgüt yöneticisi konumundaki kamu görevlileri, siviller ile polis ve jandarma içine sızmış FETÖ/PDY üyeleri tarafından icra edildiği belirtilmiştir.

25. Bunların yanı sıra ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı olarak yürütülen soruşturmalar sonunda düzenlenen çok sayıdaki iddianamede, teşebbüsün Fetullah Gülen'in bilgisi ve talimatı doğrultusunda FETÖ/PDY mensuplarınca gerçekleştirildiğine yönelik birtakım tespit ve

değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu tespit ve değerlendirmelere esas olguların bir kısmı şöyle özetlenebilir:

1. Tanık Beyanları

i. Genelkurmay Başkanı ifadesinde, FETÖ/PDY'nin TSK içindeki yapılanmasına yönelik mücadele kapsamında 2016 yılı Ağustos ayında yapılacak Yüksek Askerî Şura (YAŞ) toplantısında ciddi kararların alınmasının gündemde olduğunu, terör örgütünün bunun muhtemel sonuçlarını öngörerek silahlı kalkışmada bulunduğunu; darbe teşebbüsü sırasında darbeci askerler tarafından kendisinin rehin alındığını ve kendisine bildiri imzalatılmak istendiğini ancak buna direndiğini, kendisini rehin alanlardan Tuğgeneral H.E.nin *"Dilerseniz sizi kanaat önderimiz Fetullah Gülen ile görüştürürüz."* dediğini, darbe teşebbüsünü planlayan ve yapanların FETÖ/PDY üyesi olduklarını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı iddianamesi).

ii. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca dinlenen iki gizli tanık (Şapka ve Kuzgun) ifadelerinde, irtibatta oldukları FETÖ/PDY mensuplarının çağrısı üzerine darbe teşebbüsünden kısa süre önce Ankara'da bir villada gerçekleştirilen bazı toplantılara katıldıklarını, (darbe teşebbüsünün sivil yöneticisi olduğu ifade edilen) A.Ö.nün yanı sırabazı üst düzey rütbedeki askerlerin katıldığı bu toplantılarda darbenin planlamasının yapıldığını, A.Ö.nün bir konuşmasında 15 Temmuz akşamını kastederek *"yapılacak ilk işlerden birinin görevlendirme verilecek kuvvetlerle cezaevlerinde tutuklu bulunan cemaat mensubu kişileri vakit kaybetmeksizin cezaevlerinden çıkarmak olduğunu"* söylediğini, diğer bir konuşmasında *"Arkadaşlar biraz önce içerideki odada büyüğümüzle* (Fetullah Gülen) *görüştüm, sizlere selamı var. Ben cumartesi veya pazar İstanbul'da olacağım, oradan yurt dışına uçacağım, bir aksilik olmazsa salı günü büyüğümüzle görüşüp çarşamba veya perşembe döneceğim."* dediğini, silahlı darbe girişiminin başarı ile sonuçlanmayabileceği görüşü belirtildiğinde ise orada bulunan herkese *"Bu tür olumsuz düşüncelerle şeytanı içimize karıştırmayalım. Allah'ın yardımı ile bu iş olumlu sonuçlanacaktır."* dediğini; bu toplantılarda Cumhurbaşkanı, Başbakan, İçişleri Bakanı, MİT Müsteşarı, Emniyet Genel Müdürü, Terörle Mücadele Daire Başkanı, Emniyet İstihbarat Daire Başkanı ve Özel Harekât Daire Başkanı'nın rehin alınmasına ilişkin planlamaların yapıldığını belirtmişlerdir

(İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/61972 sayılı soruşturması, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı, 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianameleri).

2. Şüpheli Beyanları

i. Amfibi Deniz Piyade Tugay Komutanı Tuğamiral H.İ.Y. ifadesinde; darbe teşebbüsünden önceki Ramazan Bayramı tatilinde Ankara'da bir kısım askerle birlikte darbe planlamasına ilişkin toplantı yaptıklarını, bu toplantıya A.Ö. isimli FETÖ/PDY imamının katıldığını, toplantıda A.Ö.nün kendilerine *"Ben bu çalışmaları Amerika'ya gidip Fetullah Gülen hocama sunacağım."* dediğini, toplantıda darbeye karşı olan bir kısım generali rehin alma görevinin kendisine verildiğini, kendisinin de darbe girişimi sırasında bu generallerden ikisini rehin aldığını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2/1/2017 tarihli ve E.2017/26 sayılı iddianamesi).

ii. Genelkurmay Başkanı'nın emir subayı olan Yarbay L.T. ifadesinde; yıllarca FETÖ/PDY'ye gönüllü olarak hizmet ettiğini, bu yapıya mensup bir kişinin askerî okula giriş sınavının sorularını kendisine sınavdan önce verdiğini, emir subayı olduğu bir önceki Genelkurmay Başkanı'nın makam odasına FETÖ/PDY'deki üstlerinin talimatıyla dinleme cihazı yerleştirdiğini ve ses kayıtlarını FETÖ/PDY'deki üstüne (cemaat abisine) teslim ettiğini, darbe yapılacağını bir önceki gün sabah saatlerinde yine FETÖ/PDY mensubu olduğunu bildiği Genelkurmay Başkanı Başdanışmanı Albay O.Y.den öğrendiğini, plana göre Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının tek tek alınarak sessiz sedasız işlerinin bitirileceğini, kendisinin görevinin de Genelkurmay Başkanı'nı etkisiz hâle getirmek olduğunu, bu görevi sorgulamadan kabul ettiğini, planlandığı üzere Genelkurmay Başkanı'nın odasına girdiklerini ve kendisini rehin aldıklarını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı iddianamesi).

iii. Jandarma Genel Komutanlığında görev yapmakta olan Binbaşı H.H. ifadesinde; irtibatta olduğu FETÖ/PDY mensuplarınca darbe teşebbüsünden bir gün önce bir araya getirildiği bir kişinin *"artık sürecin dayanılmaz boyutlara ulaştığı, cemaat ile ilişkili kişilerin tespit edildiği, bu kişilerin tamamının meslekten atılacağı ve yıllarca hapiste yatırılacağı, yapacak bir şeyin kalmadığı, Fetullah Gülen'in bu yönde telkinde*

bulunduğu" yönündeki açıklamalarından etkilenerek teşebbüse ilişkin faaliyetlere katıldığını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2016//105585 sayılı soruşturması, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı iddianamesi).

iv. Jandarma Komando Özel Asayiş Komutanlığında görev yapmakta olan Yarbay F.E. ifadesinde; ortaokul yıllarından itibaren FETÖ/PDY ile irtibatlı olduğunu, tayin ile ilgili birimde görev yaptığı dönemde "askerîyenin cemaat imamı" olduğunu düşündüğü "Osman" kod ismini kullanan bir öğretmenin kendisine atanacak personelle ilgili liste verdiğini, bu listelerden uygun olanların atamalarını yaptığını, darbe teşebbüsünü 12/7/2016 tarihinde bu kişiyle ve onun üstünde yer alan kod ismi "Hakan" olan biriyle bir ofiste görüşmesi sonucunda öğrendiğini, burada yapılan toplantıda "Hakan" kod adlı FETÖ/PDY yöneticisinin *"yakın zamanda askerîye içindeki cemaat mensuplarına yönelik büyük bir operasyon yapılacağını, böyle bir operasyon yapılırsa cemaatin kökten biteceğini, bunu engellemek için de 15/7/2016 Cuma gününü Cumartesi'ye bağlayan gece saat 03.00 sıralarında askerîyenin yönetime el koyacağını, talimatın Fetullah Gülen'den geldiğini, harekâtın ilk önce Genelkurmay karargâhının ele geçirilmesi ile başlayacağını, bütün karargâhların ele geçirileceğini ve akabinde bütün illerde sıkıyönetim komutanlıklarının kurulacağını, bu darbenin emir komuta zinciri dâhilinde olmayacağını, kolordu ve tugay seviyesinde kendilerine destek olunacağını"* söylediğini, bu kapsamda kendisine de görev verildiğini belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2016//105585 sayılı soruşturması, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı iddianamesi).

v. Yüzbaşı F.T.Ç. ifadesinde; TSK'da pilot olarak görev yaptığını, küçük yaşlardan itibaren FETÖ/PDY ile irtibatlı olduğunu, darbe teşebbüsünden iki gün önce bazı subaylarla Ankara'da bir evde darbeye ilişkin toplantı yaptıklarını, teşebbüs sırasında kendisinin kullandığı helikopter ile Ankara'da değişik askerî ve sivil hedefe atışlar yapıldığını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2016//108299 sayılı soruşturması, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı iddianamesi).

vi. Müşterek İstihbarat Koordinasyon Merkezi Başkanlığında görev yapan Jandarma Yarbay A.K. ifadesinde; ortaokuldan beri FETÖ/PDY ile irtibatının olduğunu, darbe teşebbüsünden birkaç gün önce

görüştüğü bir yarbay arkadaşının kendisini "abisi" (FETÖ/PDY'deki üstü) olarak tanıttığı bir kişinin yanına getirdiğini, bu kişinin *"Ağustos ayında yapılacak YAŞ toplantısında 3.000 civarında askerin ihraç edileceğini, bu gidişata dur demenin zamanının geldiğini, Hükûmetin YAŞ toplantısını yapmasının engellenmesi gerektiğini, kısa bir zaman içinde darbe yapılacağını ve sıkıyönetim ilan edileceğini, bu darbeyi Fetullah Gülen'in istediğini"* ifade ettiğini, kendisine de bu kapsamda görev verildiğini belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/105585 sayılı soruşturması, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı iddianamesi).

vii. Jandarma İstihbarat Okul Komutanlığında görev yapan Binbaşı M.T. ifadesinde; küçük yaşlardan beri FETÖ/PDY ile irtibatının olduğunu, 15 Temmuz günü öğleden sonra bir yarbay arkadaşının kendisini bir eve getirdiğini, burada tanıdığı başka askerlerin de olduğunu, evde bulunan bir sivilin *"cemaat ile ilişkisi bulunan herkesin bu yılki YAŞ kararıyla ordudan atılacağını, cemaat ile ilgisi olanlara yaşama şansı tanınmadığını, bu nedenle gece yönetime el koyacaklarını"* söylediğini, kendisine de bu kapsamda görev verildiğini belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2016//105585 sayılı soruşturması, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı iddianamesi).

viii. Hava Kuvvetleri Komutanlığı Müşterek Hedef Analiz Yönetim Başkanı Tuğgeneral G.Ş.S. ifadesinde; darbe teşebbüsünün TSK içinde FETÖ/PDY'ye müzahir generallerin komutasında bir süre önce planlandığını, FETÖ/PDY'ye müzahir olduğu bilinen alt kademedeki subaylara ve generallere 15 Temmuz 2016 tarihinden önce görevleri hakkında bilgi aktarıldığını, söz konusu talimatların TSK'nın kendi içinde kullandığı güvenli hatlar aracılığıyla gizlilik içinde iletildiğini belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2/1/2017 tarihli ve E.2017/26 sayılı iddianamesi).

ix. Hava Kuvvetleri Komutanlığı Müşterek Hedef Üretim Analiz Merkezinde görev yapmakta olan Yüzbaşı A.P. ifadesinde, öğrenciliğinden beri FETÖ/PDY ile irtibatının olduğunu, bu süreçte görev yeri değiştikçe kendisiyle irtibat kuran "abi"nin de değiştiğini, Kara Harp Okulunda öğrenci takım komutanı olarak görev yaptığı dönemde kendisinden sol görüşlü bazı öğrencilere onları okuldan

uzaklaştırmak amacıyla kötü muamelede bulunmasının istendiğini, bu durumu sorguladığında FETÖ/PDY'deki "abi"sinin *"Bu öğrencilere kötü muamele yapılması kul hakkına girmez. Çünkü bunların TSK'dan atılması, vatana millete ve İslama hizmettir ve bu şahısların verecekleri zararı önceden önleme amaçlıdır."* diye cevap verdiğini, görev yaptığı askerî birliğin komutanı olan Tuğgeneral G.Ş.S.nin, 10/7/2016 tarihinde kendisinden "MİT Müsteşarlığının, Polis Özel Harekâtın eğitim alanının, İçişleri Bakanlığının, Başbakanlığın, Gölbaşı Özel Harekâtın, Dikmen Vadisi'nde bulunan bir binanın, Ahlatlıbel'de bulunan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı (TİB) binasının, Ümitköy'deki Türk Telekoma ait binanın, üzerinde küçük çanakların (antenlerin) olduğu bir binanın, Gölbaşı'ndaki TÜRKSAT binasının; İstanbul'da bulunan Cumhurbaşkanlığı Köşkü'nün, Kalender Orduevi'nin, Fenerbahçe Orduevi'nin ve Samandıra Askerî Kışlası'nın" harita üzerinden fotoğraflandırılmasını ve bu fotoğrafların altına söz konusu yerlerin koordinat bilgilerinin yazılmasını istediğini, bu görevi yerine getirdiğini, birkaç gün sonra G.Ş.S.nin getirdiği bir haritada işaretlenmiş Ankara'daki 80-90 civarındakavşakla ilgili olarak da aynı işlemleri yaptığını; 15 Temmuz gecesi darbe faaliyetleri devam ederken saat 23.00 sıralarında G.Ş.S.nin kendisini telefonla arayarak Marmaris Okluk Koyu'nda bulunan Cumhurbaşkanlığı binasının koordinatlarını istediğini, bu koordinatları bir yarbay aracılığıyla G.Ş.S.ye ilettiğini belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianamesi).

x. Yarbay İ.A. ifadesinde; TSK'da pilot olarak görev yaptığını, küçük yaşlardan itibaren FETÖ/PDY bünyesinde bulunduğunu, darbe teşebbüsü öncesi kendisi gibi pilot olan bazı subaylarla Ankara'da toplantı yaptıklarını, darbe gecesinde kendisinin kullandığı helikopter ile Ankara'da değişik sivil hedeflere atışlar yapıldığını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2/1/2017 tarihli ve E.2017/26 sayılı iddianamesi).

xi. Akıncı 4. Ana Jet Üssü Komutanlığında pilot olarak görev yapan Teğmen M.M. ifadesinde; lise yıllarından itibaren FETÖ/PDY ile bağlantısının olduğunu, teşebbüsün yaşandığı gün akşam saatlerinde üste yapılan toplantıda bir yarbayın *"Bizim isim listemiz var, hepsi ellerinde, hepimiz bu listedeyiz, bazı generallerden alınmaya başlandı, sonra tek tek bize gelecek, bu işi bugün yapmamız gerekiyor, onlardan önce*

davranmamız gerekiyor." şeklinde açıklama yaptığını, kendisine de bu kapsamda görev verildiğini ve kullandığı uçakla Cumhurbaşkanlığı Külliyesi'nin yanındaki otopark ve köprülü kavşağı bombaladığını, bu sırada kendilerinin yani "cemaatin" darbe yaptığını bildiğini belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianamesi).

xii. Akıncı 4. Ana Jet Üssü Komutanlığında filo komutanı olarak görev yapan H.H.B. ifadesinde; teşebbüs gecesinde kendisine verilen görev uyarınca TBMM'yi bombaladığını, kendisinin FETÖ/PDY ile ilgisinin olmadığını ancak darbe girişiminin Fetullah Gülen'in kontrolündeki bu yapı mensuplarınca gerçekleştirildiğini belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 31/3/2017 tarihli ve E.2017/10698 sayılı iddianamesi).

xiii. Akıncı 4. Ana Jet Üssü Komutanlığında pilot olarak görev yapan M.M.K. ifadesinde; FETÖ/PDY ile irtibatının olduğunu, teşebbüsün yaşandığı gece üsse getirilen (rehin alınmış) komutanları kendisine önceden bildirilmiş olan odalara götürdüğünü ancak bu olaylardan sonra yanlış yolda olduğunu anladığını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianamesi).

xiv. Akıncı 4. Ana Jet Üssü Komutanlığında pilot olarak görev yapan A.K. ifadesinde; lise son sınıftan itibaren FETÖ/PDY ile irtibatının olduğunu, darbe teşebbüsünün bu yapı tarafından yapıldığını, kendilerinin de bu faaliyette kullanıldığını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianamesi).

xv. Kara Kuvvetleri Tayin Daire Başkanlığında astsubay olarak görev yapmakta olan T.F.D. ifadesinde; FETÖ/PDY ile ilgisinin olduğunu, darbe teşebbüsünden bir gün önce kendisiyle irtibat kuran FETÖ/PDY mensubu bir kişinin yönlendirmesiyle bazı askerlerle bir araya geldiğini, onların emirleriyle hareket ettiğini, bu kapsamda general lojmanlarının bulunduğu yerden alıkoydukları bir kişiyle (Jandarma Genel Komutanı) birlikte Akıncılar Üssüne gittiklerini, bu olayda FETÖ tarafından kullanıldığını belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianamesi).

xvi. Yukarıda belirtilenlerin dışında darbe teşebbüsüne katılmakla suçlanan çok sayıda asker şüpheli ifadelerinde; darbe teşebbüsünün FETÖ/PDY tarafından gerçekleştirildiği yönünde bir açıklamada bulunmaksızın anılan yapılanma ile çok uzun yıllardır devam eden ilişkilerinin olduğunu belirtmişlerdir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı, 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianameleri).

xvii. Başbakanlık Özel Kalem Müdürlüğünde görev yapan M.U. ifadesinde; Başbakan'a gelen davetiyeleri Özel Kaleme sunma görevini yürüttüğünü, FETÖ/PDY mensubu olup örgüt içinde "abi" tabir edilen konumda bulunduğunu, değişik yerlerde ve kademelerde örgüt adına sorumlu olduğu sivil ve askerî kişilere örgütsel eğitim verdiğini, 14/7/2016 tarihinde kendisi evde yokken evinde bazı kişilerce darbeyle ilgili toplantı yapıldığını, darbe teşebbüsünü FETÖ/PDY mensuplarının planlayıp gerçekleştirdiklerini belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2/1/2017 tarihli ve E.2017/26 sayılı iddianamesi).

3. Darbe Teşebbüsünün Sivil Yöneticilerine İlişkin Olgular

i. Soruşturma mercilerince darbe teşebbüsünün sivil yöneticileri oldukları belirtilen beş kişinin (A.Ö., K.B., H.Ç., N.O. ve H.B.) darbe teşebbüsü sırasında teşebbüsün yönetildiği ana merkez olan Akıncılar Hava Üssünde olduğu, A.Ö.nün teşebbüs sürecini bizzat buradan yönettiği, K.B.nin bu süreçte üssün içinde askerlerle konuştuğu ve onlarla birlikte çalışma odalarına girip çıktığı, N.O. ve H.B.nin ise üssün içinde koridorlarda yürüdükleri video kayıtları ve ifade tutanakları ile tespit edilmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı, 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianameleri).

ii. Bu kişiler, teşebbüste bulunan askerlerle birlikte Akıncılar Hava Üssünün içinde ve/veya çevresinde yakalanmışlardır. A.Ö., K.B. ve H.B. ifadelerinde; darbe teşebbüsünün yaşandığı gece burada bulunmalarının nedenini "arsa/tarla bakmaya gitmek" olarak açıklamışlar; H.Ç. sahibi olduğu bir okulda öğrenim gören ismini bilmediği bir öğrencisinin velisi olan albay tarafından davet edilmesi üzerine Akıncılar Hava Üssüne gittiğini beyan etmiş; N.O. ise hayvan yetiştiriciliği ile ilgili çekeceği bir belgesel için görüşme ve anlaşma yapmak üzere üssün bulunduğu yere gittiğini ve bu bölgeyi bilmediğini

belirtmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı, 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianameleri).

iii. Soruşturma mercilerinin tespitlerine göre A.Ö. bir üniversitenin ilahiyat fakültesinde (yardımcı doçent unvanıyla) öğretim üyesi olarak görev yapmakta olup Fetullah Gülen tarafından FETÖ/PDY içinde üst düzey yönetici (Hava Kuvvetleri Komutanlığından sorumlu imam) olarak görevlendirilmiştir (tanık Ç.A.nın aynı yöndeki ifadesi için bkz. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2/1/2017 tarihli ve E.2017/26 sayılı iddianamesi). A.Ö.nün uzun zamandır Fetullah Gülen'e yakın biri olduğu belirtilmiş ve buna ilişkin olarak Fetullah Gülen'in yanında çekilmiş fotoğraflarına yer verilmiştir. Yine K.B.nin FETÖ/PDY ile ilişkili bir holdinge bağlı şirkette genel müdür olarak görev yaptığı, H.Ç.nin ise bu yapılanmayla ilgili olduğu ifade edilen bir özel okulun sahibi olduğu belirtilmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı, 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianameleri).

iv. Darbe teşebbüsünün sivil yöneticileri oldukları ifade edilen bu kişilerin yurt içindeki ve yurt dışındaki seyahatlerine ilişkin kayıtlar incelendiğinde, son dönemde aynı tarihlerde Ankara'ya gelip döndükleri, yine aynı veya yakın tarihlerde yurt dışına çıktıkları ve yurda döndükleri anlaşılmıştır. Bu bağlamda A.Ö., N.O. ve H.B.nin birlikte otomobille 27/12/2015, 9/1/2016, 16/1/2016, 30/1/2016, 20/2/2016, 29/2/2016, 14/3/2016, 30/3/2016, 5/5/2016, 27/5/2016, 4/6/2016 ve 15/6/2016 tarihlerinde Ankara'ya geldikleri ve Ankara'da bazı askerlerle birlikte darbenin planlanmasına dair toplantılar yaptıkları tespit edilmiştir. Diğer taraftan soruşturma mercilerinin tespitlerine göre A.Ö. 14/3/2016 tarihinde Ankara'da yaptığı toplantı sonrasında 17/3/2016 tarihinde ABD'ye gitmiş ve 21/3/2016 tarihinde Türkiye'ye dönmüştür. Bu dönemde K.B., H.Ç. ve N.O.nun da ABD'de oldukları anlaşılmıştır. A.Ö.nün 15/6/2016 tarihinde darbeye hazırlık toplantısı yapmak üzere Ankara'ya geldiği, sonrasında 20/6/2016 tarihinde N.O. ile birlikte ABD'ye gittiği ve 25/6/2016 tarihinde bu kez H.Ç. ile (aynı gün) Türkiye'ye döndüğü belirtilmiştir. Bu dönemde K.B.nin de ABD'de olduğu tespit edilmiş; bu kişilerin Fetullah Gülen ile durum değerlendirmesi yaptıkları ifade edilmiştir. Son olarak A.Ö.nün darbe teşebbüsünden günler önce 6/7/2016 ile 9/7/2016 tarihleri arasında Ankara'da toplantılar yaptığı, 11/7/2016 tarihinde K.B. ile birlikte ABD'ye

gittiği ve Fetullah Gülen'in darbe planına ilişkin onayını aldıktan sonra 13/7/2016 tarihinde yine K.B. ile birlikte Türkiye'ye döndüğü bilgisine yer verilmiştir. Birbirlerini tanımadıklarını ifade eden A.Ö. ve K.B.nin 13/7/2016 tarihinde aynı uçakla Türkiye'ye döndükleri sırada İstanbul Atatürk Havalimanı terminal binasında bir süre birlikte yürüdükleri ve sohbet ettikleri kamera görüntüleriyle ortaya konulmuştur (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı, 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianameleri).

4. Diğer Olgular

i. FETÖ/PDY üyesi olma suçundan hakkında yakalama kararı bulunan eski Emniyet Müdürü M.A. darbe teşebbüsü sırasında İstanbul Emniyet Müdürlüğüne saldıran zırhlı aracın içinde askerî kıyafetle yakalanmıştır (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2/1/2017 tarihli ve E.2017/26 sayılı iddianamesi).

ii. Haklarında FETÖ/PDY'ye üye olmaktan işlem yapılan bazı emniyet mensuplarının ve mülki idare yetkililerinin darbe girişimi sonrasında ilan edilecek sıkıyönetim döneminde atanacakları resmî devlet kuruluşlarına gittikleri tespit edilmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2/1/2017 tarihli ve E.2017/26 sayılı iddianamesi).

iii. Darbe teşebbüsünde bulunanlarca teşkil edilen 38 kişilik "Yurtta Sulh Konseyi" Kara, Hava, Deniz Kuvvetleri Komutanlıkları ve Jandarma Genel Komutanlığında görev yapan subaylardan oluşmaktadır. Bunlardan biri orgeneral, biri korgeneral, üçü tümgeneral, on üçü tuğgeneral/tuğamiral, on dördü albay, altısı ise yarbay rütbesindedir. Ayrıca "Yurtta Sulh Konseyi" tarafından hazırlanan sıkıyönetim direktifinin ekinde bir atama listesi bulunmaktadır. Buna göre 84 asker "sıkıyönetim komutanı" olarak görevlendirilmiş, 413 kişinin ise "sıkıyönetim mahkemeleri"ne atanması planlanmıştır. Diğer taraftan kritik önemdeki askerî ve sivil makamlar için de 450 kişilik atama listesi hazırlandığı tespit edilmiştir. "Yurtta Sulh Konseyi" üyesi olan, "sıkıyönetim komutanı" olarak görevlendirilen, "sıkıyönetim mahkemeleri"ne ve "kritik önemdeki askerî ve sivil makamlara" ataması planlanan bu kişilerin büyük bölümünün FETÖ/PDY mensubu olduğu, bu görevlendirmelerin yapılmasında FETÖ/PDY içindeki hiyerarşinin dikkate alındığı soruşturma makamlarınca

değerlendirilmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 3/3/2017 tarihli ve E.2017/7327 sayılı iddianamesi).

iv. Darbe teşebbüsüne ilişkin olarak yürütülen soruşturmalardan birinin şüphelileri olan bazı emniyet mensuplarının telefonlarında, teşebbüsün yaşandığı gece gönderilen *"Değerli abiler şu an askerler yönetime müdahele etmeye başladı herkes işini gücünü bıraksın bulunduğu yerde arkadaşlarını yönlendirsin ve askerlerin müdahalesine yardımcı olmalarını temin etsin, direnmesinler direnen emniyet güçlerine engel olsunlar her ilden ve bölgeden yapılan müdahele konusunda bilgi alalım bu satratejiyle hareket edip bizi her yerden bilgilendirin düzgün not yazın askerlere direnmesin arkadaşlar direnenlerin direncini kırsınlar özellikle özel harekatta ve çeviktekiler askere teslimiyet gösterip menfilerin direnci kırılsın herkese ulaşalım"*; *"abiler emniyetten gelen emirleri yerine getirmemeliler"*; *"herkes g.kurmaya gitsin devrelerle birbirleriyle bağlantı kursun zincir kursunlar haberdar olmayan kalmasın emekliler dahil"*; *"silahını alıp genelkurmaya gitsin"*; *"ankarada muazzaf ve emekli olan kim varsa silahını alıp genkur. egm. ankara emniyet, kom. tem ve yıldızın önüne giderek direnen herkesi indirsin bu konuda askere yardımcı olsun kimse evinde durmasın duran vebaldedir... herkese duyurun"* içeriğinde mesajların bulunduğu tespit edilmiştir (İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 10/10/2016 tarihli ve E.2016/3799 sayılı iddianamesi).

v. Darbe teşebbüsüne ilişkin iddianamelerde belirtildiğine göre FETÖ/PDYtarafından darbe girişiminde bulunulması kararı 2015 yılı sonlarında alınmış, buna ilişkin hazırlık faaliyetleri ve toplantılar 27/12/2015 tarihinde başlatılmıştır. Darbe teşebbüsünün sivil yöneticilerinden olan A.Ö. ve K.B.nin 11/7/2016-13/7/2016 tarihlerinde ABD'de Fetullah Gülen'e onaylattıkları darbe planında, darbe girişiminin 16/7/2016 tarihinde saat 03.00'te başlatılması kararlaştırılmıştır. Ancak Kara Havacılık Komutanlığında görevli bir subayın MİT'e giderek FETÖ/PDY üyesi askerler tarafından MİT Müsteşarı'nın alınmasına yönelik bir saldırı olacağına dair ihbarda bulunması ve MİT Müsteşarınca bu bilginin Genelkurmay Başkanlığına iletilmesi üzerine Genelkurmay Başkanınca bazı önlemler alınmış ve emirler verilmiştir. Bu kapsamda Kara Kuvvetleri Komutanı, aralarında askerî savcının olduğu bir heyetle birlikte ihbarda adı geçen Kara Havacılık Komutanlığında incelemelerde bulunmuş; havada bulunan TSK'ya ait unsurların (uçak, helikopter, insansız hava aracı

gibi) üslerine dönmeleri ve zırhlı araçların birlik dışına çıkartılmaması yönünde emirler verilmiştir. Bunun üzerine darbeci grup paniğe kapılmış, kendilerinin ve darbe hazırlığı yapan diğer FETÖ/PDY üyelerinin tutuklanacağı endişesi içinde darbe girişiminin başlangıcını öne çekmiştir. Böylece darbeye ilişkin icraî faaliyetlere 15/7/2016 tarihinde saat 20.30 sıralarında başlanmıştır.

C. FETÖ/PDY'nin Özellikleri

26. Yetkili makamlarca ve soruşturma mercilerince 15 Temmuz darbe teşebbüsünün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'ye ilişkin olarak özellikle son yıllarda yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda bu yapılanmanın özelliklerine ve faaliyetlerine ilişkin birçok tespit ve değerlendirmeye yer verilmiştir. Bunlar şöyle özetlenebilir:

i. FETÖ/PDY, başlangıçta özellikle din ve eğitim alanında faaliyet göstererek toplumda meşruiyet kazanmaya çalışmıştır.

ii. FETÖ/PDY, bünyesinde bulunan ışık (talebe) evleri, okullar, yurtlar ve dershaneler aracılığıyla ulaştığı gençleri amaçları doğrultusunda yetiştirmiş ve bu kişiler yapılanmanın insan kaynağını oluşturmuştur. Yapılanmaya mensup kişilerin gelirlerinin belli bir oranı "himmet" adı altında alınmış, yapılanmadan ayrılmak isteyen kişilere baskı ve çeşitli yaptırımlar uygulanmıştır.

iii. FETÖ/PDY, zamanla faaliyetlerini birçok alanda genişletmiş ve Türkiye'nin yanı sıra yüz elliyi aşkın ülkede yaygınlaştırmıştır. Nitekim söz konusu yapılanmanın yurt içinde ve yurt dışında eğitim, sağlık, medya, finans, ticaret, sivil toplum gibi farklı alanlarda faaliyet gösteren çok sayıda kuruluşu bulunmaktadır.

iv. FETÖ/PDY'nin sosyal, kültürel ve ekonomik alanda yürüttüğü yasal faaliyetleri; dershaneler, okullar, üniversiteler, dernekler, vakıflar, sendikalar, meslek odaları, iktisadi kuruluşlar, finans kuruluşları, gazeteler, dergiler, TV kanalları, radyolar, İnternet siteleri, hastaneler gibi sivil alanlara ilişkindir. Bunun yanında bazen bu yasal kuruluşların içinde gizlenmiş olan, bazen de yasal yapıdan tamamen farklı şekilde konumlanan ve hareket eden, özellikle de kamusal alana yönelik faaliyetlerde bulunan illegal bir yapılanma söz konusudur.

v. FETÖ/PDY, kendisine kutsallık atfetmektedir. Bunun sonucu olarak da vatan, devlet, millet, ahlak, hukuk, temel hak ve özgürlükler de dâhil olmak üzere her şeyin değer olarak kendisinden sonra geldiği anlayışına sahiptir.

vi. FETÖ/PDY'nin, itaat ve teslimiyet temelinde oluşturulmuş, en üstte "kâinat imamı" olarak Fetullah Gülen'in olduğu kıta, ülke, eyalet, il, ilçe, semt, mahalle ve ev imamlarından oluşan dikey bir hiyerarşisi; imamlara bağlı ancak birbirinden bağımsız hücre tipi bir örgütlenmesi bulunmaktadır. Ayrıca Fetullah Gülen'in atadığı ve yalnızca kendisinin bildiği kişiler vasıtasıyla örgütün iç işleyişini denetleyen ve lidere rapor eden ayrı bir yapılanma söz konusudur. Diğer taraftan yapılanmanın örgütlendiği her kurum ve kuruluş için belirlediği sorumlu bir kişi bulunmaktadır. Bu sorumlu kişiler "abi" veya "imam" olarak ifade edilmekte ve devlet yönetimi bakımından önemli görülen kurumlarda o kurumda görev yapanlar dışından seçilmektedir.

vii. FETÖ/PDY'nin yöneticileri ve üyeleri, faaliyetlerini gizlilik esasıyla yürütmekte ve gizliliği sağlayacak haberleşme yöntemleri kullanmaktadır. Yine üyelerin önemli bir bölümünün "kod" isimleri bulunmaktadır. Bu yönüyle yapılanmanın en önemli özelliğinin gizlilik olduğu söylenebilir. Gizlilik anlayışı, devlet yönetimi bakımından önemli görülen TSK, yargı, emniyet ve mülki idare birimlerinde ayrı bir titizlikle uygulanmaktadır. Bunun sonucunda yapılanmaya mensup kişiler, zaman zaman kendilerini "Fetullah Gülen ve cemaat karşıtı" olarak bile gösterme gayretinde olmuşlardır. Nitekim 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında yürütülen bir soruşturmanın şüphelilerinden olan komiser yardımcısı E.G.nin telefonunda 16/7/2016 tarihinde 05.20-05.29 saatleri arasında bölge imamları kaydıyla gönderilen *"önemli durum kötü çok acil duyuru tüm il ve ilçe imamlarını, abilere, ablalara, kurum imamlarına iletin, tüm hizmet mensupları darbeyi şiddetle kınayan açıklama yapsın, meydanlara inip kendisini kamufle etsin, resim çekilip sosyal medyada yayınlasın, 'demokrasi seçilmiş irade' falan desinler, ama fazlada asla muhterem hoca efendinin adı geçmesin açıklamalarda, hepimizi alabilirler herkes 'darbeden haberim yok TV'de gördüm ilk kez' desin, asla hükumete ve Tayyibe karşı olumsuz bir paylaşım yapmayın, bu gurubu kapatıyorum şimdi"* şeklinde mesajlar olduğu tespit edilmiştir (İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 10/10/2016 tarihli ve E.2016/3799 sayılı iddianamesi).

viii. FETÖ/PDY'nin gerçek amacı devleti ele geçirmektir. Bu amaçla yapılanmanın kurucusu ve lideri olan Fetullah Gülen'in çeşitli tarihlerdeki konuşma ve açıklamalarında yer alan *"Her yerde olmalısınız. Her yerde değilseniz hiçbir yerde değilsinizdir."*; *"Esnek olun, sivrilmeden can damarları içinde dolanın."*; *"Bütün güç merkezlerine ulaşıncaya kadar hiç kimse varlığınızı fark etmeden sistemin ana damarlarında ilerleyin."*; *"Türkiye'deki devlet yapısı ölçüsüne göre bütün anayasal müesseselerdeki güç ve kuvveti cephemize çekeceğimiz ana kadar her adım erken sayılır."*; *"Adliye, mülkiye veya başka hayati bir müessesede bizim arkadaşlarımızın mevcudiyeti öyle ferdi mevcudiyetler şeklinde ele alınıp değerlendirilmemelidir. Yani bunlar gelecek adına bizim o ünitelerde garantimizdir. Bir ölçüde onlar bizim varlığımızın teminatıdır."* şeklindeki talimatları doğrultusunda tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, özellikle TSK, emniyet teşkilatı, MİT, yargı organları, mülki idare birimleri ve eğitim kurumları gibi yerlerde kadrolaşılmıştır. Yapılanma, ayrıca siyasi partiler, sendikalar, vakıf ve dernekler ile ticari kuruluşlar gibi sivil organizasyonlarda örgütlenmiş; bu alanlarda da önemli bir güce ulaşmıştır.

ix. Yapılanmaya mensup kamu görevlilerinin devlete olan sadakati, yapılanmaya olandan sonra gelmekte hatta onun karşısında bir değer ifade etmemektedir. Dolayısıyla bu kişiler, devletin amaçlarından ziyade yapılanmanın amaçları doğrultusunda faaliyette bulunmaktadırlar. Yapılanma, kamu kurum ve kuruluşlarında kadrolaşmış olan mensuplarını özellikle stratejik birimlere (personel, istihbarat, özel kalem, bilişim, muhasebe vb.) yerleşmeye teşvik etmiştir. FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarındaki mensuplarınca, yapılanmaya dâhil olmayan kişilerle ilgili bilgiler kaydedilmiş; devlete ait gizli bilgi ve belgeler ele geçirilerek arşivlenmiştir.

x. FETÖ/PDY'nin kamu kurum ve kuruşlarındaki faaliyetlerinin temel özelliği, kamusal bir faaliyetin görünürde bu faaliyeti gerçekleştirmeye yetkili bir kamu görevlisi eliyle yerine getirilmesi, ancak bu faaliyetin gerçekte ilgili kamu görevlisinin iradesiyle değil kamu görevlisinin kamusal hiyerarşinin dışında bağlı olduğu yapılanmadaki üstünün (abi) iradesiyle vuku bulmasıdır.

xi. Toplumdaki karşılığı sınırlı olan yapılanmanın kamu kurum ve kuruluşlarındaki mensuplarının oranı, toplumsal karşılığı ile kıyaslanamayacak kadar yüksektir.

xii. Devletin anayasal kurumlarını ele geçirmek, sonrasında devleti, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmek ve oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmek amacıyla mevcut idari sisteme paralel şekilde örgütlenen, ulusal ve uluslararası düzeyde siyasi ve ekonomik ittifaklar kuran FETÖ/PDY, devlet ve toplum üzerinde bir "vesayet" kurumu hâline gelmiştir.

D. Darbe Teşebbüsünde Bulunulan Dönemin Özellikleri

1. FETÖ/PDY Yönünden

27. FETÖ/PDY'nin yapılanması ve faaliyetleri öteden beri toplumda tartışma konusu olmuştur. Ancak bu yapılanmaya ve faaliyetlerine ilişkin olarak son yıllarda suç delillerini yok etme, devlet kurumlarının ve üst düzey devlet görevlilerinin telefonlarını dinleme, devletin istihbarat faaliyetlerini deşifre etme, kamu görevine giriş veya görevde yükselme sınavlarına ilişkin soruları önceden elde edip mensuplarına verme gibi eylemler temelinde çok ciddi soruşturma ve kovuşturmalar yürütülmüştür.

28. 15 Temmuz darbe teşebbüsü öncesinde yüzlerce kişi hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığı bu soruşturma ve kovuşturmaların genelinde FETÖ/PDY'nin bir terör yapılanması olduğuna değinilmiş ve haklarında dava açılan kişilerin diğer bir kısım suçun yanı sıra "silahlı terör örgütü kurma, yönetme veya üyesi olma" ve "Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs" suçlarından cezalandırılmaları talep edilmiştir.

29. Diğer yandan "Şemdinli", "Ergenekon", "Balyoz", "Askerî Casusluk", "Devrimci Karargâh", "Oda TV" ve "Şike" davaları gibi kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan birçok davanın -FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda- başta TSK olmak üzere farklı kamu kurum ve kuruluşlarındaki örgüt mensubu olmayan kamu görevlilerini tasfiye etmek ve farklı sivil çevrelerde örgütün çıkarlarına aykırı davrandığını düşündüğü kişileri etkisizleştirmek amacıyla kullanıldığı ileri sürülmüştür. Bu davaların bir kısmındaki usulsüzlük iddiaları Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarına da konu olmuştur (bkz. *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014; *Yavuz Pehlivan ve diğerleri*

[GK], B. No: 2013/2312, 4/6/2015; *Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri* [GK],B. No: 2014/253, 9/1/2015).

30. FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları belirtilen savcı ve hâkimler tarafından 2013 yılının sonunda bazı siyasiler ve bunların yakınları ile kamuoyunun tanıdığı bir kısım işadamı hakkında "yolsuzluk" yaptıkları iddiasıyla soruşturma başlatılması (17-25 Aralık soruşturmaları) ve 2014 yılının başında MİT'e ait malzemelerin bulunduğu tırlarla silah taşındığı iddiasıyla bu tırların durdurulup aranması, FETÖ/PDY'nin faaliyetlerinin Hükûmeti devirmeye yönelik olduğu yönündeki soruşturmaların temel dayanağını oluşturmuştur. "17-25 Aralık" ve "MİT tırları" soruşturmalarında görev alan bazı yargı mensupları ve emniyet görevlileri hakkında uygulanan tutuklama tedbirleri de Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru konusu edilmiş; Mahkeme, başvuruları açıkça dayanaktan yoksun görerek kabul edilemez bulmuştur (bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 74-87; *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, §§ 134-161; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 198-244; FETÖ/PDY kapsamında tutuklanan polislerin tahliyesine yönelik kararlar veren hâkimlerin silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan mahkûmiyetlerine ilişkin karar için bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2015/3, K.2017/3, 24/4/2017).

31. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, darbe teşebbüsünden kısa süre önce düzenlediği 6/6/2016 tarihli iddianameyle Fetullah Gülen'in de aralarında olduğu 73 örgüt yöneticisi hakkında silahlı terör örgütü kurdukları ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs ettikleri iddiasıyla birçok suçtan cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açmıştır. Anılan iddianamede; FETÖ/PDY'nin özellikle TSK ve emniyet teşkilatı içinde kadrolaştığı, subay ve astsubay olacak mensuplarını özel olarak yetiştirdiği, askerî yargıda egemen bir güç hâline geldiği ve bu nedenle yapıya yönelik soruşturmalardan netice alınamadığı belirtilmiştir. İddianamede ifade edildiği şekliyle TSK içindeki bu yapılanma, ordu disiplinini bozacak ve ülke savunmasında zafiyet oluşturacak bir yoğunluğa ulaşmıştır. Cumhuriyet Savcısı; FETÖ/PDY'nin kuvvet komutanlıkları, jandarma ve emniyet teşkilatları içindeki sayıları on binleri bulan mensuplarından oluşan ve devletten ayrı hiyerarşiye bağlı silahlı bu yapılanmasının, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin tarihi boyunca gördüğü en büyük, en tehlikeli ve en organize terör örgütlenmesi olduğu değerlendirmesinde

bulunmuştur. Buna göre anayasal düzeni değiştirecek veya ortadan kaldıracak silahlı güce ulaşan ve bir askerî darbe yapabilecek tek organize güç olan FETÖ/PDY'nin, TSK içindeki etkinliği dikkate alındığında darbe teşebbüsünde bulunma tehlikesi açık ve yakındır. İddianamede; son olarak bu tehlikenin gerçekleşmesi hâlinde bunun devlet için gerçek bir yıkım olacağı, ülkenin bir iç savaşa sürüklenebileceği, milyonlarca insanın ölüp milyonlarca mültecinin ortaya çıkabileceği, devletin yeniden ayağa kaldırılmasının mümkün olmayabileceği öngörüsünde bulunularak FETÖ/PDY'nin tasfiyesinin devlet için artık varlık-yokluk meselesi hâline geldiğine değinilmiştir (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının E.2016/24769 sayılı iddianamesi).

32. FETÖ/PDY'ye ilişkin olarak ülke genelinde açılan çok sayıda davadan biri, Erzincan Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 16/6/2016 tarihinde karara bağlanmıştır (E.2016/74). Anılan kararda FETÖ/PDY'nin özellikle yargı ve emniyet birimleri ile TSK'da örgütlendiği, devletin hiyerarşik yapısı dışında ayrı bir yapılanmaya gittiği belirtilmiş; bu itibarla yapılanmanın silahlı bir terör örgütü olduğu kabul edilmiştir.

33. Diğer taraftan FETÖ/PDY'nin ulusal güvenlik üzerinde oluşturduğu tehdit, idari organların karar, açıklama ve uygulamalarına da konu olmuştur. Bu bağlamda devlet yetkilileri sürekli olarak anılan yapılanmanın ülke güvenliği için bir tehdit olduğuna dair açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu değerlendirmeler MGK kararlarında da ifade edilmiştir. MGK, söz konusu yapılanmayı 2014 yılı başından itibaren sırasıyla "halkımızın huzurunu ve ulusal güvenliğimizi tehdit eden yapılanma", "devlet içindeki illegal yapılanma", "kamu düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanma", "paralel devlet yapılanması", "terör örgütleriyle iş birliği içinde hareket eden paralel devlet yapılanması" ve "bir terör örgütü" olarak kabul etmiştir. Söz konusu MGK kararlarının her biri basın duyuruları aracılığıyla kamuoyuyla paylaşılmıştır. Yine FETÖ/PDY 2014 yılında, Millî Güvenlik Siyaset Belgesi'nde "Legal Görünümlü İllegal Yapılar" başlığı altında "Paralel Devlet Yapılanması" adıyla yer almış; Jandarma Genel Komutanlığı ise 8/1/2016 tarihinde FETÖ/PDY'yi mevcut terör örgütleri listesine dâhil etmiştir.

34. Diğer yandan başta yargı mensupları ve polis görevlileri olmak üzere çok sayıda kamu görevlisiyle ilgili disiplin soruşturmaları

yürütülmüş, birçok kamu görevlisi hakkında kamu görevinden çıkarma da dâhil olmak üzere disiplin yaptırımları veya idari tedbirler uygulanmıştır.

35. Ayrıca FETÖ/PDY ile irtibatlı olduğu değerlendirilen bazı ticari kuruluşlara, finans kuruluşlarına ve medya organlarına yönelik idari birtakım tedbirlere de başvurulmuştur. Bu bağlamda Bugün gazetesine 26/10/2015, Millet gazetesine 28/10/2015, Zaman gazetesine 4/3/2016 tarihlerinde kayyım atanmış; 15/11/2015 tarihinde, "Samanyolu Grubu"na ait Samanyolu TV, Samanyolu Haber TV, Mehtap TV ve Dünya TV'nin de aralarında bulunduğu 13 televizyon ve radyo kanalının TÜRKSAT üzerinden yayın yapmasına son verilmiş; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) 3/2/2015 tarihinde Bank Asyanın yönetimine el koymuş, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) ise anılan Bankayı 29/5/2015 tarihinde TMSF'ye devretmiştir. Yine FETÖ/PDY ile bağlantıları olduğu belirtilen çok sayıda ticari kuruluşa da kayyım atanmıştır.

36. Darbe teşebbüsü sonrasında düzenlenen iddianamelerde; FETÖ/PDY'nin darbe yapma kararı almasında yapılanmanın devlet içindeki ve toplum üzerindeki etkinliğinin önlenmesine yönelik olarak son dönemde alınan tedbirlerin etkili olduğu, ayrıca 2016 yılı YAŞ toplantısında FETÖ/PDY ile iltisakı olan personelin TSK ile ilişiğinin kesileceğine dair duyumlar alınması sonucunda teşebbüsün 2016 yılının Temmuz ayında gerçekleştirilmesinin kararlaştırıldığı belirtilmiştir.

2. Terör Olayları Yönünden

37. 15 Temmuz darbe teşebbüsü, ülkede terör saldırılarının yoğunlaştığı bir dönemde gerçekleştirilmiştir. Teşebbüsün ulusal güvenlik üzerinde oluşturduğu tehdit ve tehlikenin boyutunun daha iyi anlaşılabilmesi için ve olağanüstü hâlin ilanı ile bu durumun uzatılmasında terör olaylarının da etkili olması nedeniyle Türkiye'nin maruz kaldığı terör saldırılarına ilişkin bazı bilgilere aşağıda yer verilmiştir:

38. Türkiye'de uzun yıllardır devam eden bir terör sorunu bulunmaktadır. Bu süreçte genel olarak bölücü terör örgütü PKK ile mücadele edilmekle birlikte DHKP/C, El Kaide ve DAEŞ gibi diğer pek çok terör örgütünün de saldırılarına maruz kalınmış ve bu terör örgütlerine yönelik olarak da mücadelede bulunulmuştur. Son yıllarda ise Suriye'de yaşanan iç savaş ve başka birtakım nedenlerle terör saldırıları ile diğer güvenlik sorunlarında ciddi bir artış yaşanmıştır.

39. Suriye'de yaşanan iç savaşın Türkiye'nin güvenliği üzerinde doğrudan ve dolaylı etkileri olmuştur. İlk olarak kendi ülkelerinden ayrılmak zorunda kalan üç milyondan fazla Suriyeli Türkiye'ye sığınmıştır. Suriye'de yaşanan sıcak çatışmalar Türkiye'yi de etkilemiş, DAEŞ militanlarınca Türkiye'nin Musul Başkonsolosluğuna yapılan silahlı baskın sonucunda 11/6/2014 tarihinde Türkiye'nin Musul Başkonsolosu'nun da aralarında bulunduğu 49 kişi rehin alınmış; rehineler 20/9/2014 tarihinde kurtarılmıştır. Ayrıca 2014 yılı Ekim ayında Suruç'ta (Şanlıurfa) bulunan bazı yerler, havan mermilerine hedef olması nedeniyle boşaltılmıştır. Suriye'den gelen saldırıları engellemek amacıyla önce topçu atışı gibi ülke toprakları üzerinden silahlı unsurların kullanılması yoluna gidilmiş, bu müdahalelerin yetersiz kalması üzerine 2016 yılının Ağustos ayı içinde kara harekâtı başlatılmış ve aylarca devam etmiştir.

40. Suriye'deki çatışmalar dolayısıyla tepkilerini dile getirdiklerini ileri süren gruplar, 6/10/2014 tarihinden itibaren Türkiye'nin birçok yerinde günlerce devam eden ve kamuoyunda "6-7 Ekim olayları" olarak adlandırılan şiddet eylemleri gerçekleştirmişlerdir. Bu kapsamda kamu binalarına, banka şubelerine, iş yerlerine, araçlara, güvenlik güçlerine ve sivillere taş, sopa, molotof kokteyli ve silahlarla saldırıda bulunulmuştur. İçişleri Bakanı'nın 10/10/2014 tarihli açıklamasında; bu olaylardan 35 ilin etkilendiği, 2 polis ve 31 sivilin hayatını kaybettiği, yüzlerce sivil ve güvenlik görevlisinin yaralandığı, kamuya veya kişilere ait yüzlerce binanın yakıldığı veya tahrip edildiği, bini aşkın aracın da kullanılamaz hâle getirildiği belirtilmiştir.

41. Türkiye, 2015 yılı Haziran ayından itibaren yoğun bir şekilde terör saldırılarına maruz kalmıştır. Bu kapsamda ilk olarak 5/6/2015 tarihinde Diyarbakır'da Halkların Demokratik Partisi (HDP) tarafından yapılan seçim mitingi sırasında gerçekleştirilen bombalı saldırı sonucunda Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan açıklamaya göre 2 kişi hayatını kaybederken 100'den fazla kişi de yaralanmıştır. 20/7/2015 tarihinde ise Suruç'ta, Suriye'deki çatışmalara ilişkin basın açıklaması sırasında DAEŞ tarafından gerçekleştirildiği ileri sürülen bombalı intihar saldırısında 34 kişi hayatını kaybederken 73 kişi de yaralanmıştır. Bu saldırının iki gün sonrasında Ceylanpınar'da (Şanlıurfa), 2 polis memuru evlerinde başlarından vurulmuş hâlde bulunmuş, saldırı PKK tarafından üstlenilmiştir.

42. Bu olaylardan sonra PKK tarafından Şırnak, Cizre, Silopi ve İdil (Şırnak); Yüksekova (Hakkâri); Silvan, Sur ve Bağlar (Diyarbakır); Dargeçit, Nusaybin ve Derik (Mardin) ile Varto'da (Muş) cadde ve sokaklara hendekler kazılıp barikatlar kurularak ve bu barikatlara bomba ve patlayıcılar yerleştirilerek şehirlerin bir kısmı işgal edilmeye çalışılmıştır. "Öz yönetim" adı altında bu yerleri işgal etmeye çalışan çok sayıda terörist, kamuoyuna yansıdığı üzere halkın da giriş çıkışlarına kısıtlama getirmiştir. Güvenlik güçleri, bu hendeklerin kapatılması ve bariyerlerin kaldırılması suretiyle yaşamın normale dönmesini sağlamak amacıyla uzun süre operasyonlar yapmış ve teröristlerle çatışmaya girmiştir. Aylarca devam eden bu operasyon ve çatışmalar sırasında 2.000'in üzerinde terörist öldürülürken yaklaşık 200 güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş, tonlarca bomba ve patlayıcı imha edilmiştir (çatışmaların yoğunlaştığı yerlerde ilan edilen sokağa çıkma yasaklarının tedbiren kaldırılması taleplerinin reddine ilişkin bazı kararlar için bkz. *Mehmet Girasun ve Ömer Elçi* [TK], B. No: 2015/15266, 11/9/2015; *Meral Danış Beştaş* [TK], B. No: 2015/19545, 22/12/2015; *Mehmet Yavuzel ve diğerleri* [TK], B. No: 2016/1652, 29/1/2016; AİHM kararları için bkz. *Elçi/Türkiye*, B. No: 63129/15, 12/1/2016; *Çağlı ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 63130/15, 12/1/2016; *Vesek/Türkiye*, B. No: 63138/15, 12/1/2016; *Eroglu/Türkiye*, B. No: 478/16, 12/1/2016; *Görgöz/Türkiye*, B. No: 480/16, 12/1/2016; *Sultan ve Süleyman Düzgün/Türkiye*, B. No: 891/16, 12/1/2016; *Bedri ve Halime Düzgün/Türkiye*, B. No: 901/16, 12/1/2016).

43. Terör saldırılarının gittikçe yoğunlaştığı ve ülkenin birçok bölgesine yayıldığı bu dönemde hem güvenlik güçleri hem de siviller hedef alınmıştır. Bu bağlamda 15 Temmuz darbe teşebbüsünden önceki yaklaşık bir yıllık süreçte;

i. 2015 yılında Sultanbeyli (İstanbul), Pervari (Siirt), Yüksekova ve Sur'da; Ankara Tren Garı ve İstanbul Sabiha Gökçen Havalimanı'nda,

ii. 2016 yılının Ocak ve Şubat aylarında Çınar'da (Diyarbakır); İstanbul Sultanahmet Meydanı ve Ankara Kızılay Meydanı'nda,

iii. 2016 yılının Mart ve Nisan aylarında Nusaybin, Sur, Bağlar, Hani (Diyarbakır), Şırnak, Mazıdağı (Mardin) ve Bursa'da; Ankara Kızılay Meydanı ve İstanbul İstiklal Caddesi'nde,

iv. 2016 yılının Mayıs ayında Gaziantep, Dicle (Diyarbakır), Derik, Bağlar, İstanbul, Sur, Çaldıran (Van), Midyat (Mardin), Kulp (Diyarbakır) ve Silopi'de,

v. 2016 yılının Haziran ve Temmuz aylarında Vezneciler (İstanbul), Midyat, Ovacık (Tunceli), Ömerli (Mardin), Dicle, Artuklu (Mardin) ve Erciş'te (Van); İstanbul Atatürk Havalimanı'nda yaşanan terör saldırılarında 340'dan fazla kişi hayatını kaybederken yaklaşık 1.730 kişi yaralanmıştır. Ölenlerin ve yaralananların büyük çoğunluğu (ölenlerin yaklaşık 250'si, yaralananların ise yaklaşık 1.380'i) sivildir.

44. Terör saldırıları, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra da devam etmiştir. Bu bağlamda;

i. 2016 yılının Ağustos ayında Bingöl, Kızıltepe (Mardin), Sur, Bismil (Diyarbakır), Van, Elazığ, Gaziantep ve Cizre'de,

ii. 2016 yılının Eylül ve Ekim aylarında Van, İstanbul, Şemdinli (Hakkâri), Gaziantep ve Antalya'da,

iii. 2016 yılının Kasım ve Aralık aylarında Bağlar, Derik, Adana, Beşiktaş (İstanbul), Kayseri ve Ankara'da,

iv. 2017 yılının Ocak ayında İstanbul'da bir gece kulübünde, İzmir ve Diyarbakır'da yine sivillerin ve güvenlik güçlerinin hedef alındığı bombalı ve silahlı terör saldırıları olmuştur. Bu saldırılarda yaklaşık 240 kişi hayatını kaybederken 1.340'dan fazla kişi yaralanmıştır. Ölenlerin yarısından fazlası (135 kişi), yaralananların ise çoğu (yaklaşık 1.090 kişi) sivildir.

45. Yukarıda yer verilen olayların dışında da terörle mücadele kapsamında teröristlerle yaşanan silahlı çatışmalarda ve teröristler tarafından yapılan saldırılar sonucunda çok sayıda güvenlik görevlisi hayatını kaybetmiş veya yaralanmıştır.

46. Öte yandan İçişleri Bakanı 3/1/2017 tarihinde TBMM'de yaptığı konuşmada; 2016 yılında PKK'nın 313, DAEŞ'in 22, aşırı sol terör örgütlerinin ise 4 olmak üzere gerçekleştirilmek istenen toplam 339 önemli terör olayının engellendiğini; 247 patlayıcı, 61 bombalı araç, 23 canlı bomba şüphelisi, 42 eylem yapacak örgüt mensubunun yakalandığını açıklamıştır.

E. Olağanüstü Hâl İlanı

47. MGK, darbe teşebbüsünün savuşturulmasından hemen sonra 20/7/2016 tarihinde yaptığı toplantıda *"demokrasinin, hukuk devleti ilkesinin,*

vatandaşların hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik tedbirlerin etkin bir şekilde uygulanabilmesi amacıyla" Hükûmete olağanüstü hâl ilan edilmesi tavsiyesinde bulunmayı kararlaştırmıştır.

48. Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu 20/7/2016 tarihinde, ülke genelinde 21/7/2016 Perşembe günü saat 01.00'den itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan edilmesine karar vermiştir. Anılan karar 21/7/2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Olağanüstü hâl ilan edilmesine ilişkin karar, aynı gün TBMM tarafından onaylanmıştır. TBMM Genel Kurulunda yapılan görüşme sırasında Hükûmet adına söz alan Adalet Bakanı, olağanüstü hâl ilan edilme nedenini *"... darbe teşebbüsünde bulunan terör örgütünün tüm unsurlarıyla ve süratle bertaraf edilmesi, bundan sonra da demokrasimiz ve hukuk devletimiz, milletimiz, millî irade ve ülkemiz için tehlike ve tehdit olmaktan çıkarılması, bir daha hiçbir şekilde darbe teşebbüsünün tekrarlanmaması ve bu konuda bu amaçla alınması gereken tedbirlerin hızlı ve kararlı bir biçimde alınıp hayata geçirilmesini sağlamak maksadıyla olağanüstü hâl ilan edilmesi yönündeki görüş ...Bakanlar Kuruluna ilet[il]miştir. Cumhurbaşkanımızın başkanlığında Anayasa gereği toplanan Bakanlar Kurulumuz, bu görüş doğrultusunda Türkiye'de üç ay süreyle olağanüstü hâl ilan edilmesine karar vermiştir ... Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini korumak, temel hak ve hürriyetleri korumak, genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarını önlemek, başarısız kılınan darbe teşebbüsünün tekrarı ile bundan sonra Türkiye'de darbe teşebbüslerine teşebbüs edilebilmesinin önüne geçmek, halkımıza en büyük kötülüğü yapan, kamu düzenimizi bozan, ekonomimize zarar veren, demokrasimizi, hukuk devletimizi, millî irademizin tecelligâhı Meclisimizi ve seçilmiş Cumhurbaşkanı ve Hükûmetimizi darbe teşebbüsüyle yok etmeye çalışan, devletimizi âdeta bir kanser hücresi gibi sarmış bulunan bu Fetullahçı terör örgütüyle ve bu örgütün Türk Silahlı Kuvvetleri, yargı, Emniyet ve üniversitelerimiz başta olmak üzere, kamu içindeki bütün uzantılarının kamudan temizlenmesi ve demokrasimizin, devletimizin, milletimizin, hukuk devletimizin emniyeti bakımından tam emniyetli hâle getirilmesi ve bunların ülkemiz için, demokrasimiz ve hukuk devletimiz için bir daha tehlike ve tehdit olmaktan çıkarılması maksadıyla bu karar alınmıştır."* sözleriyle ifade etmiştir.

49. Olağanüstü hâl, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından 5/10/2016, 3/1/2017 ve 17/4/2017 tarihlerinde alınan kararlarla üçer ay daha uzatılmıştır.

50. Türkiye Cumhuriyeti 21/7/2016 tarihinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS); Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine ise Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye (MSHUS) ilişkin derogasyon (askıya alma/yükümlülük azaltma) beyanında bulunmuştur. Olağanüstü hâlin uzatılmasına ilişkin kararlar da Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirilmiştir.

F. Olağanüstü Hâl Döneminde Uygulanan Tedbirler

1. Ceza Soruşturmaları

51. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıklarının talimatı ile darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen çok sayıda kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır. Bu soruşturmalar kapsamında başta TSK, emniyet ve yargı mensupları olmak üzere çok sayıda kamu görevlisi ve ayrıca sivil kişi hakkında yakalama ve gözaltına alma tedbirleri uygulanmış; bu kişilerin önemli bir bölümü mahkeme kararıyla tutuklanmıştır.

52. Adalet Bakanlığı verilerine göre FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında 13/6/2017 tarihi itibarıyla hakkında soruşturma yürütülen kişi sayısı 161.785'dir. Bu kişilerden 47.136'sı adli kontrol tedbiri uygulanarak, 13.497'si ise herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaksızın serbest bırakılmıştır. Yine haklarında soruşturma yürütülen 30.597 kişi hakkında yakalama ve gözaltı gibi adli bir işlem yapılmamıştır. Hakkında tutuklama tedbiri uygulanan 50.436 kişiden 2'si Anayasa Mahkemesi üyesi, 104'ü Yargıtay üyesi, 41'i Danıştay üyesi, 3'ü HSYK üyesi, 2.492'si hâkim ve savcı, 7.143'ü asker (169'u general/amiral), 8.849'u polis, 24'ü vali, 73'ü vali yardımcısı ve 115'i kaymakamdır. Öte yandan 8.359 kişi (bunlardan 8'i Yargıtay üyesi, biri Danıştay üyesi, 2'si HSYK üyesi, 208'i hâkim ve savcı, 1.332'si asker, 1.336'sı polis, 3'ü vali, 9'u vali yardımcısı, 4'ü kaymakamdır) tutuklama tedbiri uygulandıktan bir süre sonra tahliye edilmiştir. Tahliye edilen bu kişilerin 7.969'u hakkında adli kontrol tedbirleri uygulanmıştır. Diğer taraftan kaçak durumda olup haklarında soruşturma/kovuşturma mercilerince yakalama emri çıkarılan 7.605 kişiden 26'sı Yargıtay üyesi, 6'sı Danıştay üyesi, 218'i hâkim ve savcı, 147'si asker, 386'sı polis, 3'ü vali yardımcısı ve 9'u kaymakamdır. 790 kişi hakkında ise gözaltı sürecinin devam ettiği anlaşılmıştır.

53. Soruşturmaların önemli bir kısmı sonuçlandırılmış ve ülke genelinde binlerce şüpheli hakkında yüzlerce iddianame tanzim edilmiştir. Bu iddianamelerde FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olarak tanımlandığı, genel olarak darbe teşebbüsüyle bağlantılı olduğu değerlendirilen eylemler yönünden "anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, TBMM'yi ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme"; darbe teşebbüsüyle bağlantılı olmayıp FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen eylemler yönünden ise "silahlı terör örgütü üyesi olma, terör propagandası yapma, terör örgütüne finansman sağlama" gibi suçlardan cezalandırma talep edildiği görülmektedir.

54. Açılan davaların büyük bir bölümü derdest olmakla birlikte ilk derece mahkemelerince mahkûmiyet kararları verilen davalar da bulunmaktadır. Örneğin Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi 5/1/2017 tarihinde, iki sanık hakkında darbe teşebbüsüyle bağlantılı olarak "anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme" suçundan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet kararı vermiştir (E.2016/216). Anılan kararda, silah ve zor kullanma yetkisine sahip olan örgüte mensup kişilerin bu yetkilerini FETÖ/PDY'deki hiyerarşik üstünden gelen emir doğrultusunda seferber etmeye hazır olacak şekilde yetiştirildiğine ve gerçekleştirilen darbe teşebbüsünün amacının ve gerçekleşme biçiminin de bunu doğruladığına değinilmiş; bu değerlendirmeyle FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğu sonucuna varılmıştır.

2. Kanun Hükmünde Kararnamelerle Alınan Tedbirler

55. Olağanüstü hâl süresince Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu bu güne kadar "olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda" yirmi dört (667-690 sayılı) Kanun Hükmünde Kararname (KHK) çıkarmıştır. Bu KHK'lar ile genel ve soyut normlar ihdas edilerek alınan tedbirlerin yanı sıra kişiler hakkında doğrudan etki doğurucu nitelikte işlemler de yapılmıştır. Bu işlemler konularına göre şöyle özetlenebilir:

a. Kamu Görevinden Çıkarma Tedbiri

56. 667 sayılı KHK'nın 3. maddesinde yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlardan; 4. maddesinde ise bunlar dışındaki tüm kamu

personelinden (işçiler dâhil) "terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna MGK'ca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara" üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin meslekten veya kamu görevinden çıkarılmalarına karar verileceği düzenlenmiştir. Anılan maddelerde; görevine son verilenlerin bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemeyeceği de hüküm altına alınmıştır.

57. Başta Anayasa Mahkemesi ve HSYK olmak üzere sınırlı sayıda kamu kurum ve kuruluşu idari bir kararla mensuplarını meslekten veya kamu görevinden çıkarmıştır. Bu kapsamda aralarında yüksek mahkeme üyelerinin de bulunduğu 4.000'in üzerinde yargı mensubu meslekten çıkarılmıştır.

58. Öte yandan 668, 669, 670, 672, 675, 677, 679, 683, 686, 689 sayılı KHK'lar ile yaklaşık 98.500 kamu görevlisi kamu görevinden çıkarılmıştır. Bu kapsamda TSK'nın general/amiral kadrosunun yarısına yakınının kamu görevinden çıkarıldığı görülmektedir. Bunun dışında TSK'da, mülki idarede, emniyet teşkilatında, üniversitelerde ve diğer kamu kurumlarında görev yapan çok sayıda kişi kamu görevinden çıkarılmıştır. Kamu görevinden çıkarılan kişiler arasında sayısal bakımdan ilk sırada öğretmenler bulunmaktadır.

59. Kamu görevinden çıkarılan personelin, TBMM; Yargıtay, Danıştay, Sayıştay, Yüksek Seçim Kurulu, istinaf ve ilk derece mahkemeleri; Başbakanlık ve tüm bakanlıklar; belediyeler; yükseköğretim kurumları; Diyanet İşleri Başkanlığı; Atatürk Kültür ve Dil Tarih Yüksek Kurumu, Vakıflar Genel Müdürlüğü; Hazine Müsteşarlığı, BDDK, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), TMSF, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu (EPDK), Rekabet Kurumu, Gelir İdaresi Başkanlığı, Kamu İhale Kurumu, kamu bankaları; Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK), TRT, TÜRKSAT, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü (PTT); Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK), Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü (MTA), Türkiye Atom Enerjisi Kurumu, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu (MKE); Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK), Türk Standartları Enstitüsü (TSE), Türk Patent Enstitüsü, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK); Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), Türkiye İş Kurumu; Spor Genel Müdürlüğü,

Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu (YURTKUR), Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM); Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Devlet Hava Meydanları İşletmesi, Karayolları Genel Müdürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demir Yolları (TCDD); Kuvvet (Kara, Hava, Deniz) Komutanlıkları, Jandarma ve Sahil Güvenlik Komutanlıkları, Emniyet Genel Müdürlüğü, Savunma Sanayii Müsteşarlığı, Kıyı Emniyeti Genel Müdürlüğü, MGK Genel Sekreterliği gibi çok farklı alanlarda faaliyet gösteren kamu kurum ve kuruluşlarında görev yaptığı anlaşılmıştır.

60. KHK'larla başvurulan kamu görevinden çıkarma tedbiri genel olarak FETÖ/PDY ile ilgi gerekçesiyle uygulanmış; 2.000'den fazla kişi hakkında ise diğer terör örgütleri veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna MGK'ca karar verilen yapı, oluşum veya gruplar ile ilgi gerekçesiyle bu tedbire başvurulmuştur.

61. Süreç içinde bazı KHK'lar ile daha önce kamu görevinden çıkarılan yaklaşık 1.400 kişi hakkındaki kamu görevinden çıkarma kararları geri alınmıştır.

b. Diğer Tedbirler

62. KHK'lar ile daha önce kendi isteğiyle emekli olan, resen emekliye sevk edilen, meslekten veya devlet memurluğundan çıkarılan veya müstafi sayılan çok sayıda emniyet mensubunun rütbeleri geri alınmıştır. Yine yurt dışında öğrenim görmek üzere gönderilen yaklaşık 275 öğrencinin de ilişikleri kesilmiştir. Bunlardan bir kısmı hakkında uygulanan tedbirler süreç içinde geri alınmıştır.

63. Ayrıca bazı haber ajansları, televizyonlar, radyolar, gazeteler, dergiler, yayınevleri ve dağıtım kanalları; özel sağlık kuruluşları, (okul öncesi, ilk ve orta öğretim) özel öğretim kurum ve kuruluşları, özel öğrenci yurt ve pansiyonları, özel üniversiteler; vakıflar ve dernekler ile bunların iktisadi işletmeleri ve sendikalar hakkında kapatma tedbiri uygulanmıştır. Süreç içinde bunlardan bir kısmı hakkında uygulanan tedbirler geri alınmıştır. Öte yandan KHK'larda, kapatılan özel kurum ve kuruluşlara ait varlıkların Hazineye bedelsiz olarak devredilmiş sayılacağına dair hükümlere yer verilmiştir.

64. Diğer taraftan Cumhuriyet başsavcılıklarınca yürütülen soruşturmalar kapsamında FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu belirtilen çok

sayıda şirkete kayyım atanmıştır. 674 sayılı KHK ile daha önce kayyım atanan şirketlere ilişkin kayyımın yetkilerinin TMSF'ye devri, KHK'dan sonra yapılacak uygulamalarda şirketlere kayyım olarak TMSF'nin atanması öngörülmüş; TMSF'ye anılan şirketleri satma ve tasfiye etme yetkileri verilmiştir. 675 sayılı KHK ile de FETÖ/PDY'ye aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan gerçek ve tüzel kişilerin yüzde elliden daha az ortaklık payı olduğu şirketlerde bu payların yönetimi ve temsili amacıyla TMSF'nin kayyım olarak atanacağı düzenlenmiştir.

65. 674 sayılı KHK ile belediye başkanı veya başkan vekili ya da meclis üyesinin terör veya terör örgütlerine yardım ve yataklık suçları sebebiyle görevden uzaklaştırılması, tutuklanması, kamu hizmetinden yasaklanması, başkanlık sıfatı veya meclis üyeliğinin sona ermesi hâllerinde İçişleri Bakanı veya valilerce yerlerine görevlendirme yapılabileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda 80'den fazla belediye başkanının terör veya terör örgütlerine yardım ve yataklık suçlarını işledikleri iddiasıyla görevden uzaklaştırılması veya tutuklanması ya da kamu hizmetinden yasaklanması sonrasında bu belediye başkanlıkları için görevlendirmeler yapılmıştır. Bunların çok büyük bir bölümünde ilgili belediye başkanlarının PKK ile bağlantılarının bulunduğu belirtilmiştir.

66. Son olarak özel eğitim kurumlarında görev yapan çok sayıda öğretmenin çalışma lisansları Millî Eğitim Bakanlığı tarafından iptal edilmiştir.

c. Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması

67. 685 sayılı KHK ile Anayasa'nın 120. maddesi kapsamında ilan edilen ve 21/7/2016 tarihli TBMM kararıyla onaylanan olağanüstü hâl kapsamında, terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna MGK'ca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan KHK hükümleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere "Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu" kurulması kararlaştırılmıştır. Anılan Komisyonun üyeleri 16/5/2017 tarihinde atanmıştır.

68. Yedi üyeden oluşan Komisyon, olağanüstü hâl kapsamında doğrudan KHK'lar ile tesis edilen kamu görevinden, meslekten

veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişiğin kesilmesi; öğrencilikle ilişiğin kesilmesi; dernekler, vakıflar, sendika, federasyon ve konfederasyonlar, özel sağlık kuruluşları, özel öğretim kurumları, vakıf yükseköğretim kurumları, özel radyo ve televizyon kuruluşları, gazete ve dergiler, haber ajansları, yayınevleri ve dağıtım kanallarının kapatılması; emekli personelin rütbelerinin alınması işlemleri hakkındaki başvuruları değerlendirip karara bağlayacaktır. Ayrıca olağanüstü hâl kapsamında yürürlüğe konulan KHK'lar ile gerçek veya tüzel kişilerin hukuki statülerine ilişkin olarak doğrudan düzenlenen diğer işlemler de Komisyonun görev alanındadır. Komisyonun kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açılması mümkündür.

G. Başvurucuların Tutuklanmasına İlişkin Süreç

69. 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü sırasında Polatlı 58. Topçu Tugay Komutanlığında hazırlanan birliklerden 34 kişilik askerî bir grubun TÜRKSAT'ı, 32 kişilik bir grubun ise TİB'i ele geçirmek üzere görevlendirildiği ve bu grupların harekete geçtiği ancak yollarının halk tarafından kesilmesi sonucunda söz konusu yerlere ulaşamadığı, böylece ulusal düzeyde kitle iletişiminin ve haberleşmenin sağlanması bakımından büyük önemi bulunan bu kurumların ele geçirilemediği soruşturma makamlarınca tespit edilmiştir (bkz. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 18/12/2016 tarihli ve E.2016/2856 sayılı iddianamesi, Ankara 13. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2017/1 sayılı dava dosyası).

70. Diğer taraftan Özel Kuvvetler Komutanlığında görev yapan bazı rütbeli askerler ile daha önce bu Komutanlıkta astsubay olarak görev yapıp subaylık sınavını kazanmaları dolayısıyla Kara Harp Okulunda eğitimde bulunan askerlerden oluşan 13 kişilik bir grup darbe teşebbüsü kapsamında TÜRKSAT uydu tesislerini işgal edip ulusal yayınları durdurmak ve kontrol altına almak amacıyla önce Çankaya'da bulunan Başbakanlık yerleşkesindeki muhafız alayına gelmiştir. Anılan darbeci askerlere burada kayıtsız bir şekilde silah (piyade tüfeği) ve mühimmat dağıtılmıştır. Askerler, iki ayrı helikopterle buradan ayrılmış ve saat 00.47 sıralarında Gölbaşı-Konya yolunun 40. kilometresinde bulunan TÜRKSAT'a ait yerleşkenin olduğu yere gelmişlerdir. Helikopterler henüz havada iken askerler tarafından TÜRKSAT'ın ana nizamiyesi ateş altına alınmıştır. Bunun sonucunda TÜRKSAT görevlilerinden yaralananlar olmuştur.

71. Helikopterler, TÜRKSAT yerleşkesinde bulunan helikopter pistine iniş yapmış; sonrasında askerler, TÜRKSAT tesislerini kontrol altına almak amacıyla harekete geçmişlerdir. Bu bağlamda bir taraftan silahlarına ve cep telefonlarına el konularak TÜRKSAT güvenlik görevlileri etkisiz hâle getirilmiş, diğer taraftan televizyon yayınlarının kesilmesi için ilgili personelin toparlanması girişiminde bulunulmuştur. Öte yandan çevre kontrolü yapmak için yerleşke dışına çıkan TÜRKSAT çalışanlarından 3'ü yerleşkeye geri dönerken askerlerin silahlı saldırısına uğramış, saldırı sonucunda bu görevlilerden 2'si hayatını kaybederken biri de yaralanmıştır.

72. Askerler tarafından TÜRKSAT yetkililerinden uydu yayınlarının kesilmesi istenmiş, bu amaçla silah zoruyla yayınların kesilmesi sağlanmaya çalışılmıştır. Ancak TÜRKSAT personelinin yayınların nasıl kesildiğini bilmediklerini söyleyerek ve yayınları kesiyormuş gibi davranarak askerleri oyaladıkları anlaşılmıştır. Uydu yayınlarının kesilmediğinin anlaşılması üzerine yayınların kesilmesine yardımcı olmak amacıyla yanlarına sivil kişiler gönderileceği askerlere üstlerince bildirilmiştir.

73. Kendi beyanlarına göre başvuruculardan Aydın Yavuz, elektronik mühendisi; Birol Baki ve Burhan Güneş, elektrik-elektronik mühendisi; Salih Mehmet Dağköy ise bilgisayar mühendisidir. Başvuru formlarında belirtildiği üzere başvurucular Ankara dışında ikamet etmektedirler.

74. 15 Temmuz 2016 tarihinde akşam saatlerinde Ankara'ya geldiklerini ifade eden başvurucular, 16 Temmuz saat 02.00 sıralarında başvurucu Burhan Güneş tarafından kullanılmakta olan bir otomobil ile TÜRKSAT'a ait yerleşkenin bulunduğu yere gelmişlerdir.

75. TÜRKSAT yerleşkesine saldırı olduğunu öğrenen Gölbaşı İlçe Emniyet Müdürlüğüne bağlı polisler, buraya hareket etmiş ve çevre güvenliğini sağlamak amacıyla TÜRKSAT yerleşkesine ulaşımı kontrol altına almışlardır. TÜRKSAT yerleşkesinin girişindeki nizamiye bölgesine kadar otomobille gelen başvurucular, bu kapsamda polis görevlilerince durdurulmuştur. Polis görevlilerinin anlatımlarına göre başvurucular, kendilerini durduran ve TÜRKSAT yerleşkesine girmelerine izin vermeyen polislere "içeriden çağrıldıklarını" söylemişler ve yerleşkeye girmelerine izin verilmesini istemişlerdir. Polis görevlilerinin başvurucuların kimlikleriyle ilgili şüphe duyması üzerine başvurucu Burhan Güneş'in cep

telefonunun kayıtlarını silmeye çalıştığı ve telefonunu fabrika ayarlarına döndürmek istediği anlaşılmıştır. Bunun üzerine başvurucular polislerce yakalanarak kelepçelenmiş ve başvuruculardan Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy emniyete ait ayrı araçlara konulmuş; yeterli araç bulunmadığından başvurucu Aydın Yavuz, başvurucuların olay yerine geldikleri otomobilde tutulmuştur.

76. Öte yandan askerler tarafından uydu yayınlarının kesilmesi sağlanamayınca temas hâlinde oldukları üstlerince TÜRKSAT yerleşkesinin savaş uçaklarıyla bombalanması ve bu şekilde yayınların engellenmesi kararlaştırılmış; bunun üzerine askerler -kendilerini getiren helikopterlerin ayrılmış olması nedeniyle- el koydukları TÜRKSAT'a ve TÜRKSAT çalışanlarına ait araçlarla yerleşkenin dışına çıkmışlardır. Askerlerin bu sırada yanlarına TÜRKSAT'ta el koydukları silah ve cep telefonlarını da aldıkları anlaşılmıştır. Saat 02.50 sıralarında TÜRKSAT yerleşkesinden Konya yoluna doğru kaçmakta olan askerler, yol üzerinde güvenlik tedbiri alan ve başvurucuları durdurup yakalayan polis görevlilerine ateş açmışlardır. Polis görevlilerinden biri açılan ateş sonucunda yaralanmıştır. Konya istikametine doğru seyirlerine devam eden askerler, bulundukları açık araziye gelen helikopterlerce buradan alınmışlardır. Askerlerden yaralı olanlar Gülhane Askeri Tıp Akademisine (GATA), diğerleri ise darbe teşebbüsünün merkezi olduğu bilinen Akıncılar Hava Üssüne getirilmiştir. Askerlerin ayrılmasından sonra saat 03.10-03.20 arasında, darbeciler tarafından TÜRKSAT yerleşkesi savaş uçaklarıyla dört kez bombalanmıştır.

77. Başvurucuların olay yerinde bekletildikleri sırada TÜRKSAT'ın bombalanacağı şeklinde haberler gelmesi üzerine TÜRKSAT yerleşkesinde bulunan görevliler ve sivil kişiler, araçlarıyla yerleşkeden uzaklaşmaya çalışmışlardır. Bu nedenle yol üzerinde bir kargaşa olduğu, yerleşkenin bombalanmaya başlaması üzerine polis görevlilerinin yerleşkenin bulunduğu yerden Konya yolu istikametine doğru çekildikleri, bu sırada elleri kelepçeli vaziyette otomobilde bulunan başvurucu Aydın Yavuz'un otomobilden inerek açık arazide gizlendiği, öğlen saatlerinde bir akaryakıt istasyonuna geldiği sırada jandarma görevlilerince bulunup polislere teslim edildiği anlaşılmıştır.

78. Diğer taraftan Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliği 16/7/2016 tarihinde, başvurucular hakkında

yürütülen soruşturmaya ilişkin olarak, müdafinin dosya içeriğini incelemesinin veya belgelerden örnek almasının soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 153. maddesi uyarıca *"müdafiin soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin kısıtlanmasına"* karar vermiştir.

79. Gözaltına alınan başvurucular 18/7/2016 tarihinde kolluk görevlilerine ifade vermişlerdir. İfade alma işlemi sırasında başvurucuların müdafileri de hazır bulunmuştur. Başvurucular ifadelerinde kendilerine isnat edilen suçlamaları kabul etmemişlerdir. Başvurucuların anlatımlarına göre İzmir ilinde ikamet eden başvurucu Salih Mehmet Dağköy uçakla İstanbul'a gelmiş ve burada İstanbul'da ikamet etmekte olan başvurucular Birol Baki ve Burhan Güneş ile buluşmuş; adı geçen başvurucular hep birlikte yolcu otobüsü ile Ankara'ya hareket etmişlerdir. Diğer başvurucu Aydın Yavuz ise ikamet ettiği Gebze'den yolcu otobüsüyle Ankara'ya gelmiştir. Başvurucular, bir iş görüşmesi için Ankara'ya geldiklerini, 15 Temmuz 2016 tarihinde akşam saatlerinde (20.00 gibi) Ankara Şehirlerarası Terminal İşletmesinde (AŞTİ) buluştuklarını ifade etmektedirler. Başvurucular, (başvurucu) Burhan Güneş tarafından temin edilen (kiralanan) bir otomobille şehir içinde bir müddet dolaştıklarını, otomobilin radyosundan gelen "darbe teşebbüsüne karşı sokağa çıkılması" çağrıları üzerine yoldaki konvoylara katıldıklarını, sonrasında yollarını kaybettiklerini, radyodan TÜRKSAT'a saldırı olduğunu öğrenince tekrar konvoya katılma düşüncesiyle TÜRKSAT'ın bulunduğu yere hareket ettiklerini, burada polisler tarafından durdurulduklarını iddia etmektedirler. Başvurucuların içinde bulundukları otomobilin sürücüsü olan Burhan Güneş; aracı kiraladığı kişiyi tanımadığını, polisler tarafından durdurulunca da bir anlık panikle polislere "içeriden çağrıldıklarını" söylediğini belirtmektedir.

80. Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığı 18/7/2016 tarihinde başvurucuları tutuklanmaları istemiyle Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir. Hâkimlik önünde sorguları yapılan başvurucular, kolluktaki anlatımlarıyla aynı doğrultuda ifade vermişlerdir. Sorguda başvurucuların müdafileri de hazır bulunmuştur. Sorgu sırasında başvuruculara soruşturma belgelerinin ve soruşturma dosyasında yer alan bilgilerin okunduğu anlaşılmıştır.

81. Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin 18/7/2016 tarihli kararı ile *"olay yeri görgü ve tespit tutanağı, şüphelilerin ifadesi ve tüm evrak içeriğine nazaran somut*

olguların bulunduğunun kabulünün gerektiği, henüz delillerin toplanmamış olması, buna göre delillerin karartılma şüphesinin bulunduğunun kabulünün gerektiği anlaşılmakla ve özellikle kanunda öngörülen cezanın nevi ve süresine göre şüpheliler hakkında duruma uygun ve yeterli ölçüde tedbir mahiyetinde olabilecek adli kontrol hükümlerinin uygulanmasına olanak bulunmadığı değerlendirilerek ve işin önemi verilmesi beklenen ceza ile ölçülülüğün bulunduğu değerlendirilerek" başvurucuların isnat edilen anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçundan tutuklanmalarına karar verilmiştir.

82. Başvurucular, tutuklama kararına itiraz etmişler; Ankara 7. Sulh Ceza Hâkimliğinin 1/8/2016 tarihli ve Ankara 8. Sulh Ceza Hâkimliğinin 4/8/2016 tarihli kararları ile itirazların reddine karar verilmiştir. İtiraz mercilerinin ret kararlarında, Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklamaya ilişkin 18/7/2016 tarihli kararının *"usul ve yasaya uygun olduğu"* değerlendirmesinde bulundukları görülmektedir.

83. Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin 20/9/2016 tarihli kararı ile başvurucuların tutukluluk hâllerinin devamına karar verilmiştir. Başvurucular Aydın Yavuz, Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy müdafileri aracılığıyla 22/9/2016 tarihinde karara itiraz etmişlerdir. Ankara 8. Sulh Ceza Hâkimliğinin 23/9/2016 tarihli (2016/3116 ve 2016/3117 Değişik İş sayılı) kararları ile itirazların kesin olarak reddine karar verilmiştir. Kararlarda *"şüphelilerin* [başvurucuların] *üzerlerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin var olduğu, atılı suçun katalog suçlardan olması nedeniyle şüphelilerin kaçma, saklanma ve delilleri karartma ihtimalinin bulunduğu, atılı suçun kanunda öngörülen ceza miktarı ve şüphelilerin kişiliği nazara alındığında adli kontrol hükümlerinin yetersiz kalacağı ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu, mevcut delil durumunda herhangi bir değişiklik olmadığı"* belirtilmiştir.

84. Başvurucu Aydın Yavuz 20/10/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

85. Başvuruculara isnat edilen eylemin ağır ceza mahkemesinin görevi kapsamında bulunması nedeniyle Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 5/10/2016 tarihli fezlekeyle başvurucular hakkındaki soruşturma dosyası Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

86. Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliği 18/10/2016 tarihinde, başvurucuların da aralarında olduğu tutuklu şüphelilerin tutukluluk

durumunu resen değerlendirmiş ve *"kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunması, üzer*[ler]*ine atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yasada yazılı cezanın üst haddi dikkate alınarak"* başvurucuların tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir. Başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy müdafileri aracılığıyla 7/11/2016 tarihinde karara itiraz etmişlerdir. Bu sırada Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 1/11/2016 tarihli yetkisizlik kararı ile başvurucular hakkındaki soruşturma dosyası, Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiş olduğundan başvurucuların itirazı Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince karara bağlanmıştır. Anılan Hâkimliğin 7/11/2016 tarihli kararı ile itirazın reddine karar verilmiştir. Kararda *"suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, delillerin karartılması ihtimalinin bulunması, şüphelilerin kaçacağı şüphesinin olması"* gerekçelerine dayanılmıştır.

87. Başvurucular, kararı 18/12/2016 tarihinde öğrendiklerini bildirmişlerdir.

88. Başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy 21/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

89. Başvurucular hakkındaki soruşturma dosyası, Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığının 10/12/2016 tarihli fezlekesi ile yeniden Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

90. Başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy 14/12/2016 tarihinde müdafileri aracılığıyla Gölbaşı Cumhuriyet Başsavcılığına dilekçe sunarak tahliye talebinde bulunmuşlardır. Anılan dilekçelerde incelemenin duruşmalı olarak yapılması ve soruşturma dosyasındaki kısıtlama kararının kaldırılması da talep edilmiştir.

91. Diğer taraftan Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 22/12/2012 tarihinde, Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinden başvurucuların da aralarında olduğu tutuklu şüphelilerin tutukluluk durumunun incelenmesini talep etmiştir.

92. Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliği dosya üzerinden yaptığı inceleme sonunda 26/12/2016 tarihinde *"tutuklama tarihinden sonra şüpheliler lehine gelişen bir durumun olmadığı, şüphelilerin üzerine atılı suçun niteliği, mevcut delil durumu, tahkikatın sonuçlanmamış olması, delillerin karartılması ihtimalinin*

mevcudiyeti, tutuklama sebeplerinin devam etmesi ve kuvvetli suç şüphesi dikkate alınarak" başvurucuların tahliye taleplerinin reddine ve ayrıca *"tutuklama nedenlerinin bulunması, verilen tutuklama kararlarının ölçülü oluşu ve adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı"* gerekçesiyle (tüm) şüphelilerin tutukluluk hâllerinin devamına karar verilmiştir. Söz konusu kararda, başvurucuların incelemenin duruşmalı olarak yapılması veya soruşturma dosyasındaki kısıtlama kararının kaldırılması talepleri bakımından bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmıştır.

H. Başvurucular Hakkında Açılan Ceza Davasına İlişkin Süreç

93. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının (Anayasal Düzene Karşı İşlenen Suçlar Bürosu) 2/1/2017 tarihli ve E.2017/26 sayılı iddianamesiyle başvurucuların "anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, TBMM'yi ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olma" suçlarını işlediklerinden bahisle cezalandırılmaları istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

94. Dava genel olarak darbe teşebbüsü sırasında, bu teşebbüsün bir parçası olarak TÜRKSAT'ın ele geçirilerek uydu ve televizyon yayınlarının kesilmesine yönelik saldırıya ilişkindir. İddianameyle başvurucuların dışında, olay tarihinde TÜRKSAT'ı işgal eden askerler olduğu ileri sürülen 12 sanığın (askerlerden birinin kaçtıkları aracın içinde öldürülmüş olarak bulunduğu belirtilmiştir) ve başvurucuların TÜRKSAT'a giderken kullandıkları otomobilin sahibi olan bir sanığın cezalandırılması talep olunmuştur. İddianamede askerlerin silahlı saldırısı sonucunda hayatını kaybeden 2 TÜRKSAT görevlisine, bunların yakınları olan 4 müştekiye, ayrıca olayla ilgili TÜRKSAT tüzel kişiliğinin yanı sıra 56 gerçek kişi müştekiye yer verilmiştir.

95. İddianamenin öncelikle terör örgütlerinin genel niteliğine ve özelliklerine (cebir ve şiddet kullanma; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle hareket etme, siyasi maksatla faaliyet gösterme, silahlı olma, üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olma, en az üç kişiden oluşma gibi) değinerek FETÖ/PDY'nin bir terör örgütü olduğu olgusuna işaret ettiği, bu bağlamda özellikle 15 Temmuz darbe teşebbüsüne vurgu yaptığı görülmektedir.

96. İddianamede FETÖ/PDY mensubu kişilerin genel olarak tutumlarına ve yapılanmanın bu kişilerden olan beklentilerine ilişkin olarak Fetullah Gülen'in yazarı olduğu bir kitapta yer alan *"Cemaate bağlı kişinin azimli/kararlı ve hizmete karşı itaatkâr her şeyin sorumluluğunu alması gereken, darbe yediğinde azmi bozulmayan, yüksek rütbelere geldiğinde kendi rütbesi değil de hizmetin rütbesini ön planda tutan, hizmet içerisinde yapacağı görevlerin zor olabileceğine inanan ve bütün varlığını/canını/sevdiklerini hizmet için feda etmeye hazır olan"* şeklindeki *"hizmet insanı"* tanımına ve Fetullah Gülen'in *"Ne olursanız olun makam şöhret başınızı döndürmesin. 'SIFIR' olun. Olun ki büyük rakamlarda büyük yerlerde kullanılasınız."* sözlerine atıf yapılmıştır.

97. İddianamenin başvurucularla ilgili bölümünde şu ifadelere yer verilmiştir:

> *"TÜRKSAT yerleşkesinden yayınlarının kesilmesine yönelik gelişen olaylar sürecinde; 16/07/2016 günü saat 02:00 sıralarında U.Ö. isimli şüpheliye ait ... araçla kuruma girmek için buraya gelen şüpheliler Birol Baki, Burhan Güneş, Salih Mehmet Dağköy, Aydın Yavuz isimli şahısların buraya TÜRKSAT yayınlarının kesilmesi için geldiklerinin tespit edilmesi üzerine, şüphelilerin durdurulduğu, kolluk görevlileri tarafından durdurulan şahısların 'içeriden kendilerinin çağrıldığını' iddia ettikleri, kimlikleriyle ilgili şüphe duyulması üzerine, şüphelilerden Burhan Güneş'in elindeki cep telefonundan bir şeyler silmeye çalıştığı, telefonunu fabrika ayarlarına döndürmeye çalıştığı görülmesi üzerine müdahale edilerek haklarında yakalama işlemi yapılmıştır.*
>
> *Üzerlerindeki eşyalar ile telefonlarına el konulduğu anlaşılmış, bu kişilerin, asker kıyafetli şüphelilerin lideri durumunda olan Yarbay E.U.nun ifadelerinde geçen, 'yayınların kesilmesine yardımcı olmak amacıyla yanlarına gönderileceği bildirilen sivil kişiler' olduğu değerlendirilmiştir.*
>
> *Sivil olarak TÜRKSAT'a girmeye çalışan şüpheliler Aydın Yavuz, Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy isimli şahıslarla ilgili sonradan yapılan araştırma sonucu şüphelilerin bilgisayar ve iletişim alanında uzman oldukları, Salih Mehmet Dağköy'ün FETÖ/PDY örgütüyle irtibatlı Yamanlar Lisesi mezunu olduğu, Samanyolu TV isimli kanalda bilgi işlem direktörü olarak ... çalıştığı, Aydın Yavuz'un TÜBİTAK Marmara Araştırma Merkezinde kurumsal gelişim başkan yardımcısı olarak daha önceden çalıştığı, Burhan Güneş'in de bilgisayar mühendisliği mezunu olup TÜBİTAK*

kurumunda daha önceden idari işler başkan yardımcısı olarak çalıştığı, Birol Baki'nin de ... Elektronik isimli şirketinin olduğu, Samanyolu TV'de bir süre çalıştığı, şüphelilerden Burhan Güneş'in eşi[nin] TÜBİTAK kurumunda çalışırken söz konusu darbe olayları kapsamında hakkında adli işlem yapılarak denetimli serbestlik kararı verildiği, buna göre şüphelilerin olay günü TÜRKSAT'da uydu yayınlarının kesilmesi amacıyla bulunduğunun sabit olduğu anlaşılmıştır.

Nitekim bu şahısların TÜRKSAT'a gelmek için kullandıkları ... aracın ruhsat sahibi olan şüpheli U.Ö.nün alınan ifadelerinde M.Y. isimli bir arkadaşının whatsapp üzerinden 15/07/2016 günü öğleden sonra yazdığı mesaj üzerine S.K. isimli ortak arkadaşlarının ... evinde buluştuklarını, M.Y. ve O.D.nin de orada olduğunu, akşam üzeri telefonla haber gelmesi üzerine M.Y., O.D. ve S.K.nin kendisine ait araçla gittiklerini, kendisinin evde yalnız kaldığını beyan ettiği, şüpheli U.Ö.nün ifadesinde geçen M.Y., S.K. ve O.D. isimli şahısların olay gecesi yine darbeye teşebbüs eylemleri kapsamında TRT yayınlarına müdahale etmek için baskın yapan askeri şahıslarla birlikte TRT binasına gittiklerinin basın yayın organlarında fotoğraflarıyla birlikte haber konusu olduğu, bu şahısların halen kaçak oldukları, hepsinin bilgisayar ve iletişim konusunda uzman olup şüpheli U.Ö.nün beyanına göre HAVELSAN [Hava Elektronik Sanayi] ve TAİ [Türk Havacılık Sanayi] gibi önemli kamu kurumlarında çalışmış oldukları ... anlaşılmıştır.

Şüpheliler Aydın Yavuz, Birol Baki, Salih Mehmet Dağköy ve Burhan Güneş'in yakalanmalarına müteakip olay yerinde bekletildikleri sırada TÜRKSAT'ın bombalanacağı gerekçesiyle içeriden yoğun bir şekilde görevli ve sivil şahısların araçlarıyla çıkmaya çalıştığı, bu sebeple yol üzerinde bir süre kargaşa olduğu, güvenlik görevlilerinin çıkanları kontrol etmeye çalıştığı, bombaların düşmeye başlaması üzerine onların da Konya yolu istikametine çekildikleri, bu sırada şüphelilerden Aydın Yavuz'un kelepçeli şekilde ... araçta kaldığı, boşluktan istifade ederek araçtan inen Aydın Yavuz'un yakındaki boş arazilere kaçtığı, saat 14:00'e kadar saklandığı, kelepçeli bir şekilde olay yeri yakınındaki ... benzin istasyonuna geldiğinde jandarma görevlileri tarafından bulunup ilçe emniyet müdürlüğü görevlilerine teslim edildiği,

... [şüpheli U.Ö.ye ait olup olay tarihinde başvurucuların kullandıkları] *aracın olay yerinde kalmasından sonra TÜRKSAT yerleşkesinin askeri uçak tarafından bombalanması, bu sırada buradan kaçan şüpheli asker şahıslar ile emniyet görevlileri arasında silahlı çatışma olması nedeniyle aracın durumunun*

kontrol edilmediği, bu arada şüpheli U.Ö.nün Ankara'dan arkadaşı M.Y.nin aracıyla buraya gelerek 16/07/2016 günü saat 10:40 sıralarında daha önce evinden aldığı yedek anahtarıyla aracını çalıştırıp götürdüğü, bir süre nerede olduğu tespit edilemeyen aracın ruhsat bilgilerinden yola çıkılarak şüpheli U.Ö.ye ait olduğunun anlaşılması üzerine yapılan araştırma sonucu 30/08/2016 günü Yalova ili Çınarcık ilçesinde şüpheli U.Ö. tarafından kullanılırken bulunduğu ... anlaşılmıştır."

98. Başvurucuların FETÖ/PDY ile bağlantılarının bulunduğuna ilişkin olarak ayrıca bu yapılanmayla ilgisi olduğu belirtilen Bank Asyadaki hesap durumlarına ilişkin bilgilere de yer verilmiştir. İddianamede belirtildiğine göre başvurucuların tümü bu Bankanın müşterisidir. Başvuruculardan Burhan Güneş'in hesapları 3/6/1999 tarihinde açılmış olup 18/12/2013 ile 14/2/2014 tarihleri arasında işlem kayıtları mevcuttur. Aydın Yavuz'un hesapları 13/10/2000 tarihinde açılmış olup çeşitli şubelerde birçok işlemi bulunmaktadır ve hesapları suç tarihine kadar aktif olarak kullanılmıştır. Birol Baki'nin hesabı 23/10/2000 tarihinde açılmış olup birçok şubeden hesap hareketleri mevcuttur ve suç tarihine kadar hesapları aktif olarak kullanılmıştır. Salih Mehmet Dağköy'ün hesabı ise 21/7/2005 tarihinde açılmış olup suç tarihine kadar hesapları aktif olarak kullanılmıştır. Diğer taraftan soruşturma mercilerinin ilk tespitlerine göre başvurucu Aydın Yavuz'un FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimleri sağladıkları "ByLock" adlı programı mobil cihazına yükleyen ve kullanan şahıslar arasında ismi geçmektedir.

99. Olayla ilgili müşteki sıfatıyla beyanları alınan çok sayıda polis memuru 15 Temmuz 2016 tarihinde TÜRKSAT nizamiye girişinde bekledikleri sırada yanlarına bir aracın geldiğini, araç içinde dört kişinin olduğunu, bu kişilerin *"kendilerine içeriden telefon geldiğini ve bu nedenle içeri girmeleri gerektiğini"* söylediklerini, bunun üzerine bu kişileri arabadan indirip üst araması yaptıklarını, bu sırada araç sürücüsünün telefonunu fabrika ayarlarına döndürmeye çalıştığını görmeleri üzerine bu dört kişiyi (başvurucuları) gözaltına aldıklarını ifade etmiştir.

100. Öte yandan TÜRKSAT'ı işgal eden askerlerin lideri konumunda olduğu belirtilen Yarbay E.U.nun soruşturma makamlarınca alınan ifadesinin başvurucularla ilgili olduğu değerlendirilen bölümü şöyledir:

> *"Yayınların kesilmesi konusunda teknik bilgim olmadığı için bu konuda görevli olup olmadığını öğrenmeye çalıştım. Nizamiyede bu işi bilen*

olmadığı söylendi. Yayınların kesilebileceği binayı öğrenince o tarafa gittik ... Yayınların kesilmesine yardımcı olacak şahıs yayının yapıldığı binadaymış. Bu sırada sürekli bana gelen telefonlarda yayınların devam ettiği, bir an önce kesilmesi gerektiği bildiriliyordu. Oradaki TÜRKSAT personeli farklı yerleri gösterdiler. Hatta dışarıda konteynır şeklinde bu işlerin yapıldığı yerler olduğu söylendi. Oralara da gidildi. Ben yayınların kesilip kesilmediğini tam olarak bilemiyorum. Ancak telefonlarda bana yayınların kesilmediği, sürekli söyleniyordu.

TÜRKSAT çalışanları farklı görevleri olduğunu söyleyerek yardımcı olmadılar. Telefonlarda dışarıdan yayın kesilmesine yardımcı olması için sivil teknisyenlerin geleceği söylenmişti, ancak ben bu şahısları hiç görmedim. Gönderdiklerinden de emin değilim. Bana isimleri ya da kimlikleriyle ilgili bir bilgi de verilmedi. Ayrıca TÜRKSAT'ta bize yardımcı olabileceği söylenen bir şahıs ismi de verilmemişti. Tamamen kendi imkanlarımızla yayınların nasıl kesileceğini anlamaya çalıştık ... en son yayınların kesilmemesi üzerine orada başka bir tedbir uygulanacağını söyleyerek herkesin binalardan çıkartılması talimatı geldi ..."

101. Başvurucular hakkında düzenlenen iddianame, Ankara 14. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 13/1/2017 tarihinde kabul edilmiş ve Mahkemenin E.2017/3 sayılı dosyası üzerinden yargılamaya başlanmıştır.

102. Mahkemece yapılan tensip (duruşmaya hazırlık) incelemesi sonunda *"atılı suçun niteliği, toplanan deliller, soruşturma aşamasında alınan savunma ve tanık beyanlarına dayalı kuvvetli suç şüphesinin bulunması, sanıkların kaçma ve delilleri karartma ihtimali, adli kontrol hükümlerini uygulamanın bu aşamada yetersiz kalabileceği"* gerekçesiyle başvurucuların tutukluluk hâllerinin devamına karar verilmiştir. Ayrıca Mahkeme, 9/2/2017 ve 9/3/2017 tarihlerinde başvurucuların tutukluluk durumunu resen dosya üzerinden incelemiş ve *"kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması, terör örgütü üyesi olma suçunun CMK* [Ceza Muhakemesi Kanunu] *100. maddesinde belirtilen katalog suçlardan olması, müsnet suçların alt ve üst sınırı, tutuklulukta geçen süreye göre tutuklama tedbirinin ölçülü olması"* gerekçesiyle tutukluluğun devamına karar vermiştir.

103. Başvurucuların yargılandığı davada ilk duruşma 4/4/2017 tarihinde yapılmıştır. Mahkemece duruşmanın SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) vasıtasıyla kayda alınmasına karar verilmiştir.

Mahkemenin 5/4/2017 ve 6/4/2017 tarihlerinde de duruşmaya devam ettiği anlaşılmıştır. Bu duruşma(lar)da başvurucuların kimlik tespiti yapılmış, isnat edilen suçları ve yasal hakları hatırlatılmış, iddianame ve ekleri ile atılı suçlamaların hukuki nitelendirilmesi okunup anlatılmış ve başvurucuların savunmaları alınmış, ayrıca müştekiler dinlenmiştir. Başvurucular Mahkeme önündeki savunmalarında da soruşturma aşamasındaki anlatımlarıyla benzer yönde ifade vermiş, atılı suçlamaları kabul etmemişlerdir. Başvuruculardan Birol Baki ve Mehmet Salih Dağköy, bir süre Samanyolu TV'de çalıştıklarını beyan etmişlerdir. Kullandıkları cep telefonlarında "ByLock" programının yüklenmiş olduğu tespit edilen başvurucular Aydın Yavuz ve Burhan Güneş, anılan programdan haberlerinin olmadığını ve bu programı kullanmadıklarını savunmuşlardır. 15 Temmuz günü akşam saatlerinden itibaren cep telefonlarının kapalı olduğu tespit edilen tüm başvurucular, savunmalarında bu durumu telefonlarının şarjının bitmesiyle açıklamışlardır. 6/4/2017 tarihinde yapılan duruşmada başvurucular ve müdafileri tahliye taleplerini sözlü olarak Mahkemeye bildirmişlerdir. Mahkeme aynı duruşmada *"atılı suçun vasıf ve mahiyeti, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut olguların bulunması, delillerin henüz tam olarak toplanamamış olması ve bu aşamada adli kontrol uygulamasının yetersiz olacağı, tutuklama tedbirinin ölçülü ve orantılı olduğu"* gerekçesiyle başvurucuların taleplerinin reddine ve tutukluluk hâllerinin devamına karar vermiştir.

104. Mahkemece 8/5/2017 tarihinde yapılan duruşmada, Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü bildirmiş ve başvurucuların isnat edilen tüm suçlardan cezalandırılmalarını talep etmiştir. Mahkeme 8/5/2017 ve 29/5/2017 tarihli duruşmalarda da *"suçun vasıf ve mahiyeti, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut olguların varlığı ve bu aşamada adli kontrol uygulamasının yetersiz olacağı, tutuklama tedbirinin ölçülü ve orantılı olduğu"* gerekçesiyle başvurucuların tutukluluğunu devam ettirmiştir.

105. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla İlk Derece Mahkemesinde derdesttir ve başvurucuların tutukluluk durumu devam etmektedir.

İ. ByLock Programına İlişkin Olgular

106. Başvurucular Aydın Yavuz ve Burhan Güneş'in "ByLock" isimli haberleşme programının (uygulama) kullanıcısı olmaları ve

bunun üzerinden haberleşme yapmalarının soruşturma ve kovuşturma mercilerince FETÖ/PDY ile ilgilerinin bulunmaları yönünden önemli bir unsur olarak değerlendirilmesi nedeniyle anılan programın genel özelliklerine ilişkin yargı organlarınca yapılan tespit ve değerlendirmelere yer verilmesi uygun olacaktır. Özellikle Yargıtay 16. Ceza Dairesinin -ilk derece mahkemesi sıfatıyla- 24/4/2017 tarihli (E.2015/3, K.2017/3) ve Kayseri 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 19/1/2017 tarihli (E.2016/401, K.2017/4) kararlarında ifade edildiği şekliyle bu tespit ve değerlendirmeler şöyle özetlenebilir:

i. "ByLock", yaklaşık 215.000 kullanıcısı olan ve İnternet üzerinden iletişim sağlamak üzere oluşturulmuş bir programdır.

ii. "ByLock" uygulamasında on binlerce arkadaş grubu bulunmaktadır ve uygulama üzerinden milyonlarca mesaj ve elektronik posta gönderilmiştir.

iii. Uygulama güçlü bir şifreleme sistemine sahiptir. Uygulama üzerinden gönderilen her bir mesajın farklı bir kripto anahtarıyla şifrelenerek iletilmesi tasarlanmıştır.

iv. Bir başka ülkede sunucu kiralanmak suretiyle kullanıma sunulan uygulamaya ilişkin olarak gerçekleştirilen iş ve işlemlere (sunucu ve IP kiralama gibi) ait ödemeler anonim yöntemlerle yapılmıştır. Ayrıca uygulamayı geliştiren ve kullanıma sunan kişinin daha önce yaptığı işlere ilişkin bir referansı bulunmamaktadır. Uygulamanın tanıtımına yönelik bir girişimde de bulunulmamıştır. Dolayısıyla "ByLock"un kullanıcı sayısının artırılması ve ticari bir değer hâline getirilmesi hedeflenmemiştir. Sonuç olarak uygulamanın kurumsal ve ticari mahiyeti bulunmamaktadır.

v. Uygulamaya ait kaynak kodlar içinde birtakım Türkçe ifadeler yer almaktadır. Yine kullanıcı adlarının, grup isimlerinin ve çözümlenen şifrelerin büyük çoğunluğu ile uygulamanın çözümlenen içeriklerin neredeyse tamamı Türkçedir.

vi. "ByLock"a yönelik engellemelerin tamamına yakını Türkiye IP adreslerine ilişkindir. Türkiye'den erişim sağlayan kullanıcılar, kimlik bilgilerinin ve iletişimin gizlenmesini sağlamak amacıyla uygulamaya VPN vasıtasıyla erişmeye zorlanmıştır.

vii. "ByLock"a ilişkin arama motorları üzerinden yapılan sorgulamaların neredeyse tamamı Türkiye'deki kullanıcılar tarafından gerçekleştirilmiştir. Uygulamaya Türkiye IP adreslerinden erişimin engellendiği tarih itibarıyla arama motorları üzerinden yapılan sorgulamalarda büyük bir artış olmuştur.

viii. "ByLock" ile ilişkili İnternet kaynaklı yayınlar, çoğunlukla sahte hesaplar üzerinden yapılmış ve burada FETÖ/PDY lehine paylaşımlarda bulunulmuştur.

ix. Büyük bir kullanıcı kitlesine sahip uygulama, 15 Temmuz darbe teşebbüsü öncesinde ne Türk kamuoyu ne de yabancılar tarafından bilinmektedir.

x. Uygulamanın akıllı telefonlara yüklendikten sonra kullanılabilmesi için kullanıcı adı/kodu ve parolanın, ayrıca kullanıcıya özel güçlü bir kriptografik şifrenin belirlenmesi ve bu bilgilerin uygulama sunucusuna kriptolu olarak iletilmesi gerekmektedir. Böylece kullanıcı bilgilerinin ve iletişimin güvenliğinin azami şekilde korunması amaçlanmıştır.

xi. "ByLock"a ilişkin kullanıcı hesabı oluşturulması sırasında kişiye özel bir bilgi (telefon numarası, kimlik numarası, e-posta adresi vb.) talep edilmemekte, global ve ticari benzer uygulamalarda olduğu şekilde kullanıcı hesabını doğrulamaya yönelik bir işleyiş (SMS şifre doğrulaması, e-posta doğrulaması vb.) de bulunmamaktadır. Bunlar kullanıcıların tespitini zorlaştırmak amacıyla alınmış önlemlerdir.

xii. Uygulamaya kayıt işlemi, sistemde kayıtlı kullanıcılarla iletişim kurmak için yeterli değildir. Kullanıcıların haberleşmesi için her iki tarafın çoğunlukla yüz yüze veya bir aracı (kurye, mevcut "ByLock" kullanıcısı gibi) vasıtasıyla temin edilen kullanıcı adlarını/kodlarını eklemesi gerekmektedir. Mesajlaşma, her iki kullanıcının da birbirini eklemesinden sonra başlatılabilmektedir. Dolayısıyla uygulama, sadece oluşturulan hücre tipine uygun şekilde bir haberleşme gerçekleştirilmesine imkân verecek biçimde kurgulanmıştır.

xiii. Uygulama üzerinden sesli arama, yazılı mesajlaşma, e-posta iletimi ve dosya transferi gerçekleştirilmesi mümkündür. Böylece kullanıcıların örgütsel mahiyetteki haberleşmelerini başka herhangi bir haberleşme aracına ihtiyaç duymadan gerçekleştirmesine olanak

sağlanmıştır. Kullanıcıların tüm iletişimlerinin "ByLock" sunucusu üzerinden yapılması, buradaki grupların ve haberleşme içeriklerinin uygulama yöneticisinin denetim ve kontrollerinde olmasını da mümkün hâle getirmiştir.

xiv. "ByLock" üzerinden gerçekleştirilen haberleşme, belirli sürelerde manuel işleme gerek duyulmaksızın cihaz üzerinden otomatik olarak silinmektedir. Kullanıcılar, haberleşme güvenliği bakımından silmeleri gereken verileri silmeyi unutsa dahi "ByLock" sistemi gerekli tedbirleri alacak şekilde tasarlanmıştır. Böylece olası bir adli işlem neticesinde cihaza el konulması durumunda bile uygulamada yer alan kullanıcı listesindeki diğer kullanıcılara ve uygulamadaki haberleşmelere ilişkin geçmiş verilere erişim engellenmiştir.

xv. Uygulamaya ait sunucu ve iletişim verileri, uygulama veri tabanında kriptolu olarak saklanmaktadır. Bu durum, kullanıcı tespitinin önlenmesi ve haberleşme güvenliği için alınan ilave güvenlik tedbirleridir.

xvi. "ByLock" kullanıcıları da kendilerini gizlemek amacıyla birtakım önlemler almışlardır. Bu çerçevede kullanıcılar, haberleşme içeriklerinde ve uygulamadaki arkadaş listelerinde kişilerin gerçek bilgileri yerine örgüt içindeki "kod adlarına" yer vermişler, ayrıca çok haneli parolalar belirlemişlerdir.

xvii. Uygulama, 2014 yılı başlarında bir süre herkes tarafından yüklenebilmekte iken bu tarihten sonra uygulamanın kullanımı ancak kullanıcıların cihazlarına manuel olarak yüklenmesiyle mümkün hâle getirilmiştir.

xviii. "ByLock" üzerinden yapılan iletişimin çözümlenen içeriğinin tamamına yakını FETÖ/PDY unsurlarına ait örgütsel temas ve faaliyetlere ilişkindir. Bu kapsamda "buluşma adreslerinin değiştirilmesi, yapılacak operasyonların önceden bildirilmesi, örgüt mensuplarının yurt içinde saklanması için yer temini, yurt dışına kaçış için yapılan organizasyonlar, himmet organizasyonları, açığa alınan veya meslekten çıkarılan örgüt mensuplarına para temini, Fetullah Gülen'in talimat ve görüşlerinin paylaşılması, Türkiye'yi terörü destekleyen ülke gibi göstermek amacına yönelik faaliyette bulunan birtakım İnternet adreslerinin paylaşılması ve bu sitelerdeki anketlerin

desteklenmesi, FETÖ/PDY'ye yönelik yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli veya sanıkların hâkim ve savcılarca serbest bırakılmasının sağlanması, örgüt mensuplarına müdafi temin edilmesi, örgüt üyelerinden kimlere operasyon yapıldığına ve kimlerin deşifre olduğuna ilişkin bilgilerin paylaşılması, operasyon olması ihtimaline karşı evlerde ya da yakalanılması muhtemel yerlerde bulunulmaması ve aranacak yerlerdeki örgüt için önemli dijital verilerin önceden "arama tarama mesulü" olarak adlandırılan kişilerce temizlenmesi, kamu kurumlarında FETÖ/PDY aleyhine görüş bildiren veya yapılanmayla mücadele edenlerin fişlenmesi, deşifre olduğu düşünüldüğünde "ByLock" uygulamasının kullanımına son verileceği ve alternatif programlara (Eagle, Dingdong, Tango vb.) geçiş yapılacağının haber verilmesi, yapılanmaya mensup kişilerin savunmalarında kullanabilmeleri amacıyla hukuki metinler hazırlanması" gibi örgütsel niteliği olan mesajlar gönderildiği anlaşılmıştır.

xix. Grup olarak da haberleşme özelliği bulunan uygulamadaki grupların isimleri (Bölge Bayan, Etütcüler, Ev abileri, İmamlarım, Okulcular, 8 abiler, 8 birimciler, 8 büyük bölge, Bölgeciler, II Mezuncular, Talebeciler, Üniversiteciler, Zaman Gönüllüler, Mesul, Mesuller, İzdivaç gibi) örgütün sıkça kullandığı kendisine has literatürüyle ve hücre tipi hiyerarşik yapılanmasıyla uyumludur.

xx. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında beyanları alınan bazı şüpheliler, 2014 yılının başlangıcından beri "ByLock"un FETÖ/PDY üyeleri tarafından örgütsel haberleşme aracı olarak kullanıldığını ifade etmişlerdir.

xxi. "ByLock" global bir uygulama görüntüsü altında münhasıran FETÖ/PDY mensuplarının kullanımına sunulan bir haberleşme programıdır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

(Karar içinde yer verilen ve/veya atıf yapılan Anayasa hükümlerinde, bireysel başvuruya konu olayların yaşandığı tarihte yürürlükte olan metin esas alınmıştır.)

1. Anayasa Hükümleri

107. Anayasa'nın *"Olağanüstü yönetim usulleri"*nden *"Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilanı"*nı düzenleyen 120. maddesi şöyledir:

"Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Millî Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir."

108. Anayasa'nın *"Olağanüstü hallerle ilgili düzenleme"* kenar başlıklı 121. maddesi şöyledir:

"Anayasanın 119 ve 120 nci maddeleri uyarınca olağanüstü hal ilânına karar verilmesi durumunda, bu karar Resmî Gazetede yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağırılır. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

119 uncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü hal Kanununda düzenlenir.

Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameler çıkarabilir. Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisce onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir."

2. Kanun Hükümleri

109. 25/10/1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun *"Amaç"* kenar başlıklı 1. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanunun amacı,

…

b) Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması,

Durumlarında olağanüstü hal ilan edilmesi ve usulleriyle olağanüstü hallerde uygulanacak hükümleri belirlemektir."

110. 2935 sayılı Kanun'un *"Kapsam"* kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanun; olağanüstü hal ilanına … olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağına, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağına, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceğine, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağına ve olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hükümleri kapsar."

111. 2935 sayılı Kanun'un *"Olağanüstü halin ilanı"* kenar başlıklı 3. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu:

…

b) Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü de aldıktan sonra;

Yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir.

Olağanüstü hal kararı Resmi Gazete'de yayımlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde ise derhal toplantıya çağrılır. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir. Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin bu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince ilanından sonra; süreyi uzatmaya, kapsamını değiştirmeye veya olağanüstü hali kaldırmaya ilişkin hususlarda da karar almadan önce Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü alır.

Olağanüstü hal kararının hangi sebeplerle alındığı, bölgesi ve süresi, Türkiye radyo ve televizyonuyla ve Bakanlar Kurulunca gerekli görülen hallerde diğer araçlarla ilan edilir."

112. 2935 sayılı Kanun'un *"Kanun hükmünde kararname"* kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Anayasanın 91 inci maddesindeki kısıtlamalara ve usule bağlı olmaksızın, kanun hükmünde kararnamemeler çıkarabilir. Bu kararnameler Resmi Gazete'de yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur."

113. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama nedenleri"* kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü 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;

...

10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

..."

114. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutuklama kararı"* kenar başlıklı 101. maddesinin (1), (2) ve (5) 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) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki 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.

...

(5) Bu madde ile 100 üncü madde gereğince verilen kararlara itiraz edilebilir."

115. 5271 sayılı Kanun'un *"Şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri"* kenar başlıklı 104. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Ret kararına itiraz edilebilir."

116. 5271 sayılı Kanun'un *"Usul"* kenar başlıklı 105. maddesi şöyledir:

"103 ve 104 üncü maddeler uyarınca yapılan istem üzerine, merciince Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafiin görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adlî kontrol uygulanmasına karar verilir. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/23 md.) 103 üncü maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca yapılan istemler hariç olmak üzere örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından bu süre yedi gün olarak uygulanır. Duruşma dışında bu karar verilirken Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık veya müdafiinin görüşü alınmaz. Bu kararlara itiraz edilebilir."

117. 5271 sayılı Kanun'un *"Tutukluluğun incelenmesi"* kenar başlıklı 108. maddesi şöyledir:

"(1) Soruşturma evresinde şüphelinin tutukevinde bulunduğu süre içinde ve en geç otuzar günlük süreler itibarıyla tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından 100 üncü madde hükümleri göz önünde bulundurularak, şüpheli veya müdafii dinlenilmek suretiyle karar verilir.

(2) Tutukluluk durumunun incelenmesi, yukarıdaki fıkrada öngörülen süre içinde şüpheli tarafından da istenebilir.

(3) Hâkim veya mahkeme, tutukevinde bulunan sanığın tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceğine her oturumda veya koşullar gerektirdiğinde oturumlar arasında ya da birinci fıkrada öngörülen süre içinde de re'sen karar verir."

118. 5271 sayılı Kanun'un *"Adlî kontrol"* kenar başlıklı 109. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adlî kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

…

(3) Adlî kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına çıkamamak.

b) Hâkim tarafından belirlenen yerlere, belirtilen süreler içinde düzenli olarak başvurmak.

c) Hâkimin belirttiği merci veya kişilerin çağrılarına ve gerektiğinde meslekî uğraşlarına ilişkin veya eğitime devam konularındaki kontrol tedbirlerine uymak.

d) Her türlü taşıtları veya bunlardan bazılarını kullanamamak ve gerektiğinde kaleme, makbuz karşılığında sürücü belgesini teslim etmek.

e) Özellikle uyuşturucu, uyarıcı veya uçucu maddeler ile alkol bağımlılığından arınmak amacıyla, hastaneye yatmak dahil, tedavi veya muayene tedbirlerine tâbi olmak ve bunları kabul etmek.

f) Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak.

g) Silâh bulunduramamak veya taşıyamamak, gerektiğinde sahip olunan silâhları makbuz karşılığında adlî emanete teslim etmek.

h) Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak.

i) Aile yükümlülüklerini yerine getireceğine ve adlî kararlar gereğince ödemeye mahkûm edildiği nafakayı düzenli olarak ödeyeceğine dair güvence vermek.

j) Konutunu terk etmemek.

k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek."

119. 5271 sayılı Kanun'un *"Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi"* kenar başlıklı 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili bölümü ile (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

"(2) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla kısıtlanabilir. Bu karar ancak aşağıda sayılan suçlara ilişkin yürütülen soruşturmalarda verilebilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

6. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308),

7. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

...

(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."

120. 5271 sayılı Kanun'un *"İtiraz olunabilecek kararlar"* kenar başlıklı 267. maddesi şöyledir:

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

121. 5271 sayılı Kanun'un *"Karar"* kenar başlıklı 271. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenir."

122. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Anayasayı ihlal"* kenar başlıklı 309. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar."

123. 5237 sayılı Kanun'un *"Yasama organına karşı suç"* kenar başlıklı 311. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ortadan kaldırmaya veya Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevlerini kısmen veya tamamen yapmasını engellemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasıyla cezalandırılırlar."

124. 5237 sayılı Kanun'un *"Hükûmete karşı suç"* kenar başlıklı 312. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs eden kimseye ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilir."

125. 5237 sayılı Kanun'un *"Silâhlı örgüt"* kenar başlıklı 314. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

126. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun *"Terör tanımı"* kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

127. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçlusu"* kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır."

128. 3713 sayılı Kanun'un *"Terör suçları"* kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır."

3. Olağanüstü Hâl KHK'ları ile Yapılan Düzenlemeler

129. 23/7/2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı KHK'nın (18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un) *"Soruşturma ve kovuşturma işlemleri"* kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

...

ı) Tutukluluğun incelenmesi, tutukluluğa itiraz ve tahliye talepleri dosya üzerinden karara bağlanabilir.

..."

130. 27/7/2016 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 25/7/2016 tarihli ve 668 sayılı KHK'nın (8/11/2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un)

"Soruşturma ve kovuşturma işlemleri" kenar başlıklı 3. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından, olağanüstü halin devamı süresince;

...

c) Tutukluluk kararına itiraz edilen sulh ceza hâkimliği veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok on gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.

ç) Tahliye talepleri en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanır.

...

l) Müdafiin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise Cumhuriyet savcısının kararıyla kısıtlanabilir.

..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Birleşmiş Milletler Hukuku

a. Beyanname ve Sözleşme Metinleri

131. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin (Beyanname) 9. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürgün edilemez."

132. MSHUS'un 4. maddesi şöyledir:

"1. Ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde, bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir

ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.

2. Bu hükme dayanılarak Sözleşme'nin 6, 7, 8 (1. ve 2. fıkralar), 11, 15, 16 ve 18nci maddelerine aykırılık getirilemez.

3. Aykırılık hakkından yararlanmak isteyen bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, hangi hükümleri uygulamaktan kaçındıklarını ve bu davranışta bulunmalarına yol açan nedenleri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla, bu Sözleşme'ye Taraf diğer Devletlere derhal bildireceklerdir. Böyle bir aykırılığı sona erdirdikleri tarih konusunda da yine aynı kanal aracılığıyla bir bildirimde bulunacaklardır."

133. MSHUS'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Herkesin kişi özgürlüğü ve güvenlik hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz veya tutuklanamaz. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebeplere ve usule uygun olmaksızın özgürlüğünden yoksun bırakılamaz."

b. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Genel Yorumları

i. MSHUS'un 4. Maddesine İlişkin Olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 2001 Yılında Yapılan 72. Oturumunda Kabul Edilen 29 No.lu Genel Yorum

134. Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini askıya alan veya bu yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alan taraf devletin temel amacı, Sözleşme'ye bütünüyle uymanın yeniden sağlandığı normal duruma dönülmesi olmalıdır. Ayrıca Sözleşme'deki yükümlülükleri askıya alma veya bu yükümlülüklerden ayrılan tedbirler almaya yönelik uygulamalar istisnai ve geçici nitelikte olmalıdır.

135. Bir devlet Sözleşme'nin 4. maddesine dayanmadan önce iki temel şart gerçekleşmelidir: Bunlardan birincisi olağanüstü durumun ulusun hayatını tehdit edecek seviyede olması, ikincisi ise olağanüstü durumun varlığının resmen ilan edilmesidir. Devletler, Sözleşme'nin herhangi bir hükmünün askıya alınmasını gerektirebilecek bir olağanüstü hâl ilanı durumunda olağanüstü hâl ilanını ve yetkilerini düzenleyen anayasa hükümleri ve diğer hukuk kuralları çerçevesinde hareket etmelidir.

136. Sözleşme uyarınca, silahlı çatışma hâllerinde dahi Sözleşme'den doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alma sonucunu doğuran önlemlere, yalnızca durumun ulusun hayatına tehdit teşkil etmesi hâlinde ve tehdit teşkil ettiği ölçüde başvurulabilir. Sözleşme'nin 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtildiği üzere Sözleşme'den doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirlerin temel gerekliliklerinden biri, bu tedbirlerin olağanüstü durumun kesin olarak gerektirdiği ölçüyü aşmamasıdır. Bu gereklilik olağanüstü durumun süresi, coğrafi alanı, olağanüstü durumun içeriği ve olağanüstü durum nedeniyle başvurulan derogasyon tedbirleriyle ilgilidir.

137. Sözleşme'nin 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Sözleşme'den doğan yükümlülüklere aykırı tedbirlerin meşruiyetinin gereklerinden biri de bu tedbirlerin ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesidir. Bunun yanında anılan fıkra, bu tedbirlerin uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklere ve özellikle uluslararası insan hakları hukukuna aykırı olmamasını da gerekli kılar. Sözleşme'den kaynaklanan yükümlülüklere aykırı olan tedbirler, bir devletin taraf olduğu diğer bir uluslararası sözleşmeden veya genel uluslararası hukuktan doğan bir yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuruyorsa 4. madde, Sözleşme hükümlerinin derogasyonunu meşrulaştırmayacaktır.

138. Taraf devletler, hiçbir şart altında Sözleşme'nin 4. maddesini insan hakları hukuku veya uluslararası hukukun emredici bir kuralının ihlalinin gerekçesi olarak öne süremez. Örneğin rehin alma eylemleri, toplu cezalandırmalar, özgürlüklerden keyfî şekilde mahrum etme, adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden sapma ve masumiyet karinesine riayet etmeme gibi ihlaller, 4. madde çerçevesinde meşru kılınamaz.

139. Sözleşme'nin 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, açıkça askıya almanın veya yükümlülüklerden ayrılan tedbirler almanın mümkün olmadığı haklar olarak belirtilen hakların korunması, bu hakların başta yargısal güvenceler olmak üzere usule ilişkin güvenceler altına alınmasını gerektirir.

140. Sözleşme'nin 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre derogasyon hakkından yararlanmak isteyen taraf devletler, uluslararası bildirim rejimine uyarlar.

ii. MSHUS'un 9. Maddesine İlişkin Olarak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 2014 Yılında Yapılan 112. Oturumunda Kabul Edilen 35 No.lu Genel Yorum

141. Sözleşme'nin 9. maddesi, hem kişi özgürlüğünü hem de kişi güvenliğini tanır ve korur. Bununla birlikte kişi özgürlüğü hakkı mutlak değildir. Sözleşme'nin 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası özgürlükten yoksun bırakmanın keyfî olmamasını ve hukuk devleti ilkesi gözetilerek uygulanmasını gerektirir.

142. Tutuklama nedeni olarak bir kişinin mevcut, kaçınılmaz ve doğrudan bir tehdit oluşturduğunun ileri sürüldüğü çok istisnai durumlarda, bu husustaki ispat yükü ilgili kişinin bu şekilde bir tehdit arz ettiği ve bu durumun alternatif önlemlerle karşılanamayacağının gösterilmesi suretiyle taraf devlete ait olup bu yük tutma süresi uzadıkça buna paralel olarak artar. Silahlı çatışma veya diğer olağanüstü hâllerde 9. maddenin gerektirdiği normal usullerden ayrılan tedbirler alan taraf devletler, bu tedbirlerin fiilî durumun kesin olarak gerektirdiğinin ötesine geçmemesini temin etmek zorundadırlar.

143. Bu tedbirler, bir taraf devletin özgürlükten yoksun bırakma ve ayrımcılık yasağıyla ilgili olanlar da dâhil olmak üzere uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülükleriyle uyumlu olmalıdır.

144. Sözleşme'nin 4. maddesi kapsamına giren durumlar dahi makul olmayan ve gereksiz bir tutuklamayı meşru kılmayacağından keyfî tutuklamaya karşı genel güvencenin askıya alınması mümkün değildir. Bununla birlikte ulusun yaşamını tehdit eden bir olağanüstü hâlin varlığı ve mahiyeti, belirli bir gözaltı veya tutmanın keyfî olup olmadığının tespit edilmesinde belirleyici olabilir. Benzer bir şekilde özgürlükten yoksun bırakma Sözleşme ile korunan diğer sınırlandırılabilir haklarla çatışması nedeniyle keyfî olarak nitelendirildiğinde söz konusu haklara ilişkin geçerli derogasyonlar/sınırlamalar da (değerlendirmede) dikkate alınabilir.

145. Kişi özgürlüğünü koruyan usule ilişkin güvenceler, sınırlanması hiçbir şekilde mümkün olmayan haklara dair güvencelerin dolaylı bir biçimde ortadan kaldırılmasına yol açacak şekilde derogasyon tedbirlerine konu olamaz. 9. maddenin belirli hükümlerine ilişkin çekince konması mümkün olsa da bir taraf devletin kişileri keyfî olarak gözaltına

alma veya tutma hakkını saklı tutması, Sözleşme'nin amaç ve hedefleriyle bağdaşmayacaktır.

2. Avrupa Hukuku

a. Sözleşme Metinleri

146. AİHS'in *"Özgürlük ve güvenlik hakkı"* başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

…

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

…"

147. AİHS'in *"Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma"* başlıklı 15. maddesi şöyledir:

"1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir."

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

148. AİHS'in 15. maddesi, taraf devletlere tek taraflı bildirimde bulunarak sınırlı bazı hâllerde AİHS'teki belli hak ve özgürlüklere aykırı davranma, bir başka deyişle anılan hak ve özgürlüklere ilişkin yükümlülükleri azaltma imkânı sunmaktadır. Bugüne kadar AİHS'e taraf birçok devlet (Türkiye, İngiltere, Fransa, İrlanda, Yunanistan, Ukrayna, Arnavutluk, Gürcistan ve Ermenistan), AİHS'teki yükümlülüklerine ilişkin derogasyon bildiriminde bulunmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), bu bildirimlerle bağlantılı uygulamalardan kaynaklanan başvuruları karara bağlamıştır. AİHS'in 15. maddesini yorumlayan bu kararlardan bazılarına aşağıda yer verilmiştir.

149. AİHS'in 15. maddesinde, yükümlülüklerin azaltılmasına imkân tanınan durumlardan biri savaş hâli olmakla birlikte savaş durumunun mevcut olması nedeniyle yükümlülüklerin azaltılması ile ilgili bir başvuru olmamıştır. AİHS'e göre savaş zamanının dışında derogasyon, yalnızca "ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike" hâlinde mümkündür. AİHM, neyin olağanüstü durum oluşturacağı dâhil olmak üzere AİHS'in 15. maddesinin her bir unsurunu yorumlamanın kendi görevi olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda AİHM, ulusun varlığını tehdit eden genel tehlike hâlini tüm nüfusu etkileyen ve devleti oluşturan toplumun yaşam düzenine karşı bir tehdit teşkil eden istisnai bir kriz veya olağanüstü durum olarak tanımlamaktadır (*Lawless/İrlanda* (3), B. No: 332/57, 1/7/1961, hukuki gerekçe bölümü § 28).

150. AİHM, derogasyon bildiriminde bulunan devletler yönünden "ulusun varlığını tehdit eden tehlike"nin olup olmadığı hususunda sınırlı da olsa bir denetim yapmaktadır. Bu denetim standardı belirlenirken ulusal makamların geniş takdir yetkilerinin bulunduğu özellikle vurgulanmaktadır. AİHM'e göre ulusunun yaşamından sorumlu olan devletler; ulusun yaşamının "olağanüstü bir durum" tarafından tehdit edilip edilmediğini, ediyorsa tehlikenin üstesinden gelmek için ne kadar ileri gidilmesi gerektiğini bizzat belirlemelidirler. Ulusal makamlar, o andaki acil ihtiyaçlar ile doğrudan karşı karşıyadırlar. Bu nedenle uluslararası bir yargı organına kıyasla ulusal makamlar, böyle bir tehlikenin varlığı ve onu bertaraf etmek için gerekli tedbirlerin mahiyeti ve kapsamı hakkında karar vermek bakımından -kural olarak- daha iyi konumdadırlar. Dolayısıyla ulusal makamlara geniş bir takdir alanı

bırakılmalıdır. Ancak bu takdir alanı elbette sınırsız değildir. Devletlerin krizin doğurduğu "zorunlulukların kesin olarak gerektirdiği ölçüde" hareket etmenin ötesine geçip geçmediğine karar vermek AİHM'in görevidir. AİHM; söz konusu denetim kapsamında, yükümlülüklerin askıya alınması kararından etkilenen hakların niteliği, olağanüstü duruma yol açan şartlar ve bu durumun süresi gibi etmenlere yeterli önemin verilmesi gerektiğini belirtmiştir (*Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, B. No: 14553/89-14554/89, 26/5/1993, § 43).

151. AİHM'in başvurunun esasıyla ilgili verdiği kararların hiçbirinde olağanüstü durumun varlığı hususunda derogasyon bildiriminde bulunan ülkeler ile ihtilaf yaşamadığı görülmektedir. Nitekim *Lawless/İrlanda* (3); *İrlanda/Birleşik Krallık* (B. No: 5310/71, 18/1/1978); *Brannigan ve McBride/ Birleşik Krallık*; *Aksoy/Türkiye* (B. No: 21987/93, 18/12/1996); *A/Birleşik Krallık* [BD] (B. No: 3455/05, 19/2/2009) kararlarında ulusun varlığını tehdit eden tehlikeli bir durumun olduğu kabul edilmiştir. AİHM, *Aksoy/Türkiye* kararında PKK'nın Türkiye'nin güneydoğusundaki terör faaliyetlerinin -boyutları ve etkisi itibarıyla- söz konusu bölgede hiç kuşkusuz olağanüstü bir durum yarattığını ifade etmiştir (*Aksoy/Türkiye*, § 70).

152. Ancak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon), 1967 yılında Yunanistan'da yaşanan "albaylar cuntası" olarak bilinen darbe sonrası yönetimi ele geçiren askerî hükûmet tarafından yapılan derogasyon bildirimine ilişkin Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda tarafından Yunanistan aleyhine yapılan başvurularda (B No: 3321/67, 3322/67, 3323/67 ve 3344/67) farklı değerlendirmede bulunmuştur. Komisyon, Yunanistan tarafından aksi ileri sürülmesine rağmen AİHS'in 15. maddesi kapsamında Yunan ulusunun yaşamına karşı tehdit oluşturan bir durumun mevcut olup olmadığını incelemenin görevi olduğu sonucuna varmıştır. Komisyona göre söz konusu tehlike gerçek ve yakın olmalı, aynı zamanda tüm ulusu etkilemelidir. Ayrıca toplum yaşamının düzenli bir şekilde devam etmesi tehdit altında olmalıdır. Son olarak kriz ve tehlike kamu güvenliğinin, sağlığının ve düzeninin korunması için AİHS'in izin verdiği olağan önlem ve sınırlandırmaları etkisiz bırakacak şekilde olağanüstü nitelikte olmalıdır. Komisyon, anılan başvurularda yaptığı değerlendirmede bu duruma ilişkin bir delil olmadığı sonucuna varmıştır.

153. AİHM'e göre devlet, derogasyonu gerektiren olağanüstü hâlde de ancak durumun kesin olarak gerektirdiği ölçüde, AİHS'te öngörülen

yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir. İlk olarak AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirli hakların kullanımının askıya alınamayacağı belirtilmiştir. AİHM, AİHS'in 15. maddesi uyarınca ulusun varlığını tehdit eden olağanüstü hâllerde bile yaşam hakkını koruma altına alan AİHS'in 2. maddesine (*Mc Cann ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 18984/91, 27/9/1995, § 147; *Makaratzis/Yunanistan* [BD], B. No: 50385/99, 20/12/2004, § 56; *Isayeva/Rusya*, B. No: 57950/00, 24/2/2005, § 172; *Isayeva ve diğerleri/Rusya*, B. No: 57947/00-57948/00-57949/00, 24/2/2005, § 168; *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], B. No: 23458/02, 24/3/2011, § 174), işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen AİHS'in 3. maddesine (*Aksoy/Türkiye*, § 62; *İrlanda/Birleşik Krallık*, § 163; *Soering/Birleşik Krallık*, B. No: 14038/88, 7/7/1989, § 88; *Chahal/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 22414/93, 15/11/1996, § 79; *Saadi/İtalya* [BD], B. No: 37201/06, 28/2/2008, § 127; *El-Masri/Makedonya Cumhuriyeti* [BD], B. No: 39630/09, 13/12/2012, § 195; *Al Nashiri/Polonya*, B. No: 28761/11, 24/7/2014, § 507); *Öcalan/Türkiye* (2), B. No: 24069/03 - 197/04 - 6201/06 - 10464/07, 18/3/2014, §§ 97-98), kölelik ve kulluk yasağını düzenleyen AİHS'in 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasına (*Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, B. No: 25965/04, 7/1/2010, § 283; *Siliadin/Fransa*, B. No: 73316/01, 26/7/2005, § 112; *C.N./Birleşik Krallık,* B. No: 4239/08, 13/11/2012, § 65; *Stummer/Avusturya* [BD], B. No: 37452/02, 7/7/2011, § 116), kanunsuz ceza olmayacağını güvence altına alan AİHS'in 7. maddesine (*Del Rio Prada/İspanya* [BD], B. No: 42750/09, 21/10/2013, § 77; *Ecer ve Zeyrek/Türkiye*, B. No: 29295/95-29363/95, 27/2/2001, § 29; *Kafkaris/Kıbrıs* [BD], B. No: 21906/04, 12/2/2008, § 137; *M/Almanya*, B. No: 19359/04, 17/12/2009, § 117), ölüm cezasının kaldırılmasına dair AİHS'e ek 6 No.lu ve ölüm cezasının her durumda kaldırılmasına dair AİHS'e ek 13 No.lu Protokol'e (*Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık*, B. No: 61498/08, 2/3/2010, § 118) aykırı tedbirler alınamayacağını ifade etmiştir.

154. AİHM, askıya alınabilecek haklar yönünden ise olağanüstü durumlarda alınacak tedbirlerle getirilecek sınırlamaların mevcut tehlikenin mahiyeti ile orantılı olup olmadığını incelemektedir. Buna göre normal koşullarda başvurulduğunda AİHS'in ihlal edilmesine yol açacak bir tedbir, ulusal makamların karşılaştığı olağanüstü durumla orantılı olmalıdır. AİHM, bu inceleme sırasında da devletlerin belirli bir takdir alanına sahip olduğunu kabul etmektedir. Bir tehlikenin üstesinden gelmek için söz konusu dönemde hangi önlemin uygun ve yararlı olacağı konusunda ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini ikame

etmesi AİHM'den beklenemez. Olağanüstü durumlarda ne gibi tedbirler alınacağına, tedbirlerin zamanla değiştirilip değiştirilmeyeceğine ve tedbirlerin devam edip etmeyeceğine ilişkin ulusal makamlarca alınacak kararlar -AİHS'in 15. maddesiyle uyumlu olması koşuluyla- devletlerin takdir alanı içindedir (*İrlanda/Birleşik Krallık*, § 213; *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, § 43; *Marshall/Birleşik Krallık*, B. No: 41571/98, 10/7/2001).

155. AİHM, olağanüstü dönemde alınan bir tedbirin durumun kesin olarak gerektirdiği ölçüde olup olmadığını belirlerken olağan dönemde izin verilen ve AİHS ile uyumlu olan imkânların tehlikenin ortadan kaldırılması bakımından neden yeterli olmadığını ve neden olağanüstü tedbirlere başvurulduğunu incelemekte; ayrıca alınan tedbirin bir bütün olarak gerekliliğini değerlendirmektedir. Bu doğrultuda yapılan incelemelerde AİHM; *Lawless/İrlanda* (3), *İrlanda/Birleşik Krallık*, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararlarında alınan tedbirlerin ölçülü olduğu sonucuna varmıştır. Anılan başvurulardaki tedbirler genel olarak gözaltı süresinin uzatılmasına ve kişilerin belirli bir süreye (*Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararında yedi gün) kadar hâkim kararı olmaksızın hürriyetlerinden yoksun bırakılmasına ilişkindir.

156. Buna karşılık *Aksoy/Türkiye* kararında AİHM, bir kimsenin hâkim önüne çıkarılmaksızın potansiyel olarak otuz güne kadar gözaltında tutulabilmesine izin veren bir yasal düzenlemenin bulunduğu koşullarda terör suçlarına karıştığı gerekçesiyle on dört gün süreyle gözaltında tutulmasını ölçülü bir müdahale olarak kabul etmemiş ve AİHS'in 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Anılan kararda, Türk Hükûmetinin Türkiye'nin güneydoğusundaki terörle mücadelenin neden yargının müdahalesinin yerine getirilmesini engellediğine dair detaylı herhangi bir gerekçe göstermediği vurgulanmıştır (*Aksoy/Türkiye*, § 78). AİHM, daha sonradan verdiği *Demir ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 71/1997/855/1062-1064, 23/9/1998) kararında on altı ve yirmi üç günlük, *Nuray Şen/Türkiye* (B. No: 41478/98, 17/6/2003) kararında on bir günlük, *Bilen/Türkiye* (B. No: 34482/97, 21/2/2006) kararında on sekiz günlük gözaltı sürelerinin de derogasyon bildiriminin geçerli olduğu dönemde uygulanmakla birlikte ölçülü olmadığına karar vermiştir.

157. AİHM, *A/Birleşik Krallık* kararında ise ABD'de 11 Eylül 2001 tarihinde gerçekleştirilen terör saldırıları sonrasında İngiliz Hükûmetince

terörist olduklarından şüphelenilen yabancıların bir suç söz konusu olmaksızın tutuklanmalarını, İngiliz vatandaşları ve yabancı ülke vatandaşları arasında ayrımcılık yapılması nedeniyle orantısız bulmuş ve AİHS'in 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

158. Diğer taraftan AİHS'teki yükümlülüklere aykırı tedbirlerin, uluslararası hukuktan kaynaklanan başka yükümlülüklere de aykırı olmaması gerekmektedir. AİHM, *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık* kararında başvuranların, MSHUS'un 4. maddesinde yer alan olağanüstü durumun "resmî olarak ilan edilmesi" yükümlülüğüne riayet edilmediği şikâyetlerini incelemiş ancak İçişleri Bakanı'nın Avam Kamarasında yaptığı konuşmayı resmî bir bildirim olarak kabul etmiştir.

159. Son olarak AİHS'teki yükümlülüklerin askıya alındığının resmî olarak Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirilmemesi hâlinde AİHS'in 15. maddesinin uygulanması mümkün değildir. AİHM, *Sakık ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 87/1996/706/898-903, 26/11/1997) kararında Ankara'da yakalanıp tutuklanan altı milletvekilinin başvurusuyla ilgili olarak Türkiye'nin AİHS'in 15. maddesinin uygulanması gerektiği yönündeki iddiasını, derogasyon bildiriminin Ankara'yı kapsamadığını belirterek kabul etmemiştir (Karşılaştırma için bkz. *Aksoy/Türkiye* kararı).

160. Bununla birlikte AİHM; *Lawless/İrlanda* (3) kararında AİHS kapsamında derogasyonu gerektiren tedbirin kabul edilmesinden on iki gün sonra ilgili belgelerin Genel Sekreter'in bilgisine sunulmasında, *İrlanda/Birleşik Krallık* kararında ise gözaltına alma önleminin uygulanacağı kişilerin haberdar olup kaçmaması için tedbirin uygulanmasından on bir gün sonra bildirimde bulunulmasında sorun görmemiştir.

c. Türkiye'deki Olağanüstü Hâle İlişkin Avrupa Konseyi Nezdinde Hazırlanan Bazı Raporlar

i. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine ilişkin Memorandum, Strasburg, 7 Ekim 2016 (CommDH(2016)35)

161. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Memorandumu'nda 15 Temmuz darbe teşebbüsünün, amacına ulaşması hâlinde, Türkiye demokrasisini ortadan kaldıracak ve Avrupa Konseyine temel teşkil

eden tüm değerleri bertaraf edecek nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bu darbe teşebbüsünün arkasında Fetullah Gülen hareketinin olduğuna, bu hareketin ordu ve yargı da dâhil olmak üzere birçok devlet kurumuna sızdığına dair toplumda yaygın bir kabul bulunduğu tespitine yer verilmiştir. Memorandumda ifade edildiği şekliyle 15 Temmuz gecesinde yaşanan şok edici ve korkunç olaylar, Türk toplumunda derin bir travma yaratmıştır. Ayrıca Türkiye'nin yakın geçmişinde meydana gelen askerî darbelerin ve bu darbelerin yol açtığı yoğun insan hakları ihlallerinin bu travmanın şiddetini artırdığı değerlendirilmiştir. Memorandumda, darbe teşebbüsünde bulunanların işlediği suçların ağırlığı ve bunun Türk demokrasisi ve devletine karşı oluşturduğu açık tehdit dikkat alındığında bu tehdide ivedi ve kararlı bir tepkinin verilmesinin hem doğal hem de gerekli olduğu vurgulanmış, İnsan Hakları Komiserinin böylesi bir durumda Türk makamları tarafından olağanüstü hâl ilan edilmesini ve AİHS'teki yükümlülüklerin askıya alınmasını hiç bir şekilde sorgulamadığı ifade edilmiştir.

ii. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), 15 Temmuz 2016 Darbe Teşebbüsü Sonrasında Çıkarılan 667 ila 676 sayılı Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Hakkında Görüş, Görüş No: 865/2016, Strasburg 12 Aralık 2016, (CDL-AD(2016)037)

162. Venedik Komisyonu Raporu'nda darbe teşebbüsünde bulunanlarca sergilenen acımasızlık, şiddetle ve kesin bir dille kınanmış; demokratik yollardan iş başına gelmiş bir Hükûmete karşı girişilen askerî bir darbenin demokrasi ve hukukun üstünlüğü değerlerinin inkârı anlamını taşıdığı belirtilmiştir. Raporda, herhangi bir çekinceye yer verilmeksizin, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsünün Türk demokrasisinin varlığına karşı bir tehdit oluşturması nedeniyle "ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike hâli" teşkil ettiği ifade edilmiş, darbe teşebbüsünün tam da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 120. maddesinde olağanüstü hâlin ilanı açısından bir ön koşul olarak öngörülen türden bir durum olduğu açıkça vurgulanmıştır. Venedik Komisyonu, darbe teşebbüsü sonrasında Türkiye'nin demokratik kurumları ile iki yüzü aşkın insanın ölümüne ve binlercesinin yaralanmasına yol açan şiddetli saldırılara maruz kalmış halkını savunma hakkı bulunduğunu belirtmiş; ayrıca Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseriyle aynı doğrultuda "darbe teşebbüsünde bulunanların

işlediği suçların ağırlığı ve bunun Türk demokrasisi ile devletine karşı oluşturduğu açık tehdit gözönüne alındığında bu tehdide karşı ivedi ve kararlı bir tepki verilmesinin hem doğal hem de gerekli olduğu"nu kabul etmiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

163. Mahkemenin 20/6/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Genel Olarak Olağanüstü Yönetim Usulleri

1. Tanımı ve Özellikleri

164. Olağanüstü yönetim usulleri, devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin olağan dönemin yetkileriyle korunamadığı ağır tehdit veya tehlikelerin ortaya çıktığı durumlarda bunları bertaraf etmek amacıyla olağan döneme kıyasla kamu otoritelerine daha geniş yetkiler veren geçici ve istisnai nitelikteki yönetim rejimleridir. Bu yönetim usullerinde hem yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki yetki dağılımında değişikliğe gidilebilmekte hem de olağan hukuk sisteminden farklılaşma yaşanabilmektedir. Olağan hukuk sisteminden farklılaşmanın en önemli yansıması, temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelerin daralmasıdır.

165. Olağanüstü yönetim usullerine ancak savaş hâli, savaş tehlikesinin baş göstermesi, ayaklanma, iç karışıklık, şiddet hareketlerinin yaygınlaşması, terör saldırıları, doğal afet, salgın hastalık, ağır ekonomik bunalım gibi devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ağır tehdit veya tehlikelerle karşılaşıldığında başvurulabilir. Böyle bir tehdit veya tehlikenin ortadan kaldırılması için olağanüstü birtakım tedbirlerin alınması zorunlu hâle gelebilir. Bu bağlamda anılan zorunluluk, bir yandan tehdit veya tehlikelerin ivedi şekilde bertaraf edilebilmesi için yürütmenin yetkilerinin artırılmasını, diğer yandan temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemde haklı görülemeyecek ölçüde sınırlandırılmasını gerektirebilir. Dolayısıyla olağanüstü yönetim usulleri bir zaruretten kaynaklanmaktadır.

166. Öte yandan olağanüstü yönetim usulleri istisnai ve geçici niteliktedir. Bunlara yalnızca devletin veya toplumun varlığının ya da

kamu düzeninin ağır bir tehdit veya tehlike altında olması hâlinde ve bu durum devam ettiği sürece başvurulabilir. Bu bağlamda olağanüstü yönetim usullerinin amacı, mümkün olan en kısa sürede anılan rejimlerin uygulanmasını zorunlu kılan nedenleri ortadan kaldırarak olağan hukuk düzenine geri dönmeyi sağlamaktır. Dolayısıyla geçici ve istisnai olma, olağanüstü yönetim usullerinin meşruluğunun da bir göstergesidir.

167. Olağanüstü yönetim usulleri hukuki rejimlerdir. Devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik tehdit veya tehlikeyi doğuran olaylar, olağanüstü bir yönetim rejimine geçişin olgusal temelini oluşturur. Bununla birlikte bu olayların kapsamı, yoğunluğu ve etkileri ne olursa olsun tehlikeleri bertaraf etmeye yönelik tedbirlerin hukuku devre dışı bırakmaması gerekir.

168. Olağanüstü dönemlerde hukukun devre dışı kalmaması için öncelikle olağanüstü yönetim usullerine hangi durumlarda başvurulabileceğinin ve bunun yönteminin, ayrıca bu dönemde alınabilecek tedbirlerin sınırlarının hukuk güvenliğini sağlayacak şekilde öngörülmüş olması gerekir. Böylece bireyler, olağanüstü yönetim usulleri uygulanmadan önce, bu dönemde devlet organlarının ne tür önlemler alabileceğini ve temel hakları ne ölçüde sınırlayabileceğini bilme olanağına sahip olacaklardır.

2. Uluslararası Metinlerdeki Yeri

169. İnsan haklarına ilişkin bazı uluslararası belgelerde devletlerin, karşılaştıkları savaş veya ulusun varlığını ya da yaşamını tehdit eden olağanüstü durumlarda olağan dönemdeki hukuk rejiminin dışına çıkabilmelerine ve olağan dönemdeki uluslararası yükümlülüklerine aykırı tedbirlere başvurabilmelerine imkân tanınmıştır.

170. Bu çerçevede Türkiye'nin tarafı olduğu MSHUS'un 4. ve AİHS'in 15. maddelerinde, bu dönemlerde belirli koşullarla anılan sözleşmelerdeki yükümlülüklere aykırı tedbirler alınabileceği düzenlenmiştir (bkz. §§ 132, 147).

3. Türk Hukukundaki Yeri

171. Türk hukukunda olağanüstü yönetim usullerine ilişkin ilk düzenleme 1876 tarihli Kanuni Esasi'de yapılmıştır. Kanuni Esasi'nin 113. maddesinde sıkıyönetim ilanından bahsedilmiş, 36. maddesinde

ise idareye "Muvakkat Kanun" adı altında olağanüstü dönemlere ilişkin bazı düzenlemelerde bulunma yetkisi verilmiştir. 1920 yılında çıkarılan Hıyanet-i Vataniye Kanunu ve Firariler Hakkında Kanun ile olağanüstü dönemlere özgü birtakım düzenlemeler yapılmış; yine 1921 Teşkilatı Esasiye döneminde Kurtuluş Savaşı sırasında yürütme organı, bazı olağanüstü tedbirlere başvurmak zorunda kalmıştır. 1924 Anayasası'nın 74., 78. ve 86. maddelerinde olağanüstü yönetim rejimlerine ilişkin hükümlere yer verilmiş; 1925 yılında çıkarılan Takrir-i Sükûn Kanunu ve 1940 yılında çıkarılan Millî Korunma Kanunu ile hükûmet olağanüstü dönemlere özgü bazı yetkilerle donatılmıştır. 1961 Anayasası'nın 123. maddesinde olağanüstü hâllere, 124. maddesinde ise sıkıyönetim ve savaş hâllerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre savaş hâli, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması veya vatan ve Cumhuriyet'e karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışma olduğunu gösterir kesin belirtilerin meydana çıkması hâlinde sıkıyönetim ilan edilebilecektir.

172. 1982 yılında kabul edilen mevcut (yürürlükteki) Anayasa'da da olağanüstü yönetim usullerine yer verilmiştir. Bu usullere ilişkin düzenlemeler, Anayasa'nın Cumhuriyet'in temel organlarını düzenleyen Üçüncü Kısım'ının yürütme organını düzenleyen İkinci Bölümü'nde yer almaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 119., 120. ve 121. maddelerinde "olağanüstü hâller", 122. maddesinde ise "sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hâli" düzenlenmiştir.

173. Anayasa'da ilan sebebi dikkate alınarak iki tür olağanüstü hâl yönetim usulü öngörülmüştür. Bu usullerden Anayasa'nın 119. maddesinde düzenlenen olağanüstü hâle "tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım" durumlarında, 120. maddesinde düzenlenen olağanüstü hâle "yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması" durumlarında başvurulabilir. Anayasa'nın 122. maddesinde düzenlenen sıkıyönetim ise "şiddet hareketlerinin olağanüstü hâl ilanını gerektiren hâllerden daha vahim şekilde yaygınlaşması, savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması ya da vatan veya Cumhuriyet'e karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması" hâllerinde başvurulabilen bir olağanüstü yönetim usulüdür.

4. Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi

174. Demokrasilerde devlete düşen görev, temel hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmek, bunların herkes tarafından etkili şekilde kullanılmasını sağlayacak tedbirleri almaktır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsurudur.

175. Ancak temel hak ve özgürlükler sınırsız değildir. Demokratik toplum düzenlerinde olağan dönemlerde bile bunların millî güvenlik, kamu düzeni, suçların önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması gibi nedenlerle sınırlandırılmasına izin verilmektedir. Devletin veya toplumun varlığının ya da kamu düzeninin ağır tehdit veya tehlike altında bulunması nedeniyle olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde, söz konusu tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesi için temel hak ve özgürlüklerin olağan döneme kıyasla daha fazla sınırlandırılması hatta durdurulması sonucunu doğuran tedbirler alınması gerekebilir.

176. Bununla birlikte olağanüstü bir yönetim rejimine geçilmesindeki amaç, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının engellenmesi değil devlete ve topluma yönelen tehdit veya tehlikeleri bertaraf ederek bozulan kamu düzenini yeniden tesis etmek ve bir an önce olağan yönetim usulüne geri dönmek, böylece engellenen temel hak ve özgürlüklerin tekrar güvenli bir ortamda kullanılmasını sağlamaktır.

B. Olağanüstü Yönetim Usullerinin Uygulandığı Dönemlerde Bireysel Başvuruların İncelenmesi

1. Bireysel Başvuruları İnceleme Yetkisi

177. Anayasa'nın Anayasa Mahkemesinin *"görev ve yetkileri"*ni düzenleyen 148. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

> *"Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz.*

...

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."

178. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Bireysel başvuru hakkı"* kenar başlıklı 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir."

179. Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkisi verilmiştir. Anılan maddenin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca herkes, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir.

180. Diğer taraftan Anayasa'nın 148. maddesinde olağanüstü hâllerde, sıkıyönetim ve savaş hâllerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılamayacağı belirtilirken (anılan kuralın yorumlanmasına ve uygulanmasına ilişkin bkz. AYM, E.2016/166, K.2016/159, 12/10/2016, §§ 12-23) bu hâllerde temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin bireysel başvuruya konu edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Anayasa'nın diğer maddelerinde veya ilgili kanunlarda, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemde bireysel başvuru kapsamında bulunan temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılamayacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır.

181. Bu bağlamda olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS ve Türkiye'nin taraf olduğu buna ek protokoller

kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruları Anayasa Mahkemesinin inceleme yetkisi bulunmaktadır.

2. Bireysel Başvuruları İnceleme Usulü

a. Genel Olarak

182. 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."*

183. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması"* kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

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

184. Anayasa'nın 13. maddesi, olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin hangi ölçütler gözönünde bulundurularak sınırlandırılabileceğini ortaya koymaktadır. Buna göre temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalenin "kanunilik", "meşru amaç", "Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk", "öze dokunmama", "demokratik toplum düzenine uygunluk", "laik Cumhuriyet'in gereklerine uygunluk" ve "ölçülülük" kıstaslarına uygun olması gerekir.

185. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler Anayasa'nın 13. maddesinde yer alırken "savaş", "seferberlik", "sıkıyönetim" ve "olağanüstü hâller" de hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hatta durdurulması özel olarak Anayasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir.

186. Buna göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesi, bu hususta kamu otoritelerine sınırsız bir yetki tanımamaktadır. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunmaması, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı bulunmaması ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekir.

187. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacaktır.

b. Anayasa'nın 15. Maddesinin Uygulanabilirliğine İlişkin Koşullar

i. Olağanüstü Durumun Bulunması ve İlan Edilmesi

188. Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle "savaş", "seferberlik", "sıkıyönetim" veya "olağanüstü hâl" durumlarından birinin bulunması, sonrasında ise bu durumlardan birinin varlığının Anayasa tarafından yetkilendirilen organlar tarafından ilan edilmesi gerekir. Nitekim Anayasa'nın 119. maddesi uyarınca "tabii afet, tehlikeli salgın hastalık veya ağır ekonomik bunalım" durumlarında, Anayasa'nın 120. maddesi uyarınca "yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması" durumlarında olağanüstü hâl ilanına; Anayasa'nın 122. maddesi uyarınca "şiddet hareketlerinin olağanüstü hâl ilanını gerektiren hâllerden daha vahim şekilde yaygınlaşması, savaş, savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma olması ya da

vatan veya Cumhuriyet'e karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren şiddet hareketlerinin yaygınlaşması" durumunda sıkıyönetim ilanına Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu yetkilidir.

189. Anayasa koyucu, Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilirliğinin koşullarından biri olan ve anılan maddede belirtilen olağanüstü durumların mevcut olup olmadığının takdiri hususunda Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunu yetkili kılmıştır. Buna karşılık Anayasa'da, Anayasa Mahkemesinin bu takdiri denetleyebileceğine dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte olağanüstü durumun ilanına gerekçe olarak gösterilen olayların mahiyeti, bu olaylar karşısında alınan tedbirlerin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında "durumun gerektirdiği ölçüde" olup olmadığı değerlendirilirken dikkate alınacaktır.

ii. Tedbirin Olağanüstü Durumla Bağlantılı Olması

190. Olağanüstü yönetim usullerine başvurulmasındaki temel amaç, bu yönetim rejimlerinin uygulanmasına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesini sağlamaktır. Bu nedenle Anayasa'nın 15. maddesinin uygulanabilmesi için başvuru konusu tedbirin olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde alınmış olması yeterli olmayıp aynı zamanda olağanüstü durumun ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesiyle de ilgili olması gerekir.

191. Anılan ilginin kurulamadığı durumlarda temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bir tedbir olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde alınmış olsa bile bu tedbire ilişkin başvuruların incelenmesinde Anayasa'nın 15. maddesi dikkate alınamaz. Bu durumda denetimin Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir. Kuşkusuz hangi tedbirin olağanüstü durumun ilanına neden olan tehdit veya tehlikenin bertaraf edilmesiyle ilgili olduğu konusunda kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu takdir yetkisinin aşılıp aşılmadığı hususunda nihai değerlendirme Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır.

c. Anayasa'nın 15. Maddesine Göre Yapılacak İncelemenin Kapsamı

i. Anayasa'da Öngörülen Güvencelere Aykırı Tedbir Olup Olmadığı

192. Devletin veya toplumun varlığına ya da kamu düzenine yönelik ciddi tehdit veya tehlikenin ortaya çıktığı olağanüstü durumlarda olağanüstü yönetim usullerine başvurulması, bu dönemde alınan her tedbirin olağan dönemin izin verdiği ölçütlerin ötesinde olmasını gerektirmez. Kamu otoriteleri olağanüstü durumlarda da olağan hukuk düzeninin imkânlarını kullanarak mevcut tehlike veya tehdidi önlemek için tedbirler alabilir. Bu bağlamda olağanüstü yönetim rejimlerinin uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahale, olağan dönemin ölçütleriyle de Anayasa'da yer alan güvencelere uygun olabilir.

193. Dolayısıyla olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden bir tedbirle ilgili olarak yapılan bireysel başvurularda Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak ilk inceleme, bu tedbirin olağan dönemin ölçütlerine göre Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olup olmadığını tespit etmeye yönelik olacaktır. Bu durum Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan *"... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir."* ibaresinin de bir gereğidir.

194. Anılan tespitin yapılmasında müdahalede bulunulan hakkın düzenlendiği Anayasa maddesi başta olmak üzere Anayasa'nın diğer hükümleri ve elbette olağan dönemde hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olan Anayasa'nın 13. maddesi esas alınacaktır. Yapılacak incelemede tedbirin Anayasa'nın 15. maddesi dışındaki maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olmadığı tespit edilirse doğal olarak ayrıca Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütler yönünden bir inceleme yapılmayacak ve müdahalenin bir temel hak ve özgürlüğü ihlal etmediği sonucuna varılacaktır.

195. Söz konusu müdahalenin temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı olduğu tespit edildiğinde ise bu kez müdahalenin "savaş", "seferberlik", "sıkıyönetim" veya "olağanüstü hâl" dönemlerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını

ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlere uygun olup olmadığı hususunda inceleme yapılacaktır. Müdahalenin anılan maddede sayılan ölçütlere uygun olduğu belirlenirse bireysel başvuruya konu hak ve özgürlüğün ihlal edilmediği sonucuna varılacak, aksi durumda yani müdahalenin Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan ölçütlerden birine ya da birden fazlasına aykırı olduğu anlaşılırsa bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine karar verilecektir.

ii. Güvencelere Aykırı Tedbirin Olağanüstü Dönemde Meşru Olup Olmadığı

(1) Anayasa'daki Çekirdek Haklarla İlgili Olup Olmadığı

196. Olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden ve Anayasa'da yer alan güvencelere aykırı olan tedbirin meşru kabul edilebilmesi için öncelikli olarak Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunmaması gerekir. Buna göre olağanüstü dönemde de olsa savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.

197. Eğer Anayasa'da yer alan güvencelere aykırı tedbir, anılan çekirdek haklarla ilgiliyse Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru kabul edilmez ve başka bir inceleme yapılmaksızın ilgili hak ve özgürlüğün ihlal edildiği sonucuna varılır.

(2) Milletlerarası Hukuktan Doğan Yükümlülüklere Aykırı Olup Olmadığı

198. Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacak ikinci inceleme, tedbirin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı olup olmadığının belirlenmesine yöneliktir. Bu yükümlülüklerin başında taraf olunan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden doğan yükümlülükler gelmektedir.

199. İnsan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin başında MSHUS ve AİHS gelmektedir. MSHUS'un 4. ve AİHS'in 15. maddelerine göre de ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana geldiğinde devletler, bu sözleşmelerdeki yükümlülüklerini azaltacak tedbirler alabilirler. Ancak MSHUS'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında; AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında,AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4., 6 No.lu Protokol'ün 3. ve 13 No.lu Protokol'ün 2. maddelerinde yükümlülük azaltılması mümkün olmayan bazı hak ve özgürlüklere yer verilmiştir. Bunlardan önemli bir kısmı, Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında da yer almaktadır. Dolayısıyla ikinci inceleme kapsamında Anayasa, MSHUS ve AİHS'te yer alan yükümlülük azaltılması mümkün olmayan ortak hak ve özgürlükler yönünden ayrı bir değerlendirme yapmaya gerek bulunmamaktadır.

200. Bununla birlikte MSHUS'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve AİHS'e ek 7 No.lu Protokol'ün 4. maddesinde, Anayasa'nın 15. maddesinde yer almayan bazı hak ve özgürlüklerin de yükümlülük azaltılmasına konu olamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durum meydana gelse de hiç kimse köle veya kul olarak tutulamaz, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği gerekçesiyle hapsedilemez ve kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı yeniden yargılanamaz veya cezalandırılamaz. Ayrıca bu dönemde de herkes her yerde, hukuk önünde kişi olarak tanınma hakkına sahiptir. Son olarak olağanüstü dönemde alınacak tedbirlerin "ırk", "renk", "cinsiyet", "dil", "din", "toplumsal köken" gibi sebeplerle ayrımcılık içermemesi gerekir.

201. Dolayısıyla bunlar Anayasa'nın 15. maddesinde sayılan çekirdek haklar arasında yer almasa da anılan hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirler, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle bağdaşmayacağından meşru görülemez.

(3) Durumun Gerektirdiği Ölçüde Olup Olmadığı

202. Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca olağanüstü yönetim rejimlerinin uygulandığı dönemde temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan tedbirin meşru olup olmadığı hususunda yapılacak son inceleme, bunun "durumun gerektirdiği ölçüde" olup olmadığının belirlenmesidir.

203. Olağan dönemde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin düzenlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde de ölçülülük ilkesine yer verilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçülülük, olağanüstü yönetim usullerinin uygulanmasına neden olan durum karşısında ölçülülüğü ifade etmektedir. Bu itibarla Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen ölçülülük, Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülülük kriterine göre temel hak ve özgürlüklere daha fazla müdahale etmeye izin vermektedir. Anayasa'nın 15. maddesinde öngörülen bu ölçütün, ancak Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvencelere -13. madde de dâhil olmak üzere- aykırı bir tedbirin alınması durumunda uygulama alanı bulması da bunu doğrulamaktadır (bkz. §§ 192-195).

204. Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması veya durdurulması için başvurulan aracın amacı gerçekleştirmeye elverişli ve bunun için gerekli olmasını, ayrıca araçla amacın ölçülü bir oran içinde bulunmasını ifade etmektedir (AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10/1/1991). Buna göre tedbir, olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikenin ortadan kaldırılması amacına ulaşma bakımından elverişli ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olmalı; ayrıca ulaşılmak istenen amaç doğrultusunda ortaya çıkan kamu yararı ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandıran tedbirin birey üzerindeki olumsuz etkisi arasında orantısızlık bulunmamalıdır (kıyasen birçok karar arasından bkz. AYM, E.2013/57, K.2013/162, 26/12/2013).

205. Ölçülülüğün unsurlarının tespitinde tedbirin alındığı dönemin tüm koşulları birlikte değerlendirilmelidir. Bu kapsamda olağanüstü dönemde temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahale teşkil eden tedbirin ölçülülüğüne ilişkin unsurlar değerlendirilirken olağanüstü yönetim usullerinin benimsenmesine neden olan tehdit veya tehlikenin niteliğinin öncelikle dikkate alınması gerekir.

206. Ölçülülüğün belirlenmesinde müdahale edilen hak ve özgürlüğün niteliği de önemlidir. Örneğin olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması ile örgütlenme özgürlüğünün veya mülkiyet hakkının kısıtlanması, kişi üzerinde aynı olumsuz etkiyi doğurmayacaktır. Zira kişi özgürlüğünün sınırlandırılması, başlı başına birçok hak ve özgürlüğün kullanılmasını büyük ölçüde zorlaştırmakta hatta bazen olanaksız hâle getirmektedir.

207. Tedbirin alındığı zamanın da ölçülülüğün belirlenmesinde gözönüne alınması gerekir. Bu bakımdan olağanüstü durumu oluşturan olayların yaşandığı ve somut tehlikenin tüm gerçekliğiyle birlikte ortada olduğu dönemde alınan bir tedbir ile tehlikenin veya bunu doğuran tehdidin büyük ölçüde bertaraf edildiği bir zamanda alınan tedbir farklı şekilde değerlendirilmelidir. Burada özellikle tedbirin alındığı andaki koşulların dikkate alınması gerekir. Bu bağlamda kamu makamlarının olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemde başvurdukları tedbirlerde zamanla hafifletici şekilde değişiklik yapmaları, bunların uygulandığı zamanda ölçülü olmadıkları anlamına gelmemektedir. Olağanüstü yönetim rejimine dayanan tedbir veya önlemlerin aşamalı olarak uygulanması kamu makamlarının takdir alanı içindedir.

208. Öte yandan temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden tedbirin süresi, kapsamı ve ağırlığı, ölçülülüğün belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Nitekim müdahalenin süresi arttıkça bireyin üzerindeki külfet de ağırlaşmaktadır. Bunun yanında bir tedbir kısa süreli olmakla birlikte kapsamı veya ağırlığı itibarıyla temel hak ve özgürlükleri çok ciddi ölçüde etkileyebilir. Böylece tedbirin ağırlığı, süresinden bağımsız olarak bireyin aşırı bir külfet altına girmesine neden olabilir.

209. Diğer taraftan temel hak ve özgürlüklere yönelik ölçüsüz veya keyfî müdahaleler karşısında bireylere, bunlara karşı koyabilecekleri usule ilişkin güvencelerin sağlanması gerekir. Dolayısıyla bireylerin bu güvencelerden önemli ölçüde yoksun bırakılmaları ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

210. Kuşkusuz bir tedbirin olağanüstü durumu oluşturan tehdit veya tehlikeyi bertaraf etmeye elverişli, bunun için gerekli ve ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olup olmadığı hususlarında söz konusu tehdit veya tehlike ile karşı karşıya kalan ve onunla mücadele etme bakımından öncelikli sorumluluğu bulunan kamu makamlarının geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Bununla birlikte bireysel başvuruya konu edildiğinde alınan tedbirin bu takdir alanını aşıp aşmadığını incelemek Anayasa Mahkemesinin görevidir.

211. Son olarak Anayasa'nın 15. maddesinde, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınması dışında temel hak ve özgürlüklerin

kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesine de izin verilmiştir. Ancak buradaki "durdurma" kavramı, o hakkın tamamen kullanılamaz hâle gelmesini ifade etmemekte; onun kullanımının geçici olarak askıya alınması anlamına gelmektedir. Kuşkusuz temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması niteliğinde alınan tedbirler de ölçülülük ilkesinin yukarıda belirtilen esaslarına uygun olmalıdır.

C. Türkiye'deki Mevcut Olağanüstü Durumun Değerlendirilmesi

212. Ülkemizdeki olağanüstü durumu oluşturan temel olay, 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüdür. Darbe teşebbüsü sırasında savaş uçağı, helikopter, gemi, tank gibi savaş araçları ve ağır silahlarla millete, egemenliği millet adına kullanan organlara, demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından olan basın yayın kuruluşlarına ve meşru demokratik otoritenin emir ve talimatları doğrultusunda hareket eden güvenlik güçlerine saldırılmıştır. Bu sırada 250 kişi hayatını kaybetmiş ve çok sayıda kişi yaralanmıştır. Anayasal düzeni ortadan kaldırmayı hedefleyen darbe teşebbüsü demokratik bir toplumun meşru tüm unsurlarının kararlı direnci sayesinde engellenmiştir(bkz. §§ 15-19).

213. Darbe teşebbüsünün demokratik anayasal düzene karşı oluşturduğu tehdidin büyüklüğünü değerlendirmek bakımından, engellenmiş olan bu teşebbüsün somut olarak meydana getirdiği zararların tek başına dikkate alınması yeterli değildir. Bunun yanı sıra darbe teşebbüsünün kısa sürede engellenememiş olması ya da darbenin gerçekleşmesi hâlinde oluşabilecek risklerin de değerlendirilmesi gerekir: Egemenliğin sahibi olan millet ve demokratik anayasal düzenin tüm unsurları, darbe teşebbüsünü kararlı bir direnişle kısa sürede engellememiş olsalardı ya bir grup zorbanın mutlak egemenliğini kabul edecekler ve onun hiçbir demokratik denetime tabi olmayan iradesine boyun eğecekler ya da direnmeye devam edeceklerdi. Birinci ihtimal bir milletin demokratik açıdan ölümü anlamına gelecekti. İkinci ihtimal olan çatışmaların uzaması ve yaygınlaşması, devlet otoritesinin hatta devletin tamamen ortadan kalkması riskinin yakın, ciddi ve açık bir tehdit olarak ortaya çıkmasına neden olacaktı.

214. Diğer taraftan darbe teşebbüsünün, ülkemizin birçok terör örgütünün açık hedefi olduğu ve neredeyse her gün bir terör saldırısının gerçekleştiği veya engellendiği bir dönemde gerçekleştirilmesi bu riskin ağırlığını daha da artırmıştır (bkz. §§ 42-43, 46).

215. Bütün bu değerlendirmeler birlikte ele alındığında 15 Temmuz darbe teşebbüsünün sadece demokratik anayasal düzen yönünden değil, bununla sıkı bağı olan "bireylerin temel hak ve özgürlükleri" ve "millî güvenlik" yönünden de mevcut ve ağır bir tehdit oluşturduğu, ülke tarihinde ulusun yaşamını ve hatta varlığını hedef alan millî güvenliğe yönelik en ağır saldırı olduğu sonucuna varmak gerekir.

216. Darbe teşebbüsünden önce gerçekleşen FETÖ/PDY'ye ilişkin olay ve olgular (bkz. §§ 27-35), teşebbüs sonrasında başlatılan soruşturmalarda alınan şüpheli ve tanık ifadeleri ile soruşturma makamlarınca tespit edilen maddi olgular (bkz. § 25) birlikte dikkate alındığında darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanmanın FETÖ/PDY olduğuna ilişkin kamu makamlarınca yapılan değerlendirmenin yeterli olgusal temelinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Nitekim uluslararası kuruluşların raporlarında da belirtildiği üzere yetkili makamların bu tespitleri, Türk toplumunun oldukça geniş bir kesimi tarafından kabul görmektedir (bkz. § 161).

217. Öte yandan ülkemizde çok partili siyasi hayata geçildiği tarihten bugüne kadar birçok kez darbe yapılmış veya buna teşebbüs edilmiştir. Bununla birlikte yetkili makamlarca 15 Temmuz darbe teşebbüsünün faili olduğu değerlendirilen FETÖ/PDY'nin; başta TSK, emniyet, yargı, eğitim ve din alanında faaliyet gösterenler olmak üzere ülkedeki tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, siyasi partiler, sendikalar, vakıf ve dernekler ile ticari kuruluşlar gibi sivil organizasyonlarda örgütlenmesi; ulusal ve uluslararası ittifaklarının bulunması, yüz elliyi aşkın ülkede birçok alanda faaliyet göstermesi, kendisine atfettiği kutsallık dolayısıyla her şeyin değer bakımından kendisinden sonra geldiği anlayışına sahip olması, itaat ve teslimiyet temelinde hareket edip hiyerarşik ve hücre tipi gizli bir örgütlenmesinin bulunması ve gizli haberleşme yöntemleri kullanması; sonuçta devletin anayasal kurumlarını ele geçirmeyi, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi ve oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmeyi amaçlaması gibi tespit edilen özellikleri bu teşebbüsün demokratik toplum düzenine karşı oluşturduğu tehdidin ağırlığını daha da artırmaktadır (bkz. § 26).

218. Anayasa'nın Başlangıç'ında yer verilen ilkeler, 2. maddesinde sayılan devletin nitelikleri, 6. maddesinde düzenlenen egemenliğin

aidiyeti ve kullanılma şekli ile Anayasa'nın sistematiği birlikte değerlendirildiğinde "egemenlik", "egemenliğin kullanılış şekli", "milletin iradesi", "demokrasi", "hukuk devleti" ve "insan hakları" arasında birbirleriyle ayrılmaz bir bağ kurulduğu anlaşılmaktadır.

219. Buna göre tüm medeni toplumlarda olduğu gibi egemenliğin kaynağı millet olacak, egemenlik -doğrudan veya dolaylı olarak- milletin iradesiyle yetkilendirilen organlar eliyle kullanılacak, milletin iradesi demokratik bir düzende ortaya çıkacak, egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanımı hukuk devleti ilkesi başta olmak üzere demokrasinin ilkelerine uygun ve insan haklarına saygı gösterilerek gerçekleştirilecektir.

220. Darbe teşebbüsü, egemenliğin kaynağı olmayan ve milletin egemenliği kullanmak üzere yetkilendirdiği organlar arasında bulunmayan bir grubun zorla demokratik anayasal düzeni ortadan kaldırmaya veya değiştirmeye kalkışmasıdır. Darbenin gerçekleşmesi hâlinde demokratik anayasal düzen ve milletin iradesinin üstünlüğü ortadan kalkmakta, demokratik düzende millete -dolayısıyla onu oluşturan her bir bireye- ait olan egemenlik bir grubun eline geçmektedir. Bu durumda demokrasiden ve hukuk devletinden söz etmek mümkün değildir. Doğal olarak böyle bir düzende bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alacak bir mekanizma da olmayacaktır. Zira temel hak ve özgürlükler gerçek anlamda ancak etkin bir demokrasinin varlığı hâlinde korunabilir.

221. Açıklanan nedenlerle darbe teşebbüslerinin Anayasa'da belirlenen demokratik toplum düzeninin olmazsa olmaz ilkeleri olan "egemenliğin millete ait olması", "egemenliğin yetkili organlar eliyle kullanılması", "egemenliğin kullanılmasının, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı", "hiçbir kimsenin veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı", "demokrasi", "hukuk devleti" ve "insan haklarına saygı" ilkelerine açık ve ağır saldırı teşkil ettiği tartışmasızdır. Bu yönüyle demokratik bir toplumun karşılaşabileceği en ağır tehditlerden birinin, belki de en ağırının darbe teşebbüsleri olduğu söylenebilir.

222. Anayasa'nın 5. maddesinde "Cumhuriyet'i ve demokrasiyi korumak", "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak", "kişinin temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırmak" ve "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli

şartları hazırlamak" devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Demokratik anayasal düzene, temel hak ve özgürlükler ile millî güvenliğe yönelik en ağır saldırıların başında gelen darbe teşebbüslerinin yaşanmasını engellemek veya böyle bir teşebbüste bulunulduğunda bunun oluşturduğu tehlikeyi ve bunu doğuran tehdidi tamamen ortadan kaldırmak, devletin sadece yetkisinde olan bir husus değil Anayasa'nın 5. maddesi gereğince bireylere ve topluma karşı ertelenemeyecek bir sorumluluğu ve görevidir.

223. Anayasa'nın 120. maddesine göre "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini" veya "temel hak ve hürriyetleri" ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hâllerinde Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, MGK'nın da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hâl ilan edebilir. Anayasa, olağanüstü yönetim usullerinin geçici ve istisnai olma niteliğine uygun bir şekilde, olağanüstü hâlin ilanı ve uzatılmasını belirli sürelerle sınırlandırmıştır. Anayasa'nın 120. maddesi uyarınca altı ayı geçmemek üzere ilan edilebilecek olağanüstü hâlin Anayasa'nın 121. maddesi gereğince her defasında dört ayı geçmemek üzere uzatılması mümkündür.

224. Nitekim darbe teşebbüsünün fiilen engellenmesini müteakip Anayasa'nın 120. ve 121. maddeleri uyarınca Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, MGK'nın da görüşünü aldıktan sonra (bkz. § 47) 21/7/2016 tarihinde saat 01.00'den itibaren geçerli olmak üzere yurdun bütününde doksan gün süreyle olağanüstü hâl ilan edilmesine karar vermiş; daha sonra da olağanüstü hâl, üç kez üçer aylık sürelerle uzatılmıştır (bkz. §§ 48-49). Olağanüstü hâl döneminde ilgililer hakkında ceza soruşturması açılması ve bu kapsamda koruma tedbirlerine başvurulmasından kamu görevinden çıkarılmaya, özel eğitim kurumlarının kapatılmasından şirketlere kayyım atanmasına kadar farklı nitelikte tedbirler alınmıştır(bkz. §§ 51-66).

225. Darbe teşebbüsü sonrası ilan edilen olağanüstü hâl, uluslararası rapor ve belgelerde de değerlendirme konusu olmuştur. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin Memorandumu'nda 15 Temmuz darbe teşebbüsünün amacına ulaşması hâlinde Türkiye demokrasisini ortadan

kaldıracak ve Avrupa Konseyine temel teşkil eden tüm değerleri bertaraf edecek nitelikte olduğu belirtilmiştir. Venedik Komisyonu Raporu'nda ise darbe teşebbüsünün Türk demokrasisinin varlığına karşı bir tehdit oluşturması nedeniyle "ulusun yaşamını tehdit eden genel bir tehlike hâli" teşkil ettiği ve darbe teşebbüsü sonrası Türkiye'nin demokratik kurumlarını ve halkını savunma hakkı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Venedik Komisyonu ve İnsan Hakları Komiseri, darbe teşebbüsünün Türk demokrasisi ile devletine karşı oluşturduğu açık tehdide karşı ivedi ve kararlı bir tepki verilmesinin hem doğal hem de gerekli olduğunu kabul etmiştir(bkz. §§ 161-162).

226. 21/7/2016 tarihli olağanüstü hâl ilanı, temelde 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsü nedeniyledir. Bu husus olağanüstü hâl ilanına ilişkin MGK tavsiye kararında belirtilmiş, ayrıca olağanüstü hâl ilanı kararının onaylanmasına ilişkin olarak TBMM Genel Kurulunda yapılan görüşme sırasında Hükûmet adına söz alan Adalet Bakanı'nın konuşmasında vurgulanmıştır (bkz. §§ 23, 48).

227. Diğer yandan olağanüstü hâl ilanından hemen sonra çıkarılan 667 sayılı KHK'nın genel gerekçesinde *"Anayasal düzenin, milli iradenin, hukuk devletinin, demokrasinin ve temel hak ve hürriyetlerin korunması, ülkemizde yaşanan bu son darbe teşebbüsünün tamamen sonlandırılması ve buna benzer bir müdahale girişiminin yeniden yaşanmaması"*nın yanı sıra *"terörle mücadelenin daha etkin bir şekilde sürdürülebilmesi için"* olağanüstü hâl süresince birtakım ivedi tedbirlerin alınmasının zorunlu hâle geldiği belirtilmiştir. Anılan KHK'nın 1. maddesinde de KHK'nın amacı *"olağanüstü hal kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması zaruri olan tedbirler ile bunlara ilişkin usul ve esasları belirlemek"* olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla olağanüstü hâlin ilanına sebebiyet veren olay temelde 15 Temmuz darbe teşebbüsü olmakla birlikte ülkenin maruz kaldığı terör saldırılarının da bu hususta etkisinin olduğu anlaşılmaktadır. Türkiye tarafından Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne sunulan derogasyon beyanlarında, darbe teşebbüsünün yanı sıra "diğer terör saldırılarına" da atıfta bulunulmuştur.

228. Nitekim darbe teşebbüsünün savuşturulmasından ve olağanüstü hâl ilan edilmesinden sonra da Türkiye, yoğun bir şekilde terör saldırılarına maruz kalmaya devam etmiştir. Bu bağlamda Ankara, İstanbul, İzmir, Kayseri, Diyarbakır, Mardin, Gaziantep, Elazığ, Van, Bingöl, Antalya, Hakkâri ve Şırnak'ın aralarında olduğu birçok yerde bombalı ve silahlı

terör saldırıları yapılmış; bu saldırılarda çok sayıda güvenlik görevlisi veya sivil hayatını kaybetmiş ve yaralanmıştır. Yapılan terör saldırıları dikkate alındığında Türkiye'deki terörizm tehdidinin ülkenin belirli bir bölgesi ile sınırlı olmadığı ve nüfusun tümünü üstelik de şiddetli bir şekilde etkiler boyutta ve sıklıkta olduğu anlaşılmaktadır (bkz. § 44).

229. Olağanüstü hâl ilanına neden olan olaylar konusunda kamu makamlarınca yapılan yukarıdaki değerlendirmelere paralel olarak bu dönemde uygulanan tedbirlerin, genel olarak 15 Temmuz darbe teşebbüsünün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY ve ayrıca terörden kaynaklanan tehdit ve tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

230. Bununla birlikte kamu makamlarının olağanüstü hâl ilanından sonraki süreç içinde, başvurdukları tedbirlerde hafifletici şekilde değişiklik yaptıkları görülmüştür. Bu çerçevede tutuklu kişilerin bir kısmı serbest bırakılmış; yargı mensupları ve kamu görevlileri hakkındaki meslekten ya da kamu görevinden çıkarma, bir kısım öğrenci hakkındaki ilişik kesme ve bazı kuruluşlar hakkındaki kapatma tedbirleri geri alınmıştır. Yine başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan olağanüstü hâl KHK'ları ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere "Olağanüstü Hâl İşlemleri İnceleme Komisyonu" kurulması kararlaştırılmış ve bu komisyonun kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açma imkânı getirilmiştir. Son olarak685 sayılı KHK'da, meslekten çıkarılmalarına karar verilen yargı mensupları ile bu meslekten sayılanların kararın kesinleşmesinden itibaren altmış gün içinde ilk derece mahkemesi olarak Danıştaya dava açabilecekleri belirtilmiştir (bkz. *Murat Hikmet Çakmakcı,* B. No: 2016/35094, 15/2/2017, §§ 27-28; *Hacı Osman Kaya,* B. No: 2016/41934, 16/2/2017, §§ 28-29).

D. Başvurucuların İddialarının İncelenmesi

1. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

231. Başvurucular, olay tarihinde darbe teşebbüsüne karşı koyan gruplarca oluşturulan konvoylarla birlikte hareket ederek TÜRKSAT'ın bulunduğu yere gittiklerini, bunun darbe teşebbüsü kapsamında bir faaliyetle ilişkili olmadığını, TÜRKSAT'taki yayınların nasıl kesilebileceği

hususunda bir donanımlarının bulunmadığını, dolayısıyla isnat edilen suçlarla bir ilgilerinin olmadığını, buna rağmen tutuklanmalarına karar verildiğini belirterek adil yargılanma, etkili başvuru, kişi hürriyeti ve güvenliği hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; tahliye ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

232. Bakanlık görüşünde, Anayasa Mahkemesinin ve AİHM'in tutukluluğa ilişkin benzer kararları hatırlatılmış ve hukuka uygun bir tutuklamadan söz edebilmek için tutuklamanın ulusal mevzuata uygun olması, ulusal mevzuatın da AİHS ile uyumlu olması, keyfî olmaması gerektiğine değinilmiştir. Buna göre suç işlediği şüphesiyle bir kişinin hürriyetinden yoksun bırakılabilmesi için ilgilinin atılı suçu işlediği yönünde makul şüphe ya da inandırıcı nedenlerin bulunması gerekir. Makul şüphenin varlığı için -elde edilen deliller ve somut olayın koşulları da dikkate alındığında- olaylara dışarıdan bakan ve tamamen objektif bir gözlemciyi ikna edecek yeterlilikte olması gerekir. Öte yandan gözaltına alma anında veya nezarette iken bir kişiye suç isnadında bulunmak için yeterli delil elde edilmiş olması aranmamaktadır.

233. Bakanlığa göre başvurucular hakkında kamu davası açıldığından gözaltı için gereken makul şüphenin ötesinde suçu işlediklerine dair yeterli suç şüphesi bulunmaktadır. Diğer taraftan başvurucuların beyanları tutarsızdır ve başvurucu Aydın Yavuz, FETÖ/PDY mensuplarının aralarında haberleşmede ve örgütsel iletişimde kullandıkları kriptolu (şifreli) haberleşme programı olan "ByLock" kullanıcısıdır.

234. Bakanlık, başvurucular hakkındaki suçlamaların somut delillere dayandığını, ayrıca darbe teşebbüsü sonrasındaki olağanüstü durum dikkate alındığında başvurucuların yakalanıp gözaltına alınmalarına ve sonrasında tutuklanmalarına ilişkin sürecin keyfî olmadığını ifade etmiştir. Buna göre 15 Temmuz gecesi yaşanan olaylar, başvurucuların beyanları, olay yeri tespit tutanağı ve diğer tüm bilgi ve belgeler gözönüne alındığında yargı makamlarının vardığı sonuçlardan (tutuklama) ayrılmayı gerektirir bir durum bulunmamaktadır ve başvurucuların bu bölümdeki şikâyetleri açıkça dayanaktan yoksundur.

b. Değerlendirme

235. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

...

Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."

236. 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). Başvurucuların iddialarının özü; isnat edilen suçla bir ilgilerinin bulunmadığına, dolayısıyla haklarında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuka uygun olmadığına ilişkin olduğundan, başvurunun bu bölümünün Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

237. Başvurucuların tutuklanmalarına neden olan suçlama, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsünün bir parçası olarak uydu yayınlarının kesilmesini sağlamak amacıyla darbeciler tarafından işgal edilen TÜRKSAT yerleşkesine gitmeleridir. Başvurucular anılan suçlama nedeniyle yürütülen soruşturma kapsamında 18/7/2016 tarihinde tutuklanmışlardır. Başvurucuların tutuklandığı tarihte Türkiye'de henüz olağanüstü hâl ilan edilmemiştir. Olağanüstü hâlin ilanı, başvurucuların tutuklanmasından üç gün sonra gerçekleşmiştir (bkz. § 48).

238. Bununla birlikte başvuruculara yöneltilen suçlama, Türkiye'de olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren temel olay olan 15 Temmuz darbe teşebbüsü kapsamındaki bir eyleme ilişkindir. Başvurucular, darbe teşebbüsü kapsamında bir faaliyete katıldıkları iddiasıyla teşebbüsün yaşandığı gece yakalanmışlar ve yakalandıktan iki gün sonra tutuklanmışlardır. Bu durumda başvurucuların tutuklanmasına dayanak suçlamaların olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla doğrudan ilgili olduğu görülmektedir.

239. Olağanüstü yönetim usulleri, devletin veya toplum hayatının ya da kamu düzeninin ağır bir tehdit veya tehlike altında olduğu durumlarda başvurulan istisnai yönetim rejimleridir. Bu yönetim rejiminin

benimsenmesi usule ilişkin birtakım gerekliliklerin tamamlanmasıyla mümkün olmaktadır. Anayasa'nın 120. ve 121. maddeleri ile 2935 sayılı Kanun'un 3. maddesi uyarınca "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini" veya "temel hak ve hürriyetleri" ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hâllerinde, olağanüstü hâl ilanına karar verebilmek için öncelikle MGK'nın toplanması ve Hükûmete bu konuda bir görüş bildirmesi; sonrasında Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanması ve yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar vermesi, son olarak da bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanması gerekir. Ayrıca olağanüstü hâl ilan edildikten sonra bunun hemen TBMM'nin onayına sunulması gerekmektedir (bkz. §§ 107-108, 111).

240. Olağanüstü hâl ilanı süreci tamamlanmadan önce olağanüstü hâlin nedenini oluşturan olaylar karşısında kamu makamlarınca başvurulan tedbirlerin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisinin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi söz konusu olabilir. Bu bağlamda darbe teşebbüsü gibi bütün ülkeyi etkileyen ağır bir olay karşısında olağanüstü hâl ilanına ilişkin yukarıda belirtilen usule ilişkin birtakım süreçlerin hemen tamamlanması pek mümkün değildir. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında Cumhurbaşkanı'nın konakladığı otele silahlı baskın yapılması, Başbakan'ın aracının bulunduğu konvoyun silahla taciz edilmesi, Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarının rehin alınması gibi olayların yaşanması karşısında Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Başbakan Yardımcıları, Adalet, Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri Bakanları, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ve Jandarma Genel Komutanından oluşan MGK'nın toplanması ve görüş bildirmesi, Bakanlar Kurulunun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanıp karar alması ve bu kararın Resmî Gazete'de yayımlanması birkaç günlük sürede (21/7/2016) ancak tamamlanabilmiştir.

241. Olağanüstü hâl ilanına neden olan olaylar yaşanırken ve bu itibarla ulusal güvenliğe ve kamu düzenine yönelen tehlike durumu sürerken olağanüstü hâl ilan süreci tamamlanıncaya kadar kamu makamlarının bu tehlikeyi bertaraf etmek için hareketsiz kalmaları beklenemez. Bu nedenle olağanüstü hâlin benimsenmesini zorunlu kılan darbe teşebbüsü gibi ani gelişen ve ağır etkileri olan bir durum karşısında olağanüstü hâl ilanına

dair usule ilişkin süreçler tamamlanıncaya kadar kamu otoritelerinin aldığı tedbir ve önlemlerin temel hak ve özgürlükler üzerindeki etkisinin de Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında incelenmesi gerekir (AİHM'in derogasyon bildiriminden önceki uygulamalara ilişkin benzer yöndeki kararları için bkz. § 160).

242. Bu itibarla başvurucular hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olup olmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucuların tutuklanmasının başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecektir.

ii. Genel İlkeler

243. Anayasa Mahkemesi tutuklamanın hukuki olmadığı iddialarını birçok kararında incelemiş ve anılan kararlarda inceleme yöntemine ilişkin ilkelerini belirtmiştir (bkz. *Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, §§ 71-75; *Hanefi Avcı*, B. No: 2013/2814, 18/6/2014, §§ 45-49; *Hikmet Kopar ve diğerleri*, §§ 77-84; *Günay Dağ ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, §§ 154-163; *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, §§ 62-69; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, §§ 203-215).

244. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

245. Anayasa'da yer alan kurallara benzer şekilde AİHS'in 5. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğu, anılan fıkranın (a)-(f) bentlerinde belirtilen hâller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı belirtilmiştir (*Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 42).

246. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale, temel hak ve özgürlüklerin olağan dönemde sınırlandırılmasına ilişkin

ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve tutuklama tedbirinin niteliğine uygun düşen; kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53-54).

247. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlanabileceği durumların şekil ve şartlarının kanunda gösterilmesi kuralına yer verilmiştir. Anayasa'nın, 13. maddeyle tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin getirdiği "kanunilik" şartını, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden 19. maddede ayrıca belirttiği görülmektedir. Bu bağlamda birbirleriyle uyumlu olan Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak tutuklamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur (*Murat Narman,* § 43; *Halas Aslan*, § 55).

248. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir sınırlama olarak tutuklamaya kimler hakkında, hangi hâllerde ve kimin tarafından karar verileceği açıklanmıştır. Maddede, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir (*Halas Aslan*, § 57).

249. Buna göre tutuklama, ancak "suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler" bakımından mümkündür. Bir başka anlatımla tutuklamada meşru bir amacın olması için ön koşul, kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirtinin bulunmasıdır. Bu husus, 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 (*Mustafa Ali Balbay*, § 72).

250. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmayabilir.Tutmanın bir amacı da kişi hakkındaki şüpheleri teyit etmek veya çürütmek suretiyle ceza soruşturmasını ve/veya kovuşturmasını ilerletmektir (*Dursun Çiçek*, B. No: 2012/1108, 16/7/2014, § 87). Bu nedenle yakalama veya tutuklama anında delillerin yeterli düzeyde toplanmış olması mutlaka gerekli değildir. 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*, § 73).

251. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında ayrıca tutuklamanın "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte Anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak *"bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde"* ibaresine yer vermek suretiyle hem tutuklama nedenlerinin Anayasa'da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiş hem de bunların dışında bir tutuklama nedeninin ancak kanunla düzenlenmesini mümkün kılmıştır. Anayasa'nın, tutuklamanın meşru nedenlerinin belirlenmesi bakımından kanun koyucuya takdir hakkı tanıdığı görülmektedir (*Halas Aslan*, § 58).

252. Tutuklama nedenlerinin düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde, kişilerin ancak haklarında suç işlediklerine dair kuvvetli şüphelerin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması hâlinde tutuklanabileceği belirtildikten sonra tutuklama nedenleri sayılmıştır. Buna göre şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların bulunması; şüpheli veya sanığın davranışlarının delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma hususlarında kuvvetli şüphe oluşturması hâllerinde tutukluluk kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir liste bulunmaktadır (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 46; *Halas Aslan*, § 59).

253. Anayasa'nın 13. maddesinde ayrıca temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların "ölçülülük" ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan

"tutuklamayı zorunlu kılan" ibaresiyle de tutuklamanın ölçülü olması gerektiğine işaret edilmektedir. Anılan Anayasa hükümlerine paralel bir şekilde, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinde; işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72).

254. Ölçülülük ilkesinin amacı temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır (AYM, E.2013/57, K.2013/162, 26/12/2013).

255. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "ölçülülük" ilkesini gözetmek öncelikle tutuklama tedbirini uygulayan yargı mercilerinin görevidir. Bu nedenle bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir (*Murat Narman*, § 62). Bir kişinin gerekçeden yoksun bir yargı kararıyla tutuklanması kabul edilemez. Bununla beraber tutukluluğu meşru kılan gerekçeler gösterilerek bir şüpheli ya da sanığın tutuklanması mümkündür. Ancak aşırı derecede kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı vermek, bu çerçevede değerlendirilmemelidir (*Hanefi Avcı*, § 70).

256. Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde, tutuklamanın ön şartı olan "kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğu"nun, ayrıca "tutuklama nedenleri"nin ortaya konulması gerekmektedir. Bu husus tutuklama kararlarının düzenlendiği 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (2) numaralı fıkrasında da ifade edilmiştir. Buna göre tutuklamaya ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilecektir (*Halas Aslan*, § 75).

257. Başlangıçtaki bir tutuklama için işin doğası gereği Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin soyut olarak belirtilmesi yeterli görülebilir (*Halas Aslan*, § 77). Diğer yandan suç işlemekle itham edilen kişiler hakkında, "ölçülülük" ilkesi uyarınca en genel ifadeyle adaletin iyi işlemesi meşru amacının sağlanması bakımından tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekir. 5271 sayılı Kanun'un 109. maddesinde öngörülen adli kontrol yükümlülükleri tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan koruma tedbirleridir. Dolayısıyla tutukluluğun ölçülü olduğunun söylenebilmesi için buna ilişkin kararlarda öncelikle adli kontrol tedbirlerinin tutuklama ile ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından neden yeterli olmadığı ortaya konulmalıdır. Bu husus tutuklama talepleri yönünden 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 79).

iii. İlkelerin Olaya Uygulanması

258. Başvurucular, darbe teşebbüsü kapsamında bir faaliyete katıldıkları iddiasıyla yürütülen soruşturma kapsamında "anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme" suçu dolayısıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmışlardır. Bu itibarla başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

259. Başvurucular hakkında verilen tutuklama kararı incelendiğinde (bkz. § 81) kuvvetli suç şüphesine ve tutuklama nedenlerine ilişkin olarak Hâkimlik tarafından yapılan değerlendirmeler karşısında başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin Anayasa ve Kanun'un öngördüğü anlamda meşru bir amacının bulunduğu anlaşılmaktadır.

260. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında ilk tutuklamaya ilişkin yargısal denetimin en önemli parçası, Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama tedbirine başvurmanın zorunlu koşulları arasında sayılan suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" bulunup bulunmadığı hususudur. Bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı ilk tutma bakımından yeterli olabilir (*Hikmet Kopar ve diğerleri*, § 84).

261. Türkiye'nin maruz kaldığı darbeler ve darbe teşebbüsleri incelendiğinde darbeciler tarafından ele geçirilen veya ele geçirilmek istenen yerler arasında kitle iletişiminin ve haberleşmenin sağlandığı yerler ilk sıralarda gelmektedir. Zira kitle iletişiminin ve haberleşmenin kontrol altına alınması bir darbe girişiminin sonuca ulaşması bakımından hayati derecede öneme sahiptir.

262. Nitekim 15 Temmuz 2016 tarihinde darbe teşebbüsünde bulunanlar tarafından da kitle iletişiminin ve haberleşmenin sağlandığı yerlerin ele geçirilmesi amacıyla birçok saldırı gerçekleştirilmiştir. Bu bağlamda darbeciler, bir taraftan TRT'yi işgal edip "Yurtta Sulh Konseyi" adına darbe bildirisi yayımlamış; diğer taraftan özel televizyon kanallarından bir kısmını işgal etmiş veya işgal girişiminde bulunmuş; ayrıca televizyon yayınlarının ve İnternet erişiminin sağlandığı yerlere yönelik saldırılar gerçekleştirmiştir. Nitekim TÜRKSAT ve TİB'i ele geçirmek üzere görevlendirilen darbecilerin yollarının halk tarafından kesilmesi nedeniyle söz konusu yerlere ulaşamadıkları (bkz. § 69), darbecilerin helikopterlerle sevk ettikleri askerler marifetiyle TÜRKSAT'ı işgal ettikleri ve buradaki personeli uydu yayınlarını kesmeye zorladıkları, sonuç alamayınca da TÜRKSAT yerleşkesini savaş uçaklarıyla bombaladıkları görülmektedir (bkz. §§ 70-72, 76).

263. Darbe teşebbüsü sırasında gerek televizyon yayınlarının gerekse İnternet erişiminin darbeciler tarafından kesilememiş olması, teşebbüsün başarısızlığa uğratılmasında çok büyük öneme sahiptir. Neredeyse tüm televizyon kanalları darbe karşıtı yayınlar yapmıştır. Bu yayınlar sayesinde darbe teşebbüsünün TSK içinde kümelenmiş FETÖ/PDY mensuplarınca gerçekleştirildiği ve meşru devlet otoritelerinin bu teşebbüsü bastırma çabasında oldukları geniş toplum kesimleri tarafından anlaşılmıştır. Cumhurbaşkanı, bazı haber kanallarına telefonla bağlanarak görüntülü telefon konuşması yoluyla halkı darbeye karşı koymak üzere sokağa (şehirlerin meydanlarına) çağırmış; bu konuşmayı canlı yayımlayan özel televizyon kanallarından biri, gecenin ilerleyen saatlerinde canlı yayınını sürdürdüğü sırada darbeciler tarafından işgal edilmiş ve kanalın yayını durdurulmuş; Türk halkı, bu işgal girişimini ekranlarından canlı olarak izlemiştir. Öte yandan devlet yetkililerinin darbe teşebbüsü karşısındaki tutumları ve açıklamalarına, darbecilerin gerçekleştirdikleri saldırılara, darbeye karşı koyan güvenlik görevlilerinin ve sivil halkın darbecilere karşı sergilediği kararlı tutuma ilişkin yazı, resim ve videoların sosyal

medya aracılığıyla anında milyonlarca insana ulaşması, ayrıca darbeye karşı koyan insanların sosyal medya hesapları/grupları aracılığıyla haberleşerek birlikte hareket edebilmeleri bu teşebbüsün sonuçsuz kalmasında önemli ölçüde etkili olmuştur.

264. Başvurucular hakkında verilen tutuklama kararında suç şüphesinin varlığına ilişkin olarak özellikle olay yeri görgü tespit tutanağına ve başvurucuların ifadelerine atıf yapılmıştır (bkz. § 81). Başvurucular, darbe teşebbüsünün bir parçası olarak uydu yayınlarının kesilmesini sağlamak amacıyla darbeciler tarafından işgal edilen TÜRKSAT yerleşkesine gitmekle suçlanmaktadırlar. Soruşturma makamlarının tespitlerine göre başvurucular, darbeciler tarafından işgal edilmiş olan TÜRKSAT yerleşkesinin girişinde, içeriye girmek isterlerken polisler tarafından durdurulmuş; söz konusu yere gittikleri otomobilin sürücüsü olan başvurucu Burhan Güneş'in *"içeriden çağrıldıklarını"* söylemesi ve cep telefonundaki kayıtları silmeye çalışması üzerine yakalanmışlardır (bkz. § 75). Burada sarf edilen "içeriden çağrılma" ifadesinin TÜRKSAT'ı işgal eden askerler tarafından çağrılma olarak anlaşıldığı görülmektedir.

265. Öte yandan başvurucuların Ankara dışında farklı yerlerde ikamet ettikleri ve 15 Temmuz günü akşam saatlerinde Ankara'ya gelip AŞTİ'de buluştukları, olay tarihinde kullandıkları otomobili isimlerini vermedikleri birinden edindiklerini ifade ettikleri, darbeye karşı koyan konvoylara katılmak üzere hareket ettiklerini belirtmelerine rağmen şehir merkezinin onlarca kilometre uzağında (Gölbaşı ilçesinde) bulunan TÜRKSAT'a ait yerleşkeye geldikleri anlaşılmaktadır (bkz. §§ 73-74).

266. Ayrıca soruşturma makamlarınca ifadesi alınan şüphelilerden U.O. (başvurucuların TÜRKSAT'a giderken kullandıkları otomobilin sahibi) *"olay tarihinde bir evde buluştuğu kişilerin kendi aracıyla bu evden ayrıldıkları, daha sonra bu kişilerin olay gecesi yine darbeye teşebbüs eylemleri kapsamında TRT yayınlarına müdahale etmek için baskın yapan darbeci askerlerle birlikte TRT binasına gittiklerinin basın yayın organlarında fotoğraflarıyla birlikte haber konusu olduğu"*, E.U. (TÜRKSAT'ı işgal eden askerlerden biri) ise *"yayınların kesilmesi için TÜRKSAT görevlilerinin yardımcı olmaması üzerine üstlerince kendisine telefonda, dışarıdan yayınların kesilmesine yardımcı olmak üzere sivil teknisyenlerin geleceğinin söylendiği"* yönünde anlatımda bulunmuşlardır (bkz. §§ 97, 100). Bu itibarla başvurucular yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli belirtilerin bulunduğu görülmektedir.

267. Bunların yanı sıra başvurucular Burhan Güneş ve Aydın Yavuz'un, FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen "ByLock" uygulamasının kullanıcısı oldukları tespit edilmiştir (bkz. §§ 98, 103). Anılan uygulamanın özelliklerine ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma mercilerinde yapılan tespit ve değerlendirmeler (bkz. § 106) gözönüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu belirtinin derecesi elbette söz konusu uygulamanın ilgili kişi tarafından kullanılıp kullanılmadığı, kullanım şekli, kullanım sıklığı, haberleşme yapılan kişilerin FETÖ/PDY içindeki konumu ve önemi, haberleşmenin içeriği gibi hususlara bağlı olarak her somut olayda farklı olabilir. Bununla birlikte darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY ile ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda, soruşturma makamlarınca veya tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce, "ByLock"un kullanılmasının ve/veya kullanılmak üzere elektronik/mobil cihazlara yüklenmesinin somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfî bir tutum olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla "ByLock" kullanıcısı olduğu belirtilen başvurucular Burhan Güneş ve Aydın Yavuz bakımından bu yönüyle de suç şüphesine ilişkin kuvvetli bir belirtinin bulunduğu sonucuna varmak gerekir.

268. Diğer taraftan yargılanmalarına devam olunan başvurucular hakkında uygulanan ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması şeklindeki ön koşulu yerine gelmiş olan tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bu husustaki anayasal denetim, tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama gerekçeleri üzerinden yapılmalıdır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 79; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, § 136; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 226). Anayasa Mahkemesinin buradaki görevi, bir suç isnadı sebebiyle adaletin sağlanması meşru amacına yönelik olarak neyin en uygun tedbir veya önlem olduğunu değerlendirmek değil bireysel başvuruya konu müdahalenin (somut olayda tutuklama tedbirinin) Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Bu bağlamda, yürütülen soruşturmalarda uygulanan tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar da dâhil olmak üzere somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınması gerekir.

269. Öncelikle terör suçlarının soruşturulması kamu makamlarını ciddi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı, adli makamlar ve güvenlik görevlilerinin -özellikle organize olanlar olmak üzere- suçlarla ve suçlulukla etkili bir şekilde mücadelesini aşırı derecede güçleştirmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmamalıdır (*Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 214).

270. Binlerce askerin katıldığı darbe teşebbüsü sırasında TBMM ve Cumhurbaşkanlığı Külliyesi'nin de aralarında olduğu pek çok yere savaş uçakları ve helikopterlerin de kullanıldığı bombalı ve silahlı saldırılar yapılması, Cumhurbaşkanı'nın konakladığı otele silahlı baskın yapılması, Başbakan'ın aracının bulunduğu konvoya ateş edilmesi, Genelkurmay Başkanı'nın da aralarında bulunduğu birçok üst düzey askerî yetkilinin rehin alınması, çok sayıda kamu kurumunun silah zoruyla işgal edilmesi, TRT'de darbe bildirisinin okunması, ülke genelindeki televizyon yayınlarının ve İnternet erişiminin kesilmesi için saldırılarda bulunulması, darbeye karşı sokaklara çıkan insanların hedef alınarak öldürülmesi veya yaralanması gibi son derece ağır olaylar yaşanması sebebiyle ülkede bir süreliğine şiddet ve korku dalgası oluştuğu söylenebilir.

271. Darbe teşebbüsü sırasında yaşanan ağır olayların oluşturduğu korku iklimi, darbe teşebbüsünün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin yapısının karmaşıklığı ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike, darbe teşebbüsüne ilişkin faaliyetler kapsamında ülke genelinde binlerce kişi tarafından icra edilen suç oluşturabilecek nitelikteki on binlerce eylemin aynı anda işlenmesi, bunun yanı sıra çoğunluğu önemli yerlerde kamu görevlisi olan on binlerce şüpheli hakkında doğrudan darbeyle ilişkili olmasa da FETÖ/PDY'ye mensubiyet nedeniyle ivedilikle soruşturma yapılması ihtiyacı birlikte dikkate alındığında soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir.

272. Darbe teşebbüsüyle bağlantılı veya darbe teşebbüsüyle bağlantılı olmasa bile teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY ile bağlantılı kişilerin teşebbüs sırasında veya sonrasında ortaya çıkan kargaşadan yararlanmak suretiyle kaçma imkânı ve bu dönemde delillere etki edilmesi ihtimali normal zamanda işlenilen suçlara göre çok daha fazladır. Diğer taraftan FETÖ/PDY'nin ülkedeki neredeyse tüm kamu kurum

ve kuruşlarında örgütlenmiş olması, yüz elliyi aşkın ülkede faaliyet göstermesi ve ciddi seviyede uluslararası ittifaklarının bulunması, bu yapılanma ile ilgili olarak soruşturmaya tabi tutulan kişilerin yurt dışına kaçmasını ve yurt dışında barınmasını büyük ölçüde kolaylaştıracaktır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Yıldırım Ataş*, B. No: 2014/4459, 26/10/2016, § 60). Nitekim söz konusu soruşturmalara ilişkin birçok şüphelinin soruşturma süreçlerinde yurt dışına kaçtığı görülmektedir.

273. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrası genel koşullara ilişkin bu durumun söz konusu olaylar ile ilgili olarak haklarında soruşturma yürütülen tüm şüphelilerin otomatik olarak tutuklanmalarını gerektirmediği açıktır. Kaldı ki soruşturma makamları, darbe teşebbüsüyle bağlantılı olsun veya olmasın FETÖ/PDY'ye ilişkin olarak haklarında soruşturma yürüttükleri tüm şüpheliler yönünden tutuklama tedbirine başvurmamışlardır. Bu çerçevede şüphelilerin önemli bir bölümü (yaklaşık 2/3'ü) adli kontrol tedbiri tatbik edilerek veya herhangi bir koruma tedbiri uygulanmaksızın serbest bırakılmış ya da hürriyeti kısıtlayıcı bir işleme tabi tutulmamıştır. Yine binlerce şüpheli hakkında tutuklama tedbiri uygulandıktan sonra tahliye kararı verilmiştir (bkz. § 52).

274. Somut olayda Hâkimlik tarafından başvurucuların tutuklanmalarına karar verilirken tutuklama nedeni olarak delillerin karartılması şüphesinin bulunmasına, suça ilişkin kanunda öngörülen yaptırımın ağırlığına, adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacak olmasına ve tutuklamanın ölçülü olduğuna dayanılmıştır.

275. İzmir, İstanbul ve Gebze'de ikamet eden başvurucular, beyanlarına göre 15 Temmuz günü akşam saatlerinde -darbe teşebbüsüne ilişkin icraî faaliyetlerin başlamasından bir iki saat kadar önce- Ankara'ya gelmişler; darbeciler tarafından işgal edilen TÜRKSAT yerleşkesine burada henüz sıcak çatışmaların yaşandığı sırada girmek isterken yakalanmışlardır. Başvurucuların olay gecesinde kullandıkları otomobil kendilerine ait olmadığı gibi başvurucular, bu otomobili aldıkları kişiye veya edinme şekline dair aydınlatıcı bir açıklamada bulunmamışlardır. Söz konusu otomobilin, darbe teşebbüsünün yaşandığı gecenin sabahında, sahibi olan sanık U.Ö. tarafından soruşturma makamlarının izni ve haberi olmaksızın -aracın yedek anahtarı kullanılmak suretiyle- olay yerinden alındığı; otomobilin, ruhsat bilgilerinden yola çıkılarak daha sonradan bulunduğu anlaşılmaktadır. Bunların yanı sıra başvurucuların tutuklanmalarına

karar verilen "anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme" suçu, Türk hukuk sisteminin öngördüğü en ağır yaptırım olan "ağırlaştırılmış müebbet hapis" cezasını gerektirmektedir. İsnat edilen suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (*Hüseyin Burçak*, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61). Ayrıca başvurucu Aydın Yavuz'un olay gecesinde TÜRKSAT'ın savaş uçakları tarafından bombalanması dolayısıyla ortaya çıkan kargaşadan yararlanarak içinde tutulduğu otomobilden elleri kelepçeli olduğu hâlde kaçtığı ve ertesi gün bir akaryakıt istasyonuna geldiğinde jandarma görevlilerince yakalanarak polislere teslim edildiği anlaşılmıştır.

276. Başvurucular hakkında tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ile somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları birlikte değerlendirildiğinde, Hâkimlik tarafından açıklanan ve delillerin karartılması ile kaçma şüphesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Başvurucuların darbe teşebbüsünün yaşandığı gece TÜRKSAT yerleşkesine girmek isterken yakalanmaları, iki gün kadar gözaltında tutulduktan sonra Hâkimlik tarafından tutuklanmalarına karar verilmesi dikkate alındığında, soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak "gerekli" olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

277. Açıklanan nedenlerle başvurucuların tutuklanmalarının hukuki olmadığı iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

278. Buna göre başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama yoluyla yapılan müdahalenin, bu hakka dair Anayasa'da (13. ve 19. maddelerde) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

2. Tutukluluğun Makul Süreyi Aştığına İlişkin İddia

a. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

279. Başvurucular, gerekçesiz bir şekilde verilen kararlarla tutukluluğun devam ettirildiğini ve bu şekilde keyfî olarak hürriyetten

yoksun bırakılmaya devam edildiklerini belirterek adil yargılanma, etkili başvuru, kişi hürriyeti ve güvenliği hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş; tahliye ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

280. Bakanlık görüşünde, başvurucuların bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır.

b. Değerlendirme

281. 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."

282. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Başvurucuların tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçesiz olduğuna, dolayısıyla tutukluluk süresinin uzunluğuna yönelen bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

283. Başvurucuların tutuklanmalarına neden olan suçlama, Türkiye'de olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren temel olay olan 15 Temmuz darbe teşebbüsü kapsamındaki bir eyleme ilişkindir. Başvurucuların tutukluluk sürecinde olağanüstü hâl devam etmiştir. Bu itibarla başvurucuların tutukluluğunun makul süreyi aşıp aşmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucuların tutukluluk süresinin başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecektir.

ii. Genel İlkeler

284. Anayasa Mahkemesi tutukluluğun makul süreyi aştığı iddialarını birçok kararında incelemiş ve anılan kararlarda inceleme yöntemine ilişkin ilkelerini belirlemiştir (bkz. *Murat Narman*, §§ 60-66; *Mustafa Ali*

Balbay, §§ 102-106; *Hanefi Avcı*, §§ 64-73; *Hüseyin Burçak*, §§ 42-61; *Halas Aslan*, §§ 51-91).

285. Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında bir ceza soruşturması kapsamında tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme haklarına sahip olduğu belirtilmiştir. Anılan fıkrada güvence altına alınan "makul sürede yargılanmayı" ve "serbest bırakılmayı" isteme haklarının birbirinin alternatifi değil tamamlayıcısı olarak değerlendirilmesi gerekir (*Murat Narman*, § 60; *Halas Aslan*, § 66).

286. Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan "serbest bırakılmayı isteme" hakkı uyarınca bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında tutuklu olan kişiler, ilgili yargı mercilerinden serbest bırakılmalarına karar verilmesini talep edebilirler. Bu hakkın bir yansıması olarak 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebileceği belirtilmiş; aynı Kanun'un 108. maddesinde de tutukluluğun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde belirli süreleri aşmayacak şekilde resen incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yargı organlarınca, tutukluluğun her aşamasında gerek kişinin serbest bırakılma talebi üzerine gerekse resen yapılan incelemelerde tutulmanın meşru nedenlerinin açıklanması Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasının bir gereğidir (*Halas Aslan*, § 67).

287. Anılan maddede, ayrıca tutuklanan kişilerin "makul sürede yargılanmayı" isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Genel olarak yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının konusudur. Kişilerin fiziksel hürriyetlerinin kısıtlanmasına ilişkin güvencelerin belirtildiği (*Galip Öğüt* [GK], B. No: 2014/5863, 1/3/2017, § 35) Anayasa'nın 19. maddesine göre öncelikle tutukluluğun makul süreyi aşmaması gerekir. Bununla birlikte maddenin, tutuklu olarak sürdürülen yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması gerektiğine de işaret ettiği görülmektedir. Hürriyeti kısıtlanarak yargılanan kişinin yargılamanın makul sürede bitirilmesindeki menfaati, işin doğası gereği diğerlerine göre daha fazladır. Bu bağlamda Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen tutuklu kişinin "makul sürede yargılanma" hakkı, Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı

kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkına göre daha yüksek bir koruma sağlamaktadır. Buna göre tutuklu olarak sürdürülen soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin süratle sonuçlandırılması gerekir. Bunun için başta savcılıklar ve mahkemeler olmak üzere tüm kamu organları, tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma süreçlerinin -adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelere riayet edilmek koşuluyla- süratli bir şekilde sonuçlandırılması için özenli davranmalıdırlar. Anılan özen yükümlülüğü, kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmaya devam edilmesinin keyfî olmadığının, dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahalenin meşru amacının devam ettiğinin söylenebilmesi için de zorunludur. Bu itibarla tutuklu kişiler hakkındaki soruşturma/kovuşturma süreçlerinin özenli olarak yürütülmesi Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasında güvence altına alınmıştır (*Halas Aslan*, §§ 68-71).

288. Diğer taraftan bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında sürdürülen tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir. Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde, tutuklamanın ön şartı olan "kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğu"nun, ayrıca "tutuklama nedenleri"nin ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 101. maddesine göre de tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda; kuvvetli suç şüphesini, tutuklama nedenlerinin varlığını ve tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilecektir (*Halas Aslan*, §§ 74-75).

289. Kuvvetli suç şüphesi, tutuklama için bir ön şart olup varlığını tutukluluğun her aşamasında korumalıdır. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmasa da soruşturma/kovuşturma süreci ilerledikçe kişi hakkındaki suç şüphesini doğrulayacak ya da ortadan kaldıracak delillere erişilecektir. Bu nedenle belirli bir süre geçtikten sonraki tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda, kuvvetli suç şüphesinin bulunduğunun somut olgularla birlikte açıklanması gerekir. Tutukluluğun herhangi bir aşamasında kişinin tutuklu olduğu suç yönünden kuvvetli suç şüphesini gösteren olgular ortadan kalkmışsa artık tutmanın meşru bir amacının bulunduğu söylenemez (*Halas Aslan*, § 76).

290. Başlangıçtaki bir tutuklama için işin doğası gereği Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin soyut olarak belirtilmesi yeterli görülebilse de soruşturma/kovuşturma sürecinde deliller toplandıkça artık delillere etki edilebilmesi imkânı ortadan kalkmakta ya da zorlaşmaktadır. Ayrıca isnat edilen suç dolayısıyla belirli bir süre hürriyetinden yoksun kalan ve bu itibarla yargılama sonunda alınması muhtemel cezanın en azından bir bölümünü karşılayacak kadar tutulan kimsenin kaçma ihtimalinin başlangıçtakine göre azaldığı da söylenebilir. Bu nedenlerle belirli bir süreyi aşan tutukluluğa ilişkin devam kararlarında tutuklama nedenlerinin soyut olarak belirtilmesi yeterli değildir (*Hanefi Avcı*, § 70).

291. Bu kararlarda tutuklama nedenlerinin somut olgulara dayalı olarak açıklanması ve bu nedenlerin olayın koşullarında neden zorunlu olduğunun ortaya konulması gerekir. Tutukluluk devam ettikçe bir taraftan bireye düşen yükümlülük artarken diğer taraftan tutulmanın dayandığı meşru amaç zayıfladığından, tutukluluğun devamı kararlarında davanın genel durumunun yanında tutuklu kişinin özel durumu da dikkate alınmalı; bu anlamda tutuklama nedenleri kişiselleştirilmelidir (*Hanefi Avcı*, § 84). Yine söz konusu kararlarda, tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kaldığının da ortaya konulması gerekmektedir. Tutukluluğun devamı ancak Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."* ifadeleriyle güvence altına alınan ve esasında hukukun temel ilkelerinden biri olan "masumiyet karinesi"ne rağmen, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına üstün gelecek şekilde tutmanın adaletin işleyişi bakımından gerekli olduğunun dayanaklarıyla birlikte açıklanması durumunda haklı bulunabilir(*Halas Aslan*, § 78).

292. Tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir kişinin tutuklu olarak bulundurulduğu sürenin makul olup olmadığı, her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir (*Murat Narman*, § 61).

293. Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurucunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih; doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklanma tarihidir. Sürenin sonu ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince hüküm verildiği tarihtir (*Murat Narman*, § 66).

294. Tutukluluğun uzun sürdüğü veya makul süreyi aştığı şikâyetiyle yapılan bireysel başvurularda, derece mahkemelerince verilen tutuklama ve tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda açıklanan gerekçeleri inceleyerek bu gerekçelerin somut olayın özelliklerine göre ilgili ve yeterli olup olmadığını, ayrıca yukarıda belirtilen özen yükümlülüğüne uyulup uyulmadığını incelemek Anayasa Mahkemesinin görevidir. Bu denetim sonunda tutukluluğa ilişkin gerekçelerin, başvurucuların hürriyetlerinin kısıtlanmasının meşru nedenlerinin ortaya konulması bakımından ilgili ve yeterli olmadığı veya tutuklu olarak sürdürülen soruşturma/kovuşturma süreçlerinin kamu organlarının özen yükümlülüğü ile bağdaşmayan tutumları nedeniyle tamamlanmadığı kanaatine varılırsa tutukluğun makul süreyi aştığı sonucuna ulaşılacaktır (*Halas Aslan*, §§ 82-83).

iii. İlkelerin Olaya Uygulanması

295. Başvurucular 16/7/2016 tarihinde gözaltına alınmış ve Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin 18/7/2016 tarihli kararı ile tutuklanmışlardır. Bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvurucuların tutukluluk hâli devam etmektedir. Buna göre başvurucuların tutukluluk süresi yaklaşık 11 aydır.

296. 15 Temmuz darbe teşebbüsü kapsamında uydu yayınlarının kesilmesini sağlamak amacıyla darbeciler tarafından işgal edilen TÜRKSAT yerleşkesine gitmekle suçlanan başvurucular, bu kapsamda "anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme" suçundan tutuklanmışlardır. Başvurucuların isnat edilen suç yönünden kuvvetli suç şüphesi altında oldukları soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimlikleri ve kovuşturma aşamasında Ankara 14. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen tutukluluğa ilişkin kararlarda açıkça belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesince de başvurucuların tutuklanmalarının hukuki olmadığı iddiası incelenirken suç işlediklerine dair kuvvetli belirtilerin bulunduğu sonucuna varılmıştır (bkz. §§ 264-267). Başvurucular hakkında tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarında atıf yapılan delillerin içeriği dikkate alındığında tutukluluğun ön şartı olan kuvvetli suç şüphesi yönünden Mahkeme kararlarının açıklayıcı ve yeterli olduğu görülmektedir.

297. Sulh ceza hâkimliklerinin ve Ankara 14. Ağır Ceza Mahkemesinin tutukluluğun devamı kararlarının gerekçelerinde yer alan tutuklama nedenlerine ilişkin açıklamalar incelendiğinde kaçma şüphesine, delillerin

karartılması ihtimalinin bulunmasına, isnat edilen suça ilişkin yaptırımın ağırlığına ve suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve Kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasında olmasına, adli kontrol hükümlerinin yetersiz kalacağına ve tutuklama tedbirinin ölçülü olmasına dayanıldığı görülmektedir (bkz. §§ 83, 86, 92; 102-104). Başvuruculara isnat edilen suçlamanın niteliği ile bir bütün olarak soruşturma/kovuşturma konusu edilen olayların özellikleri dikkate alındığında tutukluluğun devamı kararlarındaki gerekçelerin, tutukluluğun devamının hukuka uygunluğunu ve tutulmanın meşruluğunu haklı gösterecek özen ve içerikte olduğu; dolayısıyla tutukluluk hâlinin devamına ilişkin bu gerekçelerin tutukluluk süresi itibarıyla ilgili ve yeterli olduğu sonucuna varılmıştır.

298. Öte yandan soruşturma mercileri, darbe teşebbüsü kapsamında TÜRKSAT'ın ele geçirilerek televizyon yayınlarının kesilmesine yönelik saldırıya ilişkin olarak yürüttükleri soruşturmada, TÜRKSAT'ı işgal eden askerler olduğu ileri sürülen 12 asker şüpheli ile birlikte başvuruculara ve başvurucuların olay tarihinde kullandıkları otomobilin sahibi olan bir şüpheliye ilişkin işlemler tesis etmişlerdir. Bu kapsamda başvurucuların yanı sıra kaçak olmayan diğer bir kısım şüphelinin savunması alınmış, şüphelilerin mesleki konumlarına ve geçmişlerine dair araştırmalar yapılmış, başvurucular yönünden banka kayıtları ve gizli haberleşme programlarını kullanım durumlarına dair deliller toplanmış, çok sayıda müştekinin beyanı ve şikâyeti tespit edilmiştir. Ayrıca Adli Tıp Kurumundan (ATK) olayda hayatını kaybedenlere ilişkin otopsi raporları ve yaralananlara ilişkin (yaralanmalarının niteliğini gösterir) doktor raporları alınmış, olay yerinden elde edilen deliller üzerinden yapılan kriminal incelemelere ilişkin ekspertiz raporları temin edilmiş, kamera kayıtları incelenmiş, teşhis işlemleri yaptırılmış, şüphelilerin kullandıkları GSM hatlarının sinyal bilgileri tespit edilip değerlendirilmiş, olay yeri inceleme raporları düzenlenmiştir. Tüm bu soruşturma işlemlerinin darbe teşebbüsünün yaşandığı tarihten itibaren yaklaşık 5 ay 15 günlük sürede tamamlandığı ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 2/1/2017 tarihli iddianameyle başvurucular hakkında kamu davası açıldığı görülmektedir. Başvurucuların yargılandığı davada 4/4/2017 tarihi itibarıyla duruşma aşamasına geçilmiş ve başvurucuların savunmaları alınmış; 8/5/2017 tarihine kadar yapılan duruşmalarda deliller toplanmış ve bu tarihte Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü Mahkemeye

bildirmiştir (bkz. §§ 103-104). Bu itibarla genel olarak soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin yürütülmesinde bir özensizlik gösterildiği tespit edilmemiştir.

299. Başvurucular hakkındaki tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin hürriyetten yoksun bırakılmanın meşru nedenlerinin belirtilmesi bakımından ilgili ve yeterli olması ve soruşturma/kovuşturma süreçlerinin yürütülmesinde bir özensizliğin tespit edilmemiş olması dikkate alındığında yaklaşık 11 aylık tutukluluk süresinin makul olduğu sonucuna varılmıştır.

300. Açıklanan nedenlerle başvurucuların tutukluluğun makul süreyi aştığı iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

301. Buna göre başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutukluluğun devam ettirilmesi suretiyle yapılan müdahalenin bu hakka dair Anayasa'da (13. ve 19. maddelerde) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

3. Soruşturma Dosyasına Erişimin Kısıtlandığına İlişkin İddia

a. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

302. Başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy soruşturma dosyasında gizlilik (kısıtlama) kararı verilmesi nedeniyle gerekçeli olarak savunma yapma imkânından yoksun kaldıklarını ve savunma haklarının kısıtlandığını belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

303. Bakanlık görüşünde, AİHM'in benzer kararları hatırlatılmış ve tutuklamaya dayanak oluşturan temel öneme sahip bilgi ve belgelere şüpheli ya da sanığın veya avukatının erişme hakkının sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Bakanlığa göre somut olayda, Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvuruculara dosya içinde bulunan ve tutuklanmalarına esas teşkil eden bilgi ve belgeler ile soruşturma evrakı okunmuştur. Bakanlık, ayrıca başvurucuların kendilerine yöneltilen suçlamalara

dair kollukta ayrıntılı beyanda bulunduklarına dikkat çekmiştir. Buna göre başvurucular, suçlanmalarına dayanak olan delillerden haberdar olduklarından bunlara karşı etkili şekilde itirazda bulunma imkânını kullanmışlardır.

b. Değerlendirme

304. 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."

305. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Bu itibarla başvurucuların bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

306. Başvurucuların şikâyetlerine konu kısıtlama kararının, haklarında olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren darbe teşebbüsü kapsamında bir faaliyete katıldıkları iddiasıyla yürütülen soruşturmada verilmiş olması nedeniyle bu kararın hukuki olup olmadığının, bir başka ifadeyle kararın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı üzerindeki etkisinin incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle kısıtlama kararının ve bu kararın uygulamasının Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecektir.

ii. Genel İlkeler

307. Anayasa Mahkemesi 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesine göre verilen kısıtlama kararlarının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ve özellikle tutuklu kişilerin tutukluluğa yönelik itirazda bulunma hakları üzerindeki etkisini birçok kararında incelemiş ve anılan kararlarda inceleme yöntemine ilişkin ilkelerini belirtmiştir (bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri*, §§ 121-122; *Günay Dağ ve diğerleri*, §§ 168-176; *Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 105-107; *Erdem Gül ve Can Dündar*, §§ 46-48; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, §§ 248-257).

308. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası yakalanan veya tutuklanan kişiye, 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 (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 168).

309. Diğer taraftan Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, hürriyeti kısıtlanan kişi kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir. Fıkrada öngörülen bu usulde, 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).

310. Özellikle üçüncü kişilerin temel haklarını korumak, kamu menfaatini gözetmek veya adli makamların soruşturma yaparken başvurdukları yöntemleri güvence altına almak gibi amaçlarla soruşturma aşamasında bazı delillere erişim yönünden kısıtlama getirilmesi gerekebilir. Bu nedenle soruşturma evresinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla müdafinin dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasının demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olmadığı söylenemez. Ancak dosyaya erişim hakkına getirilecek kısıtlamanın kısıtlama kararıyla ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olması, savunma hakkının yeterince kullanılmasını engelleyecek nitelikte bulunmaması gerekmektedir (AYM, E.2014/195, K.2015/116, 23/12/2015, § 107).

311. Yakalanan bir kişiye, yakalanmasının temel maddi ve hukuki sebepleri teknik olmayan ve anlayabileceği basit bir dilde açıklanmalı; böylece kişi, uygun görürse hürriyetinden yoksun bırakılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında kanuna uygunluğuna itiraz etmek üzere mahkemeye başvurma imkânına sahip olabilmelidir. Anayasa'nın 19. maddesinin dördüncü fıkrası, yakalama veya tutuklama sırasında verilen bilgilerin yakalanan veya tutuklanan kişiye isnat edilen suçların tam bir listesini içermesini, bir başka deyişle hakkındaki suçlamalara esas tüm delillerin bildirilmesini ya da açıklanmasını gerektirmemektedir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 175).

312. İfadesi ya da savunması 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 olduğunun, içerikleri hakkında yeterli bilgiye sahip bulunduğunun ve bu nedenle de tutukluluk hâlinin gerekçelerine yeterli biçimde itiraz etme imkânını elde ettiğinin kabulü gerekmektedir. Böyle bir durumda kişi, tutukluluğa temel teşkil eden belgelerin içeriği hakkında yeterli bilgiye sahiptir (*Hidayet Karaca*, § 107).

iii. İlkelerin Olaya Uygulanması

313. Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğinin 16/7/2016 tarihli kararı ile 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca, başvurucular hakkında yürütülen soruşturma dosyasına ilişkin olarak dosyayı incelemesinin veya belgelerden örnek almasının soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği gerekçesiyle müdafinin soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin kısıtlanmasına karar verilmiştir.

314. Başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy 14/12/2016 tarihli dilekçeleriyle tahliyelerine karar verilmesini ve söz konusu kısıtlama kararının kaldırılmasını talep etmişlerdir. Ancak Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 26/12/2016 tarihli kararı ile başvurucuların tahliye talepleri reddedilirken kısıtlama kararının kaldırılması taleplerine ilişkin olarak bir karar verilmemiştir (bkz. §§ 90-92). Kısıtlama kararının daha sonra kaldırılıp kaldırılmadığı hususunda herhangi bir belge veya bilgi bulunmamakla birlikteAnkara 14. Ağır Ceza Mahkemesince iddianamenin kabul edildiği 13/1/2017 tarihi itibarıyla kısıtlılık, 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kendiliğinden sona ermiş bulunmaktadır.

315. Başvuruculara yöneltilen suçlama temelde, 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında ve bu teşebbüsün bir parçası olarak darbeci askerler tarafından işgal edilen TÜRKSAT yerleşkesine uydu yayınlarını kesmek üzere gitmeleridir. Başvurucuların kolluk görevlilerince alınan ifadeleri incelendiğinde kendilerine isnat edilen suçlamalara ilişkin olarak başvuruculara açıklamada bulunulduğu ve bu suçlamalara konu eylemlerle ilgili sorular yöneltildiği, başvurucuların da isnat edilen eylem ve suçlamalara karşı müdafileriyle birlikte savunmalarını yaptıkları,

başvurucuların savunmalarında suçlamaları kabul etmediklerini, uydu yayınlarının kesilmesine yardımcı olmak üzere TÜRKSAT'a gitmelerinin söz konusu olmadığını ifade ettikleri görülmektedir.

316. Diğer taraftan Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliğince yapılan sorgu sırasında başvuruculara, haklarındaki soruşturma belgelerinin ve soruşturma dosyasında yer alan bilgilerin okunduğu ve bu sırada başvurucuların müdafilerinin de hazır bulunduğu anlaşılmıştır. Başvurucular suçlamalara ve suçlamaların dayanaklarına ilişkin bilgi ve belgelerden haberdar olduktan sonra müdafileriyle birlikte hâkim önünde savunmalarını sözlü olarak dile getirmiş, bu savunmalarında da kolluktaki anlatımları doğrultusunda suçlamaları kabul etmemişlerdir.

317. Ayrıca başvurucuların tutuklama kararı sonrası sundukları tahliye ve/veya tutukluluğa itiraz dilekçelerinde, tutukluluğa ilişkin itirazlarını ayrıntılı olarak dile getirdikleri anlaşılmıştır. Başvurucuların 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (3) numaralı fıkrasına aykırı olarak kuralda belirtilen ifadelerini içeren tutanaklar, bilirkişi raporları ve hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklara erişimlerinin kısıtlandığı yönünde bir şikâyetleri de bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucuların ve müdafilerinin isnat edilen suçlamalara ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

318. Bu itibarla suçlamalara dayanak olan temel unsurların ve tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esas olan bilgilerin başvuruculara veya müdafilerine bildirilmiş ve başvuruculara bunlara karşı savunmalarını ileri sürme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında birkaç ay süren soruşturma aşamasında uygulanmış olan kısıtlılık kararı nedeniyle başvurucuların tutukluluğa karşı etkili bir şekilde itirazda bulunamadıklarının kabulü mümkün görülmemiştir (benzer yönde bir değerlendirme için bkz. *Deniz Özfırat*, B. No: 2013/7929, 1/12/2015, § 91).

319. Açıklanan nedenlerle başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy'ün kısıtlama kararı nedeniyle tutukluluğa itiraz bağlamında savunma haklarının kısıtlandığı iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

320. Buna göre adı geçen başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik olarak, soruşturma dosyasında kısıtlama kararı verilmesi suretiyle yapılan müdahalenin Anayasa'da (özellikle 19. maddenin sekizinci fıkrasında) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

4. Tutukluluk İncelemelerinin Duruşmasız Olarak Yapıldığına İlişkin İddia

a. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

321. Başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy tutukluluk ve tutukluluğa itiraz incelemelerinin duruşmasız olarak yapıldığını belirterek adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

322. Bakanlık görüşünde, 667 ve 668 sayılı KHK hükümleri uyarınca tutukluluk incelemeleri ile tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanabileceği belirtilmiştir. Bakanlığa göre Anayasa'nın 15. maddesi hükmü ile AİHS'in 15. maddesi uyarınca yapılan derogasyon bildirimi, darbe teşebbüsü sonrasında gözaltına alınan ve adli işlem yapılan kişi sayısı, çok sayıda soruşturmanın bulunması, çok sayıda yargı mensubunun FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle açığa alınması ve/veya ihraç edilmesi dikkate alındığında bu düzenlemeler milletlerarası yükümlülüklere uygundur ve durumun gerektirdiği ölçüdedir.

b. Değerlendirme

323. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Bu itibarla başvurucuların bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

324. Başvurucuların tutuklanmalarına neden olan suçlama, Türkiye'de olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren temel olay olan 15 Temmuz darbe teşebbüsü kapsamındaki bir eyleme ilişkindir. Başvurucuların tutukluluk

sürecinde olağanüstü hâl devam etmiştir. Bu itibarla başvurucuların tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı üzerindeki etkisinin incelenmesi, Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle tutukluluk incelemelerinin yapılış şeklinin Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecektir.

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

325. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

iii. Esas Yönünden

(1) Genel İlkeler

326. Anayasa Mahkemesi, tutukluluk ve tutukluluğa itiraz incelemelerinde uygulanması gereken usule ilişkin güvencelerle ilgili iddiaları, birçok kararında incelemiş ve anılan kararlarda inceleme yöntemine ilişkin ilkelerini belirtmiştir (bkz. *Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, §§ 64-78; *Mehmet Haberal*, §§ 122-132; *Mehmet Halim Oral*, B. No: 2012/1221, 16/10/2014, §§ 50-54; *Ferit Çelik*, B. No: 2012/1220, 10/12/2014, §§ 51-52; *Hikmet Yayğın*, B. No: 2013/1279, 30/12/2014, §§ 29-36; *Emrah Oğuz*, B. No: 2013/1755, 25/3/2015, §§ 43-54; *Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, B. No: 2013/4128, 18/11/2015, §§ 53-73; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, §§ 265-270).

327. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca, hürriyeti kısıtlanan bir kimsenin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkı bulunmaktadır (bkz. § 309). Fıkrada kısıtlama sebebi bakımından bir ayrım yapılmadığından başvuru hakkı, elbette suç şüphesine dayalı tutuklama nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmayı da kapsamaktadır (*Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, § 165).

328. Serbest bırakılmak amacıyla yetkili yargı merciine yapılması gereken başvurudan söz edildiğinden anılan hakkın uygulanması ancak talep hâlinde söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla burada belirtilen bir

yargı merciine başvurma hakkı, suç isnadıyla hürriyetinden yoksun bırakılan kimseler bakımından tahliye talebinin yanı sıra tutuklama, tutukluluğun devamı ve tahliye talebinin reddi kararlarına karşı yapılan itirazların incelenmesi sırasında da uygulanması gereken bir güvencedir (*Mehmet Haberal*, § 123).

329. Bununla birlikte 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesine göre şüpheli veya sanığın istemi olmaksızın tutukluluğun resen incelenmesi durumunda hürriyeti kısıtlanan kişiye tanınan yargı merciine başvurma hakkı kapsamında bir değerlendirme yapılmadığından bu incelemeler Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamına dâhil değildir (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 32; *Faik Özgür Erol ve diğerleri*, B. No: 2013/6160, 2/12/2015 § 24).

330. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla başvurulacak yerin bir yargı mercii olması öngörülmüş olduğundan işin doğası gereği burada yapılacak incelemenin yargısal bir niteliği bulunmaktadır. Yargısal nitelikteki bu inceleme sırasında adil yargılanma hakkının tutmanın niteliğine ve koşullarına uygun güvencelerinin sağlanması gerekir. Bu bağlamda tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkelerine riayet edilmelidir (*Hikmet Yayğın*, §§ 29-30).

331. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları 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 tanınıp 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).

332. Çelişmeli yargılama ilkesi ise taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını, 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).

333. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasından kaynaklanan temel güvencelerden biri de tutukluluğa karşı itirazın hâkim önünde yapılan duruşmalarda etkin olarak incelenmesi hakkıdır. Zira hürriyetinden yoksun bırakılan kimsenin bu duruma ilişkin şikâyetlerini, tutuklanmasına dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını hâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirebilme imkânına sahip olması, tutukluluğa itirazını çok daha etkili bir şekilde yapmasını sağlayacaktır. Bu nedenle kişi, bu haktan düzenli bir şekilde yararlanarak makul aralıklarla dinlenilmeyi talep edebilmelidir (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 66; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 267).

334. Anılan güvencenin bir yansıması olarak 5271 sayılı Kanun'un 105. maddesinde, şüpheli veya sanığın soruşturma ve kovuşturma evrelerinde salıverilme istemleri karara bağlanırken duruşmada karar verilecek ise Cumhuriyet savcısının yanı sıra şüpheli, sanık veya müdafinin görüşünün alınacağı belirtilmiş; aynı Kanun'un 108. maddesinde ise soruşturma evresinde şüphelinin tutukluluk hâlinin devamının gerekip gerekmeyeceği hususunda karar verilirken şüpheli veya müdafiinin dinlenilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Öte yandan Kanun'un 101. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 267. maddesine göre resen ya da talep üzerine tutukluluk hakkında verilmiş tüm kararlar, mahkeme önünde itiraza konu olabilmektedir (*Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 269). Tutukluluğa ilişkin kararların itiraz incelemesi bakımından, aynı Kanun'un 271. maddesinde itirazın kural olarak duruşma yapılmaksızın karara bağlanacağı, ancak gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekilin dinlenebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre tutukluluk incelemelerinin ya da tutukluluğa ilişkin itiraz incelemelerinin duruşma açılarak yapılması hâlinde şüpheli, sanık veya müdafiinin dinlenilmesi gerekmektedir.

335. Ancak tutukluluğa ilişkin verilen her kararın itirazının incelenmesinde veya her tahliye talebinin değerlendirilmesinde duruşma yapılması ceza yargılaması sistemini işlemez hâle getirebilecektir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen inceleme usulüne ilişkin güvenceler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir durum olmadığı sürece tutukluluğa karşı yapılacak itirazlar için her durumda duruşma yapılmasını gerektirmez (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 73).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

336. Gölbaşı Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 18/7/2016 tarihinde başvurucuların sorguları yapılmış, başvurucular ve müdafileri sorgu sırasında hem kendilerine isnat edilen suçlamalara karşı hem de Savcılık tarafından yapılan tutuklama talebine karşı savunmalarını sözlü olarak ifade etmişlerdir.

337. Başvurucuların tutuklanmasından sonra soruşturma aşamasında, gerek tahliye talebinde bulunmaları üzerine, gerekse resen yapılan tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Yine bu evrede başvurucuların tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarına yönelik itirazlarının, itiraz mercilerince dosya üzerinden yapılan incelemeler sonunda karara bağlandığı görülmektedir. Bakanlık görüşünde de soruşturma aşamasında duruşmalı olarak tutukluluk incelemesi yapıldığına dair bir bilgiye yer verilmemiştir.

338. Bu itibarla soruşturma aşamasında, başvurucuların tutukluluk durumları incelenirken veya tutukluluğa yönelik itirazları değerlendirilirken duruşma açılması söz konusu olmamıştır.

339. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucular hakkında düzenlenen 2/1/2017 tarihli iddianame, Ankara 14. Ağır Ceza Mahkemesince 13/1/2017 tarihinde kabul edilmiş ve Mahkemece aynı tarihte yapılan tensip incelemesinde başvurucuların tutukluluk durumu resen değerlendirilmiştir. Söz konusu inceleme de dosya üzerinden yapılmıştır. Ayrıca Mahkemenin 9/2/2017 ve 9/3/2017 tarihlerinde başvurucuların tutukluluk durumunu resen incelediği ve dosya üzerinden yapılan incelemeler sonunda tutukluluğun devamına karar verdiği görülmektedir.

340. Başvurucuların yargılandığı davada, ilk duruşma 4/4/2017 tarihinde yapılmış; başvurucular ve müdafileri 6/4/2017 tarihinde yapılan duruşmada tahliye taleplerini sözlü olarak bildirmişlerdir. Mahkeme, aynı duruşmada başvurucuların tahliye taleplerini reddederek tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir.

341. Buna göre tutuklanmalarına karar verildiği 18/7/2016 tarihinden itibaren6/4/2017 tarihine kadar başvurucuların tutukluluk durumu, duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda

verilen kararlar ile devam ettirilmiştir. Başvurucuların bu süreçte tutukluluğa yönelik itirazlarını, tutuklanmalarına dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehlerine ve aleyhlerine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını, tahliye taleplerini hâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirmeleri mümkün olmamıştır. Bu itibarla başvurucuların isnat edilen suçlar kapsamında tutukluluk durumlarının anılan tarihler arasında duruşmasız olarak incelenmesi ve 8 ay 18 gün boyunca bu şekilde devam eden bir usule göre hürriyetlerinden yoksun bırakılmaları olağan dönemde "silahların eşitliği" ve "çelişmeli yargılama" ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

342. Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği kararlarda, tutukluluğa itiraz incelemesinin başvurucunun dinlenilmesinden 1 ay 28 gün sonra (*Mehmet Haberal*, § 128) duruşmasız olarak yapılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal etmediğini belirtirken başvurucuların tutukluluk durumunun 7 ay 2 gün (*Mehmet Halim Oral*, § 53; *Ferit Çelik*, § 53) ve 3 ay 17 gün (*Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, § 61) boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirilmesinin Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

343. Açıklanan nedenlerle başvurucuların tutukluluk durumunun 8 ay 18 gün boyunca duruşmasız olarak dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirilmesi, olağan dönemde Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen güvencelere aykırı olduğundan bunun olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru olup olmadığının incelenmesi gerekir.

iv. Anayasa'nın 15. Maddesi Yönünden

344. Anayasa'nın 15. maddesine göre yapılacak inceleme, bireysel başvuruya konu müdahalenin anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunup dokunmadığı, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı bulunup bulunmadığı ve durumun gerektirdiği ölçüde olup olmadığının tespitiyle sınırlı olacaktır (bkz. § 186).

345. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hâl gibi olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği

dönemlerde Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında değildir (bkz. § 196). Dolayısıyla bu hak yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür.

346. Ayrıca anılan hakkın, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden özellikle MSHUS'un 4. maddesinin (2) numaralı ve AİHS'in 15. maddesinin (2) numaralı fıkralarında ve bu Sözleşme'ye ek protokollerde dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında olmadığı gibi somut olayda başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yapılan söz konusu müdahalenin milletlerarası hukuktan kaynaklanan diğer herhangi bir yükümlülüğe (olağanüstü dönemlerde de korunmaya devam eden bir güvenceye) aykırı olduğu da saptanmamıştır (bkz. §§ 199-200).

347. Bununla birlikte kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfî olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 62). Kişilerin keyfî olarak hürriyetinden yoksun bırakılmaması, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır. Keyfî olarak hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı usule ilişkin güvenceler de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

348. Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfî olmaması, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir güvencedir. Bir kişinin olağanüstü dönemlerde dahi keyfî olarak hürriyetinden yoksun bırakılması veya keyfî tutuklamaya karşı usule ilişkin temel güvencelerin askıya alınması milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklere aykırı bir durumdur (bkz. §§ 138-145).

349. Bunun yanı sıra başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılması suretiyle gerçekleştirilen müdahalenin, Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında "durumun gerektirdiği ölçüde" olduğunun söylenebilmesi için öncelikle keyfî olmaması gerekir. Diğer taraftan söz konusu müdahalenin "ölçülü" olup olmadığı değerlendirilirken elbette, ülkemizde olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren durumun özellikleri ve olağanüstü hâl ilanı sonrasında ortaya çıkan koşulların yanı sıra hâkim önüne çıkarılmaksızın hürriyetten yoksun kalınan süre de dikkate alınacaktır.

350. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıklarının talimatı ile darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen yaklaşık 162.000 kişi hakkında soruşturma başlatılmış; bu kapsamda 50.000'den fazla kişi tutuklanmıştır. Yine 47.000'den fazla kişi adli kontrol tedbiri uygulanarak serbest bırakılmıştır (bkz. § 52).Soruşturma mercileri darbe teşebbüsü gibi ani gelişen bir durum üzerine bir anda on binlerce şüpheli hakkında soruşturma başlatma ve yürütme zorunluluğu ile karşı karşıya kalmıştır. Teşebbüsün faili olduğu değerlendirilen FETÖ/PDY'nin özellikleri (gizlilik, hücre tipi yapılanma, her kurumda örgütlenmiş olma, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme gibi) de dikkate alındığında bu soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşık olduğu ortadadır. Bu bağlamda bilhassa yargı organları ve soruşturma mercileri, öngörülemez şekilde ağır bir iş yükünü yönetmek zorunda kalmışlardır. Ayrıca darbe teşebbüsünün savuşturulmasından hemen sonra 16 Temmuz günü HSYK, darbe teşebbüsünde bulunduğu belirtilen FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle ilk etapta 2.745 hâkim ve Cumhuriyet savcısının görevden el çektirilmesine karar vermiş; daha sonra süreç içinde 4.000'in üzerinde yargı mensubu meslekten çıkarılmıştır (bkz. § 57).

351. Darbe teşebbüsü sonrasında özellikle soruşturma mercileri ve yargı organlarının karşı karşıya kaldığı bu vahim durumun düzeltilmesi ve soruşturma ve/veya kovuşturma süreçlerinin sağlıklı bir şekilde devam ettirilebilmesi için bazı tedbirler alınmıştır. Bu bağlamda hâkim ve savcı sayısının artırılmasına yönelik olarak hâkim ve savcı adaylarının stajları sonlandırılarak hemen mesleğe başlamaları sağlanmış, ayrıca çok sayıda yeni hâkim ve savcı adayı almaya yönelik idari süreç başlatılmış, yine emekli olan veya istifa eden hâkim ve savcıların mesleğe dönmelerine imkân tanınmıştır.

352. Diğer taraftan bazı suçlar bakımından (özellikle darbe teşebbüsü, FETÖ/PDY ve terörle ilgili) yürütülen soruşturma ve kovuşturma süreçleriyle ilgili olarak olağanüstü hâl süresince geçerli olmak üzere usule ilişkin kurallarda birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda olağanüstü hâl döneminde çıkarılan 667 sayılı KHK'nın 6. maddesiyle 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerinde tanımlanan suçlar ile 3713 sayılı Kanun

kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından olağanüstü hâlin devamı süresince tutukluluğun incelenmesinin, tutukluluğa itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanabilmesine olanak sağlanmıştır. 668 sayılı KHK'nın 3. maddesiyle de aynı suçlar bakımından tutukluluk kararına itiraz edilen sulh ceza hâkimliği veya mahkemenin itirazı yerinde görürse kararını düzelteceği, yerinde görmezse en çok on gün içinde itirazı incelemeye yetkili olan mercie göndereceği; tahliye taleplerinin en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanacağı düzenlenmiştir (bkz. §§ 129-130).

353. Buna göre olağanüstü hâl döneminde, tutuklu kişilerin serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla bir yargı merciine başvurma hakları korunmuştur. Bu bağlamda ülkede olağanüstü hâl ilanına sebep olan olaylarla ilgili olarak yürütülen soruşturmalar kapsamında tutuklananlar da dâhil olmak üzere hakkında tutuklama tedbiri uygulanan herkes, 5271 sayılı Kanun'un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında salıverilmesini isteyebilecektir. Ancak belirli suçlardan tutuklu olan kişilerin tahliye talepleri, 668 sayılı KHK'nın 3. maddesi uyarınca en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanacaktır.

354. Ayrıca bu dönemde, olağanüstü hâl ilanına sebep olan olaylarla ilgili olarak yürütülen soruşturmalar kapsamında tutuklananlar da dâhil olmak üzere tüm şüpheli veya sanıklar yönünden 5271 sayılı Kanun'un 108. maddesi uyarınca tutukluluğun resen en geç otuzar günlük süreler itibarıyla incelenmesine devam edilmiştir. Anılan inceleme, soruşturma evresinde sulh ceza hâkimi; kovuşturma evresinde ise davanın görüldüğü mahkeme tarafından yapılmaktadır. Öte yandan olağanüstü hâl döneminde de tutuklama, tahliye talebinin reddi ve tutukluluğun devamı kararlarına karşı itiraz yoluna başvurabilme imkânı bulunmaktadır. Bununla birlikte olağanüstü hâl döneminde, belirli suçlardan tutuklu olan kişilerin resen veya talep üzerine yapılan tutukluluk incelemeleri veya tutukluluğa ilişkin kararlara yönelik itiraz incelemeleri 667 sayılı KHK'nın 6. maddesi uyarınca dosya üzerinden karara bağlanabilecektir.

355. Başvurucuların tutuklanmalarına karar verilen "anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme" suçu ve iddianamede başvurucuların işledikleri ileri sürülen diğer suçlar (TBMM'yi ortadan kaldırmaya veya

görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, silahlı terör örgütüne üye olma) 5237 sayılı Kanun'un İkinci Kitap Dördüncü Kısım Beşinci Bölümünde düzenlenmiş olup 667 sayılı KHK'nın 6. ve 668 sayılı KHK'nın 3. maddelerinde belirtilen suçlar arasındadır. Buna göre başvurucuların tutuklanmaları sonrasında tutukluluk durumlarının duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesi, 667 ve 668 sayılı KHK'lar ile getirilen düzenlemeler doğrultusunda gerçekleştirilmiştir.

356. Darbe teşebbüsü sonrasında soruşturma mercileri ve yargı organları bakımından ortaya çıkan öngörülemez nitelikteki ağır iş yükü, bu iş yüküyle mücadele edecek ve ülkenin hukuk sistemini işletecek hâkim ve savcıların önemli bir bölümünün (yaklaşık 1/3'ünün) HSYK tarafından FETÖ/PDY ile iltisak ve irtibatları bulunduğu gerekçesiyle görevden el çektirilmesi ve meslekten çıkarılması, darbe teşebbüsüne veya FETÖ/PDY'ye ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde görev alacak yardımcı adliye personeli ve kolluk görevlilerinin de önemli bir bölümünün FETÖ/PDY ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmış olması olguları birlikte değerlendirildiğinde bazı suçlar yönünden tutuklu bulunan kişilerin tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak dosya üzerinden yapılmasının durumun gereklerine uygun ölçülü bir tedbir olarak kabul edilmesi gerekir.

357. Son olarak tutukluların güvenliğini ve muhafazasını sağlamakla görevli ceza infaz koruma memurlarının ve jandarma personelinin bir kısmı, ayrıca gerektiğinde tutukluların güvenliğinin sağlanmasında görevlendirilebilecek olan emniyet görevlilerinin önemli bir bölümü FETÖ/PDY ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmış veya uzaklaştırılmıştır. Darbe teşebbüsü ve FETÖ/PDY kapsamında yürütülen soruşturmalarda on binlerce şüphelinin tutuklanmış olması nedeniyle ceza infaz kurumlarının doluluk oranının kapasitenin üzerine çıktığı bilinmektedir. Nitekim süreç içinde açık ceza infaz kurumuna ayrılma, koşullu salıverme ve denetimli serbestlikten yararlanma sürelerinde değişiklik yapılarak çok sayıda kişinin tahliyesi sağlanmış, böylece kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan kişi sayısının azaltılması yoluna gidilmiştir. Bütün bu olgular karşısında özellikle darbe teşebbüsü, FETÖ/PDY ve terör ile ilgili suçlardan dolayı tutuklu olan ve büyük çoğunluğu il merkezlerindeki ceza infaz kurumlarında bulunan binlerce kişinin

tutukluluk incelemelerinin yapılması için periyodik olarak adliyelere veya SEGBİS yoluyla dinlenebilecekleri yerlere getirilmeleri hâlinde çok ciddi güvenlik sorunları yaşanabileceği göz ardı edilmemelidir. Bu bakımdan devletin ve toplumun varlığına ve millî güvenliğe yönelik ağır bir saldırı olan 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde, söz konusu suçlar yönünden tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılması kamu güvenliğinin sağlanması bakımından gerçek bir ihtiyaç olarak değerlendirilebilir.

358. Bu itibarla darbe teşebbüsü kapsamında bir suç işledikleri iddiasıyla tutuklanan başvurucuların tutukluluk durumlarının 8 ay 18 gün boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesinin "durumun gerektirdiği ölçüde" bir tedbir olduğu anlaşılmıştır.

359. Açıklanan nedenlerle başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen güvencelere aykırı bu müdahalenin "olağanüstü hâl" döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlere uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

VI. HÜKÜM

A. 1. Başvurucuların tamamı yönünden tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Başvurucuların tamamı yönünden tutukluluğun makul süreyi aşması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy yönünden soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy yönünden tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılması

nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde başvurucular Birol Baki, Burhan Güneş ve Salih Mehmet Dağköy'ün kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvurucular üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 20/6/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

9 786052 378137