



BİREYSEL BAŞVURU

SEÇME KARARLAR

2018/1

Ankara, 2019

©Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN : 978-605-2378-27-4

Baskı ve Tasarım
Epa-Mat Basım Yay. Prom. San. Tic. Ltd. Şti.
Ağaçışleri 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 uzun sayılamayacak tecrübe, bireysel başvurunun getiriliş amacının önemli ölçüde gerçekleştiğini göstermektedir. Bununla birlikte, böylesine yeni bir kurumun tam olarak anlaşılabilmesi ve yerleşebilmesi için zamana ihtiyaç vardır. 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.

Bu kapsamda 2018 yılında da başvuru yoğunluğu devam etmiştir. Geçen yıl mahkememize toplam 38.186 başvuru yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki, alınan tedbirler sayesinde karara bağlanan başvuru sayısı da yükselmiştir. 2018 yılında toplam 35.385 başvuru sonuçlandırılmıştır. Yapılan başvuruları karşılama oranı yaklaşık %93 olarak gerçekleşmiştir. Diğer yandan Anayasa Mahkemesi hemen her hak ve özgürlüklerle ilgili önemli ilkesel kararlar vermiştir.

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 2018 yılında verilmiş bir kısım bireysel başvuru kararları yer almaktadır.

Kitabın ilgililer açısından faydalı olmasını dilerim.

Nisan 2019

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 2018 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 kitapta yer bulmuştur.

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 hakla ilişkin kararlar karar tarihleri dikkate alınarak kronolojik şekilde sıralanmıştır.

Bireysel başvuru kararlarında, bir kararın içerisinde birden fazla hakla 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 2019

İÇİNDEKİLER

A. YAŞAM HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Cembeli Erdem, B. No: 2014/19077, 18/4/2018) 3
Kolluk Görevlisinin Silahlı Güç Kullanması Olayıyla İlgili Etkili Bir Ceza Soruşturması Yürütülmemesi Nedeniyle Yaşam Hakkının İhlal Edilmesi
2. (Naziker Onbaşı ve Diğerleri, B. No: 2014/18224, 9/5/2018) 41
Maden Kazası Sonucu Meydana Gelen Ölüm Olayına İlişkin Etkili Ceza Soruşturması Yapılmaması Nedeniyle Yaşam Hakkının İhlal Edilmesi
3. (Kadri Ceyhan [GK], B. No: 2014/1924, 17/5/2018) 65
Kamu Görevlilerinin İhmali Nedeniyle Yaşam Hakkının İhlali İddiasının Başvuru Yollarının Tüketilmemesi Nedeniyle Kabul Edilemez Olduğu
4. (Cemal Kılıç, B. No: 2014/8722, 11/6/2018) 99
Arazide Bulunan El Bombasının Patlaması Nedeniyle Yaşam Hakkının İhlal Edilmediği
5. (Aydın Gür, B. No: 2015/3640, 30/10/2018) 119
Ölümün, Geç Tıbbi Müdahale Sonucu Meydana Geldiği İddiasının Değerlendirilmemesi Nedeniyle Yaşam Hakkının İhlal Edilmesi

B. MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN KORUNMASI HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (KAOS GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği, B. No: 2014/18891, 23/5/2018) 149
Haberde Kullanılan İfadeler İçin İnternet Sitesi Sorumlusunun Cezalandırılmaması Nedeniyle Şeref ve İtibarın Korunmasını İsteme Hakkının İhlal Edilmediği

2. (M.K., B. No: 2015/13077, 12/6/2018) 175
Cinsiyet Değişikliğine İzin Verilmemesi Nedeniyle Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkının İhlal Edilmesi
3. (Ebru Bilgin [GK], B. No: 2014/7998, 19/7/2018) 197
Psikolojik Taciz Nedeniyle Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkının İhlal Edilmesi
4. (Hamdullah Aktaş ve Diğerleri [GK], B. No: 2015/10945, 19/7/2018) 247
Doğumda Tıbbi İhmal Sonucu Çocukta Kalıcı Sakatlığa Yol Açılması Nedeniyle Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkının İhlal Edilmesi

C. İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE YASAĞINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Bayram Tuğrul ve Hasan Yıldırım, B. No: 2014/5280, 24/5/2018) 271
Hava Harp Okulu Öğrenciliğinden Ayrılmaya Zorlamak İçin Sistematik Davranışlarda Bulunulması Nedeniyle Kötü Muamele Yasağının İhlal Edilmesi
2. (Pınar Durko, B. No: 2015/16449, 28/6/2018) 309
Kolluk Görevlilerinin Müdahalesi Sonucu Yaralanma ve Etkili Soruşturma Yürütülmemesi Nedeniyle İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının İhlal Edilmesi
3. (Elif Aydın Dost, B. No: 2014/19954, 12/6/2018) 339
Aşırı Güç Kullanan Kolluk Görevlisinin Cezalandırılmaması Nedeniyle İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının İhlal Edilmesi
4. (İbrahim Kaptan, B. No: 2017/30510, 18/7/2018) 363
Ceza İnfaz Kurumunda Eğitim ve İyileştirme Faaliyetlerinin Kısıtlanması Nedeniyle Kötü Muamele Yasağı ve Eşitlik İlkesinin İhlali İddiasının Kabul Edilemez Olduğu

D. KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Şahin Alpay [GK], B. No: 2016/16092, 11/1/2018) 393
Gazeteci Olan Başvurucu (Şahin ALPAY) Hakkında Uygulanan Tutuklama Tedbirine İlişkin Karar
2. (Mehmet Hasan Altan [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018) 469
Gazeteci Olan Başvurucu (Mehmet Hasan ALTAN) Hakkında Uygulanan Tutuklama Tedbirine İlişkin Karar
3. (Erdal Tercan [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018) 567
Eski Anayasa Mahkemesi Üyesi Erdal Tercan Hakkında Uygulanan Tutuklama Tedbirine İlişkin Karar
4. (Mehmet Baydan [GK], B. No: 2014/16308, 12/4/2018) 657
Görevli Olmayan Polisler Tarafından Polis Merkezinde Tutulma Nedeniyle Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edilmesi
5. (Kadri Enis Berberoğlu, B. No: 2017/27793, 18/7/2018) 683
Tutuklama Kararı Nedeniyle Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı ile Milletvekilliği Görevi Yerine Getirilemediği İçin Seçilme Hakkının İhlal Edildiği İddialarının Kabul Edilemez Olduğu
6. (Salih Sönmez, B. No: 2016/25431, 28/11/2018) 703

E. ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Binali Özkaradeniz ve Diğerleri [GK], B. No: 2014/4686, 1/2/2018) 763
Kanalizasyonun Arıtılmadan Akarsuya Bağlanması Nedeniyle Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin Karar
2. (Bayram Sivri, B. No: 2017/34955, 3/7/2018) 795
Ceza İnfaz Kurumunda Telefonla Haberleşmenin Sınırlandırılması Nedeniyle Haberleşme Hürriyetinin ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiği İddialarının Kabul Edilemez Olduğu

3. (S.K.(B), B. No: 2014/18275, 4/7/2018) 813

Fuhşun Özel Hayata Saygı Hakkı Kapsamında Korunması Gereken Bir Unsur Olmadığı Gerekçesiyle Başvurunun Konu Bakımından Yetkisizlik Nedeniyle Kabul Edilemez Olduğu

4. (Nurbani Fikri, B. No: 2014/2502, 11/10/2018) 835

Başka Bir Yerde Görevlendirme Nedeniyle Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edilmesi

F. DİN ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN KARARLAR

1. (B.S., B. No: 2015/8491, 18/7/2018) 855

Başörtüsü Kullandığı İçin Devlet Memurluğundan Çıkarılma Nedeniyle Din Özgürlüğünün İhlal Edilmesi

2. (Sara Akgül [GK], B. No: 2015/269, 22/11/2018) 889

Başörtüsü Yasağından Dolayı Üniversiteyle İlişğın Kesilmesi ve Bursların İadesinin İstenmesi Nedeniyle Din Özgürlüğü ve Eğitim Hakkının İhlal Edilmesi

3. (Murat Kalkan, B. No: 2017/21904, 11/12/2018) 939

G. İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN KARARLAR

1. (Eyüp Hanoğlu, B. No: 2015/13431, 23/5/2018) 959

Siyasetçiye Yönelik Eleştiri İçin Tazminata Hükmedilmesi Nedeniyle İfade Özgürlüğünün İhlal Edilmesi

2. (Kemal Kılıçdaroğlu (3), B. No: 2015/1220, 18/7/2018) 973

Siyasi Parti Liderinin Dile Getirdiğı İddialardan Dolayı Tazminat Ödemeye Mahkûm Edilmesinin İfade Özgürlüğünü İhlal Etmesi

3. C.K. [GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018 1007

4. (İbrahim Kaptan (2), B. No: 2017/30723, 12/9/2018) 1031

Ceza İnfaz Kurumunda Kargoyla Gelen Dokümanların Tutukluya Teslim Edilmemesinin İfade Özgürlüğünü İhlali İddiasının Kabul Edilemez Olduğu

5. (Hulusi Özkan, B. No: 2015/18638, 15/11/2018) 1047

Sosyal Medyada İdare Hakkında Yapılan Olumsuz Yorum Üzerine Kınama Cezası Verilmesi Nedeniyle İfade Özgürlüğünün İhlal Edilmesi

H. TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ DÜZENLEME HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Ferhat Üstündağ, B. No: 2014/15428, 17/7/2018) 1065

Kimliğini Saklayarak Terör Örgütü Propagandası Yapmak Suçundan Ceza Verilmesinin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkını İhlal Etmediği

2. (Sevinç Hoccoğulları, B. No: 2015/271, 15/11/2018) 1089

Maden Kazasının Protesto Edilmesinin Engellenmesi Nedeniyle Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkının İhlal Edilmesi

3. (Yılmaz Güneş ve Yusuf Karadaş, B. No: 2015/10676, 26/12/2018) 1107

4. Birleşik Metal İşçileri Sendikası, B. No: 2015/14862, 9/5/2018 1127

I. MÜLKİYET HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Hamdi Akın İpek, B. No: 2015/17763, 24/5/2018) 1147

Şirkete Kayyım Atanması Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlal Edilmediği

2. (Ali Rıza Akarsu, B. No: 2015/6999, 12/9/2018) 1193

İhaleyle Alınan Aracın Geç Tescili Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlal Edilmesi

3. (Türkiye İş Bankası A.Ş. (2), B. No: 2015/7179, 12/9/2019) 1213
Tasfiyeye Tabi Alacağın Üçüncü Kişiye Olan Borçlara Karşılık Takas ve Mahsup Edilmesi İşleminin Geçersiz Sayılmasının Mülkiyet Hakkını İhlal Etmediği
4. (Hüseyin Ünal, B. No: 2017/24715, 20/9/2018) 1259
Taşınmazın İmar Planında Kamu Hizmet Alanına Ayrılması Üzerine Açılan Davanın Kamulaştırma Kanununa Dayalı Olarak İncelenmemesi Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlal Edilmesi
5. (Mars Sinema Turizm ve Sportif Tesisler İşletmeciliği A.Ş., B. No: 2017/23849, 10/10/2018) 1283
Sermaye Piyasası Kurallarına Aykırılık Nedeniyle İdari Para Cezası Verilmesinin Mülkiyet Hakkını İhlal Etmediği
6. (Hesna Funda Baltalı ve Baltalı Gıda Hayvancılık San. ve Tic. Ltd. Şti. [GK], B. No: 2014/17196, 25/10/2018) 1303
İhtiyati Haczin Uzun Süre Devam Etmesi Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlal Edilmesi
7. (Şevket Karataş [GK], B. No: 2015/12554, 25/10/2018) 1331
Kamulaştırmaz El Atma Suretiyle Taşınmazdan Enerji Nakil Hattı Geçirilmesi Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlal Edilmesi
8. (İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. [GK], B. No: 2015/941, 25/10/2018) 1355
Üretilen Elektrik ve Kok Gazı Üzerinden Tüketim Vergisi Alınması Nedeniyle Mülkiyet Hakkının İhlal Edilmesi
9. (Alişen Bağcaçı, B. No: 2015/18986, 25/12/2018) 1383
Dilencilik Gerekçesiyle Üzerinden Çıkan Malvarlığının Mülkiyetinin Kamuya Geçirilmesinin Mülkiyet Hakkını İhlal Etmediği

İ. ADİL YARGILANMA HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Orhan Kılıç [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018) 1403
Hukuka Aykırı Delillere Dayanılarak Mahkûmiyet Kararı Verilmesi
Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin Karar
2. (Ahmet Altuntaş ve Diğerleri [GK], 2015/19616, 17/5/2018) 1427
Varsayıma Dayanarak İdari Para Cezası Kesilmesi Nedeniyle
Masumiyet Karinesinin İhlal Edilmesi
3. (Hakan Altıncan [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018) 1447
Aynı Maddi Olaya Dayanılarak Açılan Davalarda Farklı Sonuca
Ulaşılması Nedeniyle Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal
Edilmesi
4. (Sema Calgav ve Oya Yamak, B. No: 2015/13950, 24/5/2018) 1473
Dava Konusu Taşınmaz Malikinin Yargılamaya Katılımının
Sağlanmaması Nedeniyle Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edilmesi
5. (Nihat Akbulak [GK], B. No: 2015/10131, 7/6/2018) 1491
Yargılamanın Yenilenmesi Taleplerinde Adil Yargılanma Hakkını İhlali
İddiasının Konu Bakımından Yetkisizlik Nedeniyle Kabul Edilemez
Olduğu
6. (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018) 1503
Anayasa Mahkemesinin Masumiyet Karinesine İlişkin İddiaları
İnceleme Yöntemi
7. (Salih Öz, B. No: 2015/13327, 17/7/2018) 1519
Suç İsnadının Sebep ve Niteliğinin Değiştiğinin Bildirilmemesi
Nedeniyle Suçu Öğrenme Hakkının İhlal Edilmesi
8. (Abdullah Altun, B. No: 2014/2894, 17/7/2018) 1529
AİHM'in İhlal Kararına Uyulmaması Nedeniyle Bağımsız ve Tarafsız
Mahkemede Yargılanma Hakkının İhlal Edilmesi

9. (Yılmaz Çelik [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018) 1543
Ceza Davasında Yargılamanın Sonucunu Değiştirme İhtimali Bulunan İddiaların Değerlendirilmemesi Nedeniyle Gerekçeli Karar Hakkının İhlal Edildiği
10. (Yıldız Eker [GK], B. No: 2015/18872, 22/11/2018) 1569
İhalenin Feshi Davası Sonunda Yüksek Miktarda Para Cezası Verilmesi Nedeniyle Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edilmesi
11. (Yasemin Bodur, B. No: 2017/29896, 25/12/2018) 1593
İlave Tediye Alacağına Tahsili Amacıyla Açılan Davanın Yargıtay Daireleri Arasında Süregelen Görüş Ayrılığından Kaynaklı Olarak Reddedilmesi Nedeniyle Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edilmesi

J. ETKİLİ BAŞVURU HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018) 1615
Kamu Makamlarının Engelleyici Tutumundan Kaynaklanan Nedenlerle Etkili Başvuru Hakkının İhlal Edilmesi

K. EĞİTİM HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (Melih Sivas, B. No: 2016/15634, 28/6/2018) 1639
Tutuklamanın Hukuki Olmadığı İddiası ile KHK'yla Hava Harp Okulundan İlişğın Kesilmesinin Eğitim Hakkını İhlali İddiasının Açıkça Dayanaktan Yoksun Olması Nedeniyle Kabul Edilemez Olduğu

L. SENDİKA HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR

1. (İbrahim Çiçek, B. No: 2015/19462, 26/12/2018) 1663

***YAŞAM HAKKINA İLİŞKİN
KARARLAR***



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

CEMBELİ ERDEM BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/19077)

Karar Tarihi: 18/4/2018

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Burhan ÜSTÜN

Üyeler : Serruh KALELİ
Hasan Tahsin GÖKCAN
Kadir ÖZKAYA
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Nahit GEZGİN

Başvurucu : Cembeli ERDEM

Vekili : Av. Keziban YILMAZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kolluk görevlisinin silahlı güç kullanması sonucu iyileşme olasılığı bulunmayan bir hastalık meydana gelmesi ve bu olayla ilgili olarak etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/12/2014 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. 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 bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. 1961 doğumlu olan başvuru, Diyarbakır'da ikamet etmektedir. Başvuru dosyasında sunulan doktor raporuna göre orta derecede işitme engeli bulunduğu anlaşılan başvuru 27/8/2010 tarihinde, günlük işlerini bitirdikten sonra saat 21.45'te evine doğru gitmekteyken bir kalabalıkla karşılaşmış; tam bu sırada sırtında acı hissederek yere düşmüş ancak sonrasında düştüğü yerden kalkamamıştır.

10. Başvuru, bir süre yerde bu şekilde kaldıktan sonra olay yerinde bulunan kolluk görevlileri tarafından çağrılan bir ambulansla önce Diyarbakır Devlet Hastanesine (Devlet Hastanesi), burada yapılan kontrollerde hayati tehlikesi olduğunun anlaşılması sonrası ise Dicle Üniversitesi Eğitim ve Araştırma Hastanesine (Üniversite Hastanesi) götürülmüş ve burada acilen gerçekleştirilen operasyon sonucunda hayata döndürülmüştür.

A. Ceza Soruşturması Süreci

11. Kolluk tarafından olayın bildirilmesi üzerine Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı (Cumhuriyet Başsavcılığı) olay hakkında resen soruşturma başlatmıştır. Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü Olay Yeri İnceleme ve Kimlik Tespit Etme Şube Müdürlüğü (Olay Yeri İnceleme), aynı gün saat 22.30 sıralarında olay yerinde incelemelerde bulunmuş ve bu incelemeler sonucunda molotof kokteyli ve benzeri patlayıcı madde yapımında kullanılan pek çok cam şişe (kırık), yanmış pamuk, metal çivi, teneke ve bez parçaları gibi malzemeleri tespit ederek incelenmek üzere muhafaza altına almıştır. Olay yerinde birden fazla (iki adet) 9 mm çapında kovan ve mermi çekirdeği (üç adet) ile mermi çekirdeği gömlek parçaları da bulunmuş, bunlar da diğer deliller gibi muhafaza altına alınmıştır.

12. Olay Yeri İncelemedeki görevliler, olay yerindeki incelemelerini tamamlandıktan sonra başvurunun göğüs ve karın bölgesinde sert bir cismin bulunduğunu ve üzerindeki giysinin Hastane polisinde olduğunu öğrenmeleri üzerine Üniversite Hastanesine gitmişlerdir.

13. Olay Yeri İnceleme raporunda, başvurunun vücudundan bir “metal parçası” çıkarıldığı ve Üniversite Hastanesince bu metal parçasının teslim alındığı bilgisi yer almaktadır. Raporda, teslim alınan metal parçasının bir “mermi çekirdeği” olduğu ve teslim alma işleminin saat 06.45’te gerçekleştirildiği belirtilmektedir.

14. Olay Yeri İnceleme; olay gecesi kapalı olduğu için ertesi gün saat 09.10’da olay yerindeki işyerlerinde gerçekleştirdiği incelemede işyerlerinin bazılarının kapı, duvar, vitrin camı ve benzeri bölümlerinde mermi giriş delikleri ile mermi vurma izine benzer izler tespit etmiş ve bu incelemesine ilişkin olarak ayrı bir rapor düzenlemiştir.

15. Bu raporda, olay yerinin krokisi çizilerek maddi delillerin konumları birbirleriyle olan mesafelerini de gösterir şekilde işaretlemiştir. Ayrıca tüm incelemelerde olay yerinin fotoğraf ve video çekimi gerçekleştirilmiştir.

16. Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü (Emniyet Müdürlüğü) 1/9/2010 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının (Cumhuriyet Başsavcılığı) bu konudaki özel yetkili birimine yazı yazarak olay günü silahlı bir terör örgütünün kolluk görevlilerine yönelik molotof kokteyli, havai fişek ve el yapımı bomba da kullanacağı bir saldırı eylemi hazırlığı içinde olduğunu öğrenildiğini, saldırıda kullanılacak malzemelerin olay yerinde saklandığının öngörülmesi nedeniyle burada gerekli tedbirlerin alındığını, bir süre sonra terör örgütü üyelerinin olay yerindeki işyerlerini sahiplerini tehdit ederek kapattırdıklarını, ardından sokak aralarından çıkarak ve terör örgütü lehine sloganlar atarak kalabalık gruplar hâlinde ellerindeki havai fişekleri kolluk görevlilerine fırlatmaya başladıklarını, uyarılara rağmen eylemlerinin şiddetini kademeli olarak artırdıklarını ve bu sırada şiddetli bir patlamanın meydana geldiğini bildirmiştir.

17. Söz konusu yazıda, görevliler ile terörist gruplar arasında kalan yaşlı bir kadının zarar görmemesi için bazı görevliler tarafından havaya uyarı ateşi açıldığı, sonrasında bu uyarı ateşleri ve olay yerine takviye

kuvvetlerin gelmesiyle grupların dağılarak ara sokaklara kaçtığı, bu aşamada görevlilerin olayla ilgisi bulunmayıp grubun arasında kalan bir kişiyi (başvurucu) yerde yaralı bir şekilde görüp hemen bir ambulans çağırdığı ve olayda bir kolluk görevlisinin de ayağından yaralandığı bildirilmiş; olay hakkında yapılması gereken işlemler konusunda Cumhuriyet Savcılığından talimatları sorulmuştur.

18. Özel yetkili Cumhuriyet Savcılığı, aynı gün verdiği yazılı talimatında terör örgütü ile ilgili evrakın Savcılıklarına, başvuru hakkındaki evrakın ise olayda hangi sebeple yaralandığının tespit edilememesi nedeni ile genel yetkili Cumhuriyet Savcılığına gönderilmesi talimatını vermiştir.

19. Emniyet Müdürlüğü 15/9/2010 tarihinde, genel yetkili Cumhuriyet Savcılığına olaya ilişkin -içeriğinde Olay Yeri İncelemenin hazırladığı raporlar da bulunan- bir tahkikat evrakı göndermiştir. Bu evraka ilişkin üst yazıda, yukarıda ifade edilen olayın geçirdiği aşamalarından da bahsedilmiş ve kolluk görevlilerinin olay sırasında havaya ateş ettiği belirtilmiştir. Yazıda, başvurunun yaralanması “faili meçhul olay” olarak nitelendirilerek yaralanma sebebinin belirlenemediği ifade edilmiştir.

20. Bu yazıda, başvuru hakkında düzenlenen adli raporda “patlama sonrası göğüs yaralanması” ve “tanımlanamayan cisim sonucu oluşmuş giriş deliği” tespitlerinin bulunduğu da belirtilmiştir.

21. Başvurucuya ilişkin ilk adli rapor, Devlet Hastanesi tarafından olay günü saat 23.30’da düzenlenmiştir. Bu raporun “Olayın Öyküsü” bölümünde, Emniyet Müdürlüğü’nün yukarıda ifade edilen yazısında belirtilen tespitlere yer verilmekle birlikte “Yara ile İlgili Bulgular” bölümünde yer verilen ifadeler şöyledir:

“Göğüs bölgesinde sağ göğüs pastei...[okunamadı]inde tek taraflı ya da dudağı düzensiz etrafında vurma halkası ? olan atipik giriş deliği. İlk muayenede çıkış deliği tespit edilemedi. Kesin sonucun sevk edildiği ileri merkezde verileceği.”

22. Başvurucunun tedavi altına alındığı Üniversite Hastanesinin düzenlediği tıbbi müşahede evrakı ve ameliyat notunda ise olayın iki saatlik “ateşli silah vakası” olarak nitelendirildiği ve başvurunun sağ

toraksının (göğüs) 7-8 kot hizasında 2x1 cm'lik "ateşli silah yarası" görüldüğü belirtilmiştir. Söz konusu raporda; başvurunun torakolomber vertebra, sağ pedinkül ve sağ lamineasında parçalı deplase fraktürlerin (kırıkların) mevcut olduğu, sağ akciğer alt lobda (bölümde) ateşli silah yaralanmasına bağlı giriş ve çıkış deliklerinin olduğu, diafragma arka yüzünde 2x1 cm'lik ateşli silah yaralanması deliği görüldüğü, toraks içinde ateşli silah çekirdeğine rastlanmadığı ve çekilen grafide ateşli silah çekirdeği batında görülünce başvurunun genel cerrahi ekibine devredildiği, batin sağ üst kadranın iç tarafında ateşli silah yaralanması deliği görüldüğü, bu deliğin sütüre edildiği (dikildiği) ve mermi çekirdeğinin dalakta görülüp çıkarıldığı belirtilmiştir.

23. Başvurucuya ilişkin sonraki tarihlerde düzenlenen adli raporlarda da başvurunun yaralanmasının ateşli silah yaralanması olduğu, bu durumun pek çok organ ve kemikte ağır harabiyete sebebiyet verdiği belirtilmiştir.

24. Başvurucu, bu yaralanma sonucunda bir dizi ameliyat geçirmesine ve farklı sağlık kuruluşlarında çok uzun süren tedavi süreçleri yaşamasına rağmen medulla spinalis (omurilik) hasarına bağlı olarak geçirdiği felç nedeniyle bel altı bölgesini kullanamamaktadır. Başvuru ve olaya ilişkin soruşturma belgelerinden, başvuru ile ilgili olarak farklı sağlık kuruluşları tarafından toplamda on altı adli raporun düzenlendiği anlaşılmaktadır. İlgili adli raporlara göre başvurunun yaşadığı bu ağır nörolojik tablonun iyileşme olasılığı bulunmamaktadır.

25. Olay yerinde bulunan kovanlar, mermi çekirdekleri ve parçaları ile başvurunun vücudundan çıkarılan mermi çekirdeği Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Laboratuvarına (Kriminal Laboratuvar) gönderilerek bunların menşeleri konusunda rapor istenmiştir. Raporda, mermi çekirdeklerinin -biri diğerlerine göre daha fazla olmak üzere- "deforme" olduğu belirtilmiştir. Kriminal Laboratuvar 11/10/2010 tarihli raporunda; söz konusu kovanların tek silahtan atıldığını, mermi çekirdeklerinin ise çarpma, sürtünme ve kopma sonucu uğradığı "deformasyon" nedeniyle mermi çekirdekleri arasında karşılaştırma yapılamadığını bildirmiştir. Laboratuvar aynı raporda, kovanların arşiv kayıtlarında bulunan diğer kovanlarla bir irtibatının kurulamadığını ancak çap ve tipine uygun silahla birlikte

gönderilmesi durumunda atıldığı silahın tespiti yönünde bir inceleme yapılabilmesinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

26. Başvurucunun olay günü giydiği ve üzerinde “mermi deliği” olduğu belirlenen giysisi de atış mesafesinin belirlenebilmesi için Kriminal Laboratuvara gönderilmiş; Laboratuvar, atışın “uzak atış” mesafesinden yapıldığını bildirmiştir.

27. Soruşturmada, başvurucunun ifadesi 12/1/2011 tarihinde Cumhuriyet savcısitarafından alınmıştır. Söz konusu ifade şöyledir:

“Olay günü akşam 21:00 sıralarında evime gitmek üzere Balıkçılarbaşı mevki dört ayaklı minarenin önünden geçiyordum. Tahminen önümde 10 metre insan kalabalığı gidiyordu. Arkamda ve yan tarafımda polisler vardı. Benim kulaklarım iyi duymadığından herhangi bir şey duymuyordum. Bir ara sırtımda bir yanma hissettim. Dönüm arkama baktığımdaresmi polis elbiseli bir polisi beylik tabancasını bana doğru doğrultmuştu.Ben hiçbir şey söylemedim. Poliste bir şey söylemedi. Ben kendimden geçerek yere düştüm. Daha sonra yardım için bağırdım. Daha sonra polisler başıma toplandılar. Ambulans çağırdılar. Ve beni hastaneye gönderdiler. Fakültede ameliyat oldum. Vücüdumdan kurşun çıkartılmış. Bunu da Fakülte doktorları polise teslim etmişler. Beni vuran polis memurudur. Benim arkamdan polisler dışında gelen yoktu. Ben[im] şu an ayaklarım felçlidir. Ben[im] olaylardan haberim yoktu. Olaylara da katılmış değilim. Evime gidiyordum. Beni vuran polisi[n] tespit edilerek cezalandırılmasını istiyorum. Arkamda silahlı gördüğüm polisi karanlık olduğu için iyi seçemedim. Şu an görsem bile tanıyamam (dedi).”

28. Cumhuriyet Başsavcılığı, başvurucunun bu ifadesi üzerine 13/1/2011 tarihinde Üniversite Hastanesine yazı yazarak başvurucunun ameliyatı sırasında vücudundan çıkarılan mermi çekirdeğinin akıbetini sormuştur. Hastane 10/2/2011 tarihinde verdiği cevapta; çıkarılan mermi çekirdeği ve küçük bir parçasının Y.K. isimli bir polis memuruna tutanak ve imza karşılığında aynı gün saat 04.48’de teslim edildiğini bildirmiş ve söz konusu tutanağı cevabına eklemiştir.

29. Bir doktor ve Polis Memuru Y.K. tarafından düzenlenen söz konusu tutanakta, Hastanenin genel cerrahi ekibi tarafından başvurucunun

karnından bir adet “mermi çekirdeği ve küçük bir parçası”nın çıkarıldığı ve bunların Polis Memuru Y.K. tarafından teslim alındığı belirtilmiştir.

30. Cumhuriyet Başsavcılığı, aynı tarihte (13/1/2011) Diyarbakır Posta ve Telgraf Teşkilatı (PTT) Başmüdürlüğüne yazı yazarak olay yerindeki Müdürlüklerinde bulunan CCTVkamera sisteminden (kapalı devre televizyon sistemi) olay tarihine ilişkin kayıtları göndermesini talep etmiştir. Başmüdürlük 2/2/2011 tarihinde verdiği cevapta, belirtilen tarihe esas kamera kayıtlarının sistemlerinin iki aylık periyotlara göre düzenlenmiş olmasından dolayı silinmesi nedeniyle mevcut olmadığını bildirmiştir.

31. Bu aşamadan sonra soruşturmada, Cumhuriyet Başsavcılığının 14/3/2011 tarihli talimatı ile olay yerinde görev yapan polis memurlarının silahları üzerinde kriminal incelemeler yapıldığı ve 5/4/2011 tarihli ekspertiz raporu ile başvurucuyu yaralayan mermi ve olay yerindeki kovanların Emniyet Müdürlüğünün Terörle Mücadele Bürosunda görevli Polis Memuru R.Ç.nin tabancasından atıldığı belirlenmiştir.

32. Cumhuriyet Başsavcılığı 14/6/2011 tarihinde, R.Ç. hakkında 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince Diyarbakır Valiliğinden soruşturma izni istemiştir.

33. Valilik, Polis Memuru R.Ç. hakkında ön inceleme yapılmasına karar vermiş ve İlçe Emniyet Müdürlüğündeki bir emniyet amirini bu konuda görevlendirmiştir. Ön incelemeci emniyet amiri; başvuru, Polis Memuru R.Ç. ile tanık polis memurlarının ifadelerini almıştır. Başvurucunun 12/7/2011 tarihinde alınan ifadesinin ilgili bölümü şöyledir:

“ (...) her zaman eve gitmek için kullandığım Balıkçılarbaşı Dört Minareli Cami yanına doğru yürüdüm, bu sırada yolun sonunda bir hareketlilik gördüm, bir kavga olduğunu düşündüm, bu sırada kulaklarım da iyi duymadığından herhangi bir patlama sesi duymadım, tam bu esnada dört ayaklı minarenin altından geçtiğim sırada belimde bir acı hissettim ve yere yıkıldım, geri döndüğümde de telsizli bir polisin elinde silahı gördüm, ben bu polisin eşkâlini veremem, yüzüstü yerde uzun süre yattım, bu sırada yardım istiyordum, telsiz konuşmaları duyuyordum,

daha sonra ambulanslar geldi, ... Ben yürüme ve hareket kabiliyetimi kaybettiğim için mağdur duruma düştüm, bu konuda söyleyeceklerim bundan (ibarettir)."

34. R.Ç.nin 13/7/2011, tanık polis memurları O.Ç., Y.E.M., E.Ş.Ö. ve A.Ç.nin ise 8/7/2011 ile 13/7/2011 tarihlerinde alınan ifadelerinde özetle olay günü bir grubun silahlı bir terör örgütü lehine sloganlar atarak kendilerine havai fişek ve molotof kokteyli ile saldırımları sonucu olay yerinde bulunan bir kadını ve yanındaki çocuğu korumak ve saldırgan grupları dağıtmak amacıyla içlerinden bazılarının havaya uyarı ateşi açtığını, bu ateş üzerine grupların kaçarak dağılması ve ortamın sakinleşmesi sonrasında çevreyi kontrol ettiklerinde ise yerde yaralı şekilde yatan bir kişiyi (başvurucu) görüp olay yerine hemen bir ambulans çağırarak en yakın hastaneye gönderdiklerini söylemişlerdir.

35. Gerçekleştirilen bu inceleme sonucunda ön inceleme emniyet amiri düzenlediği raporda, başvurunun vücudundan çıkarılan mermi çekirdeğinin deforme olduğunun ekspertiz raporu ile belirlendiğini, bir mermi çekirdeğinin deforme olabilmesi için vücuda girmeden önce başka bir engele çarpmasının gerektiğini ve Polis Memuru R.Ç.nin olayda uyarı maksadıyla havaya ateş ettiğini dikkate aldığı silahtan çıkan merminin sekme sonucu başvurucuya isabet ettiğini ve bu nedenle adı geçen hakkında soruşturma izni verilmemesi görüşüne vardığını belirtmiştir.

36. Valilik, Polis Memuru R.Ç. hakkında soruşturma izni verilmemesine karar vermiştir. Karar gerekçesinde, ilgili ekspertiz raporunda başvurucuya isabet eden mermi çekirdeğinin deforme olduğunun ve hakkında ön inceleme yapılan R.Ç.nin havaya uyarı ateşi yaptığının belirlenmesi karşısında başvurunun seken merminin isabeti ile yaralandığı ve bu nedenle olayda herhangi bir kusur veya ihmalin bulunmadığı belirtilmiştir.

37. Bu karar, Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesince 6/10/2011 tarihinde başvurunun itirazı üzerine kaldırılmıştır. Karar gerekçesinde, elde edilen bilgi ve delillerin Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma yapılmasını gerektirecek nitelik ve yeterlilikte olduğu belirtilmiştir.

38. Bu şekilde devam edebilen soruşturmada, başvuruca ilişkin kesin adli rapor Diyarbakır Adli Tıp Kurumunca 20/4/2012 tarihinde düzenlenmiştir. Raporda, başvuruca hayati tehlike geçirecek şekilde yaralandığı ve vücudunda ağır derecede kemik kırıklarının saptandığı bildirilmiştir.

39. Cumhuriyet savcısı, Polis Memuru R.Ç.nin ifadesini 27/3/2013 tarihinde almıştır. Söz konusu ifadenin ilgili bölümü şöyledir:

“ (...)

... her ne kadar soruşturmaya bahse konu olay toplumsal bir olay gibi yansıtılmış ise de aslında bir terör olayı idi. Cembeli ERDEM isimli şahısta gösterici grubun bulunduğu yerde yaralandı, olaylar esnasında gösterici grup benim polis olduğumu anlayınca molotoflar ve el yapımı bombalar atıldı yine aynı olay sırasında havai fişekler kullanıldı hatta atılan havai fişek nedeniyle arkadaşım O... Ç... yaralandı ben idari tahkikat sırasında alınan ifademde belirttiğim üzere kesinlikle gösterici gruba ya da oradaki herhangi bir şahsa silahımı doğrultmadım kesinlikle kontrollü bir şekilde havaya ateş ettim muhtemelen çevredeki herhangi bir yerden seken mermi çekirdeklerinden biri mağdura isabet etti dolayısıyla kasıtlı bir hareketim olmadı, mağdurun yaralandığını fark edince hemen sağlık yardımı istedik ve olay yerine gelen amirlerimizle birlikte ambulansla sevkini sağladık, tamamen kendimizi ve diğer vatandaşları korumak için yaptığımız bir hareketti, mağduru yaralamak ya da ona zarar vermek amacıyla yapılmış bir hareket değildir, ben olay esnasında resmi üniformalı değildim sivil giyimliydim aynı yerde polis memuru daha önce şehit edildiğinden olay yerine resmi üniformalı polisin girmesi yasaklanmıştı bu nedenle Cembeli ERDEM'in ifadesinde belirttiği hususlar doğru değildir (dedi).”

40. Soruşturmada, polis memurlarının olayın meydana geldiği saatlerde yaptıkları telsiz haberleşmesine ilişkin dokümanlar da çıkarılarak incelenmiş ancak bu görüşmelerde herhangi bir olağan dışı durum veya görüşme tespit edilmemiştir.

41. Cumhuriyet Başsavcılığı 28/3/2013 tarihinde, şüpheli Polis Memuru R.Ç. hakkında olası kasıtlı nitelikli yaralama suçundan kamu davası açmıştır.

42. Diyarbakır 5. Asliye Ceza Mahkemesince (Asliye Ceza Mahkemesi) yürütülen yargılamada tanık polis memurları önceki aşamalarda verdikleri beyanlarını tekrar etmişlerdir.

43. Yargılamada, talebi üzerine başvurucunun davaya katılmasına (müdahilliğine) karar verilmiştir. Başvurucu, sanığın eyleminin kasten öldürmeye teşebbüs suçu kapsamında kaldığını ileri sürerek dava dosyasının görev bakımından üst dereceli mahkeme olan ağır ceza mahkemesine gönderilmesini istemiştir.

44. Sanık R.Ç.nin yargılamada alınan ifadesinin ilgili bölümü şöyledir:

“(...) ben olay tarihinde Diyarbakır'da görevli idim olay günü Emniyet müdürlüğü ve istihbaratın bilgisi ve çalışmaları üzerine dahilinde 4...,4... talimatı ile araçlarımızı yukarıda bırakarak, pusu görevine gittik, yaklaşık 45-50 dk sonra bir şahıs geldi, biz burayı yakıp yıkacağız şeklinde esnafa kapatmasını söyledi, olayın olduğu yer dar bir sokak olup bir grup terör örgütü lehine sloganlar atarak el bombası kullanmaya başladı, bizde kendimizi korumak ve orada bulunan bir bayan ve küçük yaştaki çocuğu korumak amacı yetkilerimiz sınırı içerisinde uyarı ateşini yaptık, o sırada caddede başka şahıs yoktu, müştekinin ne şekilde yaralandığını fark etmedik, olaylar sakinleştikten sonrada yardım talebinde bulunduk, ayrıca bu olaydan sonrada ben İstanbul dada buna benzer olayda yaralandım buna ilişkin delillerimide ibraz ediyorum (dedi)”

45. Başvurucunun yargılamada alınan ifadesinin ilgili bölümü şöyledir:

“(...) Ben esnafım semt kasabına hayvan pazarlaması yapmaktayım. Olay günü de yine bu amaçla orada bulunmaktaydım. Benim olaylarla bir ilgim yoktu. Orada geçerken birden vücuduma kurşun isabet etti baktığımda bir polis memurunun bana silahını doğrultarak durduğunu gördüm. Bu şekilde yaralanarak yere düştüm. ... Ben de mermi isabet ettiğini kalkamadığımı belirttim mermi değildir yabancı bir cisimdir dendi ben de mermi olduğunu söyledim sonrasında ambulans geldi beni devlet hastanesine götürdüler sonrasında üniversite hastanesine sevk edildim. Sonrasında devlet hastanesine gönderildim bana bir türlü müdahale edilmedi. Bu esnada da polislerin bunun yabancı cisim olduğu yönünde telkinleri oldu. Hatta vücudumdaki mermi bile alınarak

götürüldü. Şu anda belden aşağı felç durumdayım. Sanıktan şikayetçiyim davaya katılan olmak istiyorum (dedi).”

46.Asliye Ceza Mahkemesi 17/10/2014 tarihinde sanık polis memurunun 1 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme sanığın eylemini kasıt veya olası kasıtle değil taksirle gerçekleştirdiği kanaatine vardığını bildirmiş, ayrıca verdiği cezanın açıklanmasını geri bırakmıştır. Mahkeme son olarak sanığın herhangi bir tedbire karar vermediği beş yıllık denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlememesi hâlinde davanın düşmesine karar verileceğini deaçıklamıştır.

47. Söz konusu karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

“... olay günü ... terör örgütünce düzenlenen eylemler esnasında çevreden gelen molotof el yapımı bomba ve havai fişek gibi maddelerden korunmak amacıyla sanığın kendisini arkadaşlarını ve olay yerinde bulunan vatandaşları korumak için olayın vehameti altında havaya uyarı ateşi açtığı, söz konusu mermi'nin sekerek katılana isabet ettiği, sanığın silahını katılana doğrulttuğuna ilişkin dosya da herhangi bir delilin bulunmayışı hususları birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu olayda sanığın kusurunun kasıt değil taksir olduğu sonucuna varılarak sanığın eyleminin taksirle yaralama niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir. Katılanın yaralanmasındaki ağırlık dikkate alındığında, sanığın taksirle yaralama suçundan üst haddeden cezalandırılması yoluna gidilmiş ayrıca katılanın yaralanmasının iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalığa sebebiyet verdiği anlaşıldığından sanık hakkında verilen cezanın TCK 89/3-a maddesi gereğince bir kat artırım yoluna gidilmiştir.

(...)

Tüm dosya kapsamına göre aşağıdaki (hüküm oluşturulmuştur).”

48. Başvurucunun bu karara itirazı, Diyarbakır 5. Ağır Ceza Mahkemesince 17/10/2014 tarihinde reddedilmiştir.

49. Nihai karar başvurucuya 10/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiş, 4/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

B. Tazminat Davası Süreci

50. Söz konusu soruşturmanın devamı sırasında başvuru ile yakınları 12/04/2011 tarihinde, olaydaki ateşli silah kullanımının yasa dışı ve kişilerin hayatını tehlikeye sokacak nitelikte olduğunu ileri sürerek olay nedeni ile uğradıklarını ileri sürdükleri maddi ve manevi zararlarının ödenmesi talebiyle İçişleri Bakanlığına başvurmuşlar; başvurularının reddedilmesi üzerine de 18/07/2011 tarihinde Diyarbakır 1. İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi)tazminat davası açmışlardır.

51. İdare Mahkemesi 15/10/2015 tarihinde davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Söz konusu karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

“(…)

... dolayısıyla toplumsal olaylara ve/veya suç işleme amaçlı kriminal gruplara eylemlerini sonlandırmaları amacıyla müdahale etme hakkı ve görevi bulunan davalı idare görevlilerinin söz konusu görevlerini yerine getirmeleri sırasında gerek olaylara karışanlara söz konusu olayların sonlandırılmasını sağlayacak şekilde orantılı müdahale etmeleri, gerekse bu eylemlere katılmayan sivil halkın güvenliğinin sağlanması hususunda gerekli tedbirleri alma görevlerinin bulunması karşısında, davalı idare görevlileri tarafından olaylara müdahale edilmesi sırasında sivil halkın can güvenliğinin de korunması hususunda azami özen ve dikkat gösterilmesi gerekmesine karşın davalı idare görevlisi tarafından uyarı atışı yapılması sırasında bu özen ve dikkatin gösterilmediği, dolayısıyla davalı idarenin sivil halkın can güvenliğinin sağlanması, bu kapsamda, yaşama hakkının korunması konusundaki kamu hizmetinin kurulmasında, işleyişinde yeterli ve gereklönlemi alamayarak, olayın meydana gelmesinde hizmet kusuru ve ihmali bulunduğu (sonucuna ulaşılmıştır).”

52. Bu karar, taraflarca temyiz edilmiş olup Danıştayda temyiz incelemesi aşamasındadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

53. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Keşif” kenar başlıklı 83. maddesi şöyledir:

“Keşif, hâkim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır.

(2) Keşif tutanağına, var olan durum ile olayın özel niteliğine göre varlığı umulup da elde edilemeyen delillerin yokluğu da yazılır.”

54. 5271 sayılı Kanun'un *“Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi”* kenar başlıklı 160. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.”

55. 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 yükümlülüklerle 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 yükümlülüklerle 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.

56. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "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 gerçekleştirilebileceğini 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.

57. 5237 sayılı Kanun'un "Taksir" kenar başlıklı 22. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.

(2) Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesidir.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suçla ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(...)"

58. 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 faille 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 faille ceza verilmez."

59.5237 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.”

60. 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.”

61. 4483 sayılı Kanun’un “Kapsam” kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

“Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.

Görevleri ve sıfatları sebebiyle özel soruşturma ve kovuşturma usullerine tabi olanlara ilişkin kanun hükümleri ile suçun niteliği yönünden kanunlarda gösterilen soruşturma ve kovuşturma usullerine ilişkin hükümler saklıdır.

Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali genel hükümlere tabidir.

Disiplin hükümleri saklıdır.

(Ek: 2/1/2003-4778/33 md.) 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 243 ve 245 inci maddeleri ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 154 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında açılacak soruşturma ve kovuşturmalarda bu Kanun hükümleri uygulanmaz.”

62. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından kabul edilen -soruşturmanın yürütüldüğü dönemde de yürürlükte olan- 18/10/2011 tarihli ve (10) No.lu Genelge’nin ilgili bölümü şöyledir:

“(…)

3- İnsan haklarına saygılı bir şekilde maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için soruşturmanın zamanında, etkin, eksiksiz, süratli ve düzenli bir şekilde yürütülmesi, bu cümleden olarak; suç işlendiğinin herhangi bir şekilde öğrenilmesi üzerine zaman geçirilmeksizin soruşturma başlatılması, delillerin tespit edilerek muhafaza altına alınması, gerektiğinde olay yerinin güvenliğinin sağlanması suretiyle delillerin kaybolmasını ve bozulmasını önleyici tedbirler alınarak olay yerine derhâl gidilmesi, olay yerinin incelenmesi ile keşif yapılmak suretiyle ileri sürülen iddialarla karşılaştırılmasının yapılması, olay yerinin fotoğraflarının veya görüntülerinin soruşturmayı aydınlatacak şekilde tespit ettirilmesi, ayrıca yapılan işlemlerin ayrıntılı olarak tutanağa geçirilmesi, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması gibi soruşturma işlemlerinin usul ve kanun hükümlerine göre geciktirilmeksizin yerine getirilmesi, olayla ilgili olan şüpheli, tanık, şikâyetçi ve mağdur ifadelerinin eksiksiz bir şekilde ve usulüne uygun olarak alınması,

(…)”

B. Uluslararası Hukuk

1. Birleşmiş Milletler Belgeleri

63. 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,

- Mağdurların 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,

27 Ağustos - 7 Eylül 1990 tarihleri arasında Küba'nın Havana şehrinde yapılan 8. Birleşmiş Milletler Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı Konferansında kabul edilen Savcıların Rolüne Dair Yönerge'de;

- Adalet dağıtımında temel bir unsur olan savcıların suçların soruşturulması ve bu soruşturmaların hukukiliğinin gözetiminde aktif bir rol üstlenmesi,

- Görevlerin hukuka uygun olarak adil, sürekli ve süratli bir biçimde insan onuruna saygı gösterip koruyarak insan haklarının yanında yer alarak yürütülmesi ve ceza adaleti sisteminin düzgün işlemesine katkıda bulunulması,

- Savcıların görevlerini yaparken işlerini tarafsızlıkla ve her türlü siyasal, sosyal, dinsel, ırksal, kültürel, cinsel veya başka herhangi bir ayrımcılıktan kaçınarak yürütmeleri, objektif bir biçimde hareket etmeleri, şüphelinin ve mağdurun durumunu gereği gibi dikkate almaları tavsiyelerine yer verilmiştir.

2. Avrupa Konseyi Belgeleri

64. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*İnsan haklarına saygıyükümlülüğü*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Yüksek Sözleşmeciler Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

65. Sözleşme'nin “*Yaşam hakkı*” kenar başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

“ *Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur...*”

66. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. maddesiyle yorumlandığında devletin yaşam 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, yaşam hakkı kapsamında incelediği *McCann ve diğerleri/ Birleşik Krallık* başvurusunda verdiği kararla devletin etkili soruşturma yükümlülüğü bulunduğunu ilk kez belirgin bir şekilde karar altına almıştır.

67. 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 anılan bu ilkeler, Mahkemenin tamamen yeni belirlediği ilkeler değildir. Yukarıda belirtilen *McCann ve diğerleri/ Birleşik Krallık* kararından beri önüne gelen davalarda uyguladığı birtakım ilkelerin sistematikleştirilmesinden ibarettir. Mahkemenin yaşam hakkı kapsamında etkili soruşturmaya ilişkin belirlediği ilkeler şöyledir:

- Soruşturma makamlarının yaşam hakkıyla ilgili konulardan haberdar olduğunda kendiliğinden harekete geçmeleri (*Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, § 105)

- Soruşturma makamlarının bağımsız olmaları (*Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, § 106)

- Soruşturmanın sorumluların tespitini ve cezalandırılmasını sağlayabilecek şekilde etkili olması, bu kapsamda olayı aydınlatmaya yarayabilecek bütün delillerin toplanması (*Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, § 107)

- Soruşturmanın makul bir süratle tamamlanması (*Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, § 108)

- Yürütülen soruşturmanın ve sonuçlarının kamu denetimine açık olması, her olayda, ölen kişinin yakınlarının veya başvurusunun meşru

menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmalarının sağlanması (*Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, § 109)

68. AİHM, ulusal mahkemelere kamu görevlisinin karıştığı kötü muamele veya öldürme olayları için uygun olan yaptırımları seçimlerinde 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).

69. AİHM aynı zamanda tüm kovuşturmaların mahkûmiyet ve belirli bir cezaya hükmedilmesiyle sonuçlanmasına yönelik mutlak bir yükümlülük bulunmamasına rağmen ulusal mahkemelerin -kamu görevlilerinin ölümüne 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).

70. Mahkeme bu nedenle yaşam 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] No: 43577/98 ve 43579/98, § 60).

71. Bu nedenle belirtilen yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini incelemek için ulusal mahkemelerin bu kararları verirken hukuk sisteminin caydırıcı etkisinin korunması ve yaşama hakkı ihlallerinin önlenmesinde oynanması 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).

72. Mahkeme, ayrıca Türkiye’de yürürlükte bulunan ilgili hukukun hukuka aykırı öldürme suçuna ilişkin olarak mahkemelere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermelerine olanak sağladığını ancak mahkemelerin takdir yetkilerini bu tür eylemlere 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).

73. Mahkeme, 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).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

74. Mahkemenin 18/4/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

75. Başvurucu; olaya ilişkin soruşturmada eylemi gerçekleştiren polis memurunu korumak amacıyla maddi gerçeği tüm açıklığıyla ortaya çıkarabilecek nitelikteki delillerin zamanında ve yeterli şekilde toplanmadığını, aynı amaç doğrultusunda ağır saldırı içeren eylemle açıkça orantısız bir ceza belirlenip bu cezanın açıklanmasının dahi geri bırakıldığını, ayrıca soruşturmanın makul sürede tamamlanmadığını iddia etmiştir.

76. Başvurucu; soruşturmada yetersiz ceza verilip bu cezanın açıklanmasının dahi geri bırakılmasının kendisini olaydan bağımsız olarak ve çok derinden üzdüğünü, bu durumun ise başlı başına bir kötü muamele olduğunu ileri sürmüştür.

77. Başvurucu, ilgili kanuni düzenlemelerin tümünün polis memuru olması nedeniyle sanığın lehine uygulandığını ve olayda aldığı yaralar

nedeni ile öz bakımını yapamayacak duruma düşüp aile bireylerinin bakımına muhtaç kaldığını belirterek eşitlik ilkesi ve özel hayatın korunması hakkının ihlal edildiğini de iddia etmiştir.

78. Başvurucu; bu gerekçelerle Anayasa'nın 10., 17., 36., Sözleşme'nin ise 3., 6., 8., 13. ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlallerin tespiti ile maddi ve manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

79. Bakanlık görüşünde, başvurucunun iddialarının yaşam hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği belirtildikten sonra anılan hak kapsamında yürütülecek ceza soruşturmasının etkili olabilmesi için AİHM'in belirlediği ilkeler sıralanmıştır.

80. Görüşün devamında başvuruya konu soruşturmada gerçekleştirilen soruşturma işlemlerine değinilerek şikâyetin değerlendirilmesi konusundaki takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu ifade edilmiştir.

81. Başvurucu, Bakanlık görüşüne verdiği cevapta bireysel başvuru formundaki iddialarını ve taleplerini inelemiştir.

B. Değerlendirme

82. 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."

83. 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."

1. Uygulanabilirlik Yönünden

84. Somut olayda başvuru hayattadır. Bu nedenle başvuruda, öncelikle yaşam hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabilirliği hususunda bir değerlendirme yapmak gerekir.

85. Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri, doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmesi olmakla birlikte bazı durumlarda ölüm gerçekleşme dahi olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenmesi mümkündür (*Mehmet Karadağ*, B. No: 2013/2030, 26/6/2014, § 20).

86. Ölümle sonuçlanmayan bir olaya ilişkin başvuru da mağdura karşı yapılan eylemin niteliği ve failin amacı gibi somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak yaşam 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).

87. Başvuruya konu eylemin ateşli bir silahla (tabanca) gerçekleştirilmesi ve başvuru bu eylem nedeniyle ağır şekilde yaralandıktan sonra hayati tehlike atlatmış olması dikkate alındığında eylemin ölümle sonuçlanabilecek nitelikte olduğu tartışmasızdır. Eylemin bu niteliği ve başvuru fiziki bütünlüğü üzerindeki ağır sonuçları diğer faktörlerle birlikte gözönünde bulundurulduğunda başvuru yaşam hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

88. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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, ölümcül şiddete maruz kaldığı, olayın etkili soruşturulmadığı ve hesap verilebilirlikte caydırıcılığın sağlanmadığına ilişkindir. Bu nedenle diğer haklar ile bağlantı kurularak ileri sürülen iddiaların yaşam hakkı kapsamında olduğu değerlendirilmiş ve inceleme bu hak çerçevesinde yapılmıştır.

2. İncelemenin Kapsamı Yönünden

89. Başvurucu, diğer iddialarının yanında adli makamların ilgili kanuni düzenlemeleri polis olduğu için sanık lehine uyguladıklarını ileri sürerek eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini de iddia etmiştir.

90. Öncelikle belirtilmelidir ki Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekmektedir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33).

91. Ayrıca ayrımcılık iddiasının incelenebilmesi için başvurunun kendisiyle benzer durumdaki kişilere yönelik farklı uygulamaların meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir (*Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 50).

92. Somut olayda ise başvuru, şikâyet ettiği ve diğerlerinden farklı olduğunu ileri sürdüğü adli uygulamaların ne olduğunu yeteri kadar açıklamadığı gibi farklılığın hangi ayrımcı nedene dayandığını da ifade etmemiştir. Başvurucu; kendisiyle benzer durumda olan kişilere yönelik uygulamalar ile somut olaydaki uygulamanın meşru bir temeli olmaksızın diline, dinine, ırkına, cinsiyetine ve benzeri bir ayrımcı nedene dayandığını ileri sürmemiştir. Başvurucunun bu iddiasının temelinde ayrımcı olduğunu ileri sürdüğü neden kendisine ilişkin olmayıp olayın failinin kolluk görevlisi olması sebebiyle korunduğudur.

93. Öte yandan bu durum bir tarafa bırakılacak olsa bile başvuru, söz konusu iddiasını temellendirecek herhangi bir somut bulgu ve kanıt da ortaya koyamamıştır. Bu nedenle yaşama hakkı ile bağlantı kurularak ileri sürülen eşitlik ilkesi yönünden herhangi bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

94. Diğer taraftan somut olayda, başvurunun bir polis memurunun silahından çıkan merminin isabet etmesi sonucu yaralandığı tartışmasız olmakla birlikte olayın gerçekleşme koşulları bakımından başvurunun iddiası ile adli makamların kabulü arasında derin farklılıklar bulunmaktadır.

95. Başvurucu, polis memuru tarafından açıkça hedef alınarak kasten öldürölmek istendiğini iddia etmektedir. Soruşturma sonucunda verilen kararda ise polis memurunun havaya ateş ettiğı ancak silahından çıkan merminin sekerek başvurucuya isabet ettiğı kabul edilmiştir (bkz. § 47).

96. Devletin yaşam hakkına ilişkin negatif yükümlölüğü kapsamında, kamusal bir yetkiyle güç kullanan görevlilerin kasıtlı ve hukuka aykırı bir şekilde hiçbir bireyin yaşamına son vermeme yükümlölüğü bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğlerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 51). Bu yükümlölük hem kasıtlı biçimde hem de kasıt olmaksızın öölümle sonuçlanan veya sonuçlanabilecek güç kullanımını kapsamaktadır (*Cemil Danışman*, B. No: 2013/6319, 16/7/2014, § 44).

97. 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" yaşam hakkına yapılan müdahalenin hukuka uygun olacağı belirtilmiştir.

98. Öldürücü kuvvet, belirtilen hâllerde ve başka şekilde müdahale olanağı kalmaması nedeniyle son çare olarak kullanılmalıdır. Bu nedenle yaşam hakkının dokunulmaz niteliğı de dikkate alınarak öölümle sonuçlanabilecek bir güç kullanımı söz konusu olduğunda bunun gerekliliğı ve ölçölölüğü çok sıkı bir şekilde denetlenmelidir.

99. Bu noktada kamu görevlilerinin -silahlı güç kullanarak işledikleri, ihmalkârlıkları sonucu ortaya çıkan öölüme veya öölümcöl yaralanmaya yol açan suçlar da olayın kendine özgü koşullarına göre dâhil olmak üzere- kişilerin hayatlarını tehlikeye atan suçlarını, cezalandırmamaya hiçbir koşulda olanak verilmemesi gerektiğinin altını önemle çizmek gerekir.

100. Ayrıca ilgili mevzuatın derece mahkemelerine, bu tür eylemlere ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını uygulama olanağı verdiğini ancak bunun bir zorunluluk olmayıp bu konuda hâkimlere tam bir takdir yetkisi tanındığını ifade etmek gerekir. Mahkemelerin bu yetkilerini söz konusu eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek

için kullanmak yerine ağır bir suç meydana getiren eylemin sonuçlarını hafifletmek için kullanmayı tercih etmemelidir.

101. Bu; kamu güveninin sürdürülmesi, hukukun üstünlüğünün sağlanması ve kanunsuz eylemlere tolerans gösterildiği görünümünün engellenmesi açısından hayati önem taşımaktadır.

102. Kolluk tarafından silahlı güç kullanımlarında, bu durum sadece cezasızlık için söz konusu olmayıp eylemlerin ağırlığı ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlık bulunması hâlinde de geçerlidir. Ayrıca bu hâllerde yaşama hakkının ihlaline ilişkin mağduriyetin giderimi söz konusu olamayacağından Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin yaptırımları belirlemedeki tercihlerine saygı duymasına ve görevi doğrudan bu olmamasına rağmen söz konusu duruma müdahale etmek mecburiyetinde kalabilmektedir.

103. Her ne kadar cezai sorumluluğa ilişkin konulara değinmek Anayasa Mahkemesinin doğrudan görevi kapsamında değil ise de kamu görevlilerinin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında işledikleri suçlar için yapılan uygulamalara ilişkin olarak suçun ağırlık derecesi ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığın bulunduğu durumlarda Anayasa Mahkemesinin anayasal denetim yapma görevi bulunduğunu (*Cezmi Demir ve diğ.leri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 76) bu noktada yeniden hatırlatmak gerekir.

104. Başvuruya konu olayda derece mahkemesinin kararı ile başvurucunun yaralanmasına silahlı güç kullanmaya ilişkin hükümlere aykırı olarak sebep olduğunun, dolayısıyla da Anayasa'nın 17. maddesine aykırılığı tespit edildiğinin ve bu nedenle de başvuruda silahlı gücün kullanılmasının mutlak zorunlu ve ölçülü olup olmadığının Anayasa Mahkemesi tarafından ayrıca belirlenmesinin gereksiz olduğu ileri sürülebilir. Bu hususun kabulü hâlinde Anayasa Mahkemesinin incelemesi derece mahkemesinin söz konusu ihlale ilişkin uygun ve yeterli bir giderim (ceza) sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi ile sınırlı olacaktır.

105. Başvuruya konu olayda ise adli makamların kabulüne göre başvurucuya yönelik doğrudan bir silahlı güç kullanımı söz konusu olmamıştır. Derece mahkemesi, olayda başvurucuya yönelik silahlı güç kullanmaya ilişkin sınırın kasten ya da ihmalkârlıkla aşıldığına ve

Anayasa'nın içerdiği silahlı güç kullanmaya ilişkin gereklere başka deyişle güvencelere (bkz. § 97) bu şekilde aykırı hareket edildiğine karar vermiş değildir. Derece mahkemesinin kabulüne göre olayda başvurunun yaralanması, kendisine yönelik olarak kullanılan şiddette gösterilen bir ihmalkârlık sonucu meydana gelmemiştir. Mahkeme, bu ihmalkârlığın silahlı güç kullanımının sınırlarının aşılmasına ilişkin hükümlere aykırılıktan değil üçüncü kişilere yönelik güç kullanıldığı sırada ancak taksire ilişkin ilgili kanundaki genel hükümlere göre gerçekleştiğini kabul etmiştir.

106. Başvurucu ise aksini iddia etmekte ve hatta silahlı güç kullanımında açıkça hedef alındığını, bu nedenle polis memurunun ağır cezalara çarptırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla başvuruda, gerek derece mahkemesinin söz konusu kabulü ve gerekse başvurunun doğrudan hedef alındığı iddiaları da dikkate alındığında silahlı gücün kullanılmasının mutlaka zorunlu ve ölçülü olup olmadığının Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle inceleme, sadece yeterli ceza verilerek mağduriyetin giderilip giderilmediğini belirlemekle sınırlı olamaz.

107. Ancak aşağıda yaşam hakkının usul boyutu bakımından yapılan değerlendirmede ayrıntıları açıklanacağı üzere başvuruya konu olayın gerçekleşme koşullarının belirlenememesi nedeniyle Anayasa Mahkemesinin önünde başvurunun iddiaları ile adli makamların söz konusu kabulünün değerlendirilmesine olanak verecek yeterlilikte bilgi veya bulgu bulunmamaktadır.

108. Dolayısıyla başvurunun yaşam hakkının devletin öldürmeme yükümlülüğüne ilişkin maddi boyutunun ihlal edildiği ile cezasızlık sonucu mağduriyetinin giderilmediği şikâyeti bu aşamada değerlendirilememiş olup bu nedenle inceleme, sadece olaya ilişkin etkili soruşturma yükümlülüğünün -hesap verilebilirlikte caydırıcılığın sağlanmadığı şikâyeti dışında- yerine getirilip getirilemediğinin belirlenmesi ile sınırlı olarak yapılmıştır.

3. Kabul Edilebilirlik Yönünden

109. Somut olayda, başvurunun idari yargıya başvurarak olay nedeni ile tazminat talep ettiği ve söz konusu yargılamanın devam ettiği anlaşılmıştır.

110. Öncelikle yaşam hakkının veya vücut bütünlüğünün ihlaline kasten sebebiyet verilmediği durumlarda etkili soruşturmaya ilişkin pozitif yükümlülüğün her olayda mutlaka etkili bir ceza soruşturması yürütülmesini gerektirmediğini ve mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olmasının bu yükümlülüğün yerine getirilebilmesi için yeterli olabileceği belirtilmelidir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59).

111. Başvuruda, derece mahkemesi tarafından ilgili Kanun'daki taksire ilişkin genel hükümler kapsamında kasıt olmaksızın olaya sebebiyet verildiği kabul edilmiş ise de kasten silahlı güç kullanıldığının iddia edilmesi nedeniyle tazminat yolunun şikâyet bakımından etkili soruşturmaya ilişkin pozitif yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayamadığı sonucuna varılmıştır.

112. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

4. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

113. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete negatif yükümlülükler yanında pozitif yükümlülükler de yükler (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 50).

114. Devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin korumaya ilişkin maddi yönü yanında usule ilişkin yönü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmeyi gerektirir. Bu soruşturmanın temel amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve varsa sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54).

115. Diğer taraftan ceza soruşturmasının amacı, yaşam hakkını koruyan hukuk kurallarının etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap

vermesini sağlamak olmakla birlikte bu yükümlülük, kesin olarak bir sonuç elde etmeyigerektirmez. Anayasa'nın 17. maddesi, başvurularda üçüncü kişileri bir suç nedeniyle yargılama ya da cezalandırma hakkı vermediği gibi devlete tüm yargılamaları mahkûmiyetle sonuçlandırma ödevi yüklemes (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 56). Ancak her olayın kendine özgü şartlarında değerlendirme yapılmak koşuluyla yaşamı tehlikeye soktuğu açık olan eylemler ile maddi ve manevi varlığa yönelik ağır saldırıların cezasız kalmaması gerekmektedir (Filiz Aka, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, § 32).

116. Yaşam hakkına ilişkin ceza soruşturmasının etkili olabilmesi için öncelikle soruşturma makamlarının resen harekete geçerek ölüm olayını aydınlatabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri gerekir. Soruşturmada ölüm olayının nedeni veya sorumlu kişilerin belirlenmesi imkânını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma yükümlülüğüne aykırılık oluşturabilir (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 57).

117. Kamu görevlilerinin güç kullanımı sonucu gerçekleşen ölümlere ilişkin soruşturmanın etkili olabilmesi için soruşturma makamlarının olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olması gerekir. Soruşturma makamlarının sadece hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlığı yeterli olmayıp aynı zamanda soruşturmanın da fiilen bağımsız olarak yürütülmesi gerekir (Cemil Danışman, § 96).

118. Ceza soruşturmasının etkililiğini sağlayacak hususlardan biri de fiilen hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturma sürecinin kamu denetimine açık olmasıdır. Ayrıca her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 58).

119. Bunların yanında soruşturmanın makul bir özen ve süratle yürütülmesi de gerekir. Bazı durumlarda soruşturmanın ilerlemesine engel olan güçlükler bulunabilir. Ancak böyle bir durumda dahi yetkililerin süratle hareket etmeleri olayın aydınlatılabilmesi, hukukun üstünlüğüne olan inancın korunması ve hukuka aykırı eylemlere müsamaha gösterildiği veya kayıtsız kalındığı görünümü verilmemesi açısından kritik bir öneme sahiptir (Deniz Yazıcı, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 96).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

120. Başvuruda olaya ilişkin etkili bir soruşturma yürütülmediği ileri sürülmektedir. Başvurucu, etkili soruşturma yürütülmediği sonucuna iki temel şikâyet noktasından hareket ederek ulaşmaktadır. Birinci şikâyet, olaya karışan polis memurunun korunması amacıyla olaya ilişkin delillerin yeterince ve zamanında toplanmadığına ilişkindir. İkinci temel şikâyet ise soruşturmanın makul süratle yürütülmediğidir.

121. Başvurucunun soruşturmanın resen ve derhâl başlatılmadığı, kamu denetimine açık olmadığı, etkili katılımının sağlanmadığı ve soruşturma makamlarının olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olmadığı şikâyeti bulunmadığı gibi somut olayda söz konusu ilkelere aykırı hareket edildiğine ilişkin bir bilgi veya bulguya da ulaşılamamıştır.

122. Başvurucunun şikâyetleri yukarıda yer verilen ilkeler ışığında incelenerek öncelikle soruşturma makamlarının Anayasa'nın 17. maddesi gereğince olayın nedenini ve yaşam hakkının kasten ihlal edilip edilmediğinin belirlenebilmesine ilişkin olmak üzere "sorumluluğun türü"nün tespitini sağlayabilecek bütün delilleri toplamak için kendilerinden beklenen makul tedbirleri alıp almadığı değerlendirilecektir.

123. Soruşturmada, olay yeri incelemesinin gecikmeksizin gerçekleştirilerek başvurunun yaralanmasına sebebiyet veren mermi çekirdeği dâhil olay yerindeki maddi delillerin incelenmek üzere muhafaza altına alınmasına ve gerçekleştirilen balistik incelemeler ile başvurucuyu yaralayan atışın polis memurunca yapıldığı tespit edilmesine rağmen olayın gerçekleşme koşullarının belirlenmesi yönünden soruşturmanın etkililiğini zedeleyen hususların bulunduğu hemen göze çarpmaktadır.

124. Bu hususlardan ilki, olay yerindeki görev polis memurlarından bazılarının silahlarını olay sırasında ateşlediklerinin Emniyet Müdürlüğü'nün 1/9/2010 ve 15/9/2010 tarihli tahkikat evrakı ile bildirilmesine ve başvurunun vücudundan çıkarılan mermi çekirdeğinin Olay Yeri İnceleme tarafından olaydan birkaç saat sonra teslim alındığı bilinmesine rağmen (bkz. §§ 11-15) polis memurlarının silahları ile söz konusu mermi çekirdeği ve kovanların mukayesesi için hangi sebeple yaklaşık altı ay beklendiği anlaşılamamıştır.

125. Aynı belirsizlik, olay yerindeki kamera kayıtlarının istenmesi bakımından da söz konusudur. Kayıtlara ilişkin gerekli araştırma için de yaklaşık altı ay beklendiği görülmüştür. Kayıtlar, iki ay muhafaza edilmesi sonrasında silinmiştir. Böylece olayın aydınlatılabilmesi bakımından başkaca herhangi bir araştırma yapılmasına muhtemelen gerek bırakmayacak önemdeki bir delilin elde edilebilmesi bu gecikme nedeniyle mümkün olmamıştır (bkz. § 30).

126. Delillerin toplanması bakımından bir diğer dikkat çeken husus da olaya karışan polis memurunun havaya ateş ettiği ancak silahından çıkan merminin bir yerden sekerek başvurucuya isabet ettiği kabul edildiği hâlde soruşturma sürecinde olay yerinde uygulamalı bir keşif yapılmamasıdır. Polis memurunun silahından çıkan kovanlar ile mermi çekirdeklerinin konumları ve bazı mermilere ait isabet izleri Olay Yeri İnceleme tarafından belirlenmiştir. Bu durumda keşif işlemi, görgü tanığı olmadığı da ileri sürülen olayda polis memurlarının inandırıcılığını değerlendirme imkânı vermektedir. Olay yerindeki maddi delillerin konumlarının, merminin izlediği yol ile ateşlendiği silahın pozisyonunun ve başvurucunun yere düştüğü yerin konumunun polis memurlarının ifadeleri ile uyuşmadığının keşif işlemi ile belirlenebilmesi hâlinde iddialar ile savunma arasındaki çelişki giderilerek olay kolaylıkla aydınlatılabilecek iken soruşturmanın hiçbir aşamasında bu işleme başvurulmadığı görülmüştür. Esasında keşif işlemi, bu tür olaylarda ilgili adli makamların olayın gerçekleşme koşullarını belirleyerek maddi gerçeği tespit etmeleri bakımından oldukça önem arz etmektedir.

127. Diğer taraftan polis memurunun silahından çıkan ve başvurucuyu yaralayan mermi çekirdeğinin ekspertiz raporu ile deforme olduğunun belirlenmesi -Cumhuriyet Başsavcılığının iddianamesinde ve derece mahkemesinin karar gerekçesinde açıkça belirtilmemekle birlikte- adli makamların merminin başka bir yerden sektiği ve başvurucunun doğrudan hedef alınmadığı değerlendirmesinde bulunulmasına neden olmuştur. Bu değerlendirme, polis memuru hakkında yapılan ön incelemede ise açıkça belirtilmiştir.

128. Merminin isabeti başvurucunun omurgasının ve diğer kemiklerinden bazılarının ağır derecede kırılmasına sebep olmuştur.

Başvurucu, bu kırıklar nedeniyle olaydan sonra felçli yaşamak zorunda kalmıştır. Ayrıca mermi vücuttaki kemiklere çarparak, başka deyişle bir kemikten diğerine sekerek ağır derecede kırığa yol açmakla kalmamış; vücuttaki ilerleyişinde akciğer, diafragma ve dalak gibi iç organları delip geçerek organlara ağır hasar vermiştir (bkz. §§ 22-24).

129. Öncelikle silahlı saldırı olaylarında mermilerin vücuda girdikten sonra kemiklere çarpması veya başka nedenlerle vücutta kalabilmesi sıkça karşılaşılabilen bir durumdur. Somut olayda da aynı durum gerçekleşmiştir. Bir merminin doğrudan ya da seyir değiştirerek vücudun farklı bölgelerinde ilerleyerek kemiklere çarpması nedeniyle deforme olabilmesi de kolaylıkla mümkündür. Soruşturmada, sıkça karşılaşılabilen ve bilinen bu duruma rağmen olayda kullanılan merminin deformasyona uğraması ile ilgili olarak bu konuda bir ekspertiz raporu alınması dâhil olmak üzere herhangi bir araştırma yapılmamış; deformasyonun vücut dışında gerçekleştiği kabul edilmiştir.

130. Ayrıca başvuru hakkında toplam on altı adli rapor düzenlendiği anlaşılmıştır. Bu raporların alınması aşamalarının hiçbirinde olayda kullanılan 9 mm çapında bir merminin kabul edildiği gibi bir yerden (duvar gibi) sekerek deforme olmuş şekilde vücuda isabeti hâlinde bu derece ağır hasar verip veremeyeceği de sorulmamıştır. Oysa deforme bir mermi çekirdeğinin sırt bölgesinin akciğer bölümünden girerek aşağıya ve diğer organlara doğru omurga kemiği ile diğer kemiklerde ağır derecede kırık meydana getirecek ve organlarda ağır hasar oluşturacak şiddette ilerleyebilmesinin mümkün olup olmadığının belirlenmesi, olayın aydınlatılması bakımından üzerinde önemle durulması gereken bir konudur.

131. Soruşturmada üzerinde durulması gereken en önemli husus ise şüpheli polis memurunun ilk ifadesinin herhangi bir engel bulunmadığı hâlde olaydan yaklaşık üç yıl, silahının olayda kullanıldığının ekspertiz raporu ile anlaşılmasından ise neredeyse iki yıl sonra alınmış olmasıdır (bkz. § 39).

132. Ölümün veya ölümcül yaralanmanın meydana geldiği olaylarda olayın faillerinin ifadelerinin alınmasında yaşanan bu tür gecikmeler, ilgili soruşturmalarda gerekli özenin gösterilmediğini açıkça ortaya koymak

açısından başlı başına yeterlidir. Bu durum ayrıca kolluk görevlilerinin karıştığı olaylarda mağdurlarda ve genel olarak toplumda, kolluk görevlilerinin eylemlerinden -adli makamlar dâhil olmak üzere- kimseye karşı sorumlu olmadıkları bir otorite boşluğu içinde hareket ettikleri düşüncesinin oluşmasına da yol açabilmektedir.

133. Delillerin toplanmasına ilişkin ifade edilecek son husus, şüpheli polis memurunun mesai arkadaşları dışında olayın bir görgü tanığının bulunup bulunmadığının araştırılmadığıdır. İlgili tutanaklarda ve adli makamların kabullerinde, olay yerinde gösteriye katılmayan kişilerin -başvurucu gibi- bulunduğundan ve polis memurunun bu kişileri korumak amacıyla hareket ettiğinden bahsedilmektedir.

134. Başvuru ve soruşturma belgelerinde bu kişilerin kimliğinin araştırıldığına ilişkin bir bilgiye rastlanmamıştır. Şiddet eylemlerine ilişkin soruşturmanın Cumhuriyet Başsavcılığının özel yetkili birimi tarafından bu soruşturmada bağımsız olarak yürütüldüğü anlaşılmıştır. Bu soruşturmada olayın tanıklarına ulaşılabilmiş olabileceği ihtimali üzerinde durularak gerek söz konusu soruşturma dosyası incelenmek suretiyle gerekse başka yollarla olayda görgü tanığı bulunup bulunmadığı araştırılmamıştır. Tanıkların olayın sıcaklığı ve çatışma ortamının yaşanması nedeniyle tüm olup bitenleri görebilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülebilir ise de aynı durumun ifadeleri alınan polis memurları için de söz konusu olduğunu ancak soruşturmada bu kişilerin ifadesine başvurulduğunu hatırlatmakta fayda vardır.

135. Sonuç olarak yetkili makamların maddi gerçeği açığa çıkarabilmek, başka bir ifade ile olayı aydınlatabilmek için kendilerinden makul olarak beklenebilecek tedbirleri ya hiç almadıkları ya da bu konuda gecikme gösterdikleri kanaatine varılmıştır.

136. Soruşturmanın etkililiği bakımından değerlendirilecek olan son husus ise soruşturmanın makul süratle yürütölüp yürütülmediğidir.

137. Soruşturmanın makul bir özen ve süratle yapılıp yapılmadığına ilişkin tespit başvuruya konu olayın kendine özgü koşullarına, soruşturmadaki şüpheli veya sanık sayısına, suçlamaların niteliğine, olayın karmaşıklık derecesine ve soruşturmanın ilerlemesine engel olan unsur

ya da güçlüklerin bulunup bulunmadığına göre farklılık göstermektedir (Fahriye Erkek ve diğerleri, B. No: 2013/4668, 16/9/2015, § 91).

138. Başvuruya konu soruşturma, yaklaşık 4 yıl 2 ayda tamamlanabilmiştir. Soruşturmada delillerin zamanında toplanmasındaki özensizlik, sadece olayın tüm yönleriyle aydınlatılamamasına sebep olmamış; ayrıca bu konuda herhangi bir engel veya güçlük bulunmadığı hâlde soruşturmanın gereksiz uzamasına ve kolluk görevlisinin karıştığı olayda bu tür hukuka aykırı eylemlere müsamaha gösterildiği veya kayıtsız kalındığı görünümü verilmesine neden olmuştur.

139. Açıklanan gerekçelerle yaşam hakkının etkili soruşturma yürütme yükümlülüğüne ilişkin usul boyutunun ihlaline karar verilmesi gerekir.

5. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

140. 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, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”

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

141. Başvurucu, başvuru dilekçesinde hakkaniyete uygun düşecek şekilde maddi ve manevi tazminata karar verilmesi talebinde bulunmuş; Bakanlığın görüş yazısına cevabında ise 100.000 TL manevi ve 50.000 TL maddi olmak üzere toplamda 150.000 TL tazminat talep etmiştir.

142. Başvuruda, yaşam hakkının etkili soruşturma yürütme yükümlülüğüne ilişkin usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Yaşam Hakkına İlişkin Kararlar

143. Yaşam hakkının usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 5. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

144. Yaşam hakkının usul boyutunun ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 30.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

145. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvuruda etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlaline karar verilmiştir. Başvurucunun talep ettiği maddi tazminat ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağının kurulabilmesine olanak sağlayacak herhangi bir bilgi veya belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

146. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının etkili soruşturma yürütme yükümlülüğüne ilişkin usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin yaşam hakkının usul boyutunun ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 5. Asliye Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net30.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 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 18/4/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

NAZİKER ONBAŞI VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/18224)

Karar Tarihi: 9/5/2018

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Osman Alifeyyaz PAKSÜT Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ
Raportör Yrd.	: Gizem Ceren DEMİR KOŞAR
Başvurucular	: 1. Naziker ONBAŞI 2. Özlem AÇIKGÖZ 3. Pınar ARSLAN
Vekili	: Av. Murat Kemal GÜNDÜZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, maden kazası sonucu meydana gelen ölüm olayına ilişkin etkili ceza soruşturması yapılmaması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/11/2014 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.

8. Başvurucuların 2015/5646 numaralı bireysel başvuru dosyasının 2014/18224 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine, incelemenin 2014/18224 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. Başvurucuların erkek kardeşi M.Y. 7/1/2013 tarihinde, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı bir iktisadi devlet teşekkülü olan Türkiye Taşkömürü Kurumuna (TTK) bağlı Kozlu Taşkömürü İşletme Müessesesi (Müessese) bünyesinde faaliyet gösteren maden ocağında meydana gelen degaj (ani gaz ve kömür püskürmesi) ve metan gazı zehirlenmesi sonucu hayatını kaybetmiştir.

11. Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığınca olaya ilişkin soruşturma başlatılmıştır. Başvurucular da verdikleri dilekçe ile olayda sorumlulukları bulunduğunu ileri sürdükleri kişiler hakkında şikâyetçi olmuşlardır. Başvurucuların şikâyetçi oldukları kişiler arasında yüklenici firma yöneticileri ve çalışanları, TTK yöneticileri, Müessese yöneticileri ve çalışanları, ihale kararı alınan tarihteki Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, olay tarihindeki Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı ile Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yöneticileri bulunmaktadır.

12. Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığınca kazanın meydana geliş şekli ile olayda sorumluluğu bulunan kişilerin tespiti için iki ayrı bilirkişi raporu alınmıştır.

A. 30/4/2013 Tarihli Bilirkişi Raporu

13. Bir iş güvenliği uzmanı, bir yüksek elektrik mühendisi ve üç maden mühendisi tarafından hazırlanan bilirkişi raporundaki tespitler özetle şöyledir:

i. Ani gaz, kömür ve kayaç püskürmesi (degaj) olayları madencilik tarihinde 1880’li yıllardan itibaren bilinen ve madencilik sektöründe karşılaşılan önemli problemlerden biri olup degaja sebebiyet veren arazi basıncının büyüklüğünün tespit edilebilmesi için çeşitli yöntemler geliştirilmiştir.

ii. Otuz ikisi olayın meydana geldiği Kozlu’da olmak üzere Zonguldak Havzası’nda 2013 yılına kadar toplam altmış dört degaj olayı yaşanmış ve üç yüzün üzerinde kişi hayatını kaybetmiştir. 7/1/2013 tarihinde meydana gelen degaj olayı da Zonguldak Havzası’nda meydana gelenlerin en büyükleri arasındadır.

iii. Kazanın gerçekleştiği alanda ani degaj tehlikesinin olduğu bilinmekte ve bu alanda yapılan çalışmalarda alınması gereken önlemlerin ilgili mevzuat uyarınca yürütülmesi gerekmektedir. Degaj tehlikesinin mevcut olduğunun yüklenici firma ile imzalanan sözleşmede de belirtildiği anlaşılmaktadır.

iv. Degaja meyilli bir alan içinde yürütüldüğünün bilinmesi nedeniyle çalışmanın başından itibaren kontrol sondajları, pilot sondajlar ve rahatlatma sondajları yapılmıştır. Ancak yapılan sondajların yeterli olup olmadığı konusunda tereddütler bulunmaktadır. Tutulan raporlardan ve kurum tarafından yükleniciye yazılan tenkit yazılarından yeterli sayıda ve nitelikte sondaj yapılmadığı anlaşılmakta, sondajların föylerde belirtilen uzunluklarda yapılmadığı yönünde ifade veren tanık beyanları bulunmaktadır.

v. En son yapılan iki pilot sondajda da takımın sıkışmasına, göçükler meydana gelmiş olmasına ve bu durumun degaj olasılığının kuvvetli bir göstergesi olmasına karşın degaj tehlikesi fark edilmemiştir. Olayın en önemli sebeplerinden birisini bu husus oluşturmaktadır. Degaj olasılığı algılanamadığı için degaja meyilli bir kesimde uygulanması gereken önlemlerin hiçbirine başvurulmamıştır. Degaj olasılığının fark edilmemiş olmasına sahada işi yürütmekte olan çalışanların, teknik ekibin ve TTK’nın bu işi denetlemekle görevlendirdiği Yapı Denetim Grubu çalışanlarının riski algılayacak, değerlendirecek ve çalışmaları ona göre yönlendirecek bilgi, birikim, eğitim ve tecrübelerinin olmaması yol açmıştır.

vi. Olayın meydana geldiği yerde metan sensörleri bulunmakta olup bu sensörler sesli ya da ışıklı uyarı yapmamakta, ölçüm sonuçlarını yalnızca izleme merkezine aktarmaktadır. Konuya ilişkin herhangi bir acil durum planına da rastlanmamıştır.

vii. Kazanın meydana geldiği sırada yapılmakta olan iş, kömür üretiminin ayrılmaz unsuru ve TTK'nın asli işidir. İşin verildiği yüklenici ise TTK'dan daha uzman olmayıp teknolojik olarak farklı bir donanımına da sahip değildir.

viii. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Kozlu Müessesesine, yüklenici firmanın iş güvenliği ve işçi sağlığına ilişkin mevzuat hükümlerine titizlikle uyulması konusunda uyarılması ve bu konuda daha sık denetlenmesi, gerektiğinde sözleşmenin feshi dâhil olmak üzere işlem yapılması konusunda önerilerde bulunulmuştur.

ix. İşin ihale edilmesi sırasında bilgi, beceri, donanım, personel ve tecrübe gibi hususlar değerlendirilmemiştir. Yüklenici firmanın anılan işe yönelik bir tecrübesi bulunmamaktadır.

x. Olayın meydana geldiği işyerinde bazı hizmetler idareye, bazı hizmetler yükleniciye ait olup aynı altyapıyı kullanan iki farklı kurum ve iki farklı statüye sahip personel bulunmakta; ortak bir denetim mekanizması oluşturulmaması nedeniyle yer altında iki başlı bir sistem kurulmuş olmaktadır. Bu durum, riski artırmıştır.

xi. Yapılan işin denetiminde eksiklikler bulunmaktadır. Öncelikle yüklenicinin sözleşme kapsamında kendisinin faaliyet gösterdiği alanları her an ve her aşamada teknik olarak ve iş sağlığı güvenliği açısından denetleme zorunluluğu bulunmasına karşın yüklenici tarafından denetim için yeterli sayıda ve nitelikte denetleme elemanı bulundurulmamıştır. İş güvenliği uzmanı istihdam edilmemiş, teknik nezaretçi atama zorunluluğu olmasına rağmen bu yükümlülük yerine getirilmediği için kurum kendi elemanlarından birini teknik nezaretçi olarak atamıştır. TTK Kozlu Müessesesi ve Genel Müdürlüğe bağlı teknik elemanlar tarafından da kendi sorumlulukları gereği farklı zamanlarda denetimler yapılmış, bu denetimlerde iş sağlığı ve güvenliği açısından eksiklikler tespit edilmiş ancak bu denetimlerin sonucunda tutulan raporlar ve tenkit yazılarının

herhangi bir caydırıcı etkisi olmamıştır. Müessesenin iş sağlığı ve güvenliği açısından acil ve yakın bir risk gördüğünde faaliyetleri durdurma yetkisi bulunmasına rağmen bu konuda herhangi bir yaptırımı olmamıştır. Denetimin üçüncü ayağı olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca yapılan denetimlerde sondajların eksikliğinden söz edilmektedir.

xii. Her bir damarın degaja yakınlığı konusunda bir sınıflandırmanın yapılması gerekirken TTK tarafından yüklenici firmaya yalnızca alanın degaja yakın bir bölge içinde kaldığı bilgisi verilmiş olup tüm damarların gaz içerikleri ve degaja yakınlığı konusunda bir bilgi ve belge verilmemiştir. Bu nedenle de TTK'nın sorumluluğu bulunmaktadır.

xiii. Yüklenici firmanın bir kurtarma organizasyonu ve bu konuda yetişmiş elemanı bulunmadığı gibi anılan eksikliğin tamamlanmasına ilişkin olarak kurum tarafından da bir uyarıda bulunulmamıştır.

xiv. Bilirkişi raporunda kusur durumlarına ilişkin olarak ise TTK'nın kendi uzmanlık alanında olan bir işi teknolojik olarak yenilik getirmeyen bir yüklenici firmaya vermiş olması, madende yüklenici firma ve TTK arasında iki başlılık meydana getiren hatalı bir sistem kurulmuş olması ve kömür damarlarının gaz içerikleri ile degaja yakınlıklarına ilişkin TTK tarafından yüklenici firmaya yeterli bilgi verilmemiş olması nedenleriyle TTK Yönetim Kurulu Başkanı ve üyeleri ile genel müdürünün kusurlu olduğu belirtilmiştir. Hatalı şekilde kurulan sisteme onay veren Bakanlıklar ve diğer kurumlara da kusur izafe edilebileceği belirtilmiştir. Bunun dışında raporda, Kozlu Müessesesi yöneticilerinin, yüklenici firma yöneticileri ve çalışanları ile teknik denetçinin kusurları bulunduğu belirtilmektedir.

B. 5/12/2013 Tarihli Bilirkişi Raporu

14. Bir elektrik mühendisi, üç yüksek maden mühendisi ve bir hukukçu tarafından hazırlanan bilirkişi raporundaki tespitler özetle şöyledir:

i. Sekiz kişinin ölümü ve bir kişinin yaralanması ile sonuçlanan kaza 7/1/2013 tarihinde S. İnşaat ve Ticaret A.Ş.'nin yüklenici olarak çalışmakta olduğu TTK Kozlu Taşkömürü İşletme Müessesesine ait kömür ocağının -630 katı doğu rekup galerinin sürülmesi sırasında ani degaj sonucu meydana gelmiştir.

ii. Alt işverene verilen iş, asıl işverenin uzmanlık alanına girip işin verildiği şirketin bu iş konusunda bir uzmanlığı bulunmamaktadır.

iii. İhaleye çıkıldığı anda hazırlık galerisinin sürüleceği kömür ocağında degaj tehlikesinin olduğu bilinmektedir. Ani degaj tehlikesinin giderilmesi için uygulanacak işlem, gazlı kömür damarlarına metan drenajı uygulanmasıdır. Bu işlem pahalı bir işlem olup yoğun emek ve büyük bir yatırımla gerçekleştirilebilir. Gerek Kozlu Taşkömürü İşletme Müessesesinde gerek TTK Genel Müdürlüğüne bağlı diğer müesseselerde metan drenajı uygulaması bulunmamaktadır. Bu nedenle ani degaj tehlikesini azaltmak ve riski kontrol edebilmek için ilerleme, sondajlarla birlikte gerçekleştirilmektedir. Bu sondajların sayısı ve uzunlukları Genel Emniyet Şartnamesi'nde, Maden ve Taşocakları İşletmelerinde ve Tünel Yapımında Alınacak İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Önlemlerine İlişkin Tüzük'te belirlenmiştir. Ancak kazanın meydana geldiği kömür ocağında sondajlar bu kurallara uygun şekilde yapılmamıştır.

iv. Bilirkişi raporunda kusur durumlarına ilişkin olarak, işi ihaleye çıkaran ve sözleşmede imzası bulunan TTK Genel Müdürlüğü Yönetim Kurulu üyeleri ile TTK Kozlu İşletme Müessesesi yöneticilerinin kusur ve sorumluluklarının bulunduğu, yüklenici firma yöneticilerinin asli kusurlu olduğu, teknik nezaretçi, vardiya mühendisleri, sondör ve barutçunun sorumluluklarının bulunduğu kanaatine varılmıştır.

v. Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, Bakanlıklar ve TTK Yönetim Kurulu üyeleri ile diğer kurumlara atfedilen kusurların meydana gelen degaj/püskürme olayına doğrudan etkisinin olup olmadığı şeklinde soru yöneltilmiştir. Raporda, sözleşmede imzası bulunan TTK Yönetim Kurulu üyelerinin kusurlarının bulunduğu değerlendirildiği ancak bu kusur ile degaj/püskürme olayı arasında birebir illiyet bağı bulunmadığı belirtilmiştir.

C. Soruşturma İzni Süreci

15. Yürütülen soruşturma işlemleri kapsamında başvuru sahiplerinin da şikâyetçi oldukları TTK Genel Müdürü R.D., Yönetim Kurulu üyeleri B.İ., M.Y., M.A., M.Ş., Ç.O. hakkında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığından soruşturma izni talebinde bulunulmuştur.

16. 10/2/2014 tarihli ön inceleme raporunda özetle söz konusu işin ihale ile yaptırılmasının kurumdaki istihdam politikası ile teknik ve ekonomik zorunluluk ve avantajlar dikkate alınarak ilgili makamların onay ve kararlarına dayanılarak gerçekleştirilmiş olduğu, söz konusu işin ihale ile yaptırılması kararı ile yaşanan degaj/püsürme olayı arasında bir illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle soruşturma izni verilmemesinin uygun olacağı belirtilmiştir.

17. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı 25/2/2014 tarihinde soruşturma izni verilmemesine dair karar vermiştir. Anılan karar Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmiştir. Kararın başvurularda tebliğ edildiğine ilişkin olarak dosya kapsamında bilgi ve belge bulunmamaktadır.

18. Anılan karara karşı Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığınca, kusurlu şahısları ve kusur sebeplerini belirten bilirkişi raporları karşısında TTK Yönetim Kurulu Başkanı ve üyeleri hakkında soruşturma izni verilmesi gerekirken bu kişilerin kusurları ile degaj olayı arasında illiyet bağı bulunmadığı, dolayısıyla ilgililerin suç teşkil eden bir eylemlerinin bulunmadığı gerekçeleriyle soruşturma izni verilmemesi işleminin yasaya uygun olmadığı gerekçesiyle itiraz edilmiştir. Ankara Bölge İdare Mahkemesinin 1/7/2014 tarihli kararıyla itirazın reddine karar verilmiştir.

19. İtirazın reddi üzerine Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 19/9/2014 tarihinde TTK Genel Müdürü R.D., Yönetim Kurulu üyeleri B.İ., M.Y., M.A., M.Ş., Ç.O. hakkında inceleme yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

20. Başvurucular, anılan kararın 22/10/2014 tarihinde kendilerine tebliğ edilmesinin ardından 20/11/2014 tarihinde soruşturma izni verilmemesi işlemine yapılan itirazın reddi kararı hakkında bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

D. Kovuşturmaya Yer olmadığına Dair Karar

21. Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığınca 19/9/2014 tarihinde kusurlu görülmeyen diğer yirmi iki şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Anılan karara karşı yapılan itiraz, Zonguldak Sulh Ceza Hâkimliğinin 12/1/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

22. Anılan kararın 26/2/2015 tarihinde tebliğ edilmesinin ardından başvuru 30/3/2015 tarihinde, başvuru süresi içinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

E. Devam Eden Süreç

23. Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığınca 19/9/2014 tarihinde anılan olaya ilişkin olarak on kişi hakkında taksirle ölüme ve yaralanmaya sebep olma suçundan cezalandırılmaları istemiyle iddianame düzenlenmiştir.

24. Anılan iddianamenin kabulü ile başlayan yargılama sürecinin derdest olduğu anlaşılmaktadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

25. 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ilgili maddelerinin ilgili bölümleri şöyledir:

“Madde 2 – ...

1. Kamu iktisadi teşebbüsü “Teşebbüs”; iktisadi devlet teşekkülü ile kamu iktisadi kuruluşunun ortak adıdır.

2. İktisadi devlet teşekkülü “Teşekkül”; sermayesinin tamamı devlete ait, iktisadi alanda ticari esaslara göre faaliyet göstermek üzere kurulan, kamu iktisadi teşebbüsüdür.

3. (Değişik: 24/11/1994 - 4046/34 md.) Kamu iktisadi kuruluşu “Kuruluş”; sermayesinin tamamı Devlete ait olup tekel niteliğindeki mal ve hizmetleri kamu yararı gözeterek üretmek ve pazarlamak üzere kurulan ve gördüğü bu kamu hizmeti dolayısıyla ürettiği mal ve hizmetler imtiyaz sayılan kamu iktisadi teşebbüsüdür.

4. Müessese; sermayesinin tamamı bir iktisadi devlet teşekkülüne veya kamu iktisadi kuruluşuna ait olup, ona bağlı işletme veya işletmeler topluluğudur.

...

Yaşam Hakkına İlişkin Kararlar

7. İşletme; müesseselerin ve bağlı ortaklıkların mal ve hizmet üreten fabrika ve diğer birimleridir.

...

Madde 5 -

1. Teşebbüs organları, yönetim kurulu ve genel müdürlüktür.

2. Yönetim Kurulu, teşebbüsün en yüksek seviyede yetkili ve sorumlu karar organıdır.

3. Genel Müdürlük, teşebbüsün yetkili ve sorumlu yürütme organıdır.

Madde 6 -

1.Yönetim kurulu bir başkan ve beş üyeden oluşur.

2. Genel müdür yönetim kurulu başkanıdır ...

...

Madde 15-

Sermayesinin tamamı Devlete ait teşebbüsler, işletmelerini müessese halinde teşkilatlandırabilirler.

...

Madde 17 -

1. Müessesenin organları, yönetim komitesi ve müessese müdürlüğüdür.

2. Yönetim Komitesi, müessesenin en yüksek seviyede karar organıdır.

3. Müessese müdürlüğü, müessesenin yetkili ve sorumlu yürütme organıdır.

Madde 18 -

1. Yönetim komitesi bir başkan ve dört üyeden oluşur.

2. Yönetim komitesinin başkanı müessese müdürüdür.

3. Yönetim komitesinin üyeleri müessesenin üst seviyedeki yöneticileri arasından, teşebbüs genel müdürünün teklifi üzerine yönetim kurulunca atanır.

4. Müessese yönetim komitesi üyeliklerine atanacakların, teşebbüs yönetim kurulu üyelerinin nitelik ve şartlarına sahip olmaları gerekir.

...

Madde 20 -

1. Müessese müdürü, teşebbüs müdürünün teklifi üzerine yönetim kurulunca atanır.

2. Müessese müdürü olarak atanabilmek için, en az dört yıl kamu kurum ve kuruluşlarında olmak üzere toplam asgari sekiz yıl başarı ile çalışmış olmak ve genel müdürde aranan diğer niteliklere sahip bulunmak gerekir.

Madde 21 -

1. Müessese Müdürü; müesseseyi, kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile yönetim kurulu ve yönetim komitesi kararları doğrultusunda yönetir.

26. 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin "Teşebbüs personelinin yükümlülük ve sorumlulukları" kenar başlıklı 11. maddesinin (d) bendi şöyledir:

"(d) Görevleri sırasında veya görevleri dolayısıyla işledikleri iddia olunan suçlardan dolayı teşebbüs genel müdürü ve yönetim kurulu üyeleri hakkında takibat yapılabilmesi için ilgili Bakanın izni alınması şarttır."

27. 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un "Amaç" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir."

28. 4483 sayılı Kanun'un "Ön inceleme" kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"İzin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır."

29. 4483 sayılı Kanun'un "Ön inceleme yapanların yetkisi ve rapor" kenar başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

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

30. 4483 sayılı Kanun'un "İtiraz" kenar başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Yetkili merci, soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine ilişkin kararını Cumhuriyet başsavcılığına, hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisine ve varsa şikayetçiye bildirir."

Soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikayetçi, izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikâyetçi itiraz yoluna gidebilir. ...

.... verilen kararlar kesindir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 9/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

32. Başvurucular, Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığınca alınan 30/4/2013 ve 5/12/2013 tarihli bilirkişi raporlarında TTK Yönetim Kurulu Başkanı ve üyelerine açıkça kusur izafe ediliyor olmasına karşın anılan kişiler hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verilmesi ve bu karara karşı yapılan itirazın gerekçesiz bir şekilde reddedilmesi nedeniyle yaşam hakkının usul boyutunun, adil yargılanma hakkının ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

33. Başvurucular ayrıca, Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından haklarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen şüphelilerin de olayda sorumlulukları bulunduğunu belirterek bu kişiler hakkında dava açılmaması nedeniyle de yaşam hakkının usul boyutunun, adil yargılanma hakkının ve etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

34. Bakanlık görüşünde; Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarına atıfta bulunulmuş; olaya ilişkin derhâl soruşturma başlatılarak delillerin toplandığı, soruşturma izni verilmemesi işlemine yapılan itirazın reddine ilişkin kararın gerekçesiz olduğunun ileri sürülmesine karşın itiraz mercilerinin kararlarının, kararını inceledikleri merci ile aynı fikirde olduğuna ilişkin basit atıf içermesinin yeterli olduğu belirtilmiştir.

35. Başvurucular; Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında, Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesi kararlarının eksik ve hatalı alıntılanarak başvuruya ilişkin kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiği şeklinde görüş yansıtıldığını, alt derece mahkemesiyle aynı görüşte olduğu hâlde temyiz ve itiraz merciinin bu karara atıf yapmasının yeterli görüldüğünü ancak Bölge İdare Mahkemesinin başvuruya konu kararının ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmiş olması nedeniyle gerekçe içermesi gerektiğini belirtmişlerdir.

B. Değerlendirme

36. Anayasa'nın “*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*” kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

37. Anayasa'nın “*Devletin temel amaç ve görevleri*” kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili bölümüşöyledir:

“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.”

38. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 iddiaları, yakınlarının ölümüyle ilgili olarak etkili ceza soruşturması yürütülmemesine ilişkindir. Bu nedenle söz konusu iddiaların tamamı, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında devlete ait etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Kovuşturmaya Yer olmadığına Dair Karar Yönünden

39. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikâyetini öncelikle 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(*İsmail Buğra İşlek*, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17).

40. Bir ceza soruşturması veya ceza yargılaması sürecinde kovuşturmaya yer olmadığı, beraat, mahkûmiyet veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarıyla farklı zamanlarda neticelenmiş aşamalar bulunması durumunda anılan aşamaların tek bir olay bazında farklı kişilerin sorumluluklarına yönelik olduğu gözetildiğinde soruşturmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekebilecektir (*Süleyman Deveci*, B. No: 2013/3017, 16/12/2015, § 69).

41. Anayasa'nın yaşam hakkını güvence altına alan 17. maddesi ile devletin temel amaç ve görevlerini belirten 5. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, meydana gelen ölüm olaylarının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekmektedir. Ancak yürütülen bu soruşturma, belirli bir kişinin sorumlu olup olmadığıyla sınırlı olmamalı; olayın tüm yönlerini ortaya koyacak kapsamda ve nitelikte olmalıdır. Nitekim soruşturmanın etkili olup olmadığına ilişkin değerlendirme -somut olayın kendine özgü koşulları dikkate alınarak- belirli bir kişi hakkında verilen kararla sınırlı olarak değil yürütülen soruşturma bir bütün olarak incelendikten sonra yapılabilecektir (*Gülcan Keleş ve diğerleri*, B. No: 2014/797, 22/03/2017, § 30).

42. Somut olaya bu çerçevede bakıldığında başvuru her ne kadar Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından olayla ilgili olarak yürütülen soruşturmada bazı kişiler hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini ileri sürerek bireysel başvurularda bulunmuşlarsa da olaya ilişkin olarak bazı şüpheliler hakkında iddianame düzenlendiği, iddianamenin kabulüyle başlayan yargılama sürecinin devam ettiği, bu davada yapılan araştırma sonucunda olayda sorumlulukları bulunan kişiler tespit edilerek haklarında kamu davasının açılmasının sağlanmasının her zaman mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda haklarında kovuşturmaya yer olmadığına karar verilen kişilerin de sorumluluklarının tespit edilmesi hâlinde kamu davası açılması önünde bir engel bulunmadığı anlaşılmaktadır.

43. Dolayısıyla başvuru konusu olayda, kanunda öngörülen yargısal başvuru yollarının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olduğundan söz edilemez.

44. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Soruşturma İzni Verilmemesi İşlemi Yönünden

45. Yaşam hakkının doğal niteliği gereği yaşamını kaybeden kişi açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle ölen kişinin mağdur olan yakınları tarafından yapılabilecektir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41). Başvurucular, müteveffanın kardeşleridir. Bu nedenle somut olayda başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmamaktadır.

46. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının 25/2/2014 tarihli soruşturma izni verilmemesi kararının başvurularda tebliğ edildiğine ilişkin olarak dosya kapsamında bilgi ve belge bulunmamaktadır. Bakanlık tarafından da anılan kararın başvurularda tebliğ edildiğine ilişkin bir bilgi ve belge sunulmamıştır. Bu durumda başvurulardan anılan karardan Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığının 19/9/2014 tarihli inceleme yapılmasına yer olmadığına dair kararının tebliğ edildiği 22/10/2014 tarihinde haberdar olduklarının kabulü gerekmektedir. Başvurucular, anılan tarihten sonra otuz günlük başvuru süresi içinde başvuruda bulunmuşlardır. Bu durumda somut olayda süre aşımı bulunmamaktadır.

47. Öte yandan başvurularda, yaşam hakkının kasten ihlal edildiğini ileri sürmemiş olup somut olayda başvurulardan yakınlarının ölümüne kasten sebebiyet verildiği izlenimi edinilmesini gerektirecek bir unsur da saptanmamıştır.

48. Aşağıda genel ilkeler kısmında açıklandığı üzere kasıtlı olmayan eylemler nedeniyle meydana gelen ölüm ve yaralanmalara ilişkin her olayda etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için mutlaka etkili bir ceza yargılaması yürütülmesi gerekmektedir. Ancak eylem kasıtlı olmasa dahi ölüm olayı kamu makamlarının muhakeme hatası, dikkatsizliği aşan bir kusuru sonucu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek

için gerekli ve yeterli önlemleri almaması sonucu meydana gelmiş ise mutlaka etkili bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekecektir.

49. Bu durumda kabul edilebilirlik açısından çözümlenmesi gereken bir husus da -somut olayda- yaşam hakkı kapsamında devletin “etkili bir yargısal sistem kurma” yönündeki pozitif yükümlülüğünün mutlaka etkili bir ceza soruşturması yürütülmesini gerektirip gerektirmediğidir.

50. Kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin olarak soruşturma yükümlülüğü her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmemektedir. Bu tür durumlarda mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (bkz. § 57). Ancak kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası, dikkatsizliği aşan bir kusuru olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda -ilgililer diğer hukuk yollarına başvurmuş olsalar dahi- kişilerin hayatının tehlikeye girmesine neden olanlar hakkında bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekir (bkz. § 58).

51. Bu noktada öncelikle kömür madeni işletme işinin bu işte çalışanlar başta olmak üzere kişilerin yaşamı ile vücut bütünlüğü bakımından birtakım riskler içermesi sebebiyle tehlikeli bir faaliyet olduğu belirtilmelidir. Bu durumda devletin yaşamı koruma yükümlülüğü kapsamında, anılan hizmetin yerine getirilmesinde kişilerin yaşamı ile vücut bütünlüğünün korunması, ölüm ve yaralanma olaylarının önüne geçilmesi için gerekli tedbirleri alması bir zorunluluktur.

52. Dosya bir bütün olarak incelendiğinde önceki yıllarda meydana gelen benzer olaylarda birçok kişinin yaşamını yitirdiği ve kazanın gerçekleştiği alanda ani degaj tehlikesinin olduğunun bilindiği, bilirkişi raporlarına göre, var olan bu riske karşı önlem alınmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

53. Öngörülebilir bir riskin bulunduğu ve bu riskin bertaraf edilmesi için alınması gereken birtakım önlemler olduğu anılan durumda, etkili yargısal

sistem kurma yükümlülüğü bakımından somut başvuruda mutlaka etkili bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekliliği bulunmadığı söylenemez.

54. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

55. Devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin usule ilişkin yönü, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütülmesini gerektirmektedir. Yürütülecek bu soruşturmanın temel amacı yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını, kamu görevlilerinin müdahalesiyle veya onların sorumlulukları altında meydana gelen ya da diğer bireylerin filleriyle gerçekleşen ölümler nedeniyle ilgililerin hesap vermelerini sağlamaktır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54).

56. Yaşam hakkına ilişkin usule yönelik bu yükümlülük olayın niteliğine bağlı olarak cezai, hukuki ve idari nitelikte soruşturmalarla yerine getirilebilir. Kasten veya kötü muamele sonucu meydana gelen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin sorumluların tespitini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek nitelikte bir cezai soruşturma yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda idari soruşturmalar ve tazminat davaları sonucunda idari bir yaptırım veya tazminata hükmedilmesi; ihlali gidermek, dolayısıyla mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 55).

57. Kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin soruşturma yükümlülüğü açısından farklı bir yaklaşım benimsenebilir. Bu kapsamda yaşam hakkının veya vücut bütünlüğünün ihlaline kasten sebebiyet verilmediği durumlarda pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59).

58. Bununla birlikte kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası, dikkatsizliği aşan bir kusuru olduğu veya olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda -ilgililer diğer hukuk yollarına başvurmuş olsalar dahi- kişilerin hayatının tehlikeye girmesine neden olanlar hakkında bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 60).

59. Diğer taraftan ceza soruşturmasının amacı, yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap vermesini sağlamak olmakla birlikte bu yükümlülük kesin olarak bir sonuç elde etmeyi değil uygun araçların kullanılmasını gerektirir. Anayasa'nın 17. maddesi başvurularda üçüncü kişileri bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı vermediği gibi devlete tüm yargılamaları mahkûmiyetle sonuçlandırma ödevi de yüklemes (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 56).

60. Kamu görevlilerinin görevlerini devlet adına ifa etmeleri ve görevlerinin ifası ile ortaya çıkan birtakım durumlarla bağlantılı olarak sık sık şikâyet edilme ve soruşturma tehdidi altında olma riski ile karşı karşıya olmaları nedeniyle haklarında adli soruşturma yürütülmesinin belirli bir makamın iznine bağlanması hukuk devletinde makul görülebilir (*Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınas*, B. No: 2013/7907, 21/4/2016, § 106).

61. Nitekim Anayasa'nın 129. maddesinin altıncı fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılmasının -kanunla belirlenen istisnalar dışında- kanunun gösterdiği idari mercinin iznine bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır (*Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınas*, § 107).

62. Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi çerçevesinde Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel ilkeleri gözönünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan etkili soruşturma yükümlülüğünü ve kamu görevlilerinin soruşturulmasının izin şartına bağlı olmasını düzenleyen kurallar bütününün birbiriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gereklidir (*Hidayet Enmek ve Eyüpsabri Tınas*, § 108).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

63. Somut olayda başvuruçuların erkek kardeşi M.Y., Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına bağlı bir iktisadi devlet teşekkülü olan TTK'ya bağlı Kozlu Taşkömürü İşletme Müessesesi bünyesinde faaliyet gösteren maden ocağında meydana gelen degaj ve metan gazı zehirlenmesi sonucu hayatını kaybetmiştir.

64. Devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin usule ilişkin yönü, meydana gelen ölüm olayının tüm yönleriyle ortaya konulmasını ve sorumluluğun belirlenmesine imkân tanıyan etkili bir soruşturma yürütülmesini gerektirmektedir.

65. Başvuruya konu olaya ilişkin olarak Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatılmıştır. Yürütülen soruşturma işlemleri kapsamında iki bilirkişi heyeti raporu alınmıştır. Anılan bilirkişi raporlarında, kazanın meydana geliş nedenleri ve olayda sorumlulukları bulunanların kimler olduğu hususları incelenmiştir. Buna göre soruşturma dosyası kapsamında kurumun uzmanlık alanında olan bir işin bu konuda uzmanlığı ya da tecrübesi olmayan bir alt işverene verilmesi, denetimi zorlaştıran ve riski artıran hatalı bir sistem kurulması nedenleriyle TTK Yönetim Kurulu Başkanı ve üyelerinin, olayda sorumlulukları bulunduğu ilişkin birtakım veriler bulunmaktadır.

66. Bu veriler kapsamında Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığınca anılan kişiler hakkında soruşturma izni istenmiştir.

67. Bunun üzerine yaptırılan ön incelemede, soruşturma izni istenen kişilere atfedilen kusur ile kaza arasında doğrudan illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle soruşturma izni verilmemesinin uygun olduğu yönünde görüş bildirilmiştir.

68. Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir. Soruşturma izni verilmemesi nedeniyle anılan kişiler yönünden adli sürecin sona ermesi söz konusudur.

69. Bu durumda 4483 sayılı Kanun kapsamında soruşturma izni alınması prosedürünün soruşturmanın etkililiği üzerine sonuçlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

70. Soruşturma izni prosedürü, kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı ileri sürülen iddia ve şikâyetler nedeniyle gereksiz ithamlarla karşılaşmamları ve bu şekilde kamu görevlerinin aksamaması için kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri iddia olunan suçlar bakımından ceza soruşturmasına geçilmeden önce bir ön inceleme yapılması ve ceza soruşturması yürütülmesini gerekli kılacak bir durum bulunup bulunmadığına ilişkin bir ön değerlendirme yapılması amacını taşımaktadır. Bu kapsamda soruşturma izni prosedürü, anılan amacın ötesinde ceza yargılamasının işleyişini geciktirecek ve soruşturmanın etkin olarak yürütülmesine engel olacak şekilde ya da kamu görevlilerinin ceza soruşturmasından muaf tutulduğu izlenimini oluşturacak şekilde uygulanmamalıdır.

71. Tehlikeli bir faaliyet kapsamında, kişilerin yaşamı ile vücut bütünlüğü üzerinde ortaya çıkan risklerin en aza indirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması konusunda sorumluluğu bulunan kişilerin tespit edilebilmesi ve tespit edilen sorumluluklar karşısında devletin göstereceği yargısal tepki, benzer olayların yaşanmaması bakımından da önem taşımaktadır.

72. Somut olayda soruşturma izni verilmemesi kararının bilirkişi raporunda belirtilen “kusur ile degaj/püskürme olayı arasında bire bir illiyet bağı bulunmadığı” yönündeki tespite dayandırıldığı anlaşılmaktadır.

73. Zonguldak Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, Bakanlıklar ve TTK Yönetim Kurulu üyeleri ile diğer kurumlara atfedilen kusurların meydana gelen degaj/püskürme olayına doğrudan etkisinin olup olmadığı şeklinde soru yöneltilmiştir. Raporda, sözleşmede imzası bulunan Yönetim Kurulu üyelerinin kusurlarının bulunduğu değerlendirildiği ancak bu kusur ile degaj/püskürme olayı arasında bire bir illiyet bağı bulunmadığı belirtilmiştir. Gerek Cumhuriyet Başsavcılığının sorusunun gerek bilirkişi raporunda yapılan tespitin kusur ile kaza arasında doğrudan sebep-sonuç ilişkisi bulunup bulunmadığına yönelik teknik bir meseleye ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Ceza hukuku anlamında eylem ile sonuç arasında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığının belirlenmesi ise ancak yargısal merciler tarafından yapılabilir.

74. Yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu etkili soruşturma yükümlülüğü, sorumluların belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını

sağlayabilecek bir ceza soruşturması yürütülmesini gerektirmektedir. Kamu makamlarının bilirkişi raporları ile tespit edilen kusurlu davranışlarının bulunduğu somut olayda, tespit edilen kusur ile gerçekleşen netice arasında ceza hukuku anlamında bir illiyet bağı bulunup bulunmadığının ilgili idare kurullarınca karara bağlanarak adli sürecin sona erdirilmesi etkili soruşturma ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

75. Öte yandan soruşturma izni verilmemesi işlemlerine karşı yapılan itirazları değerlendiren idare mahkemelerince yapılacak olan inceleme ve değerlendirmelerin de soruşturma izni prosedürünün ceza yargılamasının işleyişini geciktirecek ve soruşturmanın etkin şekilde yürütülmesine engel olacak şekilde uygulanmasına ya da kamu görevlilerinin ceza soruşturmasından muaf tutulduğu izlenimi oluşmasına izin vermeyecek şekilde yapılmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.

76. Somut olayda Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca soruşturma izni verilmemesi işlemine karşı yapılan itirazın Bölge İdare Mahkemesince *“ön inceleme raporu ve eki belgelerin hazırlık soruşturması yapılmasını gerektirecek nitelik ve yeterlilikte olmadığı”* gerekçesiyle reddedildiği, Ankara Bölge İdare Mahkemesince yapılan incelemenin, soruşturma izni prosedürünün ceza yargılamasının işleyişini geciktirecek ve soruşturmanın etkin şekilde yürütülmesine engel olacak ya da kamu görevlilerinin ceza soruşturmasından muaf tutulduğu izlenimini oluşturacak şekilde uygulanmaması gerekliliği yönünden bir değerlendirme içermediği anlaşılmaktadır.

77. Tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde hakkında soruşturma izni istenen kamu görevlilerinin kusurları bulunduğu tespit edilmiş olmasına karşın ancak adli merciler tarafından yapılması gereken bir değerlendirme sonucunda kusur ile sonuç arasında illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle soruşturma izni verilmemesinin ve bu şekilde adli sürecin sona ermesinin meydana gelen ölüm olayına ilişkin etkili bir ceza soruşturması yürütülmesi önünde engel teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

78. Olayda etkili bir ceza soruşturması yürütülmesi gerektiğine yönelik tespit, anılan kişiler hakkında yürütülecek adli sürecin mutlaka bir dava açılması ya da açılan davanın belli bir hükümle sonuçlanması gerektiği

anlamına gelmeyip sorumluların tespit edilmesi ve hesap vermelerini sağlayacak uygun araçların etkili şekilde kullanılması gerekliliğine işaret etmektedir.

79. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

80. 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, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”

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

81. Başvurucular, ihlalin tespiti ve her biri için 30.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

82. Başvuruda, yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

83. Yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

84. Yeniden yargılama yapılması için dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesinin tespit edilen ihlal için yeterli giderim

sağlaması nedeniyle başvuruçuların manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

85. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvuruçulara müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar yönünden başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Soruşturma izni verilmemesi işlemi yönünden yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin yaşam hakkının usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara Bölge İdare Mahkemesine (E.2014/331, K.2014/346) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruların tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin kararın tebliğini takiben başvuruçuların 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 Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 9/5/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

KADRİ CEYHAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/1924)

Karar Tarihi: 17/5/2018

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 M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Nahit GEZGİN
Başvurucu	: Kadri CEYHAN
Vekili	: Av. Rehşan BATARAY SAMAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, askerî tatbikat sonrasında arazide terk edilen mühimmatın patlaması sonucunda hayati tehlike geçirecek şekilde bir yaralanmanın meydana gelmesi ve bu olayla ilgili olarak etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/2/2014 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. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmiştir.

6. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

7. İkinci Bölüm tarafından 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

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

9. Olay tarihinde on yedi yaşında olan başvuru, Diyarbakır'ın Ergani ilçesinin Şölen köyünde yaşamakta ve çobanlık yapmaktadır.

10. Başvurucunun yaşadığı bölgedeki askerî birlik 11/1/2007-12/1/2007 tarihlerinde Şölen köyünün sınırları içindeki İncebel Dağı mevkiinde bulunan eski bir taş ocağında tatbikat amaçlı top ve benzeri silah atışları yapmıştır.

11. Askerî birlik, atış öncesi ve sırasında bölgeye yaklaşılması gerektiğini muhtar aracılığıyla köy camisinde anons ettirmek suretiyle bölge halkına duyurmuştur.

12. Tatbikattan sonra yapılan atışlarda bir kısım mühimmatın patlamadığının tespit edilmesi üzerine yetkili komutan tarafından askerlere bu mühimmatın aranarak imha edilmesi emri verilmiştir. 13/1/2007 tarihinde bölgede yapılan araştırma sonrasında patlamamış mühimmat

bulunarak imha edilmiş ancak bir tanesi -T40 diye tabir edilen bomba atar silah mermisi- tüm arama çalışmalarına rağmen arazinin karla kaplı olması nedeniyle bulunamamıştır.

13. Patlamamış bu mühimmatın bulunamadığı hususu bir tutanakla kayıt altına alınmıştır. Bu tutanak, askerî birliğin tabur komutanı tarafından imzalanarak üst yazıyla gereği için Muharebe Komutanlığına gönderilmiştir.

14. Başvurucu 18/3/2007 tarihinde köyden arkadaşı olan M.S.P.yi de yanına alarak hayvanlarını arazide otlatmaya çıkarmıştır. İncebel Dağı mevkiinin yakınlarına geldiklerinde M.S.P., yerde bir metal parçası görüp başvurucuya vermiştir. Başvurucu, bu parçayı eline alarak bir süre inceledikten sonra giysisinin cebine koymuştur.

15. Başvurucuyla birlikte belli bir mesafe katettikten sonra otlattıkları hayvanların bir kısmının sürüden ayrılarak başka bir yere yönelmesi üzerine M.S.P., bu hayvanları toplamak için başvurucudan uzaklaşmıştır. Bu sırada arazide buldukları ve başvurunun giysisinin cebine koyduğu metal parçası yere düşerek uç kısmından delinmiştir.

16. Başvurucu, yerden aldığı ve düşmenin tesiriyle delindiğini gördüğü metal parçasını yeniden kurcalamaya başlamış; ardından patlamış bir mühimmat olduğunu düşünerek yerdeki taş vurmıştır. Birinci vuruşunda patlamayan metal parçası, ikinci vuruşunda infilak etmiştir.

17. Patlamayı duyan M.S.P. geri döndüğünde başvurunun sağ elinin bileğinden koparak ayrıldığını görmüş, vakit kaybetmeden köye dönerek köydekileri durumdan haberdar etmiştir. Köydekiler bir araçla olay yerine gelmiş ve başvurucuyu araca bindirerek önce Diyarbakır Devlet Hastanesine, burada yapılan ilk müdahaleden sonra ise ileri tetkik ve tedavisinin yapılabilmesi amacıyla Dicle Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine (Üniversite Hastanesi) götürmüşlerdir.

18. Diyarbakır Kara Kuvvetleri Komutanlığı 7. Kolordu Komutanlığı Askerî Savcılığı (Askerî Savcılık) durumdan haberdar olur olmaz olaya ilişkin soruşturma başlatmıştır. Bu soruşturmada Jandarma Olay Yeri İnceleme ekibi tarafından gerçekleştirilen inceleme sonucunda çeşitli ebatta metal parçaları bulunmuş, olay yerine ilişkin inceleme raporu düzenlenmiş, ayrıca olay yeri krokisi çizilerek fotoğraflandırılmıştır.

19. Başvurucunun babası R.C., bir süre sonra gittiği olay yerinde iki adet metal parçası bulmuştur. Bu metal parçalarının üzerlerinde seri numaralarıyla birlikte *FÜZE* ve benzeri ibareler yazmaktadır; ayrıca bu parçalar, başvurucunun yaralandığı olayda Olay Yeri İnceleme ekibi tarafından elde edilen metal parçalarına benzemektedir. R.C., bu parçaları kolluğa teslim etmiştir.

20. Jandarma Bölge Kriminal Laboratuvarından alınan 1/5/2007 tarihli Patlayıcı Madde Uzmanlık Raporu'nun sonuç bölümü şöyledir:

“Yukarıda özellikleri belirtilmiş olan delillerin incelenmesi neticesinde sertleştirilmiş alüminyumdan mamul toplam 15 (on beş) adet metal parçasının neye ait olduğunun tespit edilemediği, söz konusu metal parçalarının TCK'nın 6. ve 174/1. maddelerinde veya 6136 sayılı Kanunun ek 5. maddesinde bahsi geçen harp mühimmatlarından olabileceği (kanaatine varılmıştır).”

21. Diyarbakır Emniyet Müdürlüğünde bomba uzmanı olarak görev yapan bilirkişi tarafından hazırlanan, arazide patlamamış şekilde bırakılan bomba ile aynı niteliğe sahip olan mühimmata ilişkin 8/5/2007 tarihli raporun ilgili bölümü şöyledir:

“ ...

Yukarıda teknik özellikleri belirtilen 1 adet 40 mm. tüfek bombasının tapa kısmı ile bir adet atılmış ancak patlamamış 40 mm. tüfek bombasının askeri amaçlar için üretilip kullanılan mühimmatlardan olduğu, askeri birimler ve emniyet birimleri tarafından kullanılmakta olduğu, bu itibarla söz konusu mühimmatların canlılar üzerinde öldürücü ve yaralayıcı, cansızlar üzerinde yakıcı, yıkıcı ve tahrip edici özelliklere haiz olduğu anlaşılmıştır.”

22. Askerî Savcılığın talebi üzerine askerî makamların kusur durumunun tespiti için Kara Kuvvetleri Komutanlığı tarafından atanan bilirkişi heyetince hazırlanan raporun ilgili bölümü şöyledir:

“ ...

Atış alanı vasfı olmayan bir bölgenin o güne kadar ve önceki belli bir dönemde atış alanı olarak gerekli fiziksel emniyet tedbirleri alınmadan kullanılıyor olması nedeniyle kurumsal sorumluluğun bulunduğu, tabur komutanı olan B...K... tarafından, atıştan önce atışla ilgili gerekli emir ve talimatların verildiği ancak atıştan sonra patlamayan mühimmatla ilgili hususun üst makamlara bildirilmesi ve ayrıca atıştan sonra patlamayan merminin bulunduğu yerin emniyete alınması hususunun takip ve koordinesinde ise eksikler gösterildiği,

Tb.İkm.Sb.lığı görevi verilen personel olan S...D...'ın her ne kadar patlamayan mühimmatla ilgili evrakta sadece sarfla ilgili işlem yapması gerektiğini beyan etse de, Tb.K.inca evrakların kendisine 'gereği' olarak düşünülmüş olmasından dolayı evrakla ilgili tüm sorumluluğun kendisine verildiği ancak kendisinin bu işlemi tamamlamadığı (kanaatine varılmıştır)."

23. Başvurucu hakkındaki geçici ve kesin adli raporlar, Üniversite Hastanesinde düzenlenmiştir. Bu raporlara göre başvurunun sağ eli, bileğinden itibaren *ampüte* edilmiştir. Ayrıca sağ uyluğundan başlayıp bacağına kadar uzanan bölgede çok sayıda ve birden fazla organı etkileyen şarapnel giriş delikleri tespit edilmiştir. Başvurucu, bu yaralanma nedeniyle hayati tehlike geçirmiştir.

24. Belirlenemeyen bir tarihte A.K. -görevi ve rütbesi belirtilmemiştir- hakkında, 31/12/2013 tarihinde ise başvurunun yaralandığı arazide atış talimi yapan askerî birliğin tabur komutanı Albay B.K ile bu taburda görevli Binbaşı S.D. hakkında, ihmal ve gecikme gerekçe gösterilerek görevi kötüye kullanma suçundan Askerî Savcılık tarafından kamu davası açılmıştır. A.K. hakkında açılan kamu davasında 20/3/2013 tarihinde Diyarbakır Kara Kuvvetleri Komutanlığı 7. Kolordu Komutanlığı Askerî Mahkemesi (Askerî Mahkeme) tarafından görevsizlik kararı verilerek dava dosyası Şanlıurfa Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmiştir.

25. Başvurucu 12/2/2014 tarihinde, olaya ilişkin soruşturmanın makul sürede tamamlanmadığını ve soruşturma makamlarınca hareketsiz kalınarak olayın sorumluları hakkında kamu davasının açılmadığını ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur.

26. Sanıklar B.K. ve S.D. hakkında açılan ve Askerî Mahkemede görülen davada bireysel başvuruda bulunulmasının ardından gerçekleştirilen işlemlere bakıldığında sanıklardan B.K.nın alınan savunmasında bölgedeki arazinin karla kaplı olması ve patlamanın meydana geldiği tarihe kadar faaliyet takviminin yoğun olması nedenleriyle patlamanın olduğu tarihe kadar tutanakta yapıldığı belirtilen aramaların dışında arama yapılamadığını ifade ettiği görülmüştür. Ayrıca B.K. iş yoğunluğu sebebiyle aramaların gerçekleştirilmesi için bir görevlendirme yapılamadığını söylemiştir.

27. Sanık S.D. ise savunmasında, üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş ve patlamayan mühimmata ilişkin bir görevinin bulunmadığını söylemiştir.

28. Başvurucu, bu davaya müdahil (katılan) olmuş ve duruşmada ifadesini vermiştir. İfadesinin ilgili bölümü şöyledir:

“Ben 18/3/2007 tarihinde arkadaşım olan M... S... P... ile birlikte hayvan otlatmak için ikamet ettiğim köy olan Şölen Köyünün güneyindeki taş ocağı bölgesine gitmişim. Bu esnada M... S..., yerde metal bir cisim buldu ve bulunduğu bu cismi bana gösterdi. Cismi elime aldım. İnceledim. Sonra cebime koydum. Bulduğumuz yerden 200 metre civarı ilerledikten sonra bu metal cisim yere düştü. Düşmenin etkisiyle uç kısmı delindi. Ben tekrar elime alıp cismi kurcaladım. Cismi taşa vurdum. Hatırladığım kadarıyla ikinci kez vurduğumda cisim patladı. Patlamanın etkisiyle sağ elimden yaralandım...

... Ocak ayı içerisinde taş ocağı bölgesinde askeri birlikler atış yapmışlardı. Atış yapılmadan önce atış yapılacağı muhtar tarafından köyde duyurulmuştu. Bize atış bölgesinden uzak durmamız gereği hususunda bildirim yapılmıştı. Ancak atış yapıldıktan sonra bölgenin tehlikeli olduğu, bulunamayan mühimmat olduğu, bölgeye yaklaşılmaması gerektiği hususunda bir bildirim yapılmadı. Ayrıca o bölge sürekli atış yapılan bir bölge değildir. Biz orada hayvanlarımızı da otlatıyoruz. Bölgede herhangi bir uyarı levhası bulunmamaktadır.

Ben bulduğumuz cismi gördüğümde onu patlamış bir mühimmat zannettim. Patladığını ve içinde barut gibi patlayıcı bir özellik taşıyan madde bulunmadığını düşündüm. Bu nedenle kurcalarken ve taşa

vururken patlamayacağını düşündüm. Bu nedenle taşa vurdum. Ancak tahminimde yanılmışım.

...”

29. 16/4/2014 tarihli duruşmada atış alanında kaybolan mühimmatın fotoğrafları başvurucuya gösterilerek olay günü buldukları metal parçasının bu mühimmata benzeyip benzemediği sorulmuştur. Başvurucu, buldukları cismin fotoğrafları gösterilen mühimmat olduğunu söylemiştir.

30. Yargılamada M.S.P.nin tanık sıfatıyla verdiği ifade şöyledir:

“Kadri Ceyhan ile hayvan otlatmaya gitmiştik. Hayvanlar uzaklaşınca Kadri benden hayvanları getirmemi istemişti. Yanlış hatırlamıyorsam yaklaşık 200-300 metre uzaklaşmıştım. Sonrasında bir patlama sesi duydum. Olay yerine gittiğimde Kadri yerde yatıyordu ve kolu bilek kısmından kopmuştu. Hastaneye götürdük. Öncesinde ise söz konusu yerde askerî yetkililer ateş yapacaklarını söylediler. Aradan 4 ay geçtikten sonra hayvan otlatmaya götürmüştük. Bize burada hayvan otlatmayın diye bir şey söylemediler.”

31. Askerî Mahkeme 1/6/2015 tarihli kararıyla, sanıkların ihmal ve gecikme göstermek suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetine karar vermiştir. Karar gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

“...

6/4/2014 tarihli celsede Dz. 40-41'deki bomba atar mühimmatı resimleri katılan Kadri Ceyhan'a gösterilmiş; Kadri Ceyhan, bulmuş olduğu mühimmatın Dz. 41'de bulunan sağ alt resimdeki şekilde olduğunu, mühimmatın sarı renkli uç kısmını taşa vurduğunu, mühimmatın cebinden düşünce sarı renkli uç kısmının delindiğini, bulunduğu ve patlayan mühimmatın Dz. 40-41'deki mühimmatlar olduğunu beyan etmiştir. Katılanın teşhis ettiği resimdeki mühimmatların bomba atar mühimmat olduğu Dz. 27-28'deki ekspertiz raporuyla sabittir. ... Tüm bu nedenlerle, sanık B... K... müdafî Av. E... T...'ın patlayan mühimmatın bomba atar mühimmat olamayacağı yönündeki savunmalarına itibar edilmemiştir. Van Jandarma Bölge Kriminal

Laboratuvar Amirliğinin 1/5/2007 tarihli ve ... sayılı PATLAYICI MADDE uzmanlık numaralı ekspertiz raporunda, mağdurun vücudundan ve olay yerinden elde edilen metal parçasının neye ait olduğunun tespit edilemediği açıkça belirtildiğinden bu hususta ayrıca bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek duyulmamıştır.

...

Sonuç olarak atış faaliyetleri esnasında patlamayan bir mühimmat bulunamamış, buna dair tutanak tutulmuş, patlamayan mühimmatla ilgili olarak Tabur Komutanı B... K... tarafından S-4 olan S... D... görevlendirilmiştir. Bu mühimmatın bulunması veya bir emniyet tedbiri alınması sağlanmamış, sonrasında Kadri Ceyhan bu mühimmatı bulmuş, mühimmatı taşa vurmuş, vurduğunda mühimmat patlamış, patlamanın etkisiyle Kadri Ceyhan yaralanmıştır.

Her ne kadar katılan Kadri Ceyhan bulunduğu patlamamış mühimmatı taşa vurarak patlamasına sebebiyet vermiş ise de, olay esnasında Kadri Ceyhan reşit değildir, henüz askerlik hizmetini de yerine getirmemiştir. Bu nedenle, katılanın bunun mühimmat olduğunu ve patlama ihtimalinin bulunduğunu düşünerek hareket etmesi beklenemeyecektir. Bu kabulle, katılanın davranışının illiyet bağının kesilmesi gibi sonuç doğurmayacağı (kanaatine varılmıştır). “

32. Askerî Mahkemenin Anayasa Mahkemesine gönderdiği 29/3/2016 tarihli yazı içeriğinden başvurucunun bu kararı temyiz etmediği anlaşılmıştır. Söz konusu yazıya göre dava dosyası, sanıkların temyiz yoluna başvurmaları nedeniyle Yargıtayda temyiz incelemesi aşamasındadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A.Ulusal Hukuk

33.6/1/1982 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.”

34. 2577 sayılı Kanun'un “Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması” kenar başlıklı 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

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

35. Bu tür olaylarda mağdurların zararlarının sosyal risk ilkesine göre tazmin edilmesi gerektiğine ilişkin Danıştay Onuncu Dairesinin 16/11/1995 tarihli ve E.1995/566, K.1995/5746 sayılı kararının ilgili bölümü şöyledir:

“Askeri lojmanda kalan davacının, lojman ile bitişik jandarma karakolunun bahçe duvarı yanına kimliği belirsiz kişilerce konulan bombalı paketin patlaması sonucu yaralanması nedeniyle uğranıldığı öne sürülen ... zararın, olay tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle dava açılmıştır.

İstanbul 3. İdare Mahkemesi ... olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı, münferit bir olay olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

...

İdarenin hukuki sorumluluğu sadece hizmet kusuru kavramına dayanmamakta; idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlüdür.

Sözü edilen kuralın istisnası, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aramadan tazmin etmesidir. Kollektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen bu ilke, öğretide ve yargı kararlarında kabul edilmiştir.

...

Dava dosyasındaki belgelerin incelenmesinden; bazı yasadışı terör örgütlerinin ... ve çevre illerde güvenlik kuvvetlerine ve askeri binalara saldırılar düzenleyeceklerine ilişkin duyumlar elde edilmesi üzerine, orduevleri askeri gazinolar ve askeri lojmanların emniyete alınması gerektiğine ilişkin yetkili makamlarca uyarı yazılarının yazıldığı, bu yazışmaların bir kaç ay sonrasında, dava konusu zararı doğuran bombalı paket eyleminin gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

Bu itibarla, davacının zararının, yukarıda belirtilen hususlar gözetilerek tazmini gerekirken, münferit bir olay olduğu gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen kararda hukuka uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle,... kararın bozulmasına (karar verildi). “

36. Terör örgütü mensupları tarafından kara yoluna yerleştirilen ve mağdurun kamyonunda maddi hasara neden olan antipersonel mayının patlamasına ilişkin Danıştay Onuncu Dairesinin4/10/1996 tarihli ve E.1995/1102, K.1996/5774 sayılı kararında sosyal risk kavramı ve idarenin sorumluluğu tanımlanmıştır. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

“Dava, davacının 1974 model ... marka damperli kamyonunun 23.7.1993 tarihinde ... İlçesi ... köyünden ... kasabasına giderken, yasadışı örgüt üyelerince karayoluna yerleştirilen mayının patlaması sonucu hasar görmesi sebebiyle uğradığını öne sürdüğü ... maddi zararın olay tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılmıştır.

...

İdare mahkemesince, idarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken sosyal risk ilkesine dayanılmasına karşın, özetlenen gerekçesi karşısında belirtilen ilkenin yeniden tanımlanıp, irdelenmesi gerekmektedir.

Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradığı özel ve olağandışı zararların idarece tazmini gerektiği idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. İdarenin belirtilen hukuki sorumluluğu, Türkiye Cumhuriyetinin hukuk devleti olma niteliğinin doğal sonucudur.

İdarenin hukuki sorumluluğu sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta; idare, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabilmektedir. Kural olarak idare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü, ancak sözü edilen kuralın istisnası olarak, idarenin faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zararları da nedensellik bağı aranmadan tazmin etmesi gerekmektedir, kolektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen ilke, öğretisi ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiştir.

Terör eylemlerinin devlete yönelik olduğu, devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmektedir.

Sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terör eylemlerine her hangi bir şekilde katılmamış olan kişiler kendi kusur ve eylemleri sonucu değil, toplum içinde ortaya çıkan bu olaylardan zarar görmektedirler. Başka bir deyişle toplumun birer parçası olmak sıfatıyla zarar gören kişilerin belirtilen şekilde ortaya çıkan zararların özel ve olağan dışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmini gerekir. Esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmini böylece topluma pay edilmesi hakkaniyet gereği olduğu gibi, sosyal devlet ilkesine de uygun düşmektedir.

Olayda da, dava ve temyiz dosyasındaki belgelerin incelenmesinden eylemin yasadışı bir örgütün elemanlarınca devletin ve ülkenin bütünlüğüne yönelik yaygın terör faaliyetlerinin bir parçası olarak gerçekleştirildiği davacıya yönelik kişisel bir husumetten doğmadığı idarenin bir hizmet kusurunun da bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Bu durum karşısında, idarenin hizmet kusuru bulunmamakla birlikte, idari faaliyet alanıyla ilgili, toplum içinde ortaya çıkan terör eyleminin sonucu olarak uğranılan özel ve olağandışı zararı yukarıda belirtilen sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini gerekmektedir.

...”

37. Danıştay Onuncu Dairesi 8/10/1996 tarihli ve E.1995/1508, K.1996/5887 sayılı kararıyla, yerel mahkemenin idarenin sorumluluğundaki patlayıcıların toplanmasındaki ihmalkârlık nedeniyle eşit oranda sorumlu olduğunu tespit ederek objektif sorumluluk çerçevesinde mağdurların yakınları lehine tazminata hükmettiği kararı onamıştır. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

“...Dava, askeri tatbikat sırasında arazide bırakılan tanksavar mermisinin ot balyaları arasına karışarak boşaltılması sırasında patlaması sonucu davacıların oğlu ve kardeşleri olan ...’nın öldüğünden bahisle ... tazminatın yasal faiziyle birlikte tazminine karar verilmesi istemiyle açılmıştır.

Erzurum İdare Mahkemesi dairemizin ... sayılı bozma kararına uyduktan sonra idarenin eylem ve işlemlerinden dolayı ilgililerin uğradıkları zararların tazmini gerektiği ancak zararın meydana gelmesinde, artmasında veya önlenememesinde idareyle birlikte zarar görenin yada üçüncü kişinin kusurunun idarenin sorumluluğunu kusur oranında azaltacağı, dosyada mevcut belgelerin ve olayla ilgili olarak yaptırılan savcılık soruşturmasının incelenmesinden ölenin çocuğun 22.8.1986 tarihinde Yukarı ... köyü ... mevkiinde ot biçerken bir adet tanksavar mermisini bulduğu ve annesine haber verdiği ancak mermiyi otların arasına gizlice yerleştirerek akşam eve getirdiği ertesi gün bir topluluk önünde mermiyi yere çarparak veya ellerinden düşürerek patlamaları sonucu ölüm olayının meydana geldiğinin anlaşıldığı, bu durumda ölenin mümeyyiz küçük olarak kusurlu olduğu öte yandan idarenin askeri tatbikattan sonra tatbikat alanındaki can ve mal güvenliğini tehlikeye sokacak her türlü patlayıcıyı toplaması, temizlemesi ve imha etmesi gerekirken bu hizmeti gereği gibi yapmamasından dolayı aynı oranda kusurlu bulunduğu sonucuna varıldığı, bilirkişiye

hesaplatılan ... maddi tazminata 17.6.1987 tarihinden itibaren yasal faiz uygulaması ve fazlaya ilişkin istemlerin reddine karar verilmiştir.

Davalı idare: ölenin kusurunun daha fazla olduğu, manevi tazminattan kusur oranında indirim yapılmadığı, ölenin kusurlu olması ile kusursuz olmasının aynı manevi tazminat verilmesi sonucunu doğurmayacağı iddialarıyla anılan kararın temyizen incelenip bozulmasını istemektedir.

...

Temyizen incelenen ve yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak verilen ... kararın onanmasına, (karar verildi)."

38. Danıştay Onuncu Dairesinin askerî birlik tarafından döşenen antipersonel mayının patlaması sonucu özürlü kalan çocuğa ilişkin 25/2/2003 tarihli ve E.2001/4795, K.2003/696 sayılı kararında, idarenin hizmet kusuru tespit edilemese dahi zarar ile idari eylem arasında illiyet bağının bulunduğundan bahisle yerel mahkemenin mağdur lehine tazminata hükmeden kararı onanmıştır. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

"...Dava, olay tarihinde 11 yaşında olan ...'in 13.5.1996 tarihinde, ... ili, ... ilçesi, ... Köyü Jandarma Komutanlığına ait mevziler önüne mevzi güvenliği amacıyla döşenen mayına basması sonucu sol dizinden aşağısının kopması nedeniyle uğranıldığı öne sürülen ... zararın olay tarihinden itibaren uygulanacak yasal faiziyle birlikte tazminin ödenmesi istemiyle açılmıştır.

...

İdare kural olarak yürüttüğü kamu hizmetiyle nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olup; idari eylem ve/veya işlemlerden doğan zararlar idare hukuku kuralları çerçevesinde, hizmet kusuru veya kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmin edilmektedir.

Buna karşın bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen sosyal risk ilkesi ile toplumun içinde bulunduğu koşullardan kaynaklanan, idarenin faaliyet alanında meydana gelmekle birlikte, yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmayan, toplumsal nitelikli riskin gerçekleşmesi

sonucu oluşan, salt toplumun bireyi olunması nedeniyle uğranılan özel ve olağandışı zararların da topluma pay edilerek giderilmesi amaçlanmıştır.

Belirtilen niteliğine göre sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için olayın tüm toplumla ilgilendirilmesi ve zararın toplumsal nitelikli bir riskin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi yanında, olay ve zararın yürütülen kamu hizmetinin doğrudan sonucu olmaması, başka bir deyişle zarar ile idari eylem arasında bir nedensellik bağının da kurulamaması gerekmektedir.

Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Olayda zararın güvenlik kuvvetlerince mevzi güvenliği amacıyla döşenen mayına basılması sonucu davacıların çocuğunun sakat kalması nedeniyle meydana geldiği, kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında olduğu, zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağı bulunduğu açık olduğundan, açılan tam yargı davasında sosyal risk ilkesine dayanılarak hüküm kurulmasına olanak bulunmamaktadır.

Dosya incelendiğinde, idarenin hizmet kusuru saptanamamakla birlikte, yürütülen güvenlik hizmeti sırasında kusuru bulunmayan davacıların uğradığı özel ve olağandışı zararın kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince tazmini gerekmektedir.

...”

39. Danıştay Onuncu Dairesinin askerî arazide köylüler tarafından bulunan el bombasının patlamasına ilişkin 18/9/2007 tarihli ve E.2005/4493, K.2007/4199 sayılı kararında idarenin güvenlik hizmetini yeterince iyi yürütememesi nedeniyle hizmet kusurunun bulunduğu tespit edilmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

“... ”

Bu durumda; olayda, insanların sürekli kullanımında ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış el bombasının bulunmasında, davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunmaktadır;...

“... ”

B. Uluslararası Hukuk

40. 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.”

41. Sözleşme'nin “Yaşam hakkı” kenar başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

“Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur...”

42. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 2. maddesinin 1. maddesiyle birlikte yorumlandığında devletin yaşam hakkı kapsamındaki bir olayı pozitif yükümlülük kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmiştir (*McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 18984/91, 27/9/1995, § 161). Ölüme kasten sebep olduğu veya ölümün bir saldırı ya da kötü muamele sonucu meydana geldiği iddiasına ilişkin başvurularda AİHM, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki yaşam hakkının korunmasına ilişkin yükümlülüğün cezai nitelikte bir soruşturma yürütülmesini gerektirdiğini ifade etmektedir (*Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye* [BD], B. No: 24014/05, 14/4/2015, §§ 169, 170).

43. AİHM'e göre kasten gerçekleştirilen ölümlerde etkili bir cezai soruşturma yürütme zorunluluğu bulunmakla birlikte ihmal sonucu meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalar açısından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Buna göre yaşam hakkının ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise *etkili bir yargısal sistem kurma* yönündeki

pozitif yükümlölük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara tek başına ya da bir ceza soruşturmasıyla birlikte hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir (*Vo/Fransa* [BD], B. No: 53924/00, 8/7/2004, § 90; *Mastromatteo/İtalya* [BD], B. No: 37703/97, 24/10/2002, §§ 90, 94, 95; *Calvelli ve Ciglio/İtalya*, B. No: 32967/96, 17/1/2002, § 51; *Anna Todorova/Bulgaristan*, B. No: 23302/03, 24/5/2011, § 73; *Ercan Bozkurt/Türkiye*, B. No: 20620/10, 23/6/2015, § 59; *Selvi Şimşek/Türkiye* (k.k.), 3839/13, 17/11/2016, § 27).

44. AİHM; bu nedenle ulusal hukukun başvuruçulara, yakınlarının ihmal sonucuölümüne uygun hukuki bir yanıt verebilecek, dolayısıyla etkili bir yargı sistemi kurma yükümlölüğünü yerine getirebilecek tazminata ilişkin hukuk yollarını sunduğu kanaatine vardığı ancak başvuruçuların bu imkânı değerlendirmedini ya da uygun bir şekilde kullanmadığını tespit ettiği olaylara ilişkin başvuruları kabul edilemez bulmaktadır (*Selvi Şimşek/Türkiye*, § 32; *Ercan Bozkurt/Türkiye*, § 60; *Eyüp Güvenç ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), B. No: 43036/08, 5/9/2008, § 38; *Süleyman Adak/Türkiye* (k.k.), B. No: 15428/09, 14/4/2015, § 22; *Emine Demir ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), B. No: 58200/10, 13/10/2015, § 20).

45. AİHM; ayrıca yaşam hakkının ihlaline kasten sebebiyet verilmediği olaylarda kullanabilecek birden fazla başvuru yolu bulunup da başvuruçuların bu yolların tamamını kullandıkları durumlarda etkili yargısal sistem kurma yükümlölüğünün yerine getirebilmesi için söz konusu yolların tamamının etkili yürütölmesi gerekmediğini, bu nedenle incelemesinin sadece devletin bu yollardan herhangi biriyle etkili yargısal sistem kurma yükümlölüğünü yerine getirip getirmediğini denetlemekten ibaret olacağını belirtmiştir(*Anna Todorova/Bulgaristan*, § 74; *Nurettin Demir ve Çiçek Demir/Türkiye*, B. No: 34885/06, 13/11/2012, § 71).

46. Bununla birlikte AİHM'e göre ihmal sonucu meydana gelen ölüm olaylarında kamu görevlilerinin bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu, başka bir ifadeyle olası sonuçların farkında olmalarına rağmen kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadıkları durumlarda -bireyler kendi inisiyatifleriyle ne gibi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun- insanların hayatının tehlikeye

girmesine neden olan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması yaşam hakkının ihlaline neden olabilir (*Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 93; *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, B. No: 15339/02, 20/3/2008, § 140).

47. AİHM; *Oruk/Türkiye* (B. No: 33647/04, 4/2/2014) kararında, ihmal davalarına ilişkin farklı bir yaklaşım benimsediği *Öneryıldız/Türkiye* kararına da atıf yapmış vepatlamamış mühimmatın toplanması ve imha edilmesine ilişkin olarak kamu görevlilerinin ihmalinin derecesini dikkate aldığını belirtip somut olayda devletin, ihlali yalnızca tazminat ödemesiyle gideremeyeceğine karar vermiştir. AİHM, söz konusu kararında Sözleşme'nin 2. maddesi dikkate alınarak kurulması gereken yargısal sistemin caydırıcı gücünün ve yaşam hakkı ihlallerini önlemede oynanması gereken rolünün öneminin azalmaması gerektiğini, tazminat yolunun ise söz konusu olaya yeterli bir cevap oluşturmadığını, bu nedenle başvuruçunun ulusal hukuktaki tazminat yolunu kullanması gerekmediğini belirtmiştir (bkz. §§ 65, 66). Böylelikle AİHM, anılan kararında bu tür bir olaya ilişkin 30/11/2010 tarihinde verdiği *Hayri Aslan ve diğerleri/Türkiye* ((k.k.), B. No: 18751/05) kararından farklı bir yaklaşım benimseyerek askerî mühimmat patlamalarındaki ihmallerde tazminat yolunu etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü kapsamında yetersiz bulmuştur.

48. Ancak AİHM, *Oruk/Türkiye* kararından sonra yapılan somut başvuruya benzeyen ve Türkiye aleyhine başvuru, bilhassa askerî mühimmatın imhasına ilişkin yönetmeliğin uygulanması hususunda kamu görevlilerinin ihmalinin söz konusu olduğu başvurularda ilgili ulusal mevzuatı ve Danıştayın ilgili içtihadını (bkz. §§ 35-39) ayrıntılı biçimde incelemiş ve tazminat yolunun *etkili yargısal sistem* kriterini karşıladığına ve ihlalin tespiti ile giderilmesi bakımından uygun ve yeterli olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir (*Akdemir ve Evin/Türkiye*, B. No: 58255/08 ve 29725/09, 17/3/2015, § 55; *Abdulhamit Yılmaz ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 7755/10, 24/5/2016, § 51; *Sarıhan/Türkiye*, B. No: 55907/08, 6/12/2016, § 39; *Abdulbari Tamuç ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), B. No: 37930/09, 24/1/2017, §§ 61, 70; *Sarur/Türkiye*, B. No: 55949/11, 2/5/2017, § 33). AİHM, söz konusu kararlarında *Oruk/Türkiye* başvurusunda aksi yönde bir karar vermiş ise de daha sonra ayrıntılı biçimde incelediği Türkiye'deki tazminat

yolunun kişilerin yaşamı için tehlikeli olduğunda şüphe bulunmayan askerî mühimmatın toplanması ve imhasına ilişkin faaliyetler bakımından da etkili olduğuna kanaat getirdiğini belirtmektedir.

49. Sonuç olarak AİHM, askerî mühimmatın imhasına dair yönetmeliğin uygulanmasında kamu görevlilerinin ihmalinin söz konusu olduğu hâllerde tazminat yoluna başvurulmasının bireysel başvuruda bulunmak için gerekli olduğunu ve bu yolun benzer koşullarda yaşamını yitiren ölenlerin yakınları adına etkili bir başvuru yolu olduğu sonucuna vardığını sık sık hatırlatmakta (*Sarıhan/Türkiye*, § 39) ve Türkiye'deki mahkemelerin benzer olaylarda kayda değer tazminatlar ödenmesine karar verdiğini belirttiikten sonra bu yol tüketilerek yapılan ve yaşamın korunmadığına ilişkin şikâyetleri içeren başvuruları olayın koşullarına göre yeterli tazminatlar ödendiği takdirde kabul edilemez bulmaktadır (*Akdemir ve Evin/Türkiye*, § 69; *Abdulbari Tamuçı ve diğerleri/Türkiye*, §§ 48, 49). AİHM, devletin bu tür yaşam hakkı ihlallerini cezalandırması için etkili bir yargısal sistem kurması gerektiği şikâyetlerini içeren başvuruları da bu tür olaylarda yaşam hakkının kasten ihlal edilmediğini ve söz konusu olayların ne şekilde gerçekleştiğini aydınlatmaya imkân sağlayan ceza soruşturmalarının yanında -patlamada kişisel sorumlulukları bulunanlar tespit edilememiş olsa da- tazminat yolunun açıklanan etkililiğini gözönüne aldığını belirterek kabul edilemez bulmaktadır (*Abdulbari Tamuçı ve diğerleri/Türkiye*, §§ 54-57, 71).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

50. Mahkemenin 17/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

51. Başvurucu, askerî tatbikat sonrasında atış alanının patlayıcı maddelerden temizlenmemesi nedeniyle yaşamının korunmadığını ileri sürmüştü; ayrıca bu olaya ilişkin soruşturmada yetkili makamların yıllardır pasif bir tutum sergileyerek sorumlular hakkında kamu davası açmadıklarını iddia etmiştir. Başvurucu; anılan makamların bu şekilde etkili bir ceza soruşturması yürütmemelerine, devletin kamu görevlilerine yönelik cezasızlık politikası izlemesinin neden olduğunu ileri sürmüştür.

Başvurucu, devletin benzer olaylarda yaşamı korumak için gerekli tedbirleri almadığı gibi bu konuda cezasızlık politikası izleyerek etkili bir yargısal sistem kurmadığını da iddia etmiştir.

52. Başvurucu ayrıca Kürt kökenli olduğunu, kendisi gibi Kürt kökenli insanların yaşadığı Güney Doğu Anadolu Bölgesi'nde patlayıcı silah artıklarının temizlenmemesi nedeniyle pek çok kişinin yaşamını yitirdiğini, Kürt kökenli olmaları nedeniyle bu bölgede patlayıcı silah artıklarıyla yaşamak zorunda bırakıldıklarını, kendisinin de aynı nedenle başvuru konusu eyleme maruz kaldığını belirterek ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

53. Başvurucu; bu gerekçelerle Anayasa'nın 17., 36. ve 40. maddelerinde güvence altına alınan yaşam, adil yargılanma ve etkili başvuru hakları ile Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlallerin tespiti ile maddi ve manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

54. Bakanlık görüşünde, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği ancak -olayın şartları içinde- yaşam hakkından doğan ve devletin pozitif yükümlülüğünü karşılayabilen ilgili askerî personel ya da idarenin sorumluluğunun ortaya konulmasına ve gerektiği takdirde tazminat ödenmesine imkân sağlayabilecek hukuki yola başvurulmadığı belirtilerek başvurunun başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez olduğunun değerlendirildiği ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

1. Uygulanabilirlik Yönünden

55. 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."

56. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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).

57. Somut olayda başvuru hayattadır. Bu nedenle başvuruda öncelikle yaşam hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabilirliği hususunda bir değerlendirme yapmak gerekir.

58. Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmesi olmakla birlikte bazı durumlarda ölüm gerçekleşmese dahi olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenebilmesi mümkündür (*Mehmet Karadağ*, B. No: 2013/2030, 26/6/2014, § 20).

59. Somut olayda da başvuru, patlayıcı bir maddenin infilak etmesinden yaralı olarak kurtulmuş ise de söz konusu maddenin öldürücü niteliği ve patlamanın fiziksel bütünlüğü üzerindeki yarattığı etki diğer faktörle birlikte gözönünde bulundurulduğunda başvurunun yaşam hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

2. İnceleme Kapsamı Yönünden

60. Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerinde güvence altına alınan adil yargılanma ve etkili başvuru hakları ile bağlantı kurularak ileri sürülen iddiaların yaşam hakkı kapsamında olduğu değerlendirilmiş olup söz konusu iddialara ilişkin inceleme de bu çerçevede yapılmıştır.

61. Öte yandan başvuru, Kürt kökenli olması nedeniyle başvuru konusu eyleme maruz kaldığını iddia ederek yaşam hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

62. Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ve Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddiaların soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp mutlaka Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33).

63. Ancak bu şekilde ileri sürülen ayrımcılık iddiasının incelenebilmesi için başvurunun kendisiyle benzer durumdaki kişilere yönelik farklı uygulamaların meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir (*Adnan Oktar (3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 50).

64. Somut olayda ise başvurunun bu yöndeki iddiasını temellendirecek somut bulgu ve kanıtları ortaya koyamadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle yaşam hakkıyla bağlantılı olarak ileri sürülen eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin herhangi bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

3. Kabul Edilebilirlik Yönünden

65. Başvurucu, somut olayda kamu makamları tarafından gerekli tedbirlerin alınmamasının yanında sorumlular hakkında pasif bir tutum sergilenerek etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedeniyle de yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla başvuruda, devletin yaşam hakkının korunmasını hedefleyen gerekli idari tedbirleri almamasının yanında yaşam hakkı ihlalini cezalandırmak için etkili bir yargısal sistem kurmadığı da şikâyet konusu yapılmaktadır.

66. Somut olayda, bireysel başvuru formu ve eklerinde yer alan belgelerde başvurunun olayla ilgili olarak idari ya da hukuki tazmin yoluna müracaat ettiğine ilişkin bir bilgiye veya belgeye rastlanmamıştır. Başvurucu, söz konusu yolların etkililiği hakkında herhangi bir açıklamada da bulunmamıştır.

67. Bu nedenle öncelikle devletin somut olayda yaşam hakkı kapsamındaki yükümlülüklerinin çerçevesinin ve buna göre başvurunun bireysel başvurudan önce tüketmediği tazminat yolunun devletin yaşamının korunmasına yönelik tedbirleri almadığı şikâyeti bakımından ihlali karara bağlayabilme ve bunun için uygun giderim sunabilme imkânına (kapasitesine) sahip olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

68. Bu belirleme aynı zamanda tazminat yolunun devletin bu tür olaylara ilişkin benzer ihlalleri önlemede caydırıcı güce sahip, olaya uygun ve yeterli bir yargısal cevap (tepki) verebilen nitelikte yargısal sistem kurma yükümlülüğünü yerine getirdiğinin kabulü için yeterli olup olmadığını da ortaya çıkaracaktır.

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

“... Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

70.30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

71. Anılan Anayasa ve Kanun maddelerinde yer verilen kanun yollarının tüketilmesi koşulu, bireysel başvurunun temel hak ihlallerini önlemek için son ve olağanüstü bir çare olmasının doğal sonucudur. Diğer bir ifadeyle temel hak ihlallerini öncelikle idari makamların ve derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılmaktadır (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 20).

72. Diğer taraftan etkili bir başvuru yolundan söz edilebilmesi için bu yolun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulacak makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gerekir. Başvuru yolunun ancak bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam etmekteyse sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilme ve bunun için uygun bir giderim sunabilmesi hâlinde etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir. Yine vuku bulmuş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usule ilişkin güvencelerin sağlanması gerekir (S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28).

73. 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.”

74. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci ve yedinci fıkraları şöyledir:

“İdarenini her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.

...

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

75. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete negatif ödevler yanında pozitif ödevler de yükler (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50).

76. Devletin negatif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme yükümlülüğünün 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).

77. Devletin yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin ayrıca usule ilişkin yönü bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54). Yaşam hakkı kapsamındaki usule ilişkin yükümlülük olayın niteliğine bağlı olarak cezai, hukuki ve idari nitelikte soruşturmalarla yerine getirilebilir. Kasten meydana gelen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin, sorumluların tespitini ve cezalandırılmalarını sağlayabilecek nitelikte bir cezai soruşturma 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).

78. Öte yandan ceza soruşturmasının amacı yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölüm olayına ilişkin hesap vermelerini sağlamak olmakla birlikte bu yükümlülük, kesin olarak bir sonuç elde etmeyi değil uygun araçların kullanılmasını gerektirir.

Diğer yandan Anayasa'nın 17. maddesi başvuruçulara üçüncü kişileri bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı vermediği gibi devlete tüm yargılamaları mahkûmiyetle sonuçlandırma ödevi yüklemes (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 56).

79. Bununla birlikte kasıtlı olmayan eylemler nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin soruşturma yükümlülüğü açısından farklı bir yaklaşım benimsenebilir. Bu kapsamda yaşam hakkının ihlaline kasten sebebiyet verilmediği durumlarda *etkili bir yargısal sistem kurma* yönündeki pozitif yükümlülük, mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması ile yerine getirilmiş sayılabilir (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 59).

80. Anayasa Mahkemesi için bu noktada önemli olan husus, yargısal sistemin yaşam hakkına kasıtlı olmayan eylemlerle yapılan müdahalelerden doğan sorumluluğu hiçbir durumda belirsizlik içinde bırakmamasıdır. Bu, toplumun yargısal sisteme olan güvenini korumak ve hukuk devletinin benimsenmesini sağlamak amacıyla gereklidir.

81. Ancak bu tür eylemler nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası veya dikkatsizliği aşan bir kusurunun olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda -ilgililer kendi inisiyatifleriyle ne gibi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun- bireylerin hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması yaşam hakkının ihlaline neden olabilir (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 60).

82. Dolayısıyla somut olayda başvuru yollarının tüketilmesi kuralının yerine getirilip getirilmediği değerlendirilirken devletin yaşam hakkını korumak için kurduğu yargısal sistem kapsamında bir inceleme yapılması gerekmektedir. Diğer taraftan bu kural, aşırı şekilcilikten uzak ve belirli bir esneklikle uygulanmalı; ayrıca kesin ve her durumda aynı şekilde uygulanabilir bir kural olarak değerlendirilmemelidir. Başka bir ifadeyle bu kurala uyulup uyulmadığının değerlendirilmesinde yaşam hakkının

korunmadığı ileri sürülen başvurunun kendine özgü koşullarının dikkate alınması gerekir.

83. Bunun yanında söylenmesi gereken bir diğer husus da aynı amaca sahip olan birden fazla başvuru yolu bulunup da bu yollardan biri ya da birkaçının tüketildiği durumlarda bu kuralın yerine getirilmesi bakımından mutlaka tamamının tüketilmesinin beklenmemesi gerektiğidir.

84. Bununla birlikte devletin yaşam hakkı kapsamında kurmak zorunda olduğu etkili yargısal sistem, başvuru sahiplerinin inisiyatifleriyle kullanmadıkları başka bir etkili başvuru yolu söz konusu olduğunda, her durumda ve koşulda bu yolu tüketmekten muaf tutulmamaları sonucunu doğurmaz. Aksinin kabulü, bireysel başvurulardaki başvuru yollarının tüketilmesi kuralına zarar vererek etkili bir başvuru yolunun tüketilmesine; dolayısıyla devletin yaşam hakkının ihlal edildiği iddialarını bu iddialar bakımından etkili bir başvuru yolu üzerinden inceleme imkânından yoksun bırakılmasına yol açacaktır.

85. Tüm bu açıklamalar ışığında somut olaya dönüldüğünde başvuruya konusorşturmada yetkili merciler, ivedi bir şekilde hareket ederek olay yerine ilişkin maddi delil incelemelerinde bulunmuşlardır. İlgili makamlar, derhâl olaya ilişkin soruşturma başlatmışlar; bu soruşturmada başvuru ve görgü tanığının ifadesini almış ve patlayıcı maddenin kaynağını saptamak amacıyla balistik incelemeler yapmışlardır. Bu şekilde yürütülen soruşturma sonucunda olayın kamu makamlarının sorumluluğu altında meydana geldiği belirlenmiş ve sorumluları tespit etmeye olanak sağlayan gerekli ve yeterli bilgiler elde edilmiştir. Başka bir anlatımla yürütülen soruşturmada olayın sebebi ve yaşam hakkına yapılan müdahaleden doğan sorumlulukbelirsizlik içinde bırakılmamıştır.

86. Soruşturmada, bireysel başvuruda bulunulmasından sonra sorumlulukları bulunduğu değerlendirilen kamu görevlilerinin cezalandırılmasına karar verilmiş; başvuru tarafından bu karara karşı verilen cezaların azlığı veya başka bir gerekçe ileri sürülerek kanun yoluna başvurulmamıştır. Bunun yanında soruşturmanın olayın niteliğine ve kendine özgü koşullarına göre makul bir sürede tamamlanamadığı da görülmektedir.

87. Başvurucu, yaşam hakkının kasten ihlal edildiğini ileri sürmemiş olup somut olayda başvurunun yaralanmasına kasten sebebiyet verildiği izlenimi (şüphesi) edinilmesini gerektirecek bir unsur da saptanmamıştır. Başvurucu, idarenin kusurunun bulunduğunu iddia ettiği olayda ihmal düzeyinde kişisel sorumlulukları bulunan kamu görevlilerinin süratle belirlenip cezalandırılmadıklarını ileri sürmektedir.

88. Bu noktada sebebi ve yaşam hakkına yapılan müdahaleden doğan kamu makamlarının sorumluluğu ceza soruşturmasıyla belirlenebilen olayda, etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü kapsamında mutlaka sorumluların süratle cezalandırılmasını sağlayabilecek bir ceza soruşturması yürütülmesi zorunluluğunun bulunup bulunmadığının ortaya konması gerekmektedir.

89. Bu değerlendirme yapılırken öncelikle Anayasa Mahkemesinin içtihadının, yaşam hakkının ihlaline kasten sebebiyet verilmediği durumlarda *etkili bir yargısal sistem kurma* yönündeki pozitif yükümlülüğün mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması ile yerine getirilmiş sayılabileceği ancak kamu makamlarının olası sonuçların farkında olmalarına rağmen kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda bireylerin hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmamasının ya da bu kişilerin yargılanmamasının yaşam hakkının ihlaline neden olabileceği yönünde olduğunu yeniden hatırlatmak gerekir (bkz. §§ 79, 81; *Dilek Genç ve diğerleri* [GK], 2014/3944, 1/2/2018, § 63).

90. İkinci olarak askerî mühimmatın toplanması ve imhasına ilişkin faaliyette gösterilen ihmalkârlığın kişilerin yaşamı bakımından tehlikeli bir durum yarattığının, bu tehlikeliliğin kamu makamları tarafından bilindiğinin ya da bilinmesi gerektiğinin ve yaşam hakkı kapsamında öngörülen pozitif yükümlülüğün söz konusu kamu güvenliği alanında da geçerli olduğunun ifade edilmesi gerekmektedir.

91. Bununla birlikte bir olayda devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için bireyin korunmasını gerektirecek bir risk

(tehlike) ile karşı karşıya kalması ve bu tehlikenin yetkili makamlar tarafından öngörülebilir olması gerektiğinde bir tereddüt bulunmamaktadır (bkz. § 76). Aksi bir durumda söz konusu yükümlülüğün ortaya çıktığı söylenemeyecektir.

92. Dolayısıyla bu yönde yapılacak değerlendirmede öncelikle hatırd tutulması gereken husus, yaşam hakkını koruma yükümlülüğünün gündeme gelebilmesi için kişilerin yaşamı bakımından bir tehlikenin olması gerektiğidir. Bu noktadan sonra karar verilmesi gereken husus ise devletin etkili yargısal sistem kurmaya ilişkin pozitif yükümlülüğü kapsamında hangi tür yargısal başvuru yolunun -bir başka yol ile birlikte veya sadece- öngörülebilir tehlikelere rağmen ihmal gösterilerek makul tedbirler alınmaması sonucu ölümlere yol açılan bu olaylara verilmesi gereken (yeterli) yargısal cevap olabileceğidir.

93. Burada öncelikle ifade edilmelidir ki kamu makamlarının gerekli ve yeterli önlemleri almaması sonucu ortaya çıkan her öngörülebilir nitelikteki tehlike durumunda, ihmal düzeyinde kişisel sorumlulukları bulunan kamu görevlilerinin benzer türdeki olayların önlenmesindeki önemli rolün zedelenmemesi için mutlaka cezai yaptırımlarla hesap vermelerinin sağlanmasının gerektiği söylenemeyecektir. Tazminata ilişkin hukuk yolları; bu tür olayların gerçekleşme koşullarına, ihmali sorumluluğun derecesine ve -söz konusu ise- yürütülen kamusal faaliyetin niteliğine göre benzer yaşam hakkı ihlallerini önlemedeki rol bakımından yeterli olabilmektedir. Aksinin kabulü, yaşam hakkının ihlaline kasten sebebiyet verilmeyen olaylarda etkili yargısal sistem kurmaya ilişkin yükümlülüğün mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olmasıyla yeterli olabildiğine ilişkin genel kabul ile açıkça çelişecektir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi, başvurusunun öngörülebilir tehlikeye karşı yaşamının korunmadığı ile ihmali bulunduğunu ileri sürdüğü kamu görevlilerinin süratle cezalandırılmadığı şikâyetlerini inceledikten somut olay ve benzeri olaylardaki sorumluluk, olayın gerçekleşme koşulları ve mevcut yargısal sistemin bu olay bakımından etkililiğini birlikte değerlendirmek durumundadır.

94. Başvurucu sorumlulukları bulunduğunu ileri sürdüğü kamu görevlileri hakkında süratle kamu davası açılmamasından şikâyet

etmektedir. Başvurucu, devletin bu tür olaylarda kamu görevlilerine yönelik cezasızlık politikası izlemesinin bu duruma neden olduğunu iddia etmektedir. Başvurucuya göre devlet, bu tür olaylarda etkili bir ceza soruşturması yürütmeyerek eylemsiz kalmayı tercih etmekte ve izlediği cezasızlık politikası sonucunda benzer yaşam hakkı ihlallerini önlemeye ilişkin etkili bir yargısal sistem kurma yükümlülüğünü ihlal etmektedir.

95. İdarenin sorumluluğundaki patlayıcıların toplanmasında ihmalkârlık gösterildiği ileri sürülen olayda, yaşam hakkına yapılan müdahalenin sebebinin derinlemesine araştırıldığı ve yaşam hakkını koruyan ilgili hukuk hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasına ve kamu görevlilerinin sorumluluklarının belirlenmesine imkân tanıyan bir ceza soruşturmasının yürütüldüğü söylenebilecektir. Anayasa Mahkemesi, başvurunun yaralanmasıyla sonuçlanan bu elim olayın gerçekleşme koşullarını dikkate alarak söz konusu şikâyetlerin aksine devletin etkili yargısal sistem kurmaya ilişkin pozitif yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için ihmal düzeyinde kişisel sorumlulukları bulunduğu ileri sürülen kamu görevlilerinin mutlaka süratle cezalandırılmasını sağlayabilecek nitelikte bir ceza soruşturması yürütme yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna varmıştır.

96. Dolayısıyla başvuru tarafından da iddiaları bakımından erişilebilir ve etkili olmadığı ileri sürülmeyen tazminat yolunun etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğünü karşılayarak olayı çevreleyen koşullar ile olaydaki her türlü -objektif ve subjektif- sorumluluğu belirleme (ihlali tespit etme) ve başvurunun uğradığını ileri sürüp Anayasa Mahkemesinden talep ettiği maddi ve manevi zararlarını uygun bir şekilde tazmin etme (ihlali giderme) kapasitesini haiz olduğu sonucuna varılmıştır.

97. Soruşturmada yetkili makamların sorumluları cezalandırmak için makul ölçüde süratle hareket etmemeleri, olaydaki sorumlulukların belirlenmesine ve zarara ilişkin uygun ve yeterli giderim sağlanmasına imkân veren tazminat yolunun etkililiğine bir zarar vermemektedir. Bu nedenle devlet tarafından başvurucuya, Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü kapsamında olayla ilgili olarak -sorumluluğu belirsizlik içinde bırakmayan bir ceza soruşturmasının yanında- etkili bir hukuk yolunun sunulduğu ancak

başvurucunun bu yoldan faydalanmadan doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurduğu kanaatine varılmıştır.

98. Bu itibarla başvuru konusu olayda, yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkin kanunda öngörülen ve yukarıda ilgili bölümde yer verilen Danıştay içtihadı ile fiilen de etkili olduğu görülen yargısal başvuru yolunun bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmediği sonucuna varılmıştır.

99. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Serruh KALELİ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Serruh KALELİ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Yargılama giderinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA OYBİRLİĞİYLE 17/5/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, askerî tatbikat sonrasında arazide terk edilen mühimmatın patlaması sonucunda hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanması ve bu olayla ilgili olarak etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle yaşama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Başvurucunun yaşadığı bölgede bulunan askeri birlik eski bir taş ocağında tatbikat amaçlı top ve benzeri silah atışları yapmıştır. Tatbikattan sonra bazı mühimmatların patlamadığının tesbiti üzerine, arama ve imha

faaliyetleri gerçekleştirilmiş, ancak T-40 olarak bilinen patlamamış bir bomba atar silah mermisinin bulunamadığı tutanakla kayıt altına alınmıştır.

3. O dönemde on yedi yaşında olan ve çobanlık yapan başvuru, 18/3/2007 tarihinde söz konusu askeri tatbikatın yapıldığı alanda hayvanlarını otlatırken bulduğu bir metal parçasını kurcalamaya başlamış ve yerdeki taş vurduğunda metal parçası infilak etmiştir. Meydana gelen patlama sonucunda da başvuru, sağ elinin bileğinden kopmasıyla ağır yaralanmış ve hayati tehlike geçirmiştir.

4. Atış talimi yapan birliğin tabur komutanı ile bu taburda görevli bir Binbaşı hakkında 31/12/2013 tarihinde, “ihmal suretiyle memuriyet görevini kötüye kullanma” suçundan kamu davası açılmıştır. Yargılama sonucunda Diyarbakır Askeri Mahkemesi 1/6/2015 tarihli kararıyla sanıklar hakkında müsned suçtan dolayı adli para cezasına hükmetmiştir. Karar temyiz edilmiş, ancak temyiz incelemesi henüz sonuçlanmamıştır (§§ 31-32).

5. Mahkememiz çoğunluğu, somut olaydaki gibi ihmal sonucu meydana gelen ölüm olaylarında devletin mutlaka bir ceza soruşturması başlatmak zorunda olmadığını, bu durumlarda etkili yargı yolunun tam yargı davası olduğunu, başvurucaunun da bu yola başvurmadiğini belirterek başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir.

6. Anayasa’nın yaşama hakkını güvenceye alan 17. maddesi, devlete doğal olmayan her ölüm olayında sorumluların belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayacak “etkili bir yargısal sistem kurma” şeklinde bir pozitif yükümlölük yüklemektedir. Burada amaç, yaşam hakkını koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve varsa sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır (*Serpil Kerimoğlu ve diğçerleri*, B.No: 2012/752, 17/9/2013, § 54).

7. Kuşkusuz bu usul yükümlölüğü, olayın niteliğine bağılı olarak cezai, hukuki ve idari nitelikteki soruşturmalarla yerine getirilebilir. Kural olarak, tıbbi hata sonucu meydana gelen ölümlerde olduğu gibi, kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında pozitif yükümlölük mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez (*Serpil Kerimoğlu ve diğçerleri*, § 59).

8. Bununla birlikte, kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası veya dikkatsizliği aşan bir kusuru veya olası sonuçların farkında olmalarına karşın söz konusu makamların yetkileri kapsamında *tehlikeli bir faaliyet nedeniyle* oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli tedbirleri almadığı durumlarda ilgililer hakkında mutlaka bir ceza soruşturmasının yürütülmesi gerekmektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 60, aynı yönde AİHM kararları için bkz. *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 93; *Budayeva ve diğerleri/Rusya*, B. No: 15339/02 ... 15343/02, 20/3/2008, § 140).

9. Kısacası kişilerin hayatını açıkça tehlikeye atan nitelikteki davranışlar söz konusu olduğunda sorumluları ortaya çıkaracak etkili ve makul sürede sonuçlandırılacak bir cezai soruşturma ve kovuşturma yapılması gerekir. Bu konuda bir bireysel başvuru yapıldığında da Anayasa Mahkemesine düşen, yapılan cezai soruşturma ve kovuşturmanın etkili olup olmadığını değerlendirmektir.

10. Diğer yandan çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, “aynı amaca sahip olan birden fazla başvuru yolu bulunup da bu yollardan biri ya da birkaçının tüketildiği durumlarda bu kuralın yerine getirilmesi bakımından mutlaka tamamının tüketilmesinin beklenmemesi” gerekir (§ 83).

11. Somut olayda başvurucu ölümcül yaralanma olayından sonra sorumluları ortaya çıkarıp cezalandıracak etkili bir soruşturmanın yapılmadığını ileri sürmektedir. Esasen somut olayda olduğu gibi kamu görevlilerinin basit muhakeme hatasını aşan ihmalleri sonucu meydana gelen ölüm ya da ağır yaralanmalarda ceza soruşturması ve kovuşturması olayın aydınlatılması bakımından etkili bir yargısal yol niteliğindedir. Bu durumda devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini belirlemek için başvurucudan mutlaka diğer başvuru yollarını da tüketmesini beklemek gerekmez.

12. Yaşama hakkı kapsamında etkili soruşturma yükümlülüğü, bir yandan olayın tüm boyutlarıyla aydınlatılmasını diğer yandan da mümkün olduğu kadar kısa sürede sonuçlanmasını sağlayacak nitelikte olmasını gerektirmektedir.

13. Somut olayda yürütülen soruşturma ve kovuşturma devletin “aydınlatma yükümlülüğü”nü yerine getirdiğini göstermektedir. Nitekim

soruşturma sürecinde Askeri Savcılığın talebi üzerine Kara Kuvvetleri Komutanlığı tarafından atanan bilirkişi heyetince hazırlanan raporda *“atıştan önce atışla ilgili gerekli emir ve talimatların verildiği ancak atıştan sonra patlamayan mühimmatla ilgili hususun üst makamlara bildirilmesi ve ayrıca atıştan sonra patlamayan merminin bulunduğu yerin emniyete alınması hususunun takip ve koordinesinde ise eksikler gösterildiği”* tespitine yer verilmiştir (§ 22).

14. Askeri Mahkeme de atış faaliyetleri esnasında patlamayan bir mühimmatın bulunamadığına dair tutanağın tutulduğunu, ancak buna yönelik bir emniyet tedbirinin alınmadığını, olay sırasında başvurucunun reşit olmadığını ve henüz askerliğini yapmadığını, bu nedenle taş vurarak patlamasına sebebiyet verdiği metal parçasının patlamamış mühimmat olduğunu ve patlama ihtimalinin bulunduğunu düşünerek hareket etmesinin beklenemeyeceğini belirtmiştir (§ 31).

15. Öte yandan aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi etkili soruşturma bakımından yeterli değildir. Anayasa’nın 17. maddesi, ölüm olayı ya da somut başvuruda olduğu gibi ölümcül yaralanmalar sonrasında yürütülen soruşturma/kovuşturmanın yeterince hızlı olmasını da gerektirmektedir. Başka bir ifadeyle etkili soruşturma ve kovuşturmanın makul bir ivedilik ve özen yükümlülüğünü gerektirdiği açıktır. Somut olayda açılan soruşturmanın uzun süre sürüncemede kalması, ardından da açılan davanın yıllarca sürmesi ve on yılı aşan süreye rağmen halen sonuçlanmamış olması, yaşama hakkının usul boyutunun ihlal edildiğini göstermektedir.

Açıklanan gerekçelerle çoğunluğun kabul edilemezlik kararına katılmıyoruz.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

CEMAL KILIÇ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/8722)

Karar Tarihi: 11/6/2018

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan : Burhan ÜSTÜN
Üyeler : Hicabi DURSUN
Hasan Tahsin GÖKCAN
Kadir ÖZKAYA
YusufŞevki HAKYEMEZ
Raportör Yrd. : Gizem Ceren DEMİR KOŞAR
Başvurucu : Cemal KILIÇ
Vekili : Av. Erol ÇALLI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, açık arazide bulunan el bombasının patlaması sonucu oluşan yaralanma nedeniyle yaşam hakkının; buna ilişkin olarak açılan tam yargı davasının uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/6/2014 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.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu (5/3/1983 doğumlu) 24/4/2001 tarihinde çobanlık yapmakta iken arkadaşları ile arazide buldukları el bombasının patlaması sonucu yaralanmıştır. Anılan olaya bağlı olarak başvurusunun sağ gözünde uzuv tatili oluşmuş ve sağ el 1., 2. ve 3. parmakları olmak üzere uzuv kaybı gerçekleşmiştir.

9. Patlama anında başvuru ile birlikte bulunan Y.Ç.nin katılımıyla olay yerinde Uzm. J. IV. Kad. Çvş. M.K., Uzm. J. III. Kad. Çvş. Y.A. ve Jandarma Eri E.S. tarafındanyapılan inceleme üzerine düzenlenen olay yeri tespit tutanağında; bölgede siyah renkli çevresi kartonla kaplı patlayıcıya benzer bir oyuncak zannettikleri nesneyi buldukları, E.K. isimli kişinin R.K. isimli arkadaşını bununla oynamaması, bunun patlayıcı olabileceği yönünde uyardığı ancak R.K.nın uyarıları dinlemeyerek nesneyi Temo Tepesi'ne götürdüğü, buradan nesneyi atarak dere yatağına düşürdüğü, burada bulunan başvuru ile Y.Ç.nin bu nesne ile oynamaları sonucu fünyenin patladığı ve başvurusunun yaralandığı belirtilmiştir. Anılan tutanağa göre olay yerinde 11 cm uzunluğunda, 18 cm çapında siyah karton kaplı nesne ile bir adet el bombası pimi ve tapasına benzeyen dibi kartonlu tapa, 120 cm kırmızı renkli telefon kablosu, üzerinde pim bağlı olan 120 cm beyaz telefon kablosu, iki adet yuvarlak ince karton, 1 adet üzerinde MKE 56 sayı numarası yazılı ve fünyesi patlamış el bombası tapası ve bu malzemelere 20 cm mesafede kan izlerinin mevcut olduğu belirtilmiştir.

10. Anılan olaya ilişkin olarak olay anında başvuru ile birlikte bulunan Y.Ç. hakkında tedbirsizlik ve dikkatsizlikle yaralanmaya sebebiyet vermek suçundan dava açılmıştır.

11. Anılan yargılamada beyanı alınan başvuru; olay günü arkadaşları Y.Ç. ve E.K. ile koyun güttüklerini, E.K.nın çay demlemek için uzaklaştığını, bir süre sonra çay için Y.Ç. ile birlikte E.K.nın yanına gittiklerini, E.K.nın bir şey bulduğunu söylediğini, E.ye bulduğu şeyin patlayıcı madde olabileceğini söylemesi üzerine E.nin elindeki cismi attığını, o sırada patlayıcı maddenin fünyesinden ayrılmış olarak kendisinin oturduğu yere

düştüğünü, eliyle yanlışlıkla üzerine yaslandığını ve elini çekmesi üzerine patlama olduğunu belirtmiştir.

12. Anılan davada sanık olarak yargılanan Y.Ç. ise ifadesinde; olay günü başvuru C. ve diğer arkadaşları E. ile birlikte koyun otlattıklarını, çay demlemek için giden E.nin yanına başvuru ile birlikte gittiklerinde E.nin oduna bağlı bir şey bulunduğunu ve ileriye fırlattığını, başvuru gidip bu maddeyi alıp baktıktan sonra elinden attığını, kendisinin merak edip maddeyi yerden aldığını, üzerinde bulunan sopaya benzer şeyi söktüğünü, elinde el bombasının gövdesinin kaldığını, başvuru ise el bombasının ateşleme mekanizmasını ve içindeki fünye kısmını aldığını, bununla oynarken elinde patladığını beyan etmiştir.

13. Anılan davada alınan bilirkişi raporunda, Y.Ç.nin gövdesinden ayırdığı ateşleme mekanizmasının başvuru tarafından piminin yatağından çıkarılması sonucu patladığı tespit edilmiştir.

14. 14/8/2002 tarihli kusur raporunda ise el bombasının fünyesini gövdeden çıkarması nedeniyle olayın meydana gelmesinde Y.Ç.nin 3/8 oranında kusuru bulunduğu, başvuru ise fünyeyi eline alarak patlamasına sebebiyet vermiş olması nedeniyle olayda 5/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir.

15. Yargılama sonucunda Y.Ç. hakkında tedbirsizlik ve dikkatsizlikle yaralanmaya sebebiyet vermek suçundan Hakkâri Asliye Mahkemesince 15/10/2002 tarihinde ağır para cezasına hükmedilmiş ve ceza ertelenmiştir.

16. Başvuru 6/3/2002 tarihinde maddi ve manevi zararlarının karşılanması talebiyle İçişleri Bakanlığına başvurmuştur. Başvuru dilekçesinde; arazide bırakılmış olan fünyeyi görmeden üstüne elini koyması neticesinde fünyenin patladığını, patlayıcının arazide unutulmuş olması nedeniyle idarenin sorumluluğu bulunduğunu, ayrıca sosyal risk ve kusursuz sorumluluk ilkelerine göre de idarenin sorumluluğu bulunduğunu iddia etmiştir. Anılan talebin reddi üzerine Van İdare Mahkemesinde tam yargı davası açılmıştır.

17. Van İdare Mahkemesinin 14/9/2004 tarihli kararında, başvuru yaralanmasına sebebiyet veren patlayıcı maddenin askerî amaçlarla

Üretilen TNT tahrip kalıbı olduğu, tahrip kalıbının Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu (MKE) tarafından üretilen MOD-48 taarruz tipi el bombalarından olduğu, olayda hizmet kusuru bulunmadığı saptanmış olsa bile olağanüstü hllerin yürürlükte olduğu bir zaman ve yerde terör rgt mensuplarına karşı yapılan operasyonlar sonucu kullanıldığı anlaşılan el bombasının arazide bulunması ve patlayarak yaralanmaya sebebiyet vermesi sonucu ortaya çıkan zararın illiyet bağı aranmaksızın ve sosyal risk ilkesine göre idarece tazmini gerektiği gerekçesiyle maddi ve manevi tazminat talebinin kabulüne karar verilmiştir.

18. Davalı idare tarafından temyiz edilen karar, Danıştay Onuncu Dairesince 18/9/2007 tarihinde bozulmuştur. Anılan kararda; olay tarihinde on sekiz yaşında olan başvurucu ile on dokuz yaşındaki Y.Ç.nin E.nin bularak uzağa attığı maddeyi merak ederek yerden aldıkları, Y.Ç.nin el bombasını parçalayıp gövde kısmını elinde tuttuğu, başvurucunun merak etmesi sonucu fünye kısmını başvurucuya verdiği, başvurucunun fünye kısmıyla oynarken ateşleme mekanizmasını çıkarması sonucu patlamanın gerçekleştiği belirtilmiştir. İnsanların sürekli kullanımında olan ve yerleşim yerlerine yakın bulunan bir alanda patlamamış el bombası bulunmasında davalı idarenin güvenlik hizmetinin yeterince iyi yürütülmemesi nedeniyle hizmet kusuru bulunduğu anlaşılmakla birlikte zararın başvurucu ve arkadaşının kişisel kusurundan kaynaklandığı, zarar görenin ve üçüncü kişinin kusurunun olaya katılmasının idarenin kusurlu faaliyeti ile zarar arasındaki illiyet bağını keştiği bu nedenle idarenin tazmin sorumluluğundan da söz edilemeyeceği gerekçesine yer verilmiştir.

19. Başvurucunun yaptığı karar düzeltme talebi, Danıştay Onuncu Dairesince 7/11/2008 tarihinde reddedilmiştir.

20. Bozma sonrası yapılan yargılama neticesinde Van 1. İdare Mahkemesi 31/12/2008 tarihinde bozmaya uyarak davanın reddine karar vermiştir.

21. Danıştay Onuncu Dairesince 27/12/2011 tarihinde onanan karara karşı yapılan karar düzeltme istemi, aynı Dairenin 27/2/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

22. Karar başvurucuya 5/5/2014 tarihinde tebliğ edilmiş olup 2/6/2014 tarihinde yapılan başvuruda süre aşımı olmadığı anlaşılmaktadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

23. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması" kenar başlıklı 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

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

B. Uluslararası Hukuk

24. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "İnsan haklarına saygıyüklülük" 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"

25. Sözleşme'nin "Yaşam hakkı" kenar başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur..."

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında, Sözleşme'nin 2. maddesinin ilk cümlesinin devletin yalnızca kasti ve hukuka aykırı olarak ölüme sebebiyet vermekten kaçınmasını değil aynı zamanda egemenlik yetkileri içinde bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için gerekli tedbirleri almalarına dair devlete pozitif yükümlülük yüklediği de hatırlatılmaktadır (L.C.B./İngiltere, B. No: 23413/94, 9/6/1998, § 36).

27. AİHM'e göre Sözleşme'nin 2. maddesi, devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının bulunduğu durumlarda devlete elindeki tüm imkânları kullanarak yaşam hakkını korumak için oluşturulan yasal ve idari çerçevenin gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup sorumluların cezalandırılmasını sağlayacak, yeterli yargısal veya diğer tedbirleri alma görevi yüklemektedir (*Osman/İngiltere* [BD], 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- yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından da geçerli olduğu kanaatindedir (*Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 31/11/ 2004, § 71).

28. AİHM; *Ciechonska/Polonya* (B. No: 19776/04, 14/6/2011) kararında, devletin yaşam 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 (*Ciechonska/Polonya*, § 67).

29. Ancak AİHM'e göre Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında yetkililerin pozitif yükümlülükleri mutlak/koşulsuz değildir. Yaşama yönelik olduğu 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).

30. Diğer taraftan söz konusu pozitif yükümlülük; modern toplumların güvenliğini sağlamadaki zorlukları, insan davranışlarının öngörülemezliğini ve belirli bir faaliyete ilişkin tercihlerin önceliklere ve kaynaklara göre yapılması gerektiğini akılda tutarak yetkililere imkânsız veya aşırı bir sorumluluk yüklemeyecek şekilde yorumlanmalıdır (*Finogevov ve diğerleri*, § 209; *Makaratzis/Yunanistan* [BD] , B. No: 50385/99, 20/12/2004, § 69).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 11/6/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Yaşam Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu; patlayıcı maddenin kamuya açık arazide bulunmasında idarenin sorumluluğu bulunduğunu, fünüyle oynamadığını, eliyle yere oturmamak isterken yanlışlıkla elini fününün üzerine koyması sonucu patlamanın gerçekleştiğini, üçüncü kişinin kusurunun da idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını, ayrıca kusursuz sorumluluk ilkesinin de gözetilmediğini belirterek tam yargı davasının reddi nedeniyle maddi ve manevi bütünlüğün korunması ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

33. 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."

34. 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."

35. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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).

36. Somut olayda başvuru hayatta olmakla birlikte maruz kalınan riskin niteliği gereği başvuruda, yaşam hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabilirliği hususunda bir değerlendirme yapılması gerekmiştir.

37. Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan biri, doğal olmayan bir ölümün gerçekleşmesi olmakla birlikte bazı durumlarda ölüm gerçekleşme dahi olayın yaşam hakkı çerçevesinde incelenilmesi mümkündür (*Mehmet Karadağ*, B. No: 2013/2030, 26/6/2014, § 20).

38. Bu kapsamda ölümün gerçekleşmediği durumda diğer faktörlerle birlikte kişinin maruz kaldığı olayın öldürücü bir niteliğe sahip olup olmadığı ile başvuru fiziksel bütünlüğü üzerinde yarattığı etkinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

39. Somut olayda başvuru Cemal Kılıç, el bombasının ateşleyici mekanizmasının patlaması sonucunda uzuv kaybı gerçekleşecek şekilde yaralanmıştır. Başvurucunun yaralanmasına sebep olan patlayıcının öldürücü niteliği değerlendirildiğinde başvurunun yaşam hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

40. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

41. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yükler (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50).

42. Bu 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 yaşam hakkına yönelik tehdit ve risklere karşı caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler yapmalı; 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).

43. Devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında can kaybının gerçekleştiği durumlarda kamu makamlarının Anayasa'nın 17. maddesi gereğince öncelikle yetkileri dâhilinde tüm imkânları kullanarak yaşam hakkına yönelik tehdit ve risklere karşı etkili yasal ve idari tedbirleri oluşturmaları gerektiği ifade edilmelidir. Bu kapsamda anılan yasal ve idari tedbirler, yaşam hakkına yönelik ihlalleri durdurmayı ve gerektiğinde faillerin cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır. Bu yükümlülük, yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her durum bakımından geçerlidir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 52).

44. Öte yandan yaşam 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 olursa bile pozitif yükümlülükler diğer bir tedbir ile yerine getirilebilir (*Bilal Turan ve diğerleri* (2),B. No: 2013/2075, 4/12/2013, § 59).

45. Bir kişinin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu kamu makamlarınca bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumlarda kamu makamlarının makul ölçüler çerçevesinde ve 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).

46. Öte yandan 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 korunmaya özel muhtaç kişilerin bu tedbirsizliğinin anılan makamların sorumluluklarını tamamen ortadan kaldırmayacağını da belirtmek gerekir (*Hüseyin Münüklü*, B. No: 2014/5973, 13/9/2017, § 67).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

47. Somut olayda başvuru, kamuya açık arazide bulunan MKE yapımı el bombasının patlaması nedeniyle uzuv kaybı gerçekleşecek şekilde yaralanmıştır.

48. Bu noktada öncelikle askerî faaliyetlerin kişilerin yaşamı ile vücut bütünlüğü bakımından birtakım riskler içermesi sebebiyle tehlikeli bir faaliyet olduğu belirtilmelidir. Bu durumda devletin yaşamı koruma yükümlülüğü kapsamında, anılan hizmetin yerine getirilmesinde kişilerin yaşamı ile vücut bütünlüğünün korunması için gerekli güvenlik tedbirlerinin alınması, ölüm ve yaralanma olaylarının önüne geçmek için makul ölçüler çerçevesinde gerekenlerin yapılması bir zorunluluktur.

49. Devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğine ilişkin yapılacak değerlendirmede öncelikle ilgililer tarafından makul ölçüler çerçevesinde gereken tedbirlerin alınıp alınmadığının, daha sonra ise başvuruçunun açık bir tehlikeye karşı tedbirli davranma yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

50. Öncelikle, olayın meydana geldiği yerin askeri tatbikat bölgesi ya da Devletin koruma altına alması beklenen mayınlı arazi gibi bir bölge olmadığı belirtilmelidir. Bu noktada, Devlet'in anılan bölgede özel tedbirler alma yönünde bir yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.

51. Patlayarak yaralanmaya sebebiyet veren el bombasının MKE yapımı ve askerî faaliyetlerde kullanılan bir patlayıcı olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak mühimmatın bulunduğu bölge itibarıyla el bombasının ne zaman ve ne şekilde olayın gerçekleştiği alana geldiğinin

kesin olarak tespit edilmesinin her durumda mümkün olamayacağını kabulü gerekmektedir.

52. Anayasa'nın 17. maddesi, özellikle bir kişinin kendisini yüksek risk içeren bir tehlikeye açıkça maruz bırakması durumu başta olmak üzere yaşam hakkının söz konusu olduğu her durumda bireylere mutlak bir güvenlik sağlanmasını güvence altına aldığı şeklinde yorumlanamayacaktır.

53. Devletin yaşamı korumaya ilişkin yükümlülüğünün tehlikeye karşı aşırı tedbirsiz davranan kişiler için de sınırsız olduğu, anılan yükümlülüğün her durumda ve koşulda tehlikeye karşı mutlak bir güvenlik sağlamayı garanti ettiği söylenemez.

54. Bu durumda somut olayda, başvurucunun kendisini yüksek risk içeren bir tehlikeye açıkça maruz bırakması durumunun söz konusu olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

55. Somut olayda öncelikle olayın meydana geliş şekline ilişkin bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Başvurucu; patlayıcı madde ile oynamadığını, elini yanlışlıkla fünyenin üzerine koyması sonucu patlamanın gerçekleştiğini ileri sürmektedir. Olaya ilişkin yürütülen ceza soruşturması ve tam yargı davasında ise Y.Ç. tarafından gövdesinden ayrılan bombanın ateşleyici kısmını başvurucunun eline alması ve emniyet pimini yerinden çıkarması sonucu patlama olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

56. Başvurucu; ceza yargılamasında verdiği beyanda bulduğu şeyin patlayıcı madde olabileceğini E.ye söylemesi üzerine E.nin elindeki cismi attığını, o sırada patlayıcı maddenin fünyesinden ayrılmış olarak kendisinin oturduğu yere düştüğünü, eliyle yanlışlıkla üzerine yaslandığını ve elini çekmesi üzerine patlama olduğunu belirtmiştir. Başvurucunun anılan maddenin patlayıcı madde olduğunu tahmin ederek arkadaşını uyardığını beyan etmesi karşısında elini görmeden patlayıcı maddenin üzerine koyması şeklindeki iddiasının kabul edilmesi mümkün görülmemektedir. Başvuruya konu olayın başvuru ve arkadaşlarının arazide buldukları el bombası ile oynayarak gövde ve tapa kısmını birbirinden ayırmaları ve başvurucunun eline aldığı ateşleme mekanizması ile oynaması üzerine mekanizma üzerindeki pimin yerinden ayrılması sonucu patlamanın meydana geldiği anlaşılmaktadır.

57. Başvurucu, olay tarihinde on sekiz yaşında olup bölgede çobanlık yapmaktadır. Somut olayın incelenmesinden buldukları nesnenin patlayıcı madde olabileceği yönünde başvurusunun bir öngörüsünün olduğu anlaşılmaktadır.

58. Anılan maddenin tehlikeli olduğunun çok açık ve herkes tarafından öngörülebilir nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Yaşı ile zihinsel durumu gibi faktörler dikkate alındığında tehlikeye karşı özel korunmaya muhtaç olmayan, olaylara ilişkin ortalama değerlendirme yeteneğine sahip yetişkin bir insan olan başvurucudan -anılan maddenin patlayıcı madde olabileceği yönündeki açık öngörüsü de dikkate alındığında- bu riski değerlendirmesi ve sonucunda bu riskten kaçınması beklenmektedir.

59. Somut olayda başvurusunun tehlikeye karşı savunmasız olmadığı, yaşamı için açıkça tehlike oluşturduğunu bildiği patlayıcı maddenin ateşleme mekanizmasını eline alarak patlayıcı maddeyle oynaması suretiyle patlamaya sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır.

60. Kişilerin kendilerini yüksek risk içeren tehlikeye açıkça maruz bıraktıkları tüm durumlar dâhil olmak üzere her durumda ve koşulda devletin sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmek, kamu makamları üzerinde aşırı yük meydana getiren bir yorum olacaktır.

61. Açıklanan gerekçelerle yaşam hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe katılmamıştır.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

62. Başvurucu, ayrıca tam yargı davasının yaklaşık on iki yılda tamamlanması nedeniyle etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

2. Değerlendirme

63. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

64. Başvurucunun yargılamanın uzun sürdüğüne ilişkin şikâyetinin Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

65. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

66. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde sürenin başlangıcı kural olarak uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarih olmakla beraber bazı özel durumlarda girişimin niteliği dikkate alınarak uyuşmazlığın ortaya çıktığı daha önceki bir tarih başlangıç tarihi olarak kabul edilebilmektedir (*Selahattin Akyıl*, B. No: 2012/1198, 7/11/2013, § 45). Bu çerçevede idari yargıda dava açılabilmesi için öncelikle idari makamlara başvurulmasının zorunlu olduğu durumlar ile idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılmasını sağlamak amacıyla idari makamlara yapılan başvurular üzerine açılan davalar bakımından sürenin başlangıcı idareye başvuru tarihi olup (*Fevzi Kayacan*, B. No: 2013/6066, 10/3/2015, § 23) somut başvuru açısından bu tarih, başvuru tarafından İçişleri Bakanlığına başvuru yapıldığı 6/3/2002 tarihidir.

67. Sürenin bitiş tarihi ise çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihidir (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 52). Bu kapsamda somut yargılama faaliyeti açısından sürenin bitiş tarihi, başvurucunun karar düzeltme talebinin reddedildiği 27/2/2014 tarihidir.

68. Medeni hak ve yükümlölüklerle 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).

69. Anılan ilkeler ve Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar dikkate alındığında başvuruya konu olaydaki 12 yıllık yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varmak gerekir.

70. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

71. 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 başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

72. Başvurucu, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

73. Başvuruda, yargılamanın makul sürede tamamlanmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Yaşam Hakkına İlişkin Kararlar

74. Yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararı karşılığında başvurucuya net 24.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

75. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurucunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında illiyet bağı bulunmadığından başvurucunun maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

76. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Hasan Tahsin GÖKCAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

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

C. Başvurucuya net 24.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. 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,

F. Kararın bir örneğinin bilgi için Van 1. İdare Mahkemesine ve Danıştay Onuncu Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 11/6/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvuru, olay sırasında Hakkari’de köyleri civarında çobanlık yapan 18 yaşındaki başvurunun arkadaşları ile arazide buldukları el bombasının patlaması sonucu sağ gözünde uzuv tatili ve sağ el üç parmağının kaybı dolayısıyla idareye karşı açılan tazminat davasının reddedilmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır.

2. Davacı tarafından idari yargıda açılan davada verilen ret kararının; 18 yaşında olan davacının buldukları askeri mühimmatın patlayabileceğini öngörmesi gerektiği halde arkadaşıyla üzerinde oynayıp patlamasına neden olarak ağır kusurlu davranmaları dolayısıyla idarenin hizmet kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği gerekçesine dayandırıldığı anlaşılmaktadır.

3. Yaşam hakkı gereği devletin pozitif yükümlülüğü, kamu görevlileri veya üçüncü kişilerin faaliyetlerinden dolayı kişilerin yaşam haklarına yönelecek risklere karşı koruyucu idari önlemleri almak ve adli düzeni kurmaktır. Bu kapsamda devletin kamu hizmetlerini yürütürken üstlendiği kimi tehlikeli faaliyetler dolayısıyla bireylerin zarar görmemeleri için tedbir almakla yükümlü olduğu açıktır.

4. AİHM temeli kasta dayanmayan bu tür olaylar hakkındaki kararlarında cezai soruşturma ve kovuşturmayı zorunlu görmemekle birlikte, olayın aydınlatılmasını ve sorumluların tespiti ile mağduriyeti gidermeyi öngören bir hukuk yargılaması sürecinin, yaşama hakkını koruyucu standartları sağlayabileceğini ifade etmektedir (örn. Akdemir ve Evin/Türkiye, par. 68; Tamuç ve Diğ./Türkiye, par. 70). Başka bir ifadeyle, yaşam hakkına yönelik hukuk ve ceza davalarında sonuçtan bağımsız olarak mahkemelerden, olayın aydınlatılması, sorumlunun belirlenmesi ve yargılama sürecine ilişkin olarak gereken özen bakımından usuli

yükümlülüklerle uygun hareket etmeleri beklenir. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru denetiminde yargılama sürecine ilişkin özen yükümlülüğünün ne ölçüde yerine getirildiğini dikkate almalıdır.

5. Başvuruya konu olayda askeri kaynaklı patlayıcı mühimmatın arazide bulunduğu anlaşılmaktadır. İdare mahkemesince patlayan mühimmatın Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu tarafından üretildiği belirlenmiş ise de mühimmatın hangi birliklere verildiği sorulmadığı gibi yakın askeri birliklerden, bu tip bir mühimmatın kaybedilmesi olasılığına ilişkin bir araştırma da yapılmamıştır.

6. Üçüncü kişilerin yaşamlarını tehlikeye sokabilecek faaliyetler dolayısıyla devletin gereken tedbirleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Diğer taraftan tehlikeli olduğunda şüphe bulunmayan askeri faaliyet sırasında patlayıcı bir maddenin arazide bulunmasının üç sebebi olabilir. Birincisi, askeri tatbikat veya atış uygulamaları sırasında patlamadığı için arazide kalması, ikincisi askeri geçişler sırasında düşürülmesi, üçüncüsü de askeri operasyonlar sırasında kullanıldığı halde patlamadığı için arazide kalması ihtimalleridir. Özellikle ilk iki ihtimal halinde idarenin patlamayan veya düşen mühimmatı bulma veya bulunamazsa civar yerleşim yerlerini uyarma konusunda tedbir alması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Askeri birlikler nezdinde bir araştırma yapılmadığı için, kamu makamlarının hizmet kusuruna yönelik söz konusu olasılıklar değerlendirilmemiştir. Fakat sonuçta idarenin araziye patlayıcı madde bırakmış olması idare mahkemesi ve Danıştay kararlarında güvenlik hizmeti kusuru olarak kabul edilmiştir.

7. Buna karşılık idare mahkemesi ve Danıştay kararlarında idarenin güvenlik hizmetinin kusurlu olduğu belirtilmekle birlikte 18 yaşında olan başvuru ile arkadaşının mühimmatla oynamaları illiyet bağına kesen ağır kusur olarak kabul edilmiş, Mahkememiz çoğunluk gerekçesinde de sonuç olarak bu fikrin yerinde olduğu değerlendirilmiştir.

8. Ne var ki henüz askerliğini yapmayan ve yaşları gereği hayat tecrübeleri olduğu söylenemeyen başvuru ile arkadaşının, sivilde kullanılmayan askeri harp malzemelerinin patlamış olanı ile olmayanı arasındaki farkı ve etki derecelerini bilmelerinin ve tehlikeyi kesinlikle algılamaları gerektiğinin ileri sürülmesi, başvurana hayatın olağan akışıyla

bağdaşmayan ölçüsüz bir yük yüklemek anlamına gelmektedir. Hatta böyle bir kabul, üçüncü kişilerin yaşamına risk oluşturan bombanın idare tarafından arazide bırakıldığı gerçeğini vehizmet kusurunun varlığını yok saymayı sonuçlamaktadır. Başvuran ve arkadaşının olayda kusurlu olduğu açık ise de bunun illiyet bağıını kesen derecede olduğu söylenemez. Bu durumda başvuranın kusuru yalnızca tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

9. Diğer taraftan, idari yargıda görülen tazminat davasında genel olarak idarenin hizmet kusuru kabul edilmiş ise de sorumluların tespiti yönünde gereken araştırma yapılmamıştır. Bu durum da benzer olayların önlenmesi ve sorumluların fiilleriyle yüzleşmeleri bakımından söz konusu yargılamada yaşama hakkının korunmasıyla ilgili gerekliliklerin yerine getirilmediği anlamına gelmektedir.

Açıklanan nedenlerle, başvurucunun yaşam hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiğidüşüncesindeyim.

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

AYDIN GÜR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/3640)

Karar Tarihi: 30/10/2018

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Muammer TOPAL M. Emin KUZ Recai AKYEL
Raportör Yrd.	: Halil İbrahim DURSUN
Başvurucu	: Aydın GÜR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; sağlık durumu ciddi olan bir hastaya geç müdahalede bulunulması sonucu ölüm olayının meydana gelmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/2/2015 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.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu 11/6/2005 tarihinde yaşamını yitiren 1974 doğumlu N.G.nin kardeşidir.

A. Başvurucunun Kardeşi N.G.nin Ölümü

9. Başvurucunun beyanına göre kardeşi N.G. ikamet ettiği Elazığ'ın Rızaiye Mahallesi'ndeki evinde 8/6/2005 tarihinde on kutu ilaç içerek intihar girişiminde bulunmuştur. Başvurucu; başvuru formunda kardeşinin ilaçları içtikten hemen sonra pişman olup durumu annesine ve ağabeyine söylediğini, bunun üzerine kardeşinin alelacele evlerine 200 metre uzaklıkta bulunan Elazığ Devlet Hastanesi Acil Servisine (Hastane) götürüldüğünü belirtmiştir. Başvurucu, kardeşinin saat 22.05'te şuuru açık bir şekilde ağabeyi ile birlikte Hastaneye vardığını ifade etmiştir.

10. Başvurucu; başvuru formunda olay günü Hastanede nöbetçi olan doktorlara kardeşinin ilaç içip intihar girişiminde bulunduğunun söylendiğini ancak doktorların ilk başta kardeşiyle ilgilenmediklerini, kardeşinden normal bir hasta gibi sıra alıp beklemesini istediklerini, depresyon hastası olan kardeşinin normal bir kişi gibi ayakta durması ve konuşması nedeniyle Hastanenin Acil Servisindeki doktorların gerekli tedaviyi zamanında uygulamadıklarını ve kardeşiyle muhatap olmadıklarını ifade etmiştir. Başvurucu; kardeşinin 40-45 dakika sonra ilaçların etkisiyle fenalaşarak yere düştüğünü, yere düşene kadar kardeşine hiçbir tıbbi müdahalede bulunulmadığını belirtmiştir.

11. Başvurucunun olayların gelişimine ilişkin anlatımı anılan şekilde olmakla birlikte Hastanenin poliklinik defterinde başvurucunun kardeşi N.G.nin Hastaneye 8/6/2005 tarihinde saat 22.35'te geldiği yazılıdır. Bilgisayar kayıtlarında ise N.G.nin saat 22.45'te Hastaneye geldiği bilgisi yer almaktadır.

12. Hastane kayıtlarına göre başvurucunun kardeşini bu Hastanede ilk olarak Dr. E.G. muayene etmiştir. Dr. E.G., bazı tetkikler yaptıktan sonra

icapçı doktor M.Ö.nün de görüşünü alarak başvurucunun kardeşini ilaç içme (entoksikasyon) tanısıyla Fırat Üniversitesi Fırat Tıp Merkezi Acil Anestezi ve Reanimasyon Servisine sevk etmiştir. Olay günü Hastanenin Acil Servisinde görev yapan diğer bir hekim ise Dr. N.K.dır.

13. Sevk kararı üzerine N.G. ambulansla Fırat Tıp Merkezine götürülmüştür. Fırat Tıp Merkezi Acil Tıp Ana Bilim Dalı Hasta Değerlendirme Formu'na göre N.G., hastaneye saat 23.00'te gelmiştir. Anılan formda, hastanın Fırat Tıp Merkezine ulaştığı anda genel durumunun *orta*, bilincinin *açık* olduğu belirtilmiştir. Anılan forma göre Fırat Tıp Merkezi Acil Servisinde muayene edildiği sırada N.G.nin aniden solunumu durmuştur. Bunun üzerine N.G. Anestezi Yoğun Bakım ve Tedavi Servisine alınarak burada tedavi görmüş ise de kurtarılamayarak 11/6/2005 tarihinde saat 01.10'da yaşamını yitirmiştir.

B. Ceza Soruşturması Süreci

14. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan inceleme neticesinde olay hakkında resen bir ceza soruşturması başlatıldığı anlaşılmıştır. Ayrıca ölen kişinin yakınlarının da Hastanede görev yapan doktorların olayda ihmallerinin olduğu ve yakınlarına geç müdahalede bulundukları iddiasıyla, ilgili doktorlardan şikâyetçi oldukları görülmüştür.

15. Ceza soruşturması kapsamında 11/6/2005 tarihinde otopsi işlemi gerçekleştirilmiştir. Gerçekleştirilen otopsi işlemi sonucunda hazırlanan 16/11/2005 tarihli raporun sonuç kısmında kişinin ölümünün ilaç intoksikasyonu ve gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğu belirtilmiştir.

16. Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığı, şikâyet edilen doktorların kamu görevlisi olması nedeniyle 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince dosyayı Elazığ Valiliğine göndermiştir.

17. Elazığ Valiliği 19/8/2005 tarihli ve 11370 sayılı yazısıyla Elazığ Devlet Hastanesi Başhekim Yardımcısı Opr. Dr. H.K.yı ön inceleme raporunu hazırlamak üzere görevlendirmiştir.

18. Muhakkik H.K., bu kapsamda olay günü N.G.ye ilk müdahaleyi yapan Dr. E.G.nin yazılı beyanını almıştır. Dr. E.G.nin 1/9/2005 tarihli yazılı beyanı şöyledir:

“Hasta 06.08.2005 tarihinde saat 22.35’te Acil Servisimize başvurmuştur. Hatta geldiğinde şuuru açık bir şekilde yürüyerek geldi. Hastanın yakınları 10 kutu antidepressan ilaç aldığını söylediler. Hastayı hiç bekletmeden tansiyonuna baktık, damar yolu açtık, solunumu takip ettik. Tansiyonu 160/80 mmhg idi. Daha sonra hastaya mide lavajı yapacaktık, o esnada hasta kustu.

Hastanın tansiyonu 70/40 mmhg’yedüşünce ikinci mayi takıldı. Hastanemizde Anestezi ve Reanimasyon Merkezi olmadığından bu hastanın takip edilmesi icapçı Dr. [M.Ö.] ile görüşülüp hiç bekletmeden F.T.M. Acil Anestezi ve Reanimasyon Merkezine sevk edildi.

Hastaya Acil Servisimize geldikten sonra hiç beklemeden gerekli müdahalelerini yapıp, Fırat Tıp Merkezine sevk ettim. Yaptığım işlemler ve hastanın geliş saati kayıtlarda mevcuttur. “

19. Muhakkik H.K. tarafından yazılı beyanı alınan Dr. N.K. da iş arkadaşıyla benzer yönde beyanda bulunmuş ve yapılması gereken işlemlerin seri şekilde yapıldığını savunmuştur.

20. Muhakkik H.K. ölen kişinin yakınlarının dilekçelerini, şikâyet edilen doktorların beyanlarını ve Hastane kayıtlarını dikkate alarak 2/9/2005 tarihli bir rapor hazırlamıştır. Raporda; hastanın Hastaneye saat 22.05’te değil saat 22.35’te getirildiği, hastanın muayenesinin hiç bekletilmeden yapıldığı, olay adli vaka olduğundan saat 22.39’da Acil Servis Adli Vaka Defteri’ne kayıt yapıldığı, olayın bilgisayar kaydının ise zaman kaybetmemek için saat 22.45’te yapıldığı belirtilmiş ve olayda Elazığ Devlet Hastanesi doktorlarının ihmallerinin bulunmadığı kanaatine varıldığı ifade edilmiştir.

21. Elazığ Valiliğince 27/2/2006 tarihinde anılan rapor doğrultusunda ilgili doktorlar hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir. Bu karara yapılan itiraz üzerine Malatya Bölge İdare Mahkemesi; hastaya ilk müdahalede geç kalındığı yönünde kuvvetli emareler bulunduğu,

dolayısıyla şikâyet edilen doktorlar hakkında soruşturma açılmasında kamu yararı olduğu gerekçesiyle 3/5/2006 tarihinde anılan kararın kaldırılmasına karar vermiştir.

22. Bu karar üzerine Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Dr. E.G. ile Dr. N.K.nın şüpheli sıfatıyla ifadeleri alınmıştır. Akabinde ise 22/1/2007 tarihli iddianameyle Hastanede görev yapan Dr. E.G. ile Dr. N.K. hakkında görevi kötüye kullanma suçundan Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamenin ilgili kısmı şöyledir:

“Her ne kadar hastane kayıtlarında müntehirin 22.35 de Elazığ Devlet Hastanesi acil polikliniğine başvurduğu ve hemen damar yolu açılarak Elazığ Fırat Üniversitesi Tıp Merkezine saat 23.00 da sevk edildiği kayıtlarda mevcut olduğu tespit edilmiş ise de; şikayetçinin iddiaları ve mevcut mahkeme kararına göre bu husus yargılama gerektirdiğinden şüpheliler hakkında görevlerini ihmal ederek kötüye kullanmalarından dolayı dava açmak zorunda kalınmıştır.”

23. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesi 10/4/2007 tarihinde, olay günü başvuruçunun kardeşine ilk müdahaleyi yapan Dr. E.G.nin ifadesini almıştır. Dr. E.G.nin ifadesi şöyledir:

“Suç tarihinde ben Elazığ Devlet Hastanesi’nde doktor olarak çalışmaktaydım. O gün de nöbetçiydim. Olayın üzerinden 2 yıla yakın bir zaman geçtiği için ayrıntılarını hatırlamıyorum ancak hatırladığım kadarıyla hasta yakını olan bir bayanın elinde poşet ile gelip ‘Oğlum bunları içti’ diye söylediğini hatırlıyorum. Hastanın yanında bayan ile birlikte bir erkek daha vardı. Bu hasta yakını olan bayan ve erkek bana hastanın akli dengesinin yerinde olmadığını da beyan ettiler. Akıl hastanesinde tedavi gördüğünü beyan ettiler. Bu beyanlar üzerine ben hemşire [S.O.] ile birlikte mide yıkanması amacıyla [hastayı] müdahale odasına aldık. Bu arada tansiyonunu kontrol ettik. Tansiyonu düşük olduğu için damar yolu açıldı ve serum takıldı. Mide yıkanması için sondayı taktığımız sırada hasta oldukça kustu. Bunun üzerine ben hemşire [S.O.dan] tekrar tansiyonunu ölçmesini istedim. O ölçtü. Tansiyon biraz düşüktü. Ancak şu aşamada ne olduğunu rakam olarak hatırlamıyorum. Bu arada ikinci bir damar yolu daha açıldı, ikinci

serum da takıldı. Bu esnadahastanın şuuru açıktı ve durumu stabildi yani genel durumu tansiyon ve nabız olarak endişe verici bir düzeyde değildi. Bu arada o günün nöbetçisi olan dahiliye uzmanı ile görüştüm. Kendisine hastaya ilişkin tıbbi verileri söyleyip görüş sordum. O da bana bu tür hastaların anestezi ve yoğun bakımda tedavi görmesi gerektiğini söyledi. Bizim hastanemizde de yanlış hatırlamıyorsam yer yoktu. Genel uygulamamızda çok fazla ilaç alan ve hayati tehlikesi bulunanları Fırat Tıp Merkezi'ne sevk ediyoruz. Bu hastayı da Fırat Tıp Merkezi ile görüşüp Fırat Tıp Merkezi'ne sevk ettik. Bu işlemler belli bir tempo ile yapıldığı için ne kadar sürede yapıldığını hatırlamıyorum. Ancak çok kısa sürdüğüne eminim. Bu süre hastanın bizim kayıtlara giriş saati ile Fırat Tıp Merkezi'ne giriş saatleri karşılaştırıldığında rahatlıkla anlaşılabilir. Ben olayın bazı ayrıntılarını unutmuş olabilirim. Ancak önceki beyanlarımda daha ayrıntılı bilgi vermiş olabilirim. Kaldı ki Fırat Tıp Merkezi kayıtlarında da hastanın geldiği zaman ki durumunun kötü olmadığı, şuurunun yerinde olduğu buradaki kayıtlarla sabittir. Bu nedenle müteveffa [N.G.ye] ait Fırat Tıp Merkezi'ndeki tedavi evraklarının da celp edilmesini istiyorum. Hastaya benim dışımda acil serviste bulunan diğer doktor arkadaşım olan [N.K.], hemşire [S.O.] ve yine hemşire olan [E.] isimli soyisini hatırlamayadığım bir hemşire daha vardı. Bu aşamada hatırlayabildiklerim bunlardır, dedi.' "

24. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesince ifadesi alınan Dr. N.K. iş arkadaşıyla benzer yönde beyanda bulunmuştur. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesi, Dr. E.G.nin ifadesinde adı geçen hemşirelerin de ifadesini almıştır. İfadesi ilk kez kovuşturma aşamasında 12/6/2007 tarihinde alınan Hemşire S.O.nun beyanları şöyledir:

" (...) Olay tarihi epeyce eskidir. Yaklaşık 2 yıl oluyor. Hatırladığım kadarıyla hasta yanında annesi ile birlikte geldi. Elllerinde bir poşet vardı. Annesi olduğunu söyleyen bayan poşetteki ilaçları göstererek o ilaçları içmek suretiyle intihar ettiğini söylüyordu. Gösterdiği ilaç kutularının çoğu anti-depresan ilaçlardı. Ben ve doktor beyler ile sağlık memurları hastayı müdahale odamıza aldık. Tansiyonuna baktık. Şu anda hatırlamıyorum ancak tansiyonu adli vaka defterinde yazılıdır. Geldiğinde hastanın bilinci yerindeydi. Damar yolu açtık (her iki

koldanda damar yolu açtık). Açılan damar yolundan serum verdik. Bu arada Nazogastrik sonda tatbik etmeye çalıştığımız sırada hasta kustu. Daha sonra hasta Fırat Üniversitesi Tıp Merkezine sevk edildi. Bu sevk konusunda hangi uzmanın karar verdiğini hatırlayamıyorum. Evraklarda yazılıdır. Hasta, hastanemize müracaat ettikten sonra herhangi bir şekilde tedavi için bekletilmemiştir. Biz adli vakaları hiç bekletmeyiz. Kaldığı ilaçla intiharlarda süre önemlidir, bu nedenle bekletmedik. Ben maktûlün daha önce de hastaneye gelip gelmediğini bilmiyorum, dedi.’ “

25. İfadesi alınan diğer hemşire E.Z. de arkadaşının ifadesine benzer yönde beyanda bulunmuştur.

26. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesi, N.G.yi hastaneye götüren M.A.G.nin (N.G.nin ağabeyi) ifadesini almıştır. M.A.G.nin 10/4/2007 tarihli ifadesi şöyledir:

“Müteveffa [N.G.] benim kardeşim olur. Biz Elazığ Devlet Hastanesinin 3 sokak aşağısında olan Rızaiye Mahallesinde ikamet ederiz. Kardeşimin ilaç içtiğini öğrenmemiz üzerine ben kardeşim [N.G.] ile birlikte yürüyerek hastaneye gittik. Hastaneye giderken kardeşimin durumu iyiydi. Çünkü yürüyerek gitti. Hastaneye vardığımızda acilde bulunan görevli herkese kardeşimin ilaç içtiğini, intihar ettiğini söyleyerek tedavinin yapılmasını talep ettik. Acilde görevli herkesten talepte bulunmamıza rağmen işin yoğunluğunu söyleyerek bize sıramızı beklememizi söylediler. Hatta ilaç alsa bu kadar rahat konuşamaz, ayakta duramaz şeklinde beyanda bulunup inanmadıklarını söylediler. Bunun asıl nedeni kardeşimin psikolojik bozukluğu olması nedeniyle sık sık bu hastanenin aciline gidip geliyormuş. Bu nedenle kardeşimin o günkü gelişini de çok önemsemediler. Bana bu yukarıda anlattığım şeyleri yapan kişiler arasında huzurda bulunan her iki sanık da vardı. Bize sıramızı beklememizi söylemeleri üzerine ben kardeşim ile birlikte bekleme salonunda beklemeye başladım. Kardeşim bu esnada iki tane de sigara içti. Yaklaşık 20-30 dakika kadar bir süre sonra annem kardeşimin içtiği ilaçları bir poşete doldurmuş hastaneye geldi. Annem geldikten sonra hep birlikte yeniden hastane personelinin yanına gittik.

Huzurda bulunan sanıklar da oradaydılar. Annem ağlamaklı ve telaşlı bir halde poşette bulunan ilaçlardan kardeşimin içerek intihar etmeye çalıştığını söyledi. Huzurda bulunan sanıklar da “O kadar ilaç içmiş olsa zaten ölür, bizim yapabileceğimiz bir şey de olmaz” şeklinde söyleyerek olayın vahametini ciddiye almadılar. Biz tekrar bekleme salonuna geri döndük. 5 dakika kadar burada oturduk. Bu esnada kardeşim fenalaştı. Biz doktorlara haber verdik. Bunun üzerine hemen yan odaya aldılar. Burada bank gibi bir şey vardı. Biz kardeşimi oraya oturttuk. Kardeşim oradan yere düştü. Kafası betona denk geldi. Bu arada da şiddetli bir şekilde kustu. Bunları gören annem ağlamaya başladı. Bu sırada kardeşime serum bağlayıp araştırma hastanesine sevk ettiler. Bunun dışında kardeşime herhangi bir tıbbi müdahale olmamıştır. Sanıkların savunmalarında geçen beyanların hiçbirisi doğru değildir (...))”

27. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesince ifadesi alınan başvurusunun annesi F.G., olayların gelişimi ile ilgili olarak oğlu M.A.G. ile benzer yönde beyanda bulunmuştur.

28. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesi, olay günü Hastanede N.G.yi gördüğünü ve N.G. ile belli süre muhabbet ettiğini belirten F.Y. adlı kişinin tanık sıfatıyla ifadesini almıştır. F.Y. adlı kişinin soruşturma aşamasında herhangi bir şekilde ifadesi alınmamış olup ilk kez kovuşturma aşamasında 12/6/2007 tarihinde ifadesi alınmıştır. F.Y.nin ifadesi şöyledir:

“ Ben Elazığ-Tunceli Hozat ilçesi arasında yolcu taşımacılığı yaparım. Olay tarihinde kolu kırılan bir hastayı ücreti karşılığında Elazığ Devlet Hastanesine getirdim. Ben hastanenin koridorundayken hastaneye ölen [N.G.] yürüyerek yanında huzurda bulunan katılan [M.A.G.] olduğu halde geldi. Yanıma gelip oturdu. Bu esnada katılanın doktorların yanına giderek durumu anlatıp anlatmadığını bilemiyorum. Bu şekilde 15-20dakika kadar [N.G.] benim yanımda oturdu. Bu esnada katılan [M.A.G.nin] nerede olduğunu bilemiyorum. [N.G.] benim yanımda oturduğu sırada annesi olan [F.G.] elinde bir poşet ile hastaneye geldi. [F.G.] gelir gelmez orada bulunan bayan hemşirelerden birine giderek elinde bulunan poşeti gösterip içindeki ilaçları içerek [N.G.nin] intihar etmeye çalıştığını anlattı. Bu sırada [F.G.] bağıırıp çağırmaya başlamıştı. Ben de müdahale ederek hemşirelere midesinin yıkanmasının

gerektiğini söyledim. Bu sırada [N.G.nin] vücudunda titremeler başladı. Daha sonra benimle birlikte hemşire [N.G.yi] kolundan tutup sedyeye götürdük. Ben salona geri döndüğüm esnada [N.G.nin] sedyeden yere düştüğünü gördüm. Bu esnada katılan [M.A.G.nin] nerede olduğunu ben bilmiyorum. Daha sonrasında ne olduğunu ben bilmiyorum. Benim gördüklerim bunlardan ibarettir dedi.’ “

29. Sanık konumundaki doktorlar, F.Y. adlı kişinin beyanlarını kabul etmediklerini ve F.Y.yi ilk kez duruşma salonunda gördüklerini ifade etmişlerdir. F.Y. adlı tanığın beyanlarından sonra bir kez daha ifadeleri alınan hemşireler ise olayın gelişimine ilişkin kendi anlatımlarının doğru olduğunu savunmuşlardır. Katılan tarafın vekili ise kendi iddialarının hastaya tıbbi müdahale yapılınca kadar geçen süreyle ilgili olduğunu, bu süre zarfında gerekli müdahale yapılmadığı için olayın meydana geldiğini, hemşire olan tanıklar bekleme süresi geçip fenalaştıktan sonra hastaya müdahale ettikleri için bu müdahale olayını anlattıklarını, bekleme süresi içinde hastaya müdahale etmedikleri için doktorların da hastaya rastlayan tanık F.Y.yi görmemiş olmalarının normal olduğunu ifade etmiştir.

30. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesi olayla ilgili olarak Yüksek Sağlık Şûrasından bir rapor almıştır. Yüksek Sağlık Şûrasının 26-29/5/2009 tarihli raporunda; kişinin ölümünün çok miktarda ilaç alımına bağlı zehirlenme sonucu meydana gelmiş olduğu, doktorların tıbben yapılması gereken işlemleri yaptığı, dolayısıyla doktorların kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir.

31. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesi, elde ettiği tüm bu verileri değerlendirerek 7/12/2009 tarihli kararla doktorların beraatine karar vermiştir. Mahkeme, doktorlar hakkında görevi kötüye kullanma suçundan kamu davası açılmış ise de doktorların atılı suçu işlediklerine dair cezalandırılmalarına yeter derecede kesin ve inandırıcı bir delil elde edilemediğini belirtmiştir.

32. Temyiz edilen karar, Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 1/11/2012 tarihli ilamıyla ilk derece mahkemesince eksik inceleme sonucu hüküm kurulduğu gerekçesiyle bozulmuştur. Yargıtay ilamında özellikle hastanın özürsüz olarak bekletilmesi gibi bir durumun olup olmadığı, böyle bir gecikme

varsa bu gecikmenin ölümün gerçekleşmesine sebep olup olmayacağı hususlarının yeterli bir şekilde araştırılmadığına vurgu yapılmıştır.

33. Bozma kararından sonra yargılamaya devam eden Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesi, Adli Tıp Kurumu İstanbul Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulundan rapor almış ve bu rapora dayanarak yine doktorların beraatine karar vermiştir.

34. Temyiz edilen bu karar, Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 25/4/2017 tarihli ilamıyla ilk derece mahkemesince eksik inceleme sonucu hüküm kurulduğu gerekçesiyle bozulmuştur. Yargıtay, ilk derece mahkemesince hükme esas alınan bilirkişi raporunda yarım saatlik gecikmenin ölüme sebep olup olmayacağı hususuna ilişkin olarak herhangi bir değerlendirme yapılmamış olmasına vurgu yapmıştır.

35. Yargıtay ilamından sonra yargılamaya devam eden Elazığ 5. Asliye Ceza Mahkemesi 14/11/2017 tarihli kararla davanın zamanaşımından düşmesine karar vermiştir.

36. UYAP kayıtlarından, temyiz edilen bu karar hakkında henüz bir karar verilmediği anlaşılmıştır.

C. Tam Yargı Davası Süreci

37. Başvurucu 26/7/2005 tarihinde Sağlık Bakanlığına müracaat etmiş ve anılan olay sebebiyle uğramış olduğu maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi talebinde bulunmuştur. Sağlık Bakanlığı başvurusunun talebini reddetmiştir.

38. Bunun üzerine başvuru 16/9/2005 tarihinde Elazığ 1. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde özetle ilaç içerek intihar girişiminde bulunan kardeşinin saat 22.05'te Hastaneye ulaştığını, Hastanenin Acil Servis doktorlarının kardeşinden normal bir hasta gibi sıra alıp beklemesini istediğini, fenalaşana kadar kardeşine herhangi bir tıbbi müdahale yapılmadığını, böylece 35-40 dakika geçtiğini, sağlık hizmetlerinin geç işlemesi nedeniyle olayda hizmet kusurunun bulunduğunu belirtmiştir. Bu davada, başvurusunun yanı sıra başvurusunun annesi ile kardeşleri de davacı taraf sıfatıyla yargılamaya katılmıştır.

39. Davalı idare, başvurunun kardeşinin Elazığ Devlet Hastanesine müracaatı üzerine gerekli tıbbi muayene ve müdahalenin zamanında yapıldığını belirterek davanın reddine karar verilmesi gerektiğini savunmuştur.

40. Elazığ 1. İdare Mahkemesi 26/5/2010 tarihinde Adli Tıp Kurumu Başkanlığına müzekkere yazarak Hastanede başlayan ve Fırat Tıp Merkezinde ölümle neticelenen somut olayda ilgili sağlık kuruluşlarına ve görevli sağlık personeline atfedilebilecek bir kusur bulunup bulunmadığı hususunun tespit edilmesini istemiştir.

41. Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu, başvurunun kardeşi hakkında düzenlenen tıbbi ve adli evrakı dikkate alarak 18/8/2010 tarihli bir rapor hazırlamıştır. Raporda, gerek Elazığ Devlet Hastanesinde gerekse Fırat Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu belirtilmiştir. Raporda ayrıca başvurunun kardeşinin tıbbi kayıtlara göre Elazığ Devlet Hastanesine saat 22.35'te ulaştığı ifade edilmiş ve bu saat esas alınarak başvurunun kardeşine yapılan ilk müdahale yönünden herhangi bir sorun görülmemiştir. Raporda, Hastaneye saat 22.05'te ulaşıldığı ancak hastaya 35-40 dakika hiçbir tıbbi müdahalede bulunulmadığı yönündeki iddialar hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır.

42. Başvurucu, anılan rapora itiraz etmiştir. Başvurucu; idare mahkemesinde görülen davanın icra edilen tıbbi müdahale ve sonrası ile ilgili olmayıp kardeşine geç müdahale edilmesi ile ilgili olduğunu, davanın temelinde saat 22.05'te Hastaneye ulaşan kardeşine uzun bir süre müdahale edilmemesinin bulunduğunu ifade etmiştir.

43. Elazığ 1. İdare Mahkemesi, Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesine müzekkere yazarak olay hakkında yürütülen ceza soruşturmasının akıbetini sormuş; karar verilmişse kararın onaylı örneğinin Mahkemeye gönderilmesini istemiştir. Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesi, müzekkere ile istenen bilgi ve belgeleri Elazığ 1. İdare Mahkemesine göndermiştir.

44. Elazığ 1. İdare Mahkemesi 17/3/2011 tarihli kararla tarafların beyanlarını, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu raporunu ve dava dosyasında bulunan diğer bilgi ve belgeleri dikkate alarak davanın reddine karar

vermiştir. Mahkeme, kararında öncelikle Adli Tıp Kurumu raporuna yapılan itirazı incelemiş ve bu itirazı yerinde görmeyerek raporun hükme esas alınabilecek yeterlilikte olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, akabinde başvurucunun kardeşi N.G.nin rahatsızlığının teşhis ve tedavisinde hizmetin geç veya kötü işlediğine dair idareye atfedilebilecek bir kusur bulunmadığının Adli Tıp Kurumu raporu ile ortaya konulmuş olması karşısında davalı idarenin tazminat sorumluluğuna gidilmesine hukuken olanak bulunmadığını ifade etmiştir.

45. Başvurucu 29/4/2011 tarihli dilekçeyle ilk derece mahkemesi kararını temyiz etmiştir. Başvurucu, temyiz dilekçesinde özetle kararın maddi yönden ve usul yönünden kanuna aykırı olduğunu, hükme esas alınan raporda kardeşine yapılan tıbbi müdahale ve sonrasının incelendiğini, oysa açtığı davanın bununla ilgili olmayıp tıbbi müdahale öncesi yaşanan gecikmeyle ilgili olduğunu belirterek kararın bozulması isteminde bulunmuştur.

46. Danıştay Onbeşinci Dairesi 17/4/2014 tarihli ilamla ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar vermiştir.

47. Karar düzeltme istemi, aynı Dairenin 18/12/2014 tarihli ilamı ile reddedilmiştir.

48. Bu karar 3/2/2015 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiştir.

49. Başvurucu 27/2/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

50. Ölüm olayının meydana geldiği dönemde yürürlükte olan 13/12/1983 tarihli ve 181 sayılı mülga Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin ikinci maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Sağlık Bakanlığının görevleri şunlardır:

a) Herkesin hayatını beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak için fert ve toplum sağlığını korumak

ve bu amaçla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, uygulamak ve uygulatmak, her türlü tedbiri almak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak,

(...)”

51. 11/5/2000 tarihli ve 24046 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği’nin (Yönetmelik) “Yataklı Tedavi Kuruluşları Bünyesinde Yer Alan Acil Servisler” başlıklı 15. maddesi şöyledir:

“Genel ve katma bütçeli dairelere, il özel idarelerine, belediyelere, kamu iktisadi teşebbüslerine ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait yataklı tedavi kurumları ile özel hukuk tüzel kişilerine ve gerçek kişilere ait yataklı tedavi kurumları 24 saat kesintisiz olarak acil sağlık hizmeti verirler. Bu kurum ve kuruluşlar bünyesinde bulunan acil servislerde, acil hasta ve yaralılar karşılanarak, ilk tıbbî müdahale ve tıbbî bakım yapılır. Hasta veya yaralılar için yönlendirme Merkezin bilgisi dahilinde yapılır. Birinci fıkrada sayılan özel ve kamuya ait bütün hastanelerin acil birimleri, bütün acil başvurularını ayırım yapmaksızın kabul ederler. Başvuran her hasta için acil tıbbî değerlendirme, müdahale ve gerektiğinde stabilizasyon sağlanır.

Acil sağlık hizmeti, hizmete ihtiyaç duyulan andan itibaren, kesin tedavi sürecine kadar hiçbir kesinti olmadan verilir. Acil servisler, hastaya hastane öncesi bakım sağlayan ambulans hizmetlerini destekler ve gerekirse tıbbî yönlendirme sağlar.

İlk tıbbî müdahale yapıldıktan sonra ileri tıbbî bakım ve tedavi konusunda yetersizlik söz konusu ise, sevki uygun görülen hastane ile koordinasyon sağlanarak verilen tıbbî bakımın tamamı ilgili birim sorumlusu tarafından yazılı olarak belgelendirilir. Bu belge nakil yapılacak kuruma hasta ile birlikte gönderilir. Nakil ancak, stabilizasyon sağlandıktan sonra veya hayatî tehlike veya sakatlık tehlikesi taşıyan hastaların uygun bakımlarının, stabilizasyonlarının ve tedavilerinin mevcut tıbbî-teknik imkanlar ile gerçekleştirilemeyeceğinin tespit edilmesi halinde yapılır.

Acil servislerde kaliteli ve itinalı hizmet sunumunun sağlanması için;

a) Bu birimler fizikî altyapı, insan gücü, tıbbî cihaz, donanım, lüzumlu ilaç, serum, sarf malzemesi ve ambulans hizmetleri yönünden hiçbir aksaklığa meydan verilmeyecek ve hizmetin 24 saat kesintisiz sunulmasını sağlayacak şekilde yapılandırılır. Hastane acil servisi için organizasyon planı yazılı olarak hazırlanır ve acil servisin faaliyetleri bu yazılı plan çerçevesinde yürütülür.

b) Hizmetler; uzman tabip sorumluluğunda, acil sağlık hizmetleri konusunda eğitim görmüş, tecrübeli ve yeter sayıda tabibin, hemşirenin ve diğer personelin de katılımı ile bir bütün olarak yürütülecek şekilde organize edilir. Bütün görevlilerin acil servis birimindeki görev, yetki ve sorumlulukları yazılı olarak hazırlanır ve acil serviste görülebilecek bir yere asılır.

c) Bu birimlerde görevlendirilecek personel; hizmetin hedefleri, çalışma standartları, görevleri, yetkileri ve sorumlulukları konusunda hizmet öncesi resmî bir eğitim programına alınır, hizmet sırasında sürekli izlenir ve sonuçlar periyodik olarak değerlendirilir.

d) (Değişik: RG 24/3/2004- 25412) Bu birimler fiziki konum itibarıyla araç giriş ve çıkışına elverişli ayrı girişi olan, ambulans park alanı, triaj alanı, hasta yakını bekleme salonu, ayaktan tedavi, gözlem, küçük müdahale, canlandırma üniteleri ile malzeme, haberleşme, güvenlik ve personel odalarından teşkil edilir. Bu birimler zemin katta ve bağımsız görüntü vermekle birlikte hastane dahilinde bulunan tanı, tetkik ve tedavi ünitelerine kolay ulaşılabilir, yönlendirme, tanıtma ve halkla ilişkiler bakımından yeterli ve uygun fiziki nitelikleri haiz olmalıdır.

e) Acil servislerde bulunan bütün araç-gereç ve tıbbî donanım, daima kullanıma hazır halde bulundurulur.

f) Başvurudan işlemlerin tamamlanmasına kadar, acil vaka ile ilgili bütün veri kayıt ve arşiv sistemi kurularak ilgili mevzuatta öngörülen süre ve usulde saklanır. Adli vakalara ilişkin işlem ve bildirimler mevzuata uygun olarak yapılır.

Acil servislerin malzeme, personel, hizmet kıstasları, fizikî şartları ve diğer hususlar Bakanlıkça belirlenir.”

52. Yönetmelik'in “Kayıt ve Bildirim” başlıklı 33. maddesi şöyledir:

“Acil sağlık hizmetleri sunan bütün hizmet birimleri, Bakanlıkça hazırlanan kayıt formlarını doldurmak ve bildirim formları ile sundukları hizmet ile ilgili bilgileri Bakanlığa periyodik olarak bildirmek zorundadırlar.”

53. Yönetmelik'in “Kayıtların Saklanması ve Arşiv” başlıklı 34. maddesi şöyledir:

“Sunulan hizmet ile ilgili kayıtlar, ilgili mevzuat hükümlerine göre muhafaza edilir. Var ise, bütün ses kayıtları üç ay süre ile saklanır. Bu süre sonunda herhangi bir başvuru olmaz ise kayıt silinir. Merkez, bu işlemi, kuruluşun teknik imkanları ve hizmet yoğunluğunun cevaz verdiği nispette gerçekleştirir. Seslerin kaydedilemediği veya kayıtların muhafaza edilemediği durumlarda yazılı kayıtlardan yararlanılır.”

54. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun “Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması” kenar başlıklı 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

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

B. Uluslararası Hukuk

55. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) “Yaşam hakkı” kenar başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur.”

56. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre yaşam hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler -ister özel hastane ister devlet hastanesi olsun- hastaların yaşamlarının korunmasını teminat altına alma zorunluluğu getiren düzenleyici bir çerçeve oluşturulmasını gerekli kılar (*Asiye Genç/Türkiye*, B. No: 24109/07, 27/1/2015, § 67).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

57. Mahkemenin 30/10/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

58. Başvurucu; ilaç içerek intihar girişiminde bulunan kardeşine Elazığ Devlet Hastanesinde zamanında müdahale edilmediğini, kardeşinin bu nedenle yaşamını yitirdiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, kardeşinin Elazığ Devlet Hastanesine saat 22.05'te ulaştığını ancak 40-45 dakika kardeşine hiçbir müdahalede bulunulmadığını, kardeşinin ilaç içerek intihar girişiminde bulunduğunun doktorlara açıklanmasına rağmen doktorların kardeşinden normal bir hasta gibi sıra alıp beklemesini istediğini ifade etmiştir. Başvurucu, tıbbi müdahalenin ancak kardeşinin fenalaşması üzerine yapıldığını, zamanında müdahale edilseydi kardeşinin yaşıyor olabileceğini, Elazığ Devlet Hastanesindeki gecikmeye annesinin, ağabeyinin ve F.Y. adlı bir kişinin tanık olduğunu belirtmiş; bu iddialarla yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

59. Başvurucu ayrıca kardeşinin ölümünün ardından başlattığı hukuk mücadelesinde davaların geç sonuçlandığını, kardeşinin ölümü ile neticelenen olayda kamunun sorumlu tutulamayacağına ilişkin mahkeme kararlarının hukuka aykırı olduğunu, olaydan Sağlık Bakanlığının mesul olduğunu, dosya kapsamında bulunan delillerin değerlendirilmediğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

60. Başvurucu, maddi ve manevi zararlarının karşılanması ile doktorların cezalandırılması talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

61. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini

kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvuru formu ve ekleri bir bütün olarak incelendiğinde başvurunun temel olarak kardeşi N.G.nin yaşamının korunması için gerekli önlemlerin alınmamasından ve idari yargıda açtığı tam yargı davasının özenli ve kapsamlı bir şekilde incelenmemesinden şikâyet ettiği anlaşılmıştır. Bu nedenle başvurunun tüm iddialarının Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

62. Somut olayda başvuru, kardeşinin ölümü ile neticelenen olayda hizmet kusuru bulunduğu iddiasıyla açtığı tam yargı davasının reddedilmesinden sonra bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuru, bireysel başvuru formunun “*Başvuru Yollarının Tüketilmesine İlişkin Aşamalar*” başlıklı kısmında idari yargıdaki süreçten bahsetmiş ve nihai karar olarak Danıştay Onbeşinci Dairesinin 18/12/2014 tarihli kararını göstermiştir. Başvuru, başvurusunda birtakım eksikliklerin bulunması üzerine kendisine gönderilen *Eksikliğin Giderilmesi Bildirimi* sonrasında idare mahkemesinde görülen tam yargı davasına ilişkin belgeleri Anayasa Mahkemesine ibraz etmiştir. Başvuru, bireysel başvuru formunda doktorlar hakkındaki kamu davasına katıldığı yönünde bir beyanda da bulunmamıştır. Bu durumda başvurunun iddialarının idari yargıda görülen tam yargı davası ile ilgili olduğu ve incelemenin bu dava kapsamında yapılması gerektiği değerlendirilmiştir.

63. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

64. 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.”

65. Somut olayda başvuru, kardeşinin ölümü ile sonuçlanan olay nedeniyle açtığı tam yargı davasının özenli ve kapsamlı bir şekilde incelenmediği iddiasının yanı sıra geç yapılan müdahale nedeniyle kardeşinin yaşamının korunamadığını da ileri sürmüştür. Ancak yaşam hakkının usul boyutu yönünden yapılan incelemede (bkz. §§ 78-94) ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere somut olayda başvurusunun kardeşi N.G.nin yaşamının korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı, yetkili makamların başvurusunun kardeşi N.G.nin yaşamını korumak için kendilerinden makul olarak beklenebilecek her şeyi yapıp yapmadığı açık değildir. Olayın gerçekleşme koşulları henüz tam olarak belirlenmediğinden Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkının maddi boyutunun ihlal edildiği yönündeki iddiayı bu aşamada değerlendirebilmesi mümkün değildir.

66. Bu nedenle inceleme, yaşam hakkının usul boyutuyla sınırlı olarak yapılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

67. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan yaşam hakkının usul boyutunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

68. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı, Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yükler (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50).

69. Pozitif yükümlülüklerin korumaya ilişkin maddi yönünün yanı sıra usule ilişkin bir yönü de bulunmaktadır. Bu yükümlülük, doğal olmayan her ölüm olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmeyi gerektirir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 54).

70. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türünün yaşam hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım

gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespiti gerekmektedir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin ölümcül saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda, yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ile davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi yaşam hakkı ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 55).

71. Ancak ihmal nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarına ilişkin davalar açısından farklı bir yaklaşımın benimsenmesi gerekir. Buna göre yaşam hakkının veya fiziksel bütünlüğün ihlaline kasten sebebiyet verilmemiş ise *etkili bir yargısal sistem kurma* yönündeki pozitif yükümlülük her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmez. Mağdurlara hukuki, idari ve hatta disiplinle ilgili hukuk yollarının açık olması yeterli olabilir(*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 59).

72. Bununla birlikte ihmal suretiyle meydana gelen ölüm olaylarında devlet görevlilerinin ya da kurumlarının bu konuda muhakeme hatasını veya dikkatsizliği aşan bir ihmali olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda -bireyler kendi inisiyatifleriyle hangi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun- insanların hayatının tehlikeye girmesine neden olan kişiler aleyhine etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi, hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması Anayasa'nın 17. maddesinin ihlaline neden olabilir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, §§ 59-62).

73. Aynı durum yetkili kişi ve kurumların mesleki ödevlerini hiçe sayarak sağlık kuruluşlarına başvuran hastanın hayatına veya vücut bütünlüğüne zarar vermeleri hâlinde sağlık alanında yürütülen faaliyetlerde de geçerlidir (*Kenan Sayın*, B. No: 2013/5376, 14/10/2015, § 47).

74. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında devletin yerine getirmek

zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutu, yaşanan ölüm olayının veya bireylerin maddi ve manevi varlığının zarar görmesine sebep olan vakaların tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan bağımsız bir soruşturma yürütülmesini gerektirmektedir (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 94).

75. Yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığı koruma hakkı kapsamında yürütülecek olan ceza soruşturmalarının yanı sıra hukuki sorumluluğu ortaya koymak adına adli ve idari yargıda açılacak tazminat davalarının da makul derecede ivedilik ve özen şartını yerine getirmesi gerekmektedir.

76. Mağdurların kendi inisiyatifleri ile başvurabilecekleri tazminat yollarının sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolların uygulamada da etkili olması gerekir. Bir başvuru yolunun ancak hak ihlalinin önleyebilmesi, devam etmekteyse sonlandırabilmesi veya sona ermiş bir hak ihlalinin karara bağlayabilmesi ve bunun için uygun bir giderim sunabilmesi hâlinde etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir (*Tahir Canan*, § 26; *Filiz Aka*, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, § 39).

77. Yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın ileri sürüldüğü tazminat ve tam yargı davalarında, derece mahkemelerinin Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği özende bir inceleme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bununla birlikte söz konusu özen yükümlülüğü, yaşam hakkı ile ilgili her davada mutlaka mağdurlar lehine bir sonuca varılmasını garanti altına almamaktadır (*Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş*, B. No: 2013/4086, 20/4/2016, § 73).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

78. Somut olayda başvuru; yaşam hakkının usul boyutu ile ilgili olarak derece mahkemelerinin dosya kapsamında bulunan delilleri değerlendirmeksizin kararlar verdiğini, Elazığ Devlet Hastanesinde yaşanan gecikmeye ilişkin olarak tanık beyanlarının bulunduğunu iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, açtığı davanın geç sonuçlanmasından şikâyet etmiştir. Başvurucu; başvuru formunda özellikle Fırat Tıp Merkezinde yapılan tıbbi müdahalelerle ilgili bir ihlal iddiasının olmadığını, başvuru konusunun Hastanede kardeşine geç müdahale edildiği iddiası ile ilgili olduğunu ifade

etmiştir. Bu sebeple bireysel başvuru incelemesi, Hastanede yaşandığı iddia edilen gecikmenin Elazığ 1. İdare Mahkemesince etkili bir şekilde araştırılıp araştırılmadığı ile sınırlı olacaktır.

79. Somut olayda başvuru, Hastanede görev yapan doktorların kardeşi N.G.nin sağlık durumunun acil olmadığını değerlendirerek kardeşinden normal bir hasta gibi sıra alıp beklemesini istemeleri sonucu muayenede gecikme yaşandığını belirterek yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başka bir anlatımla başvuru; sağlık durumu acil olan kardeşinin normal bir hasta gibi değerlendirildiğini, doktorların bu sebeple değerlendirme hatası yaptığını iddia etmiştir. Başvurucunun bu iddiaları dikkate alındığında Elazığ 1. İdare Mahkemesinde görülen tam yargı davasının, yaşam hakkı kapsamında mağduriyet varsa bu mağduriyeti ortadan kaldıracı bir değerlendirilmiştir. Dolayısıyla yaşam hakkı kapsamındaki *etkili yargısal sistem kurma* yükümlülüğü, somut olayda başvurucuya idare mahkemeleri önünde açabileceği bir tam yargı davası yolunun sağlanması ile yerine getirilmiş sayılabilir. Bununla birlikte somut olayda olduğu gibi gerçekleştirilen tıbbi muayeneden değil de tıbbi muayenenin geç yapıldığından yakınılan durumlarda olay hakkındaki varsa ceza soruşturması ve/veya idari soruşturma kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin olayı aydınlatma yükümlülüğü yönünden son derece önemli olduğu, bu bilgi ve belgelerin idare mahkemelerince dikkate alınması gerektiği özellikle vurgulanmalıdır.

80. Görülmekte olan bir davadaki delilleri değerlendirmek ve hukuk kurallarını yorumlamak kural olarak derece mahkemelerinin işi olmakla birlikte yaşam hakkının ihlal edildiği şikâyetinin bulunduğu davalarda derece mahkemelerinin Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği özende bir inceleme yapıp yapmadıklarının ya da ne ölçüde yaptıklarının Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu husus dikkate alındığında Elazığ 1. İdare Mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararının Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği özende bir inceleme içerip içermediğinin Anayasa Mahkemesince incelenmesi gerekir. Böyle bir inceleme, Anayasa ile Anayasa Mahkemesine verilen temel haklardan birinin ihlal edilip edilmediğini inceleme görevinin yerine getirilmesi bakımından gereklidir.

81. Bu bağlamda idari yargıda görülen tam yargı davası sürecine bakıldığında Hastanede N.G.ye geç tıbbi müdahalede bulunulduğu iddiasıyla Sağlık Bakanlığı aleyhine Elazığ 1. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açıldığı,N.G.ye uygulanan tedavilerde hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alındığı, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunca hazırlanan bilirkişi raporunda gerek Elazığ Devlet Hastanesinde gerekse Fırat Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu yönünde görüş bildirildiği, davanın bu bilirkişi raporuna dayanılarak reddedildiği, başvurunun temyiz ve karar düzeltme taleplerinin reddedilmesi ile anılan kararın kesinleştiği görülmektedir.

82. Elazığ 1. İdare Mahkemesine sunulan dava dilekçesi incelendiğinde başvurunun temel şikâyetinin ilaç içerek intihar girişiminde bulunan kardeşine geç tıbbi müdahalede bulunulduğu iddiası ile ilgili olduğu görülmektedir (bkz. § 38). Başka bir anlatımla idari yargıda görülen davada başvurunun temel iddiasının saat 22.05'te Hastaneye ulaşan kardeşine otuz dakikayı aşkın bir süre hiçbir tıbbi müdahalede bulunulmaması ile ilgili olduğu anlaşılmaktadır. Başvurunun bu iddiasının idari yargıda görülen uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir unsur olmadığını söylemek mümkün değildir. Bu sebeple başvurunun ayrı ve açık yanıt verilmesini gerektiren söz konusu iddiasının derece mahkemeleri kararlarında etkili bir şekilde karşılanması gerekir. Aksi bir tutum, yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edilmesine neden olabilecektir.

83. Bu durumda Hastanede başvurunun kardeşine yapılan müdahalede herhangi bir gecikme yaşanıp yaşanmadığı hususunda derece mahkemelerince ne tür araştırmalar yapıldığının ve başvurunun açtığı tam yargı davasının hangi gerekçelerle reddedildiğinin incelenmesi gerekir.

84. Elazığ 1. İdare Mahkemesi, yaşanan ölüm olayında ilgili sağlık kuruluşlarına ve görevli sağlık personeline atfedilebilecek bir kusur bulunup bulunmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması için Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulundan rapor almıştır. Mahkemenin Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulundan aldığı bu raporda, gerek Elazığ Devlet Hastanesinde gerekse Fırat Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yapılan işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu belirtilmiştir. Adli Tıp Kurumu raporunda

başvurucunun kardeşinin tıbbi kayıtlara göre Elazığ Devlet Hastanesine saat 22.35'te ulaştığı ifade edilmiş ve bu saat esas alınarak başvurunun kardeşine yapılan ilk müdahale yönünden herhangi bir sorun görülmemiştir. Başvurucu, davanın temelinde saat 22.05'te Hastaneye ulaşan kardeşine uzun bir süre tıbbi müdahalede bulunulmamasının olduğunu, davanın icra edilen tıbbi müdahale ve sonrası ile ilgili olmadığını belirterek Adli Tıp Kurumu raporuna itiraz etmiş ise de Elazığ 1. İdare Mahkemesi, başvurunun Hastaneye saat 22.05'te ulaşan kardeşine otuz dakikayı aşkın bir süre hiçbir tıbbi müdahalede bulunulmadığı yönündeki iddiası hakkında herhangi bir açıklama yapmaksızın doğrudan Adli Tıp Kurumu raporuna atıfla davanın reddine karar vermiştir. Bu durumda Elazığ 1. İdare Mahkemesinin gerekçeli kararında, davanın temelini oluşturan hastaya geç tıbbi müdahalede bulunulduğu yönündeki iddia bakımından tatmin edici bir açıklama yapıldığı söylenemez. Somut olayda başvurunun iddia ettiği gibi yarım saatlik bir gecikmenin yaşanıp yaşanmadığı hususu değerlendirilmeden N.G.nin Hastaneye saat 22.35'te ulaştığı kabul edilerek hazırlanan bilirkişi raporuna göre karar verilmesi, tam yargı davasının temelini oluşturan meselenin tartışılmamasına neden olmuştur.

85. Başvuru konusu olayda, Elazığ 1. İdare Mahkemesinin olay hakkında yürütülen ceza soruşturması dosyasını ilgili makamlardan isteyebileceği ifade edilmelidir. Ceza soruşturması kapsamında ifadesi alınan F.Y. adlı bir kişinin beyanlarının başvurunun iddialarını destekleyici nitelikte olduğu da dikkate alındığında ceza soruşturması kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin somut olay açısından kritik önemi haiz olduğu açıktır. Nitekim Elazığ 1. İdare Mahkemesi, olay hakkında yürütülen ceza soruşturması dosyasının gönderilmesi için hem Elazığ Cumhuriyet Başsavcılığına hem de Elazığ 2. Sulh Ceza Mahkemesine müzekkereler yazmış ancak bu müzekkereler sonucunda kendisine gönderilen bilgi ve belgeler hakkında herhangi bir değerlendirme yapmadan davanın reddine karar vermiştir. Elazığ 1. İdare Mahkemesi, hastaya yapılan tıbbi müdahalede gecikme yaşandığı iddiasını destekleyen F.Y. adlı tanığın beyanına rağmen F.Y.nin anlatımları hakkında herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

86. Başvuru konusu olayda Elazığ 1. İdare Mahkemesinin başvurunun kardeşi N.G.ye yapılan tıbbi müdahalede herhangi bir gecikme yaşanıp

yaşanmadığını tespit edebilmek için Hastanenin Acil Servisinin olay gününe ait varsa kamera kayıtlarını temin etmesinin de mümkün olduğu ifade edilmelidir. Ancak Elazığ 1. İdare Mahkemesi bu konuda kendisi bir araştırma yapmadığı gibi olay hakkında yürütülen ceza soruşturmasında böyle bir araştırma yapıp yapılmadığını da dikkate almaksızın davanın reddine karar vermiştir.

87. Somut olayda başvurunun iddia ettiği gibi yarım saatlik bir gecikme olsa bile bu gecikmenin başvurunun kardeşinin kendi kusurundan -hastanenin yetkili birimine başvurmama gibi- veya doktorların başka acil bir işinden kaynaklanabileceği yahut söz konusu gecikmenin başvurunun kardeşinin ölümüne önemli bir etkisinin olmayabileceği gibi hususlar gözardı edilmemekle birlikte derece mahkemelerinin somut olayda böylesi bir durumun bulunup bulunmadığını aydınlatmadığı da açıktır.

88. Bu durumda idari yargıda görülen tam yargı davasında başvurunun temel şikâyetlerinin değerlendirilmediği ve olayın tam olarak açıklığa kavuşturulmadığı anlaşılmaktadır.

89. Başvuru konusu olayın ayrıca yaşam hakkına ilişkin davaların makul süratle yürütülmesi gerektiği yönündeki ilke açısından incelenmesi gerekir.

90. Sağlık kurumlarında işlenen kusurlu eylemlerin bilinmesi, ilgili kurumlara ve sağlık personeline potansiyel kusurlarını giderme ve benzer hataların meydana gelmesini önleme imkânı vermesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu tür olaylara ilişkin soruşturma veya davaların süratli bir şekilde incelenmesi, sağlık hizmetlerinden faydalanan tüm bireylerin güvenliği için son derece önemlidir (*İlker Başer ve diğerleri*, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, § 76).

91. Başvuruya konu yargılama süreci bu kapsamda incelendiğinde başvurunun yaşanan ölüm olayı üzerine 26/7/2005 tarihinde Sağlık Bakanlığına müracaat ettiği, akabinde ise Elazığ 1. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açtığı, İdare Mahkemesinin 17/3/2011 tarihli kararıyla davanın reddine karar verildiği ve bu kararın Danıştay Onbeşinci Dairesinin 18/12/2014 tarihli kararı neticesinde kesinleştiği görülmektedir.

92. Başvuruya konu davanın karmaşık bir nitelik arz etmemesi ve başvurucunun davanın uzamasında hiçbir dahlinin olmaması gibi hususlar dikkate alındığında somut olaya ilişkin yargılamanın 9 yılı aşkın bir sürede sonlandırılmasının makul olduğu söylenemeyecektir.

93. Dolayısıyla başvuruya konu davanın yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesinde sahip olunan önemli rolün zarar görmesine neden olabilecek şekilde makul süratte yürütülmediği sonucuna varılmıştır.

94. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

95. 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 başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

96. Başvurucu, doktorların cezalandırılması ile maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesi talebinde bulunmuştur.

97. Somut olayda, yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

98. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden

yargılama yapılmak üzere Elazığ 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

99. Yaşam hakkının usul boyutunun ihlali nedeniyle manevi zararları karşılığında başvurucuya net 27.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

100. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurunun 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.

101. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harcın başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Yaşama hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşama hakkının usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Elazığ 1. İdare Mahkemesine (E.2005/885) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 27.000 TL manevi tazminatın ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuru sahiplerinin Hazine ve 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,

Yaşam Hakkına İlişkin Kararlar

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
30/10/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

***MADDİ VE MANEVİ VARLIĞIN
KORUNMASI HAKKINA İLİŞKİN
KARARLAR***



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

**KAOS GL KÜLTÜREL ARAŞTIRMA VE
DAYANIŞMA DERNEĞİ BAŞVURUSU**

(Başvuru Numarası: 2014/18891)

Karar Tarihi: 23/5/2018

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Burhan ÜSTÜN
Üyeler	: Serruh KALELİ Hicabi DURSUN Hasan Tahsin GÖKCAN Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör Yrd.	: Ceren Sedef EREN
Başvurucu	: KAOS GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği
Vekilleri	: Av. Oya AYDIN GÖKTAŞ Av. Hayriye KARA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir internet haber sitesinde yayımlanan haberde kullanılan ifadelerin nefret söylemi içerdiği gerekçesiyle yapılan şikâyetin kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla sonuçlanması nedeniyle şeref ve itibarın korunması ve etkili başvuru hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/11/2014 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, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu Kaos Gey ve Lezbiyen Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği (Dernek) 1994 yılında Ankara'da kurulmuş ve 2005 yılından bu yana Ankara Valiliği İl Dernekler Müdürlüğüne kayıtlı, tüzel kişiliği bulunan bir dernektir. Dernek; amacını kadın eş cinseller ile erkek eş cinsellerin özgürlükçü değerleri benimsemelerine, eş cinsel varoluşlarını gerçekleştirme ve kendilerini yetiştirerek toplumsal barış, huzur ve refahın gelişmesine bireysel, toplumsal, kültürel hayat ve davranışlarıyla katkıda bulunabilmelerine destek olmak olarak belirlemektedir.

9. 6/11/2012 tarihinde "habervaktim.com" isimli internet haber sitesinde "Siyonist uşakları yine teröre sarıldı." başlıklı, imzasız bir haber yayımlanmıştır. Anılan internet sitesinde yer almaya devam eden söz konusu haber şu şekildedir:

"Siyonist uşakları yine teröre sarıldı(06 Kasım 2012 Salı 13:49)

Siyonist uşakları, Biomen isimli şampuanın Hitler'li reklamına ilişkin yapılan suç duyurusuna Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi'nce takipsizlik kararı verilmesi karşısında skandal bir tehditte bulundular.

İstanbul'da üretilen Biomen isimli şampuanın reklamlarında Adolf Hitler'i kullanmasından rahatsız olarak yargıya giden Yahudiler, mahkemeden bekledikleri kararı alamayınca provokatif yayınlara başladılar.

Türkiye'deki Yahudilerce kurulan Hastürktv adlı sitede, yargının bu kararına karşılık Yahudi kökenli firmaların da PKK elebaşı Abdullah Öcalan'ın görüntülerinin kullanıldığı reklam filmlerinin çevrilmesi kampanyası başlatıldı.

KAMHI İLE SAPKINLARIN AVUKATINDAN SUÇ DUYURUSU

Hitler’li reklamın televizyonlarda yayınlanmaya başlamasının ardından eski DYP Milletvekili Yahudi işadami Cefi Kamhi ile **Kaos GL (başvurucu) isimli sapkınların derneğinin** de avukatlığını yürüten Ankara Barosu’na kayıtlı Sinem Hun, ‘reklamda ırkçılık suçu işlendiğini’ iddia ederek savcılığa başvurular.

Başvuru geçtiğimiz hafta karara bağlandı. Savcılık, dava dilekçesinde dile getirilen “soykırım” iddialarına ilişkin olarak reklamda “Yahudiler’e yönelik soykırım”ın övülmesi suçunun işlenmediğine, benzer şekilde nefret suçu kapsamına alınacak bir durum olmadığına hükmetti. Kararda, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Nilüfer Sezer’in bilirkişi raporuna da atıfta bulunularak, söz konusu raporda, “Dilekçede iddia edilen suçların işlenmediği, reklamdaki görsellikte rahatsız edici bir durum bulunmadığı” şeklindeki ifadeler yer verildi.

KIŞKIRTICI SİTEDEN YENİ BİR FİTNE

Savcılığın ilgili kararını sayfalarında yayınlayan hasturktv adlı site, karardan hoşnut olmayan okuyucu yorumlarını bir kampanya havasında vermeye başladı. Siteye gelen pek çok yorumda, Türkiye’de böyle bir kararın şaşırtıcı olmayacağını bir kez daha görüldüğü görüşü savunuldu. Sitede ayrıca Türkiye’ye karşı bir misilleme yapılması gerektiği vurgulanarak, bu çerçevede PKK elebaşı Abdullah Öcalan’ın görüntüleri kullanılarak çeşitli ürünler için reklam filmi çevrilmesi istendi. Türkiye’deki bazı Yahudi isimlerin reklam ajanslarına bu yönde başvuru yapacakları da dile getirildi.

LİEBERMAN TAKDİĞİ

Daha önce de İsrail Dışişleri Bakanı Avigdor Lieberman’ın, Türkiye’nin, yaptırımlarına misilleme olarak Türkiye’yi sert önlemlerle “cezalandırmaya” çalıştığı öne sürülmüştü. Lieberman’ın formüle ettiği önlemler arasında “PKK liderleriyle toplantılar ve ABD’deki Ermeni lobisiyle işbirliğinin” bulunduğu kaydedilmişti.”

10. Haberin altında yer alan okuyucu yorumlarının tamamı, haberin esas konusu olan şampuan reklamı ve bu reklama karşı yürütülen dava süreci ile sonrasında yaşanan olaylarla ilgilidir. Yorumlarda başvuru Dernek ve eş cinseller ya da eş cinsellikle ilgili hiçbir ifade bulunmadığı görülmektedir.

11. Söz konusu haber sitesinde, başvurunun bireysel başvuru formunda bahsettiği üzere 2013 yılında çeşitli tarihlerde, doğrudan başvuru Derneği hedef alan ve Dernekle birlikte eş cinselliğin de eleştirildiği birçok haber yayımlanmıştır. Anılan sitede daha sonraki tarihlerde de aynı tür haberlerin yayımlanmaya devam ettiği görülmektedir. Dolayısıyla “habervaktim.com” isimli haber sitesinin eş cinsellik konusunda başvuru Derneği ve amaçlarını kabul etmeyen ve meşru görmeyen muhafazakâr bir görüşü benimsediği, okuyucu kitlesinin de aynı çizgide düşünen bireylerden oluştuğu anlaşılmaktadır.

12. Başvuru Derneğin avukatlığını yaptığı ifade edilen Sinem Hun tarafından anılan haberde kendisine hakaret edildiği, ayrıca haberdeki ifadelerin halkı kin ve düşmanlığa tahrik ettiği iddiasıyla suç duyurusunda bulunulmuştur. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 6/2/2013 tarihinde kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmiş ve yapılan itirazın da reddi üzerine söz konusu karar kesinleşmiştir. Kararda, Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları da dikkate alındığında haberin ağır eleştiri sınırları içinde kaldığı ve suçun unsurlarının oluşmadığı belirtilmiştir.

13. Sinem Hun, söz konusu kararın kesinleşmesi üzerine şeref ve itibarının korunması hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Mahkeme 8/5/2014 tarihli ve 2013/5356 başvuru numaralı kararıyla hakkın ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Anılan kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

“...içeriği ve veriliş biçimi dikkate alındığında “sapkınlar” ifadesi toplumda yer alan belli bir kesimi ve derneği hedef almasına rağmen bu ifadeyle ilgili olarak hedef alınan dernek tarafından başvuruda bulunulmadığı, adli makamların bu ifadeye muhatap olarak kabul edilen derneğin avukatlığını yapan başvurucuya yönelik “sapkınların

avukatı” şeklindeki sözlerin ceza muhakemesi yoluyla cezalandırmayı gerektirecek belli bir tahkir ve aşağılama eşiğini geçmediği yönündeki değerlendirmesinde bariz takdir hatası veya açık keyfilik bulunmadığı, başvuru yönünden nefret suçu veya nefret söylemi niteliği taşımadığı, demokratik bir toplumda bu ifadeye karşı mutlaka ceza muhakemesi yoluyla bir yaptırım uygulanmasını gerektiren toplumsal bir ihtiyaç olmadığı ve adli makamlarca çatışan değerler arasında kurulan dengenin adil olmadığının söylenemeyeceği anlaşılmaktadır. Adli makamların değerlendirmesinin başvurunun şeref ve itibara saygı hakkı ile diğer tarafın ifade ve basın hürriyeti arasındaki dengeyi başvuru aleyhine katlanılamaz şekilde bozduğu söylenemez. “

14. Başvurucu Dernek 18/7/2014 tarihinde, söz konusu haberde kendileri hakkında kullanılan “sapkınlar” ifadesinin halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle ilgili site yöneticisi hakkında şikâyetle bulunmuştur. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 1/9/2014 tarihinde, müştekinin şikâyetine konu eylemle ilgili daha önce soruşturma yapıldığı ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildiği, verilen kararın kesin olduğu ve şüpheli hakkında aynı fiil nedeniyle tekrar soruşturma yapılmasının mümkün olmadığı gerekçeleriyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiştir. Kararda ayrıca yukarıda yer verilen Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 6/2/2013 tarihli kararının (bkz. § 12) ve Anayasa Mahkemesinin 8/5/2014 tarihli kararının (bkz. § 13) gerekçelerinin ilgili bölümlerine de yer verilmiştir.

15. Söz konusu karara karşı başvuru Dernek tarafından itiraz edilmiştir. (Kapatılan) Ankara 8. Sulh Ceza Hâkimliği 8/10/2014 tarihinde kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. İtirazın reddine dair karar başvurucuya 28/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 26/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

17. 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 3. maddesi şöyledir:

“Basın özgürdür. Bu özgürlük; bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerir.

Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.”

18. 26/9/2014 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama*” kenar başlıklı 216. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

19. 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar*” kenar başlıklı 172. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir. Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilir. Kararda itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilir.”

B. Uluslararası Hukuk

20. Ulusal, ırkçı veya dinsel nefretin savunulması insan haklarıyla ilgili uluslararası ve bölgesel belgelerde yasaklanmıştır. 1945 tarihli Birleşmiş

Milletler Andlaşması'nın (Resmî Gazete, 6092, 24/8/1945) ön sözünde hoşgörölü davranma taahhüdünden bahsedilmiş, 1. maddenin (3) numaralı fıkrasında Birleşmiş Milletlerin amacının *“Ekonomik, sosyal, fikrî ve insani mahiyetteki milletlerarası dâvaları çözerek ve ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve ana hürriyetlerine karşı saygıyı geliştirerek ve teşvik ederek, milletlerarası işbirliğini gerçekleştirmek”* olduğu açıklanmıştır. Aynı amaç 55. maddenin (c) bendinde ve 76. maddenin (c) bendinde tekrar edilmiştir.

21.1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin1., 2. ve 7. maddelerinde herkesin ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin söz konusu beyanname ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanacağı belirtilmiştir.

22. Bölgesel düzeyde İnter-Amerikan İnsan Hakları İhtisas Konferansı'nda 22/11/1969 tarihinde kabul edilen Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesinin *“Düşünce ve ifade özgürlüğü”* kenar başlıklı (5) numaralı fıkrasında şöyle denmiştir:

“Her türlü savaş propagandası ve ırk, renk, din, dil, ya da milli köken temelinde bir gruba ya da bir insanlar grubuna yönelik hukuksuz şiddete ya da benzeri herhangi bir eyleme tahrik eden herhangi bir ulusal, ırkçı veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından cezalandırılabilir suçlar olarak değerlendirilir.”

23. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan “nefret söylemi” konulu, 30/10/1997 tarihli ve 97(20) sayılı Tavsiye Kararı'nda “nefret söylemi” kavramı şu şekilde tanımlanmıştır:

“Bu ilkelerin uygulanması amacıyla, ‘nefret söylemi’ ifadesi, ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi veya azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara yönelik saldırgan milliyetçilik ve etnik merkezilik, ayrımcılık ve düşmanlıkla ifade edilen hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, tahrik eden, teşvik eden veya haklı gösteren tüm ifade biçimlerini kapsayacak şekilde anlaşılacaktır.”

24. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan “*Cinsel yönelim veya cinsiyet temelli ayrımcılıkla mücadele etmek için alınması gereken önlemler*” konulu, 31/3/2010 tarihli ve (2010)5 sayılı Tavsiye Kararı’na ek”*Nefret Söylemi*” başlıklı bölümün (6) numaralı paragrafı şu şekildedir:

“Üye devletler; medya ve internette olanlar dahil lezbiyen, gey, biseksüel ve trans kişilere karşı nefret veya diğer ayrımcılık biçimlerini tahrik etme, yayma ya da teşvik etme etkisi bulunan tüm ifade biçimleriyle mücadele etmek için uygun önlemleri almalıdırlar. Bu gibi ‘nefret söylemleri’ yasaklanmalı ve kamusal olarak reddedilmelidir. Bu kapsamda alınacak tüm önlemler Sözleşme’nin 10. maddesi ve Mahkemenin içtihadıyla uyumlu olarak ifade özgürlüğü temel hakkına saygı çerçevesinde gerçekleştirilmelidir.”

25. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin “Cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık” konulu, 29/4/2010 tarihli ve 1728(2010) sayılı kararının (7) numaralı paragrafı şu şekildedir:

“Belirli siyasi ve dini liderler ile diğer sivil toplum liderlerinin nefret söylemleri ve medya ile internetteki nefret söylemleri de özellikle kaygı yaratacak bir durum haline gelmiştir. Meclis tüm kamu otoritelerinin bu kapsamda en önemli görevinin, yalnızca insan hakları belgelerinde yer verilen hakları uygulamak ve etkili şekilde korumak değil, aynı zamanda ayrımcılık ve nefrete dayalı hoşgörüsüzlüğü meşrulaştırması ve beslemesi muhtemel olan söylemden kaçınmak olduğunu vurgulamaktadır. Suça tahrik eden nefret söylemi ile ifade özgürlüğü arasındaki sınır Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı doğrultusunda belirlenecektir.”

26. AİHM, “nefret söylemi” ile ilgili içtihadını iki farklı yaklaşımdan oluştuşturmuştur. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) benimsediği temel değerleri dışlayan veya öngördüğü demokratik düzeni yıkmaya amacı taşıyan nefret söylemini, Sözleşme’nin “*Hakları kötüye kullanma yasağı*” kenar başlıklı 17. maddesi kapsamında incelemektedir (Almanya Komünist Partisi/Almanya Federal Cumhuriyeti (k.k.), B. No: 250/57, 20/7/1957; Nachtmann/Avusturya (k.k.), B. No: 36773/97, 9/9/1998; Garaudy/Fransa (k.k.), B. No: 65831/01,24/6/2003;

Norwood/Birleşik Krallık (k.k.), B. No: 23131/03, 16/11/2004). Anılan amaçları taşımamakla birlikte “nefret söylemi” boyutuna ulaştığını değerlendirdiği ifadeler yönünden ise Sözleşme’nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen ifade özgürlüğünün sınırlanma koşullarını gözönüne alarak inceleme yapmaktadır. Bu bağlamda AİHM; şiddet, nefret veya nefret eylemlerini teşvik ve tahrik eden ya da şiddeti yücelten veya meşrulaştıran ifadeleri “nefret söylemi” kapsamında görmektedir (*Sürek/Türkiye (No.1)* [BD], B. No: 26682/95, 8/7/1999, §§ 61, 62; *Gündüz/Türkiye* (k.k.), B. No: 59745/00, 13/11/2003; *Leroy/Fransa*, B. No: 36109/03, 2/10/2008, § 45; *Balsytė-Lideikienė/Litvanya*, B. No: 72596/01, 4/11/2008, §§ 78-80; *Le Pen/Fransa* (k.k.), B. No: 18788/09, 20/4/2010).

27. AİHM, cinsel yönelim üzerinden nefret söylemi konusunu incelediği ilk dava olan *Vejdeland ve diğerleri/İsveç* (B. No: 1813/07, 9/2/2012) kararında, okul öğrencilerinin dolaplarına eş cinsellikle ilgili görüşlerini içeren bildiriler bırakan başvuruçuların bildirideki ifadeler nedeniyle ulusal ya da etnik bir gruba karşı kışkırtma suçundan mahkûm edilmelerinin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Anılan bildiride yer alan ifadeler özetle şu şekildedir:

“Eş cinsellik Propagandası

Son yıllarda toplum, eş cinsellik ya da diğer cinsel sapkınlıkları reddetmekten vazgeçerek bu cinsel sapkınlıkları kabullenme ve sahiplenme eğilimleri göstermeye başlamıştır. İsveç karşıtı öğretmenlerinizin de çok iyi bildiği gibi eş cinsellik toplumun temeli üzerinde ahlaken yıkıcı bir etkiye sahiptir ve onlar bu durumu normal ve olumlu bir olguymuş gibi sunmaya çalışmaktadırlar.

Onlara HIV ile AIDS’in eş cinsellikle eş zamanlı ortaya çıktığını, eş cinsellerin dağınık ve karmaşık yaşam biçimlerinin, günümüz vebası niteliğindeki bu hastalıkların yerleşmesindeki temel sebeplerden biri olduğunu söyleyin.

Onlara eş cinsel lobilerinin aynı zamanda pedofiliyi de normalleştirmeye çalıştığını anlatın ve bu cinsel sapkınlığın yasallaştırılmasının mümkün olup olmadığını sorun.” (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, §§ 7-9)

28. AİHM, anılan kararında başvuruçuların söz konusu bildirimlerle İsveç okullarında verilen eğitimin objektif olması gerektiği konusunda bir tartışma başlatma amacı taşıdıklarını ve bildiride yer alan ifadelerin bireyleri doğrudan nefret eylemlerinde bulunmaya teşvik edici olmadığını kabul etmekle birlikte söz konusu ifadelerin ciddi ve ön yargılı iddialar olduğunu belirtmiştir (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, § 54). Bir ifadenin nefret söylemi olarak nitelendirilebilmesi için şiddet ya da suça yönlendirmenin zorunlu olmadığını, ifade özgürlüğünün sorumsuz bir şekilde kullanılarak toplumun belli kesimlerine hakaret edilmesi, bu kesimlerin aşağılanması ya da karalanması hâllerinde de devlet otoritelerinin harekete geçmesinin beklenebileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda cinsel yönelim temelli ayrımcılığın da ırk, köken ya da renk temelli ayrımcılık kadar önemli olduğunu vurgulamıştır (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, § 55).

29. AİHM, anılan davada bildirilerin etkiye açık ve hassas yaştaki genç öğrencilerin dolaplarına bunları okumayı reddetme şansı verilmeksizin bırakılmasını ve söz konusu okula devam etmeyen başvuruçuların okula giriş izinlerinin bulunmamasını da gözönüne almış (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, § 56); son olarak başvuruçuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığına ilişkin değerlendirmesinde, mahkûmiyetlerine karar verilen suç hakkında iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüş olmasına rağmen üç başvuru hakkında verilen hapis cezasının ertelenerek haklarında adli para cezasına hükmedilmesi, son başvuruçunun ise adli denetim sürecine tabi tutulmasının orantısız olmadığına ve demokratik bir toplumda gerekli sayılabileceğine, bu nedenle başvuruçuların ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Vejdeland ve diğerleri/İsveç*, §§ 58-60).

30. AİHM, *Gündüz/Türkiye* kararında başvuruçunun haftalık bir gazetede dinî bir tarikat hakkında yayımlanan makalede yer alan ve “ılımlı İslam” hakkındaki görüşlerini içeren ifadeleri nedeniyle suç işlemeye tahrik suçundan mahkûmiyetine hükmedilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini değerlendirmiştir. Anılan kararda başvuruçunun ifadelerinin şiddete çağrı niteliğinde olduğu değerlendirildiği yanında söz konusu ifadelerde açıkça toplumun geneli tarafından tanınan bir yazarın isminin verildiği ve bu durumun makalenin yayımlanmasıyla beraber söz konusu

yazarı tartışmasız biçimde ciddi bir fiziksel şiddet tehlikesi altında bıraktığı da gözönüne alınarak başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmedilmiştir (*Gündüz/Türkiye*).

31. Yine haftalık bir dergide yayımlanan ve Türkiye'nin güneydoğusunda devlet tarafından gerçekleştirilen askerî operasyonları eleştiren iki okuyucu mektubu nedeniyle mahkûmiyetine karar verilen dergi sahibinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yaptığı başvuruda da AİHM tarafından, anılan mektuplarda yer alan ifadelerin şiddeti meşrulaştırdığı değerlendirilmesi yanında açıkça bazı şahısların isminin verilmesinin onlara karşı nefreti teşvik edici olduğu ve bu şahısları muhtemel bir fiziksel şiddet tehlikesi altında bıraktığı vurgulanarak başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmiştir (*Sürek/Türkiye (No. 1)*, § 62).

32. AİHM, başvuru konusu ifadenin belirtildiği bağlamı yani ifadenin ulaştığı yer ve zamanın arka planını da değerlendirmeye almaktadır (*Karataş/Türkiye* [BD], B. No: 23168/94, 8/7/1999, § 51; *Leroy/Fransa*, § 38). *Soulas ve diğerleri/Fransa* (B. No:15948/03, 10/7/2018) kararında, "Avrupa'nın Sömürgeleşmesi: Göç ve İslam Hakkında Gerçek Söylem" başlıklı kitabın iki yazarının Avrupa'nın Müslüman göçmen nüfusuyla ilgili bu konudaki sorunların ancak etnik kökenli bir iç savaş çıkması durumunda çözülebileceği gibi ifadeler de barındıran anlatımları nedeniyle cezalandırılmalarının ifade özgürlüklerini ihlal edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme anılan kararında, Fransa'nın yüksek sayıda Müslüman göçmen nüfusu topluma entegre etme çabası içinde olduğu ve bu süreçte hâlihazırda kolluk güçleri ile anılan nüfusun radikal kesimi arasında şiddetli çatışmaların yaşandığı şeklindeki Fransa'ya özgü sorunları da değerlendirmeye alarak (*Soulas ve diğerleri/Fransa*, §§ 36, 37) ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 23/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

34. Başvurucu;

i. İlgili haberde yer alan “sapkınlar” ifadesiyle cinsel yönelimi farklı olan ve bu nedenle toplumsal ayrımcılığa uğrayan bir grubun aşağılanarak hedef gösterildiğini, bu nedenle söz konusu ifadenin nefret söylemi içerdiğini iddia etmiştir.

ii. Başvurucuya göre şikâyeteye konu ifadelerin ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

iii. Adı geçen internet sitesinin cinsel yönelimi farklı olan bu gruba karşı sürekli nefret söylemi içeren yayınlar yaptığını, ülkemizde söz konusu gruba yönelik ön yargı ve şiddet eylemlerinin yoğunluğu da düşünüldüğünde bu tür ifadelerin şiddete teşvik açısından yakın bir tehdit oluşturduğunu ileri sürmüştür.

iv. Etkili bir soruşturma yapılmaksızın -daha önce aynı eylemle ilgili soruşturma yapıldığı gerekçesiyle- kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkı ile bağlantılı olarak etkili başvuru hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

v. Söz konusu haber nedeniyle tazminat davası açılmasına da gerek görülmediğini, nitekim adı geçen yayın organının mevzuatta şirketlere tanınan olanaklardan yararlanarak sürekli isim değiştirdiğini ve hiçbir ilamlı icranın infazına olanak vermediğini belirtmiştir. Bununla birlikte söz konusu olayın basit bir hakaret ve aşağılamadan farklı olduğunu, olası bir manevi tazminat ödenmesi kararının dahi olayın ağırlığı ve ülke açısından önemine uygun bir çözüm olamayacağını ifade etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Anayasa Mahkemesi; Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında koruma altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddiasına yönelik uyuşmazlıklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğunu ifade etmiştir (S.S.A., B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 31; *Halkevleri Derneği ve İlknur Birol*, B. No: 2013/577, 30/6/2014, § 29).

36. Öte yandan hoşgörünün ve bütün insanların onuruna aynı düzeyde saygının demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturduğu gerçeğinden hareketle hoşgörüsüzlük temelinde nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini önlemek ve hatta bunları cezalandırmak izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla gerekli görülebilir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, nefret söylemi iddiası bulunan başvurular yönünden başvuruya konu olayın kendine özgü koşulları da dikkate alınmak koşuluyla bireysel başvuru öncesinde hukuk yoluna gidilmeksizin sadece ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olmasının yeterli görülebileceğini belirtmiştir (*Sinem Hun*, B. No: 2013/5356, 8/5/2014, § 32).

37. Anayasa Mahkemesi; ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik, hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçiminin nefret söylemi olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır (*Fetullah Gülen* [GK], B. No: 2014/12225, 14/7/2015, § 40). Bu doğrultuda nefret söylemi saikinin salt o kişiye ilişkin bir aidiyet olgusundan ibaret bulunması gerekir (*Fetullah Gülen*, § 41). Başka bir deyişle hoşgörüsüzlüğe dayalı nefret biçimlerini yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran ifadeler içermeyen ve başvurucuya yalnızca belirli bir grubun üyesi olması nedeniyle söylenmeyen sözler, nefret söylemi olarak nitelendirilemez (*Fetullah Gülen*, § 45).

38. Yukarıda yer verilen ilkeler bağlamında, cinsel yönelimleri nedeniyle toplumsal ayrımcılığa uğrayan bireylerin haklarını korumak amacıyla faaliyet gösteren başvurucu Derneğin cinsel yönelim temelli nefret söylemine maruz kaldığı ve bu duruma ilişkin şikâyetinin etkili biçimde soruşturulmadığına dair iddiasının haberde yer alan ifadelerin nefret söylemi boyutuna ulaşp ulaşmadığının belirlenmesi açısından esas incelemesini gerektirdiği değerlendirilmiştir. Bu kapsamda açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. İlkeler

39. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde öngörülmüş olan ifade özgürlüğü ile basın özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-36). Basın özgürlüğünün kamuoyuna çeşitli fikir ve tutumların iletilmesi ve bunlara ilişkin bir kanaat oluşturmaları için en iyi araçlardan birini sağladığı açıktır (*İlhan Cihaner* (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 63).

40. İnternet haberciliğinin -basının temel işlevini yerine getirdiği sürece- basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK], B. No: 2013/2623, 11/11/2015, §§ 36-42).

41. Bununla birlikte Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri tamamen sınırsız bir ifade özgürlüğü garanti etmemiştir. 26. maddenin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına basın için de geçerli olan bazı "görev ve sorumluluklar" getirmektedir (*Erdem Gül ve Can Dundar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35).

42. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (*İlhan Cihaner* (2), § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; *Adnan Oktar* (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; *Bekir Coşkun*, § 45).

43. Anayasa Mahkemesi, benzer başvurularda basın özgürlüğü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması arasında adil bir denge gözetilip gözetilmediğini değerlendirir (*Nilgün Halloran*, § 27; *İlhan Cihaner* (2), § 39). Bu, soyut bir değerlendirme olmayıp Anayasa Mahkemesi; kullanılan ifadelerin türünün kamusal tartışmalara katkı

sunma kapasitesinin, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneldiğinin ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakar (*Nilgün Halloran*, § 44; *Ergün Poyraz (2)* [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 56). Bunun için söylenen sözlerin yazının tamamı ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerekir (*Nilgün Halloran*, § 52).

44. Başvuru konusu ifadelerin sahibi kişinin önceki davranışı, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları ile haber veya makalenin yayımlanma şartlarının söz konusu haberin yayımlandığı dönemde ülkede meydana gelen olaylar ışığında değerlendirilmesi gerekliliği de dikkate alınması gereken unsurlardır (*İlhan Cihaner (2)*, §§ 67-73).

45. Nefret söylemi ifadesinin genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Nefret söylemi olarak sınıflandırılacak düşünce açıklamalarının tespit edilmesi, bu tür açıklamaların sadece “nefret” ifadeleri veya duygusu aracılığıyla dışa vurulmaması nedeniyle oldukça zor görünmektedir. Nefret söylemi, ilk bakışta mantıklı veya normal görünebilecek ifadelerde de saklı olabilmektedir (*Fetullah Gülen*, § 38).

46. Bununla birlikte nefret söylemi içeren ifadelerin ceza yargılamasına konu edilmesinin gerekliliği, esasen bu tür ifadelerin toplumda hâlihazırda dezavantajlı konumda bulunan gruplara yönelik nefreti körükleyerek bunlara yönelik hoşgörüsüzlüğün şiddet eylemlerine dönüşmesi tehlikesinin engellenmesi amacından ileri gelmektedir. Dolayısıyla başvuru konusu olaydaki gibi ifadenin cezalandırılmasının devletten bir pozitif yükümlülük olarak beklendiği durumlarda ifadenin nefret söylemi içerdiğinin söylenebilmesi, yukarıda yer verilen ilkelerin (bkz. §§ 43,44) uygulanması sonucu başvuru konusu ifadenin, yöneldiği gruba karşı şiddete teşvik etme tehlikesi taşıdığının makul biçimde ortaya konulabilmesi hâlinde mümkündür.

47. Bu kapsamda başvuru konusu haberin başvuru açısından nefret söylemi içerip içermediği ve başvuru kişinin şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edilip edilmediği, yukarıda yer verilen ilkeler çerçevesinde değerlendirilmelidir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

48. Dernek,başvuru konusu haberde geçen “Kaos GL isimli sapkınların derneği” ifadesinin kendileri ve haklarını savundukları eş cinsel bireyler açısından nefret söylemi içerdiğini ifade etmektedir. “Sapkın” kelimesinin Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğü’nde anlamı “doğru yoldan ayrılmış olan” şeklindedir. Toplumda yaptığı çağrışım ve haberin tamamından bağımsız olarak ele alındığında söz konusu ifadenin nefret ya da şiddete yönlendirici bir niteliği bulunmadığı, lafzi olarak kendi görüşüne göre meşru olmayan bir durumun betimlendiği görülmektedir. Bununla birlikte söz konusu ifadenin toplumda olumlu bir çağrışım yaptığından bahsedilemeyeceği gibi nefret söylemi içerip içermediğinin değerlendirilmesi açısından haberin tamamından bağımsız olarak ele alınması da mümkün değildir (bkz. § 45).

49. Başvuru konusu haber, bir şampuan reklamında Adolf Hitler görseli kullanılmasının ırkçılık oluşturduğundan bahisle suç duyurusunda bulunulması üzerineSavcılık tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesini konu almaktadır. Haberde, Savcılık tarafından verilen kararın “Yahudilerce kurulan” şeklinde nitelendirilmiş başka bir internet haber sitesinde eleştirildiği ve Türkiye’ye karşı misilleme yapılması görüşünün savunulduğu belirtilmekte, haber sitesinin yer verdiği bu görüşler başvuru konusu haberin yayımlandığı site tarafından eleştirilmektedir.

50. Dolayısıyla başvuru konusu haber, ne başvuru Derneğe -Derneğin faaliyet alanı ya da Derneği ilgilendiren bir olaya- ne de başvuru Derneğin amacını hakları için mücadele etmek olarak tanımladığı eş cinsel bireylere ya da genel olarak eş cinselliğe ilişkindir. Bu bağlamda anılan konularla ilgili kamusal bir tartışma başlatma ya da var olan bir tartışmaya görüş bildirme amacının varlığından da bahsedilemez. Bu durum, söz konusu ifadenin basın özgürlüğü yönünden yararlanacağı korumayı daraltan bir unsurdur.

51. Bununla birlikte başvuru konusu haber, şikâyet edilen ifade yanında açıkça başvuru derneğin ismi de verilerek internette yayımlanmış ve yayımlanmaya devam etmektedir. Günümüz koşullarında internet mecrasına ulaşım diğer birçok basın-yayın organına nazaran kolay ve yaygındır. Bunun yanında başvuru konusu haber sitesinin ve okuyucu

kitlesinin eş cinselliği meşru görmeyen ve eleştiren bir kanaate sahip oldukları anlaşılmaktadır. Söz konusu sitede başvuru Dernek ve eş cinselliğin eleştirildiği birçok haber yayımlanmaya da devam etmektedir. Dolayısıyla başvuru konusu haberin Derneğin açıkça ismi de verilerek başvuru konusu internet haber sitesinde yayımlanması, haberde kullanılan ifadenin şiddete yöneltme tehlikesini ağırlaştırabilecek unsurlardır.

52. Öte yandan başvuru konusu haberin Dernek ya da eş cinselliğe ilişkin bir tartışma içermemesinin basın özgürlüğü korumasını daralttığı kabul edilmekle birlikte bu durum, haberin odak noktasının başka bir tartışmaya çevrildiği ve haberde kullanılan ifadeyle başvuru Derneğin hedef gösterilmesi riskinin azaldığı gerçeğini değiştirmemektedir. Nitekim haber altında yer alan okuyucu yorumlarının tamamının başvuru konusu haberdeki esas tartışmaya ilişkin olması da bu çıkarımı destekler niteliktedir. Üstelik başvuru konusu haberde başvuru Derneğin tam isminin verilmemesi, Dernekten haberi olmayan okuyucuların, Derneğin faaliyet alanına ve “sapkın” kelimesinin yöneldiği kesime ilişkin bir fikirleri olmasını oldukça zorlaştırmaktadır. Son olarak başvuru konusu haberin yayımlandığı tarihten bu zamana kadar söz konusu internet haber sitesinin başvuru Dernek ve eş cinselliğe ilişkin tutumunun daha hassas yorumlanmasını gerektirecek istisnai bir olay yaşandığı da ortaya konulamamaktadır.

53. Çoğulcu demokrasilere karşı ciddi bir tehlike arz eden, nefret söyleminin de dâhil olduğu nefret suçları; tüm dünyada artış gösteren ve devletlerin etkili önlemler alma konusunda pozitif yükümlülüğünün bulunduğu bir alandır. Bu bağlamda cinsel yönelim temelli nefret söyleminin şiddete yöneltme tehlikesinin ciddiyeti de gözönüne alındığında devletin ceza yargılaması yoluyla etkili biçimde bu tür suçlarla savaşmasının demokrasi ve hukuk devletinin işleyişi yönünden basın özgürlüğü kadar önemli olduğu vurgulanmalıdır. Bu anlamda basının da toplum üzerindeki yönlendirici etkisinin bilincinde olarak bu konuda sorumlu davranması beklenmelidir.

54. Başvuru konusu haberin ise yukarıda yer verilen gerekçelerle (bkz. § 52) sorumlu kişiler hakkında ceza yargılaması yürütülmesini gerekli kılacak derecede nefret ve şiddete yöneltme tehlikesi içerdiğinden

bahsedilemeyeceği değerlendirilmiştir. Bu bağlamda başvuru konusu haberde şikâyet edilen ifadenin “nefret söylemi” boyutuna ulaşmadığına karar verilmiştir.

55. Başvurucunun şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edilmediğine karar verildiğinden etkili başvuru hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine dair iddialarının ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

56. Öte yandan başvurucunun esas şikâyetinin başvuru konusu haberin nefret söylemi içermesine rağmen sorumluların cezalandırılmaması olduğu anlaşılmakta ise de başvuru sorumlulara karşı tazminat davası açılmasının mevzuatta tanınan kolaylıklardan yararlanılarak ilamlı icra infazının imkânsız hâle getirildiğinden bahisle etkili bir başvuru yolu olmaktan çıkarıldığını da belirtmiştir. Bununla birlikte bu iddiasını destekleyecek hiçbir bilgi ya da belge sunmadığı ve esas talebinin sorumluların cezalandırılması olduğu da dikkate alındığında söz konusu iddianın da değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

57. Açıklanan gerekçelerle sorumlular hakkında ceza yargılaması yürütülmemiş olmasının, başvurucunun Anayasa’nın 17. maddesinde öngörülen şeref ve itibarın korunması hakkını ihlal etmediğine karar verilmesi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 23/5/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KAPSAMI KONUSUNDA FARKLI GEREKÇE

1. Başvurucu, internet haber sitesinde yayımlanan haberde dernek hakkında kullanılan ‘sapkınlar’ ifadesiyle, cinsel yönelimi farklı olan bir grubun aşağılanarak hedef gösterildiği ve ifadelerin nefret söylemi oluşturduğu iddiasıyla ceza takibi yapılması amacıyla yaptığı şikayetin kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanması nedeniyle şeref ve itibarın korunması hakkı, etkili başvuru hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarıyla bireysel başvuruda bulunmuştur.

2. Mahkememiz Birinci Bölümü kararında şeref ve itibar üzerindeki hakka ilişkin başvuru Mahkemenin konu bakımından yetkisi açısından AİHS’nin 8. maddesi kapsamında görülmüş fakat Anayasanın 20/1. maddesi yerine 17/1. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında ele alınmış, incelemenin kapsamı içinde değerlendirilmesi nedeniyle etkili başvuru hakkı ile eşitlik ilkesi ayrıca incelenmemiştir. Kararda, şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği iddialarına yönelik uyuşmazlıklar bakımından ceza kovuşturmasına nazaran hukuki tazmin yolunun daha yüksek bir başarı şansı sunan, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu belirtilmiş, ancak demokratik ve çoğulcu bir toplumun temellerini oluşturan hoşgörü ortamını ortadan kaldırmaya yönelik olarak nefreti yayan, teşvik eden, yücelten veya haklı gösteren tüm ifade çeşitlerini önlemek ve hatta amaçla orantılı olmak kaydıyla bunları cezalandırmanın gerekli olabileceğine işaret edilmiş, bu gerekçeyle başvuru yollarının tüketilmediği kararı verilmeyerek kabul edilebilirliği sonucuna ulaşılmış ve başvuru esastan incelenmiştir.

3. Başvuru hakkında Mahkememizce sonuç olarak, başvuran derneğin avukatından söz edilirken iddiaya konu ibare kullanılmakla birlikte, haberde dernek mensuplarının cinsel eğilimlerinin konu edilmediği ve tartışmanın tümüyle bir televizyon reklamının eleştirisi üzerinden yapıldığı belirtilerek, yazının bütünlüğü içinde anılan ‘sapkınlar’ ibaresinin ceza kovuşturmasını gerektirir biçimde şiddet ve nefret söylemi boyutuna ulaşmadığı kanısıyla Anayasanın 17/1. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibar hakkının ihlal edilmediğine karar verilmiştir. Kararda ulaşılan sonuca iştirak etmekle birlikte, şeref ve itibar hakkının dayanağı

olarak Anayasanın 17/1. maddesinin gösterilmesine aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım.

4. AİHS'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. Kişinin iyi bir itibara sahip olma hakkı, *nam*, *şeref*, *şöhret*, isim, resim vb. manevi varlıkları ile 'fiziksel ve zihinsel/ruhsal bütünlüğü' üzerindeki hakları Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı içerisinde değerlendirilmektedir (özellikle itibar, şeref, şöhret hakkı yönünden bkz. AİHM Chauvy/Fransa, par. 70; Abeberry/Fransa; Leempoel ve S.A. Ed. Cine Revue/Belçika, par. 67; Minelli/İsviçre, No: 14991/02; A./Norveç, No: 28070/06, par. 64; Osman Doğru-Atilla Nalbant, AİHS Açıklama ve Önemli Kararlar, Ankara 2013, s. 41). İfade özgürlüğü yönünden yapılan başvurularda da muhatabın Sözleşmenin 8. maddesi kapsamındaki şöhreti ve onurunun korunması meşru müdahale nedeni olarak kabul edilmekte ve hakların dengelenmesi açısından değerlendirilmektedir (Shabanov ve Tren/Rusya, 2006, par. 46; Hachette Filipachi Associates/Fransa, 2007, par. 43; DJ. Harris/M.O'Boyle/E.P. Bates/C.M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, 2013, s. 493). Bu arada AİHM'in şöhrete ve mesleki itibara ilişkin hakları (Comingersoll S.A./Portekiz, No: 35382/97, 6.4.2000) ile konuta saygı hakkı (Societe Colas Est and Others/France, No: 37971/97) bağlamında özel hukuk tüzel kişilerinin de 8. maddeden yararlanabileceklerine ilişkin yaklaşımına işaret etmek gerekir (bkz. Gülay Arslan Öncü, AİHS'de Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011, s. 32, 174). Diğer taraftan maddi ve manevi varlığı boyutuyla 8. maddenin bireye kişiliğini oluşturma, geliştirme ve gerçekleştirme (kişisel özerkliği) için bir alan sağladığı, başka deyişle belirtilen hakların da özel yaşama saygı hakkının kapsamı içerisinde bulunduğu kabul edilmektedir (ilgili karar atıfları için bkz. Öncü, age. s. 206).

5. 1961 Anayasasında "II. Özel hayatın korunması" üst başlığı altındaki 15., 16. ve 17. maddelerde sırasıyla; a) özel hayatın gizliliği, b) konut dokunulmazlığı, c) haberleşme hürriyeti, düzenlenmiş ve böylece belirtilen üç hakkın özel hayatın korunmasına hizmet ettiği kabul edilmiştir. Anayasanın 15. maddesindeki "özel hayatın gizliliğine ilişkin" hüküm ile Türkiye özel yaşamın gizliliğini temel kişi hakkı olarak güvenceye bağlayan

ilk ülkelerden biri olmuştur (Oya Araslı, Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi, Doçentlik Tezi, Ankara 1979, s. 106). Daha önce 1924 Anayasasının 71. ve 76. maddelerinde özel yaşamla da ilgili konuta ve haberleşmeye dair haklar bulunmakta ise de özel yaşam hakkına ayrıca yer verilmemiştir. Ancak 1961 Anayasasının 15. maddesindeki bu ilk düzenlemede özel hayatın korunması yalnızca gizlilik boyutu üzerinden ele alınmıştır. Buna karşılık 1982 Anayasasında, özel hayatla da ilişkili olan diğer haklara sonraki maddelerde (m.21,22) ayrıca yer verilmişken, 20/1. maddede özel hayata saygı ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakları düzenlenmiştir. Türkiye'nin 1950 yılında imzaladığı AİHS'nin 8. maddesinde ise gizlilik boyutundan söz edilmeksizin, özel hayata saygı hakkı güvence altına alınmış, fakat AİHM içtihatlarında bu hak gizlilik boyutuyla birlikte değerlendirilmiştir. 1982 Anayasasının 20. maddesi düzenlenirken, gizlilikle ilgili önceki Anayasa hükmü ile Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan 'özel hayata saygı' hakkının birleştirildiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan 1961 Anayasasının 14/1. maddesinde (1982 Anayasası 17/1. maddesine benzer biçimde); *"Herkes, yaşama, maddî ve mânevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir."* denilmekteydi. Araslı, 15. maddede yer alan özel hayatın gizliliği hakkının, 14. maddedeki 'kişi dokunulmazlığı' hakkının bir uzantısı ve özel yaşam alanındaki görüntüsü" olduğuna işaret ederken, aslında iki hüküm arasında özel-genel hüküm ilişkisi kurmaktadır. Yazar ayrıca 15. madde gerekçesinden hareketle anayasa koyucunun özel hayata ilişkin dokunulmazlığı; kişinin beden tamlığını, kişi özgürlüğünü ve özel yaşam alanını kapsayan bir dokunulmazlık olarak düzenlediğini belirtmektedir (Araslı, agt. s. 116-117).

6. 1982 Anayasasının 21. maddesinin birinci fıkrasında 'saygı' ve 'gizlilik' bağlamında ele alınan her iki hakkın temelini, özel hayata saygı hakkı oluşturmaktadır. Ayrıca düzenlenmese dahi özel hayatın gizliliğine ilişkin hak, özel hayata saygı hakkının içerisindedir. Birinci fıkranın ilk cümlesinde saygı gösterilmesi istenilen 'özel hayat' kavramının bir içeriği ve kapsamı bulunmaktadır. Kapsamı içindeki tüm unsurlar bakımından özel hayata saygı ve gizliliğinin korunmasından söz edilir. Kişinin bedeni, ismi, resmi, ailesi, sosyal çevresi, alışkanlıkları, yaşam tarzı, birey olarak biyolojik ve kültürel farklılıkları, ırkı veya sosyal aidiyeti, vb. unsurların tümüyle özel hayat kavramı içinde yer aldığı değerlendirilmelidir. Kişi

özerkliği kavramıyla ifade edilen, kendisiyle (vücut bütünlüğü, sağlığı, maddi ve manevi yaşamı hakkında) ilgili karar alabilme, hayatını yönetme, kaderini tayin etme hakkı da özel hayat hakkı içerisindedir. Nitekim 1961 Anayasasındaki düzenleniş biçimi gereği hakkın gizlilik boyutunu tezinde inceleyen Araslı, “kişinin başkalarınca güdümlenmeden ve onlara bağımlı olmadan yaşamını düzenleyebilmesi” olarak tanımladığı kişisel özerkliğin kişinin maddi ve manevi gelişiminin temeli olduğuna işaret etmekte ve bu hakkın gizlilik boyutuyla kişisel özerkliğin gerçekleşmesini temin ettiğini ifade etmektedir. Hatta yazar bu bağlamda kişiliğini gerçekleştirme hakkının üç boyutuna değinmektedir. Bu hak gereği yaşam koşullarının; 1- Kişinin gerçek kişiliğini ve duygularını toplum baskısı olmadan yaşayabilmesine (duygusal boşalım), 2- toplum ve diğer kişilerin baskısından uzak biçimde kendi yaşam deneyimlerinden hareketle oluşturacağı kişilik örneğine göre kendisini geliştirebilmesine (kendi kendisini değerlendirme) imkan tanınması gerekir. Üçüncü boyut ise özel yaşamın gizliliğinin korunmasıyla ilgilidir (Araslı, agt. s. 21-24). Belirtilen bütün bu hususlar, maddi ve manevi bütünlüğü içerisinde kişinin varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgili ve ondan ayrılmaz niteliktedir.

7. Görüleceği üzere kişinin diğer insanlar ve toplumla ilişkisinin ve dolayısıyla özel yaşamının bir parçası olan *şeref ve itibarı* üzerindeki hakkı da özel hayat kapsamındadır. Diğer taraftan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla olan bağlantısı, şeref ve itibar hakkının özel yaşama saygı hakkı kapsamında görülmesine bir engel oluşturmamaktadır. Bu anlamda kişinin birey olarak maddi ve manevi varlığı ve bütünlüğü üzerindeki tüm hakları ile doğa ve diğer insanlarla ilişkilerinin tamamının özel hayat kapsamına girdiğinde şüphe bulunmamaktadır. Esasında sayılan bütün bu hususların özel hayat kapsamında olduğu, Mahkememizin de atıf yaptığı AİHM kararlarında da kabul edilmektedir. Dolayısıyla kişinin itibar, nam, şöhret ve şerefi üzerindeki haklarının da anılan 20/1. madde içerisinde ve özel hayat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

8. Çoğunluğun gerekçesinin dayanağı olan Anayasanın 17/1. maddesinde; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” denilmektedir. Madde gerekçesinde bu fıkra

hakkında; “Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir. Bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır.” izahatı yapılmıştır. Gerekçedeki açıklamadan, bu fıkra ile birbirini tamamlayan iki ayrı hakkın düzenlendiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan aynı maddenin 2. fıkrasında vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı, 3. fıkrasında ise işkence ve kötü muamele yasakları yer almaktadır.

9. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı öyle anaç bir haktır ki, Anayasada özel olarak sayılan bütün temel hakların ondan doğduğu, onun türevi olduğu söylenebilir. Anayasada düzenlenen temel hakları hatırlayalım; zorla çalıştırma yasağı (m.18), kişi hürriyeti ve güvenliği (m.19), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22), yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23), din ve vicdan hürriyeti (m.24), düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti (m.26), bilim ve sanat hürriyeti (m.27), basın hürriyeti (m.28), dernek kurma hürriyeti (m.33), toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34), mülkiyet hakkı (m.35), hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı (m.36), ailenin korunması ve çocuk hakları (m.41), eğitim ve öğrenim hakkı (m.42), çalışma ve dinlenme hakları (m.49, 50), sendika kurma hakkı (m.51), ücrette adalet hakkı (m.55), sağlık ve çevre hakkı (m.56), seçme, seçilme ve siyasi faaliyet hakkı (m.67), dilekçe ve bilgi edinme hakkı (m.74). Düşüncemize göre kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, yukarıda sayılan hakların her birinin kaynağı olduğu gibi bu haklarda mündemiçtir.

10. Bu durumda Anayasanın 17/1. maddesinde düzenlenen hakkın anayasal niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrinde Gören, 17/1. maddedeki hakkın hiyerarşik olarak temel teşkil ettiğini ve bu hakkın kişiye ‘*genel nitelikte bir eylem özgürlüğü*’ tanıyan sübjektif bir kamu hakkı niteliğinde olduğunu ifade etmiştir. Yazar ayrıca bütün temel hakların bu hakkın sonuçları olduğunu belirtmektedir (Zafer Gören, Anayasa Hukuku, Ankara 2006, s. 412, 413). Diğer bazı yazarlarca da benimsenen bu nitelemenin Anayasanın sistemi açısından oldukça yerinde olduğu düşünülmelidir. Sağlam ise, Federal Alman Anayasasının 2/1. maddesinde düzenlenen *kişiliğini geliştirme hakkının* düzenlenmesinin

amacının, insan yaşamının anayasada öngörülen diğer temel haklar dışında kalan bölümünü de kapsayarak, eksiksiz bir temel hak güvencesini temin etmek olduğuna dikkat çekmektedir. Sağlam'ın işaret ettiği üzere kişiliği geliştirme hakkı ile diğer temel haklar arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğundan, bir insan eylemi anayasadaki temel haklardan birinin geçerlik alanına girmekteyse yalnızca özel nitelikli olan temel hak uygulanır. Dolayısıyla kişiliği geliştirme hakkı, diğer temel haklarla düzenlenmemiş olan tüm hakları kapsayan 'genel bir fiil özgürlüğü' niteliğindedir (Fazıl Sağlam, Temel Hakların Sınırlanması ve Öz, AÜSBFY Ankara 1982, s. 42). Araslı'nın, yukarıda ifade edilen 1961 Anayasasının 14. ve 15. maddeleri arasındaki ilişkiye dair görüşü de bu yöndedir.

11. Doktrinde diğer bazı yazarlar da Anayasadaki 'maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme' hakkının genel fiil özgürlüğü niteliğinde olduğu ve Anayasada sayılan temel haklar ile arasında özel-genel hüküm ilişkisi bulunduğu görüşünü paylaşmaktadırlar (bkz. Ali Tarık Gümüş, "Türk Anayasasında Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 2, Yıl 2005, s. 149; Oğuz Şimşek, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Basılmamış Doktora Tezi, İzmir 1999, s. 55) Bu yazarlardan Gümüş, madde gerekçesinde 17. maddeden itibaren hak ve hürriyetlerin önem derecesine göre sıralandığına ilişkin açıklama ile kastedilen hususun, varlığını koruma ve geliştirme hakkının temel haklardan biri ve en önemlisi olduğu değil, bu hakkın diğer haklara kaynaklık ettiğini izah anlamına geldiğini ifade etmektedir (agm. s. 153).

12. Buna karşın heyetimiz çoğunluğunun, özel hayat alanına ilişkin olan konunun 17/1. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımı, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamını daraltmaktadır. Ayrıca bu yaklaşım, temel kişilik haklarının tümünün kendinden kaynaklandığı söylenebilecek olan, kişinin "varlığını koruma ve geliştirme hakkını" içeren 17/1. maddedeki genel nitelikli kişilik hakkını özel hayatın spesifik bir alanına hapsedmektedir.

13. Diğer taraftan, konut dokunulmazlığına, haberleşmeye, yerleşme ve seyahat özgürlüğüne, düşüncüyü açıklama ve yayma veya bilim ve sanat özgürlüğüne karşı yapılacak müdahaleler de özünde kişiliğini koruma

ve geliştirme hakkının ihlali mahiyetinde olmakla birlikte, Anayasa’da özel olarak düzenlenmesi dolayısıyla 21. ila 27. maddeler kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bölüm çoğunluğunun dayandığı görüşün bu konulara yansıtılması durumunda, belirtilen hakların da 17/1. madde üzerinden incelenmesi gerekecek, böylece Anayasada özel olarak düzenlenen ilgili temel hakların alanı daraltılırken, genel kapsamlı olan kişiliği koruma-geliştirme hakkı, amacı dışında ve anayasal sistematığe aykırı biçimde kullanılmış ve genişletilmiş olacaktır.

14. Sonuç olarak, Anayasanın 20. maddesinde özel olarak düzenlenen özel hayata saygı hakkı, maddi ve manevi varlığa (ve bu arada şeref ve itibara) yönelik müdahaleleri de kapsamaktadır. Anayasanın 17/1. maddesindeki “maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı” özel hayat hakkını değil, tüm temel hakların özünü ve ideal formunu düzenlemektedir. Anayasanın, kişinin maddi-manevi varlığına farklı bağlamlarda yer veren 5., 12., 15/2 ve 17/1,2. maddeleri, ilgili özel/temel hak bağlamında yalnızca destek norm olarak değerlendirilmelidir. Ne var ki başvuru konusu olay ölçü norm olan 20. madde üzerinden incelenmesi gerekirken, Anayasanın genel nitelikli 17/1. maddesi çerçevesinde değerlendirilmiştir.

15. Belirtilen nedenlerle, “şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edilmediğine” şeklindeki karar sonucuna, konunun Anayasanın 20/1. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği yolundaki farklı gerekçeyle katılmış bulunmaktayım.

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

M. K. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/13077)

Karar Tarihi: 12/6/2018

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan : Engin YILDIRIM
Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Raportör : Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ
Başvurucu : M.K.
Vekili : Av. Sinem HUN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, cinsiyet değişikliğine izin verilmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 29/7/2015 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 formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu; 1983 doğumlu, trans bir birey olup Gaziantep'te yaşamaktadır. Nüfus kaydında cinsiyeti kadın olarak belirlenmiştir. Sosyal hayatında *Baran* ismi ile tanınmaktadır. Bekârdır.

10. Başvurucunun yaptığı açıklamaya göre ergenlik çağından itibaren psikolojik ve hormonal olarak *erkeksi* davranışlar göstermesi nedeniyle 2012 yılından beri Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi tarafından takip altındadır.

11. Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Erişkin Cinsiyet Değerlendirme Konseyi tarafından 21/2/2012 tarihinde başvuru hakkında sağlık kurulu raporu düzenlenmiştir. Rapora göre Kadın Hastalıkları ve Doğum, Plastik ve Rekonstrüktif Cerrahi ile Endokrinoloji ve Üroloji bölümlerinde yapılan muayene sonucu başvurucunun kadın üreme organlarına sahip olduğu tespit edilmiştir. Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Bölümünün iki yıllık takibi sonucu 3/2/2014 tarihinde düzenlenen raporda, başvurucunun *erkek* cinsel kimliğini benimsemiş olduğunun belirlendiği belirtilmiştir. Tıbbi bulgulara göre başvurucunun erkek bedenine geçmesinin ruh sağlığı açısından uygun olduğu kanaati bildirilmiştir. Hâlihazırda başvurucunun kadın üreme yeteneğinin mevcut olduğu, yapılacak cerrahi ve tıbbi tedavi sonucunda hem erkek hem kadın üreme yeteneğinden yoksun kalacağı açıklanmıştır.

12. Başvurucu tarafından 20/3/2014 tarihinde, bir önceki paragrafta açıklanan sağlık kurulu raporuna dayanılarak Şanlıurfa 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) cinsiyet değişikliği için gereken ameliyata izin verilmesi talebiyle dava açılmıştır.

13. Sağlık raporuna göre başvurucunun *üreme yeteneğinin bulunması* nedeniyle cinsiyet değişikliğine izin verilmesi şartlarının oluşmadığı gerekçesiyle Mahkemece 20/6/2014 tarihinde dava reddedilmiştir.

14. Karar, temyiz incelemesinde muhalefet şerhi düşölerek onanmıştır. Muhalefet şerhinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Y.Y./Türkiye (B. No: 14793/08, 10/3/2015) kararına atıf yapılarak 22/11/2011 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde yer alan cinsiyet değişikliğine izin verilmesi için düzenlenen *üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma* ön koşulunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesine aykırı olduğı ve Anayasa'nın 90. maddesindeki kural doğrultusunda ulusal mevzuatın Sözleşme ile çeliştiğı, bu nedenle Sözleşme hükümlerine üstünlük tanınarak uygulanması gerektiğı belirtilmiştir.

15. Anılan karar başvurucuya 10/7/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 29/7/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

17. Anayasa Mahkemesi (AYM) 29/11/2017 tarihli ve E.2017/130, K.2017/165 sayılı kararıyla 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “...ve *üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu*...” ibaresini Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı görerek iptal etmiştir.

18. Anılan kararın gerekçesinde; izin verilmesi talep edilen cinsiyet değişikliği ameliyatı sonrasında izin talep eden kişinin üreme yeteneğinden yoksun kalacağı,söz konusu ameliyat için istenen iznin verilmesini üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma koşuluna bağlamanın üreme yeteneğı bulunan ve cinsiyet değiştirmek isteyen bireylere ameliyattan önce tıbbi bir müdahalede bulunulmasını zorunlu kıldığı ifade edilerekkişinin katlanmasına gerek bulunmayan böylesine bir tıbbi müdahaleye maruz bırakılmasının maddi ve manevi varlığı ile özel hayatına ölçsüz bir sınırlama getirdiğı dile getirilmiş ve Anayasa'ya aykırı bulunduğı vurgulanmıştır. Ayrıca tıbbi müdahale sonucu üreme yeteneğinden yoksun kalan kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatından vazgeçmesi durumunda cinsiyet değiştiremediğı hâlde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaştacağı ve söz konusu tıbbi müdahalenin sonuçları bakımından telafisi imkânsız durumlara yol açacağı belirtilmiş ve düzenleme bu yönüyle de ölçsüz bulunmuştur.

19. Başvurucunun Şanlıurfa 1. Asliye Hukuk Mahkemesine 12/12/2016 tarihinde yaptığı başvuru ise bu Mahkemenin 8/1/2018 tarihli kararıyla kabul edilmiş, başvurucunun cinsiyet değişikliğine izin verilmiştir. Anılan karar 7/2/2018 tarihinde kesinleşerek ilam, başvuru tarafından 27/4/2018 tarihinde Anayasa Mahkemesine ibraz edilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Ulusal Mevzuat

20. 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, iznin verilebilmesi için, istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmî sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.”

21. 24/5/1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkındaki Kanun'un 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Sterilizasyon, bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale demektir.

Sterilizasyon ameliyatı, tıbbi sakınca olmadığı takdirde reşit kişinin isteği üzerine yapılır”

2. Yargıtay İçtihadı

22. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 2/11/2017 tarihli ve E.2017/7553, K.2017/14419 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

“Cinsiyet değiştirme kanundaki düzenlemeye göre, iki aşamadan oluşmaktadır. Buna göre; 40. maddenin birinci fıkrasında tahdidi olarak sayılan şartların varlığı halinde mahkemece cinsiyet değişikliği için izin kararı verilecek, maddenin ikinci fıkrasında ise; birinci fıkra gereği

verilen ve kesinleşen cinsiyet değişikliğine izinkararına bağlı olarak amaç ve tıbbî yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilecektir. Yani cinsiyet değişikliği için; ilk önce cinsiyet değişikliğine dair mahkemece izin kararı verilmeli ve bu izin kararına istinaden gerekli cinsiyet değişikliği ameliyatı yapılmalıdır. Daha sonra açılacak davada ise mahkemece,cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmî sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilecektir. Özetle; TMK 40. maddede; iki ayrı dava mevcut olup, birinci fıkrada cinsiyet değişikliğine izin verilmesi, ikinci fıkrada ise cinsiyet yönünden nüfus kütüğünde düzeltme davası düzenlenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; mahkemece TMK 40/1.madde gereği şartları mevcut ise cinsiyet değişikliğine izin kararı verilmesi gerekirken, cinsiyet değişikliğine izin kararı ve verilecek izin kararı doğrultusunda cinsiyet değişikliğine dair gerekli ameliyatın yapıldığının resmi sağlık kurulu raporu ile doğrulanmadan nüfus kayıtlarındaki cinsiyet hanesinde değişikliğe karar verilmesi doğru görülmemiştir.”

23. Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 2/3/2016 tarihli ve E.2015/23063, K.2016/3697 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

“...hastanın doğal yolla çocuk sahibi olma yeteneğinden yoksun olup bununla birlikte yardımcı üreme teknikleri ile çocuk sahibi olma ihtimalinin bulunduğubelirtilmiştir. Mevcut raporlar arasında bütünlük sağlanarak, davacının cinsiyet değişikliği talebinin hem genel sağlık ve ruh sağlığı, hem üreme yeteneği yönünden cinsiyet değişikliğine uygun olup olmadığı, gereklilik hali hususlarında konuya netlik getirmek açısından, dosyanın Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 4. İhtisas Dairesine gönderilmek suretiyle adı geçenin Türk Medeni Yasası’nın 40. maddesi gereğince cinsiyet değişikliğini gerektirir bir neden bulunup bulunmadığının belirlenmesi amacıyla rapor alınarakoluşacak sonuç dairesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

24. Sözleşme'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

25. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 31/3/2010 tarihli ve Cinsel Yönelim veya Cinsiyet Kimliği Temelli Ayrımcılıkla Mücadele Etmek İçin Alınacak Önlemler Hakkında CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararının ekinde yer alan ilgili kısımlar şöyledir:

"IV. Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı

(...)

20. Toplumsal cinsiyetin yeniden belirlenmesinin yasal olarak tanınması için gerekli olan, fiziksel nitelikli değişiklikler de dâhil olmak üzere, ön koşullar, suiistimale yol açabilecek şartların kaldırılması için düzenli olarak gözden geçirilmelidir.

21. Üye Devletler, bir şahsın toplumsal cinsiyetinin yeniden belirlenmesinin, özellikle de resmi belgelerde ad ve toplumsal cinsiyet değişikliğinin süratle, saydam ve erişilebilir bir biçimde yapılabilmesi ve yaşamın tüm alanlarında yasal olarak tamamen tanınması için uygun tedbirleri almalıdırlar. Üye Devletler aynı zamanda, yerine göre, devlet dışındaki aktörlerin eğitim veya çalışma izinleri gibi önemli belgelerde de benzer tanımayı ve değişiklikleri kabul etmelerini temin etmelidirler.

(...)

VII. Sağlık

35. Üye Devletler transgender bireylerin, toplumsal cinsiyetin yeniden belirlenmesiyle ilgili, transgender sağlık hizmetleri alanındaki psikolojik, endokrinolojik ve cerrahi uzmanlık hizmetleri dâhil olmak üzere, uygun hizmetlere, makul sayılamayacak koşullara maruz bırakılmadan, etkili bir biçimde erişimini sağlamak üzere gerekli tedbirleri almalıdırlar. Hiç kimse, rızası alınmadan cinsiyet değişikliği prosedürlerine tabi tutulmamalıdır.

(...)”

26. CM/Rec(2010)5 sayılı Tavsiye Kararı’nın ekinde bulunan açıklayıcı memorandum özellikle aşağıdaki hususları ele almaktadır:

“IV. Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı(...)

20-21. Trans kişiler için sorun teşkil eden iki alan, cinsiyet geçişi prosedürleri için istenilen şartlar ve yasal tanınma hususudur.

(...)

Bazı ülkelerde cinsiyet geçişi hizmetlerine erişim, geri döndürülemez kısırlaştırma, hormon tedavisi, öncü cerrahi prosedürler ve bazen, aynı zamanda, (“gerçek yaşam tecrübesi” denilen) kişinin geçilen cinsiyette uzun süre yaşama kabiliyetinin kanıtı gibi prosedürlere bağlıdır. Bu bakımdan, mevcut şartlar ve prosedürler, oransız şartları kaldırmak amacıyla gözden geçirilmelidir. Özellikle, bazı kişilerin, sağlık nedenleriyle, gerekli her hormonal ve/veya cerrahi adımı tamamlamasının mümkün olamayabileceği dikkate alınmalıdır. Benzer kaygılar, cinsiyet geçişinin, fiziksel değişiklikler dâhil olmak üzere birtakım prosedürler ile ön şartlara bağlı şekilde yasal olarak tanınması hususunda da geçerlidir.

(...)

VII. Sağlık

35-36. (...)

Uluslararası insan hakları hukuku, cinsiyet değiştirme prosedürlerini yöneten şartlara ilişkin olarak, hiç kimsenin, rızası olmaksızın, tedaviye veya tıbbi bir deneye tabi tutulamayabileceğini öngörmektedir. Bu nedenle, bir cinsiyet geçişinin (yukarıda 19.paragrafa bakınız) yasal olarak tanınması için ön şartlar olarak hormonal veya cerrahi tedaviler, bu işlem, kesin surette gerekli olduğu koşullarla sınırlı olmalı ve ilgili kişinin rızasıyla yapılmalıdır.(...)”

27. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin 29/4/2010 tarihli, cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık hakkında 1728 (2010) sayılı Tavsiye Kararının ilgili kısımları şöyledir:

“4. Trans kişiler, Avrupa Konseyi”ne üye birçok devlette, ayrımcı tutumlardan ve cinsiyet geçiş terapisi almadaki ve yeni cinsiyetlerinin yasal olarak tanınmasındaki engellerden kaynaklanan bir ayrımcılık döngüsü ile haklardan mahrum bırakılmayla karşı karşıyadırlar. Bunun bir sonucu da, trans kişiler arasında nispeten yüksek intihar oranıdır.

(...)

16. Sonuç olarak, Meclis üye devletleri bu konuları ve özellikle şunları ele almaya çağırmaktadır:

(...)

16.11. Trans kişilerin karşı karşıya kaldığı belirli ayrımcılıkların ve insan hakları ihlallerinin üzerine gitmek; bilhassa yasada ve uygulamada onların aşağıdaki haklarını temin etmek:

(...)

16.11.2. Daha önceden kısırlaştırma veya cinsiyet değiştirme ameliyatı veya hormon tedavisi dâhil olmak üzere diğer tıbbi prosedürleri geçirme yükümlülüğü olmaksızın, bir bireyin tercih ettiği cinsiyet kimliğini yansıtan resmi belgeler;

16.11.3. Cinsiyet değiştirme tedavisine erişim ve sağlık hizmeti alanlarında eşit muamele;

(...)”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

28. Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen *özel yaşam* kavramı AİHM tarafından da oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapılmaktan özellikle kaçınılmaktadır (*Koch/Almanya*, B. No: 497/09, 19/7/2012, § 51). Bu kavram, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsamakta olup (*X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 22) bazen de kişinin fiziki ve sosyal kimliğini de içine almaktadır. (*Mikulić/Hırvatistan*, B. No: 53176/99, 7/2/2002, § 53). Örneğin cinsel kimlik, isim, cinsel yönelim ve cinsel hayat gibi unsurlar Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan kişisel alana girmektedir (*Dudgeon/Birleşik Krallık*, B. No: 7525/76, 22/10/1981, § 41; *Burghartz/İsviçre*, B. No: 16213/90, 22/2/1994, § 24).

29. Özel hayat kavramı, bir bireyin fiziksel ve sosyal kimliğine dair birçok unsuru içinde bulundurabilir. Bu çerçevede cinsel kimliğin belirlenmesi; isim, cinsel eğilim ve cinsel yaşam gibi unsurlar özel hayat kapsamına girdiği gibi bu kavram diğer kişisel kimlik belirleme ve bir aileye bağlanma yöntemlerini de içine alır. Bunun yanı sıra kişinin sağlığına ilişkin bilgiler de özel yaşamının önemli bir parçasını oluşturur (*Mikulić/Hırvatistan*, § 53; *S. ve Harper/Birleşik Krallık*, B. No: 30562/04 ve 30566/04, 4/12/2008, § 66).

30. AİHM, *kişisel özerkliğin* Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenmiş bir hak olmamakla birlikte bu maddede tanımlanan güvencelerin yorumlanmasında önemli bir ilke olduğunu belirtmiştir (*Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 61).

31. Kişisel özerklik ilkesi, kişinin kendi vücuduyla ilgili olarak seçim yapma hakkı anlamında da değerlendirilebilmektedir (*Pretty/Birleşik Krallık*, § 66; *K.A. ve A.D./Belçika*, B. No: 42758/98, 45558/99, 17/2/ 2005, § 83).

32. AİHM, Sözleşme'nin kendi özünde var olan insanın haysiyeti ve özgürlüğünün yanı sıra transseksüellerin kişisel gelişim ile fiziki ve ruhsal bütünlük haklarının da güvence altına alındığını vurgulamıştır (*Christine Goodwin/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 28957/95, 11/7/2002, § 90; *Van Kück/Almanya*, B. No: 35968/97, 12/6/2003, § 69).

33. Sözleşme'nin 8. maddesi cinsiyet değiştirme ameliyatı için koşulsuz bir hakkı güvence altına almasa da AİHM, yine de transseksüelliğin ilgili kişilere yardım edilmesi için tedavi gerektiren tıbbi bir durum olduğunu uluslararası düzeyde geniş ölçüde kabul etmiştir (*Christine Goodwin/Birleşik Krallık*, § 81; *Y.Y./Türkiye*, B. No: 14793/08, 10/3/2015, § 65).

34. AİHM, Türk hukukunda cinsiyet değiştirme ameliyatlarına sınırlama getirmek amacıyla ameliyata izin verilmesi için *üreme yeteneğinden yoksun olması* koşulunun fiziki değişim sürecinden önce aranmasının transseksüel kişilerin özel hayatına gerekli olmayan bir şekilde müdahale edilmesi anlamına geldiği değerlendirmesine yer vererek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Y.Y./Türkiye*, § 122).

35. AİHM, kısırlaştırmanın insanların başlıca bedensel fonksiyonların birine dayanması nedeniyle fiziksel ve zihinsel varlığının yanı sıra duygusal, ruhsal ve ailevi yaşamı da dâhil olmak üzere kişinin bütünlüğünün birçok yönü üzerinde etkilere sahip olduğunu belirtmiştir. Bireylerin kimliklerinde değişiklik yapılmasına yönelik taleplerin, görünüşlerindeki dönüşümün değiştirilemez niteliğinin ispat edilmediği (infertiliteye ya da çok güçlü bir infertilite olasılığına yol açan tıbbi bir işleme maruz kalındığının gösterilmediği) gerekçesiyle reddedilmesini inceleyen AİHM, devletin ilgililerin özel hayatına saygı hakkını güvence altına almaya yönelik pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğine ve bu bağlamda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*A.P. Garçon ve Nicot/Fransa*, B. No: 79885/12, 52471/13, 52596/13, 6/4/2017).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

36. Mahkemenin 12/6/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

37. Başvurucu, cinsiyet değişikliğine izin verilmesi için 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinde düzenlenen *üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma* koşulunun trans bireyleri kısırlaştırma işlemine zorladığından şikâyetçi olmuştur. Başvurucu, böyle bir tıbbi müdahalenin ancak bireyin rızasıyla mümkün olabileceken söz konusu düzenlemenin izin koşulu olarak öngörülmesinin müdahaleyi iradi olmaktan çıkardığını

ve trans bireylere özgü kısırlaştırma ameliyatı ile ilgili mevzuat olmadığından bu tür cerrahi operasyonlarda sıkıntılar oluştuğunu iddia etmiştir. Başvurucu; mahkemelerin trans bireylerin üreme yeteneğinin olduğu durumlarda izin talebini reddettiklerini, hastanelerin de mahkeme izni olmadan kısırlaştırma ameliyatlarını yapmadıklarını, mahkemeden izin alınması talebiyle açtığı davanın da sadece kısırlık şartı nedeniyle reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan maddi ve manevi bütünlüğünü koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca evlilik aşamasında olmasına rağmen kimliğini değiştiremediğinden zor koşullar altında kaldığını bildirmiştir.

38. Başvurucu, trans bir birey olması nedeniyle kimliğinin kamuya açık belgelerde gizli tutulmasını talep etmiştir.

39. Bakanlık görüşünde, öncelikle başvurunun 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesini bireysel başvuru konusu yaptığından yasama işlemlerinin bireysel başvuruya konu olmayacağı dikkate alınarak başvurunun konu bakımından yetki çerçevesinde incelenmesi gerektiği bildirilmiştir. Ayrıca başvurunun karar düzeltme yoluna başvurmadiğı belirtilerek başvuru yollarının tüketilmesi kriteri yönünden de inceleme yapılması gerektiğinin üzerinde durulmuştur. Son olarak Anayasa Mahkemesinin 29/11/2017 tarihli ve E.2017/130, K.2017/165 sayılı kararından sonra başvurunun yerel mahkemeye yeniden başvuru yapması hâlinde talebinin kabul edilebileceği de gözönüne alındığında başvuru yollarının tüketilmesi kuralının gerçekleşip gerçekleşmediğinin somut başvuru açısından incelenmesi hususuna vurgu yapılmıştır.

40. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı cevabında, yasa maddesini değil uygulamasını başvuru konusu yaptıklarından konu bakımından yetki hususunda başvurunun kabul edilebilir bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca karar düzeltme yolunun ihtiyari olduğu ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının (bkz. §§ 17, 18) başvurusundan sonra verildiğinden manevi zararının oluştuğu ve başvurunun esasına girilerek ihlal kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Başvurucu 8/1/2018 tarihinde Şanlıurfa 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından ameliyat izni verildiğini, 6/4/2018 tarihinde *üreme yeteneğinden yoksunluk* ameliyatı olduğunu ve 20/6/2018 tarihinde de cinsiyet değiştirme ameliyatı olacağını açıklamıştır.

B. Değerlendirme

41. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası şöyledir:

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

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

42. Özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarlar, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınmakla birlikte söz konusu hukuksal çıkarların Anayasa'nın farklı maddelerinin koruma alanına girdiği görülmektedir. Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmek suretiyle fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı açısından özel bir güvence hükmüne yer verilmiştir (*Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 47).

43. Özel yaşam, fiziksel ve ruhsal özerkliği de kapsamakta; bu hak bireyleri gerek kamusal makamların gerek özel hukuk kişilerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğe yönelik saldırılarına karşı korumaktadır (*Halime Sare Aysal*, § 48).

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

44. Başvurucu, cinsiyet değiştirme talebinin reddedilmesi üzerine bireysel başvuruda bulunmuş ve 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesi çerçevesinde söz konusu taleplerin kabulünün *üreme yeteneğinden yoksun*

olma şartına bağlanmış olması nedeniyle cinsiyetini değiştiremediğini ve bunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle başvuru, anılan Kanun maddesinin Anayasa'ya aykırılığını soyut olarak dile getirerek iptalini talep etmemiş; aksine Kanun hükmünün temel hakkının ihlaline neden olduğunu ileri sürerek bireysel başvuru yapmıştır. Dolayısıyla şikâyet, konusu bakımından Anayasa Mahkemesinin yetkisi dâhilindedir.

45. Diğer taraftan karar düzeltme yolu açık olan kararlarda bu yolun etkili olup olmadığının değerlendirilmesi başvurularda aittir. Şayet başvuru, somut başvuruda olduğu gibi karar düzeltme yolunu etkili görmezse temyiz incelemesi sonucunda verilen onama kararından sonra süresi içinde bireysel başvuru yoluna başvurabilir. Ayrıca bireysel başvurudan sonraki gelişmeler nedeniyle başvuru, başvuruya konu şikâyetini yeniden derece mahkemelerinde ileri sürebilme imkânı elde etse bile Anayasa Mahkemesi bu olguları başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği değerlendirmesinde dikkate almamaktadır. Bu bağlamda başvurunun başvuru yollarını tükettiği kabul edilmelidir.

46. Bununla birlikte bireysel başvurudan sonra ortaya çıkan hukuki olgular başvurunun mağduriyet sıfatının devam edip etmediğinin değerlendirilmesi yönünden önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesince mağdurluk statüsünün devam edip etmediği değerlendirilirken başvurunun şikâyet ettiği hususların hâlâ mevcut olup olmadığı ve muhtemel hak ihlalinin etkilerinin giderilip giderilmediği incelenmelidir (*Arman Mazman*, B. No: 2013/1752, 26/6/2014, § 41).

47. Somut olayda başvuru, cinsiyet değiştirme talebini ilk olarak 20/3/2014 tarihinde Mahkemeye iletmiş ve başvurunun bu talebi 20/6/2014 tarihinde reddedilmiştir. Kararın kesinleşmesinin ardından başvuru bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuru 12/12/2016 tarihinde Şanlıurfa 1. Asliye Hukuk Mahkemesine yeniden başvurarak izin istemiş; bu arada 29/11/2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi, başvurunun ilk davasının ret gerekçesine dayanak olan 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında cinsiyet değiştirmeye izin verilmesi koşullarından sayılan *üreme yeteneğinden yoksun olma* şartını Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Bu gelişme üzerine başvurunun talebi kabul

görerek başvurucuya izin verilmiştir. Söz konusu karar 7/2/2018 tarihinde kesinleşmiştir.

48. Bu durumda başvurucunun cinsiyet değiştirme ameliyatı olması yaklaşık dört sene kadar bir süre almıştır. Bu süre boyunca başvurucunun özel hayatının doğrudan etkilendiği muhakkaktır. Ayrıca başvurucunun ikinci başvurusunun kabul kararıyla sonuçlanması, ilk karar nedeniyle başvurucunun temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğinden bağımsız bir olgudur. Dolayısıyla başvurucunun mağduriyet sıfatının devam ettiği kabul edilmelidir (Y.Y./Türkiye, §§ 53, 54).

49. 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

a. Müdahalenin Varlığı

50. Başvurucu, cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmesi talebinin *üreme yeteneğinden yoksun olmaması* nedeniyle derece mahkemelerince reddedilmesinden şikâyetçi olmuştur. Bu hâliyle başvurucunun başlatmaya çalıştığı cinsiyet değiştirme sürecinde, ameliyattan önce üreme yeteneğinden vazgeçmesini zorunlu kılan *sterilizasyon* (kısırlaştırma) operasyonuna yönlendirilmesi nedeniyle başvuruya konu kararın başvurucunun maddi bütünlüğüne müdahale oluşturduğu değerlendirilmektedir. Mahkemenin ret kararı aynı zamanda cinsiyet kimliği ve kişisel gelişim hakkı bakımından da müdahale teşkil etmektedir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

51. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

52. Yukarıda belirlenen müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasını ihlal edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, meşru amaç taşıma, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

53. Başvurucunun cinsiyet değiştirme ameliyatına izin verilmesi talebini reddeden Mahkeme,4721 sayılı Kanun'un 40. maddesine dayanmıştır. Anılan maddede belirtilen üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olma koşulunun bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Bu bağlamda şikâyeteye konu müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğu açıktır.

ii. Meşru Amaç

54. Kanun koyucunun cinsiyet değişikliğini, cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması ve sağlık açısından taşıdığı riskleri de gözönünde bulundurarak söz konusu ameliyatların herhangi bir denetim olmaksızın gerçekleştirilmesi suretiyle sıradanlaştırılmasının önüne geçilmesi, kamu düzeninin korunması ve mahkemelerin nüfus kaydında cinsiyet değişikliği yapılması noktasında sadece onay makamı olmaktan çıkarılması amaçlarıyla belirli kurallara bağlayarak denetime tabi tuttuğu görülmektedir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında cinsiyet değiştirme ameliyatı olabilmek için mahkemeden izin alınma, bu iznin alınabilmesi için de fıkarda belirtilen koşullarla birlikte üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma koşulunun öngörüldüğü anlaşılmaktadır (AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017,§ 20).

55. Söz konusu düzenleme, kamu düzeninin sağlanması yanında ameliyatın geri dönüşünün olmaması ve sağlık açısından taşıdığı riskler gözetilerek genel sağlığın korunmasını da amaçlamaktadır. Bu kapsamda somut müdahalenin ve bunun temelini oluşturan kanuni düzenlemenin Anayasa'nın 17. maddesi ve Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde meşru bir amaca dayalı olduğu sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

56. Kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine uygun olması gerekir.

57. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, § 46).

58. Kamusal makamların bir hakkın sınırlandırılması sürecinde iki ayrı aşamada takdir yetkisi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, sınırlama ölçütünün seçimidir. İkincisi ise ilgili sınırlama ölçütü çerçevesinde izlenen meşru amacı gerçekleştirmek üzere yapılan sınırlamanın gerekliliğidir. Ancak kamusal makamlara tanınan bu takdir yetkisi sınırsız olmayıp ihlal iddiasına konu önlemin anayasal temel hak ve özgürlüklerle bağdaşır olması yani müdahaleyi meşrulaştırmak üzere kullanılan argümanların elverişli, zorunlu ve orantılı olması gerekir (*Serap Tortuk*, § 49).

59. Belirtilen takdir yetkisi, her bir vakıa özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemektedir (*Serap Tortuk*, § 50).

60. Bireyin varlığına veya kimliğine ilişkin önemli haklar veya hukuksal çıkarlar söz konusu olduğunda takdir yetkisi daha dar olup bu alanlara yönelik müdahaleler için özellikle ciddi nedenlerin varlığı şarttır (*Serap Tortuk*, § 51).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

61. Başvurucunun cinsiyet değişikliğine izin verilmesi amacıyla açtığı dava, *üreme yeteneğinden yoksun olmadığı* gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvuru, başvurucunun kişisel özerklik çerçevesinde kendi kaderini tayin hakkı kapsamındaki cinsiyet kimliğini belirleme özgürlüğüyle ilişkilidir.

62. Türk hukuk sisteminde *cinsiyet değişikliği*nin iki aşamalı olarak düzenlendiği görülmektedir. Birinci aşamayı cinsiyet değişikliği için mahkemeden izin alınması, ikinci aşamayı mahkemece verilen bu izne bağlı olarak yapılan cinsiyet değiştirme ameliyatından sonra nüfus kaydındaki cinsiyet hanesinin değiştirilerek hukuki tanımanın sağlanmasıdır. 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında, mahkeme tarafından cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için gerekli olan şartlar düzenlenmiştir. Buna göre mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesi için cinsiyetini değiştirmek isteyen kimsenin mahkemeye şahsen başvuruda bulunması, on sekiz yaşını doldurmuş bulunması, evli olmaması, transseksüel yapıda olması, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olması, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunması gerekmekte ve belirtilen son üç koşulun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak sağlık kurulu raporuyla belgelenmesi gerekmektedir.

63. Transseksüel yapıda olan kişiler, sahip oldukları biyolojik cinsiyetten farklı olarak kendilerini karşı cinsten hissetmekte olup bu kişiler doğuştan üreme yeteneğinden yoksun olabilecekleri gibi üreme yeteneğine sahip de olabilirler. Doğumdan itibaren üreme yeteneği bulunmayan veya sonradan üreme yeteneğini sürekli biçimde kaybeden transseksüel kişilerin Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen diğer koşulları da taşımaları hâlinde mahkemeden cinsiyet değişikliği izni almak suretiyle cinsiyetlerini değiştirmeleri mümkündür. Üreme yeteneğine sahip transseksüel kişilerin cinsiyet değişikliğine mahkemece izin verilebilmesinin de diğer koşulların yanı sıra üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olmalarına bağlı kılınması bu kişilere bu amaçla tıbbi bir müdahalede bulunulmasını gerektirmektedir (AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017,§§ 22, 23).

64. Bu durumda üreme yeteneğinden yoksun olma, diğer bir ifadeyle kısırlık şartı fiziksel cinsiyet değişiminden önce bunu sağlayan

ameliyata erişim koşulu olarak düzenlenmiştir. Doğumdan itibaren bu yeteneğe sahip olan kişilerin iradi olarak bundan vazgeçmeleri sterilizasyon işlemine tabi tutulmalarıyla mümkündür. Bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin (üreme yeteneği) izalesi için yapılan müdahale olan sterilizasyon ameliyatları, ancak ergin kişinin rızasıyla gerçekleşebilmektedir. Başvurucu, bu tür işlemleri hukuken kadın veya erkek cinsiyetine özgü olduğundan kanuni boşluk nedeniyle trans bireyler tarafından erişimin mümkün olmadığını ifade etmektedir. Ancak başvurucunun şikâyetinin temeli, sterilizasyon operasyonuna erişebilmekten ziyade böylesine bir tıbbi müdahaleye tabi tutulmanın maddi bütünlüğüne saygı hakkını ihlal ettiğine ilişkin olduğundan trans bireyler için bu tür işlemlerin erişilebilir olup olmaması bu başvuruda inceleme konusu yapılmamıştır. Başvuru, transseksüel bireylerin cinsiyet değiştirme sürecini başlatmadan önce tıbbi müdahaleye maruz kalmalarını sağlayan düzenleme ve uygulamanın gerekliliği çerçevesiyle sınırlı incelenmiştir.

65. Yukarıda yer verilen meşru amaçlara (bkz. §§ 54, 55) ulaşmak için mahkeme kararı ve kararın gerekçesini oluşturan düzenleme aracılığıyla yapılan müdahale, ancak zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevap vermesi hâlinde demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilecektir. Bu bağlamda müdahalenin gerekliliğinin ilgili ve yeterli bir gerekçeyle ortaya konulması gerekir.

66. Olayda başvuru, ergenlik çağlarından itibaren psikolojik olarak kendini erkek cinsiyetine ait hissetmiş ve bu amaçla hormon tedavisi görmüştür. Sosyal çevresinde erkek duruşu sergileyen başvuru, çevresinde bir erkek ismiyle bilinmekte ve kabul görmektedir. Evlilik aşamasında olduğunu belirten başvuru, ameliyat için gereken izni alamadığından kimliğini değiştirememiştir. Başvurunun kadın üreme organlarına sahip olmasına rağmen erkek cinsiyet kimliğini benimsemiş olduğu uzmanlardan oluşan sağlık raporuyla belirlenmiş olup transseksüel yapıda olduğu tespit edilmiş, geri kalan hayatına erkek kimliğiyle devam etmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. Dolayısıyla başvurucunun yıllardır karşı cinsiyeti benimsediği, bu şekilde yaşamını sürdürdüğü ve bu hususta kararlı olduğu gözlemlenebilmektedir. Cinsiyet değiştirme ameliyatlarının geri dönüşünün olmaması ve taşıdığı riskler gözetilerek sağlığın korunması

amacıyla getirildiği öne sürülen düzenlemenin ve buna dayanan uygulamanın başvuru gibi cinsiyet değiştirme kararlılığı içinde olan kişiler açısından önemi anlaşılamamaktadır.

67. Öte yandan başvurunun cinsiyet değiştirme ameliyatından sonra her iki cinsiyete ait üreme yeteneğinden yoksun kalacağı sağlık raporunda ayrıca vurgulanmıştır. Buna karşılık başvurunun hâlihazırda üreme yeteneği bulunduğu için başvuru tarafından talep edilen izin Mahkemece verilmemiştir.

68. Üreme yeteneği bulunan transseksüel kişinin tıbbi yöntemlere uygun şekilde cinsiyet değiştirme ameliyatı olduğunda bu ameliyatın doğal sonucu olarak üreme yeteneğinden de sürekli biçimde yoksun kalacağı kuşkusuzdur (AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017,§ 24).

69. 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen *üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olma* şartının trans bireyleri cinsiyet değiştirme ameliyatından önce tıbbi müdahale geçirmek zorunda bıraktığı anlaşılmaktadır. Üreme yeteneği bulunan transseksüel bireyler bakımından cinsiyet değiştirme ameliyatı sonrasında üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun kalınacağı şüphesizken söz konusu ameliyat öncesinde üreme yeteneğinden vazgeçilmesini sağlayan tıbbi bir müdahaleye tabi tutulmasının gerekliliği derece mahkemelerinin gerekçelerinde ve gerekçeye dayanak olan düzenlemede ortaya konulamamıştır.

70. Anayasa Mahkemesince başvurudan sonra 29/11/2017 tarihinde 4721 sayılı Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrasında geçen "*üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu...*" ibaresinin bedensel ve ruhsal olarak ilgili yönünden katlanılması gerekli olmayan bir müdahale niteliği taşımakta olup kişinin maddi ve manevi varlığı ile özel hayatı yönünden getirilen bu sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin varlığından söz edilemeyeceğinden dolayı ölçüsüz bir sınırlama niteliği taşıdığı kanaatiyle Anayasa'nın 13., 17. ve 20. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiği de nazara alındığında başvurunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda *gerekli* olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

71. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

72. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.”

73. Başvurucu yeniden yargılanma ve 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

74. Başvurucunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

75. Başvurudan sonra ortaya çıkan gelişmeler neticesinde başvuru konusu şikâyetle ilgili yapılan yeni yargılama başvuru lehine sonuçlanmıştır. Dolayısıyla ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.

76. Başvurucunun bireysel başvuru yoluna başvurduktan sonra şikâyet ettiği mahkeme kararının aksine yeni bir mahkeme kararı verildiği de dikkate alınarak temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğinin tespit edilmesinin başvuru açısından yeterli bir giderim oluşturduğu kanaatine varılarak manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

77. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun trans bir birey olması nedeniyle yaşadığı sıkıntılar gözönüne alınarak kimlik bilgilerinin kamuya açık belgelerde gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Kararlar

B. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 17. maddesinin güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirmesi hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Başvurucunun manevi tazminat talebinin REDDİNE,

E. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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,

G. Kararın bir örneğinin Şanlıurfa 3. Asliye Hukuk Mahkemesine (Mahkemenin E.2014/264, K. 2014/484 sayılı dosyasına) GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 12/6/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

EBRU BİLGİN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/7998)

Karar Tarihi: 19/7/2018

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör Yrd.	: Fatih ALKAN
Başvurucu	: Ebru BİLGİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, psikolojik taciz nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/5/2014 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. 2014/20231 numaralı bireysel başvuru dosyasının kişi ve konu bakımından hukuki irtibat nedeniyle 2014/7998 sayılı dosya ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

8. Birinci Bölüm tarafından 4/7/2018 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 aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu 11/7/2007 tarihinde Erzurum İl Gıda Kontrol Laboratuvar Müdürlüğüne (Kurum) veteriner hekim olarak naklen atanmıştır.

11. Başvurucu, Kurum içinde huzurun sağlanmasında daha dikkatli davranması hususunda Kurum Müdürü Y.K. tarafından ilk olarak 23/6/2010 tarihinde yazılı şekilde uyarılmıştır.

12. Görevin iş birliği içinde yapılması ilkesine aykırı davrandığı, Kurumun huzur ve sükûnunu bozduğu, amirlerine saygılı davranmadığı gerekçeleriyle Kurum Müdürü Y.K. tarafından 7/10/2010 tarihli kararla başvurucuya kınama cezası verilmiştir. Söz konusu işleme karşı açılan iptal davası Erzurum 1. İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

13. Kurum içinde başvurusunun görev yerinin değiştirilmesine ilişkin işlemler gerçekleştirilmiştir. Başvurucu; 8/9/2009 tarihinde Mikrobiyoloji

ve Mikotoksin Laboratuvar biriminde, 13/10/2009 tarihinde Kimyasal Laboratuvar biriminde, 4/3/2010 tarihinde Mikotoksin Laboratuvar biriminde, 18/5/2010 tarihinde Destek Projeleri Geliştirme biriminde, 8/6/2011 tarihinde Ette Tür Tayini Analizleri biriminde ve Numune Kabul biriminde görevlendirilmiştir.

14. Kurum Müdürü Y.K. tarafından hazırlanan ve başvurucuya tebliğ edilen 13/10/2011 tarihli yazıda, başvurunun hangi sağlık kurumunda, nasıl tedavi olduğu hususunda idareye bilgi vermediği ifade edilmiştir. 9/12/2011 tarihli yazıda ise başvurunun tedavi gerekçesiyle Kurumda bulunmayarak usul ve esaslara uymadığı, bu eylemin aylıktan kesme disiplin cezası gerektirdiği belirtilerek bu hususta savunma vermesi talep edilmiştir. 21/3/2012 tarihli yazıda da başvurunun savunma ekinde bulunduğu 21/11/2011 tarihli reçetenin hangi sağlık kuruluşuna ait olduğu, ilgili sağlık kuruluşuna giriş ve çıkış saatlerinin reçetede bulunmadığı, bu nedenlerle belgenin yeterli görülmediği belirtilmiştir.

15. Başvurucu, Kurumun huzur ve sükûnunun korunması adına daha dikkatli davranması gerektiği belirtilerek Kurum Müdürü Y.K. tarafından 16/3/2012 tarihinde yazılı şekilde uyarılmıştır.

16. Başvurucu hakkında, mesai saatinde Kurumda bulunmaması ve sağlık kuruluşuna gitmeden önce onaylı izin belgesi doldurmaktan imtina ederek belirlenen usul ve esaslara uymaması nedenleriyle 4/4/2012 tarihinde Kurum Müdürü Y.K. tarafından uyarma ve kınama disiplin cezası işlemleri tesis edilmiştir.

17. Kurum Müdürü Y.K. tarafından Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına gönderilen 30/4/2012 tarihli yazıda, başvurunun Başbakanlık İletişim Merkezine (BİMER) asılsız şikâyetler göndermesi nedeniyle Kurumun gereksiz yere meşgul edildiği belirtilmiş ve başvurunun Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının diğer birimlerinde görevlendirilmesi talep edilmiştir.

18. Başvurucu hakkında Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı Rehberlik ve Teftiş Başkanlığınca düzenlenen raporda; başvurunun Kurumun iş verimini olumsuz şekilde etkilediği, huzurun bozulmasına ve diğer personelin farklı kurumlara geçme yolları aramasına neden olduğu

gerekçesiyle il içindeki başka bir müdürlük bünyesine atanmasının uygun olacağı ifade edilmiştir.

19. 2/10/2012 tarihli işlemle başvuru, Erzurum İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğünde çalıştırılmak üzere Erzurum Valiliği (Valilik) emrine naklen atanmıştır.

20. Başvuru hakkında 2011-2013 yılları arasında düzenlenen sağlık raporları ile ilaç kullanım raporları şöyledir:

i. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Ruh ve Sinir Hastalıkları Polikliniğinin *karışık anksiyete ve depresif bozukluk* tanısıyla sertralin etken maddeli ilacın 365 gün süreyle kullanılmasının gerekli olduğunu belirten 5/12/2011 tarihli ilaç kullanım raporu

ii. Başvurucunun iki ay süreyle istirahatinin uygun olduğunu belirten Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Ruh ve Sinir Hastalıkları Polikliniğinin 6/12/2011 tarihli sağlık kurulu raporu

iii. Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Ruh ve Sinir Hastalıkları Polikliniğinin *karışık anksiyete ve depresif bozukluk* tanısıyla sertralin etken maddeli ilacın 365 gün süreyle kullanılmasının gerekli olduğunu belirten 23/11/2012 tarihli ilaç kullanım raporu

iv. Başvurucunun bir ay süreyle istirahatinin uygun olduğunu belirten Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Ruh ve Sinir Hastalıkları Polikliniğinin 27/11/2012 tarihli sağlık kurulu raporu

v. Başvurucunun otuz gün süreyle istirahatinin uygun olduğunu belirten Erzurum Bölge Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 21/11/2013 tarihli sağlık kurulu raporu

vi. Erzurum Bölge Eğitim ve Araştırma Hastanesinin *karışık anksiyete ve depresif bozukluk* tanısıyla sertralin etken maddeli ilacın bir yıl süreyle kullanılmasının gerekli olduğunu belirten 21/11/2013 tarihli ilaç kullanım raporu

vii. Başvurucunun bir ay süreyle istirahatinin uygun olduğunu belirten Erzurum Bölge Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 23/12/2013 tarihli sağlık kurulu raporu

A. İdari Soruşturma Süreci

21. Başvurucu; 2010-2012 yılları arasında çeşitli tarihlerde Kurum Müdürlüğüne, BİMER'e ve Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığına sunduğu dilekçelerde Kurum Müdürü Y.K. tarafından uygun olmayan koşullarda çalışmaya zorlandığını, sık sık savunmasının alındığını, hakarete uğradığını, keyfi uygulamalarla yıldırılmaya çalışıldığını, sağlık izni taleplerinin keyfi şekilde reddedildiğini ve Kurumda imtiyazlı grupların oluşturulduğunu ileri sürmüştür. Söz konusu dilekçelerde başvuru; amiri Y.K. tarafından tehdit edildiğini, sürekli olarak aşağılandığını, bu eylemlerin kamera görüntüleriyle sabit olduğunu, tüm bu hususların uzun süredir devam ettiğini ve kendisine psikolojik taciz uygulandığını belirtmiştir.

22. Başvurucu 24/2/2012 tarihinde Valiliğe sunduğu dilekçesinde; daha önce dile getirdiği şikâyetlerinin sonuçsuz kaldığını, Y.K.'nin kendisine yönelik tehditlerini sürdürdüğünü ve saldırganlığını artırdığını iddia ederek Y.K. hakkında idari soruşturma başlatılmasını talep etmiştir.

23. Valilik tarafından verilen 29/2/2012 tarihli onay emriyle Kurum Müdürü Y.K. hakkında inceleme başlatılmış, Erzurum İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürü ön inceleme görevi olarak atanmıştır.

24. Ön inceleme görevi tarafından Kurum Müdürü Y.K. hakkında başvuru tarafından dile getirilen iddialar çerçevesinde kamera kayıtları, saatlik izin kayıt defteri, performans çizelgesi, Kurum iş akış şeması ve hangi personelin ne kadar iş yaptığını gösteren belgeler istenerek incelenmiştir. İdari soruşturma kapsamında ayrıca başvuru, Kurum Müdürü Y.K.'nin ve Kurumda görev yapan ilgili personelin yazılı ifadeleri alınmıştır.

25. Ön inceleme raporu 9/4/2012 tarihinde Valilik makamına sunulmuştur. Raporda, idari soruşturmanın konusu *“görev yerinde baskı ve haksızlık yapılması, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal etme”* olarak belirtilmiştir. Raporda; birtakım eylem, işlem ve ihmaller liste hâlinde sıralanarak bunlara muhatap kılınan başvurucu psikolojik taciz uygulandığı ifade edilmiştir. Söz konusu liste şöyledir:

i. Başvurucunun görev konusunun birçok kez değiştirilmesi

ii. Her durum yazışmaya dökülerek iletişimin zayıflatılması ve koparılması

iii. Birbirleriyle sorun yaşayan personelin sorunlarının çözölememesi ve artarak büyümesi

iv. Her hususun disiplin soruşturmasına dönüştürölerek savunma istenmesi

v. Muhakkikin aynı disiplin cezasını talep ettiğı iki personel hakkında başvurucunun aleyhine olacak şekilde farklı disiplin cezaları tesis edilmesi

vi. Muhakkik raporundan sonra yeniden yazışmalar yapılması ve konunun devam ettirilmesi

vii. Sık sık savunma istenmesi, verilen savunmanın yetersiz görölmesi durumunda ceza verilmesi gerekirken yeniden savunma istenmesi

viii. Savunmada verilen belgelerin (doktor tarafından yazılan reçetede saatin belirtilmemesi gibi nedenlerle) yetersiz görölmesi

ix. Diyalogla çözülecek konularda dahi işlem yapılması

x. İş hacmi puanlama cetvellerinde yıllara ve birimlere göre farklı puanlama yapılması

xi. Kurumda kutuplaşmaya zemin hazırlanması ve bu sorunun çözülememesi

xii. Yaşanan süreçte başvurucunun karışık anksiyete ve depresif bozukluk hastalığından muzdarip olması

xiii. Kurumda bulunan kameralar, kısa süreli izin defterinin tutulması ve hastalık nedeniyle izin alınması gibi personeli olumsuz etkileyen durumların bulunması

xiv. Bazı personelin çalışma düzeni

xv. Kurumda çok sayıda soruşturmanın bulunması

xvi. Başvurucu ile soruşturulan Kurum Müdürü Y.K.nın odalarının birbirine yakın ve karşı karşıya olması

Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Kararlar

Ön inceleme raporunun sonuç kısmında Y.K.nın anılan eylem ve işlemlerle personel arasında farklı inisiyatif kullandığı, psikolojik taciz iddiasının sübuta erdiği belirtilmiştir. Raporun son kısmında Y.K. hakkında disiplin hukuku yönünden yapılacak bir işlemin olmadığı, 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince işlem yapılması gerektiği ve soruşturma izni verilmesinin uygun olacağı şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir.

26. Valilik Makamının 12/4/2012 tarihli kararıyla Kurum Müdürü Y.K. hakkında soruşturma izni verilmesine karar verilmiştir. Kararda;

- i. Başvurucunun görev yaptığı birimin sık sık değiştirildiği,
- ii. Reçetelerin sunulmasının sağlık kuruluşuna başvurulduğu anlamına geldiği açık olmasına ve adli bir olay da bulunmamasına rağmen giriş/çıkış saatlerinin yazılmaması gerekçe gösterilerek kusur arama çabasına girildiği,
- iii. İş hacmi puanlama cetvellerinde personele farklı kazanımlar sağlandığı,
- iv. Kurum Müdürü ile diğer personel arasında çok sayıda adli ve idari soruşturmaların olduğu, muhakkiklerin verdiği raporlar sonrasında Y.K.nın yeniden inceleme yaparak farklı bir kanaatle yeniden soruşturmalar başlattığı, aynı konuda farklı disiplin cezaları tesis ettiği,
- v. Kurum Müdürü'nün 19/3/2011 tarihli ve 27879 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2011/2 sayılı İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi başlıklı Başbakanlık Genelgesi ile 13/4/2005 tarihli ve 25785 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümlerine aykırı hareket ederek işyerinde psikolojik taciz uyguladığı şeklinde tespitlere yer verilmiştir.

B. Ceza Yargılaması Süreci

27. Kurum Müdürü Y.K., hakkında tesis edilen soruşturma izni verilmesine ilişkin işlemin iptali talebiyle Erzurum Bölge İdare Mahkemesine itiraz dilekçesi sunmuştur. Y.K. 3/5/2012 tarihli dilekçesinde;

hakkındaki isnatların gerçek dışı olduğunu, başvurucunun görev yeri değişikliklerinin keyfî şekilde yapılmadığını, bir kısmının ihtiyaçtan kaynaklandığını, bir kısmının ise başvurucunun talebi doğrultusunda gerçekleştirildiğini, başvurucunun sunduğu reçeteye açıklık getirmek zorunda olduğunu, bu nedenle yapılan yazışmanın kusur arama mahiyetinde olmadığını ve kurallara kasten uymayan başvurucunun disiplin suçu işlediğini, başvuru hakkında uyguladığı disiplin cezasının haksız olmadığını, personele haksız kazanımlar sağlamadığını, kimseye ayrımcılık yapmadığını, başvurucunun Mobbing ile Mücadele Derneği üyesi olduğunu, kendi tutum ve davranışları ile olayları bilinçli olarak büyüttüğünü, kendisi ve diğer personel hakkında sürekli olarak BİMER'e usulsüz şikâyetlerde bulunduğunu, başvurucunun kendisini tehdit ettiğini, kendisine isnat edilen eylem ve işlemlerin aksine Kurum içi dengeleri gözettiğini, diğer personelin moral ve motivasyonun etkilenmemesi için gayret gösterdiğini, kamu yararını amaç edinerek görevlerini yerine getirdiğini ve psikolojik tacize maruz kalanın aslında kendisi olduğunu ifade etmiştir.

28. Erzurum Bölge İdare Mahkemesinin 11/5/2012 tarihli kararıyla Y.K.nın itirazının reddine karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, hakkında ön inceleme yapılan kamu görevlisinin üzerine atılı suçlardan dolayı Cumhuriyet Başsavcılığınca hazırlık soruşturması yapılmasını gerektirecek yeterli kanıtın dosyada mevcut olduğu belirtilmiştir.

29. Soruşturma izni verilmesi işleminin kesinleşmesi üzerine Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Kurum Müdürü Y.K. hakkında görevi kötüye kullanma ve tehdit suçlamalarıyla 10/10/2012 tarihli iddianame düzenlenmiştir. İddianamede başvurucudan sürekli olarak savunmalar istendiği, muhakkik raporu göz ardı edilerek soruşturulan diğer personele nazaran başvuru hakkında daha ağır bir disiplin cezası uygulandığı, başvurucunun hastalığının irdelendiği, hasta ile hekim arasındaki özel durumun araştırıldığı belirtilmiştir. İddianamede; başvurucunun Kurum Müdürü Y.K. tarafından dışlanarak ayrımcılığa uğradığı, uygun olmayan koşullarda çalışmaya zorlandığı ve tehdit edildiği ifade edilmiştir.

30. (Kapatılan) Erzurum6. Asliye Ceza Mahkemesinin 26/5/2015 tarihli kararıyla Kurum Müdürü Y.K.nın beraatine karar verilmiştir. Karar

gerekçesinde; sanık Y.K.nın başvurucuyu yıpratmak maksadıyla görevi gereği sahip olduğu birtakım yetkileri kötüye kullandığı ancak psikolojik taciz eyleminin haksız fiil kabul edildiği, her suçun haksız fiil olduğu ancak her haksız fiilin kanunlarda suç olarak karşılığının bulunmadığı belirtilmiştir. Kararda, bu durumun başvurunun tazminat alma hakkını ortadan kaldırmadığı, psikolojik taciz oluşturabilecek hakaret, tehdit, cinsel taciz, cinsel saldırı gibi eylemlerin ceza kanunlarında ayrıca suç olarak düzenlendiği, sanığın eylemlerinin ise bunlardan birini oluşturmadığı ifade edilmiştir. Kararda, sanığın yetkilerini kötüye kullanmasının maddi anlamda görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacağı, bu durumun disiplin cezasını vetazminatı gerektiren bir eylem olarak kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

31. Başvurucu tarafından anılan karara karşı yapılan temyiz başvurusu Yargıtayda derdesttir.

C. İptal Davası Süreci

32. Başvurucu, İl Gıda Tarım ve Hayvancılık Müdürlüğünde çalıştırılmak üzere Valilik emrine naklen atanmasına ilişkin 2/10/2012 tarihli işlemin iptali talebiyle 28/12/2012 tarihinde Erzurum 1. İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) dava açmıştır. Dava dilekçesinde başvuru; Kurum Müdürü Y.K. başta olmak üzere ekip hâlinde hareket eden bazı çalışma arkadaşlarının psikolojik tacizine maruz kaldığını, görev yerinin değiştirilmesini öneren teftiş raporunu hazırlayan müfettişin Y.K.nın hemşehrisi olduğunu, bu nedenle raporun tarafsız şekilde hazırlanmadığını ve hukuka aykırı şekilde tesis edilen atama işleminin sürgün niteliğinde olduğunu ileri sürmüştür. İdare tarafından sunulan savunma dilekçesinde ise dava konusu atama işleminin hukuki kriterler gözetilerek hukuka uygun şekilde gerçekleştirildiği ifade edilmiştir.

33. İdare Mahkemesinin 25/9/2013 tarihli kararıyla iptal davasının reddine hükmedilmiştir. Kararda, başvurunun görev yerinin değiştirilmesinde hukuki isabet bulunmadığı ancak aralarında husumet bulunan Y.K. ile başvurunun aynı yerde çalışmalarının uygun olmadığı vurgulanmıştır. Kararda, Kurum içinde yıpranan başvurunun görevine devam etmesi durumunda hem kendisi hem de diğer personel açısından

olumsuz sonuçlar ortaya çıkabileceği belirtilerek kullanılan takdir yetkisinde kamu yararı ve hizmet gerekleri açısından hukuka aykırılık görülmediği ifade edilmiştir.

34. Söz konusu karara karşı yapılan itiraz Erzurum Bölge İdare Mahkemesinin 30/1/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

35. Karar düzeltme talebi ise aynı Mahkemenin 10/4/2014 tarihli kararıyla oyçokluğuyla reddedilmiştir. Karşıoy gerekçesinde, Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek 27/9/2006 tarihinde onaylanan ve 9/4/2007 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 3/5/1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan çalışma koşullarına ilişkin düzenlemeler hatırlatılmıştır. Karşıoy gerekçesinde; dava konusu atama işleminin başvurunun uluslararası sözleşmelerle garanti altına alınan hakları görmezden gelinerek tesis edildiği, başvurunun yargı yerine başvurmak zorunda bırakıldığı ve kullanılan takdir yetkisinde hukuka uygunluk bulunmadığı belirtilmiştir.

36. Nihai karar 28/4/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

D. Tam Yargı Davası Süreci

37. Başvurucu 27/6/2012 tarihli dava dilekçesiyle, Kurum Müdürü Y.K. ve personeli tarafından sürekli olarak yıldırıldığını, kişisel güveninin sarsıldığını, mesleki anlamda zarar görmesi için çaba sarf edildiğini, kısacası kendisine psikolojik taciz uygulandığını belirterek 15.000 TL manevi tazminat talebiyle Erzurum 1. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. Davalı Valilik tarafından sunulan savunma dilekçesinde ise psikolojik taciz iddiasının doğru olmadığı, başvuru ile Kurum Müdürü Y.K. arasındaki olayların amir-memur ilişkisi kapsamında, mevzuata uygun şekilde gerçekleştirildiği ifade edilmiştir. Savunma dilekçesinde, doktora öğrenimi gören başvurucuya izin konusunda kolaylık sağlandığı ve idari yaptırım gerektiren birçok konuda Kurum müdürü tarafından kendisine hoşgörü gösterildiği belirtilmiştir. Davalı idarenin savunma dilekçesinde, başvurunun Kurumuna müracaat ederek elde edeceği bilgileri farklı yollardan elde etme çabasına girdiği, bu durumun Kurum

müdürünü yıpratmak amacıyla BİMER'e başvuruda bulunmayı alışkanlık hâline getirmesinden anlaşıldığı belirtilmiştir. Savunma dilekçesinde, başvurunun kendisine ayrıcalıklı davranılmasını beklediği, Kurum Müdürünü küçümsediği, kendisinin daha vasıflı olduğunu dillendirdiği ve bu doğrultuda asılsız iddialarla açılan davanın reddedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

38. İdare Mahkemesinin 30/12/2013 tarihli kararıyla davanın reddine hükmedilmiştir. Kararda; manevi tazminata hükmedilebilmesi için idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulması, ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmesi, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi gerektiği vurgulanmıştır. Kararda, Kurum Müdürü Y.K. hakkında idare tarafından soruşturma izni verilerek şahsi davranışlarından dolayı yargılanmasının sağlandığı, bu nedenle idareye atfedilebilecek ölçüde başvurunun şeref ve haysiyetini rencide eden bir durumun bulunmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca kararda, Kurum Müdürü Y.K.'nın şahsi davranışlarından kaynaklanan zararlara karşı adli yargıda tazminat davası açılabileceği belirtilmiştir.

39. Söz konusu karara karşı yapılan itiraz Erzurum Bölge İdare Mahkemesinin 22/5/2014 tarihli kararıyla oyçokluğuyla reddedilmiştir. Karşıoy gerekçesinde, memur olan başvurunun amiri tarafından psikolojik tacize maruz kaldığının Valilik tarafından tespit edildiği, bu durumda gerekli önlemleri zamanında almayan idare açısından ortada ağır bir hizmet kusurunun bulunduğu ve psikolojik taciz nedeniyle başvurunun uğradığı zarar oranında manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

40. Karar düzeltme talebi de aynı Mahkemenin 5/11/2014 tarihli kararıyla oyçokluğuyla reddedilmiştir. Karşıoy gerekçesinde, idarenin kusurunun niteliği ve ağırlığı dikkate alınarak başvuru lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

41. Nihai karar 24/11/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

42. 27/5/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

43. 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kişilerin uğradıkları zararlar" kenar başlıklı 13. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır."

44. 657 sayılı Kanun'un "Amir durumda olan devlet memurlarının görev ve sorumlulukları" kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

"Devlet memurları amiri oldukları kuruluş ve hizmet birimlerinde kanun, tüzük ve yönetmeliklerle belirlenen görevleri zamanında ve eksiksiz olarak yapmaktan ve yaptırmaktan, maiyetindeki memurlarını yetiştirmekten, hal ve hareketlerini takip ve kontrol etmekten görevli sorumludurlar."

Amir, maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde davranır. Amirlik yetkisini kanun, tüzük ve yönetmeliklerde belirtilen esaslar içinde kullanır."

Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara aykırı emir veremez ve maiyetindeki memurdan hususi bir menfaat temin edecek bir talepte bulunamaz, hediyesini kabul edemez ve borç alamaz."

45. 657 sayılı Kanun'un "Disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller" kenar başlıklı 125. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"...

A- Uyarma : Memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesidir."

Uyarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Kararlar

a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak,

b) Özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terketmek,

...

d) Usulsüz müracaat veya şikayette bulunmak,

e) Devlet memuru vakarına yakışmayan tutum ve davranışta bulunmak,

f) Görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak...

h) Görevin işbirliği içinde yapılması ilkesine aykırı davranışlarda bulunmak...

B- Kınama: Memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesidir.

Kınama cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak, ...

c) Görev sırasında amire hal ve hareketi ile saygısız davranmak,

d) Hizmet dışında Devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak, ...

g) İş arkadaşlarına, maiyetindeki personele ve iş sahiplerine kötü muamelede bulunmak, ...

h) İş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak, ...

j) Verilen emirlere itiraz etmek, ...

1) Kurumların huzur, sükün ve çalışma düzenini bozmak...”

46. 4483 sayılı Kanun’un “Ön inceleme” kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“İzin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini bizzat veya yukarıdaki maddede yazılı şekilde öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır.

...

Ön inceleme, izin vermeye yetkili merci tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendireceği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur ve kamu görevlilerinden biri veya birkaçı eliyle de yaptırılabilir. İnceleme yapacakların, izin vermeye yetkili merciin bulunduğu kamu kurum veya kuruluşunun içerisinde belirlenmesi esastır. İşin özelliğine göre bu merci, anılan incelemenin başka bir kamu kurum veya kuruluşunun elemanlarıyla yaptırılmasını da ilgili kuruluştan isteyebilir...”

47. 10/6/1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu’nun 8. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Yetiştirme ve ikmal kaynakları Bakanlıklar veya tüzel kişiliği haiz genel müdürlüklere bağlı olup il genel teşkilatı içinde birden fazla istihdam yerleri bulunan meslek, fen ve uzmanlık kadrolarına dahil görevlerden:

A) İlçe idare şube başkanı sıfatını haiz olanlarla il merkezinde Devlet gelir, giderlerinin ve mallarının tahakkuk, tahsil, ödeme ve idaresiyle ilgili ikinci derecedeki müdürler, şube şefleri ve kontrol memurları, nakit muhasipleriyle, lise, orta ve o derecelerdeki okul müdür ve öğretmenleri, hastaneler müteahhassıs hekimleri, Bakanlıklar veya tüzel kişiliği haiz genel müdürlükler tarafından tayin edilirler.

B) Bunun dışında kalan bütün memurlar Bakanlıklar veya tüzel kişiliği haiz genel müdürlükler tarafından valilik emrine tayin edilerek il idare şube başkanının inhası üzerine valiler tarafından istihdam yerleri tesbit olunur;

C) Yukardaki fıkralarda yazılı bütün memurların lüzumu halinde il içinde nakil ve tahvilleri mensup olduğu il idare şube başkanlarının inhası üzerine valiler tarafından icra edilmekle beraber mensup oldukları Bakanlıklar veya genel müdürlüklere sebepleriyle bildirilir.”

48. 12/8/2009 tarihli ve 27317 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Tarım ve Köyişleri Bakanlığı Taşra Teşkilatı Personelinin Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik’in (Yönetmelik) “Zorunlu atamalar” kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

“(1) Aşağıdaki hallerde, hizmet bölgelerindeki zorunlu çalışma süresini tamamlaması şartı aranmadan, nakil dönemlerine bağlı kalmaksızın personelin ataması yapılabilir;

a) Haklarında adli ve idari bir soruşturma yapılmış ve bu soruşturma sonucunda görev yerinde kalmalarında sakınca görülmüş olanlar,

b) İki yıl üst üste olumsuz sicil almış olanlar,

(2) Bu şekilde İl dışında yapılacak atamalar (C) ve (D) hizmet grubu illerine yapılabilir.

(3) Birinci fıkranın (a) ve (b) bentleri gereği il içine tayin edilmesi uygun görülen personel haklarındaki kararın mahiyetine göre Bakanlık veya Valilik tarafından il içinde durumuna uygun ilçelere/birimlere/kuruluşlara atanır.

(4) Bu madde gereği atananlar, diğer yerlere üç yıl geçmeden, ayrıldıkları illere/ilçelere/kuruluşlara/birimlere ise beş yıl geçmeden atanma talebinde bulunamazlar.”

49. Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik’in “Saygınlık ve güven” kenar başlıklı 10. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Yönetici veya denetleyici konumunda bulunan kamu görevlileri, keyfi davranışlarda, baskı, hakaret ve tehdit edici uygulamalarda bulunamaz, açık ve kesin kanıtlara dayanmayan rapor düzenleyemez, mevzuata aykırı olarak kendileri için hizmet, imkan veya benzeri çıkarlar talep edemez ve talep olmasa dahi sunulanı kabul edemezler.”

50. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından Mayıs 2014 tarihinde hazırlanan “İşyerlerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)” isimli bilgilendirme rehberinde psikolojik tacizin tanımı şöyledir:

“İşyerlerinde bir veya birden fazla kişi tarafından diğer kişi ya da kişilere yönelik gerçekleştirilen, belirli bir süre sistematik biçimde devam eden, yıldırma, pasifize etme veya işten uzaklaştırmayı amaçlayan; mağdur ya da mağdurların kişilik değerlerine, mesleki durumlarına, sosyal ilişkilerine veya sağlıklarına zarar veren; kötü niyetli, kasıtlı, olumsuz tutum ve davranışlar bütünüdür.”

51. 2011/2 sayılı “İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi” konulu Başbakanlık Genelgesi’nin ilgili kısımları şöyledir:

“Kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde gerçekleşen psikolojik taciz, çalışanların itibarını ve onurunu zedelemekte, verimliliğini azaltmakta ve sağlığını kaybetmesine neden olarak çalışma hayatını olumsuz etkilemektedir.

Kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanın aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin önlenmesi gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemlidir.

Bu doğrultuda, çalışanların psikolojik tacizden korunması amacıyla aşağıdaki tedbirlerin alınması uygun görülmüştür.

1. İşyerinde psikolojik tacizle mücadele öncelikle işverenin sorumluluğunda olup işverenler çalışanların tacize maruz kalmamaları için gerekli bütün önlemleri alacaktır.

2. Bütün çalışanlar psikolojik taciz olarak değerlendirilebilecek her türlü eylem ve davranışlardan uzak duracaklardır.

3. Toplu iş sözleşmelerine işyerinde psikolojik taciz vakalarının yaşanmaması için önleyici nitelikte hükümler konulmasına özen gösterilecektir.

...

5. Çalışanların uğradığı psikolojik taciz olaylarını izlemek, değerlendirmek ve önleyici politikalar üretmek üzere ... “Psikolojik Tacizle Mücadele Kurulu” kurulacaktır.

6. Denetim elemanları, psikolojik taciz şikâyetlerini titizlikle inceleyip en kısa sürede sonuçlandıracaktır.

7. Psikolojik taciz iddialarıyla ilgili yürütülen iş ve işlemlerde kişilerin özel yaşamlarının korunmasına azami özen gösterilecektir.

8. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Devlet Personel Başkanlığı ve sosyal taraflar, işyerlerinde psikolojik tacize yönelik farkındalık yaratmak amacıyla eğitim ve bilgilendirme toplantıları ile seminerler düzenleyeceklerdir.”

52. Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu tarafından 2010 yılında hazırlanan “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri” başlıklı raporda psikolojik taciz kavramıyla ilgili şu hususlara yer verilmiştir:

“Mobbing, sistemli bir şekilde, süreklilik arzeden bir sıklıkta çalışanı sindirme maksadı ile kişinin özgüvenine uygulanan psikolojik ve hatta fiziksel saldırgan davranışları ifade etmektedir. Başka bir ifade ile işyerinde bir kişinin veya birkaç kişinin, istenmeyen kişi olarak ilan ettikleri bir kişiyi, dışlayarak, sözlü ya da fiziksel tacizde bulunarak mutlak itaate zorlamak, yıldırım ve bezdirmektir.

Mobbinge maruz kalan kişiler gördükleri zararın büyüklüğü ve etkisiyle, işlerini yapamaz duruma gelmektedirler. Konu ile ilgili yapılan araştırmalar göstermiştir ki, en kısa mobbing süresi 6 ay, genelde ortalama süre 15 ay, sürecin kalıcı ağır etkilerinin ortaya çıktığı dönem ise, 29-46 aydır.

Hangi işyerlerinde ve hangi kişilerin mobbinge uğradığına bakıldığında -araştırmalara göre- kâr amacı gütmeyen kuruluşlar, öncelikle sağlık ve eğitim sektöründe yaygın olduğu ve özellikle de üniversitelerde bunun çok daha sıklıkla yaşandığı görülmektedir...”

2. İlgili Yargı Kararları

53. Danıştay İkinci Dairesinin 13/7/2007 tarihli ve E.2007/1297, K.2007/3247 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“... İdarelerin yapmakla yükümlü kılındıkları görevlerin yerine getirilmesinde bir kusurun olması ve bu kusur neticesinde bir zararın doğması durumunda, idarece bu zararın tazmin edilmesi Anayasa’nın yukarıda yer verilen 125. maddesi hükmünün gereğidir.

Kamu idareleri yapmakla yükümlü bulundukları hizmetleri gereği gibi ifa etmekle beraber bu hizmetin işleyişini sürekli olarak kontrol etmek ve hizmetin yürütülmesi sırasında gerekli önlemleri almakla da yükümlüdür...

Öte yandan yine İdare Hukukunun yerleşik ilkelerine göre manevi tazminata hükmedilebilmesi için idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ya da ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmesi veya kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi gerekmektedir; doktrinde de kabul edildiği üzere manevi tazminat ilgilinin mal varlığında meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Olayın gelişimi ve sonucu, ilgilinin durumu itibarıyla uğradığı manevi zarara karşılık takdir edilecek manevi tazminatın, manevi tatmin aracı olmasından dolayı zenginleşmeye yol açmayacak miktarda, fakat idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde saptanması zorunlu bulunmaktadır.

Olayda ... davalı idarece davacıya karşı hasmane bir tutum izlendiği, nesnellik ilkesinden uzaklaşarak keyfi muameleye tabi tutulmasına yol açıldığı sonucuna varılmakla yaşamış olduğu derin üzüntünün karşılığı olacak ve idarenin olaydaki kusurunun niteliğini ve ağırlığını ifade edecek ölçüde mahkemece takdir edilecek miktarın ilgililerine rücu edilmek kaydıyla, yasal faiziyle, manevi tazminat olarak davacıya ödenmesine karar verilmesi gerekirken aksi yönde hüküm kurulmasında hukuki isabet görülmemiştir...”

54. Danıştay Beşinci Dairesinin 10/4/2013 tarihli ve E.2012/9795, K.2013/2945 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“... Anayasanın 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasında; Devletin, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek ve çalışanları korumak için; 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasında ise, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesinisağlamak üzere gerekli tedbirleri alacağı hükmü bulunmaktadır.

Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışma, çalışanların tümü için en temel insan haklarından biridir.

Kamu hizmetlerinde istenilen verimliliğinin sağlanabilmesi açısından çalışma ortamı koşullarının önemi oldukça büyüktür. Bu nedenle çalışma ortamı koşullarının fiziksel ve psikolojik açıdan çalışanlara rahatsızlık vermeyen, sıkıntıya yol açmayan, sorunlardan arındırılmış bulunması ve çalışanların yeterli ve güvenli çalışma ortamına sahip olabilmesi için her türlü önlemin alınmış olması gerekmektedir.

Dosyada yer alan fotoğraf ve CD kayıtlarının incelenmesinden, davacının, Ankara Hurdacılar Sitesi ... adresinde bulunan , içerisinde 2 masa ve 4 sandalyenin olduğu, telefon v.b. araç, gereç ve teçhizatın bulunmadığı bir büroda görevlendirildiği; büronun fiziksel koşullarının (çalışma ortamı, araçlar, teçhizat v.b.) bir kamu görevlisinin görevini fiziksel ve psikolojik açıdan rahat bir şekilde yürütebilecek nitelik taşımadığı, dolayısıyla kamu hizmetinde esas olan kamu hizmetinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesine elverişli olmadığı anlaşılmaktadır...”

55. Danıştay Onikinci Dairesinin 1/7/2015 tarihli ve E.2011/5125, K.2015/4394 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“... İşyerlerinde Psikolojik Tacizin (Mobbing) Önlenmesi konulu 2011/2 sayılı Başbakanlık Genelgesinde; kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör işyerlerinde gerçekleşen psikolojik tacizin, çalışanların itibarını ve onurunu zedelediği, verimliliğini azalttığı ve sağlığını kaybetmesine neden olarak çalışma hayatını olumsuz etkilediği belirtilmiş, kasıtlı ve sistematik olarak belirli bir süre çalışanı aşağılanması, küçümsenmesi, dışlanması, kişiliğinin ve saygınlığının

zedelenmesi, kötü muameleye tabi tutulması, yıldırılması ve benzeri şekillerde ortaya çıkan psikolojik tacizin önlenmesinin gerek iş sağlığı ve güvenliği gerekse çalışma barışının geliştirilmesi açısından çok önemli olduğu vurgulanmış, bu doğrultuda çalışanların psikolojik tacizden korunması amacıyla birtakım tedbirler alınmıştır.

... Bakılan olayda ... görev yaptığı her iki başhekim tarafından da farklı filleri nedeniyle hakkında verilen disiplin cezaları yargı denetiminden geçmeyerek kesinleşen ve hizmetinde yetersiz kaldığından bahisle görev yeri değişiklikleri talep edilen davacıya amirleri tarafından sistematik olarak ve kendisini yıldırma amaçlı mobbing uygulandığı hususunun açık olarak ortaya konulamadığı anlaşılmaktadır...”

56. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 15/10/2015 tarihli ve E.2014/1989, K.2015/3546 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“... kamu görevlisi olan eski defterdar yardımcısının, mesai saatleri içerisinde kendi makam odasında idarenin görev ve faaliyet alanında, idarenin kendisine yüklediği ve tanıdığı yetkileri aşarak ve yine, resmi yetki, görev ve görevin araç ve olanaklarını kullanarak davacıya zarar verdiği ve kamu görevlisinin suç niteliğindeki eylemi idarece yürütülen hizmetten soyutlanamaz ve ayrılamaz nitelikte olduğundan, Hazineye ait taşınmazların belli bedeller karşılığında sahte tapu senedi verilmek suretiyle satılması olayında, görev kusuru niteliğinde hizmet kusuru nedeniyle davacının meydana gelen zararlarının davalı idarece tazminine karar verilmesi gerekirken aksi yönde verilen idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır...”

57. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1/2/2012 tarihli ve E.2011/4-592, K.2012/25 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“... gerek Anayasa, gerekse Devlet Memurları Kanunu’nda yer alan düzenlemelerin, memur ve kamu görevlisinin sorumluluğunu ortadan kaldırmadığı; daha sonra ilgisine rücu edilmek üzere ilk etapta devletin sorumluluğuna giderek, mağdura zararını daha iyi bir şekilde giderecek bir muhatap ve tereddütsüz bir yargı yolu sağladığı; bugüne kadar ki uygulamada, kamu personelinin mali sorumluluğunu çözmek için

“hizmet kusuru” ve “kişisel kusur” ayrımına gidilmiş olmasının yerinde olmadığı, zira yasada böyle bir unsur bulunmayıp; bunun tamamen idare ile memur arasında görülecek rücu davasının sorunu olduğu; öte yandan, Anayasa’nın 129/5 maddesinde sayılan görevlinin görevini yerine getirirken veya yetkilerini kullanırken kasten islediği eylemin bu koruma altına girip girmeyeceğine ilişkin olarak da, yasanın “kusur” ifadesi kullanması karşısında eylemin kasten veya ihmalen işlenmesine bakılmaksızın idarenin sorumluluğuyla güvence altına alındığı, ceza mahkemesinde yargılanmasının hatta ceza almasının dahi öneminin bulunmadığı, bunun da ancak rücu davasında dikkate alınacağı; sonuçta, memur ve kamu görevlisinin görevi sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun kasti suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı bu nedenle açılacak davanın idare aleyhine açılması gerektiği; görev yapılan yerde dahi olsa memur ve kamu görevlisinin yaptığı iş ile ilgisi olmayan eylemlerin varlığı halinde ise bu eylemden memurun kişisel olarak sorumlu tutulacağı, bu nedenle açılacak davaların da ancak adli yargıda ve kamu görevlisi veya memur aleyhine açılabileceği, ilke olarak oyçokluğu ile kabul edilmiştir...”

58. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 25/9/2013 tarihli ve E.2012/9-1925, K.2013/1407 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“... uyuşmazlık; davacı yararına somut olayda psikolojik taciz (mobbing) nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerekip gerekmediği; ayrıca davacının maddi tazminat talebi bakımından yer değiştirmeye bağlı olarak yaptığı giderlere ilişkin dosyaya sunulan belgelerin yerel mahkemece değerlendirilmesi gerekip gerekmediği noktalarında toplanmaktadır.

... Türk Hukukunda psikolojik taciz (mobbing); işyerinde çalışanlara, diğer çalışanlar veya işverenler tarafından sistematik biçimde uygulanan, tekrarlanan her türlü kötü muamele, tehdit, şiddet, aşağılama gibi davranışlar olarak ifade edilmiştir. Psikolojik tacizin en bariz örnekleri, kendini göstermeyi engellemek, sözünü kesmek, yüksek sesle azarlamak, sürekli eleştiri, çalışan iş ortamında yokmuş gibi davranmak, iletişimin kesilmesi, fikirlerine itibar edilmemesi, asılsız söylenti, hoş olmayan imalar, nitelikli iş verilmemesi, anlamsız işler verilip sürekli yer

değiştirilmesi, ağır işler verilmesi ve fiziksel şiddet tehdidi sayılabilir (Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (mobbing), Beta Yayınları, İstanbul 2008, s.7, s.53-58, aktaran K. Ahmet Sevimli, agm., s.116).

Görüldüğü üzere, bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hal alması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin işyerinden ayrılmasını sağlamaktır. ...

Somut olaya gelince; 56 yaşında evli bir kadın olan davacının ... kısa sürelerle 9 ay boyunca ve 30 kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır.

Davalı işveren, yapılan görevlendirmenin olağan bir uygulama olduğu ve diğer benzer durumda çalışanlara da uygulandığı yönünde bir savunma getirmediği gibi, davacının risk tasfiye ekibi içinde tek avukat olarak görev yaptığı anlaşılmaktadır. Bankanın diğer avukatlarının aynı dönemde benzer şekilde görevlendirildikleri ileri sürülmüş ise de bu husus kanıtlanmış değildir. Davacının iş sözleşmesinin feshi öncesinde 9 aylık sürede gerçekleşen görevlendirmelerin hangi ihtiyaçtan kaynaklandığı da somut biçimde ortaya konulmamıştır.

Görüldüğü üzere, davalı avukatın maruz kaldığı bu durum, psikolojik taciz mahiyetinde olup, bu yolla davacı avukatın istifa ya da emekliliği tercih etmesi sağlanarak işyerinden ayrılması amaçlanmaktadır...”

59. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 17/1/2018 tarihli ve E.2017/4-1433, K.2018/49 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“... Uyuşmazlığın çözümüne geçilmeden önce, konuya ilişkin yasal düzenlemelerin ve ilkelerin ortaya konulmasında yarar vardır:

Kamu personelinin mali sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler öncelikle Anayasa olmak üzere ilgili kanunlarında yer almaktadır...

Görülmektedir ki, Anayasa'nın 40/3, 125/son ve 129/5. maddeleri ile uygulamanın çerçevesi net olarak çizilmiştir; "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının, ancak rücu edilmek şartı ile idare aleyhine açılabilceği" açıkça ifade edilmiştir.

Anayasa'nın bu hükümleri ile amaçlanan, memur ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu davrandıklarından bahisle haklı ya da haksız olarak yargı mercileri önüne çıkarılmasını önlemek, kamu hizmetinin sekteye uğratılmadan yürütülmesini sağlamak ve aynı zamanda zarara uğrayan kişi yönünden de memur veya diğer kamu görevlisine oranla ödeme gücü daha yüksek olan devlet gibi bir sorumluyu muhatap kılarak kamu düzenini korumaktır. ...

Sonuç olarak, Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Kanun'un 13/1. maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır...

Bilindiği gibi, görev kusuru, daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına yüklediği ödev yetki ve araçlarla işlenmektedir. Kişisel kusurda ise; kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka deyişle, kişisel kusurda idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini kamusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlemiştir...

... somut olay değerlendirildiğinde; davacı, davalının süreklilik

gösteren yıldırma niteliğindeki eylemleri nedeniyle manevi zarar gördüğü gerekçesi ile manevi tazminat isteminde bulunduğundan davacının istemini dayandırdığı bu maddi olgulardan, davalı rektörün göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır.

Hâl böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanıldığına ve hizmet kusuru niteliğinde bir eylemi bulunmadığı anlaşıldığına göre, husumetin kamu görevlisi olan davalıya yöneltildiği eldeki davanın adli yargı yerinde görülerek işin esasının incelenmesine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”

B. Uluslararası Hukuk

60. 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 haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahaleler dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz.”

61. Sözleşme'nin “İşkence yasağı” kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

“Hiç kimseye işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza uygulanamaz.”

62. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın “Onurlu çalışma hakkı” kenar başlıklı 26. maddesi şöyledir:

“Akit Taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak,

1. Çalışanların işyerinde ya da işle bağlantılı cinsel taciz konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunun engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı;

2. Çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler.”

63. 4/6/2003 tarihinde onaylanan ve 11/8/2003 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 16/12/1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 7. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanmak hakkını kabul ederler. Bu hak özellikle şunları güvence altına alır:

...

(b) Güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları ...”

64. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 12. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Bu Sözleşme’ye Taraf Devletler, herkesin, ulaşılabilecek en yüksek fiziksel ve zihinsel sağlık standardına sahip olma hakkını kabul ederler...”

65. 7/1/2004 tarihli ve 5038 sayılı Kanun’la onaylanması uygun bulunan 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmesi’nin (155 sayılı ILO Sözleşmesi) 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Bu sözleşmenin amacı bakımından;

a) *“Ekonomik faaliyet kolları” terimi, kamu hizmetleri dahil olmak üzere, işçi çalıştırılan bütün kolları kapsar.*

b) “İşçiler” terimi, kamu çalışanları dahil olmak üzere istihdam edilen bütün kişileri kapsar.

...

e) “Sağlık” terimi, işle bağlantısı açısından, sadece hastalık veya sakatlığın bulunmaması halini değil, aynı zamanda, çalışma sırasındaki hijyen ve güvenlik ile doğrudan ilişkili olarak sağlığı etkileyen fiziksel ve zihinsel unsurları da kapsar.”

66. ILO tarafından 2003 yılında hazırlanan “Sağlık Sektöründe İşyeri Şiddeti” başlıklı raporda psikolojik taciz tanımı şöyledir:

“Bir çalışana veya bir grup çalışana intikamcı, acımasız veya kötüniyetli girişimlerle adaletsiz ve sürekli negatif tavır ve eleştiriler, sosyal ortamından izole etme, hakkında dedikodu yapma veya yanlış söylentiler yayma yoluyla zayıflatmak ya da aşağılamak amacını güden eziyet edilmeyi içeren psikolojik taciz şekli.”

67. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkıdır. Bu hak, negatif yükümlülüğe ek olarak özel hayata etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da özel hayata saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (X ve Y/ Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985, §§ 22, 23).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

68. Mahkemenin 19/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

69. Başvurucu;

i. 2007 yılında naklen atandığı Kurumdan 2012 yılında zorunlu atama kapsamında haksız yere sürgün edildiğini,

Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Kararlar

ii. Görev yaptığı dönemde başta Kurum Müdürü olmak üzere çalışma arkadaşları tarafından dışlandığını, hakarete uğradığını, tehdit edildiğini, görev yaptığı birimlerin değiştirildiğini, sağlık bilgilerinin araştırıldığını,

iii. Keyfî şekilde tesis edilen disiplin cezaları ve uyarı yazılarıyla sindirilmeye çalışıldığını, tüm bu süreçte cezalandırılan taraf olduğunu,

iv. Sistemli ve sürekli biçimde psikolojik tacize maruz bırakıldığını, bu nedenlerle sağlığının bozulduğunu,

v. Maddi ve manevi bütünlüğünü zedeleyen bu tür eylem, işlem ve ihmallerin engellenmesi konusunda idare tarafından gerekli önlemlerin alınmadığını, sorumluların yaptırımsız bırakıldığını,

vi. Kamu görevlisinin kamu hizmetini yerine getirdiği sırada ihmal veya hatasıyla meydana getirdiği zararın hizmet kusuru kapsamında telafi edilmesi gerekmesine rağmen oluşan manevi zararlarının giderilmediğini,

vii. Psikolojik tacize uğradığı idari kararlarla sabit olmasına ve yargısal makamlara başvurmasına rağmen etkili bir giderim ve koruma imkânından yararlanılmadığını belirterek kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile çalışma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş ve ihlalin tespiti ile lehine tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

70. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Başvuruya konu şikâyetler başvurunun maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik iddialar içerdiğinden ve psikolojik taciz kapsamında kaldığından -Anayasa Mahkemesinin önceki kararları da dikkate alınarak- incelemenin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılması gerektiği değerlendirilmiştir (*Hüdayi Ercoşkun*, B. No: 2013/6235, 10/3/2016, §§ 59, 60; *SümeYYe Örnek*, B. No. 2014/11091, 7/6/2017, § 16; *Mehmet Bayrakçı*, B. No: 2014/8715, 5/4/2018, § 50).

71. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak *“Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı”* kenar başlıklı Anayasa’nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

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

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

72. Anayasa’nın *“Temel hak ve hürriyetlerin korunması”* kenar başlıklı 40. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

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

73. Anayasa’nın *“Yargı yolu”* kenar başlıklı 125. maddesinin yedinci fıkrası şöyledir:

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

74. Anayasa’nın *“Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence”* kenar başlıklı 129. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

“Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”

75. Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme’nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması hakkına karşılık gelmektedir (Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30).

76. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının koruduğu temel haklara, bir eylemin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması gerektiğine ve söz konusu ağırlık düzeyi belirlenirken gözönüne alınması gereken durumlara ilişkin olarak ilkeler tespit edilmiştir (*Şehnaz Ayhan*, B. No: 2013/6229, 15/4/2014, §§ 21-26; *Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, §§ 31-36; *Emel Leloğlu*, B. No: 2013/3512, 17/7/2014, §§ 26-31; *Hüdayi Ercoşkun*, §§ 84-88; *Hacer Kahraman*, B. No: 2013/7935, 20/4/2016, §§ 51-56). Belirtilen tespitler ışığında somut olaya konu olan muamelelerin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez. Bu nedenle başvurunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

77. Somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu hususu Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında belirtilmiştir (*Işıl Yaykır*, § 44; *Aslı Kırmızı Demirseren*, B. No. 2013/5680, 15/4/2014, § 41; *Gülşin Oral*, B. No. 2013/6129, 16/9/2015, § 47; *Sümeyye Örnek*, § 26). Somut olayda her ne kadar ceza davası derdest ise de başvuru tarafından tam yargı davası açma yoluna gidildiği, bu davadan sonuç alınamaması üzerine süresi içinde bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşıldığından başvuru yollarının tüketildiği sonucuna varılmıştır.

78. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

79. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında; çalışan bireylerin maddi ve manevi varlıklarının korunması bağlamında devletin Anayasa'nın 17. maddesinin yanı sıra 5., 12., 49. ve 56. maddeleri çerçevesinde üstlenmesi gereken negatif ve pozitif yükümlülüklerinin kapsamına, başta Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile ILO bünyesinde imzalanan sözleşmeler olmak üzere uluslararası sözleşmelere taraf olan devletlerin taahhütlerine ve bu doğrultuda hayata geçirilen düzenlemelere ilişkin açıklayıcı değerlendirmelere ve genel ilkelere yer verilmiştir (*Mehmet Bayrakçı*, §§ 61-68).

80. Söz konusu değerlendirmelerde Anayasa Mahkemesi, her somut olayın kendi bütünlüğü içinde değerlendirilmesi koşuluyla bireylerin çalışma ortamlarında maruz kaldıklarını ileri sürdükleri eylem, işlem ya da ihmallerin psikolojik taciz derecesine ulaşması için birtakım unsurların aranması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, ILO ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanan yayın ve raporlar da dikkate alındığında muamelelerin psikolojik taciz olarak vasıflandırılabilmesi için;

i. İşyeri ile ilgili olarak işyerindeki yöneticiler ve/veya diğer çalışanlar tarafından gerçekleştirilmesi ya da bu tür müdahalelere göz yumulması,

ii. Süreklilik arz edecek şekilde tekrarlanması, keyfilik içermesi, sistemli ve kasıtlı olması, yıldırma ve dışlama amacı taşıması,

iii. Mağdurun kişiliğinde, mesleki durumunda veya sağlığında zarar ortaya çıkaran ya da ciddi bir zarar tehlikesi içeren nitelikte olması gerekir (*Mehmet Bayrakçı*, § 69).

81. Muamelelerin neden olduğu sonuçların boyutu mağdurun konumuna, muamelelerin süresine, sıklığına, kim ya da kimler tarafından gerçekleştirildiğine, mağdurun cinsiyetine, yaşına ve sağlık durumuna kadar birçok faktöre göre değişebilmektedir (*Aynur Özdemir ve diğerleri*, B. No: 2013/2453, 24/3/2106, § 79; *Hacer Kahraman*, § 69; *Mehmet Bayrakçı*, § 70).

82. Yine bu değerlendirmelere göre çalışanların yaşamlarına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşarak onların manevi bütünlüklerini tehdit eden ve psikolojik taciz olarak nitelendirilen eylem, işlem ya da ihmaller konusunda Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında devletin üstlenmesi gereken pozitif yükümlülükler temel olarak şöyle sıralanabilir:

i. Çalışanlara yönelen psikolojik taciz mahiyetindeki davranışların oluşmaması için önlemler alınması

ii. Şikâyetleri etkili şekilde inceleyecek denetim mekanizmalarının oluşturulması

iii. Pozitif ayrıcalıklar sunulması gereken çalışanların önündeki güçlüklerin kaldırılması ve kolaylaştırıcı imkânlardan yararlandırılmasının sağlanması

iv. Yıldırıcı ve kasıtlı tutumlara maruz kalanların uğradıkları maddi ve manevi zararlarının giderilmesi ya da ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yasal altyapının oluşturulması ve suç teşkil eden durumlarda sorumluların yasal çerçevede cezalandırılmalarının sağlanması

v. Oluşan zararların tazmin edilmesi amacıyla açılan davalarda mağdurların haklarını adil şartlarda savunabileceği etkili usule ilişkin güvencelerden yararlandırılması ve yargılamalar sonucunda temel hakların içerdiği güvenceleri koruyacak şekilde mahkemelerce ulaşılan sonuçların ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanması (*Mehmet Bayrakçı, § 71*)

83. Son olarak Anayasa Mahkemesince yapılan değerlendirmelerde, daha önceki kararlarda sıklıkla vurgulandığı üzere mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmenin öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanında olduğu hatırlatılmıştır. Sistemli ve kasıtlı olarak haksız şekilde gerçekleştirildiği iddia edilen eylem, işlem ve ihmallerin psikolojik taciz olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine yönelik olarak yapılacak incelemede olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını

değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin rolü bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır (*Aynur Özdemir ve diğerleri*, § 81; *Hacer Kahraman*, § 70; *Mehmet Bayrakçı*, § 72).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

84. Başvurucu; Kurum Müdürü tarafından hakkında hukuka aykırı disiplin işlemleri tesis edildiğini, sık sık savunmasının alındığını, görev yaptığı birimlerin değiştirildiğini, tehdit edildiğini, hakarete uğradığını, sağlık bilgilerinin araştırıldığını, dışlandığını, zorunlu atama kapsamında sürgün edildiğini ve sistemli bir biçimde kendisine psikolojik taciz uygulandığını ileri sürmektedir. Başvurucu, Kurum Müdürü'nün süreklilik arz eden ve kendisini yıldırma amacı taşıyan işlemleri ile idare tarafından gerekli önlemlerin alınmaması nedenleriyle beden ve ruh sağlığının olumsuz şekilde etkilendiğini belirtmektedir.

85. Başvurucunun maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik olarak işyerinde maruz kaldığını ileri sürdüğü söz konusu ihlal iddialarının yukarıda belirtilen ilkeler doğrultusunda devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında ele alınması gerekir.

86. Somut olayda başvurunun şikâyetleri doğrultusunda Valilik tarafından Kurum Müdürü Y.K. hakkında yapılan ön inceleme sonucunda hazırlanan 9/4/2012 tarihli rapor ile soruşturma izni verilmesine ilişkin 12/4/2012 tarihli Valilik kararında başvurunun yakındığı hususları doğrulayan tespitlerde bulunulduğu görülmektedir. Söz konusu tespitler arasında başvurunun görev konusunun çok sayıda değiştirildiği, Kurum Müdürü tarafından kusur arama çabasına girildiği, tüm konuların yazışmaya dökülerek iletişimin koparıldığı, her durumda disiplin soruşturması başlatılarak başvurunun sık sık savunmasına başvurulduğu, verilen savunmanın yetersiz görülmesi durumunda ceza verilmesi gerekirken yeniden savunma istendiği hususları yer almıştır. Bunlara ek olarak başvuru hakkında karışık anksiyete ve depresif bozukluk tanısını içeren sağlık raporlarının yaşanan süreçte sunulduğu, hastalık nedeniyle izin alınması gibi personeli olumsuz etkileyen durumların bulunduğu ve

Kurum içinde çok sayıda soruşturma yürütüldüğü belirtilmiştir. Kararın sonuç kısmında da başvurunun psikolojik tacize uğradığı ve bu durumun sorumlusunun Kurum Müdürü Y.K. olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda Kurum Müdürü Y.K. hakkında Erzurum Başsavcılığı tarafından görevi kötüye kullanma ve tehdit suçlamasıyla kamu davası açılmıştır.

87. Öte yandan Kurum Müdürünün talebi üzerine başlatılan idari soruşturma sonucunda görev yerinde kalmasında sakınca görülen başvurucu 2/10/2012 tarihli işlemle Valilik emrine naklen atanmıştır. Söz konusu atama işleminin iptali talebiyle açılan davada İdare Mahkemesi, başvurunun görev yerinin değiştirilmesinde hukuki isabet bulunmadığı tespitinde bulunmuş ancak Kurum Müdürü ile başvurunun aynı yerde çalışmalarının uygun olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Yine başvurucu tarafından açılan tam yargı davası sonucunda verilen ret kararında, Kurum Müdürü Y.K. hakkında idare tarafından soruşturma izni verildiği, bu nedenle idareye atfedilebilecek ölçüde başvurunun şeref ve haysiyetini rencide eden bir durumun bulunmadığı belirtilmiştir.

88. Başvurucunun maruz kaldığı eylem, işlem ve eylemlerin başvurunun yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşmış olmadığı değerlendirilirken süreç içinde gerçekleşen vakıaların tümünün birlikte değerlendirilmesi gerektiği tartışmasıdır.

89. Yetkilendirilmiş kişiler ya da idari kurullar tarafından durumun gerektirdiği koşullarda diğer çalışanlarda olduğu gibi başvurunun da görev yerinin ve görev tanımının değiştirilmesi ve yaptırım gerektiren durumların ortaya çıkması durumunda idari soruşturmanın açılması olağandır. Bu doğrultuda tesis edilen idari işlemler de karine olarak kamu yararı amacı taşımaktadır. Ancak bu tür idari tasarruflarda tarafsızlık ilkesinden ödün verilmemesi ve keyfî tutumlardan kaçınılması gerekir. Aksi yönde kanaat oluşan durumlarda yetkilendirilmiş kişilerin ya da idari kurulların işlemlerinin hukuka uygunluğunu gözetmekle yükümlü makam ya da kişilerin tedbirler alarak ortaya çıkan veya çıkması muhtemel olumsuzlukları gidermesi beklenir.

90. Somut başvuruda özellikle başvuru hakkında sık sık soruşturmalar açılmasında, başvurunun süreklilik oluşturacak şekilde

yazılı olarak uyarılmasında, başvurucudan sıklıkla savunma istenmesinde ve yaşadığı sağlık sorunları bilinmesine rağmen başvurucunun sunduğu belgelerin sorgulanmasında keyfiliğe kaçan durumların olduğu görülmektedir. İdare tarafından da tespit edildiği üzere süreklilik arz eden boyuta ulaştığı ve mesleki anlamda yıldırma amacı taşıdığı görülen söz konusu eylem ve işlemlerin sağlık sorunları bulunan başvurucunun yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaştığı anlaşılmaktadır.

91. Kamusal makamlar, psikolojik taciz oluşturan durumları tespitle yetinmemeli; bu tür davranışların oluşmaması ya da telafi edilmesi amacıyla etkili önlemleri hızla almalıdır. Örneğin başvurucunun çalışma koşullarının kamu standartları gözetilerek ve talebi göz ardı edilmeyerek uygun şekilde değiştirilmesi ya da şikâyet edilen kamu görevlisi hakkında idari birtakım ek yaptırımlara başvurulması etkili önlemler olarak nitelendirilebilir. Somut olayda özellikle 2010-2012 yılları arasında başvuru tarafından ileri sürülen şikâyetler doğrultusunda idari bir soruşturma yapılmış ve psikolojik taciz uyguladığı ileri sürülen kamu görevlisi hakkında kamu davası açılmış ise de başvurucuya yönelen bu tür davranışların tekrarlanmaması için önlemler alınması konusunda idare tarafından gereken özen gösterilmemiştir. Zira Kurum Müdürü'nün talebi üzerine başvuru hakkında zorunlu atama işlemi tesis edildiği görülmektedir.

92. Öte yandan hukukumuzda kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan dolayı kişilere zarar verilmesi hâlinde tazminat davalarının idare aleyhine açılacağı, idarenin ilgili personele rücu edebileceği düzenlenmiştir (bkz. §§ 53-59, 73, 74). Somut olayda da söz konusu eylem ve işlemlerin başvurucunun yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaştığı tespit edilmesine rağmen idare tarafından zamanında etkili önlemlerin alınmaması nedeniyle idareye atfedilecek bir hizmet kusurunun bulunduğu ve bu bağlamda başvurucunun zararlarının giderilmesi gerektiği açıktır. Buna rağmen tam yargı davasının reddi üzerine verilen kararda, idarenin kusurunun bulunmadığı kabul edilerek başvurucuya Kurum Müdürü'ne karşı adli yargıda tazminat davası açma yolu gösterilmiştir.

93. Ret kararında ayrıca, psikolojik tacizde bulunduğu ileri sürülen kişi hakkında kamu davası açıldığı ve yargılanmasının sağlandığı belirtilmiştir. Kamu davası açılması caydırıcılığın sağlanması bakımından önemli bir unsur olsa da somut olayda başvurunun maddi ve manevi zararlarının giderilmesi açısından bunun sağlanmış olması tek başına yeterli değildir. Tazminat davaları, ceza hukuku alanında suç olarak adlandırılan insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış grubunu kapsamakta ve hukuki sorumluluk kapsamında mağdurlara daha fazla giderim imkânı sağlamaktadır. Hukuk sistemimizde ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânının ortadan kaldırıldığı ve tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu dikkate alındığında somut olaydaki tam yargı davasının maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı bağlamında giderim sağlayacak yol olduğu tartışmasızdır. Etkili yargısal yollara başvurulduğundan bundan sonra psikolojik tacize maruz kalan başvurunun uğradığı maddi ve manevi zararların idareye atfedilecek kusur ölçüsünde giderilmesi beklenir. Bu bağlamda somut olayda açılan tam yargı davasında İdare Mahkemesince ulaşılan ret sonucunun kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının içerdiği güvenceleri koruyacak ve başvurunun zararlarını tazmin edecek şekilde ilgili ve yeterli gerekçeler içermediği sonucuna ulaşılmıştır.

94. Sonuç olarak söz konusu eylem ve işlemlerin başvurunun yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşmasına rağmen psikolojik taciz mahiyetindeki davranışların oluşmaması için kamusal makamlar tarafından etkili önlemler alınmaması, başvurunun uğradığı zararların giderilmemesi ve yargılamalar sonucunda derece mahkemelerince ulaşılan sonuçların ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında kamusal makamlarca üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği kanaatine varılmıştır.

95. Açıklanan gerekçelerle başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

Hicabi DURSUN, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA ihlal sonucuna farklı gerekçeyle katılmışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

96. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”

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

97. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

98. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, §§ 57, 58).

99. *Mehmet Doğan* kararında Anayasa Mahkemesi, yeniden yargılama yapmakla görevli derece mahkemelerinin yükümlülüklerine ve ihlalin sonuçlarını gidermek amacıyla derece mahkemelerince yapılması

gerekenlere ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Buna göre Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalin giderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde, ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan*, § 59).

100. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği veya idari makamlar tarafından bir temel hak veya özgürlüğe yönelik olarak gerçekleştirilen ihlali gideremediği tespit edilen önceki kararını kaldırmaktır. Derece mahkemesi, kararın kaldırılmasından sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmak durumundadır. Bu çerçevede ihlal, yargılama sırasında gerçekleştirilen usule ilişkin bir işlemden veya yerine getirilmeyen usule ilişkin bir eksiklikten kaynaklanıyorsa söz konusu usul işleminin hak ihlalini giderecek şekilde yeniden (veya daha önce hiç yapılmamışsa ilk defa) yapılması icap etmektedir. Buna karşılık ihlalin idari işlem veya eylemin kendisinden ya da (derece mahkemesince yapılan veya yapılmayan usul işlemlerinden değil de) derece mahkemesi kararının sonucundan kaynaklandığının Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği hâllerde derece mahkemesinin usule dair herhangi bir işlem yapmadan, doğrudan, mümkün olduğunca dosya üzerinden önceki kararının aksi yönünde karar vererek ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırması gerekir (*Mehmet Doğan*, § 60).

101. Başvurucu, ihlalin tespiti ile lehine tazminata karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

102. Anayasa Mahkemesi, başvurucu tarafından açılan tam yargı davasında İdare Mahkemesince ulaşılan ret sonucunun kişinin maddi

ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının içerdiği güvenceleri koruyacak ve başvurusunun zararlarını tazmin edecek şekilde ilgili ve yeterli gerekçeler içermediği gerekçesiyle ihlal sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

103. Bu durumda kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Erzurum 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

104. Öte yandan başvuru tarafından tazminat talebinde bulunulmuş olmakla birlikte yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın ilgili mahkemesine gönderilmesine karar verilmesinin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

105. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 412,20 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA ,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşılığı ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden

yargılama yapılmak üzere Erzurum 1. İdare Mahkemesine (E.2012/882, K.2013/1383) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat talebinin REDDİNE,

E. 412,20 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 19/7/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Bireysel başvuru istemine konu yapılan Erzurum 1. İdare Mahkemesinin 30.12.2013 tarih ve E.2012/882, K.2013/1383 sayılı kararının incelenmesinde; başvurucunun, davalı idarenin görevlendirdiği müdür ve personeli tarafından sürekli taciz (mobbing), bıkırtma, yıldırma, kişisel güven sarsma vb. gibi maruz kaldığını öne sürdüğü davranışlar nedeniyle manevi zarara uğradığından bahisle manevi tazminat isteminde bulunduğu, Mahkemece aşağıdaki gerekçe ile davanın reddedildiği anlaşılmaktadır:

“... Uyuşmazlıkta, davacının kurum müdürü Y.K. tarafından, işyerinde sürekli bağırlarak aşağılandığı, tehdit edildiği, saldırgan tutum ve davranışlarda bulunulduğu, sık sık ifadesi alınarak sindirilmeye çalışıldığı, BİMER’e yaptığı şikâyetlerin dikkate alınmadığı ve davacıya Y.K. tarafından işyerinde sürekli mobbing yapıldığı iddialarının Cumhuriyet Savcısınca soruşturulması amacıyla davalı ... Valiliğinin ... sayılı kararı ile 4483 sayılı Kanun uyarınca soruşturma izni verildiği ve anılan kişinin adli yargı yerince yargılanmasının sağlandığı görülmektedir. Bu durumda, idare hukuku ilkelerine göre manevi tazminata hükmedilebilmesi için, idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması ya da ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmiş bulunması veya kişinin

fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi gerekmekte olup, uyuşmazlıkta soruşturma izni verilerek kurum müdürü Y.K.nın şahsi davranışlarından dolayı yargılanmasının davalı idarece sağlandığı hususu da dikkate alındığında, **İdarenin hukuka aykırı bir işlemi veya idareye atfedilebilecek ölçüde bir eylem sonucu davacının şeref ve haysiyeti rencide eden bir durumun bulunmadığı**, bu nedenle idare hukuku ilkelerine göre davalı idarece manevi tazminat ödenmesini gerektiren koşulların gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır. **Öte yandan, davacı tarafından kurum müdürü Y.K.nın şahsi davranışlarından dolayı, bir başka anlatımla mobbing faaliyetinden dolayı uğranılan bir zarar var ise, bunun tazmini amacıyla anılan kişiye karşı adli yargı mercilerine dava açılması mümkün bulunmaktadır.** Açıklanın nedenlerle, davanın reddine ...”

Görüldüğü üzere, anılan kararda idare ajanının “görevden ayrılabilir salt kişisel kusuru”nun varlığı halinde, bunun adli yargıda açılan bir tazminat davasının konusu yapılabileceğine işaret edilmek suretiyle, davanın somutunda davalı idare bakımından bir tazmin sorumluluğunun bulunmadığına hükmedilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü’nün 1.6.2015 tarih ve E.2015/448, K.2015/453 sayılı kararında da bu konuda şu saptamalarda bulunulmuştur:

“... Dava, Milli Eğitim Bakanlığı’na bağlı ... İlköğretim Okulu’nda beden eğitimi öğretmeni olarak görev yapan A.D.nin 11.1.2013 tarihinde kendi oğluna hakaret ettiği gerekçesiyle, E.A.yı darp etmesi nedeniyle, davacıların uğradığı maddi ve manevi zararın davalı idareden tahsiline karar verilmesi istemiyle açılmıştır... Kural olarak, kamu görevlisinin görev ve yetkilerini kullandığı sırada doğan zararın giderilmesi istemiyle, görev kusurunu kapsayan hizmet kusuru esasına dayanılarak, idari yargıda ve ancak idare aleyhine dava açılabilir; yargı yerince tazminle yükümlü tutulması halinde idare, ilgili yasa kurallarının gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, sorumlu personeline rücu edilebilecektir. Ancak, kamu görevlilerine görevleri sırasında gerçekleştirilen işlem ya da eylemler sırasında, ağır kişisel kusur ile hareket edilmiş olması ve bu kusurun hizmet kusurundan ayrılabilir nitelikte bulunması durumlarında, hizmet kusuru ve zarara konu olay arasındaki illiyet bağı kesileceğinden, kamu

görevlisinin yukarıda belirtilen Anayasal ve yasal korumadan yararlanması ve kamu görevlisine karşı şahsi kusuruna dayanılarak açılan davanın, 2577 sayılı Kanun çerçevesinde idari yargı yerinde görülmesi mümkün olmayacaktır. Belirtilen durum karşısında **...davacının suç teşkil eden eylemlerinin kamu görevi sırasında gerçekleşmiş olsa bile kamu hizmetinin bir gereği olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, bu itibarla davacının ağır kişisel kusuruna dayalı eylemi sonucu idarenin hizmet kusuru ile dava konusu olay arasındaki illiyet bağının kesildiği ve bu nedenle davanın haksız fiillere özgü özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerinde görülmesi gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.** Açıklanan nedenlerle, Samsun 1. İdare Mahkemesi'nin başvurusunun kabulü ile Ayancık Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görevsizlik kararının kaldırılması gerekmiştir. **Sonuç: Davanın çözümünde ADLİ YARGININ görevli olduğuna..."**

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin bu kararı doğrultusunda verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.1.2018 tarih ve E.2017/4-1433, K.2018/49 sayılı yeni bir kararının gerekçesi de konuya açıklık getirici mahiyettedir:

"... Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık... davacının mobbing olduğunu iddia ettiği eylem ve işlemlerin davalı kamu görevlisinin hizmet kusurundan mı, yoksa kişisel kusurundan mı kaynaklandığı, buradan varılacak sonuca göre davalıya husumet yöneltilmesinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır... Memur veya kamu görevlisinin tamamen kendi iradesi ile kasten ya da kanunlardaki açık hükümler dışına çıkarak ve bunlara aykırı olarak suç sayılan eylemiyle verdiği zararlarda eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif bir illiyet bağının varlığından söz edilemez. Bu gibi hallerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 13. maddesinin hukuksal alanı dışında tutulduğunda şüphe olmamalıdır. Zira, görevden kolayca ayrılabilen ve görev dışında kalan kusurlu eylem ile kamu görevi arasındaki bağ kesilerek salt memurun ya da kamu görevlisinin kişisel kusuru ile karşı karşıya kalınmaktadır. İşte bu noktada görev kusuru ile kişisel kusurun ayrımında, kişisel kusurun alanı ve unsurlarının açık bir biçimde saptanması önem taşımaktadır. Bilindiği gibi, **görev kusuru, daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusuru olarak kendini gösterir.** Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısıyla idarenin ajanına

yüklediği ödev, yetki ve araçlarla işlenmektedir. **Kişisel kusurda ise;** kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür. Bir başka deyişle, **kişisel kusurda** idare nam ve hesabına hareket eden bir kamu görevlisinin idareye atıf ve izafe olunacak yerde, doğrudan doğruya kendi şahsına isnat olunan ve kişisel sorumluluğunu intaç eden hukuka aykırı eylem ve işlemleri belirgindir **ve burada kamu görevlisi zarar doğurucu eylemini konusal görevin yerine getirilmesi saiki ile ancak salt kişisel kusuru ile işlenmiştir.** Gerek öğretide gerekse yargısal kararlarda personelin kişisel eylem ve davranışları idari eylem ve işlem kabul edilmemiş, **kişisel kusura dayanan davaların inceleme yerinin adli yargı olduğu, hasmının da kişinin kendisi olduğu kabul edilmiştir...** Sonuç olarak, Anayasa'nın 129/5. maddesi ile 657 sayılı Kanun'un 13/1 maddesi gereğince memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken kusurlu eylemleri nedeniyle oluşan zararlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve yasada gösterilen biçim ve koşullara uygun olarak idare aleyhine açılabilir. **İdare aleyhine böyle bir davanın açılabilmesi, hizmet kusurundan kaynaklanmış, idari işlem ve eylem niteliğini yitirmemiş davranışlar ile sınırlıdır. Kamu görevlisinin, özellikle haksız eylemlerde, Anayasa ve özel yasalardaki bu güvenceden yararlanma olanağı bulunmamaktadır.** Tüm bu açıklamalar ve ortaya konulan yasal düzenlemeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde; **davacı, davalının süreklilik gösteren yıldırma niteliğindeki eylemleri nedeniyle manevi zarar gördüğü gerekçesi ile manevi tazminat isteminde bulunduğundan, davacının istemini dayandığı bu maddi olgulardan, davalı rektörün göreviyle ilgili bir eylemine değil, salt kişisel kusuruna dayanıldığı anlaşılmaktadır.** Hâl böyle olunca, davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanıldığına ve hizmet kusuru niteliğinde bir eylemi bulunmadığı anlaşıldığına göre, hizmetin kamu görevlisi olan davalıya yönetildiği eldeki davanın adli yargı yerinde görülerek işin esasının incelenmesine işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenen **Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...**

Yukarıda işaret edilen yargı kararları ışığında başvurunun değerlendirilmesinde; başvurunun “mobbing” olarak nitelendirdiği, idari raporlar ile yargısal kararlara (asliye ceza mahkemesi ve idare mahkemesi)

yansıyan, amiri Y.K.nın fiil ve davranışlarının, haiz olduğu kamu göreviyle bağdaşmayan, ondan tamamen ayrılabilir nitelikteki “salt kişisel kusur” mahiyetini taşıdığı, bu fiillerinin yargılama merciinin ise idare mahkemeleri değil, Erzurum 1. İdare Mahkemesi kararında işaret edildiği üzere adli yargı yerleri olduğu, dolayısıyla başvurunun bu fiiller nedeniyle amiri Y.K. aleyhine adli yargı yerinde dava açarak tazminat istemini dile getirmesi gerekirken, bu konuda görevli olmayan idare mahkemesi ret kararına dayanarak yapmış olduğu bireysel başvuruda başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, başvurunun başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan; çoğunluğun işin esasına girerek vererek Anayasa’nın 17/1. maddesinin ihlali yolunda verdiği karara katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

FARKLI GEREKÇE

1. Başvuru, başvurunun görev yaptığı Kurumun Müdürü Y.K. ve personeli tarafından sürekli olarak yıldırıldığı, kişisel güveninin sarsıldığı, mesleki anlamda zarar görmesi için çaba sarf edildiğinin, kısacası kendisine psikolojik taciz uygulandığının belirtilmesi suretiyle 15.000 TL manevi tazminat istemiyle İdare Mahkemesinde açılan tam yargı davasının reddedilmesi üzerine, psikolojik taciz nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiası ile yapılmış bulunmaktadır.

2. Başvurucu, özetle, psikolojik tacize uğradığı idari kararlarla sabit olmasına ve yargısal makamlara başvurmasına rağmen etkili bir giderim ve koruma imkânından yararlandırılmadığını belirterek maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile çalışma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

3. Mahkememizce somut olaya konu olan muamelelerin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal

etkiler açısından başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemeyeceği değerlendirilerek başvurunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüş ve açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaya dayalı başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmiştir. Bu görüşe tarafımızca da iştirak edilmiştir.

4. İşin esasının incelenmesinde ise Mahkememizin sayın çoğunluğunca, olayın gelişimine ilişkin süreç belirtildikten sonra, süreç içinde gerçekleşen vakıaların tümü birlikte ele alınarak başvurunun maruz kaldığı işlem ve eylemlerin başvurunun yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaşmış olup olmadığı değerlendirilmiş, değerlendirme sonucunda başvuru hakkında uygulanan eylem ve işlemlerin süreklilik arz eden boyuta ulaştığı ve mesleki anlamda yıldırma amacı taşıdığı, söz konusu eylem ve işlemlerin sağlık sorunları bulunan başvurunun yaşamına etkisi bakımından çekilmez bir ağırlık ve yoğunluk derecesine ulaştığının anlaşıldığı tespiti yapılmış, ardından da belirtilen duruma rağmen psikolojik taciz mahiyetindeki davranışların oluşmaması için kamusal makamlar tarafından etkili önlemler alınmaması, başvurunun uğradığı zararların giderilmemesi ve yargılamalar sonucunda derece mahkemelerince ulaşılan sonuçların ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında kamusal makamlarca üstlenilmesi gereken pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği sonucuna ulaşılarak, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

5. Olayda bireysel başvuruya konu edilen karar, başvuru tarafından, Kurum Müdürü Y.K. ve personeli tarafından sürekli olarak yıldırıldığı, kişisel güveninin sarsıldığı, mesleki anlamda zarar görmesi için çaba sarf edildiğinin, kısacası kendisine psikolojik taciz uygulandığının belirtilmesi suretiyle 15.000 TL manevi tazminat istemiyle İdare

Mahkemesinde açılan tam yargı davasında, İdare Mahkemesince, manevi tazminata hükmedilebilmesi için idarenin hukuka aykırı bir işlemi veya eylemi sonucu ağır bir elem ve üzüntünün duyulması, ilgilinin şeref ve onurunun zedelenmesi, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi gerektiği, olayda Kurum Müdürü Y.K. hakkında İdare tarafından soruşturma izni verilerek şahsi davranışlarından dolayı yargılanmasının sağlandığı, bu nedenle İdareye atfedilebilecek ölçüde başvurucunun şeref ve haysiyetini rencide eden bir durumun bulunmadığı, Kurum Müdürü Y.K. nın şahsi davranışlarından kaynaklanan zararlara karşı da adli yargıda tazminat davası açılabilceği gerekçeleriyle verilen ret kararıdır.

6. Görüldüğü üzere, başvuruya konu kararda, başvurucunun psikolojik taciz olarak nitelendirip tazminat istemine konu ettiği Kurum Müdürü Y.K. ve personeli tarafından icra edilen işlem, tutum ve davranışlar kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla sergilenen idari nitelikli işlem, tutum ve davranış olarak değil, kişisel nitelikli eylem ve işlem olarak değerlendirilmiş ve ret kararı temel olarak bu gerekçe üzerinden oluşturulmuştur. Kararda, söz konusu eylem ve işlemlerin başvurucunun maddi ve manevi varlığı üzerinde bir etki meydana getirip getirmediği, getirdi ise nasıl ve ne miktarda bir etki meydana getirdiği konuları üzerinde durulmamış, bu konularda bir değerlendirme yapılmamıştır.

7. Dolayısıyla, söz konusu karara karşı yapılan eldeki başvuruda, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı bağlamında bir ihlal olup olmadığı değerlendirilirken, başvuru konusu kararda varılan sonuç ile bu sonuca ulaşılırken dayanılan ret gerekçelerinin dikkate alınması yeterli olup, bunun dışında derece Mahkemesince değerlendirilmemiş konuların değerlendirilmesi suretiyle bir gerekçe oluşturulmamalıdır. Bir başka söyleyişle, olayda, başvurucunun maruz kaldığı eylem ve işlemlerin, kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla sergilenen idari nitelikli işlem, tutum ve davranış olduğunun, derece Mahkemesince aksi yöndeki değerlendirme ile başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkının ihlaline neden olduğun belirtilmesiyle yetinilmesi, bu eylem ve işlemlerin başvurucunun

maddi ve manevi varlığını ne derecede, nasıl ve ne şekilde etkilediğinin değerlendirilmesinin derece Mahkemelerine bırakılması gerekir.

8. Belirtilen nedenlerle ihlal kararının bu gerekçe ile verilmesi gerektiği görüşü ile karara sonucu itibarıyla katılıyoruz.

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Kadir ÖZKAYA

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KAPSAMI KONUSUNDA FARKLI GEREKÇE

1. Başvuru hakkında Mahkememizce, başvurucuya psikolojik taciz uygulanması nedeniyle Anayasanın 17/1. maddesinde düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Karardaki ihlal sonucuna katılmakla birlikte, incelemenin özel hayata saygı hakkı kapsamında yapılması gerektiği düşüncesiyle farklı gerekçeyle oy kullanmış bulunmaktayım.

2. Bu konudaki görüşümü daha önce Mahkememizin 2014/13327 başvuru numaralı dosyasıyla ilgili olarak Resmi Gazetenin 20 Mart 2018-30376 tarih ve sayısında yayımlanan farklı gerekçemde dile getirmiştım. Ayrıca, şeref ve haysiyet hakkı bağlamında yapılan diğer bir başvuru bakımından da benzer içerikteki farklı gerekçe (B. no : 18891) Resmi Gazetenin 8 Haziran 2018 tarih ve 30445 sayısında yayımlanmıştı. Bu nedenle Sözleşmenin 8, Anayasanın 17 ve 20. maddelerinin kapsamı ile Anayasadaki temel haklar sistemindeki yerleriyle ilgili açıklamalar bakımından sözü edilen karşı oylara atıf yapmakla yetinmekteyim. Burada ise mahkememiz çoğunluğunun kabulü ile farklı düşüncemin temeline kısaca değineceğim.

3. Mahkememiz kararında başvuruya konu vakanın özel hayata saygı hakkı kapsamına girdiği, fakat bu hakkın Anayasamızdaki karşılığının 17. maddenin 1. fıkrası olduğu kabul edilmiştir (par.75-76). Başvurucuya yapılan müdahalenin boyutunun daha ağır olduğu durumda inceleme elbette özel norm niteliğinde olan 17. maddenin 3. fıkrası kapsamında

değerlendirilmelidir. Fakat konunun 17. maddenin 1. Fıkrası kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin bu yaklaşım, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamını daralttığı gibi, temel kişilik haklarının tümünün kendinden neşet ettiği “varlığını koruma ve geliştirme hakkını” içeren 17/1. maddedeki genel ve temel nitelikli kişilik hakkını özel hayatın spesifik bir alanına hapsetmektedir.

4. Anayasa Mahkemesi çoğunluğu bu değerlendirmesiyle, Anayasanın 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası hükümlerinin 20. maddenin bir parçası, başka bir ifadeyle özel hayata saygı hakkının 17. maddede düzenlenen özel biçimi olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Buna karşın 17. maddede ayrıca yaşam hakkı (1 ve 4. fıkralar) ve işkence ve diğer kötü muamelelere maruz kalmama hakkı (3. fıkra) da düzenlenmiştir. Hatta, aslında 17. madde Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerindeki yaşama hakkı ve işkence-kötü muamele yasağın karşılamak üzere düzenlenmiş ve iki hak arasındaki bağlantıyı kurmak adına oldukça yerinde bir ifadeyle birey maddi ve manevi varlığı ve bütünlüğü içerisinde ele alınmıştır. Bu anlamda kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ve vücut bütünlüğü hakkının düzenlenmesinin elbette Anayasanın temel haklar sistemi içerisinde bir yeri bulunmaktadır. Fakat Anayasada özel yaşama ilişkin özel düzenlemeler (m. 20, 21, 22, 22) bulunduğu sürece, 17. maddenin ilk iki fıkrasındaki hükümlerin özel hayata özgülenmesi, Anayasanın sistematik yorumuna uygun düşmemektedir.

5. Diğer taraftan kişinin maddi manevi varlığı ve bütünlüğü üzerindeki hakların özel hayatla ilgili olduğunu söylemek, diğer haklarla olan ilgisini yok saymak anlamına gelmeyecek midir? Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının, örneğin din ve vicdan hürriyetiyle, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkıyla, ifade hürriyetiyle, bilim ve sanat hürriyetiyle, mülkiyet hakkıyla, hak arama hürriyetiyle, vb. ilgisi yok mudur. Hangi temel hakkın kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgisi yoktur? Belirtilen özel hak türlerinden yapılan bireysel başvurularda da başvuru konusunun manevi varlık üzerinde yoğunlaştığı hallerde, Anayasanın 24 ila 36. maddelerindeki haklar yerine 17. maddenin 1. fıkrası üzerinden mi inceleme yapılmalıdır? Gerçekten, karara hakim olan gerekçenin mantıksal sonucu, çoğu durumda başvuruların 17. madde

kapsamında inceleme yapılması fikrine götürmektedir. Diğer haklarda böyle yapılmayıp, özel hayata saygı hakkıyla ilgili hususlarda bu şekilde bir ayırım yapılmasının makul bir izahı da bulunmamaktadır.

6. Önceki farklı gerekçelerde de belirtildiği üzere, özel olarak düzenlenen temel haklar karşısında Anayasanın 17/1,2. maddesi genel ve ideal bir norm niteliğindedir. Buna karşın, bireysel başvurunun içeriğinin vücut bütünlüğü ve maddi ve manevi varlığa ilişkin bulunduğu hallerde dahi, konu ilgili temel hak üzerinden incelenmelidir. Anayasanın 17. maddesinin ilk iki fıkrası ise bu incelemede ancak yardımcı norm olarak değerlendirilebilir. Aksinin yorumlanması, özel olarak düzenlenen temel hakların kapsamını daraltmakta ve Anayasal sistematiğe aykırı düşmektedir. Bu başvuruda da konunun Anayasanın 20/1. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi ve bu yönden ihlal kararı verilmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

HAMDULLAH AKTAŞ VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/10945)

Karar Tarihi: 19/7/2018

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Hasan Tahsin GÖKCAN Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ
Başvurucular	: 1. Hamdullah AKTAŞ 2. Sanihe AKTAŞ 3. Zeynep AKTAŞ
Vekilleri	: Av. Hüseyin GÜMÜŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, doğum sırasında tıbbi ihmal sonucu çocukta kalıcı bir sakatlığa yol açılması nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/6/2015 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. Birinci Bölüm tarafından 11/6/2018 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

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:
9. Üçüncü başvuru Zeynep, birinci ve ikinci başvuru kızdır. İkinci başvuru Sanihe Aktaş, doğum sancılarının başlaması üzerine 17/5/2001 tarihinde gece saatlerinde (saat 23.00 civarı) Diyarbakır Doğum Hastanesine (Hastane) başvurmuş; Hastaneye yatırılarak başvuru tetkikleri yapılmıştır. Doğum 19/5/2001 tarihinde, saat 15.00 civarında ebe yardımı ve normal doğum yöntemiyle gerçekleşmiştir. Başvuru Zeynep Aktaş, 5 kg ağırlığında dünyaya gelmiştir.
10. Doğumun ardından aynı gün başvuru Sanihe Aktaş taburcu edilmiştir. Taburcu edildikten birkaç gün sonra Zeynep Aktaş'ın sol kolunu kullanamadığını fark eden başvuru, kızlarını Diyarbakır Çocuk Hastanesine götürmüş ve çocuğun kolunda doğum esnasında sinir zedelenmesi olduğu Hastane tarafından tespit edilerek kolu ortopedik askıya alınmıştır.

11. Yapılan tespit sonucu uzun süreli ve detaylı tedaviye ihtiyacı olduğu değerlendirilen çocuk; 1/2/2002 tarihinde Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Hastanesi Plastik, Rekonstrüktif ve Estetik Cerrahi Kliniğinesevk edilmiştir. Bu tarihten itibaren çocuğun tedavisi devam etmekte olup en son ameliyat edildiği bilgisi başvuru dosyasınayansımıştır.

12. Başvurucular, kızları Zeynep Aktaş'ın doğumu sırasında doğuma katılan sağlık personelinin yanlış ve ihmal içeren davranışı nedeniyle sol kolun sinir sisteminde zedelenmeye sebep olduğunu belirterek uğradıkları maddi ve manevi zararların tazmini talebiyle Diyarbakır 2. İdare Mahkemesine (Mahkeme) 25/1/2007 tarihinde tam yargı davası açmışlardır.

13. Yargılama sırasında Mahkeme tarafından, çocuğun sol kolunun sakat kalmasında davalı idarenin kusurunun bulunup bulunmadığı, kusur varsa oranının belirlenmesi amacıyla Adli Tıp Kurumundan rapor alınmıştır. 22/10/2010 tarihli raporda;

- Doğumun normal zamanda ve şekilde gerçekleşmesi kararının tıbben uygun olduğu,

- *Travayda* (doğum sancıları başlamış hâlde) gelen bir gebenin bebek doğum ağırlığının tespit edilemeyeceği ve çocuğun sol kolundaki hareketsizliğin hemen fark edilerek gerekli müdahaleye başlandığı,

- *Brakiyel pleksus zedelenmesinin* (sinir zedelenmesi) doğum komplikasyonu olduğu,

- İdarenin eyleminin tıbbi kurallara uygun olduğu tespitlerine yer verilmiştir.

14. Raporda ayrıca doğumun olduğu gün nöbetçi görünen doktor A.Z. ile doğumu gerçekleştirdiği tespit edilen ebe S.D. nin ifadelerine yer verilmiştir. Doktor A.Z. hasta dosyası mevcut olmadığından doğumun seyri hakkında bir bilgiye sahip olmadığını, doğumun ebe marifetiyle gerçekleştiğini açıklayarak zor ve müdahaleli doğumların hekime bildirilmesi gerektiğini ancak somut olaydaki doğumda müdahale olduğuna dair bir bilgiye yer verilmediğini beyan etmiştir. Ebe S.D. doğumu hatırlamadığını ancak kayıtlara göre doğumun kendi refakatinde gerçekleştiğinin tespit edildiğini,

doğan bebeklerde bütün kontrollerin yapıldığını ancak anormal bir durum tespit edilirse bebeğin çocuk hastanesine sevkinin gerekeceğini belirterek bu şekilde bir sevk yapılmadığını ifade etmiştir.

15. Mahkeme 19/12/2011 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, Adli Tıp Kurumu raporuna atıf yapılarak çocuğun doğum sırasında sol kolunun sakat kalmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir.

16. Temyiz edilen karar, Danıştay Onbeşinci Dairesinin (Daire) 29/5/2014 tarihli ilamıyla, çocuğun sakat kalmasında hastaya gerekli müdahalenin yapılamamasından kaynaklanan bir tespit bulunmadığı gerekçesiyle maddi tazminat yönünden onanmıştır. Diğer taraftan maddi olayın aydınlatılmasını sağlayacak hasta verilerinin bulunduğu hasta dosyasının muhafaza edilmemesi yönünden sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletildiği kanaatiyle başvurucların duydukları üzüntü nedeniyle manevi tazminat ödenmesi gerektiği sonucuna ulaşılarak karar, manevi tazminat yönünden bozulmuştur.

17. Başvurucların onama kararına karşı karar düzeltme talepleri ise Dairece reddedilmiştir.

18. Nihai karar 27/5/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

19. Başvuruclar 26/6/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

“İdari dava türleri şunlardır:

...

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

...”

21. 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 51. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Ebeler gebelerin muayenesiyle bunların hıfzıssıhhatlerine mûtaallik tedabirin ifasına ve doğumun teshiline ve bu esnada yapılacak basit manevraların ve çocuk için lazım gelen ilk tedbirlerin ifasına salahiyyetlar iseler de her nevi alet ve saire tatbik etmeleri memnu ve sureti avarızı velade vekayiiinde behemahal bir tabip davetine mecburdurlar...”

22. 22/5/2017 tarihli ve 29007 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik’e ekli Tanımlar’ın ilgili kısmı şöyledir:

“Ebe

...

b) Gebelik tanısını koyar, normal gebe izlemi ve gerekli muayenelerini yapar, riskli durumları erken dönemde belirler, gerekli önlemleri alarak sevk eder.

c) Doğum sürecini yönetir; travay sırasında anne ve bebeğin sağlığını izler, normal doğumları ve tabibin olmadığı hallerde acil makat doğumları yaptırır, gerektiğinde epizyotomi uygular. Doğum sürecinde normalden sapmaları belirler, acil durum tedbirlerini alır ve tabibe haber verir, tabibin direktifleri doğrultusunda acil müdahalede bulunur.

ç) Doğum sonrası dönemde; yenidoğanın ilk bakım ve muayenesini yapar, gerektiğinde acil resüsitasyon gerçekleştirir, anneye emzirme eğitimi verir, annenin bakım ve izlemi yapar, normalden sapmaları tespit ederek sevk eder.

...”

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Sözleşmeler

23. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

24. 3/12/2003 tarihli ve 5013 sayılı Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylanması uygun bulunan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi’nin (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) 3. maddesi şöyledir:

“Taraflar, sağlığa duyulan ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları gözönüne alarak, kendi egemenlik alanlarında, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri alacaklardır.”

25. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 4. maddesi şöyledir:

“Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin korunması, kendilerine uygulanan tedaviye dâhil olmaları, bu hususta rıza göstermeleri ve maruz kaldıkları sağlık risklerini değerlendirmelerine yardımcı olan bilgilere erişimlerinin Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında yer aldığını kabul etmektedir (*Trocellier v. Fransa* (k.k.), B. No: 75725/01, 5/10/2006; *İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye* (k.k.), B. No: 46156/11, 21/5/2013).

27. AİHM kararlarına göre devletler sağlık hizmetlerini -ister kamu isterse özel sağlık kuruluşları tarafından yerine getirilsin- hastaların yaşamları ile fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınabilmesini sağlayacak şekilde düzenlemek zorundadır (*Vo/Fransa* [BD], 53924/00, 8/7/2004, § 90; *Calvelli ve Ciglio/İtalya* [BD], 32967/96, 17/1/2002, § 51; *İclal Karakoca ve Hüseyin Karakoca/Türkiye*).

28. AİHM’e göre taraf devletler, uygulanması planlanan tıbbi işlemin öngörülebilir sonuçları hakkında doktorların hastalara önceden bilgi

vermelerini sağlayacak, gerekli düzenleyici tedbirleri almak zorundadır. Bunun bir sonucu olarak hastanın önceden bilgilendirilmesi söz konusu olmadan öngörülebilir nitelikte bir riskin ortaya çıkması durumunda ilgili devlet, hastaya bilgi verilmemesinden doğrudan sorumlu tutulabilmektedir (*Şerif Gecekuşu/Türkiye* (k.k.) , B. No: 28870/05, 25/5/2010; *Trocellier/Fransa*).

29. Tıbbi bir hatanın ve hastane hizmetlerindeki eksikliklerin sorumluluğunun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında doğrudan devlete atfedilmesi için yeterli olup olmaması hususunda AİHM, farklı tıbbi bilirkişi raporlarında ve hatta iç yargı organlarının kararlarında her türlü tıbbi hata ve ihmalin ihtimal dışı bırakılan bir davada (*Yardımcı/Türkiye*, B. No: 25266/05, 5/1/2010, § 59) her halükârda bu sonuçları sorgulamanın veya sahip olduğu tıbbi bilgilerden hareketle bilirkişilerin vardığı sonuçların doğruluğu hakkında tahminlere dayalı olarak fikir yürütmenin görevleri arasında olmadığına işaret etmiştir (*Tysiac/Polonya*, B. No: 5410/03, 20/3/2007, § 119; *Yardımcı/Türkiye*, § 59).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 19/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Maddi ve Manevi Varlığın Korunması ve Geliştirilmesi Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

31. Başvurucular, bebeğin doğum kilosu tespit edilmeden normal yolla doğum yaptırılması sebebiyle kolunun sakat kaldığını, bilirkişi raporunda bebeğin doğum kilosunun tespit edilemeyeceği bilgisine yer verilerek bu ağırlıktaki bir bebeğin doğum sırasında meydana geldiği gibi bir komplikasyon gelişeceği hususu açıklanmak suretiyle çelişkili bilgilere yer verilmesine rağmen bu rapora dayanılarak maddi tazminat isteminin reddedilmesi nedeniyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca çocuklarının kolunun sakatlanmasında idarenin kusuru olmasa dahi sorumluluğunun bulunduğunu, karar düzeltme taleplerinin gerekçe gösterilmeksizin reddedilmesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini belirtmişlerdir.

2. Değerlendirme

32. 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."

33. Anayasa'nın 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; ...insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

34. Anayasa'nın 56. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler."

35. Anayasa Mahkemesi daha önceki kararlarında, kasit söz konusu olmaksızın hekim kusuru nedeniyle vücut bütünlüğünün zarar gördüğü şeklindeki tıbbi ihmale dair şikâyetleri Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında incelemiştir (*Melahat Sönmez*, B. No: 2013/7528, 9/9/2015; *Ahmet Sevim*, B. No: 2013/474, 9/9/2015; *Hilmi Düzgüner*, B. No: 2014/9690, 11/5/2017).

36. Anılan kararlar doğrultusunda somut olayda, başvurucunun tıbbi ihmale dayalı tüm şikâyetleri ile yargı sürecine ilişkin gerekçeli karar hakkına yönelik şikâyetlerinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması hakkına karşılık gelmektedir.

37. Öte yandan başvuruçular, çocuklarının kolunun sakatlanmasında idarenin kusursuz sorumluluğunun bulunduğunu ifade etmekte ise de kusursuz veya kusura dayalı sorumluluk ayrımı belirtilen anayasal ilkeler ile doğrudan ilgili olmayıp ancak derece mahkemelerince ilgili hukuk kurallarının yorumlanması kapsamında değerlendirebilecek hususlardır. Anayasa Mahkemesi ise kusursuz veya kusurlu sorumluluk ayrımına ilişkin bir değerlendirme yapmak yerine yukarıda değinilen Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında devlete düşen pozitif yükümlülüklerin somut olay bağlamında yerine getirilip getirilmediğini denetlemek durumundadır (*Tevfik Gayretli*, B. No: 2014/18266, 25/1/2018, § 36).

38. Bu sebeple başvuruya konu olay, devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin pozitif yükümlülüğü kapsamında sınırlı olarak incelenmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

40. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu kapsamda anılan Anayasa hükmü ile kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü, gerek kamusal yetkilerle donatılmış kişilerin gerekse özel kişilerin müdahalelerine karşı güvence altına alınmıştır (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 40).

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

42. Bu çerçevede devletin egemenlik alanında yaşayan ve kontrolü altında bulunan kişilerin maddi ve manevi varlıklarına yönelik müdahaleleri önleme, önlenememiş olan müdahalelere yönelik olarak da gerekli soruşturma, kovuşturma, failleri tespit edip cezalandırma ve gerektiğinde bundan doğan zararları etkili bir şekilde bizzat karşılama veya sorumlularına karşılatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kişilerin vücut bütünlüğüne yapılan bir müdahaleden doğan zararlara yönelik etkili bir tazminin sağlanamadığı ve bu çerçevede devletin Anayasa'nın 17. maddesinden doğan koruma yükümlülüğünü yerine getirmede olduğu durumlarda kişinin vücut bütünlüğünün korunduğundan söz edilemez (Özkan Şen, § 40; Yasin Çıldır, B. No: 2013/8147, 14/4/2016, § 37).

43. Söz konusu pozitif yükümlülük sağlık alanında yürütülen faaliyetleri de kapsamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, devletin *"herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak (...) amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini"* düzenleyeceği ve bu görevini kamu kesimleri ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanmak suretiyle onları denetleyerek yerine getireceği kurala bağlanmıştır (İlker Başer ve diğerleri, B. No: 2013/1943, 9/9/2015, § 44).

44. İlke olarak tıbbi ihmallere ilişkin şikâyetler konusunda temel başvuru yolu, hukuki sorumluluğu tespit adına takip edilecek olan hukuk veya idari tazminat davası yoludur (Nail Artuç, § 38).

45. Etkili yargısal koruma sağlamada mağdurların kendi inisiyatifleri ile hukuk veya idare mahkemesinde açtıkları dava yollarının sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvurulacak makamın ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gereklidir. Başvuru yolunun ancak bir hak ihlali iddiasını önleyebilmesi, devam etmekteyse sonlandırabilmesi veya sona ermiş bir hak ihlalinin karara bağlayabilmesi, bunun için uygun bir giderim sunabilmesi hâlinde etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 26; Filiz Aka, B. No: 2013/8365, 10/6/2015, § 39).

46. Diğer taraftan bu yöndeki pozitif yükümlülüğünün sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğü olması, her davada başarılı olunması veya mağdurların olaylarla ilgili beyanlarıyla bağdaşan bir sonuca

varılması gerektiği anlamına gelmemektedir. Bununla beraber kural olarak dava, olayın gerçekleştiği koşulları belirleyecek ve iddiaların doğruluğunun kanıtlanması hâlinde sorumlularının tespit edilerek uygun telafi imkânlarını sağlayacak nitelikte olmalıdır (*Nail Artuç*, § 45; *Hilmi Düzgüner*, § 50).

47. Anayasa Mahkemesi için bu noktada önemli olan husus, yürürlükteki yargısal sistemin ihmale yönelik davranışlar ve tıbbi hatalar nedeniyle maddi ve manevi varlığa yapılan müdahalelerden doğan sorumluluğu hiçbir durumda belirsizlik içinde bırakmamasıdır. Anayasa Mahkemesinin bu noktadaki görevi, derece mahkemelerinin Anayasa'nın 17. maddesi ile öngörülen dikkatli ve özenli inceleme şartını ne ölçüde yerine getirdiğini incelemektir (*Aysun Okumuş ve Aytekin Okumuş*, B. No: 2013/4086, 20/4/2016, § 72; *Perihan Uçar ve diğerleri*, B. No: 2013/5860, 1/12/2015, § 57; *Hilmi Düzgüner*, § 51).

48. Olayların oluşumuna ilişkin delillerin değerlendirilmesi öncelikle idari ve yargısal makamların ödevidir (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 43). Ayrıca Anayasa Mahkemesinin görevi, herhangi bir davada bilirkişi raporu veya uzman mütalaasının gerekli olup olmadığına karar vermek değildir. Bilirkişi raporu ve benzeri delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi hususları derece mahkemelerinin yetkisi dâhilindedir. Buna karşın Anayasa Mahkemesinin, başvurunun yargılama kapsamında alınan bilirkişi raporunun bir hükme ulaşılırken dikkate alınması talebinin reddi kararının da tarafların haklarını koruma amacına yönelik yeterli güvenceleri içeren bir usul çerçevesinde verilip verilmediğini incelemesi gerekmektedir (*Ahmet Gökhan Rahtuvan*, B. No: 2014/4991, 20/6/2014, §§ 59, 60).

49. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin kural olarak bilirkişilerin verdiği sonuçları, mevcut tıbbi bilgilerden hareketle birtakım tahminlere yer vererek sahip olduğu bilimsel bakış açılarının doğru olup olmadığı yönünden irdeleme görevi de bulunmamaktadır (*Yasin Çıldır*, § 65).

50. Ancak kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında yerine getirmek zorunda olduğu usul yükümlülüklerinin somut olayda yerine getirilip getirilmediğinin nesnel bir şekilde değerlendirilmesi ve ilgili anayasal kurallar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesi gerekir. Bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı incelenmelidir (*Murat Atılğan*, § 44).

51. Tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde bilgilendirilerek rızasının alınmaması, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlaline sebep olabilir. İstisnai hâller dışında tıbbi müdahale, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip rızası alındıktan sonra yapılabilir. Hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için uygulanması düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında kendilerine bilgi verilmiş; bunun yanı sıra yapılan bilgilendirme ile tıbbi müdahale arasında hastanın sağlıklı bir kanaate varmasını sağlayacak kadar uygun bir zaman aralığı bırakılmış olmalıdır (*Ahmet Acartürk*, B. No: 2013/2084, 15/10/2015, § 56).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

52. Başvuruya konu olayda, başvuru Sanihe Aktaş'ın doğum sancıları başladıktan sonra eşi ile birlikte Hastaneye gece saatlerinde başvurmaları üzerine yatışı yapılarak doğuma hazırlanması sağlanmıştır. D o ğ u m , ertesi gün öğleden sonra saat 15.00 civarında gerçekleşmiştir.

53. Dünyaya gelen Zeynep Aktaş 5 kg ağırlığında olup bebeğinin doğumundan önce doğum ağırlığının tespit edildiğine dair herhangi bir bilgi mevcut değildir. Başvuru Sanihe Aktaş'ın hasta dosyası muhafaza edilmediğinden doğuma ilişkin kayıtlara yargısal makamlarca da ulaşamamıştır. Diğer taraftan bilirkişi raporunda, bu şekilde doğum ağrısıyla hastaneye gelen gebe kişilerin doğum ağırlıklarının tespit edilemeyeceği belirtilmiş ancak sebebi açıklanmamıştır. Doğum öncesinde başvuru Sanihe Aktaş'ın tetkiklerinin yapıldığı anlaşılsa da tetkiklerde bebeğin sağlıklı gelişip gelişmediği, doktor tarafından başvurunun muayene edilip edilmediği, hatta doğum ağırlığının tespiti konusunda herhangi bir girişimde bulunulup bulunulmadığı derece mahkemesince açıklığa kavuşturulmamıştır.

54. Başvuru anne, doğuma hazırlanma sürecinde Hastanede yaklaşık 15-16 saat yatılı olarak bulunmuştur. Bu süre zarfında diğer tetkikler yapılırken bebeğin doğum ağırlığının tespitinin yapılmamasının sebebi anlaşılamamakla birlikte bu durum bilirkişi raporunda da açıklanmamıştır. Ayrıca, çocuğun yaklaşık doğum kilosunun tespit edilmesi hâlinde normal doğum yöntemiyle doğum yapılmasının risk taşıyıp taşımayacağına dair bilgiye raporda yer verilmemiştir.

55. Doğumların zor gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin doğum öncesi öngörülmesi beklenmemekle birlikte temel birkaç verinin elde edilmesi risk

gerçekleştğinde gerekli tıbbi müdahalenin yapılması bakımından elzemdir. Bebeğin doğum ağırlığı dâhil bazı bilgilerin varlığı hâlinde karşılaşılabilecek riskli durumların öngörülmesi durumunda doğum şekline gösterilen rızanın değişebilmesi mümkün olduğundan bu durumda rıza karşılaşılabilecek riskler yönünden bilgilendirme yapıldığı takdirde geçerli kabul edilmelidir.

56. Başvurucuların, çocuklarının muhtemel doğum kilosunu doğum öncesi bilmedikleri ve bu yönde normal doğum yönteminin tercih edilmesinde karşılaşılabilecek risklerden haberdar edilmedikleri anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurucular tarafından diğer doğum yöntemlerinin tercih edilmesi hâlinde karşılaşılan sonucun gerçekleşme ihtimalinin ne ölçüde değişeceğine dair bilgiye bilirkişi raporunda yer verilmemiştir. Diğer yandan söz konusu rapora dayanılarak verilen derece mahkemeleri kararlarında da başvurucuların aydınlatılarak rızalarının alınıp alınmadığı tartışılmamıştır.

57. Öte yandan başvurucular doğumun ebelerin yardımıyla gerçekleştiğini, doktorun doğuma katılmadığını belirtmişlerdir. Hastanede nöbetçi bulunan doktor, doğumu hatırlamadığını, kayıtlar olmadığından müdahalesinin olduğuna dair bilgiye sahip olmadığını ifade etmiştir. Doğuma katılan ebe de başvurucular ve nöbetçi doktoru destekleyen benzer söylemlerde bulunmuş, doğumda veya doğan çocukta normalin dışında bir durumun fark edilmesi üzerine doktora haber verilmesi gerektiğini, doğumu hatırlamamakla birlikte bu tip bir gelişmenin olduğunu gösteren bir bilginin bulunmadığını beyan etmiştir.

58. Hastane kayıtları bulunmadığından doğumun zor ve müdahale gerektirir şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilememektedir. Ayrıcabu şekilde olmuş olsa bile doktor müdahalesinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Normal doğum yöntemiyle gerçekleşen doğumların ebelerin refakatiyle gerçekleşmesi olağandır. Fakat acil durumda veya tıbbi karar alma süreçlerinde doktor bilgisine ve müdahalesine başvurulması gerektiği de dikkatten kaçırılmamalıdır. Ebe gözetiminde gerçekleştirilen doğumlarda, doğum sırasında doktor müdahalesini gerektiren bir durumun ortaya çıkmadığı ve dolayısıyla tıbbi teşhis ve tedavide aksama olmadığı, ancak hastane kayıtlarıyla ispat edilebilir. Bu durumda somut olayda idarenin eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu görüşünü içeren bilirkişi raporu esas alınarak verilen ve sağlık hizmetinin kusurlu işlemediği kanaatine varılan

derece mahkemesi kararının ilgili ve yeterli gerekçeye dayandığının kabul edilmesi güçtür.

59. Aynı şekilde doğum esnasında olduğu kadar doğum sonrasında da normal akışında devam etmeyen her durumdan ilgili doktorun haberdar edilmesi, gerçekleşen olumsuz sonuçların hafifletilmesi için zaruridir. Başvurucuların çocuğunun sol kolunun doğum esnasında sinir zedelenmesi sonucu hareketsiz kaldığı tartışmasız bir olgudur. Çocuktaki bu durumun sağlık personeli tarafından tespit edilemediği, başvurucular taburcu olduktan sonra farkına varıldığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde yaşanan gecikmenin tedavi sürecine etkisine dair bilirkişi raporunda bir açıklama yapılmadığı gibi derece mahkemelerince de bu hususun tartışılmadığı görülmektedir.

60. Öte yandan Daire, ilk derece mahkemesi kararının maddi tazminat talebinin reddi yönündeki hüküm fıkrasını, tıbbi ihmal tespit edilemediği gerekçesiyle onarken manevi tazminat talebinin reddine ilişkin hüküm fıkrasını ise sağlık hizmetinin eksik ve kusurlu işletildiği gerekçesiyle bozmuştur. Daire, hasta dosyasının muhafaza edilmemesini, sağlık hizmetinin işlemesi bakımından bir eksiklik ve kusur olarak değerlendirmiştir. Ancak Daire, sağlık hizmetindeki bu eksiklik ve kusurun sadece manevi zarar doğurduğunu kabul etmiştir. Başvurucu anneye ilişkin dosyasının muhafaza edilmemesi nedeniyle sağlık hizmetinde oluşan bu kusurun neden sadece manevi zarar doğurduğuna ve herhangi bir maddi zarara yol açmadığına dair Daire kararında, herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir.

61. Dolayısıyla yukarıda ayrıntılı olarak yer verilen talep sonucunu etkileyen temel iddiaların gerekçede karşılanmaması nedeniyle derece mahkemelerinin kararlarının konuyla ilgili yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir.

62. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN bu görüşe farklı gerekçeyle katılmıştır.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

63. Başvurucular, makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

64. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

65. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin idari 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 (*Selahattin Akyıl*, B. No: 2012/1198, 7/11/2013, §§ 45, 47).

66. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin idari yargılama süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken yargılamanın karmaşıklığı ve kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu, başvurunun yargılamanın süratle sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği gibi hususlar dikkate alınır (*Selahattin Akyıl*, § 41).

67. Yukarıda yer verilen ilkeler, Anayasa Mahkemesinin benzer başvurularda verdiği kararlar ve somut başvuruya konu yargılama sürecinin niteliği dikkate alındığında toplam 8 yıl 2 ay 21 günlük yargılama süresinin makul olmadığı sonucuna varılmıştır.

68. 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

69. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”

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

70. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

71. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun belirlenebilmesi açısından öncelikle ihlalin kaynağının belirlenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Buna göre ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İktüzük’ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca kural olarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilir (*Mehmet Doğan*, §§ 57, 58).

72. Anayasa Mahkemesinin tespit edilen ihlalingiderilmesi amacıyla yeniden yargılama yapılmasına hükmettiği hâllerde ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak yargılamanın yenilenmesi sebebinin varlığının kabulü ve önceki kararın kaldırılması hususunda derece mahkemesinin herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira ihlal kararı verilen hâllerde yargılamanın yenilenmesinin gerekliliği hususundaki takdir derece mahkemelerine değil ihlalin varlığını tespit eden Anayasa Mahkemesine bırakılmıştır. Derece mahkemesi Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında belirttiği doğrultuda ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Mehmet Doğan*, § 59).

73. Başvurucular, ihlalin tespiti ve yargılamanın yenilenmesiyle birlikte başvurucu Zeynep Aktaş için 500.000 TL maddi, 500.000 TL manevi olmak üzere 1.000.000 TL; diğer başvurucular için ayrı ayrı 100.000 TL maddi, 100.000 TL manevi olmak üzere 400.000 TL; ayrıca sekiz yıllık yargılama gideri olarak 15.000 TL tazminat talebinde bulunmuşlardır.

74. Anayasa Mahkemesi, anne Sanihe Aktaş'ın doğum öncesi aydınlatılması, doğum sırasında ve sonrasında da herhangi bir tıbbi ihmalin yaşanmadığının ortaya konulması yolundaki ödevin hastane tarafından yerine getirildiğinin ilgili ve yeterli gerekçeyle ortaya konulamaması nedeniyle başvuruçuların maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Aydınlatma ve tıbbi ihmalin yaşanmadığının ortaya konulması ödevinin ifasının idarenin bir yükümlülüğü olması sebebiyle ihlalin asıl kaynağının idarenin eylemi olduğu söylenebilir. Bununla birlikte idarenin bu eyleminden kaynaklanan ihlalin tespiti ve tazminat ödenmek suretiyle giderilmesi amacıyla oluşturulmuş bir mekanizma olan tam yargı davasında, devletin pozitif yükümlülüklerine uygun nitelikte bir inceleme yapılmaması sebebiyle ihlalin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

75. Bu durumda maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda derece mahkemelerince yapılması gereken iş, öncelikle ihlale yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılması ve nihayet ihlal sonucuna uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 2. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

76. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu sonucuna varıldığından bu hakkın ihlali sebebiyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zarara yönelik tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

77. Başvuruda makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

78. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesi nedeniyle yalnızca yargılamanın yenilenmesiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçulara müştereken net9.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

79. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvuruçulara müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

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

C. Kararın bir örneğinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 2. İdare Mahkemesine (E.2007/95, K.2011/2892) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruçulara müştereken net 9.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruçunun 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 19/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ÖZEL HAYAT HAKKI VE KAPSAMI KONUSUNDA FARKLI GEREKÇE

1. Başvurucular, doğum kilosu tespit edilmeden normal yolla doğum yaptırılması nedeniyle çocuklarının kolunun sakat kaldığını ileri sürerek açtıkları tam yargı davasının maddi tazminat yönünden reddedilmesi dolayısıyla haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkememiz kararında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile vücut bütünlüğü hakkının ihlal edildiğine (AY 17/1,2) karar verilmiştir. Karardaki ihlal sonucuna katılmakla birlikte, incelemenin özel hayata saygı hakkı kapsamında yapılması gerektiği düşüncesiyle farklı gerekçeyle oy kullanmış bulunmaktayım.

2. Bu konudaki görüşümü daha önce Mahkememizin 2014/13327 başvuru numaralı dosyasıyla ilgili olarak Resmi Gazetenin 20 Mart 2018-30376 tarih ve sayısında yayımlanan farklı gerekçemde dile getirmiştım. Ayrıca, şeref ve haysiyet hakkı bağlamında yapılan diğer bir başvuru bakımından da ilgili karar ekinde yer alan farklı gerekçem (B. no : 18891) Resmi Gazetenin 8 Haziran 2018 tarih ve 30445 sayısında yayımlanmıştır. Bu nedenle Sözleşmenin 8 ve Anayasanın 17 ve 20. maddelerinin kapsamı ile Anayasadaki temel haklar sistemindeki yerleriyle ilgili açıklamalar bakımından sözü edilen karşı oylara atıf yapmakla yetinmekteyim. Burada ise mahkememiz çoğunluğunun kabulü ile farklı düşüncemin temeline kısaca değineceğim.

3. Mahkememiz kararında müdahaleye konu hakkın özel hayata saygı hakkı kapsamına girdiği, fakat bu hakkın Anayasamızdaki karşılığının 17. maddenin 1. ve 2. fıkraları olduğu kabul edilmiştir (par.41). Aslında daha önceki kararlarda vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelerde 17. maddenin 1. fıkrası üzerinden inceleme yapılmış iken bu kararda onlardan farklı olarak 2. fıkraya da dayanılmıştır. Konunun 17. madde kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin bu yaklaşım, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının kapsamını daralttığı gibi, temel kişilik haklarının tümünün kendinden neşet ettiği “varlığını koruma ve geliştirme hakkını” içeren 17/1. maddedeki genel ve temel nitelikli kişilik hakkını özel hayatın spesifik bir alanına hapsedmektedir.

4. Anayasa Mahkemesi çoğunluğu bu değerlendirmesiyle, Anayasanın 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası hükümlerinin 20. maddenin bir parçası olduğu, başka bir ifadeyle özel hayata saygı hakkının 17. maddede düzenlenen

özel biçimi olduğunu kabul etmiş olmaktadır. Buna karşın maddede ayrıca yaşam hakkı (1 ve 4. fıkralar) ve işkence ve diğer kötü muamelelere maruz kalmama hakkı (3. fıkra) da düzenlenmiştir. Hatta, aslında 17. madde Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerindeki yaşama hakkı ve işkence-kötü muamele yasağını karşılamak üzere düzenlenmiş ve iki hak arasındaki bağlantıyı kurmak adına oldukça yerinde bir ifadeyle birey maddi ve manevi varlığı ve bütünlüğü içerisinde ele alınmıştır. Bu anlamda kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ve vücut bütünlüğü hakkının düzenlenmesinin elbette Anayasanın temel haklar sistemi içerisinde bir yeri bulunmaktadır. Fakat Anayasada özel yaşama ilişkin özel düzenlemeler (m. 20, 21, 22, 22) bulunduğu sürece, 17. maddenin ilk iki fıkrasındaki hükümlerin özel hayata özgülenmesi, Anayasanın sistematik yorumuna uygun düşmemektedir.

5. Diğer taraftan kişinin maddi manevi varlığı ve bütünlüğü üzerindeki hakların özel hayatla ilgili olduğunu söylemek, diğer haklarla olan ilgisini yok saymak anlamına gelmeyecek midir? Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının, örneğin din ve vicdan hürriyetiyle, ifade hürriyetiyle, bilim ve sanat hürriyetiyle, mülkiyet hakkıyla, hak arama hürriyetiyle, vb. ilgisi yok mudur. Hangi temel hakkın kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla ilgisi yoktur? Belirtilen özel hak türlerinden yapılan bireysel başvurularda da başvuru konusunun manevi varlık üzerinde yoğunlaştığı hallerde, Anayasanın 24 ila 36. maddelerindeki haklar yerine 17. maddenin 1. fıkrası üzerinden mi inceleme yapılmalıdır? Gerçekten, karara hakim olan gerekçenin mantıksal sonucu, çoğu durumda başvuruların 17. madde kapsamında inceleme yapılması fikrine götürmektedir. Bu fikir, Anayasadaki temel haklar sistematüğini bozup, karmaşık bir değerlendirmeye yol açabilecek mahiyettedir. Nitekim Mahkememizinsan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muamele ağırlığında görmediği psikolojik tacize ilişkin bir başvuruyu da 20. madde yerine 17/1. madde üzerinden incelemiştir (bkz. *B. No : 2014/ 7998*).

6. Önceki farklı gerekçelerde ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, özel olarak düzenlenen temel haklar karşısında Anayasanın 17/1,2. maddesi genel ve ideal bir norm niteliğindedir. Buna karşın, bireysel başvurunun içeriğinin vücut bütünlüğü ve maddi ve manevi varlığa ilişkin bulunduğu hallerde dahi, konu Anayasadaki ilgili temel hak üzerinden incelenmelidir. Anayasanın

Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkına İlişkin Kararlar

17. maddesinin ilk iki fıkrası ise bu incelemede ancak yardımcı norm olarak değerlendirilebilir. Aksinin yorumlanması, özel olarak düzenlenen temel hakların kapsamını daraltmakta ve Anayasal sistematığa aykırı düşmektedir. Bu başvuruda da konunun Anayasanın 20/1. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

***İŞKENCE VE KÖTÜ MUAMELE
YASAĞINA İLİŞKİN KARARLAR***



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

BAYRAM TUĞRUL VE HASAN YILDIRIM BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5280)

Karar Tarihi: 24/5/2018

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Osman Alifeyyaz PAKSÜT Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ
Raportör	: Hüseyin MECEK
Başvurucular	: 1. Bayram Tuğrul YILDIRIM 2. Hasan YILDIRIM
Vekili	: Av. Betül ARAS

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bazı subay ve öğrencilerin diğer öğrencileri Hava Harp Okulundan ayrılmaya zorlamak için insan onuruna aykırı sistematik davranışlarda bulunmasıyla başlayan ve düzmece disiplin cezalarıyla okuldan ihraçla sonuçlanan süreçte kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/4/2014 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, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Genel Olarak

9. 1990 doğumlu olan birinci başvuru Bayram Tuğrul Yıldırım, Işıklar Askerî Lisesini bitirdikten sonra 2008 yılında Hava Harp Okulunda (HHO) eğitime başlamıştır. İkinci başvuru Hasan Yıldırım ise birinci başvurunun babasıdır (Aksi belirtilmediği sürece olay ve olgular kısmında yer verilen başvuru ibaresi birinci başvuru için kullanılacaktır.)

10. HHO'da eğitime 120 disiplin puanıyla başlanmaktadır. Bu puanın dört yıllık eğitim sürecinde sıfıra düşmesi okuldan atılmak için yeterli bir nedendir. Başvuru birinci sınıfta yirmi dört, ikinci ve üçüncü sınıflarda ise on dörder kez disiplin cezası almıştır. Başvurucunun 15/10/2008 ile 11/2/2011 tarihlerinde toplam elli iki kez ceza alarak disiplin puanını (-16) ya düşürdüğü ve harp okulu öğrencilerinin eğitim sürecinde muhafaza etmekle ve geliştirmekle yükümlü oldukları nitelikleri kaybettiği gerekçesiyle Yüksek Disiplin Kurulunun 11/2/2011 tarihli kararıyla 11/5/2000 tarihli ve 4566 sayılı Harp Okulları Kanunu'nun 38. maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 27/9/2001 tarihli ve 24536 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Harp Okulları Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 61. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve (b) bendinin (3) numaralı alt bendi gereğince okuldan çıkarılmasına karar verilmiştir. Yapılan hesaplamada başvurunun bu süreçte ortalama on günde bir disiplin cezasına maruz kaldığı anlaşılmaktadır.

11. Disiplin cezalarına konu fiiller şunlardır: filonun yürüyüş ahengini bozmak, deprem kiti bulundurmamak, okula yiyecek getirmek, dışarıda tıraş olmak, üst sınıftaki öğrencileri selamlamamak, yatağını düzgün yapmamak, amirini yanıltmaya çalışmak, görev ve sorumluluklarını yerine

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

getirmemek, verilen ödevi düzgün yapmamak, esas duruşta kımıldamak, içtima düzenini bozmak, spor salonunda adaba aykırı davranmak, Harbiyeli Komuta Teşkilatı (HKT) mensubu görevliyi tanımamak, tekmil vermemek, nöbet formunu imzalamamak, yat yoklamasını geç hazırlamak, botunu koğuş dolabında boyasız bulundurmak, eğitimde isteksiz davranmak, kendine bilerek zarar vermek, esas duruşu düzgün olmamak, eğitimde ciddiyetsizlik, uygun olmayan şekilde müracaatta bulunmak, nöbet talimatına aykırılık, saç tıraşı talimatına uymamak, arkadaşıyla uygunsuz şakalaşmak, üstünü selamlamamak, üst sınıf öğrenciye saygısızlık, etüt düzenini bozmak, emirleri yanlış anlamak, bilgisayarda oyun oynamak, kirli çamaşırlarını uygunsuz muhafaza etmek, reçete yazdırmadan ilaç kullanmak, pantolonunu ütölememek, tim odasına uygunsuz kıyafetle girmek, arkadaşının suçunu amirine bildirmemek, sabahları zamanında uyanmamak, temizlik kurallarına riayet etmemek, ders yoklamasını hazırlamamak, adaba aykırı söz söylemek, emri yerine getirmemek için mazeret üretmek, emri lakayt karşılamak, zamana riayet etmemek ve kopya çekmek.

12. Başvurucu 25/12/2008, 20/3/2009, 30/10/2009, 30/3/2010, 20/4/2010 ve 28/10/2010 tarihlerinde işlediği altı eylemden ötürü yalnız disiplin puanı kaybetmekle kalmamış; toplam yirmi sekiz gün oda hapsi cezası da almıştır.

13. Başvurucu, 2010-2011 eğitim döneminde üçüncü sınıf öğrencisiyken disiplin notunun tamamını ve Harbiyeli niteliğini kaybettiği gerekçesiyle sevk edildiği HHO Disiplin Kurulu kararıyla okuldan çıkarılmıştır.

14. Diğer başvuru Hasan Yıldırım; oğluna HHO'da okulu terke zorlama gayesiyle sistemli bir şekilde baskı yapıldığına, sudan sebeplerle ceza verildiğine değinerek destek istemek amacıyla Genelkurmay Başkanlığına 31/1/2011 tarihinde dilekçe yazmıştır.

15. Başvurucu, yabancı dil seviyesinin kopya çekmesini gerektirmediğine dikkat çekmek için 2012 yılında TOEFL sınavından 82 aldığı dair belgeyi başvuru formuna eklemiştir.

B. Başvurucunun Soruşturmadaki İddiaları

16. Başvurucu, HHO'da sistematik olarak kötü muameleye maruz kaldığı iddiasıyla İstanbul Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askeri Savcılığına

(Savcılık) 15/8/2011'de suç ihbarında bulunmuştur. Başvurucu buna ilave olarak 27/9/2011'de bizzat askerî savcıya yedi sayfalık bir dilekçe sunmuştur. Anılan dilekçelerde başvurucunun iddia ettiği olaylar özetle şunlardır:

i. 2008 yılında “Öğrenci Seçme Uçuşu” (ÖSU) Kampı'nda işkence seviyesine varan, eğitimle ilgisiz nitelikte, bir saat süreyle sınav vaziyetinde bekletildiğinden aralarında kendisinin de olduğu birçok öğrencinin elleri yaralanmıştır. Bu durumdan serzenişte bulunmasından dolayı kendisine sistemli baskı uygulayan Bnb. N.Ç. ve Bnb. H.Y. tarafından azarlanmıştır. Bir başka öğrenci F.B.M.nin de elleri aynı nedenle yaralanmıştır.

ii. Kendisine, insan sağlığına zararlı olduğu için Silahlı Kuvvetler Temel ve Savaş Beden Eğitimi Kılavuzu'ndan çıkarılan komando dansı yaptırılmasından dolayı dizleri kilitlenmiştir. Lider öğrencilerden A.Ö.nün baskısıyla komando dansı yaptığı sırada H.F. kendisinin fotoğraflarını çekmiştir.

iii. Çektiği sıkıntılar yüzünden bir ara okuldan ayrılmayı düşünmüş ancak okulunu sevdiği için eğitimine devam etme kararı almıştır. Bnb. N.Ç. okuldan ayrılmaktan vazgeçenler için özel bir tim kurarak işkenceye varan muamelelerde bulunmuştur. Bnb. N.Ç. ve Bnb. H.Y. bazı öğrencilerin ayrılmalarını sağlamak amacıyla onlara sürekli baskı yaparak eğitim yaptırmıştır.

iv. Aynı okulda öğrenci olan S.S.M., İ.Ş., F.B.M. ve A.K. da bu time dâhil edilmiştir. Bu timdeyken lider öğrenciler Ü.T., H.F. ve Y.K. uzun süre sandalye oturuş pozisyonunda (Çin oturuşu) kendisini beklettikleri için diz bağlarında laksisite (gevşeklik) oluşmuştur. Kasımpaşa Askerî Hastanesinin 9/9/2008 tarihli raporunda sol dizinde ağrı, kilitlenme ve kayma tespit edilmiştir.

v. Özgüvenini sarsma ve psikolojisini bozma niyetiyle tim huzurunda *“Hiçbir işe yaramıyorum.”* cümlesi kendisine defalarca tekrarlatılmıştır.

vi. Geceleri uyandırılarak kendisine ağır spor yaptırılmış, faal hâldeki uçak pistinde süründürülmüştür.

vii. Bnb. N.Ç tarafından el ve ayakları kelepçelenerek domuz bağı yapılmış, başına çuval geçirilerek darbedilmiştir.

viii. Lider öğrenciler kendilerine verilen emir doğrultusunda okuldan ayrılmasını temin etmek için baskı uygulamışlar, dilekçeye ilave ettiği CD'deki görüntülerden de anlaşılacağı üzere lider öğrenci H.K. subay adayı öğrencilere “er tekмили” verdirmiş ve onlarla alay etmiştir. Tanık S.S.K. bu duruma defalarca şahit olmuştur.

ix. Kendisine sudan bahanelerle sadece disiplin puanının düşmesine neden olan cezalar verilmekle kalınmamış, aynı zamanda hürriyeti bağlayıcı oda hapsi cezaları da verilmiştir.

x. Bunlar arasında özellikle 28 disiplin puanı kaybına yol açan, eğitim anında kendisine zarar verici davranışlarda bulunduğu iddiasıyla verilen disiplin ve oda hapsi cezalarında yegâne kanıt olan doktor raporu alınmamıştır.

xi. 40 disiplin puanına mal olan İngilizce ve elektronik mühendisliği temeli sınavlarında kopya çektiği iddiasına yönelik olarak sınav görevlilerinin bu hususta tutanak tutmadıkları hâlde bazı öğrencilerin beyanlarıyla yetinilerek haksız olarak kendisine ceza verilmiş; bu iki ceza, disiplin puanını negatife düşürmesi şöyle dursun başlı başına okuldan atılmasına da yol açan ikinci bir neden olmuştur.

17. Başvurucu, İngilizce dersinden kopya çekmeye gereksinim duymadığını göstermesi bakımından yabancı dil düzeyini gösteren bazı sınav sonuçlarını ibraz etmiştir.

18. Okuldan ihraç edildikten beş gün sonra 16/2/2011 tarihinde psikiyatri uzmanına muayene olan başvurucuya üç buçuk yıldan bu yana süren sıkıntı, tedirginlik, huzursuzluk, karamsarlık, tutarsız davranış, obsesyon ve uyum sorunuyla kendini gösteren *depresif bozukluk* tanısı konulmuştur. Dosyadaki bazı belgelerden başvurunun eğitim döneminde zaman zaman ruhsal ilaçlar kullandığı da anlaşılmaktadır.

C. Tanıklar

19. Başvurucunun aleyhine ifade veren tanıklardan B.M. 20/1/2011'de yapılan İngilizce sınavında başvurunun kitaptan kopya çektiğini, O.A.V.

ise eğitimde yat komutu verildiğinde elini kasten tüfeğinin altına koyup sert biçimde atlamasından ötürü bilerek kendini yaraladığını söylemiştir.

20. Tanıklardan M.G., M.Ç., H.G.; İngilizce süper kur seviyesinde olan öğrencilere sınavda hiçbir şey yazmasa da 95'ten düşük not verilemeyeceğini, sırf formaliteden ibaret sınavda kopya çekmenin hiçbir mantıksal izahının bulunmadığını söylemiştir.

21. Tanık A.K.; başvurucuya gece eğitimi yaptırıldığına bizzat şahit olduğunu, başvurucunun kopya çektiğini görmediği hâlde disiplin suçunu amirlerine bildirmediği gerekçesiyle kendisine beş gün oda hapsi cezası verildiğini söylemiştir.

22. Tanık F.G., başvurucu tek ayak üzerinde dururken elleri açık olarak *“Seneler boşa mı geçiyor ne.”* cümlesinin başvurucuya tekrarlatıldığını anlatmıştır.

23. Tanıklar İ.T. ve F.B.M.; bilmedikleri bir nedenle lider öğrencilerin başvurucuya takıntılarının olduğunu, kendilerinin de zaman zaman içinde yer aldığı, geceleri fazladan eğitim yaptırılan gruplardan başvurucunun hiçbir zaman çıkmadığını, başvurucunun okuldan atılmasına ve/veya bezdirilmesine dönük tutum ve davranışlarda bulunan bazı subayların olduğunu, başvurucunun da aralarında bulunduğu bazı öğrencilere komutanlarca bilerek ve isteyerek daha sık ve fazla ceza verildiğini dile getirmişlerdir.

24. Tanık T.K., filo eğitimi sırasında ellerinden yaralanmasından dolayı Bnb. N.Ç.nin herkesin önünde başvurucuyu küçük düşürücü bir konuşma yaptığını anlatmıştır.

25. Tanık M.B.G.; başvurucunun domuz bağıyla bağlanıp başına çuval geçirildiğini, filo ve yürüyüş düzenini bozma gibi basit suçlardan oda hapsi cezaları verilerek bazı öğrencilerin okuldan ayrılmaya zorlandıklarını, kendisinin de toplam otuz gün oda hapsi cezası aldığını söylemiştir.

26. Tanık S.S.M.; başvurucunun sandalye oturuşu vaziyetinde bekletildiğini, marş söylerken sesi çıkmadığı, yakasının düzgün olmadığı, yatağını düzeltmediği, ayakkabısının boyasız olduğu gibi sudan bahanelerle başvurucuya ceza verilerek gece eğitimi timlerine alındığını,

pis yedili denilen, başvurunun ve kendisinin de içinde bulunduğu timlerin en kötüsü *bit tim* olarak adlandırılan timde istirahat saatlerinde ve diğerleri yattıktan sonra eğitim verildiğini, bazı geceler faal olduğu sırada uçak pistinde süründürüldüklerini, lider öğrencilerin başvurunun da aralarında bulunduğu bazı öğrencilerden okuldan ayrılmalarını açıkça istediklerini, başvurunun eğitimlerde bilerek kendisini yaralamadığını beyan etmiştir.

27. Tanık H.E.B.; tıraş olmasına karşın boynunda tüy kalması nedeniyle kendisine ceza verildiğini, aynı hatayı yapan diğer öğrencilere gösterilen hoşgörünün başvurunun da aralarında olduğu öğrencilerin bir kısmına gösterilmediğini, sınav vaziyetinde, elleri su toplayana kadar bir saat bekletildiğinin gerçek olduğunu, Bnb. N.Ç.nin arada bir “*Sizinle uğraşacağım.*” dediğini zikretmiştir.

28. Tanık İ.Ş.; uçak pistinde süründürme, piyade dansı, dikenli alanda birbirlerini el arabası şeklinde sürdürme, komando dansı, ayı ve ördek yürüyüşü gibi eğitim sayılamayacak eziyetlere maruz kaldığını anlatmıştır.

29. Tanık Y.C.D.; voleybolcu olduğunu bildiği hâlde aşağılamak gayesiyle Bnb. N.Ç.nin başvuruçuyu boru trampet takımına gönderdiğini, askerî lise kökenli öğrencilere sistemli biçimde fiziksel ve psikolojik baskı uygulandığını, elleri patlayana değin bir saat sınav, sandalye oturuşu vb. hareketlerin başvuruçuya yaptırıldığını gördüğünü söylemiştir.

30. Tanık H.O.O., 210 kişinin bulunduğu eğitim kampında yaklaşık 30 kişiye sistematik olarak kötü muamelede bulunulduğunu bildirmiştir.

D. Hava Harp Okulundan Çıkarma İşlemine Karşı Askeri Yüksek İdare Mahkemesine Açılan Dava

31. Başvurucu, Hava Harp Okulundan çıkarma işleminin iptali için 31/3/2011’de Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) dava açmıştır. Başvurucu 13/2/2012 tarihli dilekçeyle davadan feragat ettiğinden AYİM 22/2/2012’de “*uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına*” hükmetmiştir.

32. Feragat nedeniyle davanın esasına yönelik bir karar verilme bile önemine binaen AYİM Başsavcılığının (Başsavcılık) davanın esası hakkında

verdiği 5/1/2011 tarihli görüşüne yer verilmesi gerekmiştir. Başsavcılık, başvurunun atılmasına yol açan eylemlerin büyük çoğunluğunun askerî disiplini onarılamayacak derecede sarsan vahamet derecesine ulaşmadığını, 40 disiplin puanını kaybederek çıkarılmasına temel olan İngilizce sınavında kopya çekme eyleminde sınav görevlilerince düzenlenmiş bir tutanak olmadan sadece bir tanık beyanına dayanıldığını, başvurunun İngilizce seviyesinin çok iyi olduğunu gösteren TOEFL sınav belgesinin kopya çekmesine ihtiyacı olmadığını gösterdiğini, elektronik mühendisliği temeli dersinde cevap kâğıdının öğretmenlerince incelenmesinde sınav sorusunun büyük bölümünü kendi yöntemiyle çözdüğü, sadece bulduğu sonucu silerek yanındaki arkadaşının sonucunu yazdığının tespit edilmesinin de savunmayı teyit ettiğini belirterek HHO'dan çıkarma işleminin iptali yönünde görüş bildirmiştir.

E. Askerî Savcılığın Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararı

33. Askerî Savcılık toplam on sekiz şüpheli hakkında soruşturma başlatmıştır. Şüpheliler savunmalarında suçlamaları kabul etmemişlerdir. Askerî Savcılık 19/12/2013 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Karar şu gerekçelerle temellendirilmeye çalışılmıştır:

i. Başvurucunun iddialarının bir kısmı kanıtlanamamış, bir kısmı için başvurunun gösterdiği tanıklar dahi olayları teyit etmemiş, HHO kayıtlarında başvurunun bir şikâyeti ve darp raporu bulunmamıştır. Lider öğrencilere isnat edilen bazı hakaret ve yaralama eylemlerinin işlenmiş olması hâlinde dahi 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesi kapsamında altı aylık süre içinde şikâyet yapılmamıştır. Savcılık, dördüncü 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 ast-üst ilişkilerinin bulunmadığının, bu bağlamda başvurunun üst sınıf öğrencilerinin talimatını yerine getirme yükümlülüğü altında olmadığının altını çizmiştir.

ii. Savcılık kararında, genel bir psikolojik yıpratma hareketi gerçekleşmesi hâlinde suç teorisi bakımından değerlendirilebilecek bazı sözlerin söylendiği kabul edilse bile bunların başvurunun okuldan

ayrılması kastıyla söylendiğine dair herhangi bir delil bulunmadığı belirtilmiştir.

iii. Tek tek değerlendirilen eylemlerin sistematik ortak bir iradenin ürünü ve başvurucunun okuldan ayrılmasını zorlamaya yönelik suç kastının parçası olduğuna dair herhangi bir delil bulunmamakta, başvuru tarafından gösterilen ve çeşitli nedenlerle Harp Okulundan ayrılmış tanık beyanları soyut değerlendirmelerin ötesine geçmemekte, münhasıran başvurucuya yönelik olmayan bu uygulamalar tüm öğrencileri kapsamakta, üstelik bunlar hayatın olağan akışına uymamaktadır.

iv. Müştekinin eğitimler sırasında ellerinden yaralanması şikâyeti açısından tanık O.A.T.nin müşterinin eğitim sırasında elini tüfeğin altına koyduğuna ve bunu kasıtlı yapmama ihtimalinin bulunmadığına dair ifadesine itibar edilmiştir.

v. Müştekinin (başvurucu) intibak döneminde maruz kaldığını iddia ettiği ağır eğitimlere delil olarak gösterdiği fotoğraf ve video kayıtlarını ihtiva eden CD'nin incelenmesinden sonra dinlenen tanıklar, bunların rutin hatta yer yer eğlenceli olan eğitim faaliyetleri olduğunu söylemişlerdir. Eğitim fotoğraflarının yer aldığı CD'de suç unsuru bulunmamaktadır. Üstelik HHO'nun gönderdiği cevap yazısında, bu kayıtların usulüne uygun eğitim faaliyetleri kapsamında kaldığına ilişkin olduğu belirtilmiştir.

vi. Usule aykırı disiplin cezaları verilerek disiplin puanının tamamen tüketildiği iddiasına gelince disiplin cezalarının belirlenmesinde kullanılan amir takdirinin suç soruşturmasının konusu olabilmesi için disiplin cezalarının belli bir kasıt altında ve haksız biçimde tatbik edilmesi gerekmektedir. Bu durumda 22/5/1930 tarihli 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 111. maddesindeki suçun unsurları oluşmamıştır. Disiplin cezalarına konu olan olaylar maddi olarak sabit olup bunlar tanık beyanlarıyla desteklenmiştir. Dolayısıyla amirlerin takdir yetkilerini suistimal ettikleri yönünde bir delil bulunmamaktadır. Ayrıca bu yakınmaların muhatabı idari yargı mercileridir. Kaldı ki başvuru, HHO'dan atılma kararına karşı AYİM'de açtığı davadan feragat etmiştir.

vii. Başvurucunun birinci sınıfta ÖSU kampında nokta nöbetçisi olduğu sırada elleri ve ayaklarının kelepçelendiği, domuz bağı yapıldığı, başına çuval geçirilerek dövüldüğü iddiaları tanık beyanlarıyla teyit edilmemiştir.

viii. Olayların tamamının sistematik ve organize şekilde ortak bir iradenin ürünü olarak müştekiyi okuldan ayrılmaya zorlama kastıyla yapıldığı iddiası; başvurucunun tanık olarak gösterdiği, okuldan ayrılan F.B.M., S.S.M., H.E.B., İ.Ş., Y.C.D., H.O.O., İ.T. ve M.B.G.nin soyut değerlendirmeleri dışında kanıt unsuru barındırmamaktadır. Öte yandan çok sayıda disiplin soruşturmasında başvurucuya ceza verilmemesi de bu kastın bulunmadığını ortaya koymaktadır.

34. Üsküdar Birinci Ordu Komutanlığı Askerî Mahkemesi, başvurucunun kovuşturmaya yer olmadığı kararına yaptığı itirazı 11/2/2014'te reddetmiştir.

35. 7/3/2014'te tebliğ edilen ret kararına karşı başvurucu 7/4/2014 tarihinde, süresi içinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

36. Hakkında soruşturma yürütülen on sekiz şüpheliden beşinin 15 Temmuz darbe girişiminden sonra çıkarılan bazı kanun hükmünde kararnamelerle Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) soruşturmaları kapsamında devlet memurluğundan çıkarıldığı Resmî Gazete nüshalarının incelenmesi neticesinde tespit edilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Ulusal Mevzuat

37. 4566 sayılı Kanun'un 38. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Disiplin ve okuldan çıkarılma

Madde 38 - Harp okullarına alınan her öğrenciye disiplin notu verilir. Hangi cezalar için disiplin notundan ne miktarda düşüleceği yönetmelikte belirtilir.

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

Harp okullarında eğitim ve öğrenim gören öğrenciler aşağıdaki hallerde okuldan çıkarılırlar;

a) Bu Kanun hükümlerine göre çıkarılacak yönetmelik gereğince her öğrenciye verilen disiplin notunu kaybedenler,

b) Yönetmelikte belirtilecek esaslar dahilinde, öğrenci niteliğini kaybettiklerine dair yüksek disiplin kurulunca haklarında karar verilenler,

...”

38. Yönetmelik'in 61. maddesi ile geçici 3. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Disiplin Nedeniyle Okuldan Çıkarılma

Madde 61 - Harp okulu öğrencileri aşağıdaki hallerde yüksek disiplin kurulu kararıyla okuldan çıkarılırlar.

a) Disiplin notunun tamamını kaybedenler,

b) Disiplin notuna bakılmaksızın;

...

3) (Değişik:16.7.2004-25524) Sınavlarda ... ikinci kez kopya yaptıkları eğitim ve öğretim yüksek kurulu kararıyla kesinleşenler ... ve harp okulu öğrencilerinin öğrenimleri süresince muhafaza ve geliştirmekle yükümlü oldukları nitelikleri kaybettiklerine karar verilenler.

Geçici Madde 3 - Bu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte öğrencilerin disiplin notu, 120 disiplin notuna uyarlanır.

...”

39. 211 sayılı Kanun'un 113. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“T) Askeri Öğrenciler

Madde 113 - ...

b) ...askerî öğrencilerin, belirtilen hallerin dışında, gerek kendi aralarında gerekse erbaş ve erlere karşı astlık ve üstlük ilişkileri yoktur.”

40. 1632 sayılı Kanun'un 24., 111., 115. ve 117. maddelerinin ilgili kısımları şöyledir:

“Göz ve oda hapsi cezalarının mahiyeti, neticeleri ve yerine getirilmesi

Madde 24 – ...

Askeri öğrenciler, oda hapsi cezasını belirli hapis odalarında topluca geçirirler. Hapis odalarının kapısında bir nöbetçi bulundurulur.

Hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası verenlerin cezası

Madde 111 – Ceza vermek yetkisini tecavüz ederek ve bilhassa hak edilmemiş veya müsaade olunmamış bir cezayı kasten verenler beş seneye kadar hapsolunur.

Memuriyet nüfuzunun sair suretle kötüye kullanılması

Madde 115 – Emir vermek yetkisini veya memuriyet nüfuzunu kötüye kullanarak mevzuatın tayin ettiği ahvalden başka bir suretle herhangi bir gerçek veya tüzel kişi yahut astı hakkında keyfi bir işlem yapan yahut yapılmasını emreden amir veya üst, bir aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır

Maduna müessir fiiller yapanların cezası

Madde 117 – 1. Madununu kasten itip kakan, döven, veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan veyahut tazip maksadiyle madunun hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelde bulunulmasına müsamaha eden amir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur.”

2. Harp Okullarından Atılan Öğrencilerle İlgili Türkiye Büyük Millet Meclisi Raporu

41. Harp okullarında ayrımcılığa uğradıkları ve okuldan ayrılmaları için fiziki ve psikolojik kötü muameleye uğradıkları iddiasıyla askerî öğrencilerin çok sayıda dilekçeyi Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)

Dilekçe Komisyonuna ulaştırması 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 (Ümit Ömür Salar, B. No: 2014/187, 23/3/2017, § 23).

42. Anılan raporda harp okullarından ayrılma istatistiklerine yer verilmiştir. Raporda ayrıntıları ile verilen rakamlarla HHO'ya ihtiyacın çok üstünde alımlar yapıp sistemli bir şekilde sayıyı azaltma anlayışı olduğuna yönelik şikâyetler bulunduğu tespitine yer verilmiştir. Raporda ayrıca lise çağında özenle seçilen ve yetiştirilmeleri tüm yönleriyle idarenin inisiyatifinde olan seçkin insan kaynağının yüksek oranlarda mesleğe kazandırılmamasının kamu yararı açısından olumsuz bir durum olduğu değerlendirilmiştir (Ümit Ömür Salar, § 24).

3. FETÖ/PDY'nin Hava Kuvvetleri Komutanlığındaki Yapılanmasını Ortaya Koyan Anayasa Mahkemesi Kararı

43. Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve diğerleri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017) başvurusunda FETÖ/PDY'nin Hava Kuvvetleri Komutanlığındaki teşkilatlanmasını şöyle açıklamıştır:

“B. Darbe Teşebbüsünün Arkasındaki Yapılanmaya İlişkin Olgular

...

ix. Hava Kuvvetleri Komutanlığı Müsterek Hedef Üretim Analiz Merkezinde görev yapmakta olan Yüzbaşı A.P. ifadesinde, öğrenciliğinden beri FETÖ/PDY ile irtibatının olduğunu, bu süreçte görev yeri değişikçe 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 ... belirtmiştir

(Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 31/3/2017 tarihli ve 2017/10698 sayılı iddianamesi).

3. Darbe Teşebbüsünün Sivil Yöneticilerine İlişkin Olgular

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)...

C. FETÖ/PDY'nin Özellikleri

...

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... (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 ulaşınca 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...

...

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 siyasal ve ekonomik ittifaklar kuran FETÖ/PDY, devlet ve toplum üzerinde bir "vesayet" kurumu hâline gelmiştir.

...

2. Kanun Hükmünde Kararnamelerle Alınan Tedbirler

...

a. Kamu Görevinden Çıkarma Tedbiri

...

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..."

B. Uluslararası Hukuk

44. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu'nun (İstanbul Protokolü) 234. ve 236. paragrafları şöyledir:

“234. İşkencenin çok çeşitli fiziksel ve psikolojik problemlere yol açabilecek olağanüstü bir yaşam deneyimi olduğu, yaygın olarak kabul edilen bir görüştür. Klinik hekim ve araştırmacıların çoğu, işkencenin aşırı zorlayıcı doğasının, kişinin işkence öncesi psikolojik durumuna bağlı olmaksızın kendi başına ruhsal ve duygusal etkiler yaratacak kadar güçlü bir deneyim olduğu konusunda hemfikirdir. Ancak işkencenin psikolojik sonuçları, kişinin işkenceye atfettiği anlam, kişilik gelişimi ve sosyal, siyasal, kültürel faktörler bağlamında oluşur. Bu nedenle, bütün işkence biçimlerinin aynı sonuçlara yol açtığı varsayılmaz. Örneğin, yalancı infazın psikolojik sonuçları, cinsel tacizin yol açtığı psikolojik sonuçlarla aynı değildir ve hücre hapsi ile yalıtmanın, fiziksel işkence yöntemleriyle aynı sonuçları doğurması beklenemez. Aynı şekilde, tutukluluk ve işkencenin yetişkinlerle çocukları aynı biçimde etkileyeceği varsayılmaz. Bunlara rağmen, işkence mağdurlarında belli bir düzenlilik içinde gözlemlenen ve belgelenen belirti grupları ve psikolojik tepkiler mevcuttur.

236. İşkence gören herkesin teşhis edilebilir bir ruhsal hastalık geliştirmeyebileceğinin farkında olunmalıdır. Buna rağmen, birçok mağdur ciddi duygusal tepkiler ve psikolojik belirtiler göstermektedir. İşkence ile bağlantılı ana psikiyatrik bozukluklar, travma sonrası stress bozukluğu (TSSB) ve majör depresyondur. Bu tür bozuklukların, nüfusun genelinde de gözleniyor olmasına rağmen, travmatize olmuş gruplarda görülme sıklıkları çok daha yüksektir. İşkencenin kişiye özgü kültürel, sosyal ve politik anlamı, işkencenin nasıl tasvir edildiğini ve işkence üzerine nasıl konuşulduğunu etkiler. Bu faktörler, işkencenin psikolojik ve sosyal etkilerine katkıda bulunur; farklı bir kültüre mensup bir mağdurun değerlendirmesi yapılırken bu unsurlar mutlaka göz önüne alınmalıdır. Kültürler arası araştırmaların ortaya koyduğu gibi, psikolojik ya da psikiyatrik bozuklukları değerlendirirken kullanılması en akılcı

yaklaşımlar fenomenolojik ya da tanımlayıcı yöntemlerdir. Bir kültürde bozuk davranış ya da hastalık olarak kabul edilen bir durum, başka bir kültürde patolojik olarak değerlendirilmeyebilir. İkinci Dünya Savaşı'ndan bu yana, şiddetin psikolojik sonuçlarının anlaşılmasında ilerleme kaydedilmiştir. Belirli psikolojik belirtiler ve belirti kümeleri, işkence ve diğer tip şiddet mağdurlarında gözlemlenmiş ve belgelenmiştir.”

45. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3. maddesi şöyledir:

“Madde 3 - İşkence yasağı

Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

46. 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).

47. 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).

48. Askerlik hizmeti ve mesleği, kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmak gibi bazı sınırlayıcı koşulları sıklıkla içermektedir. Ancak silahlı 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).

49. 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 çağırılması 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).

50. 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/Azərbaycan*, B. No: 34445/04, 11/1/2007,§ 73; *Çelik ve İmret/Türkiye*, B. No: 44093/98, 26/10/2004, § 55).

51. 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

52. Mahkemenin 24/5/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

53. Başvurucu Bayram Tuğrul Yıldırım; Işıklar Askerî Lisesini bitirdikten sonra HHO Öğrenci Seçme Uçuşu Kampı'na katıldığını, daha sonra HHO'da eğitimine devam ettiğini ancak kampta ve eğitim sürecinde bazı subaylar ve okuldan ayrılmaya zorlamak gayesiyle lider öğrenciler tarafından -ayrıntıları Savcılığa yaptığı müracaatta belirtilen- psikolojik ve fiziksel onur kırıcı kötü muamelelere maruz kaldığını, bazen önemsiz nedenlerle bazen gerçeğe aykırı disiplin soruşturmaları sonucunda disiplin puanının eksiye düştüğü ve iki kez üst üste kopya çektiği gerekçesiyle okuldan atıldığını, İngilizce düzeyinin kopya çekmesini gerektirmediğini gösteren sınav sonuçlarının olduğunu, yaptığı şikâyetin sonuçsuz kaldığını, maruz kaldığı eylemlerden dolayı ruh sağlığının bozulduğunu, benzeri uygulamalarla pek çok öğrencinin okuldan atılmasına ya da ayrılmasına neden olunduğunu dile getirmiştir. Bu nedenlerle her iki başvurucuyla ilgili olarak Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerinde güvence altına alınan kötü muamele yasağı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiği öne sürülmüştür.

54. Bakanlık görüşünde, öncelikle kabul edilebilirlik hususu değerlendirilmiş ve başvurucuların şikâyetine konu eylemlerin gerçekleştiği tarihlerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kabul edildiği 23/9/2012 tarihinden yaklaşık bir yıl önce sona erdiği belirtilerek Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisinin olmadığı ileri sürülmüştür.

55. Bakanlık görüşünde, kabul edilebilirlik bakımından on sekiz yaşından büyük olan başvuru Bayram Tuğrul Yıldırım'ın doğrudan mağduru olduğu olaylarda babası olan diğer başvuru Hasan Yıldırım'ın mağdur statüsünün bulunmadığından yola çıkılarak kişi bakımından yetkisizlik kararı verilmesi gerektiğine işaret edilmiştir.

56. Esas yönünden görüşünde ise Bakanlık, bir eylemin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına girebilmesi için asgari ağırlık düzeyine ulaşmış olması gerektiğini hatırlatmış ve Anayasa Mahkemesinin içtihatlarına atfen somut olayda iddia edilen eylemlerin fiziki ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gözetildiğinde asgari ağırlık eşiğini geçmediğinden başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür; bu bağlamda

birinci başvuruçunun mobbing oluşturan şikâyetleriyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi içtihatları kapsamında tazminat davası yolu tüketilmediğinden kabul edilemezlik kararı verilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

57. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında bildirilen kabul edilemezlik nedenlerinin yerinde olmadığını ifade etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Başvurucu Hasan Yıldırım Yönünden

58. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar

Madde 46 - (1) Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir.”

59. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinde; bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği öngörülmüştür.

60. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkese Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla medeni haklara sahip gerçek ve tüzel kişiler bireysel başvuru yönünden dava ehliyetine sahiptir (Büğdüz Köyü Muhtarlığı, B. No: 2012/22, 25/12/2012, § 24).

61. Kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan işlem veya eylem, mağdurla yakın ilişkisi olan başka kişileri de dolaylı olarak etkileyebilir. Ancak dava ehliyeti bulunan reşit bir kişinin olması durumunda bu kişi adına dolaylı mağdur da olsa bir başkası tarafından bireysel başvuru

yapma imkânı bulunmamaktadır (*Sabriye Yürekli ve diğerleri*, B. No: 2014/7115, 22/9/2016, § 35).

62. Başvuru konusu olayda ise başvuru Bayram Tuğrul Yıldırım'a karşı işlendiği iddia edilen kasten yaralama, eziyet, işkence, görevi kötüye kullanma ve asta karşı yaralama eylemlerinden kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi ve buna yapılan itirazın reddedilmesi nedeniyle anayasal hakların ihlal edildiği ileri sürülmüştür. Başvuru formunda, oğlunun yaşadığı olayların ikinci başvurunun kendisinde her ebeveynin yaşadığı ızdıraptan öte ilave ne tür bir mağduriyet oluşturduğu noktasında özellik gösteren bir açıklama mevcut değildir.

63. Diğer başvurunun babası olan başvuru Hasan Yıldırım'ın -kişisel haklarıyla ilgisi olmayan başvuru konusu iddiaların mağduru olmadığından- bireysel başvuru hakkı bulunmamaktadır. Zira başvuru Bayram Tuğrul Yıldırım 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 11. maddesi uyarınca başvuru anında ergin olup fiil ehliyetine sahiptir. Bu nedenle yasal temsilci sıfatı da bulunmayan başvuru Hasan Yıldırım, başvuru ehliyetini haiz değildir.

64. Açıklanan gerekçelerle bu başvurunun bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *kişi yönünden yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Başvuru Bayram Tuğrul Yıldırım Yönünden

65. Başvuru, kötü muamele yasağı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

a. Uygulanabilirlik Yönünden

66. Anayasa'nın 5. ve 17. maddelerinin ilgili bölümleri şöyledir:

"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı

Madde 17 - 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.

...

Devletin temel amaç ve görevleri

Madde 5 - Devletin temel amaç ve görevleri ... 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.”

67. Anayasa Mahkemesi olayların başvuru 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).

68. Anayasa'nın 17. maddesiyle insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Özel hayat alanına dâhil olan tüm hukuksal çıkarlara Anayasa'nın farklı maddelerinde yer verilmiştir. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunması hakkına karşılık gelmektedir (*Halime Sare Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 47). 17. maddenin üçüncü fıkrasında kötü muamele yasağı düzenlenmiştir.

69. Kötü muamele oluşturan her eylemin aynı zamanda bireylerin fiziksel ve/veya psikolojik bütünlüğüne zarar vererek özel hayatına da menfi yansımaları olacaktır. İşkence ve kötü muamele yasağı ile özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunması hakkına Anayasa'nın aynı maddesinde yer verilmesi de bunu göstermektedir (*Tuna Ayçiçek*, B. No: 2014/6526, 24/1/2018, § 51).

70. Doğası gereği menfi hareket ve eylemlerle olumsuz hayat deneyimlerinin kişinin fiziki ve ruhsal değerlerini etkilemesi, kişide stres, üzüntü ve sair menfi tezahürlere yol açması ve bu etkileri açısından özellikle küçük düşürücü muamele kavramını çağrıştırması mümkündür.

Bununla beraber belirtilen eylemlerin işkence, eziyet veya haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için fiziksel ve ruhsal etkileri açısından asgari eşiği geçmesi gerekmektedir (*İşıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 35).

71. Bu asgari eşik göreceli olup somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, önceden tasarlanıp tasarlanmadığı, kişiyi küçük düşürecek şekilde kişide korku, elem ve aşağılanma duygusu oluşturup oluşturmadığı, aleni olarak yapılıp yapılmadığı, kamuoyunun bilgi sahibi olup olmadığı, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, §§ 83-90).

72. Münferit olarak ika edildiğinde kötü muamele sayılması mümkün olmayan hakaret, tehdit, basit yaralama gibi fiillerin tekrarlanan bir süreçte açığa çıkan bütüncül etkisinin yoğunluğu, kimi zaman asgari eşiğin aşılmasını sağlamak için yeterli görülebilir.

73. Başvurucu; HHO'dan ayrılmaya zorlamak için haksız bir şekilde disiplin yaptırımları uygulanarak okuldan atıldığını, yapılan fiziksel ve psikolojik baskı yüzünden ruh sağlığının bozulduğunu ileri sürmüştür.

74. Kasıtlı biçimde açıldığı iddia edilen disiplin soruşturmalarıyla verilen toplam yirmi sekiz gün oda hapsi cezasının 211 sayılı Kanun'un 24. maddesinde açıklanan özgürlükten mahrum edici niteliği, başlı başına kötü muamele yasağının asgari eşiğinin aşıldığını ortaya koyan bir unsurdur. Ancak bu niteliğin daha net bir şekilde belirginleştiğinin gözönüne serilmesi gayesiyle eşik değerlendirmesinde önemi haiz diğer birtakım göstergelerin de altı çizilecektir.

75. Başvurucunun iddialarında yer verdiği fiziksel baskı ve dayak gibi olaylar aleni bir yerde yaşanmamakla beraber sınıf arkadaşlarının arasında vuku bulmasından dolayı onurunu zedelemesi, ağır spor ve cezalardan kaynaklanan elindeki ve dizindeki yaraların başvurucuda yalnız manevi değil aynı zamanda maddi acı da oluşturması doğaldır.

76. Başvurucunun korumasız ve zayıf durumunun da etkisiyle sistematik şekilde tekrarlanan planlı davranışların askerlik mesleğinin

hıyerarşik baskısı, ailesinden ayrı yatılı olarak kalmasının da tesiriyle daha fazla elem ve korkuya yol açması mümkündür. Üstelik başvırucunun ortalama on günde bir aldığı disiplin cezalarının o süreçte okuldan atılma tedirginliği yaşattığı da yadsınamaz.

77. Askerî liseden mezun olan ve harp okulundan atılmasıyla subay olma hayali ortadan kalkan başvırucunun yaşadığı olaylar ve hürriyeti bağlayıcı oda hapsi cezasının fiziksel ve ruhsal bütünlüğü ile onurunda yol açtığı zedelenmenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki asgari eşiğı aştığı değerlendirilerek kötü muamele yasağı kapsamında inceleme yapılmasına karar verilmiştir.

78. Başvırucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları, kötü muamele yasağının etkili soruşturma yükümlülüğü kapsamında kaldığından bu çerçevede inceleme yapılmıştır.

b. İncelemenin Kapsamı Yönünden

79. Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye *ışkence* ve *eziyet* yapılamayacağı, kimsenin *insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza veya muamele*ye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır (*Cezmi Demir ve diğeri*, § 80).

80. Devletin bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (*Cezmi Demir ve diğeri*, § 81).

81. ışkence 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.

82. Başvuru dosyasındaki bilgi ve belgeler, kötü muamele yasağının negatif yükümlülüğün ihlal edildiğine dayanan iddiaların maddi boyutunun çözümlenmesi yönünden yeterli bulunmadığından usul boyutuyla sınırlı inceleme yapılmasına karar verilmiştir.

c. Kabul Edilebilirlik Yönünden

83. Bakanlık görüşünde, başvurucunun şikâyetine konu eylemlerin gerçekleştiği tarihlerin Anayasa Mahkemesine bireysel başvurunun kabul edildiği 23/9/2012'den yaklaşık bir yıl önce sona erdiği dile getirilmiştir.

84. 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).

85. 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*; *Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015). Dolayısıyla başvurunun zaman bakımından Anayasa Mahkemesinin yetkisinde olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

86. 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.

d. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

87. 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 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).

88. Kötü muamele yasağı kapsamında devletin pozitif yükümlülüğünün bir de usul boyutu bulunmaktadır. Bu çerçevede 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 devlet, sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve faillerin hesap vermelerini sağlamaktır. Bu, olanaklı olmazsa kötü muamele yasağı sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hâle gelecek ve kötü muamele faillerinin fiilî dokunulmazlıktan yararlanarak kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, §§ 110, 111).

89. Bununla birlikte her kötü muamele iddiasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği korumadan ve Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte 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 karinelere oluşabilir. Bu bağlamda kanıtlar değerlendirilirken ilgililerin süreçteki tutumları da dikkate alınmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 95).

90. Yürütülecek 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 başvuruçulara 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 77).

91. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edilebilmesi için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Dolayısıyla kötü muamele iddialarının gerektirdiği soruşturma, bağımsız bir şekilde hızlı ve derinlikli yürütülmelidir. Diğer bir ifadeyle yetkililer, olay ve olguları ciddiyetle öğrenmeye çalışmalı ve soruşturmayı sonlandırmak ya da kararlarını temellendirmek için çabuk ve temelden yoksun sonuçlara dayanmamalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 114).

92. Ceza soruşturmasının etkinliğini sağlayacak hususlardan biri de fiilen hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturma sürecinin kamu denetimine açık olmasıdır. Ayrıca her olayda mağdurun meşru menfaatlerini korumak için gerekli olduğu ölçüde sürece katılması sağlanmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 115).

93. Bu kapsamda yetkililerce soruşturma konusu olayın gerektirdiği tanıkların ifadelerinin alınması ve bilirkişi incelemeleri gibi söz konusu olaylarla ilgili kanıtların elde edilmesi için mümkün olan tüm tedbirlerin alınması, kötü muamelenin gerçekleşme sebebinin objektif analizinin yapılması gerekir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 114; *Turan Uytun ve Kevzer Uytun*, B. No: 2013/9461, 15/12/2015, § 73).

94. Bireysel başvurulara ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu rol ikincil nitelikte olup icra edilen bir soruşturmadaki delilleri değerlendirmek kural olarak savcılık ve derece mahkemelerinin işi olduğundan Anayasa Mahkemesinin görevi, bu mercilerin maddi olaylara ilişkin olarak yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir. Kötü muamele iddialarıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunanlarla sınırlıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmamaktadır. Diğer taraftan savcılık ve derece mahkemelerinin bulgularının Anayasa Mahkemesini bağlamamasına rağmen normal şartlar altında bu mercilerin maddi olaylara ilişkin yaptığı tespitlerden ayrılmak için de kuvvetli nedenlerin bulunması gerekir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 96).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

95. Bireyler için en kutsal değer olan insan onurunu zedeleyen kötü muamele iddialarında soruşturmalar; benzer olayların tekrar yaşanmasını önlemeyi sağlayacak şekilde kapsamlı, dikkatli ve duyarlı bir biçimde yürütülmeli ve sorumluların tespiti bakımından yapılması gerekli işlemlerde noksanlık bulunmamalıdır (*Tuna Ayçiçek*, § 74).

96. Etkili soruşturma konusunda öncelikle soruşturmaya başlandığı anda başvuruçunun iddialarının savunulabilir olup olmadığı ve buna göre soruşturmanın seyrinin uygun bir şekilde yönlendirilip yönlendirilmediği tespit edilmelidir.

97. Anayasa Mahkemesinin başvuru konusu olayın gelişim şeklini ve olayın tüm yönlerinin aydınlatılması noktasında soruşturma makamları ve derece mahkemeleri tarafından atılması gereken adımları nesnel bir şekilde değerlendirmek için olayın oluşum şeklini incelemesi gerekmektedir (*Rıfat Bakır ve diğerleri*, B. No: 2013/2782, 11/3/2015, § 68).

98. Anayasa Mahkemesi, oldukça benzer iddialara yer verilen, inceleme konusu olayla büyük ölçüde bağdaşan *Ümit Ömür Salar* başvurusunda kötü muamele yasağının usul yükümlülüğü açısından ihlal edildiğine karar

vermiştir. Her iki başvurunun şüphelilerinden birinin müşterek olduğu da ifade edilmelidir.

99. Somut olayda başvuru, Işıklar Askerî Lisesini bitirdikten sonra ÖSU Kampı'na katılmasını müteakiben HHO'da eğitime başlamıştır. Başvuru, bu süreçte bazı subayların ve lider öğrencilerin okuldan ayrılmaya zorlamak amacıyla sistematik olarak kendisine fiziki ve psikolojik baskı uyguladığını, nihayet okuldan atılmak için bizzatı yeterli neden olan iki kez kopya çektiği iftirasına istinaden ihraç edildiğini dile getirerek Savcılığa suç ihbarında bulunmuştur.

100. Savcılık yaptığı soruşturmada şüphelilerin ve tanıkların ifadelerini almıştır. Savcılık, başvuru dale getirdiği tüm şikâyetlerin her birini ayrıca incelemiştir. Bu incelemeden sonra bütünsel bir yorumla başvuru ve bazı tanık beyanlarının soyut kaldığı düşüncesiyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Savcılığın kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararında, genel bir psikolojik yıpratma hareketi kapsamında gerçekleşmesi hâlinde suç teorisi bakımından değerlendirilebilecek bazı sözlerin söylendiği kabul edilse bile bunların başvuru okuldan ayrılması kastıyla söylendiğine dair herhangi bir delil bulunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca kararda, başvuruya verilen disiplin cezalarının amirin takdir yetkisi kapsamında kaldığına ve idari işlem niteliğindeki disiplin cezalarına karşı başvuru idari yargı yoluna başvurulabileceğine dikkat çekilmiştir.

101. Soruşturma kapsamında dinlenen tanıklardan on dördünün başvuru iddialarını büyük ölçüde destekleyen anlatımları (bkz. §§ 20-30), Askerî Savcılığın kovuşturmayaya yer olmadığı kararından önce yayımlanan TBMM raporunda benzer iddiaların yer alması, yaklaşık on günde bir disiplin cezası alan başvuru maruz kaldığı olayların sistematik bir aklın parçası olduğu iddiasını kuvvetlendiren bir olgu olarak 15 Temmuz darbe girişimiyle irtibatlı biçimde HHO'ya FETÖ/PDY örgütünün sızdığını açığa vuran Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğ.leri* kararındaki tespitler ve şüphelilerden bir kısmının devlet memurluğundan ihraç edilmesi başvuru şikâyetinin savunulabilir düzeyde olduğunu göstermektedir.

102. Emir-komuta zincirinin olduğu harp okullarında öğrencilik yapıldığı dönemde kötü muameleye uğranıldığı iddiasında bulunulması ve bu iddiaları bütünüyle kanıtlayıcı özellikte -tanık vb.- delillerin soruşturma mercisine iletilmesindeki zorluklar da iddiaların savunulabilirlik düzeyinin belirlenmesinde hesaba katılmalıdır.

103. Başvurucunun iddialarının soruşturmaya geçecek ölçüde olduğu tespit edildikten sonra ikinci adımda soruşturmanın şekillendirilmesinde gereksinim duyulan çözümleyici işlemlerin yeterliliği ele alınmalıdır.

104. Soruşturmanın etkililiğini sağlayan en alt seviyedeki inceleme, her soruşturmanın kendine özgü koşullarına göre değişir. Bu koşullar, ilgili bütün olay ve olgular temelinde ve soruşturmanın pratik gerçekleri dikkate alınarak değerlendirilir. Bu nedenle soruşturmanın etkililiği bakımından her olayda geçerli olmak üzere bir asgari soruşturma işlemleri listesi veya benzeri bir asgari ölçüt belirlemek mümkün değildir (*Fahriye Erkek ve diğerleri*, B. No: 2013/4668, 16/9/2015, § 68). Buna bağlı olarak soruşturmaya özgü kullanım değeri bulunan ilke ve araçların olayın aydınlatılmasını temin edecek şekilde yargısal mercilerce işlevselleştirilip işlevselleştirilmediği ortaya konulmalıdır (*Tuna Ayçiçek*, § 83). Soruşturmalarda bu ilkelere riayet edilmediği takdirde temel bir tutarlılık sorunu baş gösterecektir.

105. Soruşturma tekeli elinde bulunduran adli mercilerin kötü muamele yasağının mahiyetiyle bağdaşan ve beklentileri karşılayabilecek ölçüde delil toplaması icap etmektedir. Yargılamanın sonucuna uzanan geçiş noktalarını doğrudan etkileyen delillerin toplanmasında gösterilen hassasiyet, aslında zihinsel bir ürün olan yorum farklılıklarının ve belirsizliklerin azaltılmasını sağlama bakımından da önemlidir (*Muhterem Turantaylak*, B. No: 2014/15253, 9/5/2018, § 79).

106. Kamuoyunda çeşitli baskı ve cebir yöntemleriyle harp okullarından ayrılmaya zorlanan ve ihraç edilen öğrenci sayısındaki belirgin artış ve bu konuda yapılan şikâyetler çoğalınca 2012 yılında TBMM tarafından bir rapor hazırlanmıştır. Anayasa Mahkemesinin *Umut Ömür Salar* başvurusunda ve bu dosyada, dinlenen tanık beyanlarında özellikle askerî lise kökenli öğrencilere uygulanan baskının daha şiddetli olduğu ifade edilmiştir.

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

107. Bir ceza soruşturmasının etkililiğinden söz edilebilmesi için öncelikle anlamlandırılacak bütün deliller gecikmeksizin toplanmalı, soruşturma sonucunda ise dosya kapsamında yer alan tüm bulguları kapsayıcı ve nesnel bir analize göre neticeye ulaşılmasına dayalı zincir kurulmalıdır. Zincirin halkalarından birindeki noksanlık bütünü de etkileyecektir (*Tuna Ayçiçek*, § 91).

108. Deyim yerindeyse kendisini askerlik mesleğine vakfeden askerî lise kökenli öğrencilerin bu kadar meşakkatli bir süreçten sonra rızalarıyla okuldan ayrılmaları için oldukça önemli nedenler bulunması gerekir. Bu olgu nazara alınarak başvurunun eğitim süreci ve öncesine uzanan istatistiki veriler ilgili mercilerden temin edilip yıllara göre öğrencilerden kaçının HHO'dan rızasıyla ayrıldığı, kaçının hangi nedenlerle ihraç edildiği Savcılık tarafından incelenmelidir. Bunlar içinde askerî lise kökenli öğrencilerin yıllara göre oranı ve bu oranın değişim yüzdeleri tespit edilmelidir.

109. Tek başına delil değeri taşımayan istatistiki veriler -özellikle ihraç ya da rızayla okulu terkten oluşan dışı bir artışın varlığını ortaya koyması durumunda- gerek iddiaların ciddi bir karine hâline gelmesine zemin hazırlaması gerekse tutarlılığının sınanması açısından önem taşımaktadır. Karine hâlini alan iddialarsa kamu otoritelerini bu düzlemde makul bir açıklama getirme yükümlülüğü altına sokacaktır.

110. Tanıklar ve başvurunun ısrarla vurguladıkları *süper kur* düzeyinde bulunan öğrenciler açısından yapılan İngilizce sınavının formaliteden ibaret olduğu, cevap kâğıdına birkaç cümle yazılmasının sınavdan otomatikman 95 almayı temin ettiği düşüncesinin mesnedi üzerinde durulmamıştır. Uluslararası düzeyde geçerliliği olan TOEFL sınavını başarıyla geçen ve HHO'da *süper kur* düzeyinde eğitim gören başvurunun usulen yapıldığı söylenen sınavın -varsa- bu niteliğinin kaynağı olan yönetmelik ya da yönergeye erişilerek kopya iddiaları tetkik edilmelidir.

111. İstanbul Protokolü'nün 234. ve 236. paragraflarında; kötü muamele mağdurlarının maruz kaldığı bu tür eylemlerin kişilik gelişimi, sosyal, kültürel faktörler bağlamında travma sonrası stres bozukluğu ve majör depresyon gibi ruhsal etkilerinin olacağı, hazırlanacak adli raporlarda fiziksel ve psikolojik bulgularla işkence ve kötü muamele arasındaki ilişkinin değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Başvurunun

öğrencilik sürecinde kullandığı psikiyatrik ilaçlar ve ihraç edildikten sonra ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanınca tespit edilen muayene bulgularının iddia konusu kötü muamele teşkil eden fiillerden kaynaklanıp kaynaklanmadığı saptanmaya çalışılmalıdır.

112. Soruşturmanın hangi yöntem ve sıraya göre yapılacağı soruşturma tekeli elinde bulunduran savcının seçimine kalmıştır. Ancak savcı bu konuda takdir yetkisini kullanırken seçilen yöntemin alternatiflerine göre fiil ve failer arasında irtibat kurulmasını sağlayacak sorulara cevap bulabilecek güçte olanını tercih etmelidir.

113. Soruşturma, başvurucuya yönelik eylemlerin örgütsel bir yapı içinde ve yaygın şekilde başka öğrencilere yönelik olarak da gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği iddialarının tahlil edildiğini yansıtan bir öge barındırmamaktadır.

114. Belli bir amaç doğrultusunda, örgütsel yapı içinde zamana yayılarak ve çok sayıda kişiye yönelik olarak yapılan eylemlere ilişkin kötü muamele iddialarının soruşturma makamlarınca münferit kötü muamele iddiaları olarak ele alınması örgütsel ilişki bağını çözümlemedeki etkiyi sınırlayıcı sonuç doğurabilir (*Ümit Ömür Salar*, § 63). Anayasa Mahkemesinin *Ümit Ömür Salar* başvurusunda ve inceleme konusu bu dosyada yer alan müşterek bir şüphelinin mevcudiyeti bu düşüncüyü güçlendirmektedir. Özellikle 15 Temmuz darbe teşebbüsünden sonra HHO'da FETÖ/PDY yapılanmasını gözönüne seren bazı somut olgular da bu değerlendirmedeki haklılık payının yüksekliğini göstermektedir. Bu nedenle benzer iddialar ve müşterek şüphelilerin bulunduğu dosyaların birleştirilmeksizin sonuçlandırılması -varsa- örgüt bağını ortaya çıkarmak için elverişli bir yöntem değildir.

115. Delillerin analizine gelince toplumun bir parçası olan mağdurların yargı mercilerinin ulaştığı sonuçları anlaşılmaz bulması durumunda adalete güvenin zedeleneceği ve kötü muameleye müsamaha gösterildiği çağrışımının oluşabileceği düşüncesinden yola çıkarak ve başvurusunun iddialarına dayanarak birbiriyle bağdaşan delillerle teyit edilmeden -ne pahasına olursa olsun- davaların açılması, toplumun başka bir parçası olan şüpheliler yönünden de benzer durumun geçerli olduğu gerçeğinin gözardı edilmesine yol açabilecektir (*A.D.*, B. No: 2014/7967, 23/5/2018, § 136).

116. Çok açık durumlar ayırksı olmak üzere bireysel başvuru incelemesinin amacını aşacak şekilde delillerin değerlendirilmesinde hata olduğu yönünde bir tespit yapılmasının Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığının tekrar vurgulanmasında fayda vardır. Delillerin yorumlanmasındaki bazı başarısızlıklar, aslında bunların kavranması ve bağdaştırılmasındaki yanlışlıkların ürünüdür.

117. İster kendi içinde tanıkların ifadelerinde isterse mağdur ve tanık beyanlarında maddi olaylara ilişkin bağdaştırılması güç farklılıkların mevcudiyeti, bilhassa kovuşturma aşamasına erişilmeden çözümlenen vakialarda iddia ve savunmaların güvenilirliğinin duruma uygun bir şekilde sınanmasını ve olayı çevreleyen tüm koşulların teyidini gerektirmektedir.

118. Olay ve olgular kısmında özetlenen başvurusunun iddialarını teyit eden tanıklardan on dördünün ifadelerine hangi mülahazayla itibar edilmediği konusunda tatminkâr bir açıklama getirilmemiştir. Sistematik ve örgütlü bir biçimde belli bir grubun dışında kalanlara -yaklaşık otuz kişi- karşı gerçekleştirildiği iddia edilen kötü muamele vakasında, başvuru aleyhine ifade veren bazı tanıkların anlatımlarına -yeterli bir açıklamada bulunmadan- üstünlük tanınması maddi gerçeğe ulaşılmasında sınırlayıcı bir etki doğurabilecektir. Üstelik kopya fiilinden üstlerini haberdar etmediğine dayanılarak beş gün oda hapsi cezası verilen -başvurusunun kopya çektiğini görmediğini söyleyen- tanık A.K.nin ifadelerinin yeterince tartışılıp dikkate alınmaması, ulaşılan sonucun tutarlılığına gölge düşüren bir unsur olarak değerlendirilmiştir.

119. Subay adayı öğrencilerin yetiştirildiği, hiyerarşik disiplin ve kідeme önem verilen okulda yasal anlamda -211 sayılı Kanun'un 113. maddesi uyarınca- ast-üst ilişkisi bulunmadığı hipotezi, maddi gerçeğin arandığı kötü muamele soruşturmalarında bazı fiili olguların ihmal edilmesini de beraberinde getirir. Teorik olarak mevzuatta normatif bir düzenlemeye yer verilmesi, sosyal realitede bu idealden hiçbir zaman sapma olmayacağını göstermez. Eylemlerinden sorumlu bireyler meydana getiren ve tarihsel deneyimlerin yansıması olan hukuk normları -bilhassa ceza hukukunu ilgilendirenler- hiçlikten doğmamıştır. Bir kimseye tanınan hak, diğer kişilere yükümlölük getirdiğine göre bu yükümlölöklere aykırılık iddialarının temelden yoksun bir hipoteze istinaden gerçekleşmediği sonucuna

varılması gerçekçi bir çıkarım olarak görülmemiştir. Disiplin kavramının önemli olduğu bu tür okullarda okuyan kıdemli öğrencilerin verdikleri emirlerin yerine getirilmemesinin fiiliyatta doğurabileceği maliyetin yüksekliği, bu varsayımın zayıflığının bir başka göstergesidir.

120. Disiplin cezalarına karşı iptal davası açılmaması ve ihraç kararına karşı AYİM’de açılan davadan feragat edilmesi de kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararda gerekçe olarak gösterilmiştir. Disiplin cezalarına karşı ayrı ayrı iptal davasının açılmamış olması, başvurunun maruz kaldığını ileri sürdüğü zincirleme olayların oluşturduğu bütünsel etkinin önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Öte yandan başvurunun AYİM’de disiplin cezalarına karşı dava açıp açmaması ya da ihraç işlemine karşı açtığı bir davadan feragat etmesi -1632 sayılı Kanun’un 111. maddesinde düzenlenen- *hak edilmemiş veya müsaade olunmamış disiplin cezası verme suçunun* unsurlarından değildir. Başka bir anlatımla silsile hâlinde kötü muamele oluşturma potansiyeli bulunan idari işlemlere karşı -ilgilisinin iradesine bırakılan- iptal davasının açılmaması bizatihi suçun tipikliğine tesir eden bir neden değildir.

121. Başvurucu hakkında yapılan bazı disiplin soruşturmalarında ceza verilmemesinin Savcılık tarafından şüphelilerin suç kastının bulunmadığı yönünde değerlendirilmesi, soruşturmayı etkileyen eksikliklerin sıralandığı bu tablo karşısında -başvurucunun yaklaşık on günde bir disiplin cezasına çarptırılması da dikkate alındığında- fazlaca iyimser bulunmuştur.

122. Bu aşamaya kadar yapılan açıklamalarda başvuru konusu somut olayın kendine özgü niteliklerinden kaynaklanan eksiklikler ortaya konulmuştur. Geri kalan kısımda yapılacak olan şey, Anayasa Mahkemesinin *Ümit Ömür Salar* başvurusuyla kesişen ortak değerlendirmelere yer vermektir.

123. Başvurucuya yapılan uygulamaların askerî okul öğrencisi olmanın getirdiği doğal zorluktan 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. Bir kısım tanık beyanıyla

da desteklenen başvurunun iddialarında yer alan muamelelerin bazıları, askerî eğitim kapsamındaki tüm öğrencilere uygulanan eğitimden farklı olarak başvuru yoldan yıldırmaya yönelik olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Özellikle dört yıllık askerî lise öğrenciliğinden sonra HHO üçüncü sınıfta okuldan ihraç edilen başvurunun askerî eğitime yabancı olmaması ve HHO eğitiminde karşılaşacağı güçlükleri öngörmesi bakımından sivil liselerden gelenlere göre askerî eğitime daha dayanıklı olması beklenen bir durumdur (*Ümit Ömür Salar*, § 61).

124. Olaya bir bütün hâlinde bakıldığında bağlantılar kurulabilecek ve anlaşılabilecek somut verilerin münferit hadiseler yönünden yetersiz bulunması ve somut veriler ışığında soruşturmanın derinleştirilmemesi örgütlü suçlar yönünden başvurulabilecek özel 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 (*Ümit Ömür Salar*, § 63).

125. 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 (*Ümit Ömür Salar*, § 64).

126. Nitekim Savcılığın kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra yaşanan 15 Temmuz darbe girişimi ve başvuru konusu olayda şüpheli sıfatı bulan bazı kişilerin FETÖ/PDY olarak bilinen terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle TSK'dan ihraç edilmesi, soruşturma sürecinde öngörülemez ancak tanık beyanlarında var olduğu ileri sürülen örgütün FETÖ/PDY olup olmadığını da ayrıca incelemeyi gerektirmektedir (*Ümit Ömür Salar*, § 65).

127. Sonuç olarak başvurunun soruşturmadaki diğer delillerle birlikte kötü muameleyle ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunmasına rağmen

somut olayda bu iddiaların özen ve hassasiyetle soruşturma konusu yapılmaması nedeniyle kötü muamele yasağının usul bakımından ihlal edildiği kanaatine ulaşılmıştır.

128. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

129. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

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

130. Başvurucunun tazminat talebi bulunmamaktadır.

131. Başvuruda, kötü muamele yasağının usul bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

132. İşkence ve kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin 21/1/2017 tarihli ve 6671 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (E) fıkrası hükmü uyarınca askerî yargı kaldırıldığı için Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askerî Savcılığının bulunduğu Kasımpaşa semtinin yer yönünden bağlı olduğu İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

133. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Başvuruca Hasan Yıldırım'ın başvurusunun *kişi bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Başvuruca Bayram Tuğrul Yıldırım'ın kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul boyutunun başvuruca Bayram Tuğrul Yıldırım yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması ve yeniden soruşturma yapılması için Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Kuzey Deniz Saha Komutanlığı Askerî Savcılığı kapatıldığından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE,

D. 1. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvuruca Bayram Tuğrul Yıldırım'a ÖDENMESİNE,

2. Başvuruca Hasan Yıldırım yönünden yapılan yargılama giderlerinin kendi üzerinde BIRAKILMASINA,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruca 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 24/5/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

PINAR DURKO BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/16449)

Karar Tarihi: 28/6/2018

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Burhan ÜSTÜN
Üyeler	: Hicabi DURSUN Hasan Tahsin GÖKCAN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Murat İlter DEVECİ
Başvurucu	: Pınar DURKO
Vekili	: Av. Mustafa ÇİNKILIÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kolluk görevlilerinin güç kullanımı nedeniyle bir öğrencinin gözünde işlev kaybı meydana gelecek şekilde yaralanması ve bu olayla ilgili olarak etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleyasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/10/2015 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 bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve ekleri, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler, Adana 9. Asliye Ceza Mahkemesinin (Ceza Mahkemesi) E.2011/537, K.2012/868 sayılı dosyası ve Adana Cumhuriyet Başsavcılığının (Cumhuriyet Başsavcılığı) 2012/69636 Sor. sayılı soruşturma evrakı kapsamında ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 1988 doğumlu olup olayın gerçekleştiği 23/10/2007 tarihinde Çukurova Üniversitesi Mimarlık Fakültesi öğrencisidir.

10. Çukurova Üniversitesinde öğrenim gören bir grup öğrenci 23/10/2007 tarihinde, bir terör örgütü mensuplarının güvenlik kuvvetlerine yönelik saldırılarını protesto etmek amacıyla bir yürüyüş düzenlemiştir.

11. Üniversite yönetiminin talebi doğrultusunda kolluk görevlileri yerleşke içinde emniyet tedbirleri almıştır.

12. Kırk üç kolluk amir ve memuru tarafından düzenlenen ve üzerinde kolluk görevlilerinin sadece sicil numaraları ile imzaları bulunan tutanağa göre saat 12.00 sıralarında yaklaşık 7.000 öğrenci sloganlar atarak tören alanına intikal etmiş; saygı duruşunda bulunulması, İstiklal Marşı okunması ve basın açıklaması yapılması sonrasında kolluk görevlilerince yapılan grubun dağılması gerektiğine ilişkin duyuru üzerine grubun çoğunluğu herhangi bir eylemde bulunmadan dağılmıştır. Bununla birlikte grubun içindeki 1.000-1.500 kişi gösteriye devam etmiş ve tören alanından ayrılarak terör örgütü sempatizanı öğrencilerin daha önce çeşitli etkinlikler düzenlediği Eğitim Fakültesi R1 ve R2 derslikleri önündeki yeşil alana doğru harekete geçmiştir. Karşıt görüşlü öğrenciler arasında meydana gelebilecek olayların önlenmesi amacıyla terör örgütü sempatizanı oldukları değerlendirilen 50-60 kişi ile diğer gruptan yaklaşık 150 kişiyle görüşen kolluk görevlileri öğrencilerden dağılmalarını istemiştir. Terör örgütü sempatizanı olduğu değerlendirilen öğrencilerden oluşan grup dağılmamış, gruptaki bazı öğrenciler kolluk görevlilerine taş atarak

saldırmıştır. Kolluk görevlileri güç kullanmak suretiyle grubu dağıtmış, saldırıda bulunan kişiler arasında yer alan ve uzakta bulunan öğrencilere karşı da -hedef gözetmeden- boyalı plastik top atan silah kullanmıştır.

13. Boyalı plastik top atan silahın kullanılması nedeniyle başvuru ile K.D., O.N. ve S.B. isimli öğrenciler yaralanmıştır.

A. Ceza Soruşturması Süreci

14. Olay hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı kendiliğinden soruşturma başlatmıştır.

15. Cumhuriyet Başsavcılığının talimatları doğrultusunda kolluk görevlileri, olay esnasında yaralanan başvuru ile K.D., O.N. ve S.B.nin ifadelerini almıştır.

i. Başvuru ifadesinde; derse girmek için R2 dersliğinin bulunduğu binaya doğru giderken binaya yaklaşan bir kalabalık gördüğünü, yolunu değiştirip R1 dersliği tarafından yürümeye başladığını, bu esnada toplanan bir grup öğrencinin ısıklık çalıp alkış tuttuğunu ve bağırıldığını, etrafında koşuşturma yaşanınca yanındaki arkadaşı ile birlikte hareketsiz kaldığını, elinde silah olan siyah pantolon ve tişörtlü bir kişiyi görünce kaçmak için döndüğünü, bu esnada sol gözüne bir şeyin çarptığını, yüzündeki boyayı arkadaşının temizlediğini, gözünde şişme ve kızarıklık oluştuğunu, bir arkadaşının aracılığıyla hastaneye gittiğini, 7/11/2007 tarihine kadar da hastanede yatarak tedavi gördüğünü, kendisine zarar veren kişi veya kişileri bilmediğini beyan etmiştir.

ii. O.N., olay esnasında sivil polislerin de ellerinde boyalı plastik top atan silah bulunduğunu ve kaçan öğrencilere neler olduğunu sorarken boyalı plastik top atan silahla vücudunun çeşitli yerlerinden yaralandığını söylemiştir.

iii. K.D., iki grubu ayırmak için olay yerine polislerin geldiğini, tarafları ayırmaya çalışırken başından sert bir cisimle yaralandığını ifade etmiştir.

iv. S.B. ise R2 dersliğinin önüne geldiğinde bir kalabalık gördüğünü, daha ne olduğunu anlamadan sol bacağına plastik bir mermi geldiğini

ve gördüğü bir arkadaşını kenara çekmek isterken kasiğine bir plastik merminin daha geldiğini beyan etmiştir.

16. Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalında görevli, biri adli tıp uzmanı diğeri araştırma görevlisi olan kişi tarafından düzenlenen 8/11/2007 tarihli raporda; başvurunun sol gözündeki görme fonksiyonun el hareketleri seviyesinde olduğu, başvurunun yaşamının olay nedeniyle tehlikeye girmediği, yaralanmanın basit tıbbi müdahale ile giderilemeyeceği ve sol gözde meydana gelen lezyonun işlev kaybına veya işlevde sürekli zayıflamaya neden olup olmadığının tedavinin tamamlanmasından sonra değerlendirilebileceği belirtilmiştir.

17. Basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek surette yaralandıkları ve olay nedeniyle şikâyetçi olmamaları dolayısıyla kovuşturma şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle O.N., K.D. ve S.B.ye yönelik eylemler nedeniyle kimlikleri tespit edilemeyen failer hakkında ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar veren Cumhuriyet Başsavcılığı, başvurucuya yönelik eylem yönünden 15/11/2007 tarihinde daimî arama kararı vermiştir.

18. Anılan kararla Adana Emniyet Müdürlüğü (Emniyet Müdürlüğü) Asayiş Şube Müdürlüğünden (Asayiş Şube) zamanaşımı süresi doluncaya kadar fail/faillerin aranmaya devam edilmesi ve araştırma neticesinin üç ayda bir bildirilmesi istenmiştir. Faillerin tespit edilemediği yönünde zaman zaman düzenlenen kolluk tutanakları 2010 yılına kadar Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

19. Emniyet Müdürlüğü birimleri arasındaki 1/9/2009 tarihli bir yazışmada; Terörle Mücadele, Güvenlik ve Çevik Kuvvet Şube Müdürlükleri görevlilerinin olaya müştereken müdahale ettiği, müdahale sırasında olay tarihinde her üç Müdürlük envanterinde de bulunan boyalı plastik top atan silahların kullanıldığı ve bu silahları hangi kolluk görevlisinin kullandığına dair bilgi ve bulguya ulaşamadığı belirtilmiştir.

20. Cumhuriyet Başsavcılığı 19/1/2010 tarihinde Emniyet Müdürlüğüne bir müzekkere yazmış ve olay tarihinde kendilerine plastik mermi atan silah verilen polis memurlarının açık kimlik bilgileri ile görev yerlerinin bildirilmesini istemiştir.

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

21. Emniyet Müdürlüğünce Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilen 9/2/2010 tarihli yazıda; envanterlerinde boyalı plastik top atan silahlar bulunan Terörle Mücadele, Güvenlik ve Çevik Kuvvet Şube Müdürlüklerince olaya müşterek müdahalede bulunulduğu, bu silahları hangi personelin kullandığına dair herhangi bir bilgi ve bulguya rastlanmadığı, söz konusu silahların kişisel zimmet yapılan silahlardan olmayıp göreve sevk sırasında yeter sayıdaki personele verildiği ve olay tarihinde kamera ile görüntü tespitinin yapılmadığı belirtilmiştir.

22. Emniyet Müdürlüğü 24/6/2010 tarihinde, olaya yaklaşık 1.500 kolluk görevlisi tarafından müdahale edildiğini ve olay hakkında düzenlenen tutanağın bütün görevlilerce imzalanmadığını belirterek tutanakta imzası bulunan görevlilerin kimlik bilgileri ile görev yerlerini Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmiştir.

23. Cumhuriyet Başsavcılığı Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şubeye bir müzekkere yazarak;

- Olay nedeniyle yaralanan başvuru ile S.B., K.D. ve O.N.nin ayrıntılı beyanlarının alınmasını,

- Başvuru ile S.B., K.D. ve O.N.nin kesin adli raporlarının aldırılmasını,

- Olay tutanağında imzaları bulunan kırk iki polis amiri ve memurunun olayla ilgili savunmalarının tespitini,

- Başvuru ile S.B., K.D. ve O.N.nin fotoğraflar üzerinden teşhis yapabileceklerini beyan etmeleri hâlinde olay tutanağında imzası bulunan polis amiri ve memurlarının fotoğraflarının temin edilerek teşhis işlemi yaptırılmasını istemiştir.

24. Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şube, O.N., S.B. ve K.D.nin kesin adli raporunu aldırması; bu kişilerin beyanlarını tespit etmiş; olayla ilgili tutanakta imzası bulunan kişilerden yirmi dördünün resmini temin edip S.B.ye teşhis işlemi yaptırmış; Cumhuriyet savcısından alınan yeni talimat doğrultusunda kolluk görevlilerinin ifadelerini almamıştır.

- i. O.N., S.B. ve K.D. ifadelerinde, olay tarihinde boyalı plastik top atan silahları kullanan kişilerin tespitine imkân veren herhangi bir

beyanda bulunmamıştır. Öte yandan S.B., aradan geçen uzun zaman nedeniyle boyalı plastik top atan silahları kullanan polis memurlarını teşhis edemeyeceğini ancak bu kişilerin amirini görürse teşhis edebileceğini söylemiştir.

ii. S.B. teşhis işlemi sırasında, boyalı mermi atan silahı kullanan görevlinin fotoğrafının kendisine gösterilen fotoğraflar arasında yer almadığını beyan etmiştir.

iii. Çukurova Üniversitesinde başladığı öğrenimini Dokuz Eylül Üniversitesinde sürdürmesi nedeniyle başvurucunun ifadesi ve kesin adli raporu alırlanamamıştır.

25. Emniyet Müdürlüğü Güvenlik Şube Müdürlüğünün Asayiş Şubeye gönderdiği bir yazıda olay tarihinde Güvenlik Şube Müdürlüğü envanterinde kayıtlı boya atar silah bulunmadığı belirtilmiştir.

26. Cumhuriyet Başsavcılığı, olay hakkında düzenlenen tutanakta sicil numaraları ve imzaları bulunan kişilerin şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alınması için bu kişilerin bulundukları yer Cumhuriyet başsavcılıklarından istinabe talep etmiştir. Bu kişilerden Z.A., B.Ö., K.G., S.A., M.T., Ü.G., U.D., F.S., A.G., ve A.E.nin ifadeleri alınmıştır. İfadesinin alınması için istinabe talebinde bulunulsa da F.U.nun ifadesinin alınıp alınmadığı tespit edilememiştir.

i. A.G. olay tarihinde Kocaeli Emniyet Müdürlüğünde çalıştığını, tutanaktaki sicil numarası ve imzanın kendisine ait olmadığını, isim benzerliği olduğunu ve tutanakta sicil numarası yazılı kişinin A.G. isimli bir başka kişi olduğunu beyan etmiştir.

ii. İfadesi alınan diğer kişiler boyalı plastik top atan silah kullandıklarını kabul etmemiştir.

iii. S.A., M.T., U.D. ve A.E. söz konusu silahı kullanmak için kurs görüp sertifika almak gerektiğini söylemiştir.

27. Cumhuriyet Başsavcılığı 9/6/2011 tarihinde; Terörle Mücadele, Güvenlik ve Çevik Kuvvet Şube Müdürlüklerince olaya müşterek müdahalede bulunulduğu, bu silahları hangi personelin kullandığına dair

herhangi bir bilgi ve bulguya rastlanmadığı, söz konusu silahların kişisel zimmet yapılan silahlardan olmadığı, olaya 1.500 kolluk görevlisi tarafından müdahale edildiği, meydana gelen olaya istinaden düzenlenen tutanağın bir kısım görevlice imzalandığı, personel sayısının çokluğu sebebiyle bazı personele tutanakta yer verilmediği ve şüphelilerin yüklenen suçu işledikleri yolunda haklarında kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilemediği gerekçeleriyle Z.A., B.Ö., K.G., S.A., M.T., Ü.G., U.D., F.S., A.G., ve A.E. hakkında ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir.

28. Başvurucu, vekili aracılığıyla ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesi ekinde yer alan ve başvurucu tarafından açılan tam yargı davası üzerine yapılan yargılamada Adana Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesinden aldırıldığı anlaşılan 12/1/2010 tarihli rapordan sol gözündeki yaralanma nedeniyle başvurunun iş gücü kaybının %20 olduğu, başvurunun görme keskinliği ve *binoküler* (iki bakarlı) görme gerektiren işlerde ömür boyu çalışamayacağı anlaşılmıştır.

29. Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi; eylemi hangi polisin boyalı plastik top atan silahı kullanarak gerçekleştirdiğinin tespit edilemediği gerekçesiyle olayın kapatılmasının hukuk ve vicdan kurallarına uygun olmayacağı, gerekirse olay günü görevlendirilen tüm polislerintespit edilerek dinlenmesi ve bahse konu silahların kimlere zimmetle teslim edildiğinin resmî kayıtlarından da araştırılması gerektiği gerekçeleriyle itirazı kabul edip ek kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı kaldırmıştır.

30. Cumhuriyet Başsavcılığı 20/9/2011 tarihinde *zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama* suçunu işledikleri iddiasıyla Z.A., B.Ö., K.G., S.A., M.T., Ü.G., U.D., F.S., A.G., ve A.E. hakkında ceza mahkemesi nezdinde kamu davası açmıştır. İddianamenin ilgili kısmı şöyledir:

“...Genelde P. ve sol terör örgütlerinin sempatzanı olan öğrenci grupları R1 ve R2 derslikleri önünde bulunan yeşil alana gitmek istemeleri üzerine kendilerine dağılmaları gerektiği yönünde gerekli uyarının yapıldığı ancak grubun dağılmadığı, grupta bulunan bazı şahısların yönlendirmesiyle çevrede tedbir alan polis kuvvetlerine taş atarak saldırıda bulundukları, görevlilerce orantılı güç kullanılmak

suretiyle grubun dağıtıldığı, çıkan bu olaylar sırasında S.B., O.N. ve K.D.nin basit tıbbi müdahale ile iyileşecek derecede yaralandıkları, ancak şikayetçi olmadıkları, ancak olayda öğrenci olan müşteki Pınar Durko'nun bu koşuşturmalar sırasında güvenlik güçlerinde kullanılan paint ball diye bilinen boyalı plastik top atan silahla hayati tehlike geçirmeyecek basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek gözünde%20işgücü kaybı olacak nitelikte yaralandığı,

Yapılan soruşturma ve şüphelilerin savunmalarından bu silahı kullanan kişinin tespit edilemediği, toplumsal olaylara müdahalede kullanılan bu silahın kişisel zimmet yapılan teçhizatlardan olmadığı, göreve sevk sırasında yeter sayıdaki personele bu tür teçhizatın verildiği, ancak bu toplumsal olayda Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğü, Güvenlik Şube Müdürlüğü ve Terörle Mücadele Şube Müdürlüklerinden göreve sevk edilen hangi personellere boyalı plastik top atan paint ball'ların verilmiş olduğunun tespit edilemediği, her üç Müdürlüğün envanterinde de boyalı plastik top atan silahların hangi personel tarafından kullanıldığına yönelik bir bilgi ve bulguya rastlanılmadığı, Ayrıca göreve katılan 1500 kişilik grubun Adana Emniyet Müdürlüğü kadrosunda görevli çok sayıda personelin katılımıyla müdahale edildiği, ancak meydana gelen olaya binaen düzenlenen tutanağın bir kısım görevliler tarafından imzalandığı, personel sayısının çokluğu sebebiyle bazı personellere imza açılmadığı, şüphelilerin birlikte hareket ettikleri ve müştekiyi yukarıda belirtilen şekilde yaraladıkları,

Şüpheliler hakkında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının Tarsus Ağır Ceza Mahkemesinin ... sayılı kararı ile kaldırıldığından bütün şüpheliler hakkında dava açma zorunluluğu doğmuştur..."

31. Ceza Mahkemesi sanıkların sorgularını istinabe suretiyle yapmıştır. Yapılan sorgularda sanıklar suçlamaları kabul etmemiş ve olayda kullanılan türde silah kullanmadıklarını beyan etmişlerdir. Sanıklardan K.G., M.T., S.A., U.D., A.E. ve F.S. söz konusu silahları kullanmak için kursa gidip sertifika almak gerektiğini ifade edip kendilerinin bu sertifikaya sahip olmadıklarını söylemişlerdir. Sanık A.G. ise olay tarihinde Kocaeli Emniyet Müdürlüğünde görevli olduğunu, olay hakkında düzenlenen tutanakta yazılı sicil ile imzanın kendisine ait olmadığını beyan etmiştir.

32. Ceza Mahkemesi birkaç kez istinabe suretiyle başvurunun ifadesini almıştır. Bu ifadelerde başvuru; Dokuz Eylül Üniversitesi Mimarlık Fakültesi son sınıf öğrencisi olduğunu, olay günü derse girmek için arkadaşı ile birlikte kampüs içinde yer alan kütüphaneden çıktıklarını, o esnada sağ taraflarında büyükçe bir grubun sloganlar atarak geçtiğini gördüklerini, gruba girmediklerini, R2 dersliğine gittikleri esnada R1 dersliğinin altında bulunan kısımda terör örgütü yandaşlarının olduğunu fark ettiklerini, o esnada boya topu silahından atılan bir merminin sol gözüne geldiğini, olay dolayısıyla sol gözünün görme yeteneğini kaybettiğini, üç kez ameliyat olduğunu ve olayın hemen öncesinde siyah giyimli bir polis memurunu boya topu silahıyla gördüğünü beyan etmiştir.

33. Ceza Mahkemesi, aralarında sanıkların da bulunduğu seksen kişinin fotoğrafını Emniyet Müdürlüğü aracılığıyla temin etmiş; istinabe yoluyla söz konusu fotoğraflar üzerinden başvurucuya teşhis işlemi yaptırmıştır. Başvurucu; faili kendisine doğru tüfek tutarken çok kısa bir süre için gördüğünü, yüz yüze gelirse belki faili teşhis edebileceğini beyan etmiş ve aradan geçen zamanı da düşünerek fotoğraflardan teşhis yapmasının mümkün olmadığını söylemiştir.

34. Ceza Mahkemesi 13/9/2012 tarihinde, *zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama* suçunu işlediklerinin sabit olmadığı gerekçesiyle sanıkların beraatine karar vermiştir. Söz konusu kararın ilgili kısmı şöyledir:

“...Olay günü Çukurova Ün[i]v[ersitesi] Kampüsü içerisinde bir grup öğrenci tarafından yasa dışı örgüt mensuplarının Doğu ve Güneydoğu, Anadolu bölgesindeki güvenlik kuvvetlerine yönelik saldırıları protesto etmek amacıyla yürüyüş düzenledikleri, yürüyüş için öncesinde Ün[i]v[ersite] rektörlükten izin alındığı, yürüyüş sonrası basın açıklaması yapıldığı, ve grubun dağıldığı bu sırada karşıt görüşlü öğrenci gruplarının polisin izin vermediği alana gitmek istemeleri üzerine kendilerine dağılım uyarısı yapıldığı bu sırada bu gruptan tedbir alan polis güçlerine taş atıldığı, grubun görevlilerince dağıtıldığı bu sırada olay yerinde bulunan müşteki Pınar Durkon’un güvenlik güçlerince kullanılan Paint ball diye bilinen boyalı plastik top atan silahla basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek ve gözünde iş gücü kaybı olacak şekilde yaralandığı anlaşılmıştır.

Olay sırasında bu silahı kullanan kişinin tespit edilemediği, kullanılan silahın kişi[sel] zimmet yapılan tesisatlardan olmadığı, olaya çevik kuvvet Şube Müdürlüğü, Güvenlik Şube Müdürlüğü ve Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü polislerin[in] katıldığı, müştekinin gerek soruşturma aşamasında gerekse koğuşturma aşamasında kendisine silah atan şahsı net gördüğü söylemesine rağmen herhangi bir teşhiste bulunamış olması nedeni ile sanıkların beraatine karar verilmiş[tir]...”

35. Ceza Mahkemesince verilen karar, başvuru vekiline 6/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiş vetemyiz edilmediği için 15/11/2012 tarihinde kesinleşmiştir.

36. Ceza Mahkemesinin gerçek fail/faillerin tespiti için suç duyurusunda bulunması üzerine yeni bir soruşturma başlatan Cumhuriyet Başsavcılığı 17/12/2012 tarihinde, faillerin tespiti ve yakalanmaları amacıyla araştırmalara zamanaşımı süresi doluncaya kadar devam edilmesi için *zamanaşımına kadar arama kararı* vermiştir. Söz konusu karara istinaden Emniyet Müdürlüğünden her altı ayda bir konu hakkında bilgi vermesi istenmiştir.

37. Cumhuriyet Başsavcılığı 14/9/2015 tarihinde, Emniyet Müdürlüğü Asayiş Şubeden zamanaşımı süresi doluncaya kadar şüpheli/şüphelilerin aranmasını, bulunmaları hâlinde ifadelerinin alınarak Cumhuriyet Başsavcılığında hazır edilmelerini ve şüpheli/şüphelilerin bulunamaması hâlinde araştırma sonucunun yılda bir defa bildirilmesini istemiştir.

38. Başvuru 12/10/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. Tam Yargı Davası Süreci

39. Çukurova Üniversitesine ve İçişleri Bakanlığına yaptığı başvuruların reddedilmesi üzerine başvuru, olay nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararların tazmini için Çukurova Üniversitesi ve İçişleri Bakanlığı aleyhine Adana 2. İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) 19/11/2008 tarihinde tam yargı davası açmış ve 50.000 TL maddi, 75.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

40. Başvurucunun İdare Mahkemesince sevk edildiği Adana Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesince düzenlenen raporda başvuru kişinin %20

oranında iş gücü kaybına uğradığı belirtilmiş; maddi zarar konusunda alınan bilirkişi raporunda ise başvurunun efor kaybından dolayı 141.504 TL, tedavi ve iyileştirme giderlerinden dolayı 14.856 TL zararının olduğu açıklanmıştır.

41. İdare Mahkemesi başvurunun talebiyle bağlı kalarak 14/10/2010 tarihinde, 50.000 TL maddi tazminat ile 50.000 TL manevi tazminatın 29/8/2008 tarihli başvuru dilekçesinin idare kayıtlarına girdiği tarihten itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Bu karar davalılarca temyiz edilmiştir.

42. Başvurucu 22/12/2010 tarihinde, lehine verilen tazminattan ve bilirkişi raporunda yazılı maddi zarardan söz ederek Çukurova Üniversitesi ve İçişleri Bakanlığı aleyhine İdare Mahkemesinde yeni bir tam yargı yargı davası açmış ve 106.319 TL maddi tazminat talebinde bulunmuştur.

43. İdare Mahkemesi 28/2/2011 tarihli kararla, 22/12/2010 tarihinde açılan davayısüre aşımı yönünden reddetmiştir. Bu karar başvuru tarafından temyiz edilmiştir.

44. İdare Mahkemesince verilen 14/10/2010 tarihli kararın temyiz incelemesi, Danıştay Onuncu Dairesi (Daire) ile Danıştay Sekizinci Dairesinden oluşan müşterek bir kurul (Kurul) tarafından yapılmıştır. Kurul 3/3/2015 tarihinde, hükmedilen maddi ve manevi tazminat miktarlarına yönelik davalı idarelerin temyiz istemini reddetmiş; hükmedilen manevi tazminatın az olduğuna yönelik başvurunun temyiz talebini ise kabul edip hükmün bu yönden bozulmasına karar vermiştir. Bu karara yönelik karar düzeltme istemleri de Kurulca 3/4/2017 tarihinde reddedilmiştir.

45. İdare Mahkemesince verilen 28/2/2011 tarihli kararın temyiz incelemesini yapan Daire 3/3/2015 tarihinde, tam yargı davalarında taraflara dava dilekçesinde belirtilen miktarı süre veya diğer usul kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilme imkânı getirildiğine ilişkin yasal düzenlemeden bahsederek kararın bozulmasına karar vermiştir. Bu karara yönelik karar düzeltme istemleri de Dairece 12/4/2017 tarihinde reddedilmiştir.

46. Dairece verilen iki bozma kararına uyan İdare Mahkemesi 7/7/2017 ve 10/7/2017 tarihli kararlarla;

-106.319 TL maddi tazminatın dava açma tarihi 22/12/2010 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle,

-25.000 TL manevi tazminatın ise idareye başvuru dilekçesinin idare kayıtlarına girdiği tarihten itibaren işleyecek yasal faiziyle başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Bu kararlar davalı idarelerce temyiz edilmiş olup henüz kesinleşmemiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

47. 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun "Zor ve silah kullanma" kenar başlıklı 16. maddesinin ilgili kısmı 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 ihtar yapılır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir.

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

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.

...

48. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" kenar başlıklı 256. maddesi şöyledir:

"(1) Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması hâlinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

49. 5237 sayılı Kanun'un "Kasten yaralama" kenar başlıklı 86. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(...)

(3) Kasten yaralama suçunun;

(...)

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

(...)

İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır."

50. 5237 sayılı Kanun'un "*Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama*" kenar başlıklı 87. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

(...)

Neden olmuşsa yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. Ancak, verilecek ceza birinci fıkraya giren hallerde üç yıldan, üçüncü fıkraya giren hallerde beş yıldan az olamaz. "

51. 5237 sayılı Kanun'un "*Taksirle yaralama*" kenar başlıklı 89. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının ilgili bölümleri şöyledir:

"(1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,

(...)

Neden olmuşsa birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır."

52. 30/12/1982 tarihli ve 17914 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin 25. maddesinde gösteri sırasında uygulanacak izleme, kontrol ve müdahalelere ilişkin prensipler belirtilmektedir.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

53. Mahkemenin 28/6/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

54. Başvurucu; maruz kaldığı eylem nedeniyle bir gözünü hâlâ kullanamadığını, olay hakkında yürütülen soruşturmada hangi kolluk görevlisine boyalı plastik top atan silah verildiğinin tespit edilemediğini, soruşturmanın makul bir sürede tamamlanamadığını, kolluk görevlilerinin en azından ihmal derecesindeki kusuru nedeniyle vücut bütünlüğünün zarar gördüğünü ve eziyet çektiğini belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılama hakkının ihlal edildiğini öne sürmüştür.

55. Başvurunun kabul edilebilirliğine ilişkin Bakanlık görüşünde, yaşama hakkına ya da fiziksel bütünlüğe yönelik ihlallerin kasıtlı olmadığı durumlarda *etkili bir adli sistem* oluşturmayı kapsayan pozitif yükümlülüğün her durumda cezai işlem başlatmayı gerektirmediği ve başvurucunun adli veya idari yargıda tazminat davası ya da tam yargı davası açtığına dair bilgiye rastlanmadığı belirtilerek bireysel başvurudan önce başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğine ilişkin kabul edilemezlik nedenine dikkat çekilmiştir.

56. Başvurunun esasına ilişkin Bakanlık görüşünde ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile Anayasa Mahkemesi kararlarına ve somut başvurudaki soruşturma işlemlerine yer verilerek olayın koşullarının açıklığa kavuşturulması ve sorumluların tespit edilmesi için makul adımlar atıldığı, ceza soruşturmasının etkisiz olduğuna ilişkin bir sonuca varılmasını gerektirecek bir hususun tespit edilemediği belirtilmiştir.

57. Bakanlık görüşüne verdiği cevapta başvuru formundaki iddiaları tekrar eden başvurucu, ilave olarak bir gözünü tamamen kaybettiği hususunun idari yargıya konu dava dosyasında sabit olduğunu öne sürmüş ve başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

58. 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). Başvurucunun adil yargılanma hakkı ile bağlantı kurularak ileri sürdüğünü

iddiaların Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı kapsamında olduğu değerlendirilmiş ve inceleme bu kapsamda yapılmıştır.

59. Diğer taraftan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinin -devletin negatif ve pozitif sorumluluğuna bağlı olarak- maddi ve usule ilişkin boyutlar bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir. Bu nedenle başvurucunun şikâyetleri, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamındaki devletin maddi ve usule ilişkin yükümlülükleri açısından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

60. Başvurunun kabul edilebilirliği değerlendirilirken başvuru yollarının tüketilmesine ilişkin kabul edilebilirlik kriteri yönünden ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir.

61. Kolluk görevlileri tarafından toplumsal olaylara müdahale edilmesi sırasında atılan bir gaz fişesinin neden olduğu yaralanma hakkında yürütülen ceza soruşturmasının konu edildiği *Özlem Kır* (B. No: 2014/5097, 28/9/2016, §§ 41, 42) başvurusunda Anayasa Mahkemesi, *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri* (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 55) ile *Turan Uytun ve Kevzer Uytun* (B. No: 2013/9461, 15/12/2015, §§ 47, 48) başvurularında verilen kararlara da atıf yaparak şu sonuçlara ulaşmıştır:

i. Kasıtlı fiiller, saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen yaralama olaylarında devletin Anayasa'nın 17. maddesi gereğince sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır.

ii. Bu tür olaylar hakkında yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminata hükmedilmesi bu hak ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir.

iii. Güvenlik güçlerinin güç kullanımı ile doğrudan bağlantılı olup vücut bütünlüğüne yönelik bir eylemin gerçekleşme koşullarının ve olası cezai sorumlulukların tereddüde mahal vermeyecek şekilde ortaya konması soruşturma yükümlülüğünün ayrılmaz bir gereğidir.

iv. Bireyler kendi inisiyatifleriyle hangi hukuk yollarına başvurmuş olursa olsun bu tür eylemleriyle insanların yaşamını yitirmesine veya vücut bütünlüklerinin zarar görmesine yol açtığı ileri sürülen kamu görevlileri aleyhine hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kişilerin yargılanmaması Anayasa'nın 17. maddenin ihlaline neden olabilir.

62. Dolayısıyla başvuruda, idari soruşturma ya da idari ve hukuki tazmin başvuru yolları tüketilmediğinden bahisle kabul edilemezlik kararı verilmesi mümkün değildir.

63. Bununla birlikte, başvuruya konu olay hakkında Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülmekte olan soruşturma henüz sonuçlanmamıştır. Bu nedenle başvurunun bireysel başvuruda bulunmak için bahse konu soruşturmanın sonuçlanmasını beklemesinin gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi gerekir.

64. Başvuru yollarının tüketilmesi koşulu, bireysel başvurunun temel hak ihlallerini önlemek için son ve olağanüstü bir çare olmasının doğal sonucudur. Diğer bir ifadeyle temel hak ihlallerini öncelikle idari makamların ve derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılmaktadır (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 20).

65. Yaşama hakkı ile ilgili bir soruşturmanın etkili olup olmadığı yönünden inceleme yapabilmek için -mutlak surette gerekli olmasa da- yürütülen soruşturmanın makul bir süreyi aşmaması şartıyla ilgili kamu makamları tarafından nasıl sonlandırılacağına beklenmesi, bireysel başvuru ile getirilen koruma mekanizmasının ikincil niteliğine uygun olacaktır (*Rahil Dink ve diğerleri*, B. No: 2012/848, 17/7/2014, § 77; *Hüseyin Caruş*, B. No: 2013/7812, 6/10/2015, § 46).

66. Ancak bir soruşturmanın açılmayacağının, soruşturmada ilerleme olmadığının, etkili bir ceza soruşturması yapılmadığının ve ileride de böyle bir soruşturmanın yürütüleceği konusunda en ufak gerçekçi bir şans olmadığının farkına vardıkları veya varmaları gerektiği andan itibaren, başvuru tarafından yapılan bireysel başvuruların kabul edilmesine karar verilmelidir (*Rahil Dink ve diğerleri*, § 77; *Hüseyin Caruş*, § 47).

67. Somut olayda başvuru yollarının tüketilip tüketilmediği yönünde karar verebilmek için devletin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında *etkili soruşturma yapma* pozitif yükümlülüğünün çerçevesinin ve somut olayda ne şekilde yerine getirildiğinin tespiti gerekmektedir. Ne var ki anılan hususların tespiti, somut olayda esas hakkında inceleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

68. Bu itibarla açıkça dayanaktan yoksun olmayan ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmayan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının Maddi Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel ilkeler

69. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

70. Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye *işkence* ve *eziyet* yapılamayacağı, kimsenin *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 80).

71. Devletin bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 81).

72. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası sınırlama öngörmemekte ve işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaların yasaklanmasının mutlak mahiyetini belirtmektedir. Kötü muamele yasağının mutlak mahiyeti Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında belirtilen savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hâlinde dahi istisna öngörmemiştir (*Turan Günana*, B. No: 2013/3550, 19/11/2014, § 33).

73. Kötü muamele, kişi üzerindeki etkisi gözetilerek Anayasa tarafından derecelendirilmiş ve farklı kavramlarla ifade edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen ifadeler arasında bir yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin *ışkence* olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için anılan fıkarda geçen *eziyet* ve *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekmektedir. Bu ayrımın Anayasa tarafından, özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla getirildiği ve anılan ifadelerin 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan *ışkence*, *eziyet* ve *hakaret* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 84).

74. Buna göre anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin *ışkence* olarak belirlenmesi mümkündür (*Tahir Canan*, § 22). Muamelelerin ağırlığının yanı sıra İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde *ışkence* teriminin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırım amacıyla ya da ayırmacı bir nedenle kasten ağır acı veya ızdırıp vermeyi kapsadığı belirtilerek *kasıt* unsuruna da yer verilmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 85).

75. *İşkence* seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya ya da yoğun maddi veya manevi ızdıraba sebep olan insanlık dışı muameleler *eziyet* olarak tanımlanabilir (*Tahir Canan*, § 22). Bu hâllerde meydana gelen acı, meşru bir muamele ya da cezada kaçınılmaz bir unsur olarak bulunan acının ötesine geçmelidir. İşkenceden farklı olarak eziyette, ızdırıp verme kastının belli bir amaç doğrultusunda yapılması şartı aranmaz (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 88).

76. Mağdurları küçük düşürebilecek ve utandırabilecek şekilde kendilerinde korku, küçültölme, elem ve aşağılanma duygusu uyandıran veya mağduru kendi iradesine ve vicdanına aykırı bir şekilde hareket etmeye sürükleyen aşağılayıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* muamele veya ceza olarak tanımlanması mümkündür (*Tahir Canan*, § 22). Burada eziyetten farklı olarak kişi üzerinde uygulanan muamele, fiziksel ya da ruhsal acıdan öte küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki oluşturmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 89).

77. Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. Muamelenin kamuya açık olarak yapılması onun aşağılayıcı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan nitelikte olup olmasında rol oynasa da bazı durumlarda kişinin kendi gözünde küçük düşmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilmektedir. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapıp yapılmadığı dikkate alınsa da böyle bir amacın belirlenememesi kötü muamele ihlali olmadığı anlamına gelmeyecektir. Bir muamele hem insanlık dışı/eziyet hem de aşağılayıcı/insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olabilir. Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele insanlık dışı/eziyet niteliğinde olmayabilir. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* muamele olarak ortaya çıkabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 90).

78. Diğer taraftan bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması gerekmektedir. Bu asgari eşik göreceli olup her olayda asgari eşğin aşıp 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. Ayrıca kötü

muamelenin heyecanın ve duyguların yükseldiği sırada meydana gelip gelmediğinin tespiti de dikkate alınması gereken diğer faktörlerdir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 83).

79. Belirtilmelidir ki Anayasa'nın 17. maddesi bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasaklamamaktadır. Ancak bu tür bir güç sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmamak kaydıyla kullanılabilir (Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, § 81).

80. Sadece sınırları belli bazı durumlarda güvenlik güçleri tarafından fiziksel güce başvurulmasının kötü muamele olmadığı kabul edilebilmektedir. Bu kapsamda toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yakalamayı gerektiren durumlarda ve gösteriye katılanların kendi tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak mümkündür. Ancak bu durumda dahi bu tür bir güce sadece kaçınılmaz hâllerde ve orantılı olmak koşuluyla başvurulabilir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 82).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

81. Toplumsal olaylara kolluk görevlilerinin müdahalesi sırasında ortaya çıkan panik ve kargaşada, bu olaylara katılan ancak müdahale edilmesi gerekmeyen veya katılmayıp olayın meydana geldiği yerin ya da müdahale alanının yakınında bulunan kişilerin de müdahaleden etkilenmesi olasıdır. Bu durumda kolluk görevlilerinin kontrollü hareket etmesi ve müdahaleyi gerektiren durumu yaratan kişiler dışındakilerin müdahaleden etkilenmemesi için gerekli tedbirleri alması beklenir. Ancak müdahalenin oluşturduğu kargaşa ve panik ortamında bu tedbirlerin kolluk görevlileri tarafından her zaman mutlak olarak uygulanmasının zorluğu da kabul edilmelidir (Benzer yöndeki bir karar için bkz. *Ali Rıza Özer ve diğerleri*, § 94).

82. Somut olayda başvuru, kendisine karşı boyalı plastik top atan silah kullanılmasıyla ilgili olarak yapılmıştır. Bu durumda başvuruda incelenmesi gereken sorun, başvuruda meydana gelen yaralanma da dikkate alındığında uygun olmayan bir tarzda kullanılması durumunda ciddi yaralanmalara sebebiyet verebileceği anlaşılan boyalı plastik top atan silahın kullanılması yönteminin somut olay bakımından uygun olup olmadığıdır.

83. Öte yandan kamu görevlilerinin güç kullanımına ilişkin eylemlerinin bu konuda değerlendirmesi yapılırken sadece fiilen gücü kullanan görevlilerin eylemlerinin değil söz konusu eylemlerin planlanması ve kontrolü dâhil olayın bütün aşamalarının dikkate alınması gerekmektedir (*Cemil Danışman*, B. No: 2013/6319, 16/07/2014, § 57). Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi sadece müdahalelerde ölümün ya da ölümcül yaralanmaların meydana geldiği ve yaşam hakkının incelendiği başvurularda değil kullanılan göz yaşartıcı gaz silahlarının tehlikeliliğini dikkate alarak kötü muamele şikâyetine ilişkin *Özlem Kır* kararında da kıyasen uygulamıştır.

84. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, göz yaşartıcı gaz silahlarının uygun olmayan bir şekilde ateşlenmesi sonucunda gaz fişeklerinin ölümlere ya da yaralanmalara yol açma riski bulunması nedeniyle ateşli silah kullanımına ilişkin olarak kabul ettiği ilkelerin uygun düştüğü ölçüde bu silahların kullanımında da değerlendirme kriteri olarak dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir (*Turan Uytun ve Kevzer Uytun*, § 59).

85. Başvuruya konu olayda ciddi biçimde yaralanan başvuru dışındaki O.N., K.D. ve S.B.nin de yaralandığı dikkate alındığında boyalı plastik top atan silahların ölüm ve yaralanmalar konusunda taşıdığı riskin de küçümsenecek nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle ateşli silah kullanılması sonucu oluşan ölüm veya yaralanmalarla ilgili başvurularda uygulanan kriterlerin somut başvuruya da kıyasen uygulanması gerekir.

86. Doğrudan silah kullanımı sonucu meydana gelen olaylarda güç kullanımının Anayasa'nın 17. maddesine göre başka bir çarenin kalmadığı *zorunlu bir durumda ve ölçülü* bir şekilde gerçekleştiğinin soruşturma makamlarınca resen ortaya konulması gerekmektedir. Bu çerçevede kolluk görevlilerinin eylemlerinin yanında kendilerine uygun talimatın verilip verilmediğinin, boyalı plastik top atan silahlar konusunda bu kişilerin yeterli eğitim alıp almadığının ve olası riskleri önlemek adına tedbir almakta ihmalleri bulunup bulunmadığının da incelenmesi gerekmektedir.

87. Başvuru konusu olayda başvuru dışındaki gözüne boyalı plastik top isabet etmesi sonucu yaralandığı sabittir. Bununla birlikte insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiği iddiasıyla ilgili incelemede açıklandığı üzere Cumhuriyet Başsavcılığının yürüttüğü soruşturmada bazı eksiklikler bulunmakta olup

bu eksiklikler, silahı kullanan kolluk görevlilerinin bu konuda bir eğitim almış olup olmadığı ile operasyonun planlama ve kontrolü kapsamında yürütülen işlemlerin ve alınan tedbirlerin neler olduğu ve kolluk görevlilerinin zor kullanma yetkisini düzenleyen mevzuatın bu silahların keyfi ve aşırı kullanımına engel olacak ve kişiyi istenmeyen kazalara karşı koruyacak güvenceleri içerip içermediği hususunda bir değerlendirme yapılmasına imkân vermemektedir.

88. Bu nedenle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edildiği iddiasına ilişkin inceleme, sadece olay sırasında boyalı plastik top atan silahı kullanan kolluk görevlilerinin eylemleriyle sınırlı olarak yapılacaktır.

89. Somut olayda Üniversite yerleşkesi içinde yapılan yürüyüş sonrasında karşıt görüşlü öğrenciler arasında istenmeyen olaylar çıkmaması için tedbir alan kolluk görevlileri, bazı öğrencilerin kendilerine taş atarak saldırması üzerine öğrenci gruplarını dağıtmaya girişip saldırgan grup içinde yer alan ve uzakta bulunan kişilere karşı -olay yerinin Üniversite yerleşkesi olması nedeniyle olayla ilgisi olmayan öğrencilerin de çevrede olduğu hususuna dikkat etmeden- boyalı plastik top atan silahları hedef gözetmeksizin kullanmıştır. Başvurucu da bu boyalı plastik toplardan biri nedeniyle yaralanmıştır (bkz. §§ 12, 16, 28, 34).

90. Mevcut bilgi ve belgelerden olay sırasında bir koşuşturmanın yaşandığı anlaşılmakta ise de yaşanan bu kargaşa ortamı, kolluk görevlilerinin kontrollü hareket etme ve müdahaleyi gerektiren duruma yol açan kişiler dışındakilerin müdahaleden etkilenmemesi için gerekli tedbirleri alma yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır.

91. Somut olayın kolluk görevlilerinin boyalı plastik top atan silahı muhtemel yaralanmalara ve hatta ölümlere sebebiyet verecek tarzda hedef gözetmeden kullanılması sonucunda gerçekleştiği dikkate alındığında başvurunun yaralanmasının kolluk görevlileri tarafından kullanılan gücün ve alınması gerekli tedbirlerin beklenen sonuçları ile uyduğu söylenemez.

92. Sonuç olarak kolluk görevlilerinin başvurunun müdahaleden etkilenmemesi için gerekli tedbirleri almadığı ve olaya müdahaleleri

sırasında kontrolsüz bir şekilde, hedef gözetmeden boyalı plastik top atan silahı kullanarak başvurusunun yaralanmasına sebep olduğu kanaatine varılmıştır.

93. Somut olayın gerçekleşme koşulları ile özelliklerini ve başvurusunun yaralanmasına ilişkin İdare Mahkemesince aldırılan raporu dikkate alan Anayasa Mahkemesi, kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen muamelenin belli bir ağırlık derecesine sahip olduğu ve olayda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının gerektirdiği asgari ağırlık eşiğini aştığı sonucuna ulaşmıştır.

94. Bu tespitten sonra kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilen eylemin hangi boyuta ulaştığı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda somut olay bir bütün olarak değerlendirildiğinde eylemin *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* muamele olarak nitelendirilmesi mümkün görülmüştür.

95. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının Usul Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel ilkeler

96. Devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu bu pozitif yükümlülüğün usule ilişkin bir boyutu da bulunmaktadır. Anayasa'nın 17. maddesi "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddesindeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 110).

97. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölüm ya da yaralama olayına ilişkin hesap vermelerini sağlamaktır. Bu, bir sonuç yükümlülüğü değil uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer taraftan burada yer verilen değerlendirmeler

hiçbir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinin başvuruçulara üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı ya da tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmemektedir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 113).

98. 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 114),

- Soruşturmanın kamu denetimine açık olması ve mağdurların meşru menfaatlerini korumak için soruşturmaya gerekli olduğu ölçüde etkili katılımlarının sağlanması (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 115),

- Soruşturmadan sorumlu ve incelemeleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olması (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 117),

- Soruşturmaların makul bir özenle ve süratle yürütülmesi (*Deniz Yazıcı*, B. No: 2013/6359, 10/12/2014, § 96) gerekmektedir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

99. Başvuruya konu soruşturmada yukarıda Genel İlkeler bölümünde ifade edilen kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasından haberdar olan soruşturma makamlarının derhâl harekete geçmesi, meşru menfaatlerini korumak için başvuruçunun bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılımının sağlanması, soruşturmadan sorumlu ve incelemeleri yapan kişilerin olaylara karışan kişilerden bağımsız olması konularında başvuru tarafından herhangi bir iddia ileri sürülmediği gibi bu konularda bir eksikliğin bulunmadığı da görülmektedir. Gerçekten de;

- i. Başvuruçunun resmî bir başvuru yapması beklenmeksizin Cumhuriyet Başsavcılığınca olay hakkında resen ve derhâl soruşturma başlatılmıştır.

- ii. Soruşturma kapsamında başvuruçunun ifadesi birkaç kez alınmış ve soruşturma sonucunda verilen kovuşturma yer olmadığına dair

karara itiraz edebilen başvuru, söz konusu soruşturmaya katılım hususunda herhangi bir engelle karşılaşmamıştır.

iii. Başvuruya konu olaya müşterek müdahalede bulunan Terörle Mücadele, Güvenlik ve Çevik Kuvvet Şube Müdürlükleri soruşturmada görev almamışlardır.

100. Öte yandan olayın gerçekleşme koşullarının aydınlatılmasına yarayabilecek bütün delillerin toplanması, soruşturmanın makul özen ve süratle yürütülmesi yönlerinden de başvuruya konu soruşturmanın değerlendirilmesi gerekir.

101. Başvurucu ifadesinde, olay anında bir arkadaşı ile birlikte yürüdüğünden ve elinde silah bulunan siyah giyimli bir kişiden söz etmiştir. O.N. de sivil polislerin elinde boyalı plastik top atan silah bulunduğunu beyan etmiştir. Söz konusu ifadelerle istinaden hangi sivil giyimli polisler boyalı plastik top atan silah verildiği ve hangi sivil giyimli polis memurlarının söz konusu silahı almak için kursa gidip sertifika aldığı hususlarının araştırılarak tespiti, başvurunun yanında olup olaya şahit olan kişinin belirlenerek ifadesinin alınması ve tespit edilen kolluk görevlilerinin veya bu kişilerin fotoğraflarının başvuru ve başvurunun arkadaşına teşhis ettirilmesi suretiyle failin tespiti mümkün iken Cumhuriyet Başsavcılığı 15/11/2007 tarihinde daimi arama kararı vermiş; failin tespiti için 19/1/2010 tarihine kadar da failerin tespit edilemediği yönünde zaman zaman düzenlenen kolluk tutanaklarını soruşturma evrakı arasına almak dışında herhangi bir işlem yapmamıştır.

102. Emniyet Müdürlüğüne olay tutanağının yalnızca bir kısım kolluk görevlisince imzalandığı belirtilmesine rağmen Cumhuriyet Başsavcılığı, Asayiş Şubeye bir müzekkere yazarak olay tutanağında imzası bulunan kırk iki polis amiri ve memurunun olayla ilgili savunmasının tespitini isteyip tayini başka yerlere çıkan polis memurlarının ifadelerinin alınması için de bu kişilerin bulundukları yer Cumhuriyet başsavcılıklarından istinabe talep etmiştir. Ancak anlaşılamayan bir nedenle Cumhuriyet Başsavcılığı, Asayiş Şubeye yeni bir talimat vermiş; ilgili polis amir ve memurlarının beyanlarının alınmamasını istemiştir. İstinabe suretiyle ifadesi alınması istenen kişilerden A.G. *“olay tarihinde Kocaeli Emniyet*

Müdürlüğünde çalıştığını, tutanaktaki sicil numarası ve imzanın kendisine ait olmadığını, isim benzerliği olduğunu ve tutanakta sicil numarası yazılı kişinin A.G. isimli bir başka kişi olduğunu” beyan etmiş; S.A., M.T., U.D. ve A.E.ise söz konusu silahı kullanmak için kurs görüp sertifika almak gerektiğini söylemiştir. İfadesi alınan kolluk görevlilerinin iddialarıyla ilgili herhangi bir araştırma yapmayan Cumhuriyet Başsavcılığı; olaya 1.500 kolluk görevlisince müdahale edildiği, meydana gelen olaya istinaden düzenlenen tutanağın bir kısım görevli tarafından imzalandığı, personel sayısının çokluğu sebebiyle bazı personele tutanakta yer verilmediği ve şüphelilerin yüklenen suçu işledikleri yolunda haklarında kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilemediği gerekçeleriyle ifadeleri alınan kişiler hakkında ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermiştir.

103. Ek kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yönelik itirazın *“eylemin hangi polisin boyalı plastik top atan silahı kullanarak gerçekleştirdiğinin tespit edilemediği gerekçesiyle olayın kapatılmasının hukuk ve vicdan kurallarına uygun olmayacağı; gerekirse olay günü görevlendirilen tüm polislerintespit edilerek dinlenmesi ve bahse konu silahların kimlere zimmetle teslim edildiğinin resmi kayıtlarından da araştırılması gerektiği”* gerekçeleriyle kabul edildiğini dikkate almayan Cumhuriyet Başsavcılığı herhangi bir araştırma yapmadan istinabe suretiyle ifadesi alınan polis memurları hakkındazor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan kamu davası açmıştır. Ancak açılan kamu davası, fail tespit edilmeden açıldığı için beraat kararıyla sonuçlanmıştır.

104. Ceza Mahkemesinin gerçek fail/faillerin tespiti için yaptığı suç duyurusu üzerine başlatılan soruşturmada da daimî arama kararı verilmiş olup 23/10/2007 tarihinde başlayan soruşturma, aradan geçen on yılı aşkın süreye rağmen sonuçlandırılmamıştır.

105. Failin tespiti için zamanında atılması gerekli adımların atılmaması, 19/1/2010 tarihine kadar iki yıldan daha uzun bir süre failin tespitine yönelik etkili herhangi bir soruşturma işleminin yapılmaması, şüphelilerin savunmalarında bahsi geçen hususlar araştırılmadan ve gerçek fail tespit edilmeden kamu davası açılması ve soruşturmanın on yılı aşkın süredir

devam ettiği nazara alındığında başvuruya konu soruşturmanın makul özen ve süratle yürütüldüğünü, soruşturmada olayı aydınlatabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delillerin toplandığını söylemenin mümkün olmadığı sonuna varılmıştır.

106. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

107. 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, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

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

108. Başvurucu 5.000 TL maddi, 50.000 TL manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

109. Mevcut başvuruda, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usule ilişkin boyutlarının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

110. Başvurucu uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmamıştır. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tazminat talebi arasında illiyet bağı

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

kurulması gerekir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine herhangi bir belge sunmayan başvuruçunun maddi tazminat talebinin reddedilmesi gerekir.

111. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlali nedeniyle maruz kaldığı manevi zarar nedeniyle başvuruçuya takdiren net 20.000 TL manevi tazminatın ödenmesine karar verilmesi gerekir.

112. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için dosyanın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

113. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usule ilişkin boyutlarının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C.Kararın bir örneğinin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için Adana Cumhuriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE,

D.Başvuruçuya net 20.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E.226,90 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuruçunun 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 28/6/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ELİF AYDIN DOST BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/19954)

Karar Tarihi: 12/6/2018

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ

Raportör : Melek KARALİ SAUNDERS

Başvurucu : Elif AYDIN DOST

Vekili : Av. Alp Tekin OCAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, üniversite harçlarına yapılan zamları protesto etmek amacıyla düzenlenen toplantının dağıtılması sırasında kolluk görevlisinin müdahalesiyle yaralanma meydana gelmesi sonucunda yapılan şikâyet üzerine açılan kamu davasında fiilin sabit görülerek hapis cezasına hükmedilmesine rağmen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı nedeniyle eylemin yaptırımsız kaldığı belirtilerek insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/12/2014 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. 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 ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden ulaşılan bilgi ve belgelere göre ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, Karadeniz Teknik Üniversitesi Biyoloji Bölümünde eğitimini sürdürmekte iken 21/9/2006 tarihinde üniversite harçlarına yapılan zammı protesto etmek ve bu konuda Üniversite rektörü ile görüşmek için Rektörlük binası önünde diğer öğrencilerle birlikte toplanmıştır.

10. Özel güvenlik görevlilerinin topluluğun dağıtılması konusundaki girişimlerinin başarılı olmaması üzerine jandarmaya bilgi verilmiştir. Karadeniz Teknik Üniversitesi Jandarma Karakolu Komutanı olarak görev yapan A.Y. emrindeki erlerle birlikte olay yerine gelmiş ve duruma müdahale etmiştir. Başvurucunun anlatımına göre Karakol Komutanı gruba karşı güç kullanılması emrini vermiş, bu arada kendisine de copla vurmuş ve aldığı darbenin etkisiyle parmağı kırılmıştır.

11. Başvurucunun Trabzon Numune Hastanesinden aldığı 21/9/2006 tarihli rapora dayanarak düzenlenen Adli Tıp Kurumunun 27/9/2006 tarihli raporunda şu hususlara yer verilmiştir.

“Elif aydın’a ait Trabzon Numune Hastanesi’nin[.....]raporunun tektikinde;

Sağ el 4. parmak orta falanksta şişlik ve fraktür mevcut olduğu bildirildiğine göre;

SONUÇ:

1.Fiilin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olmadığı, tarif edilen kırığın hayat fonksiyonlarına etkisinin hafif (1) derecede olduğu,

2. Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma yol açmadığı...”

12. Başvurucu 22/9/2006 tarihli dilekçeyle Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına (Savcılık) başvurarak A.Y. ve diğer görevliler hakkında şikâyetle bulunmuştur. Başvurucu; dilekçesinde, Üniversite rektörü ile görüşmek üzere diğer arkadaşları ile beklemekte iken A.Y.nin hukuka aykırı bir şekilde güç kullanma emri verdiğini, emir üzerine yapılan müdahaleler sırasında aldığı darbeler sonucu parmağının kırıldığını belirterek ilgililer hakkında işkence ve kötü muamelede bulunmaktan dolayı kamu davası açılmasını talep etmiştir.

13. Konu ile ilgili olarak Savcılıkça başlatılan soruşturma sonucunda 31/1/2007 tarihli iddianame düzenlenmiştir. İddianamede; başvurunun eğitimini sürdürdüğü Üniversitenin harçlarının fazla belirlendiği kanaatiyle, bu hususu görüşmek üzere Rektörlük önünde diğer öğrencilerle birlikte toplandıkları, bu sırada taşkınlık yapılması üzerine olay yerine Jandarma Karakol Komutanı ile birlikte diğer jandarma görevlilerinin geldiği, slogan atan öğrencilerin dağılması konusunda uyarılmalarına rağmen bunun yerine getirilmemesi üzerine mevzuattan kaynaklanan yetkilerin kullanıldığı, bu sırada başvurunun görevin ve şartların gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılarak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde, hafif olmayacak ve sağ el parmağında kırık meydana gelecek şekilde yaralanmasına yol açıldığı iddiasına yer verilerek şüpheli A.Y.nin 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 256. maddesinin yaptığı gönderme ile aynı Kanun’un 86. maddesinin (1) numaralı fıkrası, 87. maddesinin (3) numaralı fıkrası ve 53. maddesi uyarınca cezalandırılması talep edilmiştir.

14. Aynı tarihli *Ek Kovuşturamama Kararı* ile Savcılık, olay günü Jandarma Karakolu Komutanı olan şüpheli A.Y.nin öğrencileri dağılması konusunda ikaz etmesine rağmen öğrencilerin bu uyarıya uymayarak slogan atmaları nedeniyle mevzuattan kaynaklanan zor kullanma yetkisini orantılı olarak kullandığı ve olayda kasten müessir fiil suçunun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle atılı suçtan dolayı kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir.

15. Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesinin (Mahkeme) 10/3/2007 tarihli kararıyla, sanık A.Y.nin zor kullanma yetkisinin sınırını aşmak suretiyle

başvurucunun parmağında kırık meydana getirerek yaralanmasına sebep olduğu hususunun sabit görüldüğü gerekçesiyle 5237 sayılı Kanun'un 256. maddesi delaleti ve 86. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca 1 yıl hapsine, kırığın hayati fonksiyonlara etkisi gözetilerek takdiren cezanın 1/6 oranında artırılarak 1 yıl 2 ay hapsine, ilk defa suç işlediği ve duruşmalardaki iyi hâli gözönüne alınarak aynı Kanun'un 62. maddesi uyarınca cezanın takdiren 1/6 oranında indirilerek 11 ay 20 gün hapsine, Kanun'un 51. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca cezanın ertelenmesine, suçtan pişman olduğuna ilişkin herhangi bir söz ve davranışının bulunmaması, katılan başvurucunun maddi ve manevi zararlarının giderilmemiş olması ve cezanın ertelenmesi nedenleriyle 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) ile ilgili 231. maddesinin (5) numaralı fıkrası hükmünün uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir.

16. Temyiz incelemesi sonucunda karar, Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 6/3/2013 tarihli ilamıyla;

i. Sanığın ilgili mevzuat uyarınca, izinsiz gösteri yapan ve tüm uyarılara rağmen Rektörlük binasına girmeye çalışan grubu dağıtmak istediği sırada grupta yer alan başvurucunun yaralanmasına sebep olduğunun anlaşılması nedeniyle kasten hareket edip etmediğinin ve 5237 sayılı Kanun'un Birinci Kitap'ının İkinci Kısım'ının "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlıklı İkinci Bölüm'ünde yer alan "*Sınırın aşılması*" kenar başlıklı 27. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükmünün uygulanabilirliği hususunun kararda değerlendirilmediği,

ii. 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (c) bendinde belirtilen zarar kavramının manevi zararı kapsamadığı, sanığa atılı suçun ne tür bir zarara yol açığının kararda belirtilmediği,

iii. Buna göre HAGB koşullarının değerlendirilmesi gerektiği gerekçeleriyle bozulmuştur.

17. Bozma üzerine yapılan yargılama sonunda Mahkeme 19/11/2013 tarihli kararıyla sanık kolluk görevlisinin eyleminin sabit görüldüğü gerekçesiyle kasten yaralama suçundan 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, 5237 sayılı Kanun'un 53. maddesinin(1) numaralı

fıkrasında sayılan haklardan yoksun bırakılmasına, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması ve yeniden suç işlemeyeceği kanaatinin oluşması sebebiyle 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca HAGB'ye karar vermiştir.

18. Başvurucunun karara karşı yaptığı itiraz, Trabzon 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 20/2/2014 tarihli kararıyla, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3/2/3009 tarihli ve E.2008/11-250, K.2009/13, E.2009/04-13, K.2009/12 sayılı kararlarına atfen itiraz incelemesinin yalnızca HAGB'nin şartlarının oluşup oluşmadığı hususuyla sınırlı olduğu, HAGB kapsamında kalacak şekilde cezanın yanlış hesaplanması, HAGB dışına çıkmayacak bir biçimde takdir yetkisinin yanlış kullanılması gibi hususların itiraz aşamasında yapılan incelemenin konusunu oluşturamayacağı, bu tür hukuka aykırılıkların ancak denetim süresi içinde veya sonunda, açıklanan veya verilen hükümle birlikte temyiz kanun yolunda incelenebileceği belirtilerek olayda HAGB şartlarının olduğu, bu yönüyle kararda hukuki isabetsizlik bulunmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir.

19. Karar 18/11/2014 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiş ve 17/12/2014 tarihinde bireysel başvuru yapılmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 5237 sayılı Kanun'un "*Zor kullanma 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 halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."

21. 5237 sayılı Kanun'un "*Kasten yaralama*" kenar başlıklı 86. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

(2) *Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*

(3) *Kasten yaralama suçunun;*

...

d) *Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*

...

işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

22. 5237 sayılı Kanun’un “Sınırın aşılması”kenar başlıklı 27. maddesi şöyledir:

“(1) Ceza sorumluluklarını kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur.

(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilemez.”

23. 5271 sayılı Kanun’un 231. maddesine 6/12/2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun’un 23. maddesiyle eklenen (5) ve (6) numaralı fıkralar şöyledir:

“(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir 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) *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.”

B. Uluslararası Hukuk

24. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3. maddesi şöyledir:

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

25. 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).

26. 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).

27. AİHM, işkence veya kötü muamele suçu işlendiğinin iddia edildiği durumlarda etkili başvurunun amaçları çerçevesinde cezai işlemlerin ve hüküm verme sürecinin zamanaşımına uğramamasının, genel af veya affın mümkün kılınmamasının büyük önem taşıdığına işaret etmiştir. Ayrıca AİHM, soruşturması veya davası süren görevlinin görevinin askıya

alınmasının ve hüküm alması durumunda meslekten men edilmesinin önemine dikkat çekmiştir (*Abdülşamet Yaman/Türkiye*, B. No: 32446/96, 2/11/2004, § 55; *Eski/Türkiye*, B. No: 8354/04, 5/6/2012, § 34).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 12/6/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

29. Başvurucu;

i.Öğrenim harçlarına yapılan zamları protesto etmek ve bu konudaki taleplerini Üniversite yönetimine iletmek isterken, diğer bir deyişle barışçıl bir şekilde toplantı ve gösteri yapma hakkını kullanırken kolluğun müdahalesi ile karşılaştığını, hiçbir şekilde kolluğa mukavemet göstermediklerini, kolluk görevlilerinin amiri A.Y.nin “*Şunların kafalarını kırın, dağıtın.*” şeklindeki talimatı üzerine kendisine copla vurulması sonucunda sağ el dördüncü parmağının kırıldığını,

ii. Kırılan parmağını kullanamadığını, parmağının işlevini yitirdiğini, dışarıdan bakıldığında bile eğriliğinin tespit edilebildiğini, dolayısıyla parmağında sabit eser ve iz meydana geldiğini,

iii. Bu hususun tespiti için Adli Tıp Kurumuna sevkini talep etmişse de bu talebinin yerine getirilmediğini,

iv.Savcılığın eylemi yanlış nitelendirerek 5237 sayılı Kanun’un “*İşkence ve Eziyet*” ile ilgili Üçüncü Bölüm’de yer alan 95. maddesi ile bağlantılandırarak iddianame düzenlemek yerine “*Zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması*” kenar başlıklı 256. madde ile bağlantılandırarak düzenlediği iddianame ile kamu davası açtığını,

v. Bunun sonucunda fiil için öngörülen cezanın 5237 sayılı Kanun’un 95. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi kapsamında ağırlaştırılarak uygulanması yerine HAGB kararı verilmek suretiyle eylemin cezasız kalmasına yol açıldığını belirterek Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

30. Bakanlık görüş yazısında;

i. Başvurucunun şikâyetlerinin Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği,

ii. Derece mahkemelerinin yapılan yargılama sonucunda kolluk görevlisinin 5237 sayılı Kanun'un 256. maddesi kapsamında zor kullanma yetkisinin sınırını aşmak suretiyle başvurucunun parmağında hafif derecede kırık oluşacak şekilde yaralanmasına sebep olduğunu tespit ederek anılan madde hükmünün yaptığı gönderme ile aynı Kanun'un 86. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca kasten yaralama suçundan 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmadığı ve yeniden suç işlemeyeceği kanaatiyle HAGB'ye karar verdiği,

iii. Anayasa'nın 17. maddesinin usul açısından öngördüğü yükümlülükler yönünden değerlendirildiğinde kolluk görevlisi hakkında açılan davada, adli makamların gerekli incelemeleri yaptıkları, eylem ile ilgili delilleri topladıkları, başvurucunun sürece katılımının da sağlandığı, işkence iddialarına ilişkin olarak Mahkemenin ayrı bir değerlendirme yapmayıp hükmünü zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle kasten yaralama suçundan kurduğu,

iv. Modern ve demokratik ceza adaleti anlayışının cezayla suçluların uslandırılması fonksiyonu yönünden kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması esasına dayanan yaptırımların her zaman arzulanan sonuçları vermediği yönünde olduğu, bu nedenle hapis cezalarının en son çare olarak uygulanması gerektiği,

v. HAGB kurumunun bu anlayış doğrultusunda güncel ceza muhakemesi mevzuatında yer aldığı,

vi. İlgili düzenlemenin hâkime tam bir takdir yetkisi verdiği, bu bağlamda kurumun bir af ya da bağışlama öngörmediği yönünde değerlendirme yapılmıştır.

B. Değerlendirme

31. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

“Herkes, ... maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

32. 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

33. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

34. Başvurucu, barışçıl bir şekilde yapılan toplantının dağıtılması sırasında kendisini darbeden kolluk görevlisinin etkin bir şekilde cezalandırılmaması nedeniyle Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

35. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağına ilişkin şikâyetlerin incelenmesinin devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri dikkate alınarak maddi ve usul boyutları bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir. Devletin negatif yükümlülüğü, bireyleri işkence ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutmama sorumluluğunu içerirken pozitif yükümlülük hem bireyleri bu tür muamelelerden korumayı (önleyici yükümlülük) hem de etkili bir soruşturma yoluyla sorumluların tespiti ve cezalandırılmasını (soruşturma

yükümlülüğü) içermektedir. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi boyutu, negatif yükümlülük ile önleyici yükümlülüğü kapsamakta; pozitif yükümlülüğün iki unsurundan biri olan soruşturma yükümlülüğü ise usul boyutunu oluşturmaktadır.

a. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının Maddi Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel İlkeler

36. 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 en zor koşullarda bile işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yapılamaz. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde bile bu yasağın askıya alınmasına izin vermemektedir. 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*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 104).

37. Bununla birlikte her kötü muamele iddiasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği korumadan ve Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte 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 karinelere dayanabilir. Bu bağlamda kanıtlar değerlendirilirken ilgililerin süreçteki tutumları da dikkate alınmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 95).

38. 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).

39. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen bu kavramlar arasında nitelik değil yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin *ışkence* olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için anılan fıkarda geçen *eziyet* ve *insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele* kavramları ile *ışkence* 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 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan *ışkence*, *eziyet* ve *hakaret* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 84).

40. Buna göre anayasal düzenleme kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığına en fazla zarar veren muamele *ışkencedir*. Muamelenin ağırlığının yanı sıra *ışkence* ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde *ışkencenin* özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırma amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle yapıldığı belirtilmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 85).

41. *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 *eziyette*, ızdırıp vermenin belli bir amaç doğrultusunda yapılması aranmaz (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 88).

42. 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. *Eziyetten* farklı olarak, uygulanan bu muamele kişide bedensel ya da

ruhsal bir acı oluşturmaya da küçük düşürücü veya alçaltıcı bir etki yaratmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 89).

43. Bir muamelenin bu kavramlardan hangisini oluşturduğunu belirleyebilmek için her somut olay kendi özel koşulları içinde değerlendirilmelidir. Muamelenin kamuya açık olarak yapılması onun aşağılayıcı ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan nitelikte olup olmamasında rol oynasa da bazı durumlarda kişinin kendi gözünde küçük düşmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilmektedir. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapıp yapılmadığı dikkate alınsa da böyle bir amacın belirlenememesi kötü muamele ihlali olmadığı anlamına gelmeyecektir. Bir muamele hem insanlık dışı/eziyet hem de aşağılayıcı/insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olabilir. Her türlü işkence, aynı zamanda insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele oluştururken insan haysiyetiyle bağdaşmayan her aşağılayıcı muamele insanlık dışı/eziyet niteliğinde olmayabilir. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme içirme gibi aşağılayıcı muameleler *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* muamele olarak ortaya çıkabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 90).

44. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmak da yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla bu maddenin ihlali sonucunu doğurma riskini taşıyabilir. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından *insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele* oluşturabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 91).

45. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesi, toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde yakalamayı gerektiren durumlarda ve gösteriye katılanların kendi tutumundan dolayı güç kullanımını yasaklamamaktadır. Sınırları belli bazı durumlarda, mevzuata uygun olarak ve sadece kaçınılmaz hâllerde aşırı olmaması koşuluyla güvenlik güçleri tarafından fiziksel güce başvurulmasının kötü muamele olmadığı kabul edilmektedir. Ayrıca kişinin kendi davranışından veya tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hâle gelmedikçe bu neviden fiiller prensip olarak Anayasa'nın 17. maddesinde belirtilen yasağı ihlal edecektir (*Ali Rıza Özer ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/3924, 6/1/2015, §§ 81, 82).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

46. Olay tarihinde Karadeniz Teknik Üniversitesinde öğrenci olan başvuru, üniversite harçlarına yapılan zamları protesto etmek ve bu hususta Üniversite rektörü ile görüşmek üzere Rektörlük binası önünde diğer öğrencilerle bir araya gelmiş; olay yerine emrindeki görevlilerle birlikte gelen Jandarma Karakolu Komutanı A.Y., dağılmaları yönünde yaptığı uyarıların sonuç vermemesi üzerine grup hâlindeki öğrencilerin güç kullanılarak dağıtılması hususunda emrindeki görevlilere emir vermiş; bu arada kendisi de copla öğrencileri dağıtmaya çalışırken başvuru'nun parmağının kırılmasına yol açmıştır.

47. Anayasa Mahkemesi, soruşturma ve kovuşturma makamları tarafından verilen kararları maddi vakıa ve hukuki yönden inceleyen bir merci değildir (*Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015, § 53). Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu rolün ikincil nitelikte olması, delilleri değerlendirmenin kural olarak kovuşturma makamlarının görevi kapsamında bulunması nedenleriyle aksi yönde bir veri bulunmadığı sürece derece mahkemelerinin olayın oluşu ile ilgili tespitlerinden ayrılmak için bir neden bulunmamaktadır. Bu itibarla başvuru'nun demokratik bir hakkını kullanması sırasında kolluk görevlisi tarafından hafif olmayacak şekilde yaralandığı, dolayısıyla olayda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiği Anayasa Mahkemesince de kabul edilmiştir. Öte yandan derece mahkemelerinin yaptığı tespite göre olayda başvuru'nun kendisine karşı zor kullanılmasını gerektirecek herhangi bir eyleminin bulunmadığı anlaşılmaktadır.

48. Devletin negatif yükümlülüğüne aykırı eylem nedeniyle yapılan yargılama sonucunda sanık A.Y. hakkında kasten yaralama suçundan 11 ay 20 gün hapis cezası verilerek HAGB'ye karar verilmiştir. Mahkeme tarafından verilen bu cezanın maruz kaldığı kötü muamele nedeniyle başvuru açısından giderim sağlayabilecek nitelikte olup olmadığının belirlenmesi amacıyla eylemin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan kötü muamele türlerinden işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasaklarından hangisi kapsamında kaldığının, başka bir ifadeyle eylemin vasfının tespit edilmesi gerekir.

49. Olayda kendi eylemi bunu gerekli kılmadığı hâlde kolluk görevlisinin uyguladığı aşırı güç sonucunda başvurunun parmağı kırılmıştır. Her ne kadar başvuru vekili tarafından başvurunun parmağını kullanamadığı iddia edilmişse de başvuru dosyasına sunulmuş bu yönde bir sağlık raporu bulunmadığından bu iddiaya itibar edilmesi mümkün olmamıştır. Başvurunun katıldığı toplantının dağıtılması sırasında güç kullanımını zorunlu kılan bir durum olmaksızın uygulanan güç nedeniyle yaralanmasına yol açılmışsa dabelli bir amaçla, bir plan dâhilinde meydana gelmeyen, anlık bir şekilde oluşan eylemin işkence seviyesine varan çok ağır ve zalimane mahiyet taşımadığı sonucuna varılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin konu ile ilgili içtihadı kapsamında başvurunun olayda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleyle maruz kaldığının kabul edilebileceği değerlendirilmiştir.

50. Maruz kalan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele nedeniyle kamu görevlisi olan sanık hakkında verilen HAGB kararının başvuru açısından yeterli giderim sağlamadığı, ayrıca A.Y.nin eyleminden dolayı hakkında disiplin yönünden işlem yapıldığına ilişkin başvuru dosyasına herhangi bir verinin yansımadağı dikkate alındığında olayda başvurunun mağdur sıfatının ortadan kalktığından bahsedilmesine olanak bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle her ne kadar derece mahkemelerinin kararlarıyla devletin negatif yükümlülüğüne aykırı olacak şekilde başvurunun parmağının kırıldığı tespit edilmiş ise de sonuç olarak sanığın bu eylemi nedeniyle herhangi bir yaptırımla karşılaşmadığı anlaşıldığından başvurunun mağdur statüsünün devam ettiğinin kabul edilmesi gerekir.

51. Açıklanan gerekçelerle başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının Usul Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel İlkeler

52. Devletin kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı kapsamında sahip olduğu pozitif yükümlülüğün 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).

53. 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, olanaklı olmazsa bu madde sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hâle gelecek ve bazı hâllerde devlet görevlilerinin fiilî dokunulmazlıktan yararlanarak kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 25).

54. Yürütülecek 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 başvuruçulara 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 77).

55. Ceza soruşturmasının etkili olması için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek kötü muamele iddiasını aydınlayabilecek 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).

56. Devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında bazen tek başına soruşturma yapılmamış olması yahut da yeterli soruşturma yapılmamış olması da kötü muamele teşkil edebilmektedir. Dolayısıyla şartlar ne olursa olsun yetkililer, resmî şikâyet yapılır yapılmaz harekete geçmelidir. Şikâyet yapılmadığında bile işkence veya kötü muamele olduğunu gösteren yeterli kesin belirtiler olduğunda soruşturma açılması sağlanmalıdır. Bu bağlamda soruşturmanın derhâl başlaması, bağımsız biçimde, kamu denetimine tabi olarak özenli ve süratli yürütülmesi ve bir bütün olarak etkili olması gerekir (*Tahir Canan*, § 25).

57. Kötü muameleye ilişkin şikâyetler hakkında yapılan soruşturma söz konusu olduğunda yetkililerin hızlı davranması önemli olmakla birlikte belirli bir durumda bir soruşturmanın ilerlemesini engelleyen sebeplerin ya da zorlukların olabileceği de kabul edilmelidir. Ancak kötü muameleye yönelik soruşturmalarda hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi, kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi gerekir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 119).

58. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 127). Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır (*Şenol Gürkan*, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 105).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

59. Başvurucunun maruz kaldığı muamele nedeniyle kolluk görevlisi hakkında yapmış olduğu şikâyetle ilgili olarak Savcılığın olayın gerektirdiği süratle davranarak soruşturma başlattığı anlaşılmaktadır. Soruşturmanın tamamlanmasının ardından 31/1/2007 tarihli iddianame ile kolluk görevlisi

A.Y. hakkındazor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suretiyle yaralama suçundan kamu davası açılmış, kasten yaralama suçundan ise ek kovuşturamama kararı verilmiştir.

60. Yapılan yargılama sonucunda Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesi 10/3/2009 tarihli kararı ile A.Y.nin fiilini sabit görmüş ve cezanın alt sınırından uygulanmasını uygun görerek neticeden 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, cezanınertelenmesine, HAGB'ye ilişkin hükümlerin uygulanmasına yer olmadığına karar vermiştir. Bu kararın temyiz incelemesi sonucunda bozulması üzerine ilk derece mahkemesi Yargıtay bozma kararına uyarak sonucu itibarıyla eylem için daha hafif bir düzenlemeyi öngören HAGB ile ilgili hükümler çerçevesinde olayı değerlendirmiştir. Trabzon 2. Ağır Ceza Mahkemesi, Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına atfen mahkûmiyet hükmüne yönelik herhangi bir değerlendirmeyi içermeksizin yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının olayda oluşup oluşmadığı yönünden inceleme yapmış ve yapılan itirazın reddine karar vermiştir. Karar, bu şekilde 10/1/2014 tarihinde kesinleşmiştir.

61. Bu itibarla başvurucunun şikâyeti ile ilgili kovuşturmanın yaklaşık yedi yıl sürdüğü tespit edilmiştir. Karışık olmayan hukuki ve maddi unsurlar içeren uyuşmazlığın insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele iddialarıyla da ilgili olduğu gözönünde bulundurulduğunda iki dereceli yargılama süresinin bu türdeki şikâyetlerin hızlı ve etkili bir biçimde sonuçlandırılması gerektiği yönünde yukarıda yer verilen ilkelere uygun olmadığı değerlendirilmiştir.

62. Öte yandan yürütülen yargılama sonucunda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele boyutunda bir yaralama eyleminin gerçekleştiğinin tespit edildiği görülmekle birlikte soruşturmanın etkililiğinin ölçütlerinden biri olan failin suç nedeniyle hesap vermesinin sağlanması ve fiiliyle orantılı bir ceza alması koşulunun yerine getirilmesinden uzak bir şekilde olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

63. Cezasızlık, işlenen bir suçun somut olarak cezasız kalmasını ifade etmektedir. Cezasızlık; işkence ve kötü muamele fiillerine yönelik olarak sorumluların adalet önüne çıkarılmaması, işledikleri suçla orantılı bir biçimde cezalandırılmaması veya mahkûm edildikleri cezanın infazının

sağlanmaması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Cezasızlığın önlenmesi durumunda bir yandan mağdurlar açısından gerekli giderim sağlanırken bir yandan yeni ihlallerin gerçekleşmesini engelleyecek caydırıcı bir etki ortaya çıkması mümkün olacaktır (*Süleyman Deveci*, B. No: 2013/3017, 16/12/2015).

64. İşlenen suç ile verilen cezalar arasında orantısızlık olması ya da hiç ceza verilmemesi durumunda bu tür eylemlerin önlenmesini sağlayabilecek caydırıcı bir etki ortaya koymaktan oldukça uzak kalınmakta, kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin idari ve yasal mevzuat aracılığıyla korunması hususundaki pozitif yükümlülüğün yerine getirilememesi sonucu doğmaktadır (*Süleyman Deveci*, § 102).

65. İlk derece mahkemesinin -eylemin nitelik ve ağırlığı dikkate alındığında- sanık A.Y. hakkında verdiği 11 ay 20 gün hapis cezasına ilişkin HAGB kararı sonucunda sanığın deneme süresi içinde suç işlememesi hâlinde bu ceza hiç olmamış sayılarak adli ve memuriyet siciline yansımayacaktır. Verilen bu karar cezanın infazının ertelenmesinden daha güçlü bir etkiye sahiptir ve sanığın cezadan muaf tutulması ile sonuçlanmaktadır. Ulaşılan bu sonucun bu tür olaylara karışan kamu görevlilerine hoşgörü ile yaklaşıldığı izlenimini uyandırdığı ve bu tür fillere eğilimi olan görevlileri cesaretlendirebileceği gibi bireylerin bu kapsamda devlete ve adalet mekanizmalarına olan güvenlerini de zedeleyebileceği açıktır.

66. Öte yandan ceza yargılamasının HAGB kararı ile sonuçlanmış olması, kolluk görevlisinin sabit görülen eyleminden dolayı disiplin yönünden de hiçbir soruşturmaya tabi kılınmadığı ve hiçbir disiplin yaptırımı ile karşılaşmadığı tespiti ile birlikte ele alındığında cezasızlığın etkisini ağırlaştırmaktadır. Hizmet cetveli incelendiğinde başvurusunun yaralanmasına yol açan kolluk görevlisinin yapılan ceza soruşturması ve kovuşturma sürecinde göreviyle ilişkisinin kesilmediği gibi başvurucuya yönelik insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele kapsamında değerlendirilen eyleminin sabit görülmesine rağmen kariyerini kesintisiz bir şekilde sürdürdüğü anlaşılmaktadır. Disiplin yönünden de kolluk görevlisinin eylemi için herhangi bir yaptırımla karşılaşmamış olması HAGB kararının bu tür eylemlerin hoşgörülemezliğine yönelik algının zayıflaması yönündeki etkisini pekiştirmektedir.

67. Sonuç olarak ceza yargılamasının makul sürede tamamlanmaması, sanık A.Y. hakkında HAGB'ye karar verilmesiyle bu tür eylemlerin hoşgörölmeceğı yönündeki alginın zayıflamasına yol açacak şekilde A.Y.nin disiplin yönünden de hiçbir yaptırımla karşılaşmamış olması nedenleriyle olayda insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağıyla ilgili olarak etkili bir soruşturma yapılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

68. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

69. 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, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...”

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

70. Başvurucu; insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğinin tespitini, yargılamanın yenilenmesini, parmağında oluşan ve kalıcı olduğunu ileri sürdüğü hasar nedeniyle 30.000 TL tazminat talep etmektedir.

71. Yapılan inceleme sonucunda olayda, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

72. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

73. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlali nedeniyle, yalnızca ihlalin tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının maddi ve usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Trabzon 2. Asliye Ceza Mahkemesine (E. 2013/165, K. 2013/550) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

E. Kararın bir örneğinin bilgi için İçişleri Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE,

F. 206,10 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.186,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

G. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme

Elif Aydın Dost, B. No: 2014/19954, 12/6/2018

olması hâlinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
12/6/2018tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

İBRAHİM KAPTAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/30510)

Karar Tarihi: 18/7/2018

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM
Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Recep KÖMÜRCÜ
M. Emin KUZ
Rıdvan GÜLEÇ
Raportör Yrd. : Fatih ALKAN
Başvurucu : İbrahim KAPTAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tutuklu bulunan ceza infaz kurumunda eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinin kısıtlanması nedeniyle kötü muamele yasağının ve kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 13/7/2017 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. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

6. Türkiye 15 Temmuz 2016 gecesi silahlı bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış ve Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 21/7/2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmesine karar verilmiştir. OHAL üç aylık sürelerle uzatılmıştır. Darbe teşebbüsüne ilişkin süreç, OHAL ilanı, OHAL döneminin gerektirdiği tedbirlere ilişkin detaylı açıklamalar Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-20, 47-66) kararında yer almaktadır.

7. Başvurucu, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsü sonrasında Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) üyesi olduğu gerekçesiyle İzmir 6. Sulh Ceza Hâkimliğinin 20/3/2017 tarihli kararıyla tutuklanarak Menemen T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna (Ceza İnfaz Kurumu) konulmuştur.

8. Adalet Bakanlığı (Bakanlık) Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün resmî internet sitesinde yer alan bilgilendirmeye göre T tipi kapalı ceza infaz kurumları sekiz kişilik yetmiş iki oda, üç kişilik sekiz oda, bir kişilik on altı odadan olmak üzere toplam altı yüz on altı kişi kapasiteli olarak planlanmış; tek kişilik odaları on iki metrekare olarak projelendirilmiş; üç ve sekiz kişilik odaları dubleks olarak inşa edilmiştir. Bu tür ceza infaz kurumlarının üç kişilik odalarının alt ve üst kat ortak yaşam ve yatak bölümleri yirmi yedişer metrekare, sekiz kişilik odalarının üst kat yatak bölümü net yirmi sekiz metrekare, alt kat ortak yaşam bölümü ise otuz iki buçuk metrekaredir. Ayrıca sekiz kişilik odalarda otuz beş metrekare, üç kişilik odalarda otuz metrekare havalandırma bahçeleri yer almaktadır.

9. Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulu (İdare ve Gözlem Kurulu) Başkanlığının 19/10/2016 tarihli ve “*Tutuklular Hakkında Uygulanacak Eğitim ve İyileştirme Faaliyetlerinin Uygulanması*” başlıklı kararıyla FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklananlara eğitim ve iyileştirme faaliyeti verilmemesine karar verilmiştir. Karar gerekçesinde; OHAL sürecinin devam ettiği ve FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklanan kişilerin sayıca yüksek olduğu belirtilerek herhangi bir güvenlik zafiyeti yaşanmaması amacıyla söz konusu tedbirin alındığı vurgulanmıştır. Bu doğrultuda tutukluların güvenliğinin sağlanması, örgütsel faaliyetlerinin

engellenebilmesi, terör örgütlerinin bu kişileri yönlendirmesinin, bu kişilere emir ve talimat verilmesinin önüne geçilebilmesi amacıyla FETÖ/PDY soruşturmalarından tutuklananlara eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinin verilmemesinin uygun olduğu şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir. Kararda, Bakanlık Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nün 22/1/2007 tarihli Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler Hakkında Genelgesi (Genelge) kapsamında İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının bu yönde yetkisinin bulunduğu ifade edilmiştir. Anılan Genelge'de hükümlü ve tutukluların işledikleri suçlara, kurumdaki davranışlarına, ilgi ve yeteneklerine göre gruplandırılarak güvenlik bakımından tehlike oluşturmadığı ölçüde iyileştirme programlarına katılabilecekleri belirtilmiştir. Yine Genelge'de iyileştirme programlarının amaca aykırı sonuçlar verdiği tespit edilen mahpuslar yönünden bu uygulamaya son verilebileceği veya gerekli değişikliklerin yapılabileceği ifade edilmiştir.

10. Başvurucunun söz konusu karara karşı yaptığı itiraz, Karşıyaka İnfaz Hâkimliğinin (İnfaz Hâkimliği) 26/4/2017 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının anılan kararının gerekçesi tekrarlanarak kararın mevzuata uygun şekilde verildiği belirtilmiştir.

11. İnfaz Hâkimliği kararına karşı yapılan itiraz, kararın usule ve mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesinin (Ağır Ceza Mahkemesi) 24/5/2017 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

12. Nihai karar 13/6/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucu 13/7/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

14. İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının 8/6/2018 tarihli kararıyla *"Tutuklular Hakkında Uygulanacak Eğitim ve İyileştirme Faaliyetlerinin Uygulanması"* başlıklı 19/10/2016 tarihli karar kaldırılmıştır. Kararda, FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklu bulunan kişilerin sayısı, hükümlü ve tutukluların kişisel özellikleri, Ceza İnfaz Kurumunun düzeni ile güvenliği dikkate alınarak yapılan değerlendirme neticesinde söz konusu kararın kaldırıldığı belirtilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

15. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Hapis cezalarının infazında gözetilecek ilkeler*" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

16. 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. “

17. 5275 sayılı Kanun’un “Kütüphaneden yararlanma” kenar başlıklı 61. maddesi şöyledir:

“(1) Ceza infaz kurumlarında, kurumun büyüklüğüne göre, kütüphane veya kitaplık oluşturulur. Kütüphanelerde veya kitaplıklarda verilen derslere kaynaklık edecek kitapların yanı sıra olanaklar ölçüsünde hükümlülerin boş zamanlarını değerlendirmelerini, okuma alışkanlığı edinmelerini ve kültür bakımından ufuklarını geliştirmelerini sağlayacak kitaplar da bulundurulur.

(2) Hükümlüye kurum kütüphanesinden yararlanma imkânı verilir.

(3) Bu hizmet, gezici kitaplıklarla da yerine getirilebilir.”

18. 5275 sayılı Kanun’un “Sürelî veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı” kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

“(1) Hükümlü, mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla sürelî ve süresiz yayınlardan bedelini ödeyerek yararlanma hakkına sahiptir.

(2) *Resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkartılan gazete, kitap ve basılı yayınlar, hükümlülere ücretsiz olarak ve serbestçe verilir. Eğitim ve öğretimine devam eden hükümlülerin ders kitapları denetime tâbi tutulamaz.*

(3) *Kurum güvenliğini tehlikeye düşüren veya müstehcen haber, yazı, fotoğraf ve yorumları kapsayan hiçbir yayın hükümlüye verilmez.”*

19. 5275 sayılı Kanun'un “Hükümlünün muayene ve tedavi istekleri” kenar başlıklı 71. maddesi şöyledir:

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

20. 5275 sayılı Kanun'un “Hükümlünün beslenmesi” kenar başlıklı 72. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Hükümlüye Adalet ve Sağlık bakanlıklarınca birlikte belirlenecek kalori esasına göre, sağlıklı ve güçlü kalması için nitelik ve nicelik olarak besleyici, sağlık koşullarına uygun, makul çeşitlilikte, yaş, sağlık, çalıştığı işin özelliği, dinî ve kültürel gerekleri göz önünde tutularak besin verilir ve içme suyu sağlanır.

(2) Hükümlü, kendisine verilen günlük besin ve ihtiyaç maddeleri dışındaki ihtiyaçlarını kurum kantininden sağlayabilir. Kantini bulunmayan kurumlarda, bu maddeler, idarenin izin ve kontrolü altında dışardan sağlanabilir.”

21. 5275 sayılı Kanun'un “Hükümlünün muayene ve tedavisi” kenar başlıklı 78. maddesi şöyledir:

“(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.

(3) Rızası olsa bile hiçbir hükümlü üzerinde tıbbî deney yapılamaz.”

22. 5275 sayılı Kanun’un “Sağlık denetimi” kenar başlıklı 79. maddesi şöyledir:

“(1) 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.”

23. 5275 sayılı Kanun’un “Hastaneye sevk” kenar başlıklı 80. maddesi şöyledir:

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

24. 5275 sayılı Kanun’un “İnfazı engelleyecek hastalık hâli” kenar başlıklı 81. maddesi şöyledir:

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

25. 5275 sayılı Kanun’un “İyileştirme programlarının belirlenmesi” kenar başlıklı 73. maddesi şöyledir:

“(1) Hükümlünün geçmişi, suçluluk nedenleri, suç sicili, fizik yeteneği ve ruhsal yapısı, kişisel doğası, arz edebileceği tehlike hâlleri, hapis cezasının süresi, salıverildikten sonraki beklentisi dikkate alınarak, toplumun hukuka uygun hareket eden ve üretken bir üyesi olarak yaşamını sürdürmesini sağlayacak ve bireysel ihtiyaçlarına uygun bir biçimde iyileştirme programları uygulanır. Bu programların hazırlanması ve uygulanması amacıyla ceza infaz kurumlarında eğitim ve psiko-sosyal hizmet servisleri oluşturulur.

(2) *Hükümlü, amaca uygun iyileştirme gereklerinin gerçekleştirilebileceği kurumlara veya bölümlere yerleştirilir.”*

26. 5275 sayılı Kanun’un “*Beden eğitimi*” kenar başlıklı 87. maddesi şöyledir:

“(1) Hükümlünün toplumsal, ruhsal ve bedensel gelişmelerini sağlamak amacıyla fizik ve ruhsal sağlık durumlarının elverdiği ölçüde spor, beden eğitimi ve eğlendirici etkinliklere katılmasına müsaade olunur ve olanaklar ölçüsünde yer ve araç sağlanır.

(2) Açık havada çalışmayan veya kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüye, hava koşulları elverdiği ölçüde, günde en az bir saat açık havada gezinmek olanağı verilir. Bu süre içerisinde bireysel spor da yapılabilir. Kurum dışındaki etkinliklere açık ceza infaz kurumları ile çocuk eğitimevlerinde bulunan hükümlüler katılabilirler.”

27. 5275 sayılı Kanun’un “*Tutukluların barındırılması*” kenar başlıklı 113. maddesi şöyledir:

“(1) Tutuklular, maddî olanaklar elverdiğince suç türlerine ve taşıdıkları güvenlik riskine göre ayrı odalarda barındırılırlar. Aralarında husumet bulunanlar ile iştirak hâlinde suç işlemiş olanlar aynı odalarda barındırılmazlar ve birbirleri ile temas etmelerini engelleyecek tedbirler alınır.”

28. 5275 sayılı Kanun’un “*Tutukluların yükümlülükleri*” kenar başlıklı 116. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Bu Kanunun; ... güvenlik ve iyileştirme programına ve sağlığın korunması kurallarına uyma, bina ve eşyaların korunması, ... kültür ve sanat etkinliklerine katılma, ifade özgürlüğü, kütüphaneden yararlanma, süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma hakkı, ... radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma hakkı, mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı, bu Kanunda sayılan günlerde dışarıdan gönderilen hediyeyi kabul etme hakkı, din ve vicdan özgürlüğü, muayene ve tedavi istekleri, hükümlülerin beslenmesi, iyileştirme programlarının belirlenmesi, hükümlülerin sayısı ve uygulanacak güvenlik tedbirleri, eğitim programları, öğretimden

yararlanma, muayene ve tedavileri, sağlık denetimi, hastaneye sevk, infazı engelleyecek hastalık hâli, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmeleri, ziyaret, yabancı hükümlüleri ziyaret, ziyaret ve görüşlerde uygulanacak esaslar, beden eğitimi, kütüphane ve kurslardan yararlanma konularında 9, 16, 21, 22, 26 ilâ 28, 34 ilâ 53, 55 ilâ 62, 66 ilâ 76 ve 78 ilâ 88 inci maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir.”

29. 20/3/2006 tarihli ve 2006/10218 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük’ün (İnfaz Tüzüğü) “İdare ve gözlem kurulunun görev ve yetkileri” kenar başlıklı 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendi şöyledir:

“f) İyileştirme programları kapsamında spor alanları, çok amaçlı salon, kütüphane ve iş atölyelerinden yararlanma gibi faaliyetlere katılabilecek durumdaki hükümlüler ile kurumun iç hizmetlerinde çalıştırılacak hükümlülerin belirlenmesi ile ilgili karar almak,”

30. 5275 sayılı Kanun gereğince Bakanlık Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan 22/1/2007 tarihli ve 45/1 No.lu Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler konulu Genelge’nin “Ortak Etkinlikler” başlıklı Üçüncü Bölüm’ünün ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Hükümlü ve tutuklular işledikleri suçlara, kurumdaki davranışlarına, ilgi ve yeteneklerine göre gruplandırılarak, güvenlik bakımından tehlike yaratmadığı ölçüde, kendileri için hazırlanmış iyileştirme programları çerçevesinde eğitim, spor, meslek kazandırma ve çalışma ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılırlar. Bu faaliyetler yüksek güvenlikli kurumlar ile diğer kurumların yüksek güvenlikli bölümlerinde on kişiyi aşmayacak gruplar hâlinde yürütülür. Programların süresi ve katılacak hükümlü tutuklu sayısı her programın özelliği, güvenlik koşulları ve kurumun olanakları dikkate alınarak idare ve gözlem kurulunca belirlenir. İyileştirme programlarının amaca aykırı sonuçlar verdiği tespit edilen hükümlü ve tutuklulardan bu uygulamaya son verilebilir veya gerekli değişiklikler yapılabilir.

(2) 13/12/2004 tarih ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un 102/1 maddesi ile Avrupa Konseyi Bakanlar

Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkındaki R (87) 3 sayılı Tavsiye Kararına Ek 70.1 maddesi ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararına Ek 7'nci maddesinde ifade edildiği üzere hükümlü ve tutukluların topluma uyum sağlama çabalarının desteklenmesi için özellikle aileleri, kişiler ve sosyal kuruluşlarla olan ilişkilerinin korunması ve geliştirilmesi ile eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinde kuruma yardımcı olmak üzere mümkün olduğunca toplumsal kuruluşlardan ve sosyal hizmet servislerinden yardım alınır.

(3) Ortak etkinliklere katılacak hükümlü ve tutukluların gruplandırılması, programların amaca aykırı sonuçlar verdiği tespit edilen hükümlü ve tutuklular yönünden uygulamaya son verilmesi veya gerekli değişikliklerin yapılması hususlarında idare ve gözlem kurulunca karar alınır.

(4) Kurumda kapalı ve açık spor alanı, çok amaçlı salon, kreş, kütüphane, çalışma atölyelerinden biri veya bir kaç bulunmadığı takdirde eğitim, spor, sosyal ve kültürel faaliyetler ile çalışma, mevcut olan alanlarda yaptırılır. Bu alanlardan hiç birinin bulunmaması durumunda, kurumun olanakları ölçüsünde uygun yerlerde bu çalışmalar için yer hazırlanır. Bu süre zarfında kendi oda ve koşulları kullandırılabilir.

...

(6) Ceza infaz kurumunda arama, denetleme, ziyaretve benzeri özel durumlardagünlük uygulama programı ertelenebilir. Deprem, yangın gibi olağanüstü durumlar ile açlık grevi, ölüm orucu, firar, ayaklanma gibi acil durumlarda idare ve gözlem kurulu programı kısa veya uzun süreli olarak durdurabilir.

...

(8) Programları hazırlayan servisler, gerekli gördüğü hâllerde, programın değiştirilmesi veya süreli olarak durdurulması hakkında bir değerlendirme raporu düzenleyerek derhâl kurum müdürüne sunar. Kurum müdürü en geç 7 gün içinde raporu idare ve gözlem kuruluna

İşkence ve Kötü Muamele Yasağına İlişkin Kararlar

intikal ettirerek, programın sürdürülmesi, değiştirilmesi veya süreli olarak durdurulması hakkında bir karar verilmesini ister. Programın değiştirilmesi veya süreli olarak durdurulması hakkında bir karar verilmesi hâlinde, yeni bir uygulama programı hazırlanır. İlgililer bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurabilir.

...

(10) Programlara katılım konusunda sürekli isteksiz davrananlar veya mazeretsiz olarak üç defadan fazla faaliyetlere katılmayanlar hakkında, idare ve gözlem kurulunca programlarını iptal yönünde karar verilebilir.

(11) Yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarında bulunan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükümlülerin sadece kendisiyle aynı ünite de kalan hükümlülerle birlikte, sınırlı olarak bu programlara katılmasına izin verilebilir.

(12) Tehlikeli hâlde olduğu saptanan hükümlü ve tutuklular, bu programlara on kişiyi aşacak gruplar hâlinde katılamaz.

(13) Güvenlik bakımından tehlike yaratmadığı ölçüde, idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenen istekli hükümlü ve tutuklular, 10 kişiyi aşmayacak gruplar hâlinde ve idarenin gözetiminde, açık görüş alanlarında veya diğer ortak yerlerdeki sosyal faaliyetler çerçevesinde haftada toplam 10 saati aşmamak üzere sohbet amacıyla bir araya getirilebilir. Bu faaliyet hafta içerisinde açık görüş, avukat ve ziyaretçi görüşlerini aksatmayacak şekilde yaptırılır.

(14) Hücreye koyma cezası alan hükümlü ve tutuklular, bu cezaları infaz edildikten sonra, diğer disiplin cezalarını alanlar ise cezalarının infaz koşulu aranmaksızın bu faaliyetlere katılır. Aynı hükümlü veya tutuklu birden çok programa katılabilir.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Kötü Muamele Yasağı Yönünden

31. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) “İnsan haklarına saygı yükümlülüğü” kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

“Yüksek Sözleşmecî Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.”

32. Sözleşme’nin “İşkence yasağı” kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

33. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme’nin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında kötü muamele yasağının demokratik toplumların en temel değeri olduğunu vurgulayarak 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 işlemleri yasakladığını belirtmiştir. Kötü muamele yasağının Sözleşme’nin 15. maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden kamusal tehlike hâlinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediği de içtihatlarda hatırlatılmıştır (*Selmouni/Fransa* [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 95; *Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 119).

34. AİHM, hükümlü ve tutukluların Sözleşme’de yer alan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahip olduğunu pek çok kararında yinelemiştir (*Hirst/Birleşik Krallık (No. 2)* [BD], B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 69). Bununla birlikte ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi kurumda güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir, makul gerekliliklerin olması durumunda sahip olunan haklar sınırlandırılabilir (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72..., 25/3/1983, §§ 99-105).

35. AİHM, Sözleşme’nin 3. maddesi çerçevesinde ceza infaz kurumunda tutulma koşullarını değerlendirirken başvurucular tarafından yapılan somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir (*Dougoz/Yunanistan*, B. No: 40907/98, 6/3/2001, § 46). Bu kapsamda önlemlerin şiddeti, süresi, amacı ve ilgili üzerindeki etkileri birlikte değerlendirilmelidir (*Van der Ven/Hollanda*, B. No: 50901/99, 4/2/2003, § 51).

36. AİHM'e göre infazın yöntemi ve infaz sürecindeki davranışların mahkûmları özgürlükten mahrum kalmanın doğal sonucu olan kaçınılmaz elem seviyesinden daha fazla sıkıntılı veya eziyetli bir duruma sokmaması gerekir. Ceza infaz kurumunda tutulmanın pratik gerekleri çerçevesinde mahkûmların sağlık ve esenlikleri gibi hususların yeterli bir şekilde güvence altına alınması ve gerekli tıbbi yardım sağlanması da insan onuruna yakışır şartların sağlanması için gereklidir (*Piechowicz/Polonya*, B. No: 20071/07, 17/4/2012, § 162).

37. 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; *Gäfgen/Almanya* [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, §§ 88-90; *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25/3/1993, § 30).

38. AİHM, başvuruya konu olaylarda başvuruçuların aşağılanmasını ve alçaltılmasını amaçlayan bir muameleyle dair herhangi belirtinin olmadığı hâllerde de muamelenin amacının mağdurları küçük düşürmek ya da alçaltmak olup olmadığı sorunu değerlendirmeye alınacak bir faktör olmasına rağmen böyle bir amacın yokluğunun Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline engel olmayacağını belirtmektedir. AİHM, başvuruçunun çok uzun bir süre katlanmak zorunda kaldığı tutukluluk koşullarının -somut olayın kendine özgü koşullarını dikkate alarak- ciddi ruhsal hastalık ve acıya neden olabileceğini, insanlık onurunu zedeleyebileceğini, aşağılanma ve alçaltılmaya neden olan böylesi duyguları ortaya çıkarabileceğini dikkate aldığını belirtmektedir (*Kalashnikov/Rusya*, B. No: 47095/99, 15/7/2002, § 101).

39. AİHM, bir ceza infaz kurumunun koşullarının yetersiz kaldığı iddiasını içeren bir başvuruyu incelemiştir. Hapis cezasının on yedi ayını söz konusu ceza infaz kurumunda geçiren başvuruç; kişisel alanının olmamasından, kötü sağlık ve hijyen koşullarından, yemeklerin kalitesiz olmasından, iş olanaklarının olmamasından, eğlence ve eğitim aktivitelerine erişimin yetersizliğinden şikâyetçi olmuştur (*Muršić/Hırvatistan* [BD], B. No: 7334/13, 20/10/2016, §§ 79-81). AİHM; tutulma süreleri, açık havada egzersiz yapma olanağı, mahpusların fiziksel ve

ruhsal durumları gibi ilgili faktörlerin tutulma koşullarının güvence altına alınmış olup olmadığına karar vermede önemli bir rol oynadığını hatırlatmıştır. Somut şikâyetleri inceleyen AİHM, başvurucunun gün içinde vaktinin bir kısmını egzersiz yapma imkânının da bulunduğu dışarıda bir alanda geçirebildiğini belirterek eğlence ve eğitim faaliyetleri ile ceza infaz kurumunun fiziki koşullarına ilişkin diğer hususlar birlikte değerlendirildiğinde tutulma koşullarının insanlık dışı veya onur kırıcı muamele oluşturduğunun söylenemeyeceğine karar vermiştir (*Muršić/Hrvatistan*, §§ 154-168).

40. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (11/1/2006 tarihli oturumda kabul edilmiş olan) Üye Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararı'na ek 27. maddenin ilgili kısımları şöyledir:

“27.1. Eğer hava koşulları elveriyorsa, her mahpusun günde en az bir saat açık havaya çıkarak egzersiz yapmasına fırsat verilmelidir.

27.2. Eğer hava elverişsiz olursa mahpusların egzersiz yapmalarına imkân sağlayan alternatif düzenlemeler yapılmalıdır.

27.3. Mahpusların bedensel sağlıklarını geliştirmek ve uygun egzersizler ile boş zaman etkinliklerine imkân sağlamak amacıyla doğru bir biçimde organize edilen faaliyetler cezaevi rejiminin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır.

27.4. Cezaevi yetkilileri uygun tesisat ve ekipman sağlayarak bu tür faaliyetleri kolaylaştırmalıdır.

27.5. Cezaevi yetkilileri ihtiyaç duyan mahpuslar için özel faaliyetler organize edilmesine yönelik düzenlemeler yapmalıdır.

27.6. Spor, oyunlar, kültürel faaliyetler, özel hobiler ve diğer boş zaman uğraşlarını kapsayan eğlendirici fırsatlar yaratılmalıdır ve mümkün olduğunca mahpusların bu etkinlikleri organize etmelerine izin verilmelidir.

27.7. Mahpusların egzersiz esnasında ve eğlendirici faaliyetlere katılmaları için birbirleriyle bir araya gelmelerine izin verilmelidir.”

41. Rec (2006) 2 Sayılı Tavsiye Kararı'na ek 28. maddenin ilgili kısımları şöyledir:

“28.1. Her cezaevi, mahpusların beklentilerini de dikkate alarak, bireysel eğitim ihtiyaçlarını karşılamak için onlara mümkün olabildiğince ayrıntılı ve anlaşılır eğitim programları sağlamaya çalışmalıdır.

28.2 Okuma yazma bilmeyen veya dört işlem yapamayan mahpuslar ile temel ya da mesleki eğitimden yoksun bulunanlara öncelik verilmelidir.

28.3. Genç mahpusların ve özel ihtiyacı bulunanların eğitimine özel dikkat gösterilmelidir.

28.4. Cezaevi rejimi içerisinde eğitim, çalışmadan daha düşük bir statüye sahip olmamalı ve eğitim faaliyetlerine katılan mahpuslar bu yüzden veya başka nedenlerle mali yönden dezavantajlı duruma düşmemelidirler.

28.5. Her kurumda mahpusların yararlanması için eğlendirici ve eğitsel kaynak, kitap ve diğer kitle iletişim araçlarıyla yeterli bir biçimde donatılmış zengin bir kütüphane bulunmalıdır.

28.6. Mümkün olabilen her durumda, cezaevi kütüphanesi toplumdaki kütüphane hizmetleriyle işbirliği yapılarak düzenlenmelidir.

28.7. Uygulanabildiği ölçüde mahpusların eğitimi;

a. Ülkenin eğitim ve mesleki eğitim sistemiyle bütünlük içerisinde olmalıdır. Böylece mahpuslar tahliyelerinden sonra herhangi bir zorlukla karşılaşmaksızın eğitim ve mesleki eğitimlerine devam edebilirler;

b. Dışarıdaki eğitim kurumlarının desteğiyle olmalıdır.”

2. Eşitlik İlkesi Yönünden

42. 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.”

43. AİHM, ayrımcılık yasağının Sözleşme’de güvence altına alınan bağımsız hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağladığını hatırlatmaktadır. AİHM’e göre her farklı muamele ayrımcılık yasağının ihlal edildiği anlamına gelmemektedir. Buna göre eş değer ya da benzer bir konumdaki başka insanlara imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanması gerekir (*Ünal Tekeli/Türkiye*, B. No: 29865/96, 22/2/2009, § 49; *Zarb Adami/Malta*, B. No: 17209/02, 20/6/2006, § 71).

44. AİHM’e göre farklı muamelenin Sözleşme’nin 14. maddesinin ihlaline neden olduğunun söylenebilmesi için nesnel ve makul bir nedenin olmaması gereklidir. AİHM, nesnel ve makul nedenlerin bulunup bulunmadığının demokratik toplumlarda geçerli olan ilkelere göre değerlendirileceğini belirtmiştir. AİHM’e göre Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlüklerin kullanımına yönelik olan farklı muamelenin meşru bir amacının olmasının yanında kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir oransal bağın da bulunması gerekir. Aksi durumda ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla AİHM’e göre temelde farklı olgusal durumların nesnel bir şekilde değerlendirilmesine dayanan, kamu yararı doğrultusunda toplumun menfaatlerinin korunması ile Sözleşme’de güvence altına alınan hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil bir denge kuran farklı muameleler yasaklanmamaktadır (*Ünal Tekeli/Türkiye*, §§ 50, 51).

45. Ayrıca AİHM, taraf devletlerin benzer durumlar arasındaki küçük farklılıkların hangi durumlarda farklı muameleyi gerekli kıldığının belirlenmesinde bir dereceye kadar takdir hakkına sahip olduklarını ve hakkın kapsamının konuya, konunun geçmişine ve olayın koşullarına göre değişebileceğini ifade etmiştir (*Ünal Tekeli/Türkiye*, § 52).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

46. Mahkemenin 18/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

47. Başvurucu, tutuklu olması nedeniyle başvuru harç ve giderlerini ödeyecek gelirin bulunmadığını belirterek adli yardımdan faydalandırılması talebinde bulunmuştur.

48. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir (*Mehmet Şerif Ay*, B. No: 2012/1181, 17/9/2013, §§ 22-27).

B. Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

49. Başvurucu;

i. İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının 19/10/2016 tarihli kararıyla spor alanları, kütüphane, iş yurtları ve çok amaçlı salondan yararlandırılmadığını, bu tür eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine katılmadığını belirterek tutulma koşullarının işkence boyutuna ulaşmış fiziksel ve ruhsal sorunlarını artırdığını iddia etmiştir.

ii. Bel ağrısı, kasık ağrısı, görme kaybı, kabızlık ve uyku sorunları yaşadığını, kütüphane imkânından alıkonulmasının da araştırma yapmasına ve zihnini meşgul etmesine engel oluşturduğunu ifade etmiştir.

iii. Anılan nedenlerle işkence ve kötü muamele yasağı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve ihlalin tespiti ile tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

2. Değerlendirme

50. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

51. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağılı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun şikâyetlerini dile getiriş biçimi dikkate alındığında iddialarının özü, tutuklu olarak bulunduğu Ceza İnfaz Kurumundaki eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakılmasının kötü muamele yasağını ihlal ettiğine ilişkindir. Bu nedenle başvuru kişinin tüm iddiaları, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağı kapsamında incelenmiştir.

52. Devletin bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmalarını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 81).

53. Diğer taraftan Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası ve Sözleşme'nin 3. maddesi herhangi bir sınırlama öngörmemektedir; işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaların yasaklanmasının mutlak mahiyetini belirtmektedir. Kötü muamele yasağının mutlak mahiyeti Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında belirtilen savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike hâlinde dahi istisna öngörmemiştir. Aynı şekilde Sözleşme'nin 15. maddesi benzer bir düzenleme ile kötü muamele yasağına ilişkin herhangi bir istisna öngörmemiştir (*Turan Günana*, B. No: 2013/3550, 19/11/2014, § 33).

54. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, devlet görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, kişiye normal olmayan bazı şeyleri yedirme, içirme gibi aşağılayıcı muameleler *insan haysiyetiyle bağdaşmayan* muamele olarak ortaya çıkabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 90). Hükümlü veya tutuklular, Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hukuka uygun olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkından mahrum bırakılabilirken (*İbrahim Uysal*, B. No: 2014/1711, 23/7/2014, §§ 29-33) genel olarak Anayasa ve Sözleşme'nin ortak alanı kapsamında kalan diğer temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Bununla birlikte ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi ceza infaz kurumunda güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir, makul gerekliliklerin olması durumunda sahip olunan haklar sınırlandırılabilir (*Turan Günana*, § 35).

55. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki “*Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” şeklindeki kural, hükümlü ve tutuklulara yönelik uygulamalar için de geçerlidir. Bu husus, 5275 sayılı Kanun'un “*İnfazda temel ilke*” kenar başlıklı 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında “*Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz.*” ve yine aynı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde “*Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında gerçekleştirilir.*” şeklindeki düzenlemelerde açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla mahkûmiyet veya tutuklama kararlarının infazında mahkûmlar veya tutuklular için sağlanacak şartlar insan onuruna saygıyı koruyacak nitelikte olmalıdır (*Turan Günana*, § 36).

56. Ceza infaz kurumlarında kötü muamele olarak kabul edilecek hususlar farklı şekillerde tezahür edebilir. Bunlar ceza infaz kurumu idaresi ve görevlilerinin kasıtlı davranışlarından kaynaklanabileceği gibi yönetim hataları veya yetersiz kaynaklar sebebiyle de ortaya çıkabilir. Bu nedenle mahkûmlar için bir ceza infaz kurumundaki yaşam tüm yönleriyle değerlendirilmelidir. Ceza infaz kurumlarındaki yaşam, mahkûmlara sunulan aktivitelerin genişliğinden mahkûmlar ve ceza infaz görevlileri arasındaki ilişkilerin genel durumuna kadar geniş bir alanda değerlendirilmelidir (*Turan Günana*, § 37). Anayasa'nın 17. maddesi, ceza infaz kurumunda 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 (*Turan Günana*, § 39).

57. Yukarıda ifade edilen tüm hususların yanında ilave olarak bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına

girebilmesi için asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olmasının gerektiğini ifade etmek gerekir. Her olayda asgari eşiğin aşılar 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).

58. Somut olayda başvuru, terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle tutuklanarak Menemen T Tipi Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur. Başvuru, eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakılmasından şikâyet etmektedir.

59. Öncelikle bir suç soruşturması ya da kovuşturması kapsamında tutuklanan veya ceza yargılaması sonucunda hakkında verilen hapis cezası kesinleşen mahpusların eğitim ve iyileştirme programlarından kısıtlanmasının tek başına Anayasa'nın 17. maddesine aykırı bir durum oluşturmadığını belirtmek gerekir. Disiplinin sağlanması ve güvenlik gerekçesiyle bu tür kısıtlamaların hayata geçirilmesi, tutuklama tedbirinin ve cezanın infazının doğasından kaynaklanabilir. Ancak tedbirin ya da infazın amacını aşacak, keyfiliğe ve aşırılığa kaçılarak mahpusların beden ve ruh sağlıklarını bozacak şekilde kişiyi eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakmanın asgari bir ağırlık derecesine ulaşmış olması koşuluyla Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamında kötü muamele oluşturabileceği göz ardı edilmemelidir.

60. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ceza infaz kurumlarında tutulma koşullarını değerlendirirken başvuru tarafından ileri sürülen somut olaylara ilişkin iddialarla birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi ve bu kapsamda önlemlerin şiddeti, amacı ve bireyler için sonuçlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini de kabul etmiştir (*Turan Günana*, § 38). Dolayısıyla her başvuruda somut olayın özel koşulları, iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakmanın niteliği ve süresi, amacı ve söz konusu kişi üzerindeki etkisi değerlendirilmelidir.

61. Somut olayda 20/3/2017 tarihinde tutuklanan başvuru, konulduğu Ceza İnfaz Kurumunda net olarak altmış metrekare kapalı alanı ve otuz beş metrekare havalandırma bahçesi bulunan odada tutulmaktadır. Mevzuat gereği başvuru, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye

Devletlere Avrupa Cezaevi Kuralları Hakkında Rec (2006) 2 sayılı Tavsiye Kararı'na ek 27. maddesinde de öngörüldüğü gibi günde en az bir saat havalandırma bahçesinde gezinme ve bu alanda bireysel olarak spor yapma imkânına sahiptir (bkz. §§ 26, 40). Ayrıca başvuru; sakıncalı olmaması koşuluyla süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkına, resmî kurumlar, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mahkemelerce yasaklanmamış olması koşuluyla Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan vakıflar ve kamu yararına çalışan dernekler tarafından çıkarılan gazete, kitap ve basılı yayınları edinme hakkına sahiptir (bkz. § 18).

62. Öte yandan diğer mahpuslar gibi başvuru da beden ve ruh sağlığının korunması ve hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbi araçlardan yararlanma hakkına sahip olduğu mevzuatta açıkça düzenlenmektedir (bkz. § 19). Bu konuda Sağlık Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşları görevli kılınmıştır (bkz. § 21). Ayrıca ilgili ceza infaz kurumunda görevli hekim tarafından kurumun ayda en az bir kez denetleneceği ve sağlık koşulları yönünden alınması gereken önerileri içeren bir rapor düzenleyeceği hüküm altına alınmıştır (bkz. § 22).

63. Somut başvuruda başvuru da açık ve kapalı spor salonları ile kütüphaneden yararlanma gibi eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakıldığı görülmektedir. Ceza İnfaz Kurumu; tutukluların güvenliğinin sağlanması, örgütsel faaliyetlerin engellenmesi, terör örgütleri tarafından bu kişilerin yönlendirilmesinin ve bu kişilere emir ve talimat verilmesinin önüne geçilmesi amacıyla söz konusu uygulamaya ihtiyaç duyulduğu yönünde bir gerekçe açıklamıştır (bkz. § 9). Bu kapsamda yapılan değerlendirmede, Ceza İnfaz Kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi ceza infaz kurumunda güvenliğinin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir, makul gerekliliklerin bulunduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan başvuru da günde en az bir saat açık havada gezinme imkânına sahip olduğu, bu süre zarfında açık havada egzersiz yapma gibi sportif faaliyetlerde bulunabileceği, kitap ve dergi dâhil sakıncalı olmayan her türlü süreli ya da süresiz yayına erişme ve bilgi edinme konusunda herhangi bir

engellemeyle karşılaşmadığı ve söz konusu geçici nitelikteki uygulamanın İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının 8/6/2018 tarihli kararıyla kaldırıldığı görülmektedir. Ayrıca başvurunun muzdarip olduğunu belirttiği hastalıklarının tedavisi ile ruh ve beden sağlığının korunması hususunda tıbbi destek alamadığına vedîş dünya ile makul ölçüde ilişki kuramadığına dair herhangi bir iddiası da bulunmamaktadır.

64. Somut olaya özgü şekilde tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde makul gerekliliklere dayanan geçici tedbir mahiyetindeki uygulamanın niteliğinden kaynaklanan ve tutukluluğa ilişkin kaçınılmaz olarak ortaya çıkan elemin ötesinde Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası yönünden asgari ağırlık derecesinin aşılmadığı sonucuna varılmıştır.

65. Açıklanan gerekçelerle kötü muamele yasağına yönelik bir ihlalin olmadığına açık olduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Kötü Muamele Yasağıyla Bağlantılı Olarak Eşitlik İlkesinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

66. Başvurucu; bu tür bir engellemenin yalnızca FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklanan kişilere yapıldığını, diğer tutuklu ve hükümlülere ayrımcı bir muamelede bulunulmadığını belirterek eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

67. Anayasa'nın "*Kanun önünde eşitlik*" kenar başlıklı 10. maddesinin birinci, dördüncü ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir...

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

68. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 iddiasının özü, mahpusların eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yararlandırılmasıyla ilgili olarak yapılan engellemenin yalnızca FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklu bulunan kişilere yönelik olduğudur. Başvurucunun bu yöndeki iddiasının Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak eşitlik ilkesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

69. Anayasa'nın 10. maddesi *ayrımcılık yasağı* biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir (AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996). Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir (*Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 108; *Nurcan Yolcu* [GK], B. No: 2013/9880, 11/11/2015, § 34).

70. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “herkes” ibaresi ile eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır. Ayrıca aynı fıkra “benzeri sebepler”le ayırım yapılamayacağı esası getirildiğinden ayrımcılık temellerinin yalnızca maddede sayılanlarla sınırlı olmadığı ifade edilmiş ve ayırım yapılamayacak konular genişletilmiştir (*Tuğba Arslan*, § 109).

71. Anayasa'nın 10. maddesi, eşitlik ilkesinden faydalanan kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” hükmü uyarınca Anayasa'nın “Genel Esaslar” bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu açıktır. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında yer alan “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamlar eşitlik ilkesine uygun davranmakla yükümlüdür (*Tuğba Arslan*, § 110; *Nurcan Yolcu*, § 35).

72. Anayasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında *“dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep”* sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında *“benzeri sebeplerle”* de ayırım gözetilmeyeceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın açıkça saydığı farklı muamele türlerini daha önemli gördüğü ve bu türden muamelelerin ancak *“çok önemli gerekçeler”* ile haklı kılınabileceği açıktır. Farklı muamele ne kadar ciddi kabul edilirse devletin bu farklı muameleyi haklı kılmak için daha önemli gerekçeler göstermesi gerekir. Başka bir deyişle potansiyel olarak ciddi bir ayrımcılık söz konusu olduğunda genellikle devlete tanınan takdir alanı daha dar olacaktır (Tuğba Arslan, §§ 145, 146; Nurcan Yolcu, § 36).

73. Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır:

“Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemi değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.” (AYM, E.2009/47, K.2011/51, 17/3/2011).

74. Belirtildiği üzere amacı, aynı hukuki durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak olan eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunan kişilere ayrı kuralların uygulanmasını yasaklamaktadır. Ancak demokratik bir toplum düzeninde söz konusu farklı muamelelerin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelede kullanılan yöntemin ölçülü olduğu durumlarda eşitlik ilkesinin zedelenmediği söylenemez. Dolayısıyla hukuksal durumları aynı olanlara yönelik farklı muamelenin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, farklı muamelenin öngörülen meşru amaç ile orantılı olduğu, diğer bir ifadeyle farklı muameleyle tabi

tutulan kişiye aşırı ve olağanın ötesinde bir külfet yüklediği hâllerde eşitlik ilkesi ihlal edilmeyecektir.

75. Şu hâlde eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin tespitinde aşağıdaki unsurların değerlendirilmesi gerekecektir:

i. Hukuksal durumları aynı olan kişi veya gruplara yönelik dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri temellerde farklı muamelede bulunulup bulunulmadığı

ii. Bu farklı muamelenin objektif ve makul sebeplere dayanıp dayanmadığı

iii. Farklı muamelenin ölçülü olup olmadığı

76. Başvurucu, terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle tutuklanarak Menemen T Tipi Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur. Başvurucu, kendisi gibi FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklu olarak söz konusu Ceza İnfaz Kurumunda bulunan kişilerin -diğer tutuklu ve hükümlülerden farklı olarak- eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yoksun bırakılmasından şikâyet etmektedir. Bu kapsamda somut başvuru açısından tespiti gereken hususlar; başvurucuya farklı bir muamelede bulunulup bulunulmadığı, farklı bir muamelenin varlığı tespit edilmişse bunun objektif ve makul sebeplere dayanıp dayanmadığı, farklı muamelede kullanılan yöntemin ölçülü olup olmadığıdır.

77. Somut olayda Ceza İnfaz Kurumu tarafından sağlık ve esenliklerinin korunması amacıyla mahpuslara, açık ve kapalı spor salonları ile kütüphaneden yararlanma gibi birtakım eğitim ve iyileştirme faaliyetlerine katılma imkânı sağlanmıştır. Ancak 19/10/2016 tarihinde alınan kararla FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklananların söz konusu eğitim ve iyileştirme faaliyetlerinden yararlanmalarına karar verildiği görülmektedir. Terör suçlarından tutuklu ya da hükümlü olanlar dâhil diğer mahpuslar hakkında bu yönde bir kısıtlama kararı alınmadığı ve yalnızca FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklanan kişilere eğitim ve iyileştirme faaliyeti verilmemesine karar verildiği dikkate alındığında bu durum başvurucuya yönelik farklı bir muamele teşkil etmektedir.

78. İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının anılan kararının gerekçesi incelendiğinde başvuruya konu uygulamayla FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklananların örgütsel faaliyetlerinin engellenmesinin, terör örgütünün bu kişileri yönlendirmesinin ve bu kişilere emir ve talimat verilmesinin önüne geçilmesinin, ayrıca tutukluların güvenliğinin sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir. Gerekçenin devamında OHAL sürecinin devam ettiği ve FETÖ/PDY soruşturmaları kapsamında tutuklanan kişilerin sayıca fazla olduğu belirtilerek herhangi bir güvenlik zafiyeti yaşanmaması amacıyla söz konusu tedbirin alındığı vurgulanmıştır.

79. FETÖ/PDY'nin yapısının karmaşıklığı ve örgütsel ilişkinin sıklığı ile OHAL kararının gerekçeleri dikkate alındığında söz konusu soruşturmalar kapsamında çok sayıda kişinin tutuklanması üzerine bu kişilerin aynı ceza infaz kurumlarında bir araya gelmesinin ve örgütsel faaliyetlerine devam etmelerinin muhtemel olduğu açıktır. Bu olası durumun engellenmesi amacını taşıyan söz konusu farklı muamelenin objektif ve makul sebeplere dayandığı kanaatine varılmıştır.

80. Farklı muamele kapsamında kullanılan yöntemin ölçülü olup olmadığı hususu, söz konusu farklı muameleyle ulaşılmak istenen amaç ile temel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının tespitinde önemli bir kriterdir. Somut başvuruda, bu dengenin kötü muamele yasağı yönünden ilgili kamusal makamlar tarafından sağlanıp sağlanmadığı irdelenmelidir. Somut olayda -daha önce belirtildiği gibi- başvurunun sınırlı imkan ve koşullarda da olsa spor yapabilme ve kitaplara erişebilme imkânının bulunduğu, ayrıca söz konusu uygulamanın geçici nitelikte olduğu görülmektedir (bkz. § 63). Dolayısıyla farklı muamelede kullanılan yöntemin ölçülü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

81. Sonuç olarak her ne kadar başvurucuya farklı bir muamelede bulunulduğu açık olsa da somut olaya konu muamelenin objektif ve makul bir sebebe dayandığı, kullanılan yöntemin ölçülü olduğu değerlendirilmiştir.

82. Açıklanan gerekçelerle kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak ele alınan eşitlik ilkesine ilişkin bir ihlalin olmadığı açık olduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının da *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. 1. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Kötü muamele yasağıyla bağlantılı olarak eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* 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 18/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

***KİŞİ HÜRRİYETİ VE GÜVENLİĞİ
HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR***



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ŞAHİN ALPAY BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/16092)

Karar Tarihi: 11/1/2018

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	: Bekir ÇAĞLAR
Başvurucu	: Şahin ALPAY
Vekili	: Av. Veysel OK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı hâlde matbu gerekçelerle tutuklanması ve tutukluluğa itirazın yeterli gerekçe

açıklanmadan reddedilmesi nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; yakın takip gerektiren sağlık sorunları dikkate alınmaksızın tutulması nedeniyle kötü muamele yasağının, gazetecilik faaliyeti ve ifade özgürlüğü kapsamındaki eylemlerin tutuklamaya konu edilmesi nedeniyle de ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/9/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyonu 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. Birinci Bölüm tarafından 26/12/2017 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. Tutuklama Yönünden

10. Başvurucu, kamuoyunca bilinen bir gazeteci ve yazardır.

11. Türkiye, 15 Temmuz 2016 gecesi askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış; bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl

ilan edilmesine karar verilmiştir. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye’de uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, şş 12-25).

12. Bu kapsamda FETÖ/PDY’nin kamu kurumlarındaki eğitim, sağlık, ticaret, sivil toplum ve medya gibi farklı alanlardaki yapılanmalarına yönelik ülke genelindesoruşturmalar yapılmış ve çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulanmıştır.

13. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucunun da aralarında bulunduğu ve çoğunluğgazeteci, yazar ve akademisyen olan kırk üçşüpheli hakkında FETÖ/PDY’nin medya yapılanmasıyla bağlantılı olarak soruşturma başlatılmıştır.

14. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı anılan soruşturma kapsamında 26/7/2016 tarihinde, başvurucunun konutunda terör örgütüyle bağını ortaya çıkaracak deliller ile suç konusu olabilecek diğer eşyalara el konulması amacıyla arama yapılmasına karar verilmesini talep etmiş ve bu talep İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından aynı tarihte kabul edilmiştir.

15. Ayrıca İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 26/7/2016 tarihinde bilinen adreslerinde bulunamamaları, yeni adreslerinin tespit edilememesi ve tüm aramalara rağmen ulaşılamamaları nedeniyle başvurucunun da aralarında bulunduğu şüpheliler hakkında tutuklamaya yönelik yakalama emri çıkarılması talebinde bulunmuş ve bu talep İstanbul 6. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından aynı tarihte kabul edilmiştir.

16. Başvurucunun ifadesi 30/7/2016 tarihinde İstanbul İl Emniyet Müdürlüğünde Cumhuriyet savcısı tarafından alınmıştır. İfade alma işlemi sırasında İstanbul Barosunca görevlendirilen müdafii de hazır bulunmuştur. İfade tutanağında belirtildiğine göre ifade alma işlemi öncesinde, isnat edilen suçlar başvurucuya açıklanmıştır. İfadesine esas olmak üzere başvurucuya, darbe girişiminde bulunan FEFÖ/PDY’nin yapısının nasıl olduğu, örgütün yayın organlarında veya diğer alanlarda kendisine bir görev verilip verilmediği, örgütün medya organlarının yayın politikasının nasıl şekillendiği

ve örgüt liderinin yayın organları ile irtibatının nasıl sağlandığı, örgüt lideri ile irtibatının bulunup bulunmadığı ve örgüt liderini ziyaret edip etmediği, darbe girişiminden önceden haberdar olup olmadığı şeklindeBaşsavcılık tarafından sorular yöneltmiştir.

17. Başvurucu ifadesinde, isnat edilen suçlamaları kabul etmemiş ve sorulara karşı özetle aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

“... Fetullah GÜLENİ tanıdım. 1996 ve 1997 senelerinde gazeteci grubuyla birlikte o zamanlar fevkelade meşhur ve olumlu tanınan bir insandı. Bizde merakla kendisini tanımak için bir grup gazeteciyle birlikte yanılmıyorsam 2 defa ziyaretine gittik. Kendisini yanılmıyorsam Bağlarbaşı’nda bulunan FEM Dersanesinde ziyarete gittik. Bir defada Amerika’da Princeton Üniversitesine 2007 yılında Konferans vermek için davet almıştım, o vesileyle Pensilvanya’da bulunan yerine gittim. Çünkü kendisi 2006 yılında hakkında yürütülen Laik Düzeni Devirmeye Teşebbüsten olan davadan beraat etmişti. Kendisini yıllar sonra tekrardan görmek adına ziyaretine gittim. Asla bahsettiğiniz yapının içerisinde yer almadım, söz konusu dahi değildir. Bu yapıdan kesinlikle bir talimat almadım. Telefonda kendisiyle görüşmüşlüğüm yoktur ...

... 2002’den 2016’ya kadar yani gazete [Zaman gazetesi] kapanana kadar dışarıdan telif ile köşe yazarlığı yaptım. Kadrolu değildim. Bunun dışında da başka bir görevde bulunmadım ...

... [yayın politikası] profesyonel Gazeteciler tarafından şekillendirilir. ...

...gerek Zaman Gazetesi gerekse Samanyolu TV Gülen’e saygı duyan insanların çıkarmış olduğu yayın organları, ama Gülen’inburada herhangi bir pozisyonu yok ...

... Biz M.A. ve E.K. ile birlikte 2006’dan 2015’e kadar akıl defteri diye bir program yaptık. Bu programı Mehtap TV’de yapıyorduk ... ben o tarihe kadar ne terörle ilgili ne gizli yapılanmayla ilgili herhangi bir şey kulağıma gelmemişti. Bilmiyordum böyle bir şey. Üstelik ben Siyaset Bilimciyim.

... Ben bütün yazılarımda Türkiye’de demokrasinin yani yöneticilerin seçimle geldiği seçimle gittiği, yönetenlerin anayasaya ve hukuk devletine

saygı gösterdiği insan haklarının saygı gördüğü etnik dinsel bütün azınlıkların haklarından yararlandığı avrupa birliği standartlarında bir özgürlükçü ve çoğulcu düzenin yerleşmesini savundum. Bu açıdan bakınca 15 Temmuzda başımıza gelen darbe girişimi Türkiye'nin geleceğini karartan bir eylem olmuştur. Kim karıştıysa bu eyleme lanetliyorum. Bence işin esası bu zaten."

18. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı aynı tarihte başvurucuyla birlikte altı şüpheliyi, tutuklanması talebiyle İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir. Tutuklama talep yazısında "Şüphelilerin üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunduğu ... nitekim 15/07/2016 tarihinde örgüt lideri Fetullah GÜLEN'in talimatı ile darbe girişiminde bulunulduğu, şüphelilerin Zaman Gazetesinde yazdıkları dönemlerde darbe girişiminde bulunan örgütü destekleyici övücü, güzel göstermeye yönelik konuşmalar ve yazılar yazdıkları, şüphelilerin övdükleri örgütün ve örgüt liderinin de neler yaptığı 15/07/2016 tarihinde net olarak ortaya çıktığı, şüphelilerin örgüt lideri ve yöneticileri ile fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ettikleri, örgüt üyelerinin bir çoğunun haklarında yakalama kararı olmasına rağmen kaçtıkları, dolayısıyla bu şüphelilerin de kaçma kuvvetli şüphesi bulunduğuanlaşımakla; şüphelilerin üzerlerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yasada yazılı cezanın üst haddi dikkate alınarak 5271 sayılı CMK'nın 100. vd. maddeleri uyarınca TUTUKLANMALARINA ..." karar verilmesi istenmiştir.

19. Savcılığın talep yazısı, sorgu işlemi öncesinde İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvurucuya okunmuştur. Ayrıca sorgu tutanağında, başvurucuya isnat edilen suçların okunup anlatıldığı da belirtilmiştir. Bu sırada başvurucunun iki avukatı hazır bulunmuştur. Başvurucu, sorgu sırasında Savcılık tarafından alınan ifadesini tekrar ettiğini belirtmiş ve ek olarak "... laik bir ortamda kemalist bir birey olarak yetiştirildim, böyle bir aileye mensubum ... sosyalist fikirler benimsedim 12 mart zede oldum, 12 mart zedeliliğim benim İsveç'e gitmeme neden olmuştur. Doktoramı ... tamamladım, hayat görüşüm ve siyasi görüşlerim burada değişmiştir. Demokratik düzenin geçerliliğine kani oldum, 1980 ler başında yurduma döndüm bu sefer 12 eylül darbesi oldu. 10 yıl kadar Cumhuriyet gazetesinde editör yazar olarak çalıştım, CHP grup danışmanı ... oldum, Sabah gazetesinde ... Milliyet gazetesinde de 7

yıl boyunca editörlük ve yazarlık yaptım. Yazarlık hayatım boyunca da sadece demokratik bir düzen ve avrupa birliği standartlarına uygun yaşamamıza yöneliktir. Askeri darbelere karşı duruşum vardır yazılarım bu yöndedir ... 2002 senesinde Zaman gazetesinde yazar olmam hususunda teklif aldım, bu dönem siyasetçilerinin Gülen hareketine sempati ile bakmakta olduğundan bu teklifi kabul ettim, fikirlerimi yazmak amacım vardı. Zaman gazetesi bana bu imkanı sunduğu için kabul ettim ... bu zaman içerisinde bu F. Gülen isimli kişiye bu kadar sempati duyulması nedeni ile merak ettim ve araştırdım. Vardığım kanıda da F. Gülen 'in farklılığa saygı duyan modern bir islam anlayışı içinde olduğu yönünde oldu ... bu görüşümü son olaylara kadar korudum. Ben bu hareketin bir terör örgütü olduğu veya bu tür bir karanlık yüzü olduğuna dair her hangi bir görüşüm veya bilgim olmamıştır. 15 temmuzda meydana gelen olayların arkasında olmasına dair güçlü deliller olması bende büyük bir aldatılmışlık hissi uyandırmıştır. Demokrasimize indirilen en ağır darbe girişimin arkasına Gülen hareketinin olmasına zon derece üzüldüm, lanetliyorum, darbeyi savunmuyorum. Benim ne meslek hayatımda ne aile hayatımda her hangi bir cemaatin mensup olmak veya darbe girişimine müdahil olmak gibi bir durumum söz konusu değildir ..." şeklinde beyanda bulunmuştur.

20. İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğince 30/7/2016 tarihinde, başvurusunun da aralarında bulunduğu şüphelilerin silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmasına karar verilmiştir. Hâkimlik "... 15/7/2016 tarihinde FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyelerinin silahlı kuvvetler içerisindeki unsurlarının ülke yönetimine yöneticilerine ve anayasal kurumlarına kalkışma yaptıkları, sonrasında yapılan soruşturmalar neticesinde ve daha önce yapılan soruşturmalar neticesinde şüphelilerin yazı yazdıkları bu silahlı yapıya mensup olduğu tespit edilen Zaman Gazetesi'nde bu yapıyı övücü yazılar yazdıkları, ve emniyet ve yargı makamlarının bu yapıya yönelik soruşturmasını eleştiren akamete uğratan yazılar yazdıkları, gazete yöneticileri olan E.D. hakkında silahlı örgüt mensubiyetinden dava açıldığı halde yine yazılarına devam ettikleri, bu nedenle bu yapıya ilişkin silahlı unsurların bulunduğunu bildikleri halde aynı yapı içerisinde bulunmaya devam ettikleri, özellikle 17 aralık olarak bilinen süreçten sonra dahi ısrarlı bu yapıyı övücü yazılarının süre geldiği ve örgütün amaçları doğrultusunda propaganda faaliyeti yürüttükleri, yine şüphelilerin sosyal paylaşım hesaplarından da buna ilişkin katkılarını sürdürdükleri, kalkışmayı mazur gösteren yazılar yazdıkları ve bu

örgütün mensuplarını sahiplenen açıklamalar yaptıkları, kamu oyununda onların masumiyetleri yönünde algı oluşturdıkları, örgütün silahlı unsurlarının 15/7/2016 gecesi ortaya çıktığı bu tarihten önce kamuoyunda bu örgütün silahlı kalkışma yapacağına dair güçlü anlatımlar ve bilgilendirmeler olmasına rağmen şüphelilerin katkılarını devam ettirdikleri, sonrasında çalıştıkları gazetenin bu yapıya ait yayın organı olması nedeni ile kapatılmış olduğu...” şeklindeki değerlendirme ile başvuru yönünden silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varmıştır.

21. Kararın tutuklama koşullarına ilişkin bölümü ise şöyledir:

“... şüphelilerin üzerlerine atılı suçun CMK 100. maddesine sayılan ve tutuklama sebepleri var kabul edilen suçlardan olduğu ayrıca bu yapının medya ayağı yönündeki soruşturmalarda çok sayıda şüphelinin yurt dışına kaçmış olduğu, en başta bu gazetenin eski yöneticisi olan E.D.nin ... adli kontrol hükümlerine tabii olduğu halde aynı suçtan yurt dışına kaçtığı, atılı suç yönünden OHAL ‘in ülkede devam ettiği ve delillerin toplanması sürecinin devam ettiği, bu durumda şüpheliler hakkında adli kontrol hükümlerinin yetersiz kalacağı anlaşıldığından şüphelilerin CMK 100 ve devamı maddeleri gereğince AYRI AYRI TUTUKLANMALARINA [karar verildi.]”

22. Başvurucu 5/8/2016 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde; isnat edilen eylemlerin gazetecilik faaliyeti olduğunu ve suç teşkil etmediğini, kaldı ki 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu’nda özel olarak düzenlenmiş dört aylık dava açma süresi geçtikten sonra hakkında soruşturma açılıp tutuklandığını dile getirmiştir.

23. İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliğiince 8/8/2016 tarihinde, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda *“dosyada tutukluluk hâlinin sonlandırılmasını gerektirecek yeni bir delil bulunmadığı”* gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

24. Başvurucu, anılan kararı 16/8/2016 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

25. Başvurucu 8/9/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

26. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 10/4/2017 tarihli iddianamesi ile başvuruçunun anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, Türkiye Büyük Millet Meclisini (TBMM) ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamede başvuruçusu dışında yirmi dokuz şüpheli hakkında da benzer suçlardan cezalandırma talebinde bulunulmuştur.

27. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 24/4/2017 tarihinde, iddianamenin kabulüne karar vermiş ve E.2017/112 sayılı dosya üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır.

28. İddianamede ilk olarak FETÖ/PDY'nin kuruluşu, amacı, yöntem ve stratejisi, hiyerarşik yapısı, istihbarat ağı, mali yapısı ve gelir kaynakları, silahlı gücü, emniyet ve yargı yapılanmasını kullanarak gerçekleştirdiği bazı yasa dışı faaliyetlere yönelik iddialaradeğnilmiştir. Sonrasında FETÖ/PDY'nin medyadaki yapılanmasına ve faaliyetlerine yer verilmiş; özellikle bu yapılanmanın, medya unsurlarının kamuoyunca bilinen isimleriyle “Tahşiye”, “17/25 Aralık”, “MİT tırları” ve “Selam-Tevhid-Kudüs Ordusu” soruşturmalarına ilişkin etkilerine dair açıklamalar yapılmıştır.

29. Cumhuriyet savcısı, başvuruçunun da aralarında bulunduğu şüphelilerin FETÖ/PDY'nin medya gücünü oluşturduklarını, örgütün genel amacı doğrultusunda anayasal düzeni, TBMM'yi ve Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmak için örgüt stratejisi ve hiyerarşisi içinde rollerini yerine getirerek üzerlerine atılı suçları işlediklerini ileri sürmüştür. Başvuruçunun da aralarında bulunduğu şüpheliler yönünden Savcılık tarafından yapılan hukuki değerlendirmenin ilgili bölümü şöyledir:

“...

Şüpheliler M.T., A.B., İ.K., A.T.A., M.Ü., Şahin ALPAY, N.U., L.S., O.K.C., ve İ.D.D. FETÖ-PDY medya organlarında görev yapan köşe yazarlarının; yazı başlıklarının ve yazılarından seçilen kısımların ‘cimbızla çekilip’ alınmadığı, konjonktürel ve tarihi perspektifle bakıldığında bu yazılardaki

ifadelerin ‘mecaz’ ya da ‘metafor’ olarak izah edilemeyeceği, genel olarak operasyonların ve yargı sürecinin devam ettiği dönemlerde kaleme alınan yazılarda Hükümete sadece muhalefet yapılmadığı veya eleştiri yöneltilmediği; görünürde suç unsuruna rastlanılmayan yazılarında dahi basın ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak devlet yetkililerinin ve kurumlarının haklarını ihlal niteliğinde ifadeler kullandıkları ya da ön hazırlık niteliğinde yazılar yazdıkları; şüpheli yazarların genel itibariyle de süreç içerisinde böyle bir duruş sergiledikleri, basın ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aşarak devlet yetkililerinin ve kurumlarının haklarını ihlal niteliğinde ifadeler kullanarak örgüt amacına hizmet ettikleri; ulusal güvenliği tehdit edebilecek, toplum huzurunu, toplumsal barışı ve asayışı bozabilecek beyanlarda bulundukları, askeri darbe çağrısında bulunmaktan çekinmedikleri, bu haliyle şüpheli yazarların gerek suç unsuru ihtiva ettiği tespit edilen yazılarıyla gerek tek başına suç unsuru olduğu belirlenememekle birlikte örgütsel hedef ve amacı tamamlayan yazılarla FETÖ-PDY terör örgütü hiyerarşisi içerisindeki görevlerini yerine getirdikleri,

...

Bu şekilde ... şüphelilerin FETÖ-PDY silahlı terör örgütünün medya gücünü oluşturdukları ... üzerlerine atılı suçları işledikleri anlaşılmıştır.”

30. İddianamede, genelde suçlamalara konu olan gazete yazılarının yayın tarihlerine ve başlıklarına yer verilip bu yazıların hangi amaçla yazıldığına değinilmiştir. Başvurucu yönünden bu suçlamaların Zaman gazetesindeki yazılarına dayandırıldığı görülmektedir. Bu yazılar, bunlara ilişkin Savcılığın iddianamedeki değerlendirmeleri ve başvurucunun kovuşturma aşamasındaki savunmaları şöyledir:

i. 21 Aralık 2013 Tarihli “Din Savaşıymış” Başlıklı Yazı

- Anılan yazının içeriği şöyledir:

“Ne zaman bir kriz yaşansa yabancı basındaki yorumlara daha fazla zaman ayırıyorum. Çünkü bunların bir kısmı aydınlatıcı, çoğu da eğlendirici oluyor.

Sözde 'AK' Parti hükümetinin 4 bakanını, bir kamu bankası genel müdürünü ve bir belediye başkanını kapsayan rüşvet ve yolsuzluk soruşturmasını yorumlayan bir yazının başlığı 'Din Savaşı...' Türkiye'de birçok kimse de böyle düşünüyor. Peki öyle mi?

Bana göre yaşanan şu: Türkiye'nin 21. yüzyılda tanık olduğu tüm mücadeleler temelinde Kemalizm'in tanımladığı otoriter modernleşmeden, kabaca AB kriterleriyle tanımlanabilecek liberal modernleşmeye geçiş sürecinin sancıları. Bir yanda tek-parti yönetimi olarak başlayıp askerî vesayete dönüşen rejimi, otoriter laikliği ve topluma dayatılan tek kimlik politikaları ile Eski Türkiye var. Öte yanda demokrasiyi, insan haklarını, hukuk devletini ve azınlıklara saygıyı yerleştirmeye çalışan Yeni Türkiye.

21. yüzyılın kabaca ilk on yılında Başbakan Erdoğan'ın başında olduğu AKP hükümeti, AB'ye katılımı programının merkezine koyarak Yeni Türkiye'nin öncülüğünü üstlendi, çok da yol almasını sağladı. Başta Eski Türkiye'nin mağdurları olmak üzere çok farklı (siyasi, iktisadi, kültürel) güçler, her biri kendi özellikleri ve beklentileriyle Erdoğan ve partisinin mücadelesine destek verdiler. Yeni Türkiye ittifakı, en geniş ifadesini 2010 referandumunda buldu (% 58 evet). Bu ittifak, AKP'nin dindarlığından değil ama ekonominin liberalleşmesinden hoşnut sermaye gruplarından, siyasi rolünün ne ülkeye ne de askere yaradığı bilincine varan askerlere kadar uzandı.

21. yüzyılın ikinci on yılında, bütünüyle AKP'nin değil ama Başbakan'ın gündemi Yeni Türkiye olmaktan çıktı. Erdoğan, 2011 seçimlerinde % 50'ye yakın oy almasının, darbe girişimlerini savuşturmuş, askerî vesayetin fiilen bitirilmiş olduğu varsayımıyla, kendi gündemini uygulamaya koyuldu: 2023 yılında Türkiye'yi dünyanın en büyük on ekonomisinden biri yapmak için bütün iktidarı kendi elinde toplamalı, Putin kadar güçlü olmalıydı. Kuvvetler ayrılığının ayağına dolanmayacağı 'Türk usulü başkanlık' sistemi bu arayışın en vezir ifadesiydi. Artık II. Abdülhamit ve Atatürk geleneğinde otoriter reformcu olabileceğini düşünmeye, demokrasi seçimden ibarettir demeye başladı. Medyada eleştirel sesleri susturma çabasına girdi. Eski Türkiye ile bağlarını tamire girişti. Kürt sorununu çözüyormuş gibi yapmaya başladı. Bir yüzüyle İslami Kemalist görünümü alırken, öteki yüzüyle Milli Görüşçü Erdoğan imajını diriltti; İslami popülizmin dozunu artırdı.

Erdoğan'ın başbakanlıkta üçüncü dönemi, giderek Lord Acton'ın 'İktidar yozlaştırır, mutlak iktidar mutlak yozlaştırır...' sözünü andırır oldu. İş sonunda, iktidarlarının sınırsız olduğuna inanan yakınlarının, son skandalla ortaya çıktığı gibi, gırtlaklarına kadar yolsuzluğa batmasına kadar vardı. Erdoğan'ın performansı, hemen her kesimde bölünme ve toplumda kutuplaşmaya yol açtı. Kendi partisi dahi birliğini koruyamaz oldu. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül ile gittikçe açığa çıkan görüş ayrılıkları, partisinden istifalar ve yükselen itirazlar bunun işaretleri.

Yeni Türkiye özleminin Erdoğan'a teslim olmayacağını ilk büyük işareti geçen yazın Gezi Parkı gösterileriydi. İkinci büyük sinyali ise, görevlerine bağlı savcı ve polislerin başlattıkları şimdiki büyük rüşvet ve yolsuzluk soruşturması. Bu gelişmeler Eski ve Yeni Türkiye ittifaklarının yeniden mevzilenmelerine ve ikisi arasındaki mücadelenin keskinleşmesine yol açıyor. Yani olan biten din savaşı değil, Eski-Yeni Türkiye kavgası."

- Savcılık, kamuoyunca "17-25 Aralık soruşturmaları" olarak bilinen dönemde Zaman gazetesinde yazan köşe ve haber yazarlarının davaya müdahil olarak algı mühendisliğine katkıda bulunduğunu, başvurusunun da aynı kapsamda bu yazıyı yazdığını ileri sürmüştür.

- Başvurucu; bu yazısında AK Parti Hükûmetinin Avrupa Birliği'ne katılım programını merkezine koyarak yeni Türkiye'nin öncülüğünü üstlendiğini, başta eski Türkiye'nin mağdurları olmak üzere çok farklı siyasi, iktisadi kültürel güçlerin her biri kendi özellikleri ve beklentileriyle AK Partiye destek verdiğini, bu itifakın çok geniş tabana yayıldığını belirttiğini, yabancı basında çıkan Türkiye'de yaşananları "din savaşı" olarak niteleyen bir yorumu eleştirmekle yazısına başladığını, Hükûmetin 2002-2011 arasındaki reformlarından bahsettiğini ve 2011'den sonraki "otoriterleşme"yi eleştirdiğini, AK Parti Hükûmetinin ilk iki iktidar döneminde yaptığı hizmetlere değinerek başlangıçtaki gündemine dönmesi çağrısında bulunduğunu savunmuştur.

ii. 24 Aralık 2013 Tarihli "Cumhurbaşkanı Seyirci Kalamaz" Başlıklı Yazı

- Anılan yazının içeriği şöyledir:

“18 Aralık Çarşamba günü gazeteler, İstanbul Başsavcı Yardımcılığının talimatıyla başlatılan ve üç bakanın oğulları, bürokratlar ve işadamları dahil 51 kişinin, polis takibindeki 3 ayrı dosya nedeniyle gözaltına alındığı ‘Büyük rüşvet ve yolsuzluk’ operasyonunu duyurdular.

Medyaya sızan bilgilere göre 87 milyar Euro civarında kara para aklanmış, hazine 150 milyon doların üzerinde zarara uğratılmıştı. Kimi sanıkların aldıkları milyonlarca dolar rüşvet paralarını evlerinde, ayakkabı kutularında sakladıkları kamuoyuna intikal etti.

Soruşturmaya sonradan dahil edilen iki yeni savcının da imzasıyla tutuklanma talebiyle mahkemeye sevk edilenlerden, rüşvet aldıkları iddia edilen İçişleri ve Ekonomi Bakanlarının oğulları, Halk Bankası Genel Müdürü ile rüşvet dağıttığı iddia edilen İran Azeri kökenli bir şahıs dahil 24 kişi tutuklandı. Evet, yargılama sonuçlanana kadar sanıklar suçlu ilan edilemez. Ancak emniyetin 14 aydır devam eden takip sonucunda yapıldığı ve delilleri karartma girişimlerinin fark edilmesi üzerine erkene alındığı bildirilen operasyonun sağlam delillere dayandığını varsaymak için yeterli neden var.

Kamuoyunun Başbakan’ın ve hükümetin soruşturmalar karşısında nasıl bir tavır takınacaklarına dair merakı kısa sürede giderildi. Her ne kadar bazı AKP ve hükümet sözcüleri ilk saatlerde, yolsuzluk soruşturmasında sonuna kadar gidileceğine, operasyonun Hizmet Hareketi’ne fatura edilemeyeceğine dair beyanlarda bulundularsa da, Başbakan Erdoğan kısa süren bir sessizliğin ardından, operasyonun uydurma delillere dayanarak kendisini ve hükümetini yıpratmak amacıyla, uçları dışarıya (ABD, İsrail’e) ve içeriye (Hizmet Hareketi’ne) uzanan bir oyun olduğunu, bakanlarına tuzak kurulduğunu ileri sürerek soruşturmaya karşı saldırıya geçti.

Başbakan, ‘paralel devlet’ adını verdiği ve 2004’ten bu yana fişlediği Hizmet Hareketi mensuplarını idareden tasfiye edeceğini çok sert sözlerle ilan etti. Bundan az sonra Başbakan’dan aldıkları cesaretle, muhalefetin soruşturmanın selameti bakımından istifa etmelerini istediği bakanlar arka arkaya ‘alınlarının ak, başlarının dik’ olduğunu söylemeye başladılar.

Bu arada İstanbul Emniyet Müdürü başta olmak üzere İstanbul’da ve yurt sathında 135 dolayında emniyet müdürü, amiri görevlerinden alındı.

İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ne acilen vekaleten atanan Aksaray valisi, Başbakan'ın uçağıyla hemen İstanbul'a getirildi. Ardından Adli Kolluk Yönetmeliği değiştirildi: emniyetin kanun gereği gizli yürütülmesi gereken soruşturmalar hakkında amirlerine ve başsavcıya bilgi verme zorunluluğu getirildi. Böylelikle yargı bağımsızlığı açıkça çiğnendi. Ardından basın mensuplarının emniyet müdürlüklerine girmeleri yasaklandı. Cumhuriyet tarihinin belki en büyük yolsuzluk soruşturmasının hükümet tarafından örtbas edilmeye çalışıldığı izlenimi doğdu. Bu izlenimin kamuoyunda büyük bir infiale yol açması ihtimali giderek büyüyor.

Şimdi gözler yürürlükte olan anayasa gereği devletin başı ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyeti'ni temsil eden, anayasanın uygulanmasından sorumlu olan Cumhurbaşkanı'na çevrilmiş bulunuyor. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül şu ana kadar mayıs ayından bu yana önüne getirilen bir atama kararnamesi olmadığını açıklamaktan öteye bir adım atmadı. Oysa ülke çok ciddi bir siyasi krizle karşı karşıya. Cumhurbaşkanı, olan bitene seyirci kalmaz, zira iddiaların etkin bir şekilde soruşturulması gerek demokratik rejimin, gerekse ekonominin sağlığı açısından şart. Sayın Cumhurbaşkanı, ilgili bakanların derhal istifasını istemeli, soruşturmanın hukuk devletine uygun bir şekilde yürütülmesi, örtbas edilmemesi için gerekeni yapmalıdır.”

- Savcılık, başvurucunun yazısında gerçekleri çarpıtarak Başbakan'ın “cemaate” [FETÖ/PDY] karşı saldırıya geçtiğini belirttiğini, emniyette yapılan atamaların ve Adli Kolluk Yönetmeliği'nin değiştirilmesinin Cumhuriyet tarihinin belki en büyük yolsuzluk soruşturmasının Hükümet tarafından örtbas edilmeye çalışıldığı izlenimi doğurduğunu ifade ettiğini, Cumhurbaşkanı'nın yaşananlara seyirci kalmaması gerektiğini söyleyerek kurumlar arasında çatışma yaratmayı hedeflediğini ileri sürmüştür.

- Başvurucu, bu yazısında iddia edilenin aksine Cumhurbaşkanı'na anayasal düzenin korunması ve yolsuzluk soruşturmalarının hukuk devleti ilkelerine uygun olarak sürdürülmesi için üzerine düşeni yapma çağrısında bulunduğunu savunmuştur.

iii. 28 Aralık 2013 Tarihli “*Erdoğan ile Batı Arasında*” Başlıklı Yazı

-Anılan yazının içeriği şöyledir:

“Geçenlerde Brezilya’dan yazan bir okurum soruyordu: ‘Türkiye’de Taksim/Gezi Parkı gösterileriyle, Ukrayna’da Maidan (Bağımsızlık Meydanı) gösterileri arasında paralellik kurulabilir mi? Türkiye’nin AB’ye katılım sürecinde karşılaştığı güçlükler Erdoğan’ın otoriterliğe kaymasında etkili olmuş olabilir mi?’ Cevaplarım şöyle oldu:

Evet, İstanbul’da geçen yazın Gezi Parkı gösterileriyle, Kiev’de Maidan gösterileri arasında kimi paralellikler kurulabilir. İkisinde de eğitimli orta sınıflardan genç kuşaklar AB standartlarında özgürlük ve demokrasi talebinde buluşuyor. İkisinde de hükümet protestocuları sert polis müdahalesiyle ve yandaş gösterileriyle bastırmaya teşebbüs etti. Her iki toplum da bugün AB ile bütünleşmeden yana olanlar ile buna sıcak bakmayanlar arasında bölünmüş görünüyor.

Evet, Erdoğan’ın otoriterliğe yönelmesinde AB’nin 60 yıldır Avrupa’ya entegre olma arayışındaki Türkiye’yi itmesinin bir ölçüde rolü olduğu söylenebilir. Eğer AB, Türkiye’nin Birliğe katılımına kararlı destek vermiş olsaydı Ankara Kopenhag kriterlerini çoktan yerine getirmiş olabilirdi. Ancak bu bir spekülasyon. Erdoğan’ın otoriterliğe yönelmesinin esas nedeni başka yerde.

Başbakan Erdoğan, son genel seçimlerde oyların yarısını almasından ve askerinin siyasî rolünü bitirdiğine kani olmasından sonra, iktidarını yerleştirdiğine hükmetti ve şişirilmiş bir özgüvenle davranmaya başladı. Ülke için en iyisini kendisinin bildiğine, bunun için bütün gücün kendisinin elinde toplanması gerektiğine karar verdi. Muhalefetin zayıflığından da yararlanarak, her istediğini yapabileceğini, ancak seçimden seçime halka hesap vermek durumunda olduğunu savunmaya başladı. Putinvari, keyfî ve buyurgan bir yönetime yöneldi, bunu ‘Türk usulü başkanlık’ sistemiyle tahkim arayışına girdi.

Ne var ki, genel olarak ‘Batı’dan uzaklaşma yanlısı bir İslamcı’ olduğunu savunanlardan hayli farklı olarak ben, Erdoğan’ın esasta bir İslami/dini milliyetçi olduğu kanısındayım. Erdoğan’ın Putin’e ‘Bizi Şanghay örgütüne alın da bu AB sıkıntısından kurtulalım’ şeklindeki sözlerinin, AB’ye rest çekmekten ziyade katılım müzakerelerinin yolunun tıkanmasına duyduğu öfkeyi yansıttığı söylenebilir. Uzun menzilli savunma füzeleri ihalesi

için Çin’le yapılmış olan ön anlaşma da Batılı şirketleri daha iyi koşullar önermeye teşvik amaçlı bir taktik olabilir. Erdoğan hükümeti, son haftalarda Ermenistan’la diplomatik ilişkiyi kuracak, sınırları açacak protokollerin raftan indirilmesi ve Kıbrıs sorununun çözümü için Yunanistan’la görüşmeleri canlandırmaya yöneldi; İsrail ile ilişkilerin tamirine yönelik işaretler dahi verildi. Zaten, başta hangi hükümet olursa olsun Ankara’nın, bir yandan Batı ittifakına bağlılığı ve AB bütünleşmesi hedefini korurken, öte yandan her alanda ulusal çıkarlara ağırlık vereceği muhakkak. Hükümetlerin ulusal çıkarların korunmasında ne ölçüde başarılı olacakları, tabii, ayrı bir konu.

Erdoğan’ın gerek hükümetine yönelik Gezi/Taksim gösterilerinden, gerekse savcıların başlattığı ‘Büyük rüşvet ve yolsuzluk’ operasyonundan ‘iç’ (Hizmet Hareketi) ve ‘dış’ düşmanları (AB, ABD, İsrail) sorumlu tutan popülist demagojiye başvurusu ise, yanlışlarıyla yüzleşmekten kaçınan, bunları örtbas etmeye çabalayan, bu yüzden giderek zorda kalan tüm otoriter yöneticilerin başvurduğu klasik taktik. Bu beyanlarıyla Erdoğan’ın dışişleri bakanlığını dahi zor durumda bırakarak ülkenin dış ilişkilerine zarar verdiği muhakkak. Bu taktiğin iktidarını korumaya yeteceği konusundaki kuşku ise giderek büyüyor.”

- Savcılık, bu yazının örgütün medya ayağınca yürütülen algı mühendisliğine katkıda bulunmak amacıyla yazıldığını ileri sürmüştür.

- Başvurucu, bu yazısında AK Parti Hükümetinin çalışmalarını engellemeyi veya Hükümeti ortadan kaldırmayı kesinlikle kastetmediğini, aksine Hükümetin Ermenistan ile diplomatik ilişki kurarak, İsrail ile ilişkilerin tamirine yönelerek ve Kıbrıs sorununun çözümü için Yunanistan ile görüşmeleri canlandırmaya başlayarak ulusal çıkarlara uygun adımlar attığının altını çizdiğini, hangi hükümet olursa olsun bir yandan Batı ittifakına bağlılık ve Avrupa Birliği bütünleşmesi hedeflenirken öte yandan da her alanda ulusal çıkarlara ağırlık verilmesi gerektiğini belirttiğini savunmuştur.

iv. 8 Şubat 2014 Tarihli “Evet, Suç da Ceza da Şahsidir” Başlıklı Yazı

- Anılan yazının içeriği şöyledir:

“Başbakan Erdoğan, Almanya’da ‘Yolsuzluk soruşturması ekonomiye güveni sarsabilir mi?’ sorusu üzerine, kişisel olarak yolsuzluk olabileceğini, ama yönetimin yolsuzluk yaptığı iddiasının doğru olmadığını söylemiş.

Başbakan, haklıdır. İnsan haklarına dayalı hukuk devletin geçerli olduğu ülkelerde, suç da ceza da şahsidir, kişiseldir; yani insanlar ne topluca suçlanabilir, ne de topluca cezalandırılabilir.

Ayrıca, yargılama sonucu suçlu olduğuna hükmedilene kadar kişi, suçsuz kabul edilir. Yolsuzluk yaptığı iddia edilen AKP hükümeti değil, bu hükümetin haklarında fezleke hazırlanan üyeleridir. Suçları mahkemece sabit görülene kadar, suçsuz sayılırlar. Ne var ki, adil bir şekilde yargılanmalarını mümkün kılmak için Başbakan'ın isteğiyle görevlerinden istifa etmişlerdir. Dokunulmazlıklarının kaldırılması gerekir.

Evet, Başbakan haklıdır. Ama söylediklerine bir nebze dahi inanmadığı besbelli. Neredeyse her gün yaptığı öfkeli konuşmalarda Fethullah Gülen Hocaefendi'yi ve esin kaynağı olduğu Hizmet Hareketi'ni, 'cemaat'i topluca, rüşvet ve yolsuzluk soruşturması ile AKP hükümetine karşı bir 'darbe' hazırlayan 'paralel devlet, çete, örgüt, gözü dönmüş Haşhaşiler...' şeklinde suçlamaktan geri durmuyor.

Bu toplu suçlamalar haksız ve hukuksuzdur. Yargı ve emniyet mensupları arasında Hizmet Hareketi'ne, 'cemaat'e yakınlık duyanlar olabilir ve muhakkak vardır. Hizmet Hareketi'ne yakınlık duymak suç değildir ve olamaz. Ancak bu kimseler arasında, iddia edildiği gibi, üstlerinden değil Hizmet Hareketi'nden aldıkları talimatla davrananlar varsa, elbette ki bunların delil ve belgeleriyle yargı önüne çıkarılmaları; adil bir şekilde yargılanmaları için görevden el çektirilmeleri; yargı suçlu olduklarına karar verdiği takdirde de yasaların öngördüğü cezalara çarptırılmalıdır.

Bütün bunlarda en küçük bir tereddüt yoktur, ama Başbakan ve yakın çevresinin Hizmet Hareketi'ni toplu olarak suçlaması, bu suçlamadan hareketle bir cadı avı başlatması, 5 bin polisi ve yüzlerce savcıyı yerlerinden etmesi ne demokratik ahlakla bağdaşır, ne de hukuk devleti kavramıyla. Bu bağlamda, bir yandan yolsuzluk iddialarına konu olan bakanların hesap vermelerini (haklı olarak) talep eden kimi çevrelerin, öte yandan Başbakan ve yakın çevresinin Hizmet Hareketi'ne yönelik 'paralel devlet' suçlamasını ağızlarından düşürmemeleri, adeta 'Cemaate ölüm!' çıgıllıkları atmaları da ne demokratik ahlakla, ne laiklikle, ne de hukuk devleti kavramıyla bağdaşır.

Şüphesiz ki, yolsuzlukla suçlanan tümüyle AKP hükümeti değildir. Hükümetin sorumluluğu adli değil siyasidir. Yolsuzlukların ve giderek artan otoriterleşmenin siyasi hesabını soracak olan da, elbette ki önümüzdeki seçimlerde Türkiye halkıdır. Ne var ki, yolsuzluk suçlaması altında olan hükümet üyelerinden biri de bizzat Başbakan. Yargı kararıyla yürütülen yolsuzluk soruşturması, Başbakan'ın da anayasa ve yasalarla, demokratik ahlakla ve hukuk devletiyle bağdaşmaz davranışlar içinde olduğuna işaret etmekte.

Eğer Türkiye normal bir demokrasi olsaydı, sadece verilecek ihaleler karşılığında bir medya grubunu satın almaları için işadamlarına talimat verdiği iddiası bile konunun adil bir şekilde soruşturulması için Başbakan'ın istifasını gerektirirdi. Nitekim, dokunulmazlığının kaldırılması için hakkında fezleke düzenlenen bakanlardan biri, Başbakan'ı 'bu milleti ve vatani rahatlatmak için' istifaya çağırıyordu. Bu eski bakanın partisinden ve milletvekilliğinden istifadan cayıp Başbakan'dan özür dilemesi, sözünün ağırlığını ortadan kaldırmıyor."

- Savcılık bu yazının örgütamaçları doğrultusunda algı mühendisliğine katkı sunmak amacıyla yazıldığını ileri sürmüştür.

- Başvurucu; bu yazısında Başbakan'ın sözlerine ilişkin değerlendirme yaptığını, insan haklarına dayalı hukuk devletinin geçerli olduğu ülkelerde suç ve cezanın şahsi olduğunu, yargılama sonucu suçlu olduğuna hükmedilene kadar kişinin suçsuz kabul edildiğini, yolsuzluk yaptığı iddia edilenin AK Parti Hükümeti değil bu haklarında fezleke hazırlanan Hükümet üyeleri olduğunu, bu kişilerin suçları mahkemece sabit görülene kadar suçsuzsayılacaklarını, dokunulmazlıklarının kaldırılması gerektiğini, "hizmet hareketi"ne yakınlık duymanın suç olamayacağını ancak bu kimseler arasında iddia edildiği gibi üstlerinden değil "hizmet hareketi"nden aldıkları talimat ile davrananlar varsa yargının önüne çıkarılmaları ve adil bir şekilde yargılanmaları için görevden el çektilirmeleri, suçlu olduklarına mahkemelerce karar verildiği takdirde de yasaların öngördüğü cezalara çarptırılmaları gerektiğini belirttiğini, bu ifadelerleanayasal düzeni ve hukuk devletinin korunması gerektiğini söylediğini savunmuştur.

v. 1 Mart 2014 Tarihli”Bu Millet Bidon Kafalı Değildir” Başlıklı Yazı

- Anılan yazının içeriği şöyledir:

“Yaklaşık üç yıl öncesinden başlayarak Erdoğan ve kliğinin niyetlerinin iyi olmadığı belli olmuştu. ‘Türk usulü başkanlık’ adı altında, Rusya’dakine benzer bir tek adam rejimi kurma arayışında olduğu görülmüştü.

Muhtemelen yakın zamana kadar, kolaylıkla kazanacaklarını hesapladıkları önümüzdeki üç seçimden sonra bu ideallerini gerçekleştirebileceklerini tasavvur ediyorlardı.

Ne var ki hesap edemedikleri bir şey oldu ve 17 Aralık 2013’te, İstanbul’da savcıların 14 ay önce başlattıkları, MİT’in 8 ay önce kendilerini uyardığı, Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en büyük rüşvet ve yolsuzluk soruşturmasına yakalandılar. Ve, soruşturmayı örtbas etme ve iktidarlarını sürdürme telaşıyla, seçimler sonrasına bıraktıkları projeyi, belki bugüne kadar düşünmedikleri boyutlarıyla, şimdiden uygulamaya koydular. Bizzat Başbakan’ı ve ailesini de kapsadığı giderek anlaşılan soruşturmanın bir iftira, (kullanışlı bir bahane olduğuna inandırıldıkları) ‘paralel devlet, paralel yapı, Fethullahçı çete’ tarafından girilmiş bir darbe olduğu iddiasını ortaya attılar. Binlerce polisi, yüzlerce savcı ve yargıcı yerlerinden ettiler. Kabul ettikleri internet yasası, HSYK yasası, kabul etmeye hazırlandıkları MİT yasası, oluşturdıkları ‘havuz medyası’ ve aldıkları öteki yasal ve idari önlemlerle, Türkiye’yi polis devletini andıran bir düzene doğru götürmek istiyorlar.

Şimdi Türkiye’nin akli başında bütün insanların zihninde şu soru var: Erdoğan ve kliği iktidarda kalabilir, Türkiye’yi bir polis devletine çevirebilir mi? Benim cevabım net ve açık. Hayır, asla! Erdoğan ve kliği, tarihin en büyük yolsuzluk soruşturmasını adım adım örtbas ediyor, izlerini siliyor, her gün yalan üzerine yalan uyduruyor, böylelikle eninde sonunda yargılanmaktan kurtulacağını sanıyor olabilir. Ama milletin vicdanında çoktan mahkûm oldu.

Millet’in giderek büyüyen bir çoğunluğu, (Erdoğan’ın tanımıyla ‘milli irade’) artık bu kliğin arkasında değil. Oyları giderek yükselen muhalefet partileri, Erdoğan ve kliği hakkında hükümlerini verdi. Ortaya çıkan pislikten

sonra, istifa edip yargılanmasını talep ediyor. CHP lideri, 'Hırsızdan başbakan olmaz' dedi. MHP Başkanı, 'Başbakan, hırsızlığı inkâr eden yüzüstülüğünün hesabını vermelidir...' dedi. BDP lideri, 'Bu iktidarla yürümek imkânsız hale geldi' dedi. Bu kliğin çözüm sürecine de engel olduğu giderek daha iyi anlaşılmakta. Sivil toplumun giderek safları genişleyen kesimleri, Erdoğan ve kliğinin istifa edip yargılanmasını istiyor. ABD yönetimi, Türkiye'deki yolsuzluk skandalını ve bunu örtbas için yapılan insan hakları ihlallerini teşhir ediyor. AB üyelik müzakerelerini askıya almaya hiç bu kadar yakın gelmedi. Erdoğan ve kliği, ne yazık, dünya gözünde itibarımızı iki paralık ediyor.

Eminim, Parlamento'daki AKP grubunun siyasi kaderini kliğe bağlı görmeyen çoğunluğu kara kara, partilerinin bu badireyi nasıl atlatacağını düşünüyor. AKP'ye oy vermiş olan yurttaşlarımızın giderek büyüyen kesimi Erdoğan ve kliğinden uzaklaşıyor. İnancılı yurttaşların giderek artan bir bölümü, 'Müslümanlık ile yolsuzluk, yalancılık bağdaşmaz...' diyor.

Görünen köy kılavuz istemez: Ne yaparsa yapsın, Erdoğan ve kliğinin iktidarının sonu gözökmüştür. Türkiye halkı, bu millet 'bidon kafalı' değildir! Türkiye halkı artık ne asker sopasıyla ne de polis sopasıyla yönetilmek istiyor; haklarına hukukuna sahip çıkıyor. Bu halk 'bidon kafalı' olduğu için AKP'yi iktidara getirmedi; 'bidon kafalı' olmadığı için Erdoğan ve kliğinin iktidarına son vermeyi bilecek, 'milletin anasını bellemesine' izin vermeyecektir."

- Savcılık, bu yazının örgütün medya ayağınca örgüt amaçları doğrultusunda yürütülen algı mühendisliği kapsamında yazıldığını ileri sürmüştür.

- Başvurucu; milletin ne asker ne de polis sopası ile yönetilmek istediğini, bu nedenle hukukuna sahip çıkacağını ifade etmek amacıyla bu yazıyı yazdığını savunmuştur.

vi. 29 Mart 2014 Tarihli "Çıkar Yol Erdoğansız Hükûmet" Başlıklı Yazı

- Anılan yazının içeriği şöyledir:

"Yerel seçim kampanyası temelinde 'demokrasi seçimden ibarettir' deyip giderek otoriterleşen Tayyip Erdoğan ve yandaşlarıyla demokrasinin seçim kadar hukuk devleti demek olduğunu savunan muhalifleri arasında geçti.

Çevresine topladığı kimi siyasiler, bürokratlar ve iş adamlarından oluşan bir klikle birlikte Cumhuriyet tarihinin en büyük rüşvet ve yolsuzluk soruşturmasına konu olan Erdoğan, 'bu seçimden birinci parti olarak çıkarsam, halk beni aklamış olur' diyerek yargı önünde hesap vermekten kaçabileceğini iddia ediyor. Evet bu, hukuk devletinin bir süre için askıya alınmasıyla mümkün olabilir. Ama sadece demokrasinin işlemesi halinde dahi, Erdoğan ve kliği bir gün yargılanmaktan kurtulamaz. Nedenlerini en iyi Yargıtay eski başkanı Prof. Dr. S.S., Zaman'da izah etti.

Evet, sadece demokrasinin işlemesi halinde dahi Erdoğan ve kliği bir gün yargılanacaktır. Çünkü AKP oylarında gerileme başlamıştır ve önümüzde biri cumhurbaşkanlığı diğeri parlamento için daha iki seçim var. Çünkü Türkiye, Erdoğan ve kliğinin sandığı kadar ilkel bir toplum değildir. Türkiye'de otoriterleşme ve yozlaşmaya karşı tavır alan muhalefet partileri, sivil toplum, medya, sosyal medya, hukuk devletine bağlı savcılar ve yargıçlar yanında Türkiye'nin en az 60 yıldır parçası olduğu demokratik ülkeler topluluğu var... Çünkü Erdoğan ve kliğine AKP bile katlanamaz; akıl, izan, vicdan sahibi bir AKP de var. Bütün bunları, uzun değil orta vadede bile susturmak; 'iftira, kumpas' diyerek herkesi, her zaman aldatmak mümkün değildir. Yalancının mumu yatsıya kadar yanar. Türkiye halkı sonunda, ilk iki dönemindeki hizmetleri ne olursa olsun, ayakta kalmak için ulusal güvenliğimizi tehlikeye atmaktan dahi çekinmeyecek tıynetle bir başbakanla devam edilemeyeceğini görecektir.

Evet, Türkiye, Erdoğan ve kliğinin sandığı kadar ilkel bir toplum değildir. Bugün için gerçekçi görünmeyebilir, ama Erdoğan'ın hakkındaki ağır iddialar nedeniyle er geç istifa ederek, kliğiyle birlikte yargılanması, bu şekilde aklanacaksa aklanması aksi takdirde ceza alması kaçınılmazdır. Şurası bir gerçek ki, Türkiye'nin yeni bir hükümete ihtiyacı var. Tüm halkın ve devletin temsilcisi olan, mevcut Anayasa'ya göre yürütmenin başı ve gerektiğinde Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmek dahil çeşitli yetkileri olan Sayın Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'e büyük sorumluluk düşüyor. Sayın Cumhurbaşkanı, başta 'Demokrasi sadece seçim demek değildir...' diyerek, bu hükümetin otoriterleşmesi ve hukuk dışına kaymasından duyduğu kaygıları çeşitli vesilelerle dile getirdi. Adalet ve Kalkınma Partisi TBMM grubu da Türkiye'yi bu denli hukuk dışına çıkaran, toplumu bu denli

kutuplaştıran, ülke güvenliğini bu denli sarsan bir hükümete katlanamaz, katlanmamalıdır.

Dolaylı yollarla da olsa rüşvet ve yolsuzluk iddialarının soruşturulması gerektiğini söyleyen, yasakçılığa karşı çıkan Sayın Bülent Arınç'ın omuzlarında da büyük bir sorumluluk var. Türkiye'nin referansının Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği normları olduğunun her fırsatta altını çizen Sayın Ali Babacan ve partinin öteki önde gelenleri de büyük sorumluluk taşıyor.

Parlamente sistemi AKP grubuna Erdoğan hükümeti hakkında güvensizlik oyu verip, Erdoğan'sız bir AKP hükümeti kurma imkânı tanıyor. Bu hükümeti pekala Sayın Arınç ya da Sayın Babacan kurabilir; halkın hükümete güvenini tazeleyebilir. Şüphesiz ki yarın yapılacak yerel seçimlerden sonra ülkeyi bugün içine düştüğü kargaşadan kurtarmanın, dünyada ve yurtda yönetime güven sağlamanın en demokratik ve etkin yolu bu olur.”

- Savcılık, örgütçe yürütülen algı mühendisliği faaliyetleri kapsamında başvuruçunun bu yazıyı yazdığını ileri sürmüştür.

- Başvuruçucu; muhalefet partilerinin liderlerinin yolsuzluk iddialarıyla ilgili olarak Hükümeti eleştirdikleri ve hakkında soruşturma yürütülen bakanlardan birinin Başbakan'ı istifaya çağırdığı bir siyasi ortamda bu yazıyı kaleme aldığını, ayrıca parlamente demokratik sistemi içinde gerekirse aynı parti içinde başka kişilerce yeni bir hükümet kurulması için çağrı yaptığını, bu yazıda anayasal düzeni bozma, Hükümeti veya TBMM'yi çalışamaz hâle getirmeye yönelik ya da herhangi bir şekilde ifade özgürlüğünün sınırlarını aşan bir yorumda bulunmadığını savunmuştur.

31. Başvuruçucu kovuşturma aşamasında alınan savunmasında ayrıca şu genel açıklamalarda bulunmuştur:

i. Yaşam tarzı ve inançları gereği herhangi bir dinî cemaat veya gruba üye olmasının söz konusu olamayacağını vurgulamıştır.

ii. Kasım 2002'den itibaren davet üzerine Zaman gazetesinde haftada üç gün, Ocak 2007'den itibaren de Today's Zaman gazetesinde haftada bir gün telif karşılığı köşe yazısı yazmaya başladığını, bu yayın organlarında hiçbir zaman idari bir görev almadığını ifade etmiştir.

iii. “Gülen hareketini” (FETÖ/PDY) kamuoyuna yansıyan yüzüyle tanıdığını, bu yapıya ilişkin bilgilerini medya kuruluşları ile bu yapının yurt içinde ve yurt dışında açtığı okullara heyetlerle yaptığı ziyaretlerden ve bir kısmına katıldığı “Abant Platformu” toplantılarından edindiğini belirtmiştir.

iv. Başvurucu, 15 Temmuz darbe girişimine kadar bu yapının gayrimeşru işlere karışan bir karanlık yüzü olduğunun bilincinde olmadığını, kendisinin sivil yönetimi savunduğunu ve tüm hayatı boyunca askerî darbelere karşı çıktığını, bu sebeple anılan yapının mensuplarının darbe girişimine karışmış olduklarına dair emarelerin kendisinde derin bir yanılmışlık duygusu oluşturduğunu, nitekim 15 Temmuz darbe teşebbüsünü ilk günden itibaren lanetlediğini, ayrıca teşebbüsten bir gün önce askerî vesayete karşı olduğuna dair bir yazı yazdığını beyan etmiştir.

32. Başvurucunun savunmasında dile getirdiği, Yarına Bakış gazetesinde 14/7/2016 tarihinde yayımlanan “*Muhalefetin Sefaleti*” başlıklı yazısının ilgili bölümü şöyledir:

“ ...

Tek-adam rejimini ayakta tutmaya yarayan, belki en az yukarıda sayılanlar kadar etkili olan faktör, muhalefetin sefaleti. O cephede de gelişmeler var. Söz konusu sefalet, her şeyden önce muhalefet partilerinin (kendi bekalarının da güvencesi olan) demokrasiyi savunmak için dahi bir araya gelme, güç birliği yapma yeteneğinden uzak olmalarıyla ilgili. Sefaletin ikinci boyutu ise, her birinin kendi içinde giderilmesi güç bölünmelerle malul olmaları.

... [Yazının bu kısmında muhalefet partilerine yönelik ayrı ayrı değerlendirmeler yapılmıştır.]

Erdoğan partisinin Türkiye’yi götürmekte olduğu otokratik rejim ve parçalanmaya karşı kimi sivil toplum kuruluşlarının ‘Demokrasi Cephesi’ oluşturma çabası içinde oldukları görülüyor. Bu girişimlerin herhangi bir ölçüde sonuç verebilmesi için (AİHM eski yargıcı ve CHP eski milletvekili) R.T.nin dediği gibi, ‘AKP’ye itirazı olan ayrımsız herkesin’ katıldığı, ‘farklılıkların saklı tutulduğu’ bir güç birliğinin gerçekleşmesi

gerekir. (Bunun iyi bir örneğini ‘Biliyor muydunuz: Gazetecilik suç değil’ kampanyasını yürütenler verdi.) Aksi takdirde bu girişimlerden bir sonuç çıkmayacağını söylemek kehanet olmaz.

‘Ulusalçılar’ askeri vesayete dönüş çağrılarını yapıyor olabilirler. Ne var ki, bu ülkede askeri vesayet uzun yıllar denendi; neticede bugün karşı karşıya olduğumuz faciayı hazırladı. Tek çıkış yolumuz otokrasiye karşı özgürlükçü ve çoğulcu demokrasi için mücadele. Bir umut hâlâ, AKP içinde partinin ‘fabrika ayarlarına’ (parti programına) dönüş için başlatılabilecek bir diriliş hareketi.”

33. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemesinde derdesttir ve başvurucunun tutukluluk durumu devam etmektedir.

B. Tutulma Koşulları Yönünden

34. Başvurucu; farklı tarihlerde verdiği dilekçelerle prediyabet, koroner arter, hiperlipidemi, hipertansiyon, hiperürisemi, multinodüler guatr, uyku apnesi, kalp damarlarında ve beyne giden damarlarda tıkanıklık rahatsızlıkları bulunduğunu, ceza infaz kurumu koşullarında bu hastalıklarının kontrolünün ve tedavisinin mümkün olmadığını, düzenli bakıma ihtiyacı olduğunu, sağlığı ve can güvenliği açısından hastaneye sevkinin gerektiğini belirterek adli makamlardan sağlık hizmetlerine erişiminin sağlanmasını ve tahliyesini talep etmiştir.

35. Başvurucu; ceza infaz kurumunda tutulmasının yaşamı bakımından yakın ve ciddi bir tehlike oluşturduğunu, sağlık durumuna ilişkin şikâyetlerinin değerlendirilmediğini belirterek Anayasa Mahkemesinden tedbir kararı verilmesi talebinde bulunmuştur.

36. Başvurucu; tutuklanmadan önce sağlık durumunun yakından takip edildiğini, ceza infaz kurumu koşullarında bu takibin yapılamayacağını belirterek tıbbi durumuna ilişkin bir rapor sunmuştur. Bu raporda; başvurucuya 1998 yılında iyi huylu prostat büyümesi teşhisi konulduğu, 2009 yılında yapılan biyopside malignite (kötü huylu tümör) saptanmadığı, üç ay arayla PSA takibi yapılması gerektiği belirtilmiştir. Başvurucunun adli makamlara sunduğunu ileri sürdüğü diğer sağlık raporlarına başvuru formu ve eklerinde rastlanmamıştır.

37. Anayasa Mahkemesi, başvuru tarafından sunulan bilgilerin tedbir talebini sağlıklı bir şekilde karara bağlamaya yeterli nitelikte olmadığını gözeterek -benzer olaylarda takip ettiği usule uygun olarak- başvuru hakkındaki soruşturmayı başlatan İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığından ve başvurunun tutulmakta olduğu Silivri Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan (Ceza İnfaz Kurumu) 14/10/2016 tarihli müzekkereler ile başvurunun sağlık nedeniyle tutuklama tedbirinin sonlandırılması ve/veya sağlık kuruluşuna sevkinin sağlanması hususunda adli makamlardan bir talebi olup olmadığı, talebi varsa bu doğrultuda hangi işlemlerin yapıldığı, hastalığının tedavisi veya kontrolü ile ilgili tutulduğu Ceza İnfaz Kurumunca herhangi bir işlem yapılıp yapılmadığı, burada hangi koşullarda tutulduğu ve sağlık hizmetlerine erişiminin mümkün olup olmadığı hususlarında bilgi ve belge talebinde bulunmuştur.

38. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından sunulan 18/10/2016 tarihli yazıda başvurunun Adli Tıp Kurumuna sevk edilmeyi talep etmediği belirtilmiş ve başvurunun buna ilişkin dilekçelerinin örnekleri gönderilmiştir.

39. Bunun yanı sıra Ceza İnfaz Kurumunun 17/10/2016 ve 25/10/2016 tarihli yazıları eklerinde başvurunun sağlık durumuna ve hakkında yürütülen tedavi sürecine ilişkin bilgi ve belgeler Anayasa Mahkemesine iletilmiştir. Anılan bilgi ve belgelerin başvuru formu ve eklerinde yer almadığı anlaşılmış olup bunlaraşğıda özetlenmiştir:

i. Başvuru 3/10/2016 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğüne dilekçe vererek çeşitli rahatsızlıklarından dolayı doktor ziyaretinde bulunmayı talep etmiş, 4/10/2016 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu Aile Hekimliğine muayeneye çıkarılmış, önceden prostat büyümesi olduğunu ve bunun takip edilmesi gerektiğini belirtmiş, Ceza İnfaz Kurumu Devlet Hastanesi Üroloji Polikliniğine sevk edilmesine karar verilmiştir.

ii. Başvuru, hastaneye gitmek istemediğine dair 12/10/2016 tarihinde Ceza İnfaz Kurumuna dilekçe vermiş; bu nedenle başvurunun sevkı yapılamamış; 20/10/2016 tarihinde Üroloji Polikliniğine yeniden sevkine dair planlama yapılmıştır.

iii. Başvuru 20/10/2016 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu Devlet Hastanesi Üroloji Polikliniğinde muayene edilmiş, PSA testi için kan vermiş ve kontrolü için 27/10/2016 tarihinde sevkı planlanmıştır.

iv. Başvurucu 20/10/2016 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu Devlet Hastanesi Dahiliye Polikliniğinde muayene edilmiş, kan tahlili sonuçları değerlendirilerek ilaç reçete edilmiş, kontrol için 22/3/2017 tarihine sevkı planlanmıştır.

v. Başvurucunun Ceza İnfaz Kurumunda üç kişilik odada kaldığı, haftada iki yarım gün aile hekimi tarafından tutuklu ve hükümlülerin muayenelerinin yapıldığı, acil vakalarda görevli beş sağlık memuru tarafından ilk müdahalenin yapıldığı belirtilmiştir.

40. Anayasa Mahkemesi 26/10/2016 tarihli kararı ile tedbir talebini reddetmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

“Başvurucunun sağlık durumuna ilişkin şikâyetlerinin dikkate alınarak sağlık kuruluşlarına sevkinin 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 başvurunun Ceza İnfaz Kurumunda tutulmasının yaşamına, maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik bir tehlike oluşturduğuna dair derhal tedbir kararı verilmesini gerektirir bir durum bulunmadığı anlaşılmıştır.”

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

41. 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),

..."

42. 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 adli 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."

43. 5271 sayılı Kanun'un "Adli kontrol" kenar başlıklı 109. maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Bir suç sebebiyle yürütölen soruştırmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

...

(3) Adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlölüğe 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 adli emanete teslim etmek.

...

j) Konutunu terk etmemek.

k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek."

44. 6/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Suç işlemek amacıyla örgüt kurma" kenar başlıklı 220. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

“Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

45. 5237 sayılı Kanun'un “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.”

46. 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.”

47. 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.”

48. 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, silâhlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrafta tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

49. 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 Devletin 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 girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.”

50. 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.”

51. 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.”

52. 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 adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

53. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme/AİHS) “Özgürlük ve güvenlik hakkı” başlıklı 5. maddesinin (1) 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;

... "

54. 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

a. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Yönünden

55. 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 makâmın 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, § 101) kararında geliştirmiştir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğu ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması gerekir.

56. 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 bir 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).

57. 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).

b. İfade Özgürlüğü Yönünden

58. AİHM'e göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrası saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü, sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen "bilgi" ve "fikirler" için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir; yokluğu hâlinde "demokratik bir toplum"dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu özgürlüğün bazı

istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bunun sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Von Hannover/Almanya* (No. 2) [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

59. AİHM, demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün birçok kez altını çizmiştir. AİHM'e göre basın görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. AİHM, basının böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkının da eklendiğini hatırlatmıştır. AİHM'e göre aksi takdirde basın, vazgeçilmez kamusal "gözetleyici" (*watchdog*) rolünü oynayamaz (*Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 71; *Von Hannover/Almanya* (No. 2), § 102).

60. AİHM; *Nedim Şener/Türkiye* (B. No: 38270/11, 8/7/2014, §§ 94, 95) kararında öncelikle ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkisi olan bazı koşulların -henüz kesinleşmiş bir karar ile mahkûm olmamış- kişilere, söz konusu özgürlüğe yapılan bir müdahalenin mağduru olma sıfatı tanıdığını önceki kararlarına atfen hatırlatmıştır. AİHM, somut başvuruyla ilgili olarak gazeteci olan başvurunun Ergenekon örgütünün varsayılan üyelerinin talebi ve desteği ile yazılan ve yayımlanan iki kitabın yazımına yardımda bulunma şeklinde özetlenebilecek olgulara dayanılarak hakkında terör örgütüne üye olduğu için açılan ceza kovuşturması çerçevesinde bir yıldan fazla tutuklu kaldığını kaydetmiştir. AİHM'e göre ağır şekilde cezalandırılan suçlar için yürütülen bir ceza yargılaması çerçevesinde başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbiri, ifade özgürlüğü üzerinde tamamen varsayımsal bir risk değil gerçek ve fiilî bir kısıtlamadır. Dolayısıyla bu durum, başvurunun Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından koruma altına alınan ifade özgürlüğünün kullanımına bir "müdahale" teşkil etmektedir (Benzer yöndeki karar için bkz. *Şık/Türkiye*, B. No: 53413/11, 8/7/2014, § 85).

61. Aynı kararda (bkz. § 122) AİHM, adli makamların ilgili ve yeterli gerekçe olmaksızın başvurucağı bir yılı aşkın süre boyunca özgürlüğünden yoksun bırakarak başvurunun genel kamu yararını ilgilendiren konularda görüşlerini ifade etme iradesi üzerinde caydırıcı bir etki ortaya çıkardığını değerlendirmiştir. AİHM, özgürlükten yoksun bırakma şeklinde bir

tedbir uygulanmasının başvurucu gibi devlet organlarının faaliyetleri ve tutumları hakkında araştırma yapmak ve yorumda bulunmak isteyen diğer bütün araştırmacı gazeteciler üzerinde kendi kendini sansürleme ortamı oluşturabileceğini ifade etmiştir (Benzer yöndeki karar için bkz. *şık/Türkiye*, ř 111). AİHM, anılan kararda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanı sıra ifade özgürlüğünün de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

62. AİHM, gazeteci olan ve tutuklandıktan sonra milletvekili seçilen *Mustafa Ali Balbay* tarafından yapılan başvuruda (*Balbay/Türkiye* (k.k.), B. No: 666/11-73745/11, 26/3/2015, şş 66-75) ise suç işlendiğine dair şüphede bulunulması için makul sebepler olmadığından bahisle tutuklamanın hukuki olmadığı yönündeki iddiayı incelerken başvurucuya yöneltilen suçlamalara (hükümeti şiddet kullanarak devirmek amacıyla faaliyetlerde bulunmakla suçlanan bir suç örgütünün 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 çekmiştir. AİHM, 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 başvurucunun kovuşturulmasına neden olan suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek bilgiler içerdıği kanaatine vararak iddiaları açıkça dayanaktan yoksun görerek kabul edilemez bulmuştur.

63. Öte yandan AİHM, hükümet ile ilgili olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırının bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan eleştiriye oranla daha geniş olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göredemokratik bir sistemde, hükümetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı otoritelerinin değil aynı zamanda kamunun da incelemesine açık olmalıdır. Hükümetin güçlü konumu dolayısıyla kendisine yönelik eleştirilere ve haksız saldırılara başka yöntemlerle karşılık vermesinin mümkün olduğu hâllerde ceza davası

başlatma konusunda çekimser davranması gerekir (*Ceylan/Türkiye* [BD], B. No: 23556/94, 8/7/1999, § 34).

64. AİHM, *Stojanovic/Hırvatistan* (B. No: 23160/09, 19/9/2013, §§ 39, 62) kararında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken başvurunun sorumluluğunun kapsamının kendi sözlerinin ötesine taşıp taşmadığının belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, derece mahkemelerince başvurunun sorumluluğunun -bunu haklı gösterecek “ilgili ve yeterli” gerekçeler gösterilmeksizin- onun sözlerinin ötesinde genişletilmesi suretiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir .

V. İNCELEME VE GEREKÇE

65. Mahkemenin 11/1/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

66. Başvurucu; gazeteci olduğunu ve telif ücreti karşılığı köşe yazarlığı yaptığını, yazılarının suç unsuru taşımadığını, isnat edilen eylemlerin ifade ve basın özgürlükleri kapsamında kaldığını, Hâkimlik tarafından tutuklamanın ön şartı olan kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri somut olgularla ortaya konulmadan tutuklandığını belirterek Anayasa’nın 19., 36. ve 38. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

67. Bakanlık görüşünde başvurunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklamada bulunulmamıştır.

2. Değerlendirme

68. 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.”

69. 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."

70. 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 yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."

71. Anayasa Mahkemesi, başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirme ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Bu itibarla başvurunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu bağlamdaki incelemesi, başvuru hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması ile yargılamanın muhtemel sonuçlarından bağımsız olarak tutuklamanın hukukiliğinin değerlendirilmesiyle sınırlı olacaktır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edilip edilmediği incelenirken her bir başvuru kendi koşullarında değerlendirilir.

a. Uygulanabilirlik Yönünden

72. Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve diğerleri* (Aynı kararda bkz. §§ 187-191) 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.

73. 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 birçok kez 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, 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).

74. Başvurucunun tutuklandığı tarihte Türkiye'de olağanüstü hâl yönetim usulü yürürlükteydi. Tutuklama kararında, başvurucunun darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY üyesi olduğu ileri sürülmüştür (bkz. § 20). Dolayısıyla başvurucunun tutuklanmasına dayanak olan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu görülmektedir.

75. Bu itibarla olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren olaylar kapsamında bir suçlamayla tutuklanan 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).

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

76. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

77. 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).

78. 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).

79. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabileceği hükme bağlanmıştır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinde kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının sınırlandırılabileceği 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).

80. 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).

81. 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, 4/2/2013, § 72).

82. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu 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).

83. 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 anlaşılabilirdiği hâllerde tutuklamaya karar veren yargı mercilerinin kuvvetli suç şüphesini belirlerken daha özenli davranmaları gerekir. Buradaki özen yükümlülüğüne riayet edilip edilmediği Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir (*Gülser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, § 116; bu yöndeki denetim sonucunda verilen ihlal kararı için bkz. *Erdem Gül ve Can Dundar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, §§ 71-82; kabul edilemezlik kararları için bkz. *Mustafa Ali Balbay*, § 75; *Hidayet*

Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, § 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).

84. 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).

85. 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 oluşturmaları hâllerinde tutuklama kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabilirliği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 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).

86. 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).

87. 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).

88. 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).

89. 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).

90. 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 (*Gülser Yıldırım (2)*, § 123).

91. Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşip 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 Dundar*, § 79; *Selçuk Özdemir*, § 76; *Gülser Yıldırım (2)*, § 124). 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

92. Somut olayda öncelikle başvurucunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başvurucu 30/7/2016 tarihinde İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğince, silahlı terör örgüte üye olma suçundan 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Dolayısıyla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

93. Kanuni dayanağı bulunduğu anlaşılan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığı ve ölçölülüğü incelenmeden önce tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

94. Darbe teşebbüsünden sonra FETÖ/PDY'nin medyadaki yapılanmasına yönelik yürütölen soruşturma kapsamında Hâkimlik tarafından aynı kararla başvurucunun da aralarında olduğu altı şüphelinin tutuklanmasına karar verilmiştir. Tutuklama kararında tüm şüpheliler hakkında kuvvetli suç şüphesi de dâhil olmak üzere tutuklama koşulları yönünden ortak değerlendirme yapılmıştır. Bu kapsamda kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varılırken FETÖ/PDY'nin Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) içindeki unsurlarının darbeteşebbüsünde bulunduğu, şüphelilerin FETÖ/PDY'ye ait olduğu belirtilen Zaman gazetesinde -özellikle de "17-25 Aralık soruşturmaları" sonrasında- bu yapılanmayı öven ve yapılanmaya yönelik soruşturmaları akamete uğratmayı hedefleyen yazılar yazdıkları ve sosyal medya hesaplarından paylaşımda bulundukları, böylelikle yapılanmanın amacı doğrultusunda propaganda faaliyetinde bulundukları, gazetenin yöneticisi E.D. hakkında silahlı terör örgütü üyeliğinden dava açılması ve darbe teşebbüsünden önce de kamuoyunda bu örgütün silahlı kalkışma yapacağına dair duyurmlar olması nedeniyle FETÖ/PDY'nin silahlı unsurlarının bulunduğunu bilmelerine rağmen bu yapılanmanın içinde yer almayı veya yapılanmaya katkı vermeyi sürdürdükleri ifade edilmiştir (bkz. § 20).

95. Tutuklama kararında başvuru yönünden hangi yazı veya sosyal medya paylaşımının bu kapsamda olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. İddianamede ise başvurucunun hangi yazılarının suçlamaya konu edildiği belirtilmiş, sosyal medya paylaşımlarına yer verilmemiştir. Buna göre başvurucuya isnat edilen suçların işlendiğine dair kuvvetli belirtinin

bulunup bulunmadığının tespitinde sadece iddianamede atıf yapılan yazılarla sınırlı bir değerlendirme yapılacaktır. Bu kapsamda iddianamede atıf yapılan yazılar “*Din Savaşımı*”, “*Erdoğan ile Batı Arasında*”, “*Evet Suç da Ceza da Şahsidir*”, “*Bu Millet Bidon Kafalı Değildir*”, “*Çıkar Yol Erdoğan’sız Hükûmet*” ve “*Cumhurbaşkanı Seyirci Kalamaz*” başlıklı yazılardır (bkz.Ş 30).

96. Başvurucu; FETÖ/PDY ile organik bir bağının bulunmadığını, laik ve demokrat bir kişi olduğunu, daha önce Cumhuriyet, Milliyet ve Sabah gazetelerinde yazarlık ve yöneticilik yaptığını, 2002 yılından itibaren ise Zaman gazetesinde telif ücreti karşılığında yazılar yazdığını, suçlamaya konu yazılarının -yayımlandığı tarihte ülke gündeminin ilk sıralarında yer alan-Hükûmet üyeleriyle bağlantılı soruşturmalara ilişkin olduğunu ve herhangi bir suç unsuru içermediğini, aynı hususların muhalefet partilerinin liderlerince de dile getirildiğini, 15 Temmuz darbe teşebbüsüne kadar FETÖ/PDY’nin illegal yönünü fark edemediğini, öncesinde bu konuda yanıldığını, hayatı boyunca darbelere karşı bir duruş sergilediğini, nitekim 15 Temmuz darbe teşebbüsünden bir gün önce yayımlanan yazısında da bu yöndeki görüşlerini ifade ettiğini belirtmektedir.

97. Suçlamaya konu yazılar, 2013 yılının son döneminde ve 2014 yılının başlarında yazılmıştır. Bu yazılar, yayımlandığı dönemde gerçekleştirilen “17-25 Aralık soruşturmaları”nı (bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, Ş 30) ve Hükûmet tarafından bu soruşturmalara gösterilen tepkileri konu almaktadır.

98. Başvurucu; suça konu yazılarda özetle söz konusu soruşturmalar kapsamında isimleri geçen Hükûmet üyelerinin yargı önünde hesap vermeleri gerektiği, bu konuda Hükûmetin gerekenleri yapmaması nedeniyle Cumhurbaşkanı’nın ve iktidar partisi içindeki bazı kişilerin harekete geçmesinin uygun olacağı, Hükûmetin anılan soruşturmalara karşı gösterdiği tepkilerin haksız olduğu yönündeki görüşlerini dile getirmiştir. Başvurucu ayrıca anılan soruşturmaların FETÖ/PDY mensubu kişilerce bu yapılanmadan alınan talimat uyarınca yapıldığının tespit edilmesi hâlinde bu kişiler hakkında işlem yapılması gerektiğini, bununla birlikte “hizmet hareketi” olarak ifade ettiği yapılanmaya mensup olan herkesin hedef alınmasının hukuka uygun olmayacağını da belirtmiştir. Suçlamaya konu yazılarda Hükûmetin görevden zorla uzaklaştırılması gerektiği yönünde bir ifade yer almamaktadır. Aksine başvuru bu yazılarında iktidar partisinin oy kaybettiğine ve Hükûmetin

seçim yoluyla değişeceğine dair öngörülerde bulunmuştur (bkz. ř 30). Başvurucu darbe teşebbüsünden bir gün önceki yazısında da darbeye karşı olduğu yönündeki görüşlerini açıklamıştır (bkz. ř 32).

99. Soruştırma makamları suçlamaya konu yazıların FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda yazıldığını ileri sürmektedir. Bu kapsamdaki iddia; kamuoyuna yansıyan bilgiler dikkate alındığında başvurucunun FETÖ/PDY'nin illegal bir yapılanma olduğunu bilmesi ve bu yapılanmanın silahlı kalkışmaya girişeceğini öngörmesi gerektiği, “17-25 Aralık soruşturmaları”na ve yapılanmaya ait olduğu belirtilen Zaman gazetesinin genel yayın yönetmeninin FETÖ/PDY kapsamında tutuklanmasına rağmen anılan gazetede yazı yazmaya devam ettiği hususlarına dayandırılmıştır.

100. Bununla birlikte başvurucunun aylarca ülke gündeminde yer alan güncel bir konuda kamuoyunun bir kısmının ve muhalefet liderlerinin dile getirdiklerine benzer görüşlere yer verdiği yazılarının FETÖ/PDY'nin amaçlarına hizmet etmek için yazıldığının kabulünü gerektiren nedenler tutuklama kararında veya iddianamede somut olgularla açıklanmamıştır. Başvurucunun bu görüşlerini Zaman gazetesinde yayımlanan yazılarında dile getirmiş olması da bu yazıların FETÖ/PDY'nin amaçları bilinerek ve bu amaçlar doğrultusunda kaleme alındığına dair-tek başına- yeterli bir olgu olarak değerlendirilemez.

101. Bu itibarla somut olayda “suç işlendiğine dair kuvvetli belirti”nin yeterince ortaya konulamadığı, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

102. Varılan bu sonuç karşısında tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığı ve tutuklamanın ölçülü olup olmadığı yönünde ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görölmemiştir.

103. Açıklanan nedenlerle suç işlediğine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadanbaşvurucu hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin olarak olağan dönemde Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan güvencelere aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

104. Bununla birlikte anılan tedbirin olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen

Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru olup olmadığının incelenmesi gerekir.

d. Anayasa'nın 15. Maddesi Yönünden

105. Anayasa'nın 15. maddesine 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 yükümlülüklerle aykırı bulunmaması ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekir. Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın 15. maddesine göre yapılacak inceleme bu ölçütlerle sınırlı olacaktır. Mahkeme bu incelemenin usul ve esaslarını ortaya koymuştur (bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 192-211, 344).

106. 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. Dolayısıyla bu hak yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür (bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 196, 345).

107. Ayrıca anılan hakkın, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden özellikle Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHUS) 4. maddesinin (2) numaralı ve Sözleşme'nin 15. maddesinin (2) numaralı fıkralarında ve bu Sözleşme'ye ek protokollerde dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında olmadığı gibi somut olayda başvurusunun 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. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 199, 200, 346).

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

108. Bununla birlikte kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (*Erdem Gül ve Can Dundar*, § 62). Kişilerin keyfi olarak hürriyetinden yoksun bırakılmaması, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır. Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfi olmaması, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir güvencedir(bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §347).

109. Tutuklama tedbirinin uygulanması suretiyle bireylerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına keyfi olarak müdahale edilmemesini sağlayacak güvencelerin başında suç işlendiğine dair belirtinin ortaya konulması gelmektedir. Suç işlendiğine dair belirtinin bulunması tutuklama tedbiri için ön koşul olduğundan aksi durumun kabulü, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin tüm güvencelerin anlamsız hâle gelmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla -hangi nedenle benimsenmiş olursa olsun- olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde de kişilerin suç işlediklerine dair belirti bulunmadan tutuklanmaları “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olarak kabul edilemez.

110. Somut olayda Anayasa Mahkemesince, soruşturma makamlarının suç işlediğine dair belirtileri somut olgularla ortaya koymadan başvuru hakkında tutuklama tedbirine başvurdıkları sonucuna varılmıştır (bkz. § 101).Bu itibarla “olağanüstü hâl” döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesinin, başvuru hakkının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.

111. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa’nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde de- başvuru hakkının Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

B. İfade ve Basın Özgürlüklerinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

112. Başvurucu; soruşturmaya konu edilen ve tutuklamaya dayanak oluşturan hususların tamamen gazetecilik faaliyetlerine ilişkin olup köşe yazılardan ibaret olduğunu, buyazılarından dolayı tutuklanması nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

113. Bakanlık görüşünde başvurucunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklamada bulunulmamıştır.

2. Değerlendirme

114. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..."

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

115. Anayasa'nın "Basın hürriyeti" kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Basın hürdür, sansür edilemez..."

...

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlandırılmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırınlar veya aynı amaçla, basınlar, başkasına verener, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar ...”

a. Uygulanabilirlik Yönünden

116. Başvurucunun tutuklanmasına neden olan suçlama, genel olarak yazdığı yazılar nedeniyle Türkiye’de olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren temel olay olan darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanmaya mensup olduğuna ilişkindir. Bu itibarla tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlükleri üzerindeki etkisinin incelenmesi, Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında müdahalenin başta Anayasa’nın 13., 26. ve 28. maddeleri olmak üzer diğer maddelerde 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).

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

117. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

118. Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile onun özel güvencelere bağlanmış şekli olan ve Anayasa’nın 28. maddesinde düzenlenmiş olan basın özgürlüğü’nün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu pek çok kez ifade etmiştir

(*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 69; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-36).

119. Demokratik toplumda taşıdığı öneme rağmen ifade ve basın özgürlükleri, mutlak nitelikte olmayıp Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere uygun olmak kaydıyla birtakım sınırlamalara tabi tutulabilir. İfade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin koşullara uygun olmadıkça Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

120. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında ise kural olarak 28. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacaktır. Bundan başka basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa'nın 28. maddesinin beşinci, yedinci ve dokuzuncu fıkralarında bazı özel sınırlama sebeplerine yer verilmiştir (*Bekir Coşkun*, § 37).

121. Bu kapsamda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası ile 28. maddesinin beşinci fıkrasına göre ifade ve basın özgürlükleri “millî güvenlik”, “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması” ve “devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması” amaçlarıyla sınırlandırılabilir. Bu amaçlar doğrultusunda devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eder nitelikte haber veya yazıların basında yer almasının suç olarak düzenlenmesi ve cezalandırılması mümkündür. Bu kapsamda yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar sırasında bu tür eylemleri gerçekleştirdiği iddia edilen basın mensupları hakkında tutuklama tedbiri uygulanmasının önünde anayasal bir engel de bulunmamaktadır (Benzer yöndeki değerlendirme için bkz. *Erdem Gül ve Can Dundar*, § 89).

122. İfade ve basın özgürlüklerine müdahalenin kanunda öngörülmuş ve Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılmış olması Anayasa'ya uygun olması için yeterli değildir. Müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü de olmalıdır.

123. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik toplum düzeninin olmazsa olmaz koşullarındandır. Bunların olmadığı bir toplum düzeninin “demokratik” olduğundan söz edilemez (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41; *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 94; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 90). Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliğin -en başta- her türlü barışçıl düşüncenin serbestçe ifade edilebilmesinde kendisini göstermesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında -AİHM kararlarına atıfla- vurgulandığı üzere bu serbestlik, yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi veya fikirler için değil toplumun bir bölümünün veya devletin aleyhinde olanlar, onları rahatsız edenler için de geçerli olmalıdır (Diğerleri arasından bkz. *Emin Aydın*, § 42; *Fatih Taş*, § 94).

124. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden biri de bireylere, özgün kişiliklerini geliştirmeleri için uygun ortamın sağlanmasıdır. Bireyler özgün kişiliklerini ancak düşüncelerini serbestçe ifade edebildikleri ve tartışabildikleri bir ortamda gerçekleştirebilirler (*Emin Aydın*, § 41; *Bekir Coşkun*, § 35).

125. Diğer taraftan halkın özellikle kamuyu ilgilendiren tartışmalara katılımının sağlanması demokratik toplum için vazgeçilmez niteliktedir. Bunun için kamuyu ilgilendiren tartışmalara ilişkin her türlü fikir ve bilginin yayılabilmesi, halkın da bunlara ulaşabilmesi gerekir. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olan basın özgürlüğünün demokratik bir toplumda ayrı bir önemi bulunmaktadır. Zira anılan özgürlük sadece basının fikir ve bilgileri yaymasınadeğil halkın bunlara ulaşmasına da imkân sağlar(*İlhan Cihaner* (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, §§ 56-58, 82; *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 49-51, 61-63; *Nihat Özdemir* [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, §§ 45-47, 57-58; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 87).

126. Şeffaflık ve hesap verilebilirlik de demokratik bir toplum düzeninin gereklerindendir (*İlhan Cihaner* (2), §§ 56-58, 82; *Kadir Sağdıç*, §§ 49-51, 61-63; *Nihat Özdemir*, §§ 45-47, 57-58; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 87). Demokrasinin sağlıklı işleyişi kamu makamlarının yalnızca yasama ve yargı organları tarafından değil siyasi partiler, sivil toplum örgütleri ve basın gibi demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları tarafından da denetlenmesine bağlıdır (*Ali Rıza Üçer* (2) [GK], B. No: 2013/8598 2/7/2015, § 55). Bu

bağlamda basın -kamunun “gözetleyicisi” olarak- farklı kaynaklardan bilgi ve fikirleri yayarak şeffaflık ve hesap verilebilirliğinin sağlanmasına da katkıda bulunur (*İlhan Cihaner* (2),§§ 56-58, 82; *Kadir Sağdıç*, §§ 49-51, 61-63; *Nihat Özdemir*, §§ 45-47, 57-58; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 87).Böylelikle basın özgürlüğü sayesinde farklı kaynaklardan bilgi ve fikirlere ulaşan kamuoyu, kamu gücünü elinde bulunduranların iş ve işlemlerine ilişkin daha sağlıklı kanaat oluşturabilir.

127. Bununla birlikte Anayasa’nın 12. maddesinin “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*” biçimindeki ikinci fıkrası, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken ödev ve sorumluluklarının bulunduğuna gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin kullanımı yönünden basın için geçerli olan bazı “görev ve sorumluluklar” da bulunmaktadır (Basının görev ve sorumluluklarına ilişkin olarak bkz. *Orhan Pala*, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 46; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; *Fatih Taş*, § 67; *Önder Balıkcı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 43). Nitekim bu husus dikkate alınarak -yukarıda belirtilen önemine rağmen- ifade ve basın özgürlükleri mutlak olarak düzenlenmemiş Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılmalarına izin verilmiştir (bkz.§§ 114, 115).

128. İfade ve basın özgürlüklerine müdahale eden tedbir, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*,§ 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

129. Bu kapsamda demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılırken müdahaleye gerekçe gösterilen ifadelerin hangi bağlamda kullanıldığı da göz ardı edilmemeli ve söz konusu ifadeler -bağlamından koparılarak- tek başına değerlendirilmemelidir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184,16/7/2014, § 52; *Fatih Taş*, § 99; *Bekir Coşkun*, § 62; *Mehmet Ali Aydın*, § 76; *Ali Rıza Üçer* (2), § 49; *Ergün Poyraz* (2), [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 63).

130. Diğer taraftan ifadeyi kullananın sorumluluğu belirlenirken söz konusu ifadeye, objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar

yüklenmemelidir (*Bekir Coşkun*, § 63). Bu çerçevede olgusal bir temelden yoksun olan tahmin ve varsayımlardan kaçınılmalıdır.

131. Son olarak ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuru ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel “caydırıcı etkisi” dikkate alınmalıdır (*Ergün Poyraz (2)*, § 79; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 99).

132. Ölçülülük ilkesi müdahalenin amacı ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin ölçülü olup olmadığının denetiminde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen aracın “elverişli”, “gerekli” ve “orantılı” olup olmadığı değerlendirilmelidir (*Fatih Taş*, §§ 90, 92, 96; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 90).

133. Şüphesiz demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ve ölçülük yönünden kamu makamlarının belirli bir takdir aralığı bulunmaktadır. Bununla birlikte bu takdir yetkisinin kullanımı sonucu ifade ve basın özgürlüklerine müdahalede bulunulurken kamu makamlarının anılan hususlarda “ilgili ve yeterli” gerekçeyi göstermeleri zorunludur (*Fatih Taş*, § 99; *Mehmet Ali Aydın*, § 76). Bu çerçevede yapılacak bir müdahalenin Anayasa’daki güvencelerle uyumlu olup olmadığı hususunda nihai değerlendirme ise Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmeyi kamu makamlarının ve özellikle derece mahkemelerinin gösterdikleri gerekçeler üzerinden yapar (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 91).

ii. İlkelerin Olaylara Uygulanması

134. Başvurucuya soruşturma mercilerince yöneltilen sorular ve hakkında verilen tutuklama kararının gerekçelerine bakıldığında başvuru, esas olarak gazete yazılarının deniziyle suçlanmaktadır. Bu bağlamda başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin bu yazıların içeriğinden bağımsız olarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yanında ifade ve basın özgürlüklerine yönelik de bir müdahale oluşturduğu anlaşılmaktadır (Benzer yöndeki değerlendirme için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 92).

135. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine dair iddialar kapsamında ileri sürülen tutuklamanın hukukiliğine ilişkin iddia yönünden yapılan değerlendirmede müdahalenin kanun tarafından öngörülme koşulunu sağladığı sonucuna varılmıştır (bkz. § 92). İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal

edildiğine ilişkin iddia yönünden bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

136. Diğer taraftan millî güvenliğe aykırı faaliyetlerde bulunduğu ve darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda yazılar yazdığı iddiasıyla başvuru hakkında tutuklama tedbiri uygulanmıştır. Dolayısıyla başvuru kişinin ifade ve basın özgürlüklerine Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı kalınarak meşru amaçla müdahalede bulunulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

137. Müdahalenin ihlal oluşturmaması için sadece kanuni dayanağın ve meşru amacın bulunması yeterli değildir. Başvurucuya uygulanan tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalini oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi için somut olayın demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük koşulları yönünden de incelenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi bu incelemeyi tutuklama süreci ve tutuklama kararının gerekçesi üzerinden yapacaktır.

138. Tutuklamanın hukukiliğine ilişkin olarak yukarıda yapılan tespitler dikkate alındığında (bkz. §§ 101-103) ve isnat edilen suçlamalara dayanak olarak gösterilen temel olgunun başvuruya konu yazılar olduğu gözetildiğinde hukukilik şartını sağlamayan tutuklama gibi ağır bir tedbir, ifade ve basın özgürlükleri bakımından demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez.

139. Ayrıca suça konu yazıların yayımlandığı dönemde kamuoyunun bir kesiminin ve muhalefet partilerinin liderlerinin dile getirdiklerine benzer görüşleri başvuru kişinin yazılarında ifade etmesi nedeniyle hakkında tutuklama tedbirine başvuru ile ifade ve basın özgürlüklerine müdahale edilmesinin hangi "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç"tan kaynaklandığı ve demokratik toplum düzeninde neden gerekli olduğu somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılamamaktadır.

140. Öte yandan demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuru ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel "caydırıcı etkisi" de dikkate alınmalıdır (*Ergün Poyraz (2)*, § 79; *Erdem Gül ve Can Dundar*, § 99). Başvuru konusu olayda tutuklama gerekçelerinde,

yayımlanan yazılar dışında herhangi bir somut olgu ortaya konulmadan başvurucunun tutuklanmış olmasının ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği de açıktır.

141. Açıklanan nedenlerle suç işlediğine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadan temelde gazetede ki yazılarına dayanılarak başvurucu hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin olarak olağan dönemde Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

142. Bununla birlikte anılan tedbirin olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru olup olmadığının incelenmesi gerekir.

d. Anayasa'nın 15. Maddesi Yönünden

143. İfade ve basın özgürlükleri 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. Dolayısıyla bu özgürlükler yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür.

144. Ayrıca bu özgürlüklerin, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlölük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden özellikle MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı ve Sözleşme'nin 15. maddesinin (2) numaralı fıkralarında ve bu Sözleşme'ye ek protokollerde dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında olmadığı gibi somut olayda başvurucunun ifade ve basın özgürlüklerine yapılan söz konusu müdahalenin milletlerarası hukuktan kaynaklanan diğer herhangi bir yükümlölüğe (olağanüstü dönemlerde de korunmaya devam eden bir güvenceye) aykırı olduğu da saptanmamıştır.

145. Bununla birlikte müdahalenin “durumun gerektirdiği ölçüde” olup olmadığının incelenmesi gerekir. Bu kapsamda tutuklamanın hukukiliğine ilişkin olarak yukarıda değerlendirme yapılmış ve suç işlendiğine dair belirti olduğu ortaya konulmadan tutuklama tedbirinin uygulanmasının durumun

gerektirdiği ölçüde bir müdahale olmadığı sonucuna varılmıştır. (bkz. §§ 108-110). Somut olayın koşulları dikkate alındığında ifade ve basın özgürlükleri yönünden bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

146. Bu itibarla “olağanüstü hâl” döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesinin, başvurunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerinde belirtilen güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.

147. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa’nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde de- başvurunun Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerinde bağlamında ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

C. Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

148. Başvurucu; sağlık durumunun ciddi riskler taşıdığını ve ceza infaz kurumunda kalmaya elverişli olmadığını, yaşam hakkının korunması bakımından serbest bırakılması gerektiğini, bu konuda yaptığı tahliye taleplerinin reddedildiğini belirterek Anayasa’nın 19. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

149. Bakanlık görüşünde; başvurunun öncelikle infaz hâkimliği veya savcılığa başvurusu gerekirken başvurmayıp olağan kanun yollarını tüketmediği bildirilmiştir. Esas yönünden ise başvurucuya ceza infaz kurumu şartlarında uygun tedavi imkânı sağlandığı ve tutulma koşullarının sağlık koşulları ile uyumlu olduğu belirtilerek kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğu ifade edilmiştir.

150. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında sağlık sorunlarının devam ettiğini ve tahliye edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

2. Değerlendirme

151. Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

152. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Başvurucunun sağlık sorunlarıyla bağlantılı olarak dile getirdiği iddialarının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

153. Demokratik toplumların en temel değerlerinden biri olan herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin birinci fıkrasında insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Üçüncü fıkrasında da kimseye “işkence” ve “eziyet” yapılamayacağı, kimsenin “insan haysiyetiyle bağdaşmayan” ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı belirtilmiştir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 80).

154. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası, herhangi bir sınırlama öngörmemekte ve işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele ve cezaların yasaklanmasının mutlak mahiyetini belirtmektedir. Bu niteliği gereği anılan yasağa ilişkin olarak Anayasa'nın 15. maddesi kapsamındaki hâllerde dahi istisna öngörülmemiştir (*Turan Günana*, B. No: 2013/3550, 19/11/2014, § 33).

155. Kötü muamele yasağı hükümlü ve tutuklulara yönelik uygulamalar için de geçerlidir. Bu husus 13/12/2004 tarihli ve 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında 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.*” ve yine Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde “*Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektilir.*” şeklinde düzenleme ile açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla verilen bir mahkûmiyet veya tutuklama kararının infazında mahkûmlar ve tutuklular için sağlanacak şartlar insan onuruna saygıyı koruyacak nitelikte olmalıdır (*Turan Günana*, § 36).

156. Hukuka uygun olarak özgürlüğü kısıtlanan herkesin insan onuruna uygun tutukluluk koşullarına sahip olma hakkı bulunduğunu, alınan tedbirlerin uygulanma koşullarının kişiyi sıkıntıya ya da tutukluluğa bağlı kaçınılmaz

üzüntü seviyesini aşacak yoğunlukta bir ümitsizliğe sokmaması gerektiğini kabul etmek gerekir. Bununla birlikte Anayasa'nın tutuklu bir kimsenin sağlık gerekçesiyle serbest bırakılması için hiçbir "genel zorunluluk" getirmediğini ancak doğal olarak ortaya çıkan fiziksel ya da ruhsal rahatsızlıklardan kaynaklanan acının yetkililerin sorumlu tutulabileceği tutukluluk koşullarından dolayı artması ya da artma riski bulunması hâlinde bu durumun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamına girebileceğini belirtmek gerekir (*Hayati Kaytan*, B. No: 2014/19527, 16/11/2016, § 43).

157. Somut olayda başvurucunun sağlık hizmetlerine erişim yönünden herhangi bir engelle karşılaştığına dair bilgi ya da belge bulunmamaktadır. Aksine başvurucunun sağlık sorunları dikkate alınarak gerekli tıbbi kontrol ve tedavilerinin sağlandığı Ceza İnfaz Kurumunca sunulan bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır (bkz. § 39). Dolayısıyla bazı sağlık sorunları bulunan başvurucunun ceza infaz kurumunda tutulmasının somut olayın koşullarında kötü muamele oluşturmadığı sonucuna varmak gerekir (benzer kararlar için bkz. *Hayati Kaytan*, B. No: 2014/19527, 16/11/2016, § 49; *Ergin Aktaş*, B. No: 2014/14810, 21/9/2016, § 95).

158. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun kötü muamele yasağının ihlal edildiğine dair iddiasının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

159. 30/3/2011 tarihli ve 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine kar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.”

160. Başvurucu, maddi tazminat talebinde bulunmuş; manevi tazminat talep etmemiştir.

161. Somut olayda başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

162. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalinin ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

163. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvurunun 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.

164. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan 2.219,50 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Tutuklanma dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. *Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,*

B. 1. Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2017/112) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun maddi tazminat talebinin REDDİNE,

E. 239,50 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan 2.219,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurunun 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 Bakanlığı GÖNDERİLMESİNE 11/1/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden, başvurucuya isnat edilen suçun işlendiğine dair kuvvetli bir belirtinin varlığının soruşturma mercilerince kabul edilmesinin temelsiz ve keyfi olmadığı, darbe teşebbüsü sonrasındaki koşullar dolayısıyla soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmanın güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki tedbirlerin yetersiz kalacağı değerlendirilmesiyle kaçma şüphesinin varlığının da kabul edildiği tutuklama nedeninin olgusal temellerden yoksun olmadığı, başvurucuya isnat edilen suçun cezasının miktarı, vasfı ve önemi de gözönüne alınarak başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü bulunduğu, dolayısıyla tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19/3. maddesi ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlâl edilmediği kanaatine ulaşılmıştır.

2. Yukarıdaki saptamanın doğal bir sonucu olarak, başvurunun yalnızca ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalan eylemleri nedeniyle soruşturmaya maruz kaldığı ve tutuklandığı iddiası yönünde de farklı bir sonuca varılmasını haklı ve gerekli kılan bir durumun söz konusu olmadığı, dolayısıyla Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleribağlamında ifade ve basın özgürlüklerinin ihlâl edilmediği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 19/3., 26. ve 28. maddelerinin ihlâl edilmediği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY YAZISI

1. Türkiye, 15/7/2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış; bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş ve olağanüstü hâl bugüne kadar birçok kez uzatılmıştır. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye’de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 12-25). Anayasa Mahkemesi bu 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 oluşturduğunu, ülke tarihinde ulusun yaşamını ve hatta varlığını hedef alan millî güvenliğe yönelik en ağır saldırı olduğunu ifade etmiştir (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 215)

2. Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından, darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu iddiasıyla çok sayıda kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır. Bu kapsamda FETÖ/PDY’nin medyadaki örgütlenmesine ve faaliyetlerine yönelik olarak da yürütölen soruşturmalarda -aralarında basın mensuplarının da bulunduğu- çok sayıda şüpheli hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulmuştur.

3. Başvurucu da İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca bu kapsamda yürütölen bir soruşturmada gözaltına alınmış ve İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 30/7/2016 tarihli kararı ile silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmıştır.

4. Eldeki bireysel başvurunun konusu; tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliğinin; yakın takip gerektiren sağlık sorunları dikkate alınmaksızın tutulması nedeniyle kötü muamele yasağının,

gazetecilik faaliyeti ve ifade özgürlüğü kapsamındaki eylemlerin tutuklamaya konu edilmesi nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

5. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarının kabul edilebilir olduğuna, kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasının ise açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna ilişkin sonuca tarafımızca da katılmıştır.

6. Bununla birlikte Mahkememiz çoğunluğunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği yönündeki görüşüne aşağıdaki gerekçelerle iştirak edilmemiştir:

7. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurunun tutuklanması talep edilirken başvurunun FETÖ/PDY'nin amacı doğrultusunda bu örgütün lideri ve yöneticileriyle fikir ve eylem birliği içinde hareket ettiğine, konuşmalarında ve Zaman gazetesindeki yazılarında sürekli olarak bu yapılanmayı destekleyici ve övücü ifadeler kullandığına değinilmiştir.

8. İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurunun tutuklanmasına karar verilirken de kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin bulunduğu belirtilmiştir. Hâkimlik; FETÖ/PDY'nin Türk Silahlı Kuvvetleri içindeki unsurlarının darbe teşebbüsünde bulunduğuna değinmiş, başvurunun FETÖ/PDY'nin amacı doğrultusunda propaganda faaliyetinde bulunduğuna ve bu yapılanmanın yayın organı olan Zaman gazetesinde -özellikle de "17-25 Aralık" soruşturmaları sonrasında- yapılanmayı öven ve yapılanmaya yönelik soruşturmaları akamete uğratmayı hedefleyen yazılar yazdığına işaret etmiştir. Kararda ayrıca Zaman gazetesinin yöneticisi olan E.D. hakkında silahlı terör örgütü üyeliğinden dava açılmasına ve darbe teşebbüsünden önce de kamuoyunda bu örgütün silahlı kalkışma yapacağına dair duyurular olmasına karşın başvurunun FETÖ/PDY'nin silahlı unsurlarının bulunduğunu bilerek bu yapılanmanın içinde yer almayı veya yapılanmaya katkı vermeyi sürdürdüğü ifade edilmiştir.

9. İddianamede ise "17-25 Aralık" soruşturmaları süreci ve sonrasında Zaman gazetesi yazarlarınca kamuoyunda bu soruşturmalar lehine algı oluşturma çabası içine girildiği, başvurunun da bu amaçla "Din savaşıymış", "Erdoğan ile batı arasında", "Evet suçta cezada şahsidir", "Bu millet bidon

kafalı değildir”, “Çıkar yol Erdoğan’sız Hükümet” başlıklı yazıları yazdığı ileri sürölmüştür. Başvurucunun ayrıca “Cumhurbaşkanı seyirci kalamaz” isimliyazıda Başbakan’ın FETÖ/PDY’ye karşı saldırıya geçtiğini, emniyette yapılan atamaların ve Adli Kolluk Yönetmeliği’nin değiştirilmesinin yolsuzluk soruşturmasının Hükümet tarafından örtbas edilmesini amaçladığını, Cumhurbaşkanı’nın bu yaşananlara seyirci kalmaması gerektiğini söyleyerek gerçekleri çarpıtmak suretiyle kurumlar arasında çatışma yaratmayı hedeflediği iddia edilmiştir.

10. Öncelikle, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca aynı gün karara bağlanan Mehmet Hasan Altan (B. No: 2016/23672, 11/1/2018) başvurusu ile eldeki bireysel başvurunun koşullarının birbirinden farklı olduğu görölmektedir. şÖyle ki;

i. Mehmet Hasan Altan başvurusunda suçlamaya konu edilen gazete yazısının 2010 yılında yayımlandığı ve Balyoz soruşturmasıyla ilgili olduğu, İnternet sitesindeki yazının ise darbe teşebbüsü sonrasında teşebbüse ilişkin bir takım değerlendirmeler içerdieği anlaşılmaktadır. Başvurucunun suçlanmasına dayanak alınan Can Erzincan TV’deki sözlerin ise canlı yayımlanan bir televizyon programında -anlık bir şekilde- dile getirilmesi söz konusudur. Böyle bir ortamda kullanılan ifadelerin kamuya duyurulmadan önce yeniden formüle edilmesi veya değiştirilmesi ya da geri alınması imkânı bulunmamaktadır (bkz. Mehmet Hasan Altan, şş 135-145).

ii. Buna karşılık eldeki bireysel başvuruda, 17-25 Aralık soruşturmalarının başlatılmasından hemen sonra başlayan ve birkaç ay devam eden süreç içinde, başvurucu tarafından kaleme alınan ve FETÖ/PDY’nin yayın organı olan Zaman gazetesinde yayımlanan bazı yazılar suça konu edilmiştir. Anılan gazete yazıları, bir kurgu içinde kaleme alınmış ve birbirinin devamı niteliğindeki metinlerdir. Yazıların içeriğinde 17-25 Aralık soruşturmaları başta olmak üzere FETÖ/PDY’nin faaliyetlerini öven ve Hükümetin bu soruşturmalarla karşı gösterdieği tutumu ağır şekilde tenkit eden ifadelerin bulunduğu görölmektedir. Ayrıca soruşturma mercilerince de belirtildiği üzere, yazılarda 17-25 Aralık soruşturmalarını yürütölen kolluk görevlileri ve yargı mensupları hakkında başlatılan soruşturmaların da hedef alındığı anlaşılmaktadır. 17-25 Aralık soruşturmalarının, FETÖ/

PDY'nin faaliyetlerinin Hükûmeti devirmeye yönelik olduğu yönündeki soruşturmaların temel dayanağını oluşturduğu göz ardı edilmemelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu soruşturmalarda görev alan bazı yargı mensupları ve emniyet görevlileri hakkında uygulanan tutuklama tedbirlerinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddialarını 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).

11. 17-25 Aralık soruşturmalarının yukarıda değinilen niteliği, bu süreçteki gelişmeler ve FETÖ/PDY'nin darbe teşebbüsüne uzanan dönemdeki faaliyetleri ve yargı organlarının ve kamu makamlarının bu yapılanmaya yönelik -kamuoyuna yansıyan- değerlendirmeleri (bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 27-36) karşısında başvurunun bilgi birikimi, eğitim durumu ve sosyal statüsü itibarıyla FETÖ/PDY'nin, 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 amaçladığını bilebilecek durumda olduğu ortadadır. Başvurucunun buna rağmen uzun bir süre FETÖ/PDY'nin yayın organı olan bir gazetede bu yapılanmanın amaçları doğrultusunda yazılar kaleme alması ve yapılanmayı öven ve faaliyetlerini meşru gösteren bu tutumunu darbe teşebbüsüne kadar devam ettirmesi söz konusudur.

12. Tanınmış bir gazeteci ve yazar olan başvurunun ülkenin yönetim şekline ve ülkeyi yönetenlere ilişkin görüş, düşünce ve eleştirilerini her platformda dile getirebilmesi ifade ve basın özgürlüklerinin bir gereğidir. Ancak bu görüş, düşünce ve eleştirilerin ülke yönetimini ele geçirmeyi hedefleyen ve yargı organlarınca bir terör örgütü olduğu kabul edilen FETÖ/PDY'nin amaçlarını gerçekleştirmesini sağlamaya yönelik bir niteliğe bürünmesi demokratik toplumlarda kabul edilebilir bir tutum değildir.

13. Yukarıda yer alan tespit ve değerlendirmeler karşısında soruşturma mercilerinin ve tutuklamaya karar veren sulh ceza hâkimliğinin; FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu bilinen medya organlarında uzun yıllar boyunca bu yapılanmayı öven yazılar yazmasını ve konuşmalar yapmasını, FETÖ/PDY'nin yayın organı olan Zaman gazetesinde yazdığı yazılarda bu

yapılanmanın faaliyetlerini meşru göstermeyi ve yapılanmaya yönelik yürütülen soruşturmaları sonuçsuz bırakmayı hedefleyen yazılar yazmasını, başvurucunun bu tutumunun anılan gazetenin yöneticisi hakkında silahlı terör örgütü üyeliğinden soruşturma başlatıldıktan sonra da darbe teşebbüsüne kadar devam ettirmesini-başvurucunun konumunu (yazar ve gazeteci olması) da dikkate alarak- suçun işlendiğine dair kuvvetli bir belirti olarak değerlendirmelerinin temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olarak kabulü mümkün görülmemiştir.

14. Ayrıca 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 darbeye 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 soruşturmanın güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, § 271; Selçuk Özdemir, § 78).

15. 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 kuruluşlarında örgütlenmiş olması, yüz elliye 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 (aynı yöndeki değerlendirmeler için Aydın Yavuz ve diğerleri, § 272; Selçuk Özdemir, § 79).

16. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen “silahlı terör örgütüne üye olma” suçu on yıla kadar hapis cezasını gerektiren ağır bir suçtur. İsnat edilen

suça ilişkin kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (Hüseyin Burçak, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61; Aydın Yavuz ve diğerleri, § 275).Öte yandan anılan suç, 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasındadır.

17. Somut olayda İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken delillerin henüz toplanmamış olmasına, isnat edilen suçun katalog suçlar arasında olmasına, kaçma şüphesinin bulunmasına ve adli kontrolün yetersiz kalacak olmasına dayanıldığı görülmektedir.

18. Dolayısıyla tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararın içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvuru yönünden özellikle kaçma ve delilleri etkileme şüphesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerden yoksun olduğu söylenemez.

19. Son olarak başvuru hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığına da belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülülüğünün belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır (bkz. Gülser Yıldırım (2), § 151).

20. 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 (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri, § 214; Devran Duran, § 64). Özellikle darbe teşebbüsüyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturmaların kapsamı ve niteliği ile 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 (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 272; Selçuk Özdemir, § 350).

21. Ayrıca başvurucunun FETÖ/PDY'nin medya yapılanmasına yönelik olarak yürütülen bir soruşturma kapsamında, darbe teşebbüsünün

savuşturulmasından kısa bir süre sonra gözaltına alındığı ve sonrasında tutuklandığı dikkate alındığında soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçölülük ilkesinin bir unsuru olarak “gerekli” olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

22. Somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin isnat edilen suçlar için öngörülen yaptırımın ağırlığını, işin niteliğini ve önemini de göz önünde tutarak başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfî ve temelsiz olduğu söylenemez.

23. Diğer yandan başvuru kişinin tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelendiğinde başvuru kişinin suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu ve ayrıca olayda tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğunun değerlendirilmesi karşısında başvuru kişinin, yalnızca ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalan eylemleri nedeniyle soruşturmaya maruz kaldığı ve tutuklandığı iddiası yönünden farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılan bir durum bulunmamaktadır.

24. Açıklanan nedenlerle başvuru kişinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediği kanaatine vardığımdan çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Hicabi DURSUN

KARŞI OY

Başvuru, kuvvetli suç şüphesi ve tutuklama nedenleri bulunmadığı halde matbu gerekçelerle tutuklanması ve tutukluluğa itirazın yeterli gerekçe açıklanmadan reddedilmesi nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; yakın takip gerektiren sağlık sorunları dikkate alınmaksızın tutulması nedeniyle kötü muamele yasağının, gazetecilik faaliyeti ve ifade özgürlüğü kapsamındaki eylemlerin tutuklamaya konu edilmesi nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia ile tutuklanma dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna; kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna ilişkin sonuca tarafımızca da iştirak edilmiştir.

Ancak, Mahkememiz çoğunluğunca tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin olarak ulaşılan sonuç ile tutuklanma dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin olarak ulaşılan sonuca aşağıda açıklayacağımız nedenlerle iştirak edilememiştir.

Başvurucu, kendisinin de aralarında bulunduğu ve çoğunluğu gazeteci, yazar ve akademisyen olan kırk üç şüpheli hakkında Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen yapının medyadaki yapılanmasına yönelik olarak yürütülen bir soruşturma kapsamında silahlı terör örgütüne üye olma suçlamasına bağlı olarak 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurunun tutuklanması talep edilirken; başvurunun üzerine atılı suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunduğu, nitekim 15.7.2016 tarihinde örgüt lideri Fetullah GÜLEN'in talimatı ile darbe girişiminde bulunulduğu, başvurunun Zaman Gazetesinde yazdığı dönemlerde darbe girişiminde bulunan örgütü destekleyici, övücü ve güzel göstermeye yönelik konuşmalar yapıp yazılar yazdığı, övdüğü örgütün ve örgüt liderinin de neler yaptığının 15.7.2016 tarihinde net olarak ortaya çıktığı, başvurunun örgüt lideri ve yöneticileri ile fikir ve eylem birliği içerisinde hareket ettiği, örgüt üyelerinin birçoğunun haklarında yakalama kararı olmasına rağmen kaçtıkları, dolayısıyla başvurunun da kaçma kuvvetli şüphesinin bulunduğu, bu nedenle üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti, mevcut delil durumu, suça dair yasada yazılı cezanın üst haddi dikkate alındığında 5271 sayılı Kanunun 100. vd. maddeleri uyarınca tutuklanması icap ettiği kabullerine dayanılmıştır.

Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen yapılanma hakkında, Anayasa Mahkemesi

Genel Kurulunca verilen 20.06.2017 tarihli ve 2016/22169 başvuru numaralı Aydın Yavuz ve diğerleri kararında ayrıntılı tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anılan kararda da belirtildiği üzere Türkiye, 15.7.2016 tarihinde askeri bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış; bu nedenle 21.7.2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş ve olağanüstü hâl bugüne kadar birkaç kez uzatılmıştır. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye’de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda (FETÖ) ve/veya (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, şş 12-25).

İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin 30.7.2016 tarihli tutuklama kararında “... 15.7.2016 tarihinde FETÖ/PD Y silahlı terör örgütü üyelerinin silahlıkuvvetleriçerisindekiunsurlarının ülke yönetimineyöneticilerineve anayasal kurumlarına kalkışma yaptıkları, sonrasında yapılan soruşturmalar neticesinde ve daha önce yapılan soruşturmalar neticesinde şüphelilerin yazı yazdıkları bu silahlı yapıya mensup olduğu tespit edilen Zaman Gazetesi’nde bu yapıyı övücü yazılar yazdıkları,ve emniyet ve yargı makamlarının bu yapıya yönelik soruşturmalarını eleştiren akamete uğratan yazılar yazdıkları, gazete yöneticileri olan E.D.hakkında silahlı örgüt mensubiyetinden dava açıldığı halde yine yazılarına devam ettikleri, bu nedenle bu yapıya ilişkin silahlı unsurların bulunduğunu bildikleri halde aynı yapı içerisinde bulunmaya devam ettikleri, özellikle 17 Aralık olarak bilinen süreçten sonra dahi ısrarla bu yapıyı övücü yazılarının süre geldiği ve örgütün amaçları doğrultusunda propaganda faaliyeti yürüttükleri, yine şüphelilerin sosyal paylaşım hesaplarından da buna ilişkin katkılarını sürdürdükleri, kalkışmayı mazur gösteren yazılar yazdıkları ve bu örgütün mensuplarını sahiplenenaçıklamalar yaptıkları, kamu oyunda onların masumiyetleri yönünde algı oluşturdukları, örgütün silahlı unsurlarının 15.7.2016 gecesi ortaya çıktığı, bu tarihten önce kamuoyunda bu örgütün silahlı kalkışma yapacağına dair güçlünlatımlar ve bilgilendirmeler olmasına rağmen şüphelilerin katkılarını devam ettirdikleri, sonrasında çalıştıkları gazetenin bu yapıya ait yayın organı olması nedeni ile kapatılmış olduğu ... “ şeklindeki değerlendirme ile başvuru yönünden silahlı terör örgütüne üye olma suçunun işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna

varılmış ve “... şüphelilerin üzerlerine atılı suçun CMK 100. maddesine sayılan ve tutuklama sebepleri var kabul edilen suçlardan olduğu ayrıca bu yapının medya ayağı yönündeki soruşturmalarda çok sayıda şüphelinin yurt dışına kaçmış olduğu, en başta bu gazetenin eski yöneticisi olan E.D.nin ... adli kontrol hükümlerine tabii olduğu halde aynı suçtan yurt dışına kaçtığı, atılı suç yönünden OHAL ‘in ülkede devam ettiği ve delillerin toplanması sürecinin devam ettiği, bu durumda şüpheliler hakkında adli kontrol hükümlerinin yetersiz kalacağı anlaşıldığından şüphelilerin CMK 100 ve devamı maddeleri gereğince ayrı ayrı tutuklanmalarına ...” karar verilmiştir.

Başvurucu 5.8.2016 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde; isnat edilen eylemlerin gazetecilik faaliyeti olduğunu ve suç teşkil etmediğini, kaldı ki 9.6.2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununda özel olarak düzenlenmiş dört aylık dava açma süresi geçtikten sonra hakkında soruşturma açılıp tutuklandığını dile getirmiştir.

İstanbul 5. Sulh Ceza Hakimliğince 8.8.2016 tarihinde, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda “dosyada tutukluluk halinin sonlandırılmasını gerektirecek yeni bir delil bulunmadığı” gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

Başvurucu, anılan kararı 16.8.2016 tarihinde öğrendiğini bildirerek 8.9.2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Görüldüğü üzere somut olayda başvuru, tutukluluğun makul süreyi aşması durumuna karşı değil, “ilk tutuklama” kararına karşı yapılmıştır.

Başvurunun yapılmasının ardından, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 10.4.2017 tarihli iddianamesi ile başvurunun anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme, Türkiye Büyük Millet Meclisini (TBMM) ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

İddianamede ilk olarak FETÖ/PDY’nin kuruluşu, amacı, yöntem ve stratejisi, hiyerarşik yapısı, istihbarat ağı, mali yapısı ve gelir kaynakları,

silahlı gücü, emniyet ve yargı yapılanmasını kullanarak gerçekleştirdiği bazı yasa dışı faaliyetlere yönelik iddialara değinilmiştir. Sonrasında FETÖ/PDY'nin medyadaki yapılanmasına ve faaliyetlerine yer verilmiş; özellikle bu yapılanmanın medya unsurlarının, kamuoyunca bilinen isimleriyle “Tahşiye”, “17/25 Aralık”, “MİT tırları” ve “Selam-Tevhid-Kudüs ordusu” soruşturmalarına ilişkin etkilerine dair açıklamalar yapılmıştır.

Cumhuriyet savcısı, başvurunun da aralarında bulunduğu şüphelilerin FETÖ/PDY'nin medya gücünü oluşturduklarını, örgütün genel amacı doğrultusunda anayasal düzeni, TBMM'yi ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmak için örgüt strateji ve hiyerarşisi içi rollerini yerine getirerek üzerlerine atılı suçları işlediklerini ileri sürmüştür.

İddianamede, başvurunun suça konu edilen yazıları yönünden bireysel bir değerlendirme yapılmıştır. Bu kapsamda “17-25 Aralık” soruşturmaları süreci ve sonrasında Zaman gazetesi yazarlarınca kamuoyunda bu soruşturmalar lehine algı oluşturma çabası içine girildiği, başvurunun da bu amaçla “Din savaşıymış”, “Erdoğan ile batı arasında”, “Evet suçta cezada şahsidir”, “Bu millet bidon kafalı değildir”, “Çıkar yol Erdoğan'sız Hükümet” başlıklı yazıları yazdığı ileri sürülmüştür. Ayrıca “Cumhurbaşkanı seyirci kalmaz” isimli yazıda başvurunun Başbakan'ın FETÖ/PDY'ye karşı saldırıya geçtiği, Emniyette yapılan atamaların ve Adli Kolluk Yönetmeliği'nin değiştirilmesinin yolsuzluk soruşturmasının Hükümet tarafından örtbas edilmesini amaçladığını, Cumhurbaşkanı'nın bu yaşananlara seyirci kalmaması gerektiğini söyleyerek gerçekleri çarpıtmak suretiyle kurumlar arasında çatışma yaratmayı hedeflediği iddia edilmiştir.

Bireysel başvuru sistemi içerisinde, Anayasa Mahkemesinin, somut olayın koşullarını dikkate almak suretiyle, özellikle tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçeleri üzerinden bir denetim yetkisi bulunmakla birlikte, özellikle ilk tutuklamalarda, 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 halinde olan yargı mercileri Anayasa Mahkemesine kıyasla daha iyi konumdadırlar.

Somut olayda başvuru, tutukluluğun makul süreyi aşması durumuna karşı değil, “ilk tutuklama” kararına karşı yapılmıştır.

Mahkememizin birçok kararında da ifade edildiği üzere, başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu 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, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, § 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, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 73).

Özellikle olağanüstü hâl döneminde, olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren olaylarla ilgili olarak yürütülen bir soruşturma kapsamında uygulanan tutuklama tedbirinin hukukiliği değerlendirilirken, suçun işlendiğine dair kuvvetli bir belirtinin bulunup bulunmadığının tespitinde tutuklama tedbirinin uygulandığı her bir somut olayın koşullarının ve olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren olayların özelliklerinin ve ağırlığının da gözardı edilmemesi gerekir.

Darbe teşebbüsü gibi ülkenin bütününe etkileyen bir gelişme sonrasında başvurulmuş tutuklama tedbiri bakımından, soruşturma makamlarınca suça ilişkin şüpheyi doğrulayan tüm somut olguların (belirtilerin) ayrıntılarıyla birlikte tedbirin uygulandığı sırada tespit edilmesi ve yargı organlarının ilk tutuklama kararında bu somut olgulara dayanması her zaman mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda, bazı hallerde olayın niteliğine göre kuvvetli olarak nitelenebilecek suç şüphesine işaret eden bazı belirtilerin bulunması ilk tutuklama bakımından yeterli görülebilir.

Ancak burada, kişihürriyetivegüvenliğihakkının,devletin,bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir hak olduğu (Erdem Gül ve Can Dundar, § 62) ve kişilerin keyfi olarak hürriyetinden yoksun bırakılmamasının, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan

bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasında yer aldığı hususu asla gözden kaçırılmamalıdır. Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfi olmaması, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir güvencedir (bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, §347).Tutuklama tedbirinin uygulanması suretiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına keyfi olarak müdahale edilmemesini sağlayacak olan güvencelerin başında da, bu tedbire başvurulurken suç işlendiğine dair belirtinin ortaya konulması zorunluluğu gelmektedir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucunun tutuklanması talep edilirken FETÖ/PDY'nin amacı doğrultusunda bu örgütün lideri ve yöneticileriyle fikir ve eylem birliği içinde hareket ettiğine, konuşmalarında ve Zaman gazetesindeki yazılarında sürekli olarak bu yapılanmayı destekleyici, övücü ifadeler kullandığına değinilmiştir.

İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğince 30.7.2016 tarihinde başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken de kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin bulunduğu belirtilmiştir. Hâkimlikçe; FETÖ/PDY'nin Türk Silahlı Kuvvetleri içindeki unsurlarınca darbe teşebbüsünde bulunulduğuna değinilmiş, başvurucunun FETÖ/PDY'nin amacı doğrultusunda propaganda faaliyetinde bulunduğuna ve bu yapılanmanın yayın organı olan Zaman gazetesinde -özellikle de “17-25 Aralık” soruşturmaları sonrasında-yapılanmayı öven ve yapılanmaya yönelik soruşturmaları akamete uğratmayı hedefleyen yazılar yazdığına işaret edilmiştir. Kararda ayrıca Zaman gazetesinin yöneticisi olan E.D. hakkında silahlı terör örgütü üyeliğinden dava açılmasına ve darbe teşebbüsünden önce de kamuoyunda bu örgütün silahlı kalkışma yapacağına dair duyumlar olmasına karşın başvurucunun FETÖ/PDY'nin silahlı unsurlarının bulunduğunu bilerek bu yapılanmanın içinde yer almayı veyapılanmaya katkı vermeyi sürdürdüğüne dikkat çekilmiştir.

Soruşturma makamlarınca başvurucunun suça konu edilen yazılarında “... Yeni Türkiye özleminin Erdoğan'a teslim olmayacağıının ilk büyük işareti geçen yazın Gezi Parkı gösterileriydi. İkinci büyük sinyali ise, görevlerine bağlı savcı ve polislerin başlattıkları şimdiki büyük rüşvet ve yolsuzluk soruşturması ...”, “... Başbakan ... Neredeyse her gün yaptığı öfkeli konuşmalarda Fethullah Gülen Hocaefendi'yi ve esin kaynağı olduğu Hizmet Hareketi'ni, 'cemaat'i topluca, rüşvet ve yolsuzluk soruşturması ile AKP hükümetine karşı bir

‘darbe’ hazırlayan ‘paralel devlet, çete, örgüt, gözü dönmüş Haşhaşiler...’ şeklinde suçlamaktan geri durmuyor. ...Başbakanve yakın çevresinin Hizmet Hareketi’ni toplu olarak suçlaması, bu suçlamadan hareketle bir cadı avı başlatması, 5 bin polisi ve yüzlerce savcıyıyerlerinden etmesi ne demokratik ahlakla bağdaşır, ne de hukuk devleti kavramıyla ... Başbakan ve yakın çevresinin Hizmet Hareketi’ne yönelik ‘paralel devlet’ suçlamasını ağızlarından düşürmemeleri, adeta ‘Cemaate ölüm!’ çığlıkları atmaları da ne demokratik ahlakla, ne laiklikle, ne de hukuk devleti kavramıyla bağdaşır.” şeklinde yer alan ifadelerin de dikkate alınması suretiyle FETÖ/PDY örgütünün amacı doğrultusunda hareket ettiği ve yapılanmanın içinde yer aldığı sonucuna varıldığı anlaşılmaktadır.

Soruşturma mercilerine ve tutuklamaya karar veren sulh ceza hâkimliğine göre, başvuru, FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu, hatta ona ait olduğu bilinen medya organlarında bu yapılanmayı öven, bu yapılanmanın faaliyetlerini meşru göstermeyi ve yapılanmaya yönelik yürütülen soruşturmaları sonuçsuz bırakmayı hedefleyen yazılar yazmıştır. Bu tutumunu, söz konusu gazetelerden birisinin yöneticisi hakkında “silahlı terör örgütü üyeliği”nden soruşturma başlatılmış olmasına rağmen darbe teşebbüsüne kadar devam ettirmiştir. Sulh ceza hâkimliğine göre bu durum yazar ve gazeteci olan başvuru açısından suçun işlendiğine dair kuvvetli bir belirtidir.

Hal böyle olunca, yukarıda yer alan tespit ve değerlendirmeler karşısında, soruşturma mercilerinin ve tutuklamaya karar veren sulh ceza hâkimliğinin, suçun işlendiğine dair belirtileri somut olarak ortaya koyamadıklarını ve değerlendirmelerinin temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkün görülmemiştir.

Öte yandan, başvuruçunun tutuklanmasına neden olarak gösterilen “silahlı terör örgütüne üye olma” suçuna ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (Hüseyin Burçak, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61; Aydın Yavuz ve diğerleri, § 275). Ek olarak, anılan suç, 5271 sayılı Kanun’un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği “tutuklama nedeni varsayılabilen” suçlar arasındadır.

Ayrıca darbe teşebbüsü sırasındaki ve sonrasındaki koşullar ve gerçekleşen olaylar nedeniyle kimi zaman soruşturma konusu olaylara ilişkin

delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, ř 271; Selçuk Özdemir [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, ř 78).

Somut olayda İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken delillerin henüz toplanmamış olmasına, isnat edilen suçun katalog suçlar arasında olmasına, kaçma şüphesinin bulunmasına ve adli kontrolün yetersiz kalacak olmasına dayanıldığı görülmektedir.

Dolayısıyla tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararın içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvurucu yönünden özellikle kaçma ve delilleri etkileme şüphesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerden yoksun olduğu söylenemez.

Başvurucu hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığı hususuna gelince:

Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçünlüğünün belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır (bkz. Gülser Yıldırım (2), ř 151).

Öncelikle belirtmek gerekir ki 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, ř 214; Devran Duran, ř 64). Özellikle darbe teşebbüsüyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturmaların kapsamı ve niteliği ile FETÖ/PDY'nin özellikleri de dikkate alındığında, bu soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre daha zor ve karmaşık olduğu ortadadır (Aydın Yavuz ve diğerleri, ř 272; Selçuk Özdemir, ř 350). Dolayısıyla, darbe teşebbüsü sonrasındaki koşullar nedeniyle kimi zaman soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik

içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir.

Başvurucunun FETÖ/PDY'nin medyayı yapılanmasını yönelik olarak yürütülen bir soruşturma kapsamında, darbe teşebbüsünün savuşturulmasından onbeş gün sonra tutuklandığı dikkate alındığında soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak gerekli olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

Somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında İstanbul 4. Sulh Ceza Hâkimliğinin, isnat edilen suçlar için öngörülen yaptırımın ağırlığını, işin niteliğini ve önemini de gözönünde tutarak başvuru hakkında uyguladığı tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfi ve temelsiz olduğu söylenemez.

Buna göre, başvurunun Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası ile güvence altına alınan "kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı"nın ihlal edilmediğine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Diğer yandan başvurunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelendiğinde başvurunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu ve ayrıca olayda tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğunun değerlendirilmesi karşısında başvurunun, yalnızca ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalan eylemleri nedeniyle soruşturmaya maruz kaldığı ve tutuklandığı iddiası yönünden farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılan bir durum bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediği kanaatindeyiz.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MEHMET HASAN ALTAN BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2016/23672)

Karar Tarihi: 11/1/2018

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	: Mehmet Hasan ALTAN
Vekili	: Av. Veysel OK Av. İsmail Aziz Ergin CİNMEN Av. Orhan Kemal CENGİZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, gazeteci olan başvurucu hakkında uygulanan gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması, tutukluluğa ilişkin kararların bağımsız ve tarafsız olmayan sulh ceza hâkimliklerince verilmesi, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması ve tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; gazetecilik faaliyeti ve ifade özgürlüğü kapsamındaki eylemlerin tutuklamaya konu edilmesi nedeniyle ifade ve basın özgürlüklerinin; gözaltı ve tutukluluk süreçlerindeki bazı uygulamalar nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/11/2016 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. Birinci Bölüm tarafından 5/12/2017 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 ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Akademisyen olan başvurucu, aynı zamanda kamuoyunca bilinen gazeteci ve yazardır.

11. Türkiye, 15 Temmuz 2016 gecesi askeri bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış; bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiştir. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye’de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör rgt (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, şş 12-25).

12. Bu kapsamda FETÖ/PDY’nin kamu kurumlarındaki eğitim, sağlık, ticaret, sivil toplum ve medya gibi farklı alanlardaki yapılanmalarına yönelik soruşturmalar yapılmış ve çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulanmıştır.

13. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucunun da aralarında bulunduğu ve oğunluğugazeteci, yazar ve akademisyen olan on yedi şüpheli hakkında FETÖ/PDY’nin medya yapılanmasıyla bağlantılı olarak soruşturma başlatılmıştır.

14. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, anılan soruşturma kapsamında 9/9/2016 tarihinde, başvurucunun konutunda ve aracında terör örgütüyle bağını ortaya çıkaracak deliller ile suç konusu olabilecek diğer eşyalara el konulması amacıyla arama yapılmasına karar verilmesini talep etmiş ve bu talep İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından aynı tarihte kabul edilmiştir.

15. Ayrıca İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 9/9/2016 tarihinde, başvurucunun yakalanması ve otuz günü geçmemek zeregzaltına alınması için (23/7/2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin (KHK) 6. maddesinin (I) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca) İstanbul Emniyet Müdürlüğüne yazılı talimat vermiştir. Talimatın gerekçesi şöyledir:

“Ülkemizde gerçekleşen FETÖ/PDY mensubu bir kısım şahıslarca darbe girişiminde bulunulması olaylarından bir gün önce, 14 Temmuz 2016 günü www.youtube.com isimli sosyal paylaşım sitesi üzerinden canlı yayın yapan Can Erzincan Tv isimli kanalda şüpheliler A.N.I. ve başvurucunun hazırlayıp sundukları ‘Özgür Düşünce’ isimli programa katılan A.H.A. ile birlikte darbe çağrısıyla subliminal mesaj içeren söylemlerde bulundukları, bu söylemler kapsamında Türkiye Cumhuriyetini ve Cumhurbaşkanı’nı tehdit ettikleri, darbenin gerçekleşeceğini beyan ettikleri, darbe girişimini terör örgütüncü fikir ve eylem birliği içerisinde olmadan bilmelerinin ve bunu bir gün önce kamuoyu algısını şekillendirecek biçimde beyan etmelerinin mümkün olmayacağı, hiçbir demokratik düzende darbe girişimini desteklemenin veya darbeyle seçilmiş hükümeti tehdit etmenin basın veya ifade hürriyetiyle açıklanamayacağı, bu şekilde darbe girişiminde bulunan terör örgütü mensubu bir kısım asker şahıslarla birlikte iştirak halinde atılı suçları işledikleri [anlaşılmıştır.]”

16. Başvurucu 10/9/2016 tarihinde saat 06.00’da oğlu tarafından kullanılan bir evde iken gözaltına alınmıştır.

17. Başvurucunun aracında yapılan aramada herhangi bir suç unsuruna rastlanmamış, konutunda yapılan aramada ise başvuru adına çıkarılmış Bank Asyaya ait bir adet banka kartı ve -ikisi (F) serisi olmak üzere- altı adet 1 Amerikan doları banknot ele geçirilmiştir. Banknotlardan beşinin diğer dövizlerle bir arada, birinin ise ayrı bir yerde olduğu tespit edilmiştir.

18. Başvurucu 10/9/2016 tarihinde, soruşturma işlemlerinin yürütüldüğü İstanbul Emniyet Müdürlüğüne getirilerek sorgulanmaya başlanmış ancak Cumhuriyet savcısı huzurunda ifade vereceğini beyan etmesi üzerine ifadesi alınmamıştır. Başvurucu 21/9/2016 tarihine kadar burada gözaltında tutulmuştur.

19. Başvurucu, ifadesi alınmak üzere 21/9/2016 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığında hazır edilmiştir. İfade alma işlemi sırasında başvuru avukatları da hazır bulunmuştur. İfade tutanağında belirtildiğine göre başvurucuya, ifade alma işlemi öncesinde isnat edilen suçlar açıklanmıştır. Başsavcılık tarafından; ifadesine esas olmak

üzerebaşvurucuya darbe girişiminde bulunan FEFÖ/PDY mensubu askerlerden tanıdığı ve irtibat hâlinde olduğu kimsenin bulunup bulunmadığı, 14/7/2016 tarihinde yayımlanan televizyon programındaki konuşmasında sarf ettiği “Cumhurbaşkanı’nın darbe zeminini hazırladığı ve çok kısa sürede yönetimden gideceği” yolundaki sözleri hangi amaçla söylediği, darbe girişiminden önceden haberdar olup olmadığı, FETÖ/PDY’nin lideri olan Fetullah Gülen’i ziyaret edip etmediği, konutunda ayrı bir yerde bulunan 1 Amerikan doları banknot ve Bank Asya’ya ait hesap kartı ile 2010 yılında yayımlanan “*Balyoz’un Anlamı*” başlıklı köşe yazısına ilişkin açıklamasının ne olduğu, yapılan bir soruştırma kapsamında izlenmekte olan bir vakfa gittiği tespit edilmesine rağmen neden bu soruştırmaya dâhil edilmediği şeklinde sorular yöneltilmiştir.

20. Başvurucu ifadesinde isnat edilen suçlamaları kabul etmemiş ve sorulan sorulara karşı özetle aşağıdaki şekilde beyanda bulunmuştur:

“... Darbe girişimine katılan herhangi bir ... muvazzaf subay tanımamaktayım ...

... Can Erzincan Televizyonu, D smart üzerinden yayın yapmaktadır. Söz konusu tarihlerde yasal bir yayın kuruluşudur. N.I. ile birlikte sunmuş olduğum program her perşembe günü sunulmaktaydı. Darbe girişiminin gerçekleştiği Cuma gününden bir gün öncesine getirilmesi söz konusu değildir. Ayrıca söz konusu program sezonun son programı idi. Yaz tatiline girilecekti. Ertesi gün ne olacağından bir bilgim yoktu. A.A.yı da 2/9/2016 tarihinde Balyoz davası kapsamındaki gizli belgeleri temin etme suçundan dolayı yargılandığı davanın ilk duruşması olacağı için çağırmıştım. Bu davanın açılmış olması o haftanın önemli olaylarından biri olduğu için program gündemine aldık. Söz konusu programda Cumhurbaşkanı ve hükümet politikaları bu kapsamda mevcut anayasal düzene aykırı tavır ve icraatları eleştirilmişti. Kamuoyunca tanınan biri olarak geçmişten beri darbelere karşı tavır aldım ... Darbe girişimine destek verdiğim veya bu yönde imada bulunduğum iddiaları söz konusu değildir. Tam tersine darbelerin yaşanmaması için uyarılarda bulunmam söz konusudur. Hükümetin eski politikalarına tekrar dönmesi halinde ülkenin daha huzurlu bir noktaya geleceğini özellikle vurguladım ...

Yaklaşık 5-6 yıl önce Fatih Üniversitesinde 3 ay süre boyunca dersler vermiştim. Verdiğim derslerin bedel karşılığını Bank Asya üzerinden yatıracakları için bu kartı çıkarmamı istediler. Ben de bunu çıkardım ... Bu 3 aylık ödemelerden başka herhangi bir hesap hareketi bulunmamaktadır ...

[Yapılan bir soruşturma kapsamında izlenmekte olan bir vakfa gitmesine rağmen bu soruşturmaya dâhil edilmeme nedenine ilişkin soruya karşılık] *Bu sorunun muhatabı söz konusu tarihlerde soruşturmayı yapanlardır. Neden bu şekilde davranıldığı konusunda bir fikrim yoktur. Akademisyen kimliğimle bir çok yerde konuşma yapmaktayım. Söz konusu yere de bu sebeple gittim ...*

[“Balyoz’un anlamı” başlıklı yazıya ilişkin olarak] ... *Söz konusu tarihlerde güncel bir gelişme olduğundan dolayı fikrimi beyan ettim. Ayrıca dönemin siyasi yetkililerinin söz konusu tarihlerde Balyoz soruşturması ve davasını destekledikleri kamuoyunca malumdur. Balyoz davasının FETÖ/PDY faaliyeti olduğuna dair tespiti katılmıyorum. Ki davaya ilişkin Yargıtay tarafından mahkumiyet onanmıştır. Hali hazırda ise sanıkların tamamı hakkında verilen beraat kararı yedi kişi açısından temyiz edildiği bilinmektedir ...*

... Fetullah Gülen’in siması nedeniyle gazetecilik açısından haber değeri olduğundan dolayı bir grup gazeteci ile birlikte ziyaret gerçekleştirildi. Burada herhangi bir toplantı yapılması söz konusu değildir. Gazetecilik faaliyetinden ibarettir ... Fetullah Gülen’in elini öpmem söz konusu değildir. Hayatımda hiç el öpmedim. Öptürmedim bu benim hayat tarzım ...

1 adet tedavülden kalkmış ve yırtık olduğunu bildiğim ABD doları kenara köşeye atılmış, unutulmuş bir şekilde bulunmuştur. Özel bir anlamı bulunmamaktadır. Kendimden emin olduğumdan dolayı da darbe girişiminden sonra atma ihtiyacı duymadım ...”

21. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı aynı tarihte “*terör örgütünün amaç ve ideolojileri doğrultusunda süreklilik ve çeşitlilik arz eden faaliyetlerde bulunarak terör örgütünün darbe girişimine bürokrasi ve medya unsurları içerisindeki sivil ve asker örgüt ve yönetici ve üyeleriyle iştirak halinde*

katılarak Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarını işledi[ęi]” gerekçesiyle tutuklanması istemiyle başvurucuyu İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir.

22. Tutuklama talep yazısında, öncelikle FETÖ/PDY’ye ilişkin genel bilgilere ve bu örgütün medyadaki yapılanmasına ilişkin açıklamalara yer verilmiş; akabinde başvurucuya isnat edilen suçlamalarla ilgili değerlendirmeler yapılmıştır. Bu kapsamda başvurunun 15 Temmuz darbe girişiminden bir gün önce Can Erzincan TV’de yayımlanan programdakikonuşmasına, hakkında soruşturma yürütölen bir vakfa gidip geldiği tespit edilmesine rağmen bu soruşturmaya dâhil edilmemesine, “Balyoz’un Anlamı” başlıklı köşe yazısına, BankAsyaya ait ATM kartının bulunmasına ve evinde yapılan aramada ele geçirilen (F) serisi 1 Amerikan doları banknotun ayrı ve özel bir yerde muhafaza edilmesine değinildiği görölmüştür. Talep yazısında Can Erzincan TV’de yayımlanan programdaki konuşmasında başvurunun soruşturma makamlarınca kumpas olduğu belirtilen Balyoz soruşturmasını aklamaya çalıştığı, bu olaya ilişkin devletin güvenliğiyile ilgili gizli belgeleri temin etme suçundan tutuklu bulunan bir gazetecinin gazetecilik faaliyetinden dolayı tutuklandığını söyleyerek Türkiye’de ifade özgürlüğünün olmadığını iddia ettiği ve yapılacağını bildiği darbe girişimine ilişkin olarak kamuoyunda alt yapı oluşturmaya çalıştığı ileri sürölmüştür.

23. Savcılığın talep yazısı, sorgu işleminde İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvurucuya okunmuştur. Ayrıca sorgu tutanağında, başvurucuya isnat edilen suçların okunup anlatıldığı da belirtilmiştir. Bu sırada başvurunun üç avukatı da hazır bulunmuştur. Başvurucu, sorgu sırasında Savcılıkta verdiği ifadesini tekrar ettiğini belirtmiş ve ek olarak “Fetullah Gülen’i tanırım. Yüz yüze bir heyetle gazetecilik amacıyla görüşmüşlüğüm vardır. Fetullah Gülen’in nihai hedefinin ne olduğunu bilmiyorum. Hakkımdaki örgüt üyeliği iddiasını kabul etmiyorum. Fetullah Gülen’in elini öptüğöme dair iddiada bulunulmuş ise de, iddia sahibi özür dilemiştir. Evimde 6 (altı) adet bir dolarlık banknot bulunmuştur. Bunlardan birisi 1990 yılında basılmıştır ve kullanılmayacak vaziyettedir. Diğer 5 (beş) adet bir dolarlık banknot ise cüzdanımda bulundu. Bu paraları yurt dışına

çıktığımda kullanıyordum. 2012 yılında 'Star' gazetesinde yazılar yazıyordum. 2016 yılının Ocak ayına kadar herhangi bir gazetede çalışmadım. Bu tarihten sonra 'Özgür Düşünce' isimli gazetede köşe yazarlığı yaptım. Bu gazete 15 Temmuz tarihinden önce kendiliğinden kapanmıştı. Bu gazetenin kimin kontrolünde olduğunu bilmiyorum. Benim darbe girişimine katılmam söz konusu değildir. Darbe aleyhine kitaplar yazmıştım. 28 Şubat sürecinde mağdur olduğum için şahsım komisyona davet edilmiştir. 14 Temmuz 2016 günü 'Can Erzincan Tv' deki programda dile getirdiğim husus yasama, yürütme, yargıya ilişkindir. Darbe olacağından haberim yoktu. O televizyon konuşmasında kastettiğim yapı devlet organlarıdır. Subliminal kelimesinin anlamı, insan bilincinin algılamadığı mesajları bilinç altına yerleştirme anlamına gelmektedir. Bu durum skandal niteliktedir. Bilinç altına hükmetmem nedeniyle tutuklanmam isteniyor." şeklinde beyanda bulunmuştur.

24. İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğince 22/9/2016 tarihinde, başvurunun Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarından tutuklanmasına karar verilmiştir.

25. Anılan kararda FETÖ/PDY ve darbe teşebbüsü hakkında bazı genel bilgilere yer verildikten sonra başvurunun da aralarında bulunduğu şüphelilerin her biri hakkında tutuklama koşullarının bulunup bulunmadığı hususunda ayrı ayrı değerlendirme yapılmıştır. Başvurucuyla ilgili değerlendirmeler özetle şöyledir:

i. Kararda, başvurunun gazetecilik faaliyeti çerçevesinde görüşlerini ifade ettiğini savunduğu ancak askerî darbeye zemin hazırlamak amacıyla yıllarca süreklilik arz edecek şekilde görüş bildirmenin, yayın yapmanın ve tek yanlı bilgilendirmede bulunmanın düşünciyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

ii. Hâkimlik, 15 Temmuz 2016'da gerçekleştirilen darbe girişiminden önce -ülkemizde ve dünyada gerçekleştirilen diğer darbelerde olduğu gibi- FETÖ/PDY'nin darbe ortamını hazırlamak amacıyla kontrolündeki medya organları vasıtasıyla sürekli yayın yaptığını, özellikle ülkeyi

yönetenlerin -her ne yolla olursa olsun- iktidardan gitmesi gerektiği algısını ülke içinde ve dışında yerleştirmeye çalıştığını belirtmiştir.

iii. Hâkimliğe göre başvuru, FETÖ/PDY'nin 17-25 Aralık 2013 tarihlerinde gerçekleştirdiği operasyonlarla Hükûmeti devirmek suretiyle ülke yönetimini ele geçirmeye çalıştığını -bilgi birikimi, eğitim durumu ve sosyal statüsü dikkate alındığında- bilebilecek durumdadır. Buna rağmen FETÖ/PDY'nin kontrolünde olduğu herkesçe bilinen televizyonlardaki programlarda örgütü açıkça desteklemiş ve çeşitli medya organlarında yazdığı yazılarla örgütün amacı doğrultusunda hareket etmiştir.

iv. Hâkimlik başvurusunun, yazdığı yazılar ve televizyon programlarındaki konuşmalarıyla ülkeyi yönetenlerin -her ne yolla olursa olsun- iktidardan gitmesi gerektiği algısının oluşmasına destek verdiğini, bu kapsamda özellikle “Cumhurbaşkanı'nın diktatör olduğu ve hukuk tanımadığı” yönündeki propagandaya katkıda bulunduğunu, böylelikle toplumu askerî darbeye karşı çıkmamaya yönlendirdiğini ifade etmiştir. Hâkimlik tarafından, anılan eylemlerin darbe ortamının oluşturulması amacıyla yapıldığının göstergesi olarak Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda (TRT) okunan darbe bildirisinde yer alan benzer söylemlere dikkat çekilmiştir.

v. Hâkimlik, yukarıdaki suçlamalar kapsamında özellikle başvurusunun 14/7/2016 tarihinde (darbe teşebbüsünden bir gün önce) Can Erzincan TV'de yayımlanan programdaki konuşmasında yer alan “... Türkiye Devletinin içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyadan daha fazla belgeleyen, izleyen bir başka da yapı var. Yani onun ne zaman torbadan yüzünü çıkaracağını, nasıl çıkacağı da belli değil...” şeklindeki sözlerine atıf yapmıştır. Hâkimliğe göre başvuru, bu sözlerle açıkça darbe çağrısında bulunmuştur.

26. Tutuklama kararında bu değerlendirmelerle başvuru yönünden Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarını işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varılmıştır.

27. Kararın tutuklama koşullarına ilişkin bölümü ise şöyledir:

“Şüpheliye isnat edilen suçların kanunda öngörülen ceza miktarları, işlediği iddia edilen suçların önemli ve ciddi sayılan katalog suçlardan olması nedeniyle tutuklama nedeninin kanun gereğince var sayıldığı ... CMK’nın 100 ve devamı maddeleri uyarınca şüphelinin tutuklanmasına engel bir halinin bulunmadığı, alması muhtemel ceza göz önüne alındığında kaçma şüphesinin bulunduğu ... adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı ... uygulanacak tutuklama tedbirinin, soruşturma konusu suçun ağırlığı ve önemi, suçun sabit görülmesi halinde verilmesi muhtemel ceza veya güvenlik tedbirleri ile ölçülü olduğu kanaatine varıl[mıştır.]”

28. Başvurucu 28/9/2016 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde incelemenin duruşmalı olarak yapılması ve tutukluluğa itirazı inceleyecek olan İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin daha önce ağabeyi A.H.A. hakkında tutuklama kararı vermesi nedeniyle benzer olay ve hukuki sorun hakkında karar veren bu hâkimin çekilmesi talep edilmiştir.

29. Çekilme talebini kabul etmeyen İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğince 10/10/2016 tarihinde, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda *“isnat olunan suçların CMK’nın 100. maddesinde belirtilen katalog suçlardan olduğu, atılı suç ve öngörülen ceza miktarına göre de tutuklama tedbirinin orantılı olduğu”* gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

30. Başvurucu anılan kararı 13/10/2016 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

31. Başvurucu 8/11/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

32. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 12/4/2017 tarihli iddianamesi ile başvurunun Türkiye Büyük Millet Meclisini (TBMM) ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamede başvuru dışında on altı şüpheli hakkında da benzer suçlardan cezalandırma talebinde bulunulmuştur.

33. İddianamede ilk olarak FETÖ/PDY'nin yapısına, kamuoyunca bilinen isimleriyle “17-25 Aralık”, “MİT tırları”, “Selam-Tevhid-Kudüs Ordusu”, “Tahşiye”, “Kozmik oda” ve “Balyoz” gibi soruşturmalarda veya bu soruşturmalar sonucunda açılan davalarda anılan örgütün yargı ve emniyet içindeki unsurlarını kendi amaçları doğrultusunda nasıl kullandığına ve Hükûmeti devirmeye yönelik eylemlerine değinilmiştir. Devamında ise FETÖ/PDY ile bağlantılarının bulunduğu ve darbe girişimine iştirak ettikleri değerlendirilen Zaman, Today's Zaman, Taraf, Samanyolu TV, Can Ezincan TV gibi örgütün medya yapılanmasına dâhil olduğu belirtilen unsurlara yer verilmiştir.

34. Cumhuriyet savcısı; başvurunun süreklilik arz edecek şekilde örgütün amaçları doğrultusunda faaliyette bulunduğunu, özellikle gerçekleştirileceğini önceden bildiği darbe girişiminin alt yapısının oluştuğunu ima eden konuşmalar yaparak bu girişime iştirak ettiğini ileri sürmüştür. Bu suçlamalara esas alınan iddianamedeki olgular şöyle özetlenebilir:

i. Başvurucunun A.N.I. (Bazı soruşturma belgelerinde “N.I.” olarak ifade edilmiştir.) ile birlikte yaptığı ve Can Erzincan TV’de yayımlanan “Özgür Düşünce” isimli programın 14/7/2016 tarihli yayınına A.H.A. (Bazı soruşturma belgelerinde “A.A.” olarak ifade edilmiştir.) da katılmıştır. Başvurucunun bu programda yaptığı konuşmalarla -ertesi gün gerçekleşecek olan- darbe girişimine ilişkin çağrıda bulunduğu iddia edilmiştir. Ayrıca bu programın yayımlandığı Can Erzincan TV isimli televizyon kanalı FETÖ/PDY'nin amacı doğrultusunda yayınlar yaptığı ve kamuoyu oluşturmaya çalıştığı gerekçesiyle 27/7/2011 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 668 sayılı KHK ile kapatılmıştır. Başvurucunun suçlamaya konu programdaki konuşmasının ilgili kısmı şöyledir:

“...

[A.H.A.] ... Amerika ve Almanya dedi ki: Ben seni dinledim. Bizimkiler sesini bile çıkartmadılar. Ne demek ben seni dinledim! Ben seninle ilgili her şeyi biliyorum diyor. Bu aynı zamanda inanılmaz bir tehdit, inanılmaz bir tehdit. AKP'nin ne halt ettiğini biz biliyoruz. Bir de bizim

bilmediğimiz kısmı var. Amerika ile Almanya diyor ki sen Türk halkının bildiği bir bölüm var ben onların bilmediklerini de biliyorum

[A.N.I.] *Muhtemelen ... Kriptolu telefonlar onların dinlenmesi neticesi olabilir. 'babacığım' falan o konuşmalar çünkü polisler diyor ki ... Biz onları dinlemedik diyorlar ve ... biz Kriptolu telefonu kırabilecek ve dinleyecek imkânımız da yok. Muhtemelen hani biz sizi dinledik diyorlar öyle olabilir veriyorsun sen bir sosyal medya ağı üzerinden*

[A.H.A.] *Sadece telefonla dinlememiş olabilirler dimi mi*

[A.N.I.] *Efendim*

[A.H.A.] *Sadece telefonla mı dinlediler acaba*

[A.N.I.] *Hayır ortam dinlemesi*

[A.H.A.] *Sadece aletle mi dinlediler demek istiyorum. İnsan unsuru yok mu? ... Oralarda kim olduğunu biz biliyor muyuz? ... Bu ülkenin zirvesinde bir sürü tuhaf adam dolaşıyor ... Onların kim olduğunu kimse biliyor mu? Kim onlar? Kimler? Ya sadece tamam dinlediler biliyorlar ama sadece dinleyerek mi biliyorlar? Ondan da çok emin değilim. Ama şu var: Ben seni biliyorum ben seni tanıyorum. Ne halt ettiğinin bütün kayıtları bende var. Almanya da Amerika da bunu söyledi. Burda çok tehlikeli şeyler var. Sadece iç hukukumuzla göre değil uluslararası hukuka göre de suçlar var ve bunların ne zaman gündeme geleceği ne olacağı hiç belli değil. AKP'liler için de hakikaten üzülyorum*

[Başvurucu] *Ayriyeten tabi buradan bir parantez açmak lazım, sadece teknoloji ile mi dinlediler? Yanındaki kimler dendiği vakit, yani bir devlete birisi hakim olamaz. Eğer birisi, hukuk dışı bir şekilde seçilmiş birisi, hukuka uygun olarak o devleti yönetebilir ama hukuk dışı bir anlayışı suç işleyerek, bir devleti ele geçirmeye kalkacağını sanmak. Eğer o devlet var olmaya devam edecekse, bu bir gaflettir ve Türkiye Devletin içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyadan daha fazla belgeleyen, izleyen bir başka da yapı var. Yani onun ne zaman torbadan yüzünü çıkaracağını, nasıl çıkacağı da belli değil. Yani işte köşkü kurdum diyorsun, bu köşk de senin*

[A.H.A.] *Noluyor*

[Başvurucu] *etrafındaki adamlar*

[A.N.I.] *Kaç masraf acaba, o kadar çünkü para yetmiyor.*

[A.H.A.] *Ha gözetleyen var*

[Başvurucu] *Neyi gözetliyor? Kimin adına yani? Ne zaman ne olacağı, padişah mülkün sahibi, muhalefeti yok. Bütün bu kavgalar aslında devlet içi kavgalar. Çünkü devleti ele geçirmeye kalktığın vakit; bir metabolizmayı yok etmek istiyorsun. Eee.. o metabolizmanın da kendi refleksleri var. O reflesi gösterecek unsurlar nedir? Bunları yok edemezsin. Edersen, o zaman zaten devlet ve toplum yok olur. Bu olmayacaksa etmen mümkün değil. Peki onun unsurları ne? Gözetleyeni kimler?*

[A.H.A.] *Bence burası çok tehlikeli bir yerdir. Türk Devleti çok tehlikeli bir devlettir. Çok buzul gibi, çok yavaş, çok ağır kımıldar. Ama daima kımıldar, daima hareket eder ve bir kere kayıtlarına seni aldıktan sonra bir daha seni bırakmaz. Bence AKP'yi de Erdoğan'ı da çoktan devlet kayıtlarına aldı. Bütün kayıtlarda bulunuyor. Ayrıca ne kadar doğru bunu bilmiyorum, bunu doğru olarak söylemiyorum fakat okuduklarımıza göre ki; yalanlamadılar Ergenekon'dan epeyce adam şu anda sarayın danışmanı olarak o Beştepe denilen yerde dolaşıp duruyor.*

[A.N.I.] *Ne faydası var böyle? Bunu niye alıyor? Bu kadar güveniyor mu hakikaten yoksa?*

[A.H.A.] *Bence çok çaresiz. Erdoğan'ın çaresizliğini insanlar çok görmüyorlar. Çünkü medyası sürekli olarak Erdoğan'ı çok güçlü olarak lanse ediyor. O kadar güçlü değil. Dediğim gibi bu adamın partisi geçen yıl iktidardan düştü. Panik içinde büyük bir savaş çıkarttılar. Bir yıl içinde binlerce insan öldü. Yeniden oyları azalıyor. Ben son gördüğüm bir şeye göre HDP'yi yok edemediler ve yeniden oyları azalıyor. Bunun korkusu içindeler. Öyle bir anlatıyorlar ki; Erdoğan sanki hakikatten hayatı boyunca burada kalacak. Ya Erdoğan iki sene sonra gidecek. Seçim geliyor, iki sene sonra seçimde ne olacağını kimse bilemez. Seçimden önce*

[Başvurucu] *Hayır iki seneye kadar da ne olacağı belli değil bu ülkede.*

[A.H.A.] *Ya belli değil de, elli tane AKP'li milletvekili biz Akşener ile parti kuruyoruz dese, ayrılrsa, bütün sistem sarsılıyor. Ya bu adam sağlam bir zeminde durmuyor. Her an her şeyin değişebileceği ve değiştiğinde bunu çok ciddi hukukla ilgili bir problemin ortasında bırakacak bir ortamda yaşıyor. Bu panik içinde bir şey. Haklı olmamak çok zor bir şeydir. Haklı olmamak çok zor bir şeydir. Güçlü olmayabilirsiniz ama haklıysanız çok sağlam durursunuz. Kimse dokunamaz. Ne yapacak? Seni hapse atsa bile haklılığını elinden alamaz ama haksızsan sarayda da otursan her an senin elinden her şeyi alabileceklerini bilirsin. Erdoğan her an her şeyi kaybetme korkusuyla yaşayan bir adam. Çünkü haklı değil. Bir sene önce seçimi kaybetmiş bir partiye, seçimi kazandırmak için olmadık işler yaptı. MİT tırları denilen, Can Dündar'ı mahkum ettirdiler kendi mahkemelerinde. Ama uluslararası suç sayılabilecek bir tuhafılık ortada duruyor. Bütün darbecilerle, Ergenekoncularla iş birliği var. Yolsuzluk davaları var. Bakan ortaya çıkıp dedi ki ben ne yaptıysam başbakanın emriyle yaptım canlı yayında bütün bu laflar kaybolmuyor.*

[A.N.I.] *Bakalım ne zamana kadar? Bakalım, bunu da göreceğiz evet.*

[A.H.A.] *Ama şunun böyle korkunç tehlikeleri var. Türkiye'de gerçekleşmiş askeri darbelerin önünü açan gelişmeler her ne ise, Erdoğan bugün aynı kararları vererek o yolları teker teker açıyor. Yani şehirlerin yönetiminde mesela generallere sivillerden öncelik tanıyan bir yasa çıkarttı. İsterse general şehri yönetecek. Bu EMASYA denilen planı bir daha canlandırdı. Ayrıca sen eğer askerlerin yargılanmasını izne bağlarsan eee adam darbe hazırlığını çok daha rahat yapar. Yani kim yargılayacak ki darbe yaparsa? Çok daha bu işleri kolay her türlü...*

[Başvurucu] *Herkes için dokunulmazlık zırhı getiriyor.*

[A.N.I.] *Evet sevgili seyirciler yine birlikteyiz. Gördünüz, yine yeşillendi fındık dalları. Hep yeşillenecek, bu umudun hiç sönmemesi lazım. Böyle Ahmet-Mehmet ALTAN gibi aydınlar bize umut veriyor. Hani bu pes eden bu yığınlar var ya; onlarla bi yere gidilemez. Yani ben görüyorum ki bugünkü şartlar değişecek bunu da çok güzel birinci kısımda anlattınız.*

[Başvurucu] *Ya mümkün değil gitmesi.*

...”

ii. Başvurucunun 17/12/2010 tarihinde Star gazetesinde yayımlanan “*Balyoz’un Anlamı*” başlıklı köşe yazısında ve Can Erzincan TV’deki 14/7/2016 tarihli programdaki konuşmasında -soruşturma mercilerince FETÖ/PDY tarafından sahte delillerle kurgulandığı belirtilen- Balyoz soruşturmasını övücü nitelikte beyanlarda bulunduğu (Başvurucunun programdaki hangi sözlerinin bu mahiyette olduğu açıklanmamıştır.), böylelikle örgütün amacı doğrultusunda kamuoyu oluşturmaya çalıştığı ileri sürülmüştür.

- Televizyon programında yer alan Balyoz soruşturmasına ilişkin konuşmaların ilgili bölümü (iddianamede yer verildiği şekliyle) şöyledir:

“ ...

[A.N.I.] ... *bugün öğrendim çok önemli 14 meslek kuruluşu gazetecilik, yazarlık ve fikir özgürlüğünü savunan 14 meslek kuruluşu bir araya geldi ve sizin 2 Eylül’de değil mi* [Taraf gazetesinde yayımlanan Balyoz davasına ilişkin haberlerle bağlantılı olarak açılan] *dava?*

[A.H.A.] *Evet.*

[Başvurucu] *Dünyadaki, bütün dünyadaki. Uluslararası.*

[A.N.I.] *Dünyadaki tabi, Türkiye zaten uyuyo. Türkiye’dekiler gölgesinden korkuyor. Uluslararası bu şekildeki örgütler bir araya geldi ve M.B. serbest bırakılsın ve sizlere yani bu Balyozdan yargılanacak olan A.A.ya, Y.Ç.ye ve tabi Taraf’ın başka yazı işlerinde çalışan arkadaşlara hepsine sahip çıkan.*

[A.H.A.] *Y.O.ya, T.O.ya. Bu davanın düşmesi ve M.B.nin serbest kalması için dünyanın en büyük 14 gazetecilik meslek kuruluşu ve ifade özgürlüğü kuruluşu ortak bir bildiri yayınladılar bugün. Bu davayı düşürün, M.B.yi de serbest bırakın hemen diye. Ayrıca duyduğum kadarıyla Avrupa Parlamentosu Medya Komisyonu da bu davayı gündemine aldı. Yani bu çok basit geçecek bir dava değil tabi. Yani bir ülkede bir darbe hazırlığı yapılıyor, o darbe hazırlığını bir gazete ortaya*

çıkartıyor. Sonra o darbe hazırlığını yapanlar yargılanıyor, mahkum oluyor. Derken siyasi iktidar hırsızlıktan yakalanıyor, bütün hukuki neticeleri tersine çevirdik diyorlar. O yargılama bir daha oluyor. Ne kadar adam varsa beraat ediyor ve arkasından o haberleri yapan ne kadar gazeteci varsa hapse atalım gibi yeni bir dalga geliyor. Şimdi bu dünyanın dikkatini çekmeyecek bir olay değil, haliyle buna bakacaklar.

...

[A.H.A.] *Şimdi bu kadar rahat AKP, ben canımın istediğine göre mahkemeler kurdum, her istediğim mahkemeye kendi adamlarımı atadım, facebookta kim 'Erdoğan'ı Seviyorum' diyorsa onu yargıç yapıyorum. Bunu işletebilirsin, devletin bir gücü var, iki tane polis üç tane jandarma gönderdiğinde istediğınadamı alıp hapse koyabilirsin. Bu zorbalığı yapabilirsin. Ama eğer bu hukuka aykırıysa yenilirsin. Hapse girmek seni galip getirmmez. Haklı adamlar hapisten de mücadeleyi kazanır. Haksız adamlar sarayda da kaybeder. Önemli olan senin haklı olup olmadığın ve haklılığının peşinde mücadele edecek gücün ve kararlılığının olup olamaması. Bunlar haksız, haksız oldukları için bu kadar korkuyorlar, haksız oldukları için. Ben kendime yargıç, mahkeme kurmaya çalışıyor muyum? Onlar kendilerine yargıç, mahkeme, parlamento, her şeyi kurmayı çalışıyorlar. Niye? Korkuyorlar ve haksızlar ve bu işin içinden çıkamayacaklar. Hırsızlarla darbeciler bir araya gelince.*

[Başvurucu] *Haksız, haksız lafı zarif, yani suçlu oldukları için korkuyorlar.*

...

[A.H.A.] *Kime ben öyle şeyler yapmam ben bunun ne olduğunu yazdım ...'te duruyor. İnsanlar merak ettiklerinde onu bulurlar ve insanlar mutlaka bulur ben buna çok güvenirim çok güvenim hiç yani bir kayıkla bir amiral gemisini batırırsın eğer sen haklıysan hiç farketmez ben daha öncede onlarla kavga ettim daha önce de battılar çünkü daima haksızlar daima yalan söylüyorlar daima sopa yiyorlar ve dayak arsızılar utanmıyorlar ya utanmaları lazım.*

[A.N.I.] *Bakın şimdi burada sırası gelmişken T.T.den de kısaca söz etmemiz lazım şimdi durup dururken gene hani Hürriyet gazetesinde*

maalesef bir muhabir şey olarak nedir Türk Silahlı Kuvvetlerinin imamı diye T.T.den söz ediyor ve İzmir askeri casusluk yine sözüm ona oda bir kumpas artık bütün davalar sözde kumpas ...

[A.H.A.] *Bu tür davalar benim biraz mesafeli durduğum davalar.*

[A.N.I.] *Ama casusluk meselesi de var bu işin içinde yani birlikte birbirini besleyen meseleler.*

[A.H.A.] *Darbe planları kadar ilgimi çeken şey değil zaten gazetede biz bu konuya bildiğim kadarıyla çok fazla girmedik bunlardan biraz uzak dururum ama T.nin yakalanması ve onun bu işleri bilmiyorum ama onun öyle bişey yaptığını zannetmiyorum buraya gelmemin bir nedeni bir tür dayanışma çünkü herkesin bir biri ile dayanışması gerektiğini düşünüyorum yani burayı kapatmak istiyorlar insanları yakalıyorlar hapselere atıyorlar haksız yere ve kimse kimseye sahip çıkmıyor bu iyi bişey değil biz kalabalığız biz haklıyız ve eğer bütün bu haklılar hukuk çerçevesinde bir araya gelirse bu hırsız iktidar orda çok fazla kalamaz bu hırsız iktidar hukuka karşı geliyor hakka karşı geliyor ahlaka karşı geliyor hatta siyasete karşı geliyor siyaset dışında bir işler yapıyor bu orda duramaz bunun sihri haksızlığa uğrayanların bir araya gelmesi dayanışması birbirine sahip çıkması omuz vermesi ve hukuku talep etmesi eğer gerçekten Türkiye’de insanlar hukuk istiyoruz diye hiç birşey yapmadan durdukları yerden bağırsalar dediğim gibi bu AKP iktidarı olduğu yerde zangır zangır titrer şeytanın haç görmesi gibi bişey hukuk lafı bunları öldürüyor titretiyor sadece hukuk diye bağırsanız bunlar korkudan yaşayamazlar hukuktan ödleri patlıyor.*

...”

- “Balyoz’un Anlamı” başlıklı köşe yazısının Star gazetesinde yayımlandığı tarihte (17/12/2010) ülke gündemindeki en önemli olaylardan biri olan Balyoz davasının ilk duruşması yapılmıştır. Anılan soruşturma Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) içindeki bir grubun darbe yapmak üzere bazı hazırlık ve planlamalar yaptığı iddialarına ilişkin olup soruşturma sürecinde kamuoyunun önemli bölümü ve siyasi çevrelerin bir kısmı bu soruşturmaya destek vermiş; bir kısım çevreler

ise özellikle soruşturma sürecinde ciddi hukuksuzluklar olduğunu belirterek bu süreci eleştirmiştir. Söz konusu yazının içeriği şöyledir:

“Aralarında eski kuvvet komutanları ve yüksek rütbeli muvazzaf subayların da bulunduğu 195 sanıklı Balyoz Planı Davası dün başladı. Balyoz Planı Davası Türkiye açısından tarihsel bir önem taşımakta...

Birincisi, iddianamede, tüm tutuksuz sanıkların 15 ile 20 yıl arasında hapis cezası öngören ve ‘Türkiye Cumhuriyeti icra vekilleri heyetini, cebren ıskat veya vazife görmekten cebren men etmeye teşebbüs’ suçunu düzenleyen eski TCK’nın 147 ve 61. maddeleri gereğince cezalandırılmaları isteniyor. Kısacası bu bir darbe davası...

Türkiye, ilk defa bir askeri darbe girişimini yargılamakta...

İkincisi, emekli ya da muvazzaf, Türkiye’de ilk kez bu kadar yüksek rütbeli subay mahkeme karşısına çıkıyor... Türkiye Cumhuriyeti geleneğinde ne darbe davası olur, ne de asker yargılanırdı...Bu açıdan Balyoz Davası bir ilk.

Adeta darbenin suç olduğunu, askerlerin de karanlık işlere bulaşması halinde yargılanabileceğini bizler ilk defa öğrenir gibiyiz...

Çok da yadırgamamak gerek...

Komşumuz Yunanistan, 1967 Askeri Darbesi’ni yapan albayları ölünceye kadar kodese tıkarken, buralarda Süleyman Demirel ile Kenan Evren kol kola girip açılışlara gitti.

Halkın oyunu alan siyasetçide ‘halk egemenliği’ onuru olmayınca; askerle iş tutmayı, kumpasa girmeyi, demokratikleşmenin gereklerini yapmak yerine, kendi siyasal iktidarının ayarını topluma empoze etmeyi uygun buluyor...

Düşünün ki...Bir taraftan Balyoz Davası görülüyor...Diğer yandan siyasal iktidar askerin harcamalarını meclisin ve kamuoyunun denetimden çıkaran düzenlemeler yapıyor...

İlkeli, sistemli bir bütün buralarda kalıcı olarak egemen olamıyor... Otuz yıldır 12 Eylül rejiminden bir türlü kurtulamadık...

Ekonomi dünyasının etkili dergisi The Economist'in araştırma biriminin raporu ne diyor: 'Dünya demokratik resesyonda, Türk demokrasisi de kan kaybetti...'

The Economist'in araştırma biriminin demokratiklik sıralamasında Türkiye, 2010 yılında 2008'e göre iki sıra düştü, 87'nciyken 89'uncu oldu. Ve maalesef 'sorunlu demokrasi' ile 'otoriter rejim' arasında 'melez rejim' statüsünde yer aldı.

Dergi, demokratikliği sınıflandırırken 60'a yakın kriteri dikkate alıyor.

Kriterler arasında siyasete katılım ve temsil, partilere duyulan güven, seçimlerde şaibe, ekonomide yolsuzluk algısı, bireysel özgürlükler ve medyanın üzerindeki iktidar baskısı yer alıyor.

Bireysel özgürlüklerde 167 ülke arasında 133'üncü olan Türkiye, siyasi katılımı ise 3,89 puanla otoriter rejimler kategorisindeki ülkelerden bile geride kaldı.

Türkiye, siyasi gelenek kategorisinde Latin ülkelerini geride bırakırken, sivil özgürlüklerde 132'nci sıradaki Kazakistan'ı bile geçemedi.

Türkiye, içinde yer aldığı Batı Avrupa kategorisinde Fransa ve İtalya ile beraber medya özgürlüğünde geriye giden ülkeler arasında yer aldı. Bütün kriterlere beraber bakıldığında ise Norveç birinci oldu.

Balyoz davası dün başladı...

Darbe ve suç işlediği iddia edilen yüksek rütbeli askerlerin yargı önüne çıkarılması açısından tarihsel bir gün, yaşanan bir ilkti...

Ama temel soru, Economist Dergisi araştırma biriminin ortaya çıkardığı siyasal rejim açısından bulunduğumuz konum...

Maalesef 'sorunlu demokrasi' ile 'otoriter rejim' arasında 'melez rejim' statüsünde yer alıyoruz...

Neden?Siyaset kurumunun otuz yıldır 12 Eylül rejimini berhava etmemesinden dolayı...

Umarım önümüzdeki dönem siyaset kurumunun amacı 'Saray'a girmek' değil, 'toplu bir hamleyle Saray'ı yıkmak' olur...

Yoksa Balyoz Davası'nın başladığı gün bile 'melez rejim' olmaktan kurtulamıyoruz...

Askeri rejimden mek parmak ileri, gerçek demokrasiden bir karış geri..."

iii. Başvurucunun kendisine ait www.mehmetaltan.com isimli internet sitesinde 20/7/2016 tarihinde yayımlanan "Türbülans" başlıklı yazısıyla darbe girişimi sonrasında alınan tedbirler kapsamında FETÖ/PDY mensuplarının kamu göreviyle ilişkisinin kesilmesini ve örgüte ait kurum ve kuruluşlarının kapatılmasını "hukuksuz bir tasfiye" olarak nitelediği, bağlı olduğu FETÖ/PDY'nin amacına böylece hizmet ettiği ileri sürülmüştür. Anılan yazının içeriği şöyledir:

"Cuma günü yaşadığımız vahşi ve kanlı darbe girişiminin sarsıcı acıları, etkileri ve bilinmeyen yanlarının ortaya çıkarılması çabaları devam ediyor.

Bir yandan da kamuda hukuksal denetim mekanizmasının devre dışı bırakıldığı, önceden hazırlanmış gibi görünen bir liste üzerinden çok geniş kapsamlı hukuksuz bir tasfiye yaşandığı görülüyor.

Doğal olarak en çok merak edilen ve konuşulan konulardan biri de Türk Silahlı Kuvvetleri'ndeki gelişmeler.

İnsanlar ne olduğunu anlamaya çalışıyor.

Siyasal iktidar, Cuma günü yaşanan vahşeti anında 'FETÖ'cü' darbecilere bağladı ama daha sonra ortaya o kadar geniş, yaygın ve yüksek rütbeli bir resim çıktı ki herkes şaşırdı... Cumhurbaşkanı'nın başyaverinden ordu komutanlarına kadar uzanan, tüm kentlerde örgütlenmiş, mevcut silahlı kuvvetlerdeki generallerin üçte birini kapsayan darbecilerin iddia edildiği gibi sadece 'FETÖ'cülerden' oluştuğuna inanmak güçleşti.

'Gördüklerimizin ardındaki gerçek ne' sorusu sorulmaya başlandı.

Zaten uzun zamandır askeriyedeki farklı kanatların varlığından ve güç savaşından söz ediliyordu... Ankara kulislerinde bu söylentiler dolaşıp duruyordu.

Siyasal iktidar ile ittifak içindeki ‘ulusalcıların’, içinde bulunduğumuz ve üyesi olduğumuz NATO’yla ve Batı sistemiyle ilişkileri dinamitlemek istediği endişeleri de seslendirilmekteydi.

Yaşananlar, bu endişeleri yeniden hortlatmış gözüküyor.

Darbe girişiminin hemen öncesi Rusya Devlet Başkanı V.P.nin Özel Temsilcisi A.D. Avrasya Yerel Yönetimler Birliği’nin daveti üzerine Ankara’daydı.

Fanatik Rus milliyetçiliğinin önemli bir temsilcisi ve Ulusal Bolşevik Partisi, Ulusal Bolşevik Cephesi ve Avrasya Partisi kurucularından olan D.nin ‘Türkiye’yi AB’de görmüyorum. Avrasya ittifakında görüyorum’ demesi bile bu söylentilere altlık yapıyor...

Tabii bizim Batı serüvenimizin, en azından şimdilik, sonunu getirecek olan ‘idam’ konusu, anayasa ve hukuka aldirmeden yapılan ve ifade özgürlüğünü de tamamen ortadan kaldıracak olan baskılar, ‘şark usulü dinsel bir Baas Rejimi’ spekülasyonlarını koyulaştırıyor.

Doğrusu önceki gün Brüksel’deki ABD-AB Zirvesi, ABD Dışışleri Bakanı J.K. ile AB Dış İlişkiler Yüksek Temsilcisi F.M.nin uyarıları, söyledikleri ve öngörülerini de bu bağlama oturunca daha da farklı bir anlam içeriyor...

Hele uluslararası kredi derecelendirme kuruluğu Moody’s tarafından yapılan ve ülke ekonomisini derinden yaralayacak olan ‘Türkiye’nin Baa3 olan kredi notunun ‘çöp’e düşürülebileceği’ açıklamasıyla, Batı basınında darbenin bastırılması sonrası ortaya çıkan ve ‘demokrasi ve hukuku’ devre dışı bırakan uygulamaları ağır eleştiren uyarılar da buna eklenince, ‘Ne oluyor’ sorusu bir daha soruluyor...

Gerçekten ne oluyor?

Siyasal iktidarın canını sıkın herkesi zorba bir baskının hedefi haline getirecek olan ‘FETÖ’cülük’ suçlamasının böylesine kapsamlı ve geniş bir şekilde tedavüle sokulmasının, demokratik her eleştirisinin bu tür suçlamalarla susturulma çabalarının altında, ‘Avrasyacılık’ hayalini gerçekleştirme arzusu mu yatıyor?

Türkiye, kendisini AB'den kopartacak olan 'idamı geri getirme' gibi adımlarla kamp ve rejim mi değiştiriyor?

Eğer böyleyse kolayından durulmayacak ve sonunun ne olacağını kimsenin bilemeyeceği bir türbülansa giriyoruz demektir.

Demokrasiden ve hukuktan uzaklaşan her adım da Türkiye'nin içinde bulunduğu sarsıntıyı ve tehlikeyi artıracaktır.

Türkiye'yi huzura ve güvenceye ulaştıracak tek çare demokrasiye ve hukuka sarılmaktır, umarım siyaset sistemi bu gerçeği fark eder."

iv. FETÖ/PDY içinde üst düzey yöneticilik yaptıktan sonra yapılanmadan ayrıldığı belirtilen N.V.nin tanık olarak alınan 24/10/2016 tarihli ifadesine atıfla; N.V.den sonraki dönemde FETÖ/PDY'nin medya yapılanmasının en güçlü kişisinin A.K. olduğu, başvurucunun da aralarında olduğu bir kısım medya mensubu ile Fetullah Gülen arasındaki ilişkinin bu kişi tarafından sağlandığı ve söz konusu medya mensuplarının A.K. ile sık sık görüştükleri ileri sürülmüştür.

v. Telefon kayıtlarına dayanılarak başvurucunun, FETÖ/PDY'nin üst düzey yöneticilerinden oldukları iddia edilen ve haklarında bu yapılanmayla bağlantılı suçlardan kamu davası açılan bazı kişilerle (H.K., H.T., H.E., M.Y., A.K., Ö.A., A.B., C.U. ve M.M.G.) iletişim hâlinde olduğu ileri sürülmüştür.

vi. Darbe teşebbüsü sonrasında yürütülen soruşturmalarda ifadesi alınan bazı şüphelilerin -FETÖ/PDY mensupları arasında tanınmayı sağlamak amacıyla- Fetullah Gülen ve örgüt yöneticileri tarafından (F) serisi 1 Amerikan doları banknotların dağıtıldığını ifade ettikleri; başvurucunun konutunda yapılan aramada da altı adet 1 Amerikan doları banknotun ele geçirildiği, bunlardan beşi çalışma odasındaki masanın çekmecesinde diğer dövizlerle bir arada bulunurken (F) serisi olduğu tespit edilen birinin ayrı bir yerde muhafaza edildiği ileri sürülmüştür.

vii. FETÖ/PDY'ye mensup emniyet ve yargı görevlileri tarafından örgütün amaçları doğrultusunda yürütüldüğü belirtilen ve kamuoyunda

“Selam-Tevhid” olarak bilinen soruşturma kapsamında, bir vakıfla bağlantılı olarak yapılan teknik takip sırasında, başvurucunun bu vakfa gidip geldiği tespit edilmiş olmasına rağmen anılan soruşturmaya şüpheli olarak dâhil edilmediği ileri sürölmüştür.

35. İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi 3/5/2017 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş ve E.2017/127 sayılı dosya üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır.

36. Başvurucunun savunması 19/6/2017 tarihinde yapılan ilk duruşmada alınmıştır.Başvurucu savunmasında özetle;

i. (Can Erzincan TV'deki konuşmasına ilişkin olarak) TV programının yayımlandığı kanalın o tarihte devlet denetimindeki bir platform üzerinden yayınyaptığını, dolayısıyla yasal bir kanal olduğunu, her hafta Perşembe günleri yapılan programda o haftanın gelişmelerinin yorumlandığını, davaya konu tarihteki programda da bu kapsamda konuşmalar yapıldığını ancak program içeriğinin ve konuşmaların bağlamından kopartılarak suçlamaya konu edildiğini, yapılan konuşmaların uyarıcı ve eleştirici nitelikte olduğunu ifade etmiştir.

ii. (“Balyoz’un Anlamı” başlıklı yazısına ilişkin olarak) Yazının yayımlandığı 2010 yılında görölmeye başlanan Balyoz davasının kamuoyunun gündeminde olan bir dava olduğunu, görsel ve yazılı medyanın tümünün bu davayı takip ettiğini, siyasetçilerin de dava hakkında yorum yaptıklarını ve davaya konu olayların gerçek olduğuna dair açıklamada bulunduklarını, yazıda suç unsurunun bulunmadığını ve bunun bir gazetecilik faaliyetinden ibaret olduğunu; vesayetin her türlüşüne karşı çıktığını, darbeci olmadığını, tüm yaşamını askerî ve sivil vesayete karşı demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmakla geçirdiğini, suça konu yazının da bunun bir kanıtı olduğunu ve hiçbir yazısından dolayı soruşturma geçirmediğini beyan etmiştir. Ayrıca anılan yazının 2010 yılında yazıldığını, 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanunu’nda soruşturma için 4 aylık süre öngörölmesine rağmen 6 yıl önceki yazının suça konu edildiğini ifade etmiştir.

iii. (“Türbölans” başlıklı yazısına ilişkin olarak) Yazıda 15 Temmuz darbe teşebbüsünün anlaşılmaya çalışıldığını ve Türkiye’de neler

olduğunun sorgulandığını, bu bağlamda en çok TSK'daki gelişmelerin merak edildiğini, ordunun demokratik bir kurum olarak kalması gerektiğine inandığını, yazılanların hâlen Türkiye'nin gerçeği olduğunu, iddia makamının, yazdıklarından ne anlaşılıyorsa onu ifade etmek yerine hiç olmayan anlamlar çıkardığını beyan etmiştir.

iv. (Tanık N.V.nin beyanları ve telefon kayıtlarına ilişkin olarak) 2006 yılından 2012 yılına kadar Star gazetesinde çalıştığını, bu dönemde görüştüğü iddia edilen A.K.nin gazetenin finans işi ile ilgilenen kişi olduğunu, Star gazetesinden ayrıldıktan sonra 2016'ya kadar hiç bir gazetenin yazar kadrosunda yer almadığını, bu nedenle tanık beyanını kabul etmediğini ifade etmiştir. Ayrıca telefon kayıtlarına dayanılarak görüştüğü belirtilen kişilerin yasal medya kurumlarının yöneticileri ve bir kısmının siyasi iktidarı elinde bulunduranların danışmanlığını yapmış kişiler olduğunu, yazarlık ve akademisyenlik mesleğinden kaynaklanan bu görüşmelerin hiçbirinde suç unsurunun bulunmadığını beyan etmiştir.

v. (Evinde ele geçen paralara ilişkin olarak) Konferanslar ve diğer vesilelerle çok sayıda ülkeye gittiğini, bu nedenle evinde bozuk para olarak sadece suça konu edilen 1 Amerikan dolarının değil kırk ayrı ülkenin parasının bulunduğunu, bunun eski seyahatlerinden kalma tedavülden kalkmış ve yırtık bir banknot olduğunu, darbe teşebbüsünden sonra 1 Amerikan doları meselesi kamuoyunda çok konuşulmasına rağmen suçlu olmadığı için kendisinde ele geçen Amerikan dolarlarını yok etmeyi de düşünmediğini ifade etmiştir.

vi. ("Selam-Tevhid" soruşturmasına dâhil edilmemesine ilişkin olarak) Yazar, gazeteci ve akademisyen olduğunu, bağımsız ve özerk düşünce adamı olmakla tanındığını, seküler, demokrat ve liberal kimliğiyle bilindiğini, bu yüzden farklı görüşe sahip kuruluşlardan davet aldığını, yasal bir kuruluş olan söz konusu vakfa da bu kapsamda gittiğini beyan etmiştir.

37. Cumhuriyet savcısı, 11/12/2017 tarihli duruşmada esas hakkındaki mütalaasını sunmuştur. Savcılık mütalaasında; iddianamede olduğu üzere (bkz. § 33) FETÖ/PDY hakkında genel bazı açıklamalara yer verilmiş,

başvurucunun da aralarında bulunduğu her bir sanık hakkında ayrı ayrı değerlendirme yapılmıştır.

38. Mütalaada başvurucuyla ilgili değerlendirmeler genel olarak iddianamede belirtilen olgularla aynı mahiyette olup (bkz. ř 34) bunlara ek olarak münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından örgütsel haberleşme aracı olarak kullanılan “Bylock” isimli haberleşme programı (Anılan programla ilgili olarak bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, ř 106) üzerinden bu örgütün üst düzey yöneticilerinden olduğu belirtilen kişiler arasında yapılan görüşmelerin içeriğinde başvurucuyla ilgili bazı hususların bulunmasına değinilmiştir. Söz konusu görüşmeleri yapan kişilerden E.T.A.nın FETÖ/PDY ile irtibatı olduğu gerekçesiyle kapatılan Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı’nın başkan yardımcılığı görevini yürüttüğü, FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan hakkında soruşturma yürütüldüğü ve kaçak konumda olduğu; M.Y.nin ise bir dönem FETÖ/PDY’nin Antalya il imamlığını yaptığı iddiasıyla “silahlı terör örgütü kurma veya yönetme suçundan” cezalandırılması istemiyle hakkında Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açıldığı ve kaçak konumda olduğu anlaşılmaktadır. Görüşme yapılan diğer kişinin ise kimlik bilgilerine dair bir tespiti yer verilmemiştir.

- 27/12/2015 tarihinde E.T.A ile M.Y. arasında yapılan görüşmenin içeriği şöyledir:

“[E.T.A]: *Merhaba, bazı sorularımız olacak, iletebilirmisiniz? Ocak ayının sonuna doğru Abant toplantısı yapmak istiyoruz. İyi bir katılım için ümitlerimiz var.*

[M.Y.]: *Katılımcı kimler düşünölüyor*

[E.T.A]: *80 bin TL gibi bir maliyeti olacak. Yapalım mı? Para konusunda yardımcı olunabilir mi?.....Mehmet Altan, M.T. ile görüştük Yapalım diyorlar, bir sorum daha var, Vakfa [Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı] yönelik bir tehlike arifesinde C. beyin yerine 15 günlük nöbetçi başkanlar olsun diyoruz.... M.T., Mehmet Altan tamam dedi. Demokrasi nöbeti, uygun mudur?”*

- 18/02/2016 tarihinde E.T.A. ile 53123 ID numaralı kullanıcı arasında yapılan görüşmenin içeriği şöyledir:

“[E.T.A]: *Diyoruz ki hizmete dair insan hakları ihlalleri bizler dahil gazeteci ve yazarlar bilmiyor, bu raporları ilgili arkadaşlar ihidime verse ve oradan yayınlansa, biz de o link üzerinden medyaya duyursak*

[53123 ID numaralı kullanıcı]: *Tanıdığın var mı araştıralım mı?*

[E.T.A]: *Tanıdığım olsa niye sana yazayım. Seninle ilgilidir sanıyorum.*

[53123 ID numaralı kullanıcı]: *Ok irtibat kurabiliriz sanıyorum.*

[E.T.A]: *Bugün halledebilir miyiz*

[53123 ID numaralı kullanıcı]: *Ama raporu orda yayınlamak yerine üst kesime verip onda sonra yayınlamak lazım.*

[E.T.A]: *Üst kesim?*

[53123 ID numaralı kullanıcı]: *Altanlar, T.A.lar, m vekilleri, hukukçu akademisyenler.*

[E.T.A]: *İşte onlara biz duyuracağız”*

39. Savcılık mütalaasında başvurunun “örgütsel amaçlar doğrultusunda, darbe girişimine maddi cebir kullanmak suretiyle iştirak eden faillerin eylemine girişime sözde neden teşkil eden siyasal ve toplumsal kaos ortamının bulunduğu ve bu ortamın yaratılmasına yönelik örgütsel amaçla gerçekleştirilen kalkışma suçlarının hareket unsurunun alt unsuru olan ‘cebir’ teriminin öncülü ve ayrı düşünölemeyecek bir parçası olan söylem ve propagandalarda bulunmak suretiyle” üzerine atılı anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçunun asli faili olduğu belirtilerek bu suçtan cezalandırılmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

40. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemesinde derdesttir ve başvurunun tutukluluk durumu devam etmektedir.

41. Öte yandan başvuru 27/10/2016 tarihinde Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına dilekçe vererek ceza infaz kurumunda uygulanan insan haklarına aykırı kısıtlama ve yasakların ortadan kaldırılmasını talep etmiştir. Başvuru formunda -herhangi bir belge eklenmeksizin- bu talebin kabul edilmediği belirtilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Gözaltına İlişkin

42. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Gözaltı" kenar başlıklı 91. maddesinin (1), (3) 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.

...

(3) Toplu olarak şlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir. Gözaltı süresinin uzatılması emri gözaltına alınana derhâl tebliğ edilir.

...

(5) 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 hısımları, 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. "

43. 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.”

44. 5271 sayılı Kanun’un “Tazminat isteminin koşulları” kenar başlıklı 142. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.”

45. 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;

a) Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren otuz günü geçemez.

...”

46. 23/1/2017 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 2/1/2017 tarihli ve 684 sayılı KHK’nın 10. maddesiyle değiştirilen (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;

Gözaltı süresi, şüphelinin yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilmesi için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren yedi günü geçemez. Delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısı, gözaltı süresinin yedi gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir.”

2. Tutma Koşullarına İlişkin

47. 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu’nun “Amaç ve kapsam” kenar başlıklı 1. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

“Bu kanun, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikâyetleri incelemek, karara bağlamak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere kurulan infaz hâkimliklerine ilişkin hükümleri kapsar.”

48. 4675 sayılı Kanun’un “İnfaz hâkimliklerinin görevleri” kenar başlıklı 4. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

“ (1) İnfaz hâkimliklerinin görevleri şunlardır:

1. Hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumları ve tutukevlerine kabul edilmeleri, yerleştirilmeleri, barındırılmaları, ısıtılmaları ve giydirilmeleri, beslenmeleri, temizliklerinin sağlanması, bedensel ve ruhsal sağlıklarının korunması amacıyla muayene ve tedavilerinin yaptırılması, dışarıyla ilişkileri, çalıştırılmaları gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak,

...

Kanunlarda başka bir yargı merciine bırakılan konulara ilişkin hükümler saklıdır.”

49. 4675 sayılı Kanun'un "İnfaz hâkimliğine şikâyet ve usulü" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlerin kanun, tüzük ve yönetmelik hükümleri ile genelgelere aykırı olduğu gerekçesiyle bu işlem veya faaliyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren on beş gün, herhalde yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde şikâyet yoluyla infaz hâkimliğine başvurulabilir.

Şikâyet, dilekçe ile doğrudan doğruya infaz hâkimliğine yapılabileceği gibi; Cumhuriyet başsavcılığı veya ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürlüğü aracılığıyla da yapılabilir. İnfaz hâkimliği dışında yapılan başvurular hemen ve en geç üç gün içinde infaz hâkimliğine gönderilir. Sözlü yapılan şikâyet, tutanağa bağlanır ve bir sureti başvurana verilir.

...

Şikâyet yoluna başvurulması, yapılan işlem veya faaliyetin yerine getirilmesini durdurmaz. Ancak, infaz hâkimi giderilmesi güç veya imkânsız sonuçların doğması ve işlem veya faaliyetin açıkça hukuka aykırı olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda işlem veya faaliyetin ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir."

50. 4675 sayılı Kanun'un "İnfaz hâkimliğince şikâyet üzerine verilen kararlar" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

“...

Şikâyet başvurusu üzerine infaz hâkimi, duruşma yapmaksızın dosya üzerinden bir hafta içinde karar verir; ancak, gerek gördüğünde karar vermeden önce şikâyet konusu işlem veya faaliyet hakkında resen araştırma yapabilir ve ilgililerden bilgi ve belge isteyebilir; ayrıca ceza infaz kurumu ve tutukevi ile ilgili Cumhuriyet savcısının da yazılı görüşünü alır. Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekâletnamesini ibraz etmek

koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir. İnfaz hâkimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir.

İnfaz hâkimi, inceleme sonunda şikâyeti yerinde görmezse reddine; yerinde görürse, yapılan işlemin iptaline ya da faaliyetin durdurulmasına veya ertelenmesine karar verir.”

3. Tutuklamaya İlişkin

51.5271 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),

...”

52. 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."

53. 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.*

...

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.”

54. 5271 sayılı Kanun’un “Müdafii dosyayı inceleme yetkisi” kenar başlıklı 153. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili bölümü ile (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

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

55. 5271 sayılı Kanun’un “İtirazın Cumhuriyet savcısına ve karşı tarafa tebliği ile inceleme ve araştırma yapılması” kenar başlıklı 270. maddesi şöyledir:

“İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Mercî, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir.”

56. 5271 sayılı Kanun’un “İtirazın Cumhuriyet savcısına ve karşı tarafa tebliği ile inceleme ve araştırma yapılması” 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 müdafî veya vekil dinlenir.”

57. 6/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” kenar başlıklı 220. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

“Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.”

58. 5237 sayılı Kanun’un “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.”

59. 5237 sayılı Kanun’un “Yasama organına karşı suç” kenar başlıklı 311. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

“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.”

60. 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.”

61. 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, silâhlı 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.”

62. 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.”

63. 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.”

64. 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.”

65. 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 adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabılır. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Metinleri

66. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme/AİHS) “Özgürlük ve güvenlik hakkı” kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü ve (4) 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;

...

(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.

...”

67. 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

a. Kişi Hürriyeti Güvenliği Hakkı Yönünden

68. 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, § 101) kararında geliştirmiştir. Buna göre ilk tutuklama kararından itibaren suçun işlendiğine ilişkin makul şüphenin varlığı yanında tutuklamaya ilişkin nedenlerin bulunduğu ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulması gerekir.

69. 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 bir 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).

70. 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).

b. İfade Özgürlüğü Yönünden

71. AİHM'e göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır. İfade özgürlüğü toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini teşkil etmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrası saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü, sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz

kabul edilen “bilgi” ve “fikirler” için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir; yokluğu hâlinde “demokratik bir toplum”dan söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu özgürlüğün bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bunun sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır (*Handyside/Birleşik Krallık*, B. No: 5493/72, 7/12/1976, § 49; *Von Hannover/Almanya (No. 2)* [BD], B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, § 101).

72. AİHM, demokratik bir toplumda basının oynadığı temel rolün birçok kez altını çizmiştir. AİHM’e göre basın, görev ve sorumluluklarının bilincinde olarak kamu yararını ilgilendiren her konuyu iletme görevi vardır. AİHM, basın böyle konularda bilgi ve fikir yaymadan ibaret olan görevine kamunun bu fikir ve bilgileri alma hakkının da eklendiğini hatırlatmıştır. AİHM’e göre aksi takdirde basın, vazgeçilmez kamusal “gözetleyici” (*watchdog*) rolünü oynayamaz (*Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç* [BD], B. No: 21980/93, 20/5/1999, §§ 59, 62; *Pedersen ve Baadsgaard/Danimarka* [BD], B. No: 49017/99, 17/12/2004, § 71; *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, § 102).

73. AİHM, *Nedim Şener/Türkiye* (B. No: 38270/11, 8/7/2014, §§ 94, 95) kararında öncelikle ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkisi olan bazı koşulların -henüz kesinleşmiş bir karar ile mahkûm olmamış- kişilere, söz konusu özgürlüğe yapılan bir müdahalenin mağduru olma sıfatı tanıdığını önceki kararlarına atfen hatırlatmıştır. AİHM somut başvuruyla ilgili olarak gazeteci olan başvurunun, Ergenekon örgütünün varsayılan üyelerinin talebi ve desteği ile yazılan ve yayımlanan iki kitabın yazımına yardımda bulunma şeklinde özetlenebilecek olgulara dayanılarak hakkında terör örgütüne üye olduğu için açılan ceza kovuşturması çerçevesinde bir yıldan fazla tutuklu kaldığını kaydetmiştir. AİHM’e göre ağır şekilde cezalandırılan suçlar için yürütülen bir ceza yargılaması çerçevesinde başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbiri, ifade özgürlüğü üzerinde tamamen varsayımsal bir risk değil gerçek ve fiilî bir kısıtlamadır. Dolayısıyla bu durum, başvurunun Sözleşme’nin 10. maddesi tarafından koruma altına alınan ifade özgürlüğünün kullanımına bir “müdahale” teşkil etmektedir (*Şık/Türkiye*, B. No: 53413/11, 8/7/2014, § 85).

74. Aynı kararda AİHM, adli makamların ilgili ve yeterli gerekçe olmaksızın bir yılı aşkın süre boyunca başvurucuyu özgürlüğünden yoksun bırakarak başvurucunun genel kamu yararını ilgilendiren konularda görüşlerini ifade etme iradesi üzerinde caydırıcı bir etki ortaya çıkardığını değerlendirmiştir. AİHM; özgürlükten yoksun bırakma şeklinde bir tedbir uygulanmasının, başvurucu gibi devlet organlarının faaliyetleri ve tutumları hakkında araştırma yapmak ve yorumda bulunmak isteyen diğer bütün araştırmacı gazeteciler üzerinde kendi kendini sansürleme ortamı oluşturabileceğini ifade etmiştir (Benzer yöndeki karar için bkz. *Şık/Türkiye*, § 111). AİHM, anılan kararda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının yanı sıra ifade özgürlüğünün de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

75. AİHM, gazeteci olan ve tutuklandıktan sonra milletvekili seçilen *Mustafa Ali Balbay* ((k.k.), B. No: 666/11-73745/11, 26/3/2015, §§ 66-75) tarafından yapılan başvuruda ise suç işlendiğine dair şüphe duyulması için makul sebepler olmadığından bahisle tutuklamanın hukuki olmadığı yönündeki iddiayı incelerken başvurucuya yöneltilen suçlamalara (şiddet kullanarak hükûmeti devirmek amacıyla faaliyetlerde bulunmakla suçlanan bir suç örgütünün 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, devletin gizli belge ve bilgilerini yasa dışı şekilde elde etmek) dikkat çekmiştir. AİHM, 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, başvurucunun kovuşturulmasına neden olan suçu işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi ikna edebilecek bilgiler içerdiği kanaatine vararak iddiaları açıkça dayanaktan yoksun görerek kabul edilemez bulmuştur.

76. Öte yandan AİHM, hükûmet ile ilgili olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırının bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan

eleştiriye oranla daha geniş olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göredemokratik bir sistemde, hükümetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı otoritelerinin değil aynı zamanda kamunun da incelemesine açık olmalıdır. Hükümetin güçlü konumu dolayısıyla kendisine yönelik eleştirilere ve haksız saldırılara başka yöntemlerle karşılık vermesinin mümkün olduğu hâllerde ceza davası başlatma konusunda çekimser davranması gerekir (*Ceylan/Türkiye* [BD], B. No: 23556/94, 8/7/1999, ř 34).

77. *Fuentes Bobo/İspanya* (B. No: 39293/98, 29/2/2000, ř 46) kararında AİHM, canlı radyo yayınında kullandığı ifadeler nedeniyle işten çıkarılan başvurucunun şikâyetini incelerken ifadelerin hangi bağlamda söylendiğini ve olayın bütününü, özellikle de canlı radyo yayını sırasında yapılan sözlü beyanların kamuya duyurulmadan önce yeniden formüle edilmesi veya değiştirilmesi ya da geri alınması imkânı bulunmamasını dikkate alacağını belirtmiştir.

78. AİHM, *Stojanovic/Hırvatistan* (B. No: 23160/09, 19/9/2013, şş 39, 62) kararında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken başvurucunun sorumluluğunun kapsamının kendi sözlerinin ötesine taşıp taşmadığını belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. AİHM, derece mahkemelerince başvurucunun sorumluluğunun -bunu haklı gösterecek “ilgili ve yeterli” gerekçeler gösterilmeksizin- onun sözlerinin ötesinde genişletilmesi suretiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir .

79. AİHM; *Reznik/Rusya* (B. No: 4977/05, 4/4/2013, şş 44, 45) kararında, canlı yayımlanan bir televizyon programında baro başkanı olan başvurucunun iki gardiyanın bir kadın avukatın üzerini aramasıyla ilgili sarf ettiği sözler sebebiyle açılan davada başvurucu aleyhine tazminata hükmedilmiş olmasının Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır. AİHM bu sonuca ulaşırken başvurucunun bu ifadeleri, sözlerini yeniden formüle etmesine veya bir süzgeçten geçirmesine imkân olmayan, tansiyonun oldukça yüksek olduğu ve canlı yayımlanan bir tartışma programında kullandığına dikkat çekmiştir. AİHM; ayrıca hiçbir durumda başvurucunun sorumluluğunun kapsamının kullandığı sözlerinin ötesine geçmemesi, programa katılan diğer kişilerin ifade ve iddialarından sorumlu tutulmaması gerektiğini vurgulamıştır.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

80. Mahkemenin 11/1/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Gözaltının Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiası ve Bakanlık Görüşü

81. Başvurucu; suçlamaların sahte ve uydurma olması nedeniyle gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğunu, gözaltı süresinin terör eylemlerinde ve toplu suçlarda dahi dört günü geçemeyeceğini, buna rağmen olağanüstü hâl döneminde getirilen otuz günlük gözaltı süresinin kabul edilemez nitelikte olduğunu, hakkında uygulanan on iki günlük gözaltı tedbirinin ölçülü olmadığını, bu süreçte keyfî olarak uzun bir süre gözaltında bekletildiğini, dolayısıyla derhâl hâkim önüne çıkarılmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

82. Bakanlık görüşünde; başvurucunun gözaltında kaldığı sürenin olağanüstü hâl kapsamında, karşılaşılan darbe tehdidinin büyüklüğü ve terörle mücadele karşısında gerekli ve fiilî durumla orantılı olduğu belirtilmiştir.

83. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında hakkındaki soruşturmaya konu bütün delillerin söz ve yazılarından ibaret olduğunu, soruşturmanın karmaşık olmadığını, bu nedenle gözaltı süresinin makul olarak görülemeyeceğini iddia etmiştir.

b. Değerlendirme

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

“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

85. 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 öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”

86. Anılan Anayasa ve Kanun hükümlerine göre bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Temel hak ve özgürlöklere 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 özgürlöklere ihlal edildiğı iddialarının öncelikle derece mahkemeleri önünde ileri sürölmesi, bu makamlar tarafından değerdendirilmesi 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).

87. 5271 sayılı Kanun’un tazminat isteminin düzenlendiğı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilenler ile kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayanların yine kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyenlerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebileceklerine ilişkin hükümlerin bu hususta bir başvuru mekanizması öngördüğü görölmektedir. Bununla birlikte aynı Kanun’un tazminat isteminin koşullarının düzenlendiğı 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabileceğı belirtilmektedir (Zeki Orman, B. No: 2014/8797, 11/1/2017, § 27).

88. Anayasa Mahkemesi, Kanun’da öngörölen gözaltı süresinin aşıldığı veya yakalama ve gözaltına alınmanın hukuka aykırı olduğı iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiğı tarih itibarıyla asıl davanın sonuçlanmadığı durumlarda dâhi -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun’un 141. maddesinde öngörölen tazminat davasının

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; *Gülser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 92-100).

89. Bir suç isnadıyla gözaltına alınan ve daha sonra tutuklanan kişinin gözaltına alınmasının hukuka aykırı olduğu veya gözaltında tutulma süresinin uzun olduğu iddiasıyla yaptığı bireysel başvuruda ihlal sonucuna varılmış olması -özgürlükten mahrum kalmanın sona ermesi bağlamında- başvurunun kişisel durumuna bir etkisi bulunmamaktadır. Zira bireysel başvuru sonucunda gözaltına alma kararının hukuka aykırı olduğu veya gözaltında tutulma süresinin makul olmadığı tespit edildiğinde dahi -kişi hâkim tarafından tutuklandığından- bu yöndeki tespitler ve sonucunda verilecek ihlal kararı “tutuklu” kişinin serbest kalmasına tek başına imkân vermeyecektir. Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamında verilecek muhtemel bir ihlal kararı ancak -talep etmesi hâlinde- başvuru lehine tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurabilecektir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 147; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, § 44).

90. Somut olayda başvuru hakkında verilen gözaltı kararının ve gözaltında tutulmanın hukuka uygun olup olmadığı, gözaltı süresinin makullüğü 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; bkz. *Günay Dağ ve diğerleri*, § 145) da bu kapsamdaki taleplerle ilgili olarak davanın esasının sonuçlanmasına gerek olmadığı yönündedir. Bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla gözaltına ilişkin bir hukuka aykırılık tespit edildiğinde başvuru lehine tazminata da hükmedilebilecektir.

91. Buna göre 5271 sayılı Kanun’un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvurunun 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.

92. 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. Başvuru formu ve eklerinde, başvurunun gözaltı sürecinde sulh ceza hâkimliğine başvuruda bulunduğu ve bu başvurusunun sonuçsuz kaldığına dair herhangi bir bilgi ya da belgeye yer verilmemiştir (Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. *Gülser Yıldırım (2)*, § 101).

93. Açıklanan gerekçelerle başvurunun gözaltında tutulmasıyla ilgili olarak idari ve/veya 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

94. Başvurucu; önce bazı Twitter hesaplarında “gözaltına alınacak gazeteciler” listelerinde adına yer verildiğini, akabinde Hükûmet yanlısı gazetelerde kendisini hedef alan haberlerin verilmeye başladığını, aynı içerik ve mahiyette olan bu haberlerde darbe teşebbüsüyle kendisinin ilişkilendirilmeye çalışıldığını, sonrasında ise gözaltına alındığını ve tutuklandığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre bu haberlerde kendisinin darbeyi önceden bildiği, 14 Temmuz'da yayımlanan programda buna dair mesajlar verdiği tezi işlenmiştir. Başvurucu, yasal yayın yapan bir televizyon kanalındaki programda yaptığı eleştirel konuşmaların suç olmadığını ve bu konuşmada darbe çağrısı yapıldığı sonucuna varmanın zorlama bir yorum olduğunu ifade etmiştir.

95. Başvurucuya göre suçlamaların hiçbirinde kendisinin bir hiyerarşik yapı içinde yer aldığına, herhangi bir kişiden emir ya da talimat aldığına veya herhangi bir kişiye talimat verdiğine, bir örgüt üyesine yardım ettiğine veya bir şekilde destek olduğuna dair delil bulunmamaktadır. Tutuklamaya dayanak gösterilen tek delil, söz ve yazılarıdır.

96. Başvurucu; konuşmasındaki bir ifadesinin bağlamından kopararak suçlamaya konu edildiğini, sözü edilen programda dile getirdiği hususları öteden beri kitaplarında yazdığını, kendisiyle bağ kurulan terör örgütü hakkında da pek çok eleştirel yazısının bulunduğunu belirtmiştir.

97. Başvurucu ayrıca tutuklama nedenlerinin bulunmadığını, tüm delillerin toplandığını, kaçma şüphesinin var olmadığını, tutuklama kararında adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kaldığının açıklanmadığını, tutuklama ve tutukluluğa itirazın reddi kararlarının gerekçesiz olduğunu ifade etmiştir.

98. Bu itibarla başvuru, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

99. Öte yandan başvurucuya göre tutuklama tedbiri Anayasa'da öngörülenin dışında siyasi saiklerle uygulanmıştır. Anılan tedbirin amacı, Hükûmetin ve Cumhurbaşkanı'nın ülkeyi yönetme biçimine yönelttiği eleştiriler nedeniyle kendisini cezalandırmaktır. Başvurucu, bu nedenle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla bağlantılı olarak Sözleşme'nin 18. maddesinin de ihlal edildiğini iddia etmiştir.

100. Bakanlık görüşünde; başvuru hakkındaki soruşturmanın 15 Temmuz darbe girişimini gerçekleştiren FETÖ/PDY kapsamında yürütüldüğü, söz konusu örgütün emniyet ve yargı içindeki unsurlarıyla 17 ve 25 Aralık 2013 tarihlerinde gerçekleştirdiği darbe girişimleri kamuoyunca bilinmesine rağmen başvurunun FETÖ/PDY terör örgütü lehine kamuoyu oluşturmak için örgütün medya yapılanması içinde gönüllü olarak çalıştığı, ayrıca soruşturmaya konu olan yazı ve yayınların içeriğinden 15 Temmuz darbe girişiminden önceden haberdar olduğunun anlaşıldığı ve örgütün amacına iştirak ederek darbe girişimini halk nezdinde meşru gösterecek yayınlar yaptığı, bu yöndeki delillerin kuvvetli suç şüphesini oluşturduğunu belirtilmiştir.

101. Bakanlık, Anayasa Mahkemesi ile AİHM'in benzer kararlarına atıf yaparak başvurunun tutuklanmasının olağanüstü hâl kapsamında olduğunu, karşılaşılan darbe tehdidinin büyüklüğü, terörle mücadele karşısında gerekli ve fiilî durumla orantılı bulunduğunu ifade etmiştir.

102. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında kendisine yönelik suçlamaların niyet ve düşünce okuma üzerine inşa edildiğini belirtmiştir.

b. Değerlendirme

103. 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."

104. 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."

105. 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 yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."

106. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin bu bağlamdaki incelemesi, başvuru hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması ile yargılamanın muhtemel sonuçlarından bağımsız olarak tutuklamanın hukukiliğinin değerlendirilmesiyle sınırlı olacaktır. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edilip edilmediği incelenirken her bir başvuru kendi koşullarında değerlendirilir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

107. Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve diğerleri* (Aynı kararda bkz. §§ 187-191) 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.

108. 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 birçok kez 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, 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).

109. Başvurucunun tutuklandığı tarihte Türkiye'de olağanüstü hâl yönetim usulü yürürlüktedir. Tutuklama kararında, başvurucunun darbe teşebbüsü kapsamında bir suç işlediği ve darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY üyesi olduğu ileri sürülmüştür (bkz.

şş 24-25). Dolayısıyla başvurucunun tutuklanmasına dayanak olan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu görölmektedir.

110. Bu itibarla olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren olaylar kapsamında bir suçlamayla tutuklanan 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*, şş 193-195, 242).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

111. 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

112. 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, ř 42).

113. Ayrıca kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen şoşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörölen 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).

114. 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).

115. 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).

116. 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).

117. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu 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*, ř 73).

118. 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 (*Gölser Yıldırım* (2), ř 116; bu yöndeki denetim sonucunda verilen ihlal kararı için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, şş 71-82; kabul edilemezlik kararları için bkz. *Mustafa Ali Balbay*, ř 75; *Hidayet Karaca*, ř 93; *İzzettin Alpergin* [GK], B. No: 2013/385, 14/7/2015, ř 46; *Mehmet Baransu* (2), şş 124, 133, 142).

119. 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*, ř 58).

120. 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 varsayılabilceği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Ramazan Aras*, ř 46; *Halas Aslan*, ř 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).

121. 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).

122. Ölçülülük ilkesi, "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklik, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

123. 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 tedbiriyle ölçülü olmaması hâlinde tutuklama kararı verilemeyeceği ifade edilmiştir (*Halas Aslan*, § 72).

124. 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).

125. 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 (*Gülser Yıldırım (2)*, § 123).

126. Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşip 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 Dundar*, § 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; *Gülser Yıldırım (2)*, § 124).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

127. Başvurucu 10/9/2016 tarihinde gözaltına alınmış ve 22/9/2016 tarihinde İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğince sorgusu yapıldıktan sonra tutuklanmıştır.

128. Somut olayda öncelikle başvurunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başvurucu, FETÖ/PDY'nin medyadaki yapılanmasına yönelik yürütülen bir soruşturma (bkz. § 13) kapsamında Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlarından 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır (bkz. § 24). Dolayısıyla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

129. Kanuni dayanağı bulunduğu anlaşılan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığı ve ölçülülüğü incelenmeden önce tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

130. Türkiye'de 15 Temmuz 2016 tarihinde askerî bir darbe girişiminde bulunulduğu, kamu makamları ve soruşturma mercilerinin olgusal temellere dayanarak bu teşebbüsün arkasında FETÖ/PDY'nin olduğunu

değerlendirdikleri hususlarında bir kuşku bulunmamaktadır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 12, 24, 32).

131. Bu kapsamda FETÖ/PDY'nin farklı alanlardaki yapılanmalarına yönelik soruşturmanın yapıldığı ve çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin uygulandığı bilinmektedir. FETÖ/PDY'nin medya yapılanmasıyla bağlantılı olarak yürütülen soruşturmalar kapsamında başvuru hakkında da tutuklama tedbirine başvurulmuş ve kamu davası açılmıştır (bkz. §§ 26, 32).

132. İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama kararında kuvvetli suç şüphesinin varlığına ilişkin olarak başvuruçunun 15 Temmuz 2016 tarihinde darbe girişiminde bulunan FETÖ/PDY'nin yayın organlarında ve bu örgütün amaçları doğrultusunda sürekli olarak açıklamalarda bulunması, böylelikle bu darbe girişimine zemin hazırlaması ve bir televizyon programındaki konuşmasıyla da açıkça darbe çağrısı yapması gösterilmiştir (bkz. § 25).

133. Başvuruçunun tutuklanmasına gerekçe olarak gösterilen söz ve konuşmalarının Star gazetesinde 2010 yılında yayımlanan “*Balyoz’un Anlamı*” başlıklı köşe yazısı, darbe teşebbüsünden bir gün önce Can Erzinan TV’de yayımlanan programdaki konuşması ve kendi internet sitesinde 20/7/2016 tarihinde yayımlanan “*Türbûlans*” başlıklı yazısından ibaret olduğu anlaşılmaktadır (bkz. §§ 25, 34).

134. Tutuklama kararında, başvuruçunun televizyon programındaki konuşması ve “*Balyoz’un Anlamı*” başlıklı yazısıyla -soruşturma mercilerince FETÖ/PDY tarafından sahte delillerle kurgulandığı belirtilen- Balyoz soruşturmasını övücü nitelikte beyanlarda bulunarak örgütün amacı doğrultusunda kamuoyu oluşturmaya çalıştığı belirtilmiştir. Buna karşılık söz konusu programdaki konuşmalarda başvuruçunun hangi sözlerinin bu mahiyette olduğu açıklanmamıştır (bkz. § 25). İddianamede yer verildiği şekliyle anılan programlardaki konuşmalarda, programın sunucusu olan A.N.I.nın Taraf gazetesinde yayımlanan Balyoz davasına ilişkin haberlerle bağlantılı olarak programın konuğu olan A.H.A. hakkında açılan bir davayla ilgili olarak çok sayıda meslek kuruluşunun bir araya geldiğini ifade etmesi üzerine başvuruçunun “*Dünyadaki, bütün dünyadaki. Uluslararası*” şeklinde

sözler söylediği anlaşılmaktadır. Başvurucunun Balyoz davasıyla ilgili olarak bunun dışında bir beyanının bulunmadığı görülmektedir (bkz. § 34).

135. “*Balyoz’un Anlamı*” başlıklı yazı ise ulusal ölçekte yayın yapan Star gazetesinde yayımlanmıştır. Anılan gazetenin FETÖ/PDY’nin yayın organlarından biri olduğuna dair iddia bulunmamaktadır. Öte yandan anılan yazının yayımı 2010 yılında gerçekleşmiştir. Soruşturma makamlarının bu dönemde FETÖ/PDY’nin bir suç örgütü olduğuna ve bunun kamuoyunca bilindiğine dair bir tespit ve iddiası mevcut değildir. Aksine soruşturma makamları başvurucunun bu yapılanmanın illegal yönünü 2013 yılının son döneminde gerçekleşen -ve FETÖ/PDY’nin gerçek amacının ortaya çıktığı belirtilen- “17-25 Aralık soruşturmaları”ndan sonra bilebilecek konumda olduğunu ileri sürmektedirler (bkz. § 25). Soruşturma makamlarını, anılan soruşturmanın başlamasından üç yıl önce yazılmış ve yazıldığı dönemde ülke gündeminin ilk sıralarında yer alan güncel bir davaya ilişkin yazının FETÖ/PDY’nin amaçları doğrultusunda kaleme alındığı kanaatine sevk eden olgusal temeller ortaya konulmamıştır. Kaldı ki aynı dönemde yazılı ve görsel medyada söz konusu davaya ilişkin lehte ve aleyhte çok sayıda haber, yazı ve yoruma yer verilmiştir. Başvurucu hakkında anılan yazının yazıldığı dönemde ve sonrasında soruşturma açıldığına dair bir bilgi ve belge de bulunmamaktadır.

136. Tutuklama kararında başvurucunun Can Erzincan TV’de yayımlanan programdaki konuşmasıyla darbe yapılması için kamuoyu oluşturmaya çalıştığı ve açıkça darbe çağrısında bulunduğu da ileri sürülmüştür. Bu suçlamaya gerekçe olarak “... *Türkiye Devletinin içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyadan daha fazla belgeleyen, izleyen bir başka da yapı var. Yani onun ne zaman torbadan yüzünü çıkaracağını, nasıl çıkacağı da belli değil...*” şeklindeki sözleri gösterilmiştir (bkz. § 25).

137. Bu programın yayımlanmasının ertesi günü askerî bir darbe teşebbüsü gerçekleşmiştir. Tutuklama kararında bu durum, suça konu edilen ve darbe çağrısı olarak nitelendirilen sözleri söylerken başvurucunun darbe teşebbüsünü önceden bildiğinin göstergesi olarak kabul edilmiştir (bkz. § 25).

138. Buna karşılık başvurucu darbe olacağını bilmediğini ve darbe çağrısı yapmadığını, sözlerinin bağlamından kopartılarak suçlamaya konu

edildiğini, konuşmada geçen “yapı” ile kastettiğinin devlet organları olduğunu savunmaktadır (bkz. § 36).

139. Başvurucunun A.N.I. ile birlikte sunuculuğunu yaptığı “Özgür Düşünce” adlı bu programda, farklı konularda Hükûmete yönelik ağır eleştirilerin dile getirildiği ve özellikle Hükûmetin hukuka uymadığının vurgulandığı görülmektedir. Söz konusu programda, A.N.I. ile programa konuk olarak katılan A.H.A. arasında Hükûmetin bazı mensupları ve üst düzey bürokratların konuşmalarının kimi ülkeler tarafından yasa dışı telefon veya ortam dinlemesi yoluyla kayıt altına alınıp internet üzerinden yayımlandığının konuşulduğu bir sırada başvuru -araya girerek- diyaloga katılmıştır. Başvurucu öncelikle dinlemelerin sadece teknolojik imkânlar kullanılarak yapılmamış olabileceğini, -mevcut siyasal yönetimi kastederek- hukuk dışı yöntemlerle devletin ele geçirilmesinin mümkün bulunmadığını belirtmiş ve sonrasında suça konu edilen sözleri sarf etmiştir (bkz. § 34).

140. Başvurucunun sarf ettiği sözlerin içeriği ve bağlamı, anılan sözler öncesinde ve sonrasında diğer konuşmacılar ile başvuru tarafından dile getirilen hususlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; bu sözlerin -tereddütsüz bir şekilde- darbe çağrısı olarak nitelendirilmesi ve başvurucunun bunları ertesi gün gerçekleşecek olan darbe teşebbüsünü bilerek kamuoyunu buna hazırlamak amacıyla söylediğinin kabul edilmesi zordur. Aksi durumda kullanılan sözlere, objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmesi sonucu doğabilir (bkz. § 224). Nitekim programdaki konuşmalarda Hükûmetin, iki yıl sonra yapılacak seçimlerde veya seçim öncesinde iktidar partisinden bir kısım milletvekilinin bir başka siyasetçiyle birlikte yeni bir parti kurması sonucunda değişebileceğine yönelik öngörülerde bulunulmuştur (bkz. § 34).

141. Öte yandan suçlamaya konu sözlerin bir televizyon programında ve canlı yayın sırasında söylendiğinin, böyle bir ortamda kullanılan ifadelerin kamuya duyurulmadan önce yeniden formüle edilmesi veya değiştirilmesi ya da geri alınması imkânının bulunmadığının da gözetilmesi gerekir (bkz. § 225).

142. Anılan hususlar dikkate alındığında başvurucunun suça konu sözleri darbe teşebbüsünün ortamını hazırlamak amacıyla söylediğinin

olgusal temellerinin soruştırma makamlarınca ortaya konulamadığı görölmektedir.

143. Tutuklama kararında -Can Erzincan TV’de darbe teşebbüsünden bir gün önce yayımlanan program dışında da- başvurucunun FETÖ/PDY’nin yayın organlarında ve bu örgütün amaçlarına uygun bir şekilde sürekli olarak beyanda bulunmak suretiyle darbe teşebbüsüne zemin hazırladığı belirtilmiştir. Ancak tutuklama kararında ve iddianamede, başvurucunun hangi basın yayın organlarındaki hangi yazı ve konuşmalarının bu suçlamaya konu edildiğine ilişkin bir ačíklamada bulunulmamıştır.

144. Tutuklama kararında kuvvetli suç şüphesinin varlığına ilişkin olarak ayrıca başvurucunun çeşitli medya organlarında yazdığı yazılarla (Hangi yazılar olduğu belirtilmemiştir.) FETÖ/PDY’nin amacı doğrultusunda hareket ettiği ifade edilmiştir. Bu kapsamda iddianamede, başvurucunun kendisine ait internet sitesinde 20/7/2016 tarihinde yayımladığı “*Türbölans*” başlıklı yazısına atıf yapılmıştır.

145. Anılan yazı incelendiğinde başvurucunun darbe girişiminin sadece FETÖ/PDY mensuplarınca gerçekteşirildiği hususundaki kuşkularını ifade ettiği, ayrıca darbe teşebbüsü sonrası alınan tedbirleri eleştirdiği görölmektedir. Darbe teşebbüsü sonrasında teşebbüsün kaynağına ve teşebbüs sırasında başka unsurların da FETÖ/PDY ile birlikte hareket etmiş olabileceğine ilişkin görüşlerin yazının yayımlandığı dönemde kimi çevrelerce de dile getirildiği bilinmektedir. Kamu makamlarının değerlendirmelerinden ve çoğunluğın görüşünden farklı olan görüşlerin, görüşü ifade edenin amacından hareketle bir suçla konu edilebilmesi için, bu amacın -ifadelerin içeriğinin dışında- somut olgularla ortaya konulması gerekir. Buna karşılık soruştırma makamlarınca, başvurucunun suçla konu edilen yazıyı yazarken FETÖ/PDY’nin amacı doğrultusunda hareket ettiğine ilişkin kanaat oluşmasını sağlayacak nitelikte olguların varlığı gösterilememiştir (bkz. ř 25).

146. Başvurucunun yukarıda belirtilen eylemlerinin FETÖ/PDY’nin amaçları doğrultusunda gerçekteşirildiğine ve bu yapılanmayla irtibatının bulunduğuna ilişkin olarak bir tanığın soyut anlatımlarına, başvurucunun evinde yapılan aramada 1 Amerikan doları banknotun bulunmasına, FETÖ/

PDY mensubu yargı ve kolluk görevlilerince yürütüldüğü belirtilen bir soruşturmaya dâhil edilmeyişine, bazı kişilerle yaptığı -zamanı ve içeriği belirtilmeyen- telefon görüşmelerine ve Bank Asyada hesabının olmasına dayanılmıştır (bkz. § 34). Bununla birlikte başvurucunun banknot, hesap, soruşturmaya dâhil edilmeme ve telefon görüşmelerine ilişkin hayatın olağan akışına uygun olan savunmasının aksini ortaya koyacak somut bir olgu belirtilmemiştir. Tanık anlatımında ise başvurucunun somut bir eylemine dair bir bilgiye yer verilmemiştir.

147. Son olarak Cumhuriyet savcısı esas hakkında mütalaasında suç işlendiğine dair delil olarak “Bylock” üzerinden yapılan bazı yazışmalara da dayanmıştır (bkz. § 38). Anılan yazışmaların başvuru dışındaki kişiler arasında yapıldığı anlaşılmaktadır. Yazışmalarda başvuruyla ilgili bazı ifadeler yer verilmiştir. Bununla birlikte somut olayın koşulları ve başvuru hakkında kullanılan ifadelerin içeriği dikkate alındığında bunların tek başına suç şüphesini gösterir kuvvetli bir belirti olarak değerlendirilmesi mümkün görülmemiştir.

148. Bu itibarla Hâkimliğin ortaya koyduğu gerekçeler kapsamında somut olayda “suç işlendiğine dair kuvvetli belirti”nin yeterince ortaya konulamadığı sonucuna varılmıştır.

149. Varılan bu sonuç karşısında tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığına, tutuklamanın ölçülü olup olmadığına ve başvurucunun tutuklamanın hukuki olmadığına yönelik diğer iddialarının ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

150. Açıklanan gerekçelerle suç işlediğine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadan başvuru hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin olarak olağan dönemde Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan güvencelere aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

151. Bununla birlikte anılan tedbirin 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

152. Anayasa'nın 15. maddesine göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının kısmen veya tamamen durdurulabilmesi ve bunlar için Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörölen güvencelere aykırı tedbirler alınabilmesi mümkündür. Ancak Anayasa'nın 15. maddesi, bu hususta kamu otoritelerine sınırsız bir yetki tanımamaktadır. Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörölen güvencelere aykırı tedbirlerin Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan hak ve özgürlüklere dokunmaması, milletlerarası hukuktan doğan yükümlölöklere aykırı bulunmaması ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekir. Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın 15. maddesine göre yapılacak inceleme bu ölçütlerle sınırlı olacaktır. Mahkeme bu incelemenin usul ve esaslarını ortaya koymuştur (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, şş 192-211, 344).

153. 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. Dolayısıyla bu hak yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, şş 196, 345).

154. Ayrıca anılan hakkın milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlölölük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden özellikle Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHUS) 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 başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yapılan söz konusu müdahalenin milletlerarası hukuktan kaynaklanan diğer herhangi bir yükümlölölüğe (olağanüstü dönemlerde de korunmaya devam eden bir güvenceye) aykırı olduğu da saptanmamıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, şş 199, 200, 346).

155. Bununla birlikte kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı devletin bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir haktır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, ř 62). Kişilerin keyfi olarak

hürriyetinden yoksun bırakılmaması, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasındadır. Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfi olmaması, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir güvencedir(*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 347).

156. Tutuklama tedbirinin uygulanması suretiyle bireylerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına keyfi olarak müdahale edilmemesini sağlayacak güvencelerin başında suç işlendiğine dair belirtinin ortaya konulması gelmektedir. Suç işlendiğine dair belirtinin bulunması, tutuklama tedbiri için ön koşul olduğundan aksi durumun kabulü, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin tüm güvencelerin anlamsız hâle gelmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla -hangi nedenle benimsenmiş olursa olsun- olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde de kişilerin suç işlediklerine dair belirti bulunmadan tutuklanmaları “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olarak kabul edilemez.

157. Somut olayda Anayasa Mahkemesince, soruşturma makamlarının suç işlediğine dair belirtileri somut olgularla ortaya koymadan başvuru hakkında tutuklama tedbirine başvurdıkları sonucuna varılmıştır (bkz. § 148). Bu itibarla “olağanüstü hâl” döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesinin, başvuru hakkının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.

158. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa’nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde de- başvuru hakkının Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

159. Ayrıca tutuklama süreci ve eldeki belgeler dikkate alındığında somut olayda başvuru hakkının Anayasa’da öngörülen amaç dışında siyasi saikle tutuklandığına ilişkin şikâyetinin yeterli temelinin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

3. Sulh Ceza Hâkimliklerinin Bağımsız ve Tarafsız Hâkim İlkelerine Aykırı Olduğuna İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

160. Başvurucu; tutukluluğa ilişkin karar veren sulh ceza hâkimliklerinin bağımsız ve tarafsız mahkeme güvencesini sağlamadığını, bu mahkemelerin yürütme organının bir aracı hâline geldiğini ileri sürmüştür.

161. Başvurucu ayrıca tutukluluğa itirazını inceleyen İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin daha önce ağabeyi hakkında tutuklama kararı verdiğini, benzer olay ve hukuki sorun hakkında karar veren bu hâkimin tutukluğa itiraz incelemesi yapmasının etkili başvuru hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

162. Bakanlık görüşünde; bu hâkimliklerin de diğer tüm mahkemelerde olduğu gibi Anayasa'nın öngördüğü biçimde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak teşkilatlandırılmış olduğu, hâkimliklerin yapılanması ve işleyişinde tarafsız davranamayacakları sonucuna ulaşılmasını gerektiren herhangi bir unsur bulunmadığı belirtilmiştir.

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

b. Değerlendirme

i. Uygulanabilirlik Yönünden

164. Olağanüstü hâl ilanına konu olaylar kapsamında suçlanan başvurunun tutuklanmasına karar verildiği tarihte olağanüstü hâl devam etmektedir. Bu itibarla başvuru hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasına karar veren yargı mercilerinin bağımsız ve tarafsız olup olmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurunun tutuklanmasına karar veren mercinin başta Anayasa'nın 19. maddesi olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı davranıp davranmadığı tespit edilecek, aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 193-195, 242).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

165. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre *"Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz."* Bağımsızlık; mahkemenin bir uyuşmazlığı çözümlerken yasamaya, yürütmeye, davanın tarafları ile çevreye ve diğer yargı organlarına karşı bağımsız olmasını, onların etkisi altında olmamasını ifade etmektedir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

166. Bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı bağımsız olup olmadığının belirlenmesinde üyelerinin atanma şekli ve onların görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 28).

167. Anayasa'nın 36. maddesinde, mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkı, adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında -Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği- Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 60).

168. Mahkemelerin tarafsızlığı kavramı, görülecek davalar karşısında bizzat mahkemenin kurumsal yapısı ile davaya bakmakla görevli hâkimin tutumu üzerinden açıklanmaktadır. Öncelikle mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

169. Mahkemelerin tarafsızlığını ifade eden ikinci unsur, hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız olması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Aksi yöndeki davranışlar ise hukuk düzenince disiplin ve ceza hukuku alanındaki yaptırımlara tabi kılınmıştır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

170. Genel bir kanuni düzenlemeye dayanılarak ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından yapılan atama sonucunda sulh ceza hâkimlerinin -soruşturma aşamasında tutuklama tedbirine ilişkin karar vermek de dâhil olmak üzere- kanun ile verilen görevleri yaptıkları anlaşılmaktadır. Bağımsız ve tarafsız olmadıkları iddia edilen sulh ceza hâkimliklerinin Cumhuriyet savcısının taleplerini reddederek şüpheliler lehine kararlar da verdikleri bilinmektedir. Bu itibarla bazı soyut varsayımlardan hareket ederek ilgili hâkimlerin bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmek mümkün değildir (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 114; *Hidayet Karaca*, § 78, *Mehmet Baransu (2)*, §§ 64-78).

171. Nitekim Anayasa Mahkemesi; sulh ceza hâkimlerinin de diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atandıkları ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip bulundukları, diğer tüm mahkemelerde olduğu gibi Anayasa'nın öngördüğü biçimde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak teşkilatlandırıldıkları, bunların yapılanması ve işleyişinde tarafsız davranamayacakları sonucuna ulaşılmasını gerektiren herhangi bir unsur bulunmadığı, ayrıca somut, nesnel ve inandırıcı delillerle hâkimin tarafsızlığını yitirdiğinin ortaya konması durumunda davaya bakmasını engelleyen usul hükümlerinin de bulunduğu gerekçeleriyle sulh ceza hâkimliklerini ihdas eden kanun hükmünün iptali istemini reddetmiştir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

172. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun tutukluluğuna ilişkin karar veren sulh ceza hâkimliklerinin bağımsız ve tarafsız olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu

kısının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

173. Buna göre başvurucunun sulh ceza hâkimliğince tutuklanmasının bu hakka dair -başta 19., 37., 138., 139. ve 140. maddeler olmak üzere- Anayasa'da yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

4. Soruşturma Dosyasına Erişimin Kısıtlandığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiası ve Bakanlık Görüşü

174. Başvurucu; soruşturma dosyasına ilişkin kısıtlama kararı nedeniyle hakkındaki iddiaların tamamına vâkıf olamadığını, bu nedenle tutuklamaya karşı etkili bir şekilde itirazda bulunma imkânından yoksun bırakıldığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

175. Bakanlık görüşünde; başvurucuya hakkındaki suçlamalar ayrıntılı olarak anlatılmak suretiyle müdafî huzurunda savunma yapma imkânının verildiği, tutuklanmasına temel teşkil eden iddiaların somutlaştırılarak sorulduğu, başvurucunun da bu iddialarla ilgili gerekli gördüğü değerlendirmeyi yaptığı belirtilmiştir. Bakanlığa göre başvuru, bu delilleri yeterince değerlendirerek bunlara karşı etkili bir şekilde itirazda bulunma imkânını kullanmıştır. Bakanlık bu nedenlerle şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

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

b. Değerlendirme

177. Anayasa'nın "*Kişi hürriyeti ve güvenliği*" kenar başlıklı 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."

178. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

179. Başvurucunun şikâyetlerine konu kısıtlama kararının verildiği belirtilen soruşturma dosyasında başvurucuya yöneltilen suçlama, olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren olaylarla ilgilidir. Bu nedenle kısıtlamanın hukuki olup olmadığı, bir başka ifadeyle kararın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı üzerindeki etkisinin incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle kısıtlamanın Anayasa'nın 19. maddesinde 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).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

(1) Genel İlkeler

180. 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 çıkarılınca kadar bildirilmesini öngörmektedir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 168).

181. 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. Fıkra da 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*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 122, 123).

182. 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).

183. 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).

184. 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 bulunduğu 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).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

185. Başvuru formunda soruşturma dosyası hakkında gizlilik kararı bulunduğu ileri sürülmüş ancak bu kararın savcılık ya da hangi mahkeme tarafından hangi tarihte verildiğine ilişkin bir açıklamada bulunulmamıştır. Bununla birlikte başvurucunun 11/10/2016 tarihindeki kısıtlılık kararının kaldırılması için İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına başvuruda bulunduğu

anlaşılmıştır. Bakanlık, soruşturma dosyası hakkında kısıtlılık kararının bulunmadığına yönelik bir görüş sunmamış; aksine bu kararın varlığının başvurucunun tutuklamaya karşıetkili itiraz hakkını engellemediğini ifade etmiştir.

186. Başvuru formu ve eklerinde, kısıtlama kararının daha sonra kaldırılıp kaldırılmadığı hususunda herhangi bir bilgi veya belge bulunmamakla birlikte İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesince iddianamenin kabul edildiği 3/5/2017 tarihi (bkz. ř 35) itibarıyla kısıtlılık, 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kendiliğinden sona ermiş bulunmaktadır.

187. Soruşturma aşamasında başvurucuya yöneltilen suçlamalar ve tutuklamaya konu edilen olaylar başvurucunun 15 Temmuz darbe girişiminden bir gün önce yayımlanan bir televizyon programındaki konuşması, yrtlen bir soruşturma kapsamında izlenmekte olan bir vakfa gidip geldiğinin tespit edilmesine rağmen bu soruşturmaya dâhil edilmemesi, 2010 yılında yayımlanan *“Balyoz'un anlamı”* başlıklı köşe yazısı, FETÖ/PDY içinde tanınmayı sağlamak için Fetullah Gülen veya örgütün üst düzey yöneticileri tarafından verildiği belirtilen (F) serisi 1 adet Amerikan dolarını bulundurmasıdır. Bu suçlamaların içeriğinin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan ifade alma işlemi sırasında başvurucuya sorulan sorularda açıklandığı ve başvurucunun ifadesinde anılan suçlamalarla ilgili ayrıntılı bir şekilde beyanda bulunduğu grlmektedir (bkz. şş 19, 20).

188. Öte yandan İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 21/9/2016 tarihli tutuklama talep yazısı incelendiğinde başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin ayrıntılı şekilde açıklamalara yer verildiği grlmektedir. Bu bağlamda suça konu edilen olaylarla ilgili bilgi ve delillere yer verilmiş, bu eylemlerin hukuki niteliğine yönelik olarak da değerlendirmelerde bulunulmuştur (bkz. şş 21-22). Anılan talep yazısı sorgu işlemi öncesinde İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvurucuya okunmuş, ayrıca sorgu tutanağında başvurucuya isnat edilen suçların okunup anlatıldığı belirtilmiştir. Başvurucunun sorgu sırasında suçlama konusu olaylarla ilgili anlatımda bulunduğu, sorulan sorulara cevap verdiği grlmektedir (bkz. ř 23). Hâkimlik, tutuklama kararında da

tutuklamaya konu edilen suçlamalarla (eylemlerle) ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur (bkz. §§ 24-27). Ayrıca başvuruçunun on yedi sayfadan ibaret tutukluluğa itiraz dilekçesinde de usul ve esasa ilişkin ayrıntılı bir biçimde beyanda bulunulmuştur. Dolayısıyla başvuruçunun ve müdafilerinin isnat edilen suçlamalara ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere gerek sorgu öncesinde gerekse sorgu sonrasında erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

189. Bu itibarla suçlamalara dayanak olan temel unsurların ve tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esas olan bilgilerin başvuruçuya veya müdafilerine bildirilmiş ve başvuruçuya bunlara karşı savunma ve itirazlarını ileri sürme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında birkaç ay devam eden soruşturma aşamasında uygulanmış olan kısıtlılık nedeniyle başvuruçunun tutukluluğa karşı etkili bir şekilde itirazda bulunamadığının kabulü mümkün görülmemiştir.

190. Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun 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.

191. Buna göre başvuruçunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik olarak soruşturma dosyasında kısıtlama kararı verilmesi suretiyle yapıldığı belirtilen 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.

5. Tutukluluğa İtiraz İncelemesinin Duruşmasız Olarak Yapıldığına İlişkin İddia

a. Başvuruçunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

192. Başvurucu, tutukluluğa yaptığı itirazın duruşma yapılmaksızın incelendiğini ve bu durumun etkili başvuru/itiraz hakkını engellediğini belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

193. Bakanlık görüşünde; her bir tutukluluk incelemesinin duruşmalı yapılması durumunda sistemin işlemez hâle geleceği ve başvurunun tutuklama gerekçelerine yönelik her türlü hukuki değerlendirme ve itirazlarını yapma imkânına sahip olduğu belirtilmiştir.

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

b. Değerlendirme

i. Uygulanabilirlik Yönünden

195. Olağanüstü hâl ilanına konu olaylar kapsamında suçlanan başvurunun tutukluluğa itirazının incelendiği tarihte olağanüstü hâl devam etmektedir. Bu itibarla başvurunun tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı üzerindeki etkisinin incelenmesi, Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle tutukluluğa itiraz incelemesinin yapılaş şeklinin Anayasa'nın 19. maddesinde 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).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

(1) Genel İlkeler

196. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen 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*, 2012/1158, 21/11/2013, § 66; *Devran Duran*, § 88).

197. 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 müdafii veya vekilin dinlenebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Buna göre tutukluluk incelemelerinin ya da tutukluluğa ilişkin itiraz incelemelerinin duruşma açılarak yapılması hâlinde şüpheli, sanık veya müdafinin dinlenmesi gerekmektedir (*Devran Duran*, § 89).

198. 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 (*Fıras Aslan ve Hebat Aslan*, § 73; *Devran Duran*, § 90).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

199. Başvurucu, İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğince 22/9/2016 tarihinde tutuklanmış; bu karara 28/9/2016 tarihinde itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde incelemenin duruşmalı olarak yapılması talep edilmiştir (bkz. § 28) İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliği duruşma yapmaksızın dosya üzerinden yaptığı inceleme sonucunda 10/10/2016 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir (bkz. § 29).

200. Buna göre İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvurunun sorgusunun yapıldığı, tutuklama talebine karşı başvurunun ve müdafilerinin beyan ve taleplerinin sözlü olarak alındığı ve başvurunun yüzüne karşı tutuklanmasına karar verildiğinin açıklandığı tarih (22/9/2016) ile İstanbul 1. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurunun tutukluluğa yönelik itirazının duruşmasız olarak incelendiği tarih (10/10/2016) arasında yalnızca on sekiz gün bulunmaktadır.

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

201. Anayasa Mahkemesi de daha önce verdiği kararlarda, tutukluluğa itiraz incelemesinin başvurunun dinlenmesinden 1 ay 28 gün sonra duruşmasız olarak yapılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal etmediğini belirtmiştir (*Mehmet Haberal*, § 128).

202. Resen ya da talep üzerine tutukluluk hakkında verilmiş tüm kararlar bir başka mahkeme önünde itiraza konu edilebilmektedir. Böyle bir sistemde başvuruya konu dava bakımından tüm itirazların duruşmalı incelenmesi tutukluluk bakımından yargılamanın itiraz merciinde tekrar edilmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla başvurunun tutuklanmasına karar verildiği tarihten on sekiz gün sonra yapılan itiraz incelemesinin duruşmasız olmasının çelişmeli yargılama ilkesini ihlal ettiği söylenemez.

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

204. Buna göre başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik olarak tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılması 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.

B. İfade ve Basın Özgürlüklerinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

205. Başvurucu; soruşturmaya konu edilen ve tutuklamaya dayanak oluşturan hususların tamamen yazıları ve televizyon konuşmasından ibaret olduğunu, bu konuşma ve yazılarından dolayı tutuklanması nedeniyle ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

206. Bakanlık görüşünde; Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği kararlara atfen başvurunun ifade özgürlüğü kapsamındaki beyanları nedeniyle tutuklandığı şikâyetinin özünün hakkında kuvvetli suç şüphesi olmadan tutuklandığı iddiası kapsamında kaldığı, başvurunun

tutuklanmasının kanuni dayanağının bulunduğu, kanunun açık ve öngörülebilir olduğu, kamu düzeni ve kamu güvenliği bakımından meşru bir amacının bulunduğu belirtilmiştir. Bakanlık, başvurusunun salt gazetecilik faaliyeti dolayısıyla tutuklanmadığını, suç teşkil eden eylemleri nedeniyle gözaltına alındığını ve tutuklandığını ifade etmiştir. Bakanlık ayrıca başvurusunun uzun zamandır örgütsel yapının medya üzerinden kamuoyunu yönlendirme, darbe hazırlama yönündeki amaçlarına bilinçli olarak katkı verdiği dikkate alındığında uygulanan tedbirin demokratik toplumda gerekli olduğunu vurgulamıştır.

207. Başvurucu, bakanlık görüşüne karşı beyanında Hükûmet ve Cumhurbaşkanı'na yönelik eleştirisinin darbeye zemin hazırlamak olarak değerlendirilmesinin ifade özgürlüğünün özel bir ihlalinin oluşturduğunu ifade etmiştir.

2. Değerlendirme

208. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..."

Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

...

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir."

209. Anayasa'nın “*Basın hürriyeti*” kenar başlıklı 28. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Basın hürdür, sansür edilemez...”

...

Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.

Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.

Devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden veya suç işlemeye ya da ayaklanma veya isyana teşvik eder nitelikte olan veya Devlete ait gizli bilgilere ilişkin bulunan her türlü haber veya yazıyı, yazarlar veya bastırınlar veya aynı amaçla, basanlar, başkasına verenler, bu suçlara ait kanun hükümleri uyarınca sorumlu olurlar. Tedbir yolu ile dağıtım hakim kararıyla; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunun açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle önlenabilir. Dağıtımı önleyen yetkili merci, bu kararını en geç yirmidört saat içinde yetkili hakime bildirir. Yetkili hakim bu kararı en geç kırksekiz saat içinde onaylamazsa, dağıtımı önleme kararı hükümsüz sayılır.

...”

i. Uygulanabilirlik Yönünden

210. Başvurucunun tutuklanmasına neden olan suçlama, Türkiye’de olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren temel olay olan 15 Temmuz darbe teşebbüsü kapsamındaki bir eyleme ilişkindir. Bu itibarla tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlükleri üzerindeki etkisinin incelenmesi, Anayasa’nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında müdahalenin başta Anayasa’nın 26. ve 28. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde de 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).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

211. 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

212. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü ile onun özel güvencelere bağlanmış şekli olan ve Anayasa'nın 28. maddesinde düzenlenmiş olan basın özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu pek çok kez ifade etmiştir (*Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, § 69; *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§ 34-36).

213. Demokratik toplumda taşıdığı öneme rağmen ifade ve basın özgürlükleri, mutlak nitelikte olmayıp Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere uygun olmak kaydıyla birtakım sınırlamalara tabi tutulabilir. İfade ve basın özgürlüklerine yönelik bir müdahale Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin koşullara uygun olmadıkça Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

214. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında ise kural olarak 28. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Anayasa'nın 26. ve 27. maddeleri hükümleri uygulanacaktır. Bundan başka basın özgürlüğünün sınırlandırılmasında Anayasa'nın 28. maddesinin beşinci, yedinci ve dokuzuncu fıkralarında bazı özel sınırlama sebeplerine yer verilmiştir (*Bekir Coşkun*, § 37).

215. Bu kapsamda Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrası ile 28. maddesinin beşinci fıkrasına göre ifade ve basın özgürlükleri “milli güvenlik”, “suçların önlenmesi”, “suçluların cezalandırılması” ve “devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması” amaçlarıyla sınırlanabilir. Bu amaçlar doğrultusunda devletin iç ve dış güvenliğini, ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü tehdit eden nitelikte haber veya yazıların basında yer almasının suç olarak düzenlenmesi ve cezalandırılması mümkündür. Bu kapsamda yapılacak soruşturma ve kovuşturmalar sırasında bu tür eylemleri gerçekleştirdiği iddia edilen basın mensupları hakkında tutuklama tedbiri uygulanmasının önünde anayasal bir engel de bulunmamaktadır (Benzer yöndeki değerlendirme için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 89).

216. İfade ve basın özgürlüklerine müdahalenin kanunda öngörölmüş ve Anayasa'da belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılmış olması Anayasa'ya uygun olması için yeterli değildir. Müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçölü de olmalıdır.

217. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik toplum düzeninin olmazsa olmaz koşullarındandır. Bunların olmadığı bir toplum düzeninin “demokratik” olduğundan söz edilemez (Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. *Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23/1/2014, § 41; *Fatih Taş* [GK], B. No: 2013/1461, 12/11/2014, § 94; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 90). Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliğin -en başta- her türlü barışçıl düşüncenin serbestçe ifade edilebilmesinde kendisini göstermesi gerekir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında -AİHM kararlarına atıfla- vurgulandığı üzere bu serbestlik, yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görölen bilgi veya fikirler için değil toplumun bir bölümünün veya devletin aleyhinde olanlar, onları rahatsız edenler için de geçerli olmalıdır (*Emin Aydın*, § 42; *Fatih Taş*, § 94).

218. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden biri de bireylere, özgün kişiliklerini geliştirmeleri için uygun ortamın sağlanmasıdır. Bireyler özgün kişiliklerini ancak düşüncelerini serbestçe ifade edebildikleri ve tartışabildikleri bir ortamda gerçekleştirebilirler (*Emin Aydın*, § 41; *Bekir Coşkun*, § 35).

219. Diğer taraftan halkın özellikle kamuyu ilgilendiren tartışmalara katılımının sağlanması demokratik toplum için vazgeçilmez niteliktedir. Bunun için kamuyu ilgilendiren tartışmalara ilişkin her türlü fikir ve bilginin yayılabilmesi, halkın da bunlara ulaşabilmesi gerekir. Bu bağlamda ifade özgürlüğünün özel bir görünümü olan basın özgürlüğünün demokratik bir toplumda ayrı bir önemi bulunmaktadır. Zira anılan özgürlük sadece basının fikir ve bilgileri yaymasınadeğil halkın bunlara ulaşmasına da imkân sağlar (*İlhan Cihaner* (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, §§ 56-58, 82; *Kadir Sağdıç* [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 49-51, 61-63; *Nihat Özdemir* [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, §§ 45-47, 57-58; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 87).

220. Şeffaflık ve hesap verilebilirlik de demokratik bir toplum düzeninin gereklerindendir (*İlhan Cihaner* (2), §§ 56-58, 82; *Kadir Sağdıç*, §§ 49-51, 61-63; *Nihat Özdemir*, §§ 45-47, 57-58; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 87). Demokrasinin sağlıklı işleyişi kamu makamlarının yalnızca yasama ve yargı organları tarafından değil; siyasi partiler, sivil toplum örgütleri ve basın gibi demokratik toplumun vazgeçilmez unsurları tarafından da denetlenmesine bağlıdır (*Ali Rıza Üçer* (2) [GK], B.No: 2013/8598, 2/7/2015, § 55). Bu bağlamda basın -kamunun “gözetleyicisi” olarak- farklı kaynaklardan bilgi ve fikirleri yayarak şeffaflık ve hesap verilebilirliğinin sağlanmasına da katkıda bulunur (*İlhan Cihaner* (2), §§ 56-58, 82; *Kadir Sağdıç*, §§ 49-51, 61-63; *Nihat Özdemir*, §§ 45-47, 57-58; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 87).Böylelikle basın özgürlüğü sayesinde farklı kaynaklardan bilgi ve fikirlere ulaşan kamuoyu, kamu gücünü elinde bulunduranların iş ve işlemlerine ilişkin daha sağlıklı kanaat oluşturabilir.

221. Bununla birlikte Anayasa’nın 12. maddesinin “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*” biçimindeki ikinci fıkrası, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken ödev ve sorumluluklarının bulunduğuna gönderme yapmaktadır. Dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin kullanımı yönünden basın için geçerli olan bazı “görev ve sorumluluklar” da bulunmaktadır (Basının görev ve sorumluluklarına ilişkin bkz. *Orhan Pala*, B. No: 2014/2983, 15/2/2017, § 46; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 89; *R.V.Y. A.Ş.*, B. No: 2013/1429, 14/10/2015, § 35; *Fatih Taş*, § 67; *Önder Balıkcı*, B. No: 2014/6009,15/2/2017, § 43).

222. İfade ve basın özgürlüklerine müdahale eden tedbir, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamalı ve başvurulabilecek en son çare niteliğinde olmalıdır. Bu koşulları taşımayan bir tedbir, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilemez (*Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51).

223. Bu kapsamda demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılırken müdahaleye gerekçe gösterilen ifadelerin hangi bağlamda kullanıldığı da göz ardı edilmemeli ve söz konusu ifadeler -bağlamından koparılıp- tek başına değerlendirilmemelidir (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 52; *Fatih Taş*, § 99; *Bekir Coşkun*, § 62; *Mehmet Ali Aydın*, § 76; *Ali Rıza Üçer* (2), § 49; *Ergün Poyraz* (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 63).

224. Diğer taraftan ifadeyi kullananın sorumluluğu belirlenirken söz konusu ifadeye, objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmemelidir (*Bekir Coşkun*, § 63). Bu çerçevede olgusal bir temelden yoksun olan tahmin ve varsayımlardan kaçınılmalıdır.

225. İfadenin hangi araçla kullanıldığı ve bu aracın özellikleri de önem taşımaktadır (*Ali Gürbüz ve Hasan Bayar*, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 68; *Cihaner*, § 72). Bu çerçevede canlı yayımlanan televizyon veya radyo programında kullanılan ifadeler ile bir kitapta veya gazete yazısında kullanılan ifadeler aynı şekilde değerlendirilemez. Zira AİHM kararlarında da belirtildiği üzere (bkz. §§ 77, 79) canlı yayındaki ifadelerin kamuya duyurulmadan önce yeniden formüle edilmesi veya değiştirilmesi ya da geri alınması imkânı bulunmamaktadır.

226. Son olarak ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuruçular ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel “caydırıcı etkisi” dikkate alınmalıdır (*Ergün Poyraz* (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 79; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 99).

227. Ölçülülük ilkesi müdahalenin amacı ile bu amaca ulaşmak için kullanılan araç arasındaki ilişkiyi yansıtır. Temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin ölçülü olup olmadığının denetiminde, hedeflenen amaca ulaşabilmek için seçilen aracın “elverişli”, “gerekli” ve “orantılı” olup olmadığı değerlendirilmelidir (*Fatih Taş*, §§ 90, 92, 96; *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 90).

228. Şüphesiz demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ve ölçülülük yönünden kamu makamlarının belirli bir takdir aralığı bulunmaktadır. Bununla birlikte bu takdir yetkisinin kullanımı sonucu ifade ve basın özgürlüklerine müdahalede bulunulurken kamu makamlarının anılan hususlarda “ilgili ve yeterli” gerekçe göstermeleri zorunludur (*Fatih Taş*, § 99; *Mehmet Ali Aydın*, § 76). Bu çerçevede yapılacak bir müdahalenin Anayasa’daki güvencelerle uyumlu olup olmadığı hususunda nihai değerlendirme ise Anayasa Mahkemesine aittir. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmeyi kamu makamlarının ve özellikle derece mahkemelerinin gösterdikleri gerekçeler üzerinden yapar (*Erdem Gül ve Can Dündar*, § 91).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

229. Başvurucuya soruşturma mercilerince yöneltilen sorular ve hakkında verilen tutuklama kararının gerekçelerine bakıldığında başvurunun esas olarak yazıları ve konuşmaları nedeniyle suçlandığı görülmektedir. Bu bağlamda başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin bu yazı ve konuşmaların içeriğinden bağımsız olarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yanında ifade ve basın özgürlüklerine yönelik de bir müdahale oluşturduğu anlaşılmaktadır (Benzer yöndeki değerlendirme için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 92).

230. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla ilgili olarak ileri sürülen tutuklamanın hukukiliğine ilişkin iddia yönünden yapılan değerlendirmede müdahalenin kanun tarafından öngörülme koşulunu sağladığı sonucuna varılmıştır (bkz. § 128). İfade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddia yönünden bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

231. Diğer taraftan millî güvenliğe aykırı faaliyetlerde bulunduğu ve darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY’nin amaçları doğrultusunda yazılar yazdığı ve konuşmalar yaptığı iddiasıyla başvuru hakkında tutuklama tedbiri uygulanmıştır. Dolayısıyla başvurunun ifade ve basın özgürlüklerine Anayasa’da belirtilen sebeplere bağlı kalınarak meşru amaçla müdahalede bulunulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

232. Müdahalenin ihlal oluşturmaması için sadece kanuni dayanağın ve meşru amacın bulunması yeterli değildir. Başvurucuya uygulanan tutuklama tedbirinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlalini oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi için somut olayın demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük koşulları yönünden de incelenmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi bu incelemeyi tutuklama süreci ve tutuklama kararının gerekçesi üzerinden yapacaktır.

233. Tutuklamanın hukukiliğine ilişkin olarak yukarıda yapılan tespitler dikkate alındığında (bkz. §§ 129-149) ve isnat edilen suçlamalara dayanak olarak gösterilen temel olgunun başvuruya konu yazılar ve konuşmalar olduğu gözetildiğinde hukukilik şartını sağlamayan tutuklama gibi ağır bir tedbir, ifade ve basın özgürlükleri bakımından demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak kabul edilemez.

234. Ayrıca suça konu yazıların yayımlandığı ve konuşmaların yapıldığı dönemde kamuoyunun bir kesiminin dile getirdiğine benzer görüşleri başvurunun da yazılarında ve konuşmalarında ifade etmesi nedeniyle hakkında tutuklama tedbirine başvurularak ifade ve basın özgürlüklerine müdahale edilmesinin hangi “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç”tan kaynaklandığı ve demokratik toplum düzeninde neden gerekli olduğu somut olayın özelliklerinden ve tutuklama kararının gerekçelerinden anlaşılamamaktadır.

235. Öte yandan demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuru ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel “caydırıcı etkisi” de dikkate alınmalıdır (*Ergün Poyraz (2)*, § 79; *Erdem Gül ve Can Dundar*, § 99). Başvuru konusu olayda tutuklama gerekçelerinde, yayımlanan yazılar ve Can Erzincan TV’de yapılan konuşmalar dışında herhangi bir kayda değer somut olgu ortaya konulmadan başvurunun tutuklanmış olmasının ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği de açıktır.

236. Açıklanan gerekçelerle suç işlediğine dair kuvvetli belirtiler ortaya konulmadan temelde yazılarına ve konuşmalara dayanılarak başvuru hakkında tutuklama tedbirinin uygulanmasının ifade ve basın özgürlüklerine ilişkin olarak olağan dönemde Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

237.Bununla birlikte anılan tedbirin olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru ve ölçülü olup olmadığının da incelenmesi gerekir.

iv. Anayasa'nın 15. Maddesi Yönünden

238. İfade ve basın özgürlükleri 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. Dolayısıyla bu özgürlükler yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür.

239.Ayrıca anılan bu özgürlüklerin milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden özellikle MSHUS'nin 4. maddesinin (2) numaralı ve Sözleşme'nin 15. maddesinin (2) numaralı fıkralarında ve bu Sözleşme'ye ek protokollerde dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında olmadığı gibi somut olayda başvurusunun ifade ve basın özgürlüklerine yapılan söz konusu müdahalenin milletlerarası hukuktan kaynaklanan diğer herhangi bir yükümlülüğe (olağanüstü dönemlerde de korunmaya devam eden bir güvenceye) aykırı olduğu da saptanmamıştır.

240. Bununla birlikte müdahalenin “durumun gerektirdiği ölçüde” olup olmadığının incelenmesi gerekir. Bu kapsamda tutuklamanın hukukiliğine ilişkin olarak yukarıda değerlendirme yapılmış ve suç işlendiğine dair belirti olduğu ortaya konulmadan tutuklama tedbirinin uygulanmasının durumun gerektirdiği ölçüde bir müdahale olmadığı sonucuna varılmıştır (bkz. §§ 155-157). Somut olayın koşulları dikkate alındığında ifade ve basın özgürlükleri yönünden bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

241. Bu itibarla “olağanüstü hâl” döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesinin, başvurusunun ifade ve basın özgürlüklerine yönelik Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde belirtilen güvencelere aykırı bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.

242. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde- başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

C. Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiası ve Bakanlık Görüşü

243. Başvurucu; on iki günlük gözaltı süresinin ilk beş gününde avukatıyla veya dışarıdan herhangi biriyle görüşmesine keyfî olarak izin verilmediğini, gözaltında bulunduğu sürede hiçbir egzersiz imkânı olmadan, doğal ışıktan ve havalandırmadan yoksun bir şekilde ve yirmi dört saat sönmeyen florasana ışığın altında, 3-4 m genişliğinde ve sadece iki yatağın sığabildiği bir hücrede dört kişi ile birlikte kaldığını, gözaltı sürecinde su dışında başka bir içecek verilmediğini, verilen gıdaların da yetersiz olduğunu, kaldığı yerin temiz olmadığını, burada dişlerini fırçalamak gibi temel insani ihtiyaçlarının engellendiğini belirterek insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye tabi tutulma yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

244. Başvurucu ayrıca tutuklu olarak kaldığı ceza infaz kurumundaki uygulamaların da insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele niteliğinde olduğunu, bu bağlamda mektup almasının veya göndermesinin yasaklandığını, bir yazar olarak üzerinde çalıştığı kitap metinlerini yayınevlerine veya editörlere göndermesine izin verilmediğini, egzersiz yapmasının yasaklandığını, cezaevi spor salonunu ve berberini kullanması yönünde dilekçeyle bildirdiği taleplerinin karşılanmadığını, kendisiyle aynı ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan ağabeyi ile birlikte kalma veya görüşme taleplerinin yerine getirilmediğini, avukatıyla görüşmesinin keyfî olarak sınırlandırıldığını ve bu görüşmenin mahremiyetine riayet edilmediğini, bunların kendisini cezalandırma amacıyla yapıldığını, babasının ölüm yıl dönümü nedeniyle yapılan anma törenine mesaj göndermesine dahi izin verilmediğini iddia etmiştir.

245. Bakanlık görüşünde; bireysel başvurunun ikincillik niteliğinin gereği olarak olağan kanun yollarında ve genel mahkemeler önünde ileri sürülmeyen iddiaların Anayasa Mahkemesi önünde şikâyet konusu edilemeyeceği, somut olayda başvurunun maruz kaldığını iddia ettiği kötü muamele eylemlerini Savcılık ve sorgu aşamasında ileri sürerek sorumlular hakkında soruşturma açılmasını talep etmediği, bu nedenle başvuru yollarının tüketilmediği ifade edilmiştir.

246. Bakanlık, esas yönünden ise başvurunun yakındığı hususların bir kısmının doğru olmadığını, bir kısmının da hukukun izin verdiği gözaltı işlemlerinin kaçınılmaz sonucu olduğunu, söz konusu tedbir ve önlemlerin durumun gerektirdiği ölçüde orantılı olduğunun dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

247. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında Bakanlık görüşünün kabul edilemeyeceğini, spor yapma, mektup alma ve gönderme, kitap temini, yakınlarıyla görüş gibi belirliliklerde kısıtlamaların devam ettiğini, bu ihlallerin olağanüstü hâlden kaynaklandığını, bu nedenle giderim elde etme imkânının bulunmadığını, cezaevinde maruz kaldığı bu tür kısıtlılıkların ortadan kaldırılması için yaptığı başvurunun reddedildiğini iddia etmiştir.

2. Değerlendirme

248. Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17).

249. Somut olayda gözaltı sürecindeki kötü muamele iddialarına ilişkin olarak başvuru, genel olarak gözaltında iken kamu görevlileri tarafından kötü muameleyle maruz bırakıldığını ve insani olmayan gözaltı koşullarında kasti bir şekilde tutulduğunu ileri sürmektedir. Bu bölümdeki iddialar bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun, yakalandığı andan itibaren kamu görevlilerinin kendisine kötü muamelede bulunduğundan şikâyetçi olduğu görülmektedir. Başvurucu, gözaltında tutma koşullarının yetersizliğinden bahsetmişse de bu kapsamda maruz kaldığını ileri sürdüğü kötü muamelenin kamu görevlilerinin kasıt ve/veya ihmalden mi yoksa salt tutulma koşullarından mı kaynaklandığını açıkça belirtmemiştir.

Dolayısıyla söz konusu iddiaların Anayasa Mahkemesince doğrudan incelenebilmesi için yeterli bilgi ve belge bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu bağlamda somut olayın koşullarının, başvurucunun anılan iddialarının kamu görevlilerinin kasıt ve/veya ihmalden kaynaklanıp kaynaklanmadığına dair adli ve/veya idari bir soruşturma ile ortaya konması gerekmektedir.

250. Ceza infaz kurumundaki tutulma koşullarına ilişkin şikâyetler yönünden ise ilgili mevzuat (bkz. §§ 47-50) gereğince başvurucunun iddialarını iletebileceği ve yapıldığını iddia ettiği kötü muameleye derhâl son verilmesini isteyebileceği idari ve yargısal mercilerin bulunduğu görölmektedir. Başvuru formu ve eklerinde başvurucunun Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği dilekçesinde; hakkında uygulanan spor yapma, mektup alma ve gönderme, kitap temini, yakınlarıyla görüşme gibi hususlarda getirilen kısıtlamaların insan haklarına aykırı olması nedeniyle kaldırılmasının talep edildiği belirtilmişse de bu uygulamalarla ilgili olarak infaz hâkimliğine şikâyetle bulunulduğuna ve/veya burada verilecek karara karşı da ağır ceza mahkemesi nezdinde itiraz yolunun tüketildiğine ilişkin bir bilgi veya belgeye yer verilmemiştir. İlgili hükümler kapsamında başvuru, şikâyetlerini öncelikle yetkili yargısal mercilere iletip tutulma yeri ve koşulları sebebiyle kötü muameleye maruz bırakıldığını ileri sürebilecek ve bu koşulların en kısa zamanda uygun hâle getirilmesini isteyebilecekken bu yollara başvurmamıştır (Benzer yöndeki bir değerlendirme için bkz. *Mehmet Baransu*, B. No: 2015/8046, 19/11/2015, § 30). Başvurucunun şikâyetleri dikkate alındığında iddiasının aksine mevcut başvuru yollarının ulaşılabilir, şikâyetleri açısından telafi imkânına sahip ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte olmadığını söyleyebilmeyi mümkün kılan bir sebep bulunmadığından başvuru yollarının tüketilmesi kuralına istisna tanınmasını gerektiren bir durumun da olmadığı görölmektedir (Benzer yöndeki bir değerlendirme için *Didem Tütenk*, B. No: 2013/7525, 10/6/2015, §§ 40, 41).

251. Dolayısıyla başvurucunun şikâyetlerini ve varsa bu konudaki kanıtlarını öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere iletmeyen, hak ihlali iddialarını öncelikle bu makamların değerlendirmesini ve çözüme kavuşturmasını beklemeden doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

252. Açıklanan gerekçelerle başvuru sahibinin kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak idari ve/veya yargısal başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

253. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuru sahibinin 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 başvuru sahibi 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.”

254. Başvuru sahibi, alıkonulduğu her gün için günlük 1.000 euro manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

255. Başvuruda, tutuklamanın hukuki olmaması ve bununla bağlantılı olarak ifade ve basın özgürlüğünün ihali nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası ile 26. ve 28. maddelerinin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başvuru sahibi yargılandığı dava kapsamında hâlen tutukludur (bkz. § 40). Bu durumda tazminat dışında ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

256. Başvuru sahibinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuru sahibine net 20.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

257. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan 2.219,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Tutuklanma dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

4. Gözaltının hukuka aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

5. Sulh ceza hâkimliklerinin bağımsız ve tarafsız hâkim ilkelerine aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

6. Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

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

B.1. Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE; Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2. Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin İHLAL EDİLDİĞİNE; Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C.Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2017/127) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 20.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 239,50 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan 2.219,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 11/1/2018tarihindekarar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Dosya kapsamındaki bilgi ve belgelerden, başvurucuya isnat edilen suçun işlendiğine dair kuvvetli bir belirtinin varlığının soruşturma mercilerince kabul edilmesinin temelsiz ve keyfi olmadığı, darbe teşebbüsü sonrasındaki koşullar dolayısıyla soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmaların güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki tedbirlerin yetersiz kalacağı değerlendirilmesiyle kaçma şüphesinin varlığının da kabul edildiği tutuklama nedeninin olgusal temellerden yoksun olmadığı, başvurucuya isnat edilen suçun cezasının miktarı, vasfı ve önemi de gözönüne alınarak başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü bulunduğu, dolayısıyla tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19/3. maddesi ile güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlâl edilmediği kanaatine ulaşılmıştır.

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

2. Yukarıdaki saptamanın doğal bir sonucu olarak, başvurunun yalnızca ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalan eylemleri nedeniyle soruşturmaya maruz kaldığı ve tutuklandığı iddiası yönünde de farklı bir sonuca varılmasını haklı ve gerekli kılan bir durumun söz konusu olmadığı, dolayısıyla Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleribağlamında ifade ve basın özgürlüklerinin ihlâl edilmediği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 19/3., 26. ve 28. maddelerinin ihlâl edilmediği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY

Başvuru, gazeteci olan başvuru hakkında uygulanan gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması, tutukluluğa ilişkin kararların bağımsız ve tarafsız olmayan sulh ceza hakimliklerince verilmesi, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması ve tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; gazetecilik faaliyeti ve ifade özgürlüğü kapsamındaki eylemlerin tutuklamaya konu edilmesi nedeniyle ifadeve basın özgürlüklerinin; gözaltı ve tutukluluk süreçlerindeki bazı uygulamalar nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarına ilişkinidir.

Tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia ile tutuklanma dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna; kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddia ile gözaltının hukuka aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna; sulh ceza hâkimliklerinin bağımsız ve tarafsız hakim ilkelerine aykırı olması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddia ile soruşturma dosyasına

erişimin kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın ve tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapılması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna ilişkin sonuca tarafımızca da iştirak edilmiştir.

Ancak, Mahkememiz çoğunluğunca tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin olarak ulaşılan sonuç ile tutuklanma dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin olarak ulaşılan sonuca aşağıda açıklayacağımız nedenlerle iştirak edilememiştir.

Başvurucu, Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen yapılanmanın medyadaki yapılanmasına yönelik olarak yürütülen bir soruşturma kapsamında Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olma suçlamalarına bağlı olarak 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır.

FETÖ/PDY olarak isimlendirilen yapılanma hakkında, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca verilen 20.6.2017 tarihli ve 2016/22169 başvuru numaralı Aydın Yavuz ve diğerleri kararında ayrıntılı tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anılan kararda da belirtildiği üzere Türkiye, 15.7.2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış; bu nedenle 21.7.2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş ve olağanüstü hâl bugüne kadar birkaç kez uzatılmıştır. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-25).

İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğinin tutuklama kararında kuvvetli suç şüphesinin varlığına ilişkin olarak, temelde, başvurusunun, 15 Temmuz 2016 tarihinde darbe girişiminde bulunan FETÖ/PDY'nin yayın organlarında bu

örgütün amaçları doğrultusunda sürekli olarak açıklamalarda bulunması, böylelikle darbe girişimine zemin hazırlaması ve bir televizyon programındaki konuşmasıyla da açıkça darbe çağrısı yapması gerekçe olarak gösterilmiştir.

22.9.2016 tarihli söz konusu tutuklama kararında, 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe girişiminden önce, FETÖ/PDY'nin, darbe ortamını hazırlamak amacıyla kontrolündeki medya organları vasıtasıyla sürekli yayın yaptığı, özellikle ülkeyi yönetenlerin her ne yolla olursa olsun iktidardan gitmesi gerektiği algısını ülke içinde ve dışında yerleştirmeye çalıştığı; başvurusunun da, FETÖ/PDY'nin 17-25 Aralık 2013 tarihlerinde gerçekleştirdiği operasyonlarla Hükümeti devirmek suretiyle ülke yönetimini ele geçirmeye çalıştığını bilgi birikimi, eğitim durumu ve sosyal statüsü itibarıyla bilebilecek durumda olmasına rağmen FETÖ/PDY'nin kontrolünde olduğu herkesçe bilinen televizyonlardaki programlarda örgütü açıkça desteklediği ve çeşitli medya organlarında yazdığı yazılarla örgütün amacı doğrultusunda hareket ettiği, yazdığı yazılar ve televizyon programlarındaki konuşmalarıyla ülkeyi yönetenlerin her ne yolla olursa olsun iktidardan gitmesi gerektiği algısının oluşmasına destek verdiği, bu kapsamda özellikle “Cumhurbaşkanı'nın diktatör olduğu ve hukuk tanımadığı” yönündeki propagandaya katkıda bulunduğu, böylelikle toplumu askeri darbeye karşı çıkmamaya yönlendirdiği, askeri darbeye zemin hazırlamak amacıyla yıllarca süreklilik arz edecek şekilde görüş bildirmenin, yayın yapmanın ve tek yanlı bilgilendirmede bulunmanın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceği; anılan eylemlerin Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunda (TRT'de) okunan darbe bildirisinde yer alan söylemlerle benzerliğinin de darbe ortamının oluşturulması amacıyla yapıldığının bir göstergesi olduğu, bu kapsamda özellikle darbe teşebbüsünden bir gün önce 14.7.2016 tarihinde Can Erzincan TV'de yayımlanan programdaki konuşmasında yer alan “ ... Türkiye Devletinin içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyadan daha fazla belgeleyen, izleyen birbaşkada yapı var. Yani onun ne zaman torbadan yüzünü çıkaracağını, nasıl çıkacağı da belli değil ...” şeklindeki sözleriyle açıkça darbe çağrısında bulunduğu gerekçelerine dayanılarak, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme ve silahlı

terör örgütüne üye olma suçlarını işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varılmış ve alması muhtemel ceza göz önüne alınarak hem adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı hem de kaçma şüphesinin bulunduğu değerlendirilmiştir.

Başvurucu 28.9.2016 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiştir.

İstanbul 1. Sulh Ceza Hakimliğince 10.10.2016 tarihinde, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda “isnat olunan suçların CMK’nın 100. maddesinde belirtilen katalog suçlardan olduğu, atılı suç ve öngörülen ceza miktarına göre de tutuklamada birinin orantılı olduğu” gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

Başvurucu, anılan kararı 13.10.2016 tarihinde öğrendiğini bildirerek 8.11.2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Görüldüğü üzere somut olayda başvuru, tutukluluğun makul süreyi aşması durumuna karşı değil, “ilk tutuklama” kararına karşı yapılmıştır.

Başvurunun yapılmasının ardından, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 12.4.2017 tarihli iddianamesi ile başvurunun Türkiye Büyük Millet Meclisini (TBMM) ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme, anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve silahlı terör örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

İddianamede FETÖ/PDY’nin yapısına ve kamuoyunca bilinen isimleriyle “17-25 Aralık”, “MİT tırları”, “Selam-Tevhid-Kudüs Ordusu”, “Tahşiye” “Kozmik oda” ve “Balyoz” gibi soruşturmalarda veya bu soruşturmalar sonucunda açılan davalarda anılan örgütün yargı ve emniyet içindeki unsurlarını kendi amaçları doğrultusunda nasıl kullandığına ve Hükümeti devirmeye yönelik eylemlerine değinilerek FETÖ/PDY ile bağlantılarının bulunduğu ve darbe girişimine iştirak ettikleri değerlendirilen Zaman, Today’s Zaman, Taraf, Samanyolu TV, Can Ezincan TV gibi örgütün medya yapılanmasına dahil olduğu belirtilen unsurlara yer verilmiştir.

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

Cumhuriyet savcısı; başvurunun süreklilik arzedecek şekilde örgütün amaçları doğrultusunda faaliyet ebulundugunu, özellikle gerçekleştirileceğini önceden bildiği darbe girişiminin alt yapısının oluştuğunu ima eden konuşmalar yaparak bu girişime iştirak ettiğini ileri sürmüştür.

Bu arada, FETÖ/PDY içinde üst düzey yöneticilik yaptıktan sonra yapılanmadan ayrıldığı belirtilen N.V.nin tanık olarak alınan 24.10.2016 tarihli ifadesine atıfla; N.V.den sonraki dönemde FETÖ/PDY'nin medya yapılanmasının en güçlü kişisinin A.K. olduğu, başvurunun da aralarında olduğu bir kısım medya mensubu ile Fetullah Gülen arasındaki ilişkinin bu kişi tarafından sağlandığı ve söz konusu medya mensuplarının A.K. ile sık sık görüştükleri ileri sürülmüştür.

Ayrıca, telefon kayıtlarına dayanarak başvurunun, FETÖ/PDY'nin üst düzey yöneticilerinden oldukları iddia edilen ve haklarında bu yapılanmayla bağlantılı suçlardan kamu davası açılan bazı kişilerle (H.K., H.T., H.E., M.Y., A.K., Ö.A., A.B., C.U. ve M.M.G.) iletişim halinde olduğu ileri sürülmüş ve yine FETÖ/PDY'nin üst düzey yöneticilerinden olduğu belirtilen bazı kişiler arasında "ByLock" üzerinden gerçekleşen ve başvuru ile ilgili bazı olgulara yer veren yazışmalara işaret edilmiştir.

Bireysel başvuru sistemi içerisinde, Anayasa Mahkemesinin, somut olayın koşullarını dikkate almak suretiyle, özellikle tutuklamaya ilişkin süreç ve tutuklama kararının gerekçeleri üzerinden bir denetim yetkisi bulunmakla birlikte, özellikle ilk tutuklamalarda, 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 halinde olan yargı mercileri Anayasa Mahkemesine kıyasla daha iyi konumdadırlar.

Somut olayda başvuru, tutukluluğun makul süreyi aşması durumuna karşı değil, "ilk tutuklama" kararına karşı yapılmıştır.

Mahkememizin birçok kararında da ifade edildiği üzere, başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu 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, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, § 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, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 73).

Özellikle olağanüstü hâl döneminde, olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren olaylarla ilgili olarak yürütülen bir soruşturma kapsamında uygulanan tutuklama tedbirinin hukukiliği değerlendirilirken, suçun işlendiğine dair kuvvetli bir belirtinin bulunup bulunmadığının tespitinde tutuklama tedbirinin uygulandığı her bir somut olayın koşullarının ve olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren olayların özelliklerinin ve ağırlığının da gözardı edilmemesi gerekir.

Darbe teşebbüsü gibi ülkenin bütününe etkileyen olaylar sonrasında başvurulanan tutuklama tedbiri bakımından, soruşturma makamlarınca suça ilişkin şüpheyi doğrulayan tüm somut olguların (belirtilerin) ayrıntılarıyla birlikte tedbirin uygulandığı sırada tespit edilmesi ve yargı organlarının ilk tutuklama kararında bu somut olgulara dayanması her zaman mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlarda, bazı hallerde olayın niteliğine göre kuvvetli olarak nitelenebilecek suç şüphesine işaret eden bazı belirtilerin bulunması ilk tutuklama bakımından yeterli görülebilir.

Ancak burada, kişi hürriyeti ve güvenliğihakkının, devletin, bireylerin özgürlüğüne keyfi olarak müdahale etmemesini güvence altına alan temel bir hak olduğu (Erdem Gül ve Can Dundar, § 62) ve kişilerin keyfi olarak hürriyetinden yoksun bırakılmamasının, hukukun üstünlüğüyle bağlı olan bütün siyasal sistemlerin merkezinde yer alan en önemli güvenceler arasında yer aldığı hususu asla gözden kaçırılmamalıdır. Bireylerin özgürlüklerine yönelik müdahalenin keyfi olmaması, olağanüstü yönetim usullerinin benimsendiği dönemlerde de uygulanması gereken temel bir

güvencedir (bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, §347).Tutuklama tedbirinin uygulanması suretiyle bireylerin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına keyfi olarak müdahale edilmemesini sağlayacak olan güvencelerin başında da, bu tedbire başvurulurken suç işlendiğine dair belirtinin ortaya konulması zorunluluğu gelmektedir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca başvurucunun tutuklanması talep edilirken FETÖ/PDY'nin amacı doğrultusunda sürekli olarak çeşitli faaliyetlerde bulunduğu ve böylelikle anılan örgüt mensupları tarafından geręekleřtirilen darbe teşebbüsüne iştirak ettiği iddia edilerek özellikle 15 Temmuz darbe teşebbüsünden bir gün önce Can Erzincan TV'de yayımlanan programda yaptığı konuşmaya ve bazı yazılarına değinilmiştir.

İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurucunun tutuklanmasına karar verilirken kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerin bulunduğu ifade edilmiştir. Kararda; başvurucunun, FETÖ/PDY'nin Hükümeti devirmek suretiyle ülke yönetimini ele geçirmeye çalıştığını bilgi birikimi, eğitim durumu ve sosyal statüsü itibarıyla bilebilecek durumda olduğu vurgulanmıştır.

Kararı veren Hâkimlik, başvurucunun askerî darbeye zemin hazırlamak amacıyla süreklilik arz edecek şekilde görüş bildirdiğini, bunun ifade özgürlüğü olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Hâkimliğe göre FETÖ/PDY, darbe ortamını hazırlamak amacıyla kontrolündeki medya organları vasıtasıyla sürekli olarak yayınlar yapmış, başvurucu da, FETÖ/PDY'nin Hükümeti devirmek suretiyle ülke yönetimini ele geçirmeye çalıştığını bilgi birikimi, eğitim durumu ve sosyal statüsü itibarıyla bilebilecek durumda olmasına rağmen, bu örgütün kontrolünde olduğu herkesçe bilinen televizyonlardaki programlarda örgütü açıkça desteklemiş ve yazdığı yazılarla örgütün amacı doğrultusunda hareket etmiş, yazdığı yazılarıyla ve televizyon programlarındaki konuşmalarıyla ülkeyi yönetenlerin -her ne yolla olursa olsun- iktidardan gitmesi gerektiği algısının oluşmasına destek vermiş, bu kapsamda özellikle "Cumhurbaşkanı'nın diktatör olduğu ve hukuk tanımadığı" yönündeki propagandaya katkıda bulunmuş, böylelikle toplumu askerî darbeye karşı çıkmamaya yönlendirmiştir.

Bu kapsamda hâkimliğe göre, başvuru, Can Erzincan TV’de yayımlanan programdaki konuşmasıyla darbe yapılması için kamuoyu oluşturmaya çalışmış ve açıkça darbe çağrısında bulunmuştur. Zira, darbe teşebbüsünden bir gün önce 14.7.2016 tarihinde yayımlanan programdaki konuşmasında “ ... Türkiye Devletinin içinde de muhtemelen bütün bu gelişmeleri dış dünyadan daha fazla belgeleyen, izleyen bir başkada yapı var. Yani onun ne zaman torbadan yüzünü çıkaracağını, nasıl çıkacağı da belli değil ...” şeklinde sözler sarf etmiştir. Bu sözlerin sarf edildiği günün ertesi günü de bir askeri darbe teşebbüsü gerçekleşmiştir. Tutuklama kararında da bu durum darbe teşebbüsü ile ilişkili olarak değerlendirilmiştir.

Yukarıda yer alan tespit ve değerlendirmeler karşısında, soruşturma mercilerinin ve tutuklamaya karar veren sulh ceza hâkimliğinin, suçun işlendiğine dair belirtileri somut olarak ortaya koyamadıklarını ve değerlendirmelerinin temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olduğunu söylemenin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Öte yandan, başvurunun tutuklanmasına neden olarak gösterilen “Türkiye Cumhuriyeti hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme” suçuna ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (Hüseyin Burçak, B. No: 2014/474, 3/2/2016, § 61; Aydın Yavuz ve diğerleri, § 275).Kaldı ki anılan suç, 5271 sayılı Kanun’un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği “tutuklama nedeni varsayılabilen” suçlar arasındadır.

Ayrıca darbe teşebbüsü sırasındaki ve sonrasındaki koşullar ve gerçekleşen olaylar nedeniyle kimi zaman soruşturma konusu olaylara ilişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşturmanın güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. Aydın Yavuz ve diğerleri, § 271; Selçuk Özdemir [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 78).

Somut olayda İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurunun tutuklanmasına karar verilirken; işlendiği iddia olunan suçla ilişkin

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

yaptırımın ağırlığına, suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan katalog suçlar arasında olmasına -suçun cezasının ağırlığına atıfla- kaçma şüphesinin bulunmasına ve adli kontrolün yetersiz kalacak olmasına dayanıldığı görölmektedir.

Dolayısıyla tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararın içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvuru yönünden tutuklama nedenlerinin olgusal temellerden yoksun olduğu da söylenemez.

Başvurucu hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçölü olup olmadığı hususuna gelince:

Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçölölüğünün belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır (bkz. Gülser Yıldırım (2), § 151).

Öncelikle belirtmek gerekir ki 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). Özellikle darbe teşebbüsüyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşurmaların kapsamı ve niteliği ile FETÖ/PDY'nin özellikleri de dikkate alındığında, bu soruşurmaların diğer ceza soruşurmalarına göre daha zor ve karmaşık olduğu ortadadır (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 272; Selçuk Özdemir, § 350). Dolayısıyla, darbe teşebbüsü sonrasındaki koşullar nedeniyle kimi zaman soruşurma konusu olaylarailişkin delillerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi ve soruşurmaların güvenlik içinde yürütölebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu olabilir.

Başvurucunun FETÖ/PDY'nin medya yapılanmasına yönelik olarak yürütölen bir soruşurma kapsamında, darbe teşebbüsünün savuşturulmasından iki ay kadar sonra gözaltına alındığı ve sonrasında

tutuklandığı dikkate alındığında soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak “gerekli” olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

Somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında İstanbul 10. Sulh Ceza Hâkimliğinin isnat edilen suçlar için öngörülen yaptırımın ağırlığını, işin niteliğini ve önemini de gözönünde tutarak başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfi ve temelsiz olduğu söylenemez.

Buna göre, başvurunun Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası ile güvence altına alınan “kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı”nın ihlal edilmediğine karar verilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Diğer yandan başvurunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelendiğinde başvurunun suç işlemiş olabileceğinden şüphelenilmesi için inandırıcı delillerin bulunduğu ve ayrıca olayda tutuklama nedenlerinin mevcut olduğu ve tutuklamanın ölçülü olduğunun değerlendirilmesi karşısında başvurunun, yalnızca ifade ve basın özgürlüğü kapsamında kalan eylemleri nedeniyle soruşturmaya maruz kaldığı ve tutuklandığı iddiası yönünden farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılan bir durum bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edilmediği kanaatindeyiz.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

ERDAL TERCAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/15637)

Karar Tarihi: 12/4/2018

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Serruh KALELİ 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	: Erdal TERCAN
Vekilleri	: Av. Ali Aydın AKPINAR Av. Hüseyin AYGÜN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Anayasa Mahkemesi üyesi olan başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmaması, tutukluluğa itirazın bağımsız ve tarafsız hâkim güvencelerine aykırı olan ve kapalı bir sistem içinde faaliyet gösteren sulh ceza hâkimliklerince karara bağlanması, tutukluluğun makul süreyi aşması ve tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; yapılan bir açıklama nedeniyle masumiyet karinesinin, savcılıktaki ifade alma işlemi ve sulh ceza hâkimliğindeki sorgu sırasında savunma yapma imkânının kısıtlanması nedeniyle adil yargılanma hakkının; yetkisi olmayan soruşturma mercileri tarafından verilen kararlar uyarınca konutta ve işyerinde arama yapılması nedeniyle özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 7/9/2016 ve 9/10/2017 tarihlerinde yapılmıştır.

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

4. Komisyon 8/9/2016 tarihinde, başvurucu tarafından yapılan tedbir talebinin tedbire ilişkin düzenlemenin yer aldığı Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 73. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında olmadığına karar vermiştir.

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

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

7. Yapılan incelemede başvurucu tarafından yapılan 2017/35864 numaralı başvurunun konu bakımından aynı nitelikte olması nedeniyle 2016/15637 sayılı başvuru ile birleştirilmesine ve incelemenin bu dosya üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

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

9. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmamıştır.

10. Birinci Bölüm tarafından 5/4/2018 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun İçtüzük'ün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

11. 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

12. Türkiye 15/7/2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış, bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş ve olağanüstü hâl bugüne kadar birçok kez uzatılmıştır. Kamu makamları ve soruşturma mercileri -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, şş 12-25).

13. Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı olan ve aralarında yargı mensuplarının da bulunduğu çok sayıda kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır. Bu kapsamda teşebbüsün savuşturulduğu gün Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca -aralarında Yüksek Mahkeme üyelerinin de bulunduğu- üç bine yakın yargı mensubu hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılarının bulunduğu iddiasıyla başlatılan soruşturmada bu kişilerin büyük bölümü hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirlerine başvurulmuştur (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, şş 51, 350).

14. Bakanlık verilerine göre yüz altmıştan fazla Yüksek Mahkeme (Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay) üyesi hakkında tutuklama

tedbiri uygulanmış, bunlardan bir kısmı sonradan tahliye edilmiştir. Soruşturma ve/veya kovuşturma mercilerince kaçak oldukları değerlendirilen yaklaşık otuz Yüksek Mahkeme üyesi hakkında ise yakalama emri çıkarılmıştır.

15. Türk yargı organları yakın dönemde verdikleri birçok kararda FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğunu kabul etmişlerdir. Bu kapsamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26/9/2017 tarihinde (E.2017/16.MD-956, K.2017/370) ve -terör suçlarına ilişkin davaların temyiz mercii olan- Yargıtay 16. Ceza Dairesi 24/4/2017 ve 14/7/2017 tarihlerinde verdiği kararlarda (*Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, §§ 20, 21) FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğu sonucuna varmışlardır.

16. FETÖ/PDY'nin (Genel özelliklerine ilişkin olarak bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26) yargı kurumlarındaki örgütlenmesine ve faaliyetlerine ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma belgeleri ile tedbir/disiplin kararlarında yer alan, başta haklarında soruşturma yürütülen yargı mensuplarının beyanları olmak üzere maddi olgulara dayalı bulunan iddia ve tespitlerin (*Selçuk Özdemir*, § 22) bir kısmı 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; amaçları doğrultusunda yetiştirdiği gençleri devlet yönetimi bakımından önemli görülen Türk Silahlı Kuvvetleri, emniyet teşkilatı ve mülki idare birimlerinin yanı sıra yargı kurumlarına da yerleşmeye teşvik etmiş ve yargıdaki kadrolaşmaya büyük önem vermiştir.

ii. FETÖ/PDY; kendisine mensup olan hâkim ve savcılara 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.

iii. 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, aralarındaki iletişimde gizli haberleşme yöntemleri -"ByLock" ve "kod adı" gibi- kullandıkları belirtilmiştir.

iv. 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.

v. FETÖ/PDY ile irtibatı bulunan yargı mensupları, yapılanmaya olan sadakatlerinin derecesine göre kendi içlerinde gruplara ayrılmışlardır. Ayrıca yapılanmaya mensup hâkim ve savcılar, görev yerlerine göre örgütlenmişlerdir. Bu çerçevede her bir yargı kurumu/birimi içinde periyodik olarak toplantılar yapılmaktadır.

vi. 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.

vii.FETÖ/PDY içinde gerektiğinde -bu yapılanmanın kurucusu ve lideri olan- 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.

viii. Yapılanmayla irtibatı olan yüksek yargı mensuplarının kurum içinde yapılan seçimlerde yapılanmadaki üstlerinden gelen talimatlar doğrultusunda oy kullandıkları belirtilmektedir.

ix. Her seviyedeki yargı kurumu içinde örgütlenmiş olan FETÖ/PDY, örgütün imamlarından aldığı talimatlar uyarınca ve örgüt çıkarları

doğrultusunda hareket eden binlerce yargı mensubu eliyle yargı sistemi üzerinde bir vesayet oluşturmuştur.

B. Başvurucuya İlişkin Süreç

17. Başvurucu 1987 yılında başladığı lisans üstü çalışmalarında 1995 yılında (hukuk alanında) doktor unvanı almış ve 2006 yılında profesör olmuş; 2011 yılında (öğretim üyeleri arasından) Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir.

18. Darbe teşebbüsü sonrası Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma kapsamında (bkz. § 13) Cumhuriyet savcısının 16/7/2016 tarihli yazılı talimatıyla *“Türkiye genelinde hükümeti devirmeye ve anayasal düzeni cebren ilgaya teşebbüs etmek suçunun hâlen işlenmeye devam edildiği, bu suçu işleyen Fetullah[çı] Terör Örgütlenmesi üyelerinin yurt dışına kaçıp saklanma ihtimali bulunduğu”* gerekçesiyle başvurusunun gözaltına alınmasına, konutu, aracı ve işyerinde arama yapılmasına karar verilmiştir.

19. Ankara İl Emniyet Müdürlüğüne bağlı polislerce başvurusunun konutu, işyeri ve aracında 16/7/2016 tarihinde arama yapılmış ve suç delili olabileceği değerlendirilen (laptop, harici hard disk, disket, flash disk, CD ve bilgisayar kasası gibi) bazı dijital materyallere el konulmuş; başvuru aynı gün gözaltına alınmıştır.

20. Başvurucu 19/7/2016 tarihinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında ifade vermiştir. Başvurusunun ifade alma işlemi sırasında müdafii de hazır bulunmuştur. Başvurucu ifadesinde öncelikle hâlen Anayasa Mahkemesi üyesi olarak görev yaptığını, bu nedenle hakkında ceza soruşturması yapılabilmesi için Anayasa Mahkemesi Genel Kurulundan izin alınması gerektiğini ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca FETÖ/PDY'ye ait olduğu iddia edilen yerlerde kalmadığını, ailesinden de bu yerlerde kalan kimsenin bulunmadığını, Asya Finans grubuna bağlı yerlere para yatırmadığını, “himmet” adı altında kimseye para vermediğini beyan etmiştir. Darbe teşebbüsü sırasında evde bulunduğunu söyleyen başvuru, darbeye ilişkin olarak kendisine herhangi bir kimse tarafından görev verilmesinin ya da teklif edilmesinin söz konusu olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak başvuru, FETÖ/PDY ile bir ilgisinin bulunmadığını savunmuştur.

Başvurucu müdafii, atılı suçları işlediğine dair dosyada delil bulunmaması nedeniyle müvekkilinin serbest bırakılmasını talep etmiştir.

21. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 19/7/2016 tarihinde tutuklanması istemiyle başvurucuyu Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir. Başvurucu hakkındaki talep yazısında, başvurucunun *“15-16 Temmuz 2016 tarihlerinde cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya değiştirmeye teşebbüs ve FETÖ/PDY isimli silahlı terör örgütüne üye olmak suç[ların]dan mevcutlu olarak gönderildiği”* belirtilerek *“atılı suçların CMK [Ceza Muhakemesi Kanunu] 100/3-a-11 maddesinde tutuklama nedeni olarak gösterilmesi, FETÖ örgütünün bir kısım üyelerinin olaydan sonra kaçtıkları tespit edilmiş olup [başvurucunun da aralarında olduğu] mevcutlu şüphelilerin de kaçma şüphesinin bulunması, delillerin henüz tam olarak toplanmayışı, şüphelilerin delillere tesir edip delilleri değiştirme ihtimallerinin olması, AİHM’nin [Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi] birden çok vermiş olduğu kararlarında belirtildiği üzere şüphelilerin salıverilmeleri halinde adaletin işleyişine zarar verecek faaliyetlerde bulunma tehlikesinin veya başka suçlar işleme tehlikesinin bulunması nedenlerine göre”* tutuklanmasına karar verilmesi istenmiştir.

22. Başvurucunun sorgusu Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinde 20/7/2016 tarihinde yapılmıştır. Sorgu sırasında başvurucunun müdafii de hazır bulunmuştur. Sorgu işlemi, Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) aracılığıyla kayda alınmıştır. Başvurucu, sorgu sırasındaki ifadesinde suçlamaları reddetmiş ve darbe girişiminde bulunduğu söylenen FETÖ/PDY ile hiçbir bağlantısının ya da ilişkisinin olmadığını savunmuş; ayrıca Anayasa Mahkemesi üyesi olması nedeniyle hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması için Anayasa Mahkemesi Genel Kurulundan izin alınması gerektiğini, bu yönde bir iznin alınmasının söz konusu olmadığını, dolayısıyla yapılan işlemlerin görevsiz mercilerce yerine getirildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun müdafii de aynı yönde beyanda bulunmuş ve suçu işlediğine dair somut bir delil bulunmaması nedeniyle müvekkilinin serbest bırakılmasını talep etmiştir.

23. Başvurucunun da aralarında bulunduğu şüpheliler ve/veya müdafileri tarafından ileri sürülen, yüksek yargı mensubu olmaları

dolayısıyla haklarında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının ancak ilgili kanunlarda öngörülen usullere göre mümkün olması nedenleriyle sulh ceza hâkimliklerinin yetkisiz ve görevsiz olduğuna dair iddialar, Hâkimlik tarafından “şüphelilerin üzerine atılı suçun ağır cezalı suç niteliğinde olduğu ve suçüstü halinin devam ettiği ... atılı suçun ağır cezalı suçüstü hali kapsamında kaldığı anlaşıldığından her ne kadar yüksek yargı mensubu olsalar da ... [bu durumda] soruşturmaların genel hükümlere tabi olduğu” gerekçesiyle reddedilmiştir.

24. Sorgu sonucunda başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmasına karar verilmiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

“Şüpheliler ... Erdal Tercan’ın ... üzerlerine atılı bulunan silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediklerine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren dosya kapsamında somut delillerin bulunması, yakın ve somut bir tehdidin halen devam ediyor olması, ... şüphelilerin kaçma ve delilleri karartma ihtimallerinin bulun[ması], bu nedenlerle adli kontrol uygulaması yetersiz kalacağından CMK’nın 100. maddesi ile ilgili düzenlemeler ile AİHS’in 5. maddesindeki tutuklama şartları kapsamında, isnat olunan suç ile orantılı olarak tedbir kapsamında şüphelilerin CMK’nın 101. maddesi uyarınca AYRI AYRI TUTUKLANMALARINA ... [karar verildi.]”

25. Başvurucu 25/7/2016 tarihinde tutuklama kararına itiraz etmiş, Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliğince 9/8/2016 tarihinde “... şüphelilerin üzerlerine atılı bulunan suç işlediklerine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren ... dosyada mevcut bilgi, belge ve araştırma tutanakları, arama ve el koyma tutanakları ile tüm dosya kapsamındaki somut delillere göre soruşturmanın henüz tamamlanmadığı, şüphelilerin üzerlerine atılı suçun temadi eder nitelikte suçlardan olduğu, şüpheliler hakkında delillerin henüz toplanmadığı, şüphelilerin kaçma ve delilleri karartma ihtimallerinin mevcut olduğu, açıklanan nedenlerle adli kontrol uygulamasının da yetersiz kalacağı ...” gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

26. Başvurucu -2016/15637 sayılı başvuru yönünden- 7/9/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

27. Ankara 8. Sulh Ceza Hâkimliği 5/12/2016 tarihinde, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine başvurucunun da aralarında bulunduğu çok sayıda şüphelinin tutukluluk durumunu incelemiş ve “... şüphelilerin ... silahlı terör örgütü olan FETÖ/PDY üyesi olduklarına dair deliller bulunduğu, suçların niteliği, mevcut delil durumu, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut olguların bulunması, şüphelilerin kaçma şüphesi altında olduğunu gösteren somut olguların bulunması, şüphelilerin işlediği iddia olunan suçun henüz tamamlanmadığı ve tamamlanma yönünde Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini yıkmak için faaliyetlerin devam ettiği şüphesi bulunduğu, bu terör örgütlerinin Türkiye Cumhuriyeti tarihinde görülen en tehlikeli terör örgütü olup, diğer terör örgütlerini de yönlendirdiğinin değerlendirildiği, AİHM’in We m h o ff / A l m a n y a kararında da belirtildiği üzere ‘şüphelinin salıverilmesi halinde adaletin işleyişine zarar verecek faaliyette bulunma tehlikesinin varlığı tutuklama nedenidir’ kararı da dikkate alınarak, delilleri yok etme, gizleme, değiştirme ihtimalini gösteren olguların bulunması ve şüphelilere isnat edilen suçun niteliği, atılı suçun CMK’nın 100/3. maddesinde öngörülen suçlardan oluşu ve atılı suç ile tutuklama tedbirinin orantılı bir tedbir niteliği taşıması ...” gerekçesiyle tutukluluğun devamına karar vermiştir.

28. Ankara 3. Sulh Ceza Hâkimliği, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talebi üzerine 29/3/2017 tarihinde yaptığı inceleme sonucunda başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına karar verirken “...üzerine atılı suçun niteliği, mevcut delil durumu, henüz tahkikatın sonuçlanmamış olması, tutuklama sebeplerinin devam etmesi, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların CMK’nın 100. maddesi ve ilgili düzenlemeler ile AİHS 5. maddesi kapsamında tutuklama nedenlerinin bulunması, verilen tutuklama kararının ölçülü oluşu ve adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı” gerekçesine dayanmıştır.

29. Başvurucu 17/7/2017 tarihinde Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğine başvurarak tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı da 19/7/2017 tarihinde aynı Hâkimlikten başvurucunun tutukluluk durumunun gözden geçirilmesi ve tutukluluğun devamına karar verilmesi isteminde bulunmuştur. Hâkimlik, başvurucunun ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının taleplerini 20/7/2017 tarihinde birlikte

değerlendirmiştir. Dosya üzerinden yapılan bu değerlendirme sonucunda *“tutuklama tarihinden sonra şüpheli lehine gelişen bir durum olmadığı, şüphelinin üzerine atılı suçun niteliği, mevcut delil durumu, tahkikatın sonuçlanmamış olması, delillerin karartılması ihtimalinin mevcudiyeti, tutuklama sebeplerinin devam etmesi ve kuvvetli suç şüphesi dikkate alınarak”* başvurucunun tahliye talebinin reddine ve *“CMK 100. maddesi ve ilgili düzenlemeler ile AİHS 5. madde kapsamında tutuklama nedenlerinin bulunması, verilen tutuklama kararının ölçülü oluşu ve adli kontrol hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı”* gerekçesiyle tutukluluk hâlinin devamına karar verilmiştir.

30. Başvurucu 31/7/2017 tarihinde tutukluluğun devamı kararına itiraz etmiş, Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğince 12/9/2017 tarihinde itirazın kesin olarak reddine karar verilmiştir.

31. Başvurucu, anılan kararı 20/9/2017 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

32. Başvurucu -2017/35864 sayılı başvuru yönünden- 9/10/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

33. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı 25/10/2017 tarihinde, başvurucunun silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğinden bahisle hakkında kamu davasının açılması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben fezleke düzenlemiştir. Anılan fezlekede 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsünün arkasında FETÖ/PDY'nin olduğu belirtilmiş; bu yapılanmaya mensup oldukları, yapılanmanın emir ve talimatları doğrultusunda hareket ettikleri değerlendirilen yargı mensupları hakkında adli soruşturma yapıldığına değinilmiştir. Savcılık, darbe tehlikesinin tam olarak bertaraf edilemediğine dikkat çekerek ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hâlinin mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Fezlekede, bu durum dikkate alınarak başvuru hakkında genel hükümlere istinaden Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca 16/7/2016 tarihinde soruşturma başlatıldığı ifade edilmiştir.

34. FETÖ/PDY'nin kuruluşu ve yapısı ile yargı organlarındaki örgütlenmesine ilişkin etraflıca açıklamaların yer aldığı fezlekede, başvurucunun FETÖ/PDY'nin yargıdaki yapılanmasında bilerek ve isteyerek yer aldığına ilişkin birtakım olgulara dayanılmıştır. Bunlar özetle şöyledir:

1. Gizli Tanık Beyanları

i. Kahramanmaraş ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılıklarınca kimliği gizlenerek dinlenen tanık (Defne) 6/10/2016 tarihli ifadesinde “Anayasa Mahkemesinde görev yaptığım dönemde doğrudan gözlemlerim, ilişkilerim, raportörlerden cemaat üyesi tanıdıklarımın söylem ve tutumlarına dayanarak söyleyebilirim ki, Anayasa Mahkemesi eski üye[si] ... Erdal Tercan ... cemaat üyesidir. Diğer yargı kurumlarında olduğu gibi Anayasa Mahkemesi’nde de cemaat içerisinde hücre yapılanması vardı ...” şeklinde anlatımda bulunmuştur.

ii. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca kimliği gizlenerek dinlenen tanık (Kitapçı) 27/12/2016 tarihli ifadesinde “... 2007 yılı sonunda, ... bir arkadaşımın tanıdıklarının aracılığıyla ... F.Ü. beni telefonla arayarak toplanıp çay sohbeti yaptıklarını söyledi ve daha sonra Çukurambar’da bir eve davet etti ... Gelen kişiler her defasında değişiyordu ve toplantılara katılım her hangi bir periyoda bağlı değildi. Bu toplantılarda para toplandığını görmedim. Genelde cami imamı olarak bildiğim birisi gelip Kur’an okumayı öğretiyordu. M.A.A. isimli olduğunu bildiğim bir kişi Risale-i Nur kitaplarından sohbet ediyor ve Kur’anı Kerim tefsiri yapıyordu. Fetullah Gülen’in kitapları okunmazdı. Bu sohbetlerde Anayasa Mahkemesi eski üyesi olan Erdal Tercan’ı da birkaç kez gördüm. Erdal Tercan hukuk fakültesinde profesör olduğu için ... kendisiyle tanıştım ... Bir ara F.Ü. Erdal Tercan’ın Anayasa Mahkemesine üye olduğunu söyledi ... 2012 yılı başlarında Erdal Tercan’a hayırlı olsun ziyaretine geldim. Ziyaret esnasında ... benim de raportör olabileceğimi şeklinde aramızda bir görüşme geçti ve bana referans olabileceğini söyledi. Erdal Tercan beni Başkanvekili A.A.ya götürdü ... raportörlüğe girmek istediğimi anlattı. A.A. bana olumlu davrandı ... [sonrasında] Erdal Tercan’a gittim. Kendisi, bana referans olamayacağını, zaten olsa bile ... [Anayasa Mahkemesi Başkanı’nın] buna itibar etmeyeceğini, itibar etse bile bu sefer de adımın cemaatçiye çıkabileceğini ve benim zarar görebileceğimi söyledi. Kendisi başka bir referans bulmamı tavsiye etti ... Mahkemeye başladığımda, aralarındaki ilişkiden Erdal Tercan’ın ... cemaatten olduğuna dair kanaatim oluştu. Sosyal ilişkilerden ben böyle bir sonuç çıkarttım ... Raportörler üyelerle gerek iş gerekse dosyalar

münasebetiyle sıklıkla görüşürler. Ben normal olarak Erdal Tercan'a da gidip geliyordum. Bir gün bana kendisine gidip gelmememi, zarar görebileceğimi söyledi..." şeklinde açıklamalarda bulunmuştur.

2. Şüpheli Beyanları

i. Birkaç yıl süreyle Anayasa Mahkemesi raportörü olarak görev yapan ve asıl mesleği Cumhuriyet savcılığı olan R.Ü. darbe teşebbüsünden hemen sonra 16/7/2017 tarihinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) tarafından görevden uzaklaştırılmış; aynı tarihte Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca R.Ü. hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlamalar dolayısıyla ceza soruşturması başlatılmıştır. HSYK Genel Kurulu 24/8/2016 tarihinde FETÖ/PDY ile iltisak ve irtibatının olduğunun sabit görüldüğü değerlendirilmesiyle R.Ü.nün meslekten çıkarılmasına karar vermiştir.

ii. R.Ü. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında dört kez şüpheli sıfatıyla ifade vermiştir. İfadelerin bir kısmı şu şekildedir:

- (9/9/2016 tarihli ifade) *"...Anayasa Mahkemesi eski üye[si] ... Erdal Tercan[ın] ... cemaat mensubu oldu[ğu] konusunda önceden bir bilgim yoktu ... Ancak bu ... üyenin cemaat mensuplarının taraf olduğu bireysel başvuru dosyalarında hep muhalif oldu[ğunu] görünce cemaat mensubu olabilece[ği] kanaatim kesinleşti. Ondan önce de cemaat mensupları arasındaki konuşmalardan bazı üyelerin cemaat mensubu olduğu kanaatini edinmiştim. Ancak kimler olduğunu bilmiyordum. Zamanla bu kararlardaki tavırları sebebiyle bu ... üyenin cemaat mensubu olabilece[ği] kanaatim kesinleşti ...",*

- (21/10/2016 tarihli ifade) *"... Bildiğim kadarıyla son dönemde örgüt mensubu Anayasa Mahkemesi üyeleri nasıl hareket edecekleri konusunda S.E. ile konuşuyorlardı. O da Anayasa Mahkemesi veya yüksek yargı imamı olan sivil kişi ile irtibata geçiyordu. Bunu bana bir defasında kendisi [S.E.] söylemişti ...",*

- (19/7/2017 tarihli ifade) *"Anayasa Mahkemesinde Fetullah Gülen yapılanması içerisinde Anayasa Mahkemesi sorumlusu olan S.E. tüm hususlarda talimat vermekteydi. Bunun verdiği talimatları da aynen*

yerine getiriyorduk. Bazı arkadaşlar özel hayatları ile ilgili S.E.ye bilgi vermedikleri zaman sitem ediyordu. Hatta birinde bana 'ya kocaman üyeler bilgi veriyor ve ona göre hareket ediyorlar, bu bizim arkadaşlar niye bana bilgi vermiyorlar' diye sitem ediyordu. Ben üyeler diye Erdal Tercan ve ... olduğunu anlamıştım. Ben önceleri hangi üyenin Fetullah Gülen yapılanması içerisinde olduğunu anlamamıştım ... Daha sonra da Fetullah Gülen yapılanması içerisinde verilen talimatlar doğrultusunda muhalefet şerhleri yazmaya başlamaları sonucu bu ... şahsın da Fetullah Gülen yapılanması içerisinde olduklarını anlamıştım. S.E.nin 'üyeler' diye kastettiği kişilerin de ... Erdal Tercan ve ... olduğunu bu şekilde anlıyordum ... Anayasa Mahkemesinde olan her türlü olayları S.E.nin bu kişiye [Ö.İ.] aktardığını biliyorum. Anayasa Mahkemesinde verilecek kararlar, yapılacak işler konusunda da bu kişinin[Ö.İ.] S.E.ye talimat verdiğini biliyorum ... “;

- (5/9/2017 tarihli ifade) “... Anayasa Mahkemesinde Fetullah Gülen yapılanması içerisinde bulunan kişilere verilen [kod] isimler kendi isimlerine yakın ve çağrıştıran isimlerdi. Benim ismimin Ramazan olarak belirlenmesinin de bu çerçevede geliştiğini biliyorum. Bu isimleri S.E.nin belirlediğini biliyorum. Bu isimdeki kişilerin kimler olduğu daha önceden bize bildirilmemişti. Ancak yapmış olduğumuz ByLock görüşmelerinde takma isim verilen kişinin kim olduğunu çağrışımlar ve içerik nedeni ile anlayabiliyordum ... 'Ertan' kod ismi ile belirtilen kişinin çağrışımlar ve konuşma içeriğinden Erdal Tercan olduğunu anlayabiliyordum. Normal günlük konuşmalarda da Fetullah Gülen yapılanması içerisinde bulunan kişilere kod isimleri ile hitap edilmezdi. Ancak ByLock konuşmalarında kod isimleri mutlaka kullanılıyordu ... Ben 2015 ve 2016 yıllarında Fetullah Gülen yapılanması içerisinde yapılan toplantılarda bu kişi [Erdal Tercan] hakkında arkadaşlarımla konuşmalarından ve kendi aramızdaki yapmış olduğumuz görüşmelerde ona hitap şekillerinden bu kişinin Fetullah Gülen yapılanması içerisinde olduğunu anlamıştım. Yazmış olduğu muhalefetler sonucunda da bu kişinin Fetullah Gülen yapılanması içerisinde olduğunu kesin olarak anlamıştım ...Fetullah Gülen yapılanması içerisinde bulunan üyeler ve raportörler alınan talimatlar doğrultusunda Mustafa Başer ve Metin Özçelik ile ilgili başvurunun muhalefetini çoğunluk görüşünü domine edecek daha doğrusu ezecek

şekilde yazılmasını sağlayarak AİHM’de yapılan inceleme sırasında bu muhalefetin ön plana çıkmasını sağlamak ve çoğunluk kararının AİHM önünde güçsüz hale getirilmesini sağlamaktır. Bu genel bir stratejiydi ... Mustafa Başer ve Metin Özçelik başvurusunda da yapı içerisinde bulunan Erdal Tercan’ın muhalefet oyu kullanıp güçlü gerekçe yazdığını ve Fetullah Gülen yapılanması içerisinde bulunan raportörlerin de gerekçeye yardım ettiğini biliyorum ...”

3. ByLock Yazışmaları

i.Soruşturma mercilerince FETÖ/PDY’nin yargı yapılanması içinde yer aldıkları belirtilen kişiler arasında “ByLock” programı üzerinden yapılan bazı görüşmelerde başvuruyla ilgili de bir kısım yazışmanın olduğu tespit edilmiştir. Bu kapsamda hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma yürütülen ve yurt dışında olduğu için -tutuklamaya yönelik- yakalama emri çıkarılan “Tarık” kod adlı Ö.İ.nin asıl mesleğinin öğretmenlik olduğu ve bir dönem dersane öğretmenliği yaptığı, bu kişinin “yargı mensuplarından sorumlu sivil imam” olduğu ve yargı içindeki birçok FETÖ/PDY mensubuna yargısal faaliyetlere ilişkin talimatlar verdiği ileri sürülmüş; buna ilişkin görüşme kayıtlarına yer verilmiştir. Örneğin Ö.İ.nin Danıştaya gelen bir dosyayla ilgili olarak yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi için Danıştay üyelerinden birine “ByLock” programı üzerinden yaptığı görüşmede talimat verdiği belirtilmiştir.

ii. Ö.İ.nin Anayasa Mahkemesinde raportör olarak görev yapan kişilerden S.E. ve B.Y.ye de çeşitli tarihlerde “ByLock” programı üzerinden talimatlar verdiği tespit edilmiştir.

iii. Uzun yıllar Anayasa Mahkemesinde raportör olarak görev yapan ve soruşturma mercilerince FETÖ/PDY’nin Anayasa Mahkemesi sorumlusu olduğu belirtilen S.E.nin darbe teşebbüsünden hemen sonra 22/7/2017 tarihinde asıl görev yeri olan Sayıştay Başkanlığınca görevden uzaklaştırıldığı ve 1/9/2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 15/8/2016 tarihli ve 672 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu Personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararname (KHK) uyarınca FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

kamu görevinden çıkarıldığı anlaşılmıştır. Öte yandan S.E. ye ilişkin olarak FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlamalar dolayısıyla ceza soruşturması başlatılmış, soruşturma mercilerince kaçak olduğu tespit edilen bu kişi hakkında yakalama emri çıkarılmıştır.

iv. Anayasa Mahkemesinde raportör olarak görev yapan ve asıl mesleği hâkimlik olan B.Y. darbe teşebbüsünden hemen sonra 16/7/2017 tarihinde HSYK tarafından görevden uzaklaştırılmış ve HSYK Genel Kurulunun 24/8/2016 tarihli kararıyla -FETÖ/PDY ile iltisak ve irtibatının olduğu değerlendirmesiyle- meslekten çıkarılmıştır. Öte yandan B.Y. ye ilişkin olarak FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlamalar dolayısıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca ceza soruşturması başlatılmış; 18/7/2016 tarihinde gözaltına alınan bu kişi 22/7/2016 tarihinde silahlı terör örgütü (FETÖ/PDY) üyesi olma suçundan tutuklanmıştır.

v. Soruşturma mercilerince Ö.İ. ile S.E. ve B.Y. arasında, S.E. ile B.Y. ve R.Ü. arasında -bir kısmı Anayasa Mahkemesindeki yargısal faaliyetlere ilişkin olarak- birçok görüşme yapıldığı, bu görüşmelerin bir kısmında başvurucuyla ilgili hususların olduğu, görüşmelerde ilgili kişilerin gerçek isimleri yerine kod adlarının kullanıldığı belirtilmiştir. Buna göre başvurucu “Ertan” kod adıyla ifade edilmiştir. Yine görüşmenin tarafları olan S.E. nin “Salim”; B.Y. nin “Bülent”; R.Ü. nün ise “Ramazan” kod adlarını kullandıkları bilgisine yer verilmiştir.

vi. Söz konusu görüşmelerin başvurucuyla ilgili bölümleri şöyledir:

- Ö.İ. ile S.E. arasındaki görüşmeler;

[Ö.İ.] *aym nin sitesinden karaca kararını bulamadım*

[Ö.İ.] *basın açıklamasını görüyoruz ama kararın tamamını bulamıyorum*

[Ö.İ.] *hidayet abi kararı bugün yayınlandı. karardaki selahattin abilerin karşı oyu marifetinde diye yazdı bülent bey*

[S.E.] *bilg. vermistim:)*

- Ö.İ. ile B.Y. arasındaki görüşmeler;

[Ö.İ.] “3)selahattin abi haci abiye de soylese ... [Mahkeme üyelerinden birinin ismi] destek vermiyoruz. ya biz ya da ... veya ... [Mahkeme üyelerinden ikisinin ismi] one cikarmaliyiz diye dusunuyoruz.”

- S.E. ile B.Y. arasındaki görüşmeler;

“[S.E.] bişey

[S.E.] sen bi süre telefonu kurumda kullansan iyi olacak irtibat kurulamıyor

[S.E.] yarınki heytte ertan bey var [Mahkeme üyelerinden birinin ismi] var

[S.E.] ertaan bey bişey sorcam dedi, bi arkadaş gitse iyi olur. ramazan veya halil

[B.Y.] ramazan kim halil kim

[B.Y.] tamam

[S.E.] görüşüldümü dosya

[S.E.] kaç kaç”

- S.E. ile R.Ü. arasındaki görüşmeler;

“[S.E.] ertan bey bişey sorcam diyor acile uğrasanız biriniz

[S.E.] yarınki dosya ise destek olmak lazım. 8tutuklu hakimler;9

[S.E.] harun beye yazdım acık değil”

35. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen fezlekede, başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin yapılan değerlendirmelerin ilgili bölümleri şöyledir:

“ ...

FETÖ/PDY ... mensuplarını mevkisi ne olursa olsun mutlak itaat ve teslimiyeti sağlayarakörgüt liderinin talimatlarını gerçekleştirmeyi

hedeflemiştir. Örgüt mensubu yüksek yargı mensupları da örgüt hiyerarşi ve disiplini içinde bu talimatları alarak örgütün hiyerarşik gücünün verdiği emir ile talimatları sorgulamadan yerine getirdikleri görülmektedir.

... Sözde Sivil İmam Ö.İ. Yargıtay ve Danıştay'da bulunan örgüt mensupları gibi Anayasa Mahkemesinde verilen kararlarda da Anayasa Mahkemesinde görev yapan örgüt mensuplarına talimatlar verdiği görülmektedir. Ö.İ.'nin Anayasa Mahkemesinde örgüt sorumlusu S.E.ye talimatlar verdiği, Yüksek Mahkemede örgütün yapılanmasını bizzat yönettiği görülmektedir. Bu talimatlar doğrultusunda Hidayet Karaca'nın başvurusunda örgütten aldıkları talimat sonucu örgüt mensu[bu] ... Erdal Tercan[ın] karar verdi[ği] anlaşılmaktadır.

...

Söz konusu kararda [Hidayet Karaca başvurusu] FETÖ/PDY isimli silahlı terör örgütü mensubu olduğu anlaşılan ... Erdal Tercan[ın] ... muhalefet şerhi yazdı[ğı] görülmektedir.

FETÖ/PDY isimli silahlı terör örgütünün Anayasa Mahkemesi yapılanmasında etkin olan ve örgüt adına talimat veren sivil imamların talimatlarını Anayasa Mahkemesinde görev yapan üye ve raportörlere ileten ... S.E.'nin ... örgüt mensubu olan raportör[ler] ... B.Y. ... ve ... R.Ü. ... arasındaki ByLock yazışmalarında da örgütün 20/01/2016 tarihinde karara bağlayacağı belirtilen tutuklu hakimler ile ilgili başvuruya ilişkin olarak 'Ertan' kodlu üye Erdal Tercan'ın belirli hususları sorduğunu ve yanına uğranılması gerektiğini belirttiği görülmektedir.

...

ByLock görüşmelerinde belirtilen ... kararda örgüt mensubu Erdal Tercan'ın örgütün talimatları doğrultusunda karşı oy kullanarak muhalefet şerhi yazdığı görülmektedir.

...

Sivil imam Ö.İ.'nin 12/01/2015 tarihinde örgüt mensubu olan Anayasa Mahkemesi Raportörü B.Y.ye ... verdiği talimat ile belirtilen dönemde

yapılan Anayasa Mahkemesi Başkanvekilliği seçimlerinde ... Erdal Tercan'ın aday olan ... [Anayasa Mahkemesi üyelerinden birine] destek verilmemesi hususunda örgütün talimatının iletilmesini istediği görülmektedir.

...

FETÖ/PDY isimli örgütün Anayasa Mahkemesi yapılanmasında yer alan mahkeme üye[si] ... Erdal Tercan[a] örgütün talimatlarını yüksek yargı sivil imamlarının direk olarak iletmedikleri,irtibatın Anayasa Mahkemesi Raportörü ... S.E. aracılığıyla kurulduğu [görülmektedir.]

...”

36. Soruşturma dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi üzerine başvurunun tutukluluk durumu 11/12/2017 tarihinde Yargıtay 10. Ceza Dairesince incelenmiştir. Daire, dosya üzerinden yaptığı bu inceleme sonucunda “*şüphelinin üzerine atılı suçun niteliği, atılı suç ile ilgili Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen cezanın alt ve üst sınırı, mevcut delil durumu, tutuklama tarihinden itibaren şüpheli lehine gelişen bir durumun olmaması, delillerin karartılması ihtimalinin bulunması, soruşturmanın halen sonuçlanmamış olması, tutuklama nedenlerinin varlığının halen devam ediyor olması ile kuvvetli suç şüphesinin varlığı dikkate alınarak, verilen tutuklama kararının ölçülü ve orantılı olması nedeniyle adli kontrol hükümleri uygulanmasının yetersiz kalacağı*” gerekçesiyle tutukluluğun devamına karar vermiştir.

37. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 16/1/2018 tarihli iddianamesiyle başvurunun silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle Yargıtay 9. Ceza Dairesinde (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) kamu davası açılmıştır. FETÖ/PDY’ye ve bu örgütün yargıdaki yapılanmasına ilişkin genel bilgilerin yer aldığı iddianamede başvurunun üzerine atılı suçu işlediğine dair temel olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 25/10/2017 tarihli fezlekesindeki olgulara dayanılmıştır.

38. İddianamede ayrıca başvurunun FETÖ/PDY’nin “sivil imamları” oldukları iddiasıyla haklarında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca

soruşturma yürütülen kişilerden Y.D. ile 27/1/2015 ve 5/6/2015, İ.T. ve H.C. ile 10/2/2015, İ.Ç. ile 11/12/2015 ve 17/12/2015; A.T. ile 31/3/2015 tarihlerinde ortak baz hareketliliğinin bulunduğu (kullandıkları cep telefonlarının aynı baz istasyonundan sinyal aldığı), yine bu “sivil imamlar”ın FETÖ/PDY ile bağlantılarının olması nedeniyle meslekten çıkarılan çok sayıda Yüksek Mahkeme üyesiyle de farklı tarihlerde bir araya geldiğinin tespit edildiği ifade edilmiştir.

39. İddianamede başvuru hakkındaki soruşturmanın yürütülmesine ilişkin olarak “... isnat olunan ... suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve temadi eden suçlardan olduğu, temadinin fiili ve hukuki kesintiye uğradığı tarihe kadar suçun işlenmeye devam ettiği, yerleşik yargı kararları ile de kabul edilmiştir. Bu itibarla; kesinti yani yakalanma tarihi, suç tarihi olarak, bir başka ifadeyle suçüstü hali olarak kabul edileceğinden şüpheli hakkındaki soruşturma genel hükümlere göre sürdürülmüştür.” değerlendirmesine yer verilmiştir.

40. Başvurucuya isnat edilen suça dayanak olan olgulara ilişkin hukuki değerlendirmeler iddianamede şöyle ifade edilmiştir:

“...

Şüpheli Erdal Tercan’ın, tanık beyanları, Bylock ve HTS kayıtları ile tüm dosya kapsamından; örgüt içinde yer aldığı, üniversitede öğretim görevlisi olarak çalıştığı dönemde örgütün toplantılarına iştirak ettiği, 07.01.2011 tarihinde Anayasa Mahkemesi Üyesi seçildikten sonra da örgütle olan bağını devam ettirdiği, Yüksek Mahkeme üyesi olmasına karşın aynı mahkemede raportörlük yapan örgüt sorumlusuna bağlı olarak çalıştığı, yüksek mahkemedeki dosya takibi, verilecek kararlar ve seçimlerde nasıl hareket edileceği konusunda sivil imamlardan alınan talimatların bu sorumlu aracılığı ile şüpheliye iletildiği, örgütün iletişimde kullandığı yargı kararları ile kesinlik kazanan kriptolu haberleşme programı Bylock’u bizzat kullandığına ilişkin iddianame düzenleme tarihi itibarıyla bir tespit yapılamadığı, ancak; FETÖ/PDY şüphelilerine ait ByLock görüşme içeriklerinde; Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının ... sayılı soruşturma dosyasında örgütün sivil imamı olmaktan soruşturma yürütülen ve bu kapsamda Yargıtay Başsavcılığına

gönderilen sivil imamlar listesinde yer almakta olan kişilerin örgütsel talimatlarına uygun olarak faaliyet (seçim, dava takibi, vs) yürüttüğü, faaliyetlerin yürütülmesinde kolaylık sağlaması bakımından ... A.A.ya örgüt tarafından telefon cihazı ile GSM hattı tahsis edildiği, A.A. vasıtası ile bu hat üzerinden şüpheli Erdal Tercan'a talimatların iletildiği, ayrıca şüphelinin özel hayatı ile ilgili olarak örgüt sorumlusunu bilgilendirdiği, şüpheliye verilen kod ismin örgüt sorumlusu tarafından belirlendiği, sivil imamların talimatlarına ilişkin ByLock yazışmalarında şüphelinin, örgüt sorumlusunun belirlediği 'ertan' kod ismiyle anıldığı, örgütsel yazışmalarda kendisinden 'hacı abi' şeklinde de söz edildiği, şüphelinin kendisine ulaştırılan örgüt talimatlarına uyararak diğer örgüt üyesi A.A. ile ortak bir tavır sergileyip birlikte hareket ettiği, örgüt tarafından takip edilen dosyalarla ilgili sivil imam ve örgüt sorumlusu ile sürekli bağlantı halinde olduğu, örgütün sivil ve yargı kanadında yer almaktan hakkında soruşturma ve yargılama devam eden mensupları ile irtibatlı olup birlikte hareket ettiği ... örgütün mahrem yapısı içerisinde yer alan şüphelinin gizliliğe riayet ederek örgütün amaçları doğrultusunda süreklilik ve çeşitlilik arz eden faaliyetlerde bulunmak suretiyle örgüt ile organik bağ içerisine girdiği anlaşılmıştır.

Bu şekilde şüphelinin hiyerarşik yapıya dahil olduğu, sıkı bir disiplinle, örgütün stratejisi, yapılanması, faaliyetleri ve amacına uygun hareket ettiği, FETÖ/PDY isimli silahlı terör örgütünün üyesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.”

41. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 31/1/2018 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş ve E.2018/24 sayılı dosya üzerinden kovuşturma başlamıştır.

42. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 8/2/2018 tarihinde yaptığı tensip (duruşmaya hazırlık) incelemesi sırasında başvurucunun tutukluluk durumunu da -duruşma yapmaksızın- değerlendirmiş ve “... tanık beyanları, dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna göre; sanığın atılı suç u işlediği yönünde kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin bulunduğu, örgütün yöneticilik ve üyeliği suçunun faili pek çok kimsenin halen kaçak olduğu, işlenen suçlara dair delillerin toplanmaya devam edilmekte olduğu hususları dikkate alındığında sanığın kaçma, saklanma ve delilleri karartma şüphesi bulunduğu, müsnet suçun CMK'nın 100/3.

maddesinde sayılan katalog suçlardan olduğu, suçun vasfı ve mahiyeti ile kanunda gösterilen ceza miktarları dikkate alındığında verilen tutuklama tedbirinin ölçülü ve orantılı olduğu, bu aşamada hükmedilecek adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağı, tutuklanmasından sonra sanığın hukuki durumunda herhangi bir değişiklik de bulunmadığı” gerekçesiyle tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir. Ayrıca başvuru hakkındaki davanın ilk duruşmasının “dosya sayısı ve iş yoğunluğu da dikkate alınarak” 15/5/2018 tarihinde yapılması kararlaştırılmıştır.

43. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla -ilk derece mahkemesi sıfatıyla- Yargıtay 9. Ceza Dairesi önünde derdesttir ve başvuru tutukluluk durumu devam etmektedir.

44. Öte yandan Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 4/8/2016 tarihinde -somut olayın özellikleri, FETÖ/PDY ile ilgisi olduğuna dair sosyal çevre bilgisi ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin zaman içinde oluşan ortak kanaatleri birlikte dikkate alındığında-söz konusu yapı ile meslekte kalmasıyla bağdaşmayacak nitelikte bağının olduğunu değerlendirdiği başvuru tutukluluk durumunun uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmasına oybirliğiyle karar vermiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

45. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Tanımlar” kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

“Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

...

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

g) *İfade alma: Şüphelinin kolluk görevlileri veya Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini,*

h) *Sorgu: Şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesini,*

...

j) *Suçüstü:*

1. *İşlenmekte olan suç,*

2. *Henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra kolluk, suçtan zarar gören veya başkaları tarafından takip edilerek yakalanan kişinin işlediği suç,*

3. *Fiilin pek az önce işlendiğini gösteren eşya veya delille yakalanan kimsenin işlediği suç,*

...

İfade eder.”

46. 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 oluştuyorsa.

(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),

...”

47. 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 adli 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.”

48. 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.”*

49. 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 müdafii görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli 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 müdafii görüşü alınmaz. Bu kararlara itiraz edilebilir.”

50. 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 fıkra da 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 fıkra da öngörülen süre içinde de re’sen karar verir.”

51. 5271 sayılı Kanun’un “Adli 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 adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

...

(3) Adli 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 adli emanete teslim etmek.

...

j) Konutunu terk etmemek.

k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek.”

52. 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.”

53. 5271 sayılı Kanun’un “Arama kararı” kenar başlıklı 119. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının, Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığına derhal bildirilir.”

54. 5271 sayılı Kanun’un “Tazminat istemi” kenar başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

“Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

...

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

...

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

55. 5271 sayılı Kanun’un “Tazminat isteminin koşulları” kenar başlıklı 142. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine tebliğinden itibaren üç ay ve her hâlde karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulabilir.”

56. 5271 sayılı Kanun’un “Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri” kenar başlıklı 161. maddesinin (8) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.”

57. 5271 sayılı Kanun’un “İtiraz olunabilecek kararlar” kenar başlıklı 267. maddesi şöyledir:

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

58. 5271 sayılı Kanun'un “İtiraz usulü ve inceleme mercileri” kenar başlıklı 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

“İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md.) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.

b) (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md.) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.

...”

59. 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 müdafî veya vekil dinlenir.”

60. 6/9/2004 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, silâhlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrafta tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

61. 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 Devletin 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."

62. 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."

63. 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."

64. 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."

65. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Başkan ve üyeler hakkında

inceleme ve soruşturma” kenar başlıklı 16. maddesinin (1), (3) ve (4) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Başkan ve üyelerin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları, kişisel suçları ve disiplin eylemleri için soruşturma açılması Genel Kurulun kararına bağlıdır. Ancak, ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde, soruşturma genel hükümlere göre yürütülür.

...

(3) Başkan gereken hâllerde, işi Genel Kurula götürmeden önce üyelerden birine ön inceleme yaptırabilir. Soruşturma açılmasına yer olup olmadığının belirlenmesi için gerekli incelemeyi yapmak üzere görevlendirilen üye, incelemesini tamamladıktan sonra, durumu bir raporla Başkana bildirir.

(4) Konu, Başkan tarafından gündeme alınarak Genel Kurulda görüşülür. Hakkında işlem yapılan üye görüşmeye katılamaz. Genel Kurulca, soruşturma açılmasına yer olmadığına karar verildiği takdirde, karar ilgili üye ile ihbar ve şikâyetle bulunanlara tebliğ edilir.”

66. 6216 sayılı Kanun’un “Adli soruşturma ve kovuşturma” kenar başlıklı 17. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli istisna olmak üzere, görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları nedeniyle Başkan ve üyeler hakkında koruma tedbirlerine ancak bu madde hükümlerine göre karar verilebilir.

(2) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâllerinde soruşturma genel hükümlere göre yürütülür. İddianame hazırlanması hâlinde kovuşturma Yargıtay Ceza Genel Kurulunca [2/1/2017 tarihli ve 680 sayılı KHK’nın 15. maddesiyle ‘Yargıtay ilgili ceza dairesince’ şeklinde değiştirilmiştir.] yapılır.

(3) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli dışındaki görevden doğan veya görev sırasında işlendiği

iddia edilen suçlar ile kişisel suçlarda Soruşturma Kurulu, soruşturma sırasında 5271 sayılı Kanunda ve diğer kanunlarda yer alan koruma tedbirlerinin alınması talebinde bulunursa, Genel Kurulca bu konuda karar verilir.”

67. 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun’un “Sulh ceza hâkimliği” kenar başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur.”

68. 5235 sayılı Kanun’un “Ağır ceza mahkemesinin görevi” kenar başlıklı 12. maddesinin birinci cümlesi şöyledir:

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.”

69. 23/7/2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin 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.

...”

70. 27/7/2016 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 25/7/2016 tarihli ve 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında 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.

...”

71. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10/10/2017 tarihli ve E.2017/YYB-997, K.2017/404 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

“ ...

Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken konu, İstanbul 23. Ağır Ceza Mahkemesi ile Yargıtay 16. Ceza Dairesi arasında oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesine ilişkindir.

...

Uyuşmazlığın isabetli bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi için, öncelikle konuyla ilgili kavramlar ve bu kavramlara ilişkin yasal düzenlemelerin üzerinde durulması gerekmektedir.

5271 sayılı CMK’nun 2. maddesinde tanımlanan ‘soruşturma’ ve ‘kovuşturma’nın yürütülmesine ilişkin usul ve esasları içeren genel hükümler aynı Kanunda düzenlenmiş, suçun niteliği ile failin sıfatından kaynaklanan özel soruşturma usulleri ile kovuşturma makamlarının belirlenmesine ilişkin hükümler ise Anayasa ve ilgili kanunlarda ayrıca hüküm altına alınmıştır. Buna göre ana kural, soruşturma işlemlerinin yürütülmesi ve kovuşturma makamlarının belirlenmesi açısından genel hükümlerin uygulanması olup, bu husustaki özel hükümler ise; failin sıfatı ve/veya suçun niteliğine bağlı olarak, belirli ilkeler doğrultusunda ve mevzuatta açıkça belirtilen istisnai hallerde uygulanmaktadır.

...

Hâkimler ve Savcılar Kanununda, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının işledikleri suçlara ilişkin; 82 ila 92. maddeleri arasında ‘görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar’, 93. maddesinde ‘kişisel suçlar’ ve 94. maddesinde ‘ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri’ olmak üzere üç farklı hâl öngörülmüştür.

...

Suçun ‘ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli’ kapsamında işlenmesi durumunda uygulanacak soruşturma usulü ise aynı Kanunun 94. maddesinde hüküm altına alınmış olup, bu maddeye göre ‘Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülür ...’

...

Hâkimler ve Savcılar Kanununun 94. maddesinin uygulanma koşulları açısından ayrıca, ağır ceza mahkemesinin görevi ve suçüstü kavramının da değeriendirilmesi gerekmektedir.

...

... Yargıtayın istikrar bulan ve süregelen kararlarında açıklandığı üzere; mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda, daha önce örgütün kendisini feshetmesi, kişinin örgütten ayrılması gibi bazı özel durumlar hariç olmak üzere kural olarak temadinin yakalanma ile kesileceğı, dolayısıyla suçun işlendiğı yer ve zaman diliminin buna göre belirlenmesi gerektiğı, bu nedenle silahlı terör örgütüne üye olma suçundan şüpheli konumunda bulunan hâkim ve Cumhuriyet savcılarını yakalandıkları anda ‘ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli’nin mevcut olduğu ve 2802 sayılı Kanunun 94. maddesi gereğince soruşturmanın genel hükümlere göre yapılacağı anlaşılmaktadır.

...

... millet iradesine dayalı demokratik rejimi koruma amacıyla düzenlenen dava konusu suçların, herhangi bir kamu göreviyle bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenmesi zorunlu olmadığı gibi, ‘özü suç’ niteliğı taşımayan bu suçlar açısından failin memur olmasının kurucu unsur da olmadığı, sanık hakkındaki iddianamede ... sanığın kişisel irade ve eylemleriyle FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olduğu, Cumhuriyet savcılığı sıfatından bağımsız olarak, özünde anılan örgütün üyesi sıfatıyla ve örgüt üyeliğinden kaynaklanan hiyerarşı içerisinde hareket ederek örgütün Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin tüm anayasal kurumlarını ele geçirmeye yönelik herhangi bir kamu göreviyle bağdaşmayan nihâi amacına ulaşmak için bir süreç ve basamak olarak gördüğü yargısal mekanizmalara egemen olma faaliyetleri kapsamında özel yetkili Cumhuriyet savcılığına yerleştirildiğı, örgütsel amaçların gerçekleştirilmesine yönelik örgütsel motivasyon ile hareket ederek örgüt adına çalışmalar yaptığı, böylece örgüt faaliyeti kapsamında işlendiğı belirtilen dava konusu suçlara iştirak ettiğine dair nitelendirme

ile kamu davası açıldığı, bu nedenle sanığın eylemlerinin kişisel suç olarak kabulü gerektiği ... dikkate alınarak açıklanan sebeplerle Yargıtay 16. Ceza Dairesinin görevsizlik kararının usul ve yasaya uygun olduğu kabul edilmelidir.

...”

72. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 6/4/2016 tarihli ve E.2015/7367, K.2016/2130 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

“Mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda temadının yakalanma ile kesileceği, örgüte katılma tarihi ile yakalanma tarihi arasında silahlı terör örgütünün amaçladığı suçu gerçekleştirmeye elverişli olan ve vahamet arz eden eylemlerin gerçekleşmesi halindetüm eylemleringeçitli suça ilişkin kurallar ile fikri içtima hükümleri de nazara alıniphukuken birlikte değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu [anlaşılmıştır] ...”

73. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 18/7/2017 tarihli ve E.2016/7162, K.2017/4786 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

“Örgüt Üyeliği:

TCK 220/2. maddede düzenlenmiştir.

...

Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemede de, örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir.

...

Örgüt üyesinin bu suçtan cezalandırılması için örgüt faaliyeti kapsamında ve amacı doğrultusunda bir suç işlemesi gerekmez ise de örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel bir bağ taşıyan maddi ya da manevi somut bir katkısının bulunması gerekir. Üyelik mütemadi bir suç olması nedeniyle de eylemlerde bir süre devam eden yoğunluk aranır.

...

Temadi eden suçlardan olan örgüt üyeliği, hukuki veya fiili kesinti gerçekleşinceye kadar tek suç sayılır. Örgüt üyeliği, yakalanma, örgütün dağılması, örgütten ihraç ya da kendiliğinden örgütten ayrılma gibi sebeplerden sona erer. Yakalanmayan sanık hakkında düzenlenen iddianame temadi eden suç için hukuki kesinti oluşturmaz ...

...

Örgüt üyesinin, örgüte bilerek ve isteyerek katılması, katıldığı örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, onun bir parçası olmayı istemesi, katılma iradesinin devamlılık arz etmesi gerekir. Örgüte üye olan kimse, bir örgüte girerken örgütün kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olmak kastı ve iradesiyle hareket etmelidir ...

Tüm faillerin kastının suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte katılmak olması gerekirken hepsinin de aynı suçları işlemek amacıyla olması gerekmez. Bir oluşuma dahil olan kişinin bu oluşumun suç işlemek amacıyla olduğunun bilincinde olması aranır.

...

Terör Örgütü Kurma Yönetme ve Üye Olma Suçları:

TCK'nın 314. maddesi bakımından; bir oluşumun, bir yapılanmanın silahlı terör örgütü sayılabilmesi için, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma suçunda örgütün varlığı için gerekli koşullar yanında, Türk Ceza Kanununun ikinci kitap, dördüncü

kısım, dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları ‘amaç suç’ olarak işlemek üzere kurulmuş ve amaca matuf bir eylem gerçekleştirmeye yeterli derecede silahlı olması ya da bu silahları kullanabilme imkanına sahip bulunması gerekir. Bu suçu, TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen suçtan ayıran en önemli ölçüt budur.

...”

74. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 28/11/2017 tarihli ve E.2017/2037, K.2017/5409 sayılı ilamının ilgili bölümü şöyledir:

“...

Bir suçun görev sebebiyle işlendiğinin kabulü için, eylemin memuriyet görevinden doğması, memuriyet işleriyle ilgili olması, diğer bir anlatımla suçu oluşturan fiil ile görev arasında illiyet bağı bulunması ve görevin sağladığı imkanlardan faydalanılarak işlenmesi gerekir. Bu husus Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.2.2004 tarih ve 2004/2-10 Esas, 2004/40 sayılı kararında; ‘Görev sebebiyle işlenen suç kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları ifade eder.’ şeklinde kabul edilmiştir.

Türk Ceza Kanununun 314. maddesinde düzenlenen suçların niteliği ve mahiyeti itibarıyla, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçlar kapsamında kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. O halde bu suçların kişisel suç kapsamında değerlendirilmesinde de zaruret vardır.

Dairemizce de benimsenen, öğretide ekseriyetle kabul gören yerleşik yargısal kararlara göre, örgütü yönetmek ya da örgüte üye olmak suçları mütemadi (kesintisiz) suçlardandır. Yani fiilin icrası süreklilik arz eder. Bu suçlarda örgüt hiyerarşisine dahil olup faaliyetlere başlanmakla suç tamamlanmıştır. Ancak fiilin icrası devam ettiği müddetçe fiilin ifade ettiği haksızlık da süreceğinden suç işlenmeye devam edecektir. Failin kendi isteğiyle ya da irade dışı olarak örgütten ayrılması halinde suç bitmiş olacaktır. Mütemadi suçların tamamlanmasıyla bitmesi aynı anlamı taşımamaktadır.

Mütemadi suçların ceza ve muhakeme hukuku bakımından önemli sonuçları mevcuttur. Ceza hukuku bakımından, suça teşebbüs fiilin bitmesine kadar değil tamamlanmasına kadar mümkündür. İştirak ise bitinceye kadar gerçekleşebilir. Suç işlenmeye devam ettiğinden, koşulları varsa meşru savunma hükümleri uygulanabilir. Uygulanacak ceza hükümleri bakımından temadinin bittiği tarih esas alınmalıdır. Yine kusur yeteneği ve yaş küçüklüğü bitiş tarihine göre tayin edilir. Muhakeme hukuku bakımından ise, zamanaşımı, yetkili mahkeme ve şikayet süresi temadinin bitişine göre değerlendirilecektir. Ancak suçun mütemadi niteliği, kural olarak görevli mahkemenin belirlenmesi ya da kovuşturma usulünün tespiti bağlamında bir özellik taşımaz. Örgüt üyeliği temadi eden suçlardan olması nedeniyle hukuki ve fiili kesintiyle sona erecektir. Kesinti tarihi suç tarihidir. Fiili olarak terör örgütünden daha önce ayrılmış olmamak ve faaliyetlere devam ediyor olmak koşuluyla, terör örgütü yöneticisi ya da üyesinin yakalanma tarihi, suç işlenmeye devam edildiğinden (CMK 2/1-j),5235 sayılı Kanun'un 12/1 maddesi de gözetildiğinde ağır cezalı suçüstü hali olarak kabul edilmelidir.

'Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinde, herhangi bir izin sistemi getirilmediği gibi, suçun türüne veya yapılan göreve ya da sahip olunan ünvana ilişkin herhangi bir ayırım da yapılmadığından hakim ve Cumhuriyet savcılarının soruşturulması genel hükümlere göre yapılacaktır.' (Ceza Genel Kurulu 19/02/2013 tarih ve 2011/5.MD-137 esas, 2013/58 sayılı kararı)

..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

75. Mahkemenin 12/4/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Masumiyet Karinesinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

76. Başvurucu; darbe teşebbüsü öncesinde yayımlanan bir gazete yazısında Anayasa Mahkemesinin bazı üyelerinin tutuklanacağına dair

ifadeler yer aldığını, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının darbe teşebbüsü sırasında gece saatlerinde yaptığı açıklamayla henüz yakalama, gözaltı ve tutuklama işlemleri yapılmamışken yüksek mahkemelerde görev yapan bazı hâkimler hakkında soruşturma açıldığını ifade ettiğini, bu durumun, hakkında soruşturma yapılacak hâkimlerin önceden belirlendiğini gösterdiğini belirterek masumiyet karanesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

77. Bakanlık görüşünde başvurucunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

2. Değerlendirme

78. Masumiyet (suçsuzluk) karanesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti “asıl” olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz. Bu çerçevede masumiyet karanesi kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir (*Kürşat Eyo*, B. No: 2012/665, 13/6/2013, §§ 26, 27).

79. Anılan karene, bir kimsenin suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kamu yetkilileri tarafından suçlu ilan edilmesine karşı koruma sağlamaktadır. Öte yandan Anayasa’nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü, bilgi edinme ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu nedenle Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında güvence altına alınan masumiyet karanesi, yürütülmekte olan bir ceza soruşturması hakkında yetkililerin kamuoyuna bilgi vermesini engellemez. Ancak masumiyet karanesine saygı gösterilmesi söz konusu olduğundan Anayasa’nın 38. maddesinin dördüncü fıkrası, bilginin gereken bütün dikkat ve ihtiyat gösterilerek verilmesini gerekli kılar (*Nihat Özdemir* [GK], B. No: 2013/1997, 8/4/2015, § 22).

80. Somut olayda darbe teşebbüsünün devam ettiği sırada Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan bir açıklamada, darbe teşebbüsünde bulunan FETÖ/PDY ile irtibatı olan ve aralarında yüksek mahkeme

üyelerinin de bulunduğu kişiler hakkında gözaltı kararlarının verildiği belirtilmiştir. Anılan açıklamada başvurunun ismine yer verildiği yönünde bir iddia dile getirilmediği gibi bu yönde bir olgu da tespit edilememiştir.

81. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının -başvurucunun ismini zikretmeksizin- darbe teşebbüsünün yaşandığı sırada bu teşebbüs kapsamındaki faaliyetlerle ve teşebbüsün arkasındaki yapılanma olduğu değerlendirilen FETÖ/PDY mensubu kişilerle ilgili olarak soruşturma başlatıldığını ve bazı şüpheliler hakkında gözaltına alma kararı verildiğini kamuoyuna açıklamasının başvurunun suçlu olarak nitelendirilmesi veya suçlu muamelesine tabi tutulması olarak kabulü mümkün değildir (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, §§ 115-117; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 180, 181). Kaldı ki bir kişi hakkında soruşturma başlatıldığının kamuoyuna duyurulması, tek başına masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmez.

82. Açıklanan gerekçelerle başvurunun masumiyet karinesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

83. Başvurucu, Savcılıktaki ifade alma işlemi ve Sulh Ceza Hâkimliğindeki sorgusu sırasında kendisine suçlamalara ilişkin genel sorular yöneltildiğini, hakkındaki somut isnatların ve delillerin açıklanmadığını, böylelikle suçlamalara ve bunların dayanaklarına karşı savunma yapma imkânının kısıtlandığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

84. Bakanlık görüşünde başvurunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

2. Değerlendirme

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

“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

86. 6216 sayılı Kanun’un “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

87. 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, §§ 16, 17).

88. Somut olayda başvuru, soruşturma süreci devam ederken bireysel başvuruda bulunmuş; sonrasında hakkında kamu davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesince bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla başvuru hakkındaki kovuşturmanın devam ettiği görölmektedir. Başvurucunun başvuru formunda dile getirdiği suçlamaya esas olguların kendisine bildirilmediği, böylelikle isnadı (suçu) öğrenme hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyetlerini yargılamada ve sonrasında temyiz aşamalarında ileri sürebilme ve bu aşamalarda inceletme imkânı bulunmaktadır. Bu çerçevede derece mahkemelerinin yargılama ve temyiz süreçleri beklenmeden soruşturma sürecindeki adil yargılanma hakkı ihlali şikâyetlerinin başvuru tarafından bireysel başvuruya konu edildiği görölmüştür.

89. Açıklanan gerekçelerle ilk derece mahkemeleri ve temyiz mercileri önünde devam eden başvuru yolları tüketilmeden temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının bireysel başvuru konusu yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Özel Hayata Saygı ve Konut Dokunulmazlığı Haklarının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

90. Başvurucu -Anayasa Mahkemesi üyesi olarak- hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma yürütülmesinin mümkün olmadığını, bu itibarla görevsiz mercilerce verilmiş arama kararına dayanılarak konutunda ve işyerinde arama yapıldığını belirterek özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

91. Bakanlık görüşünde başvurucunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

2. Değerlendirme

92. Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, §§ 16, 17).

93. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendinde, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilere tazminat talebinde bulunabilme imkânı tanınmaktadır (bkz. § 54).

94. Anayasa Mahkemesi, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında soruşturma mercilerince ya da yargı organlarınca şüphelilerle ilgili olarak uygulanan arama tedbirinin hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl soruşturma/kovuşturma 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 (*Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2014/18247, 20/12/2017, §§ 18-30).

95. Somut olayda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı talimatı uyarınca başvurucunun konutunda, işyerinde ve aracında 16/7/2016 tarihinde arama yapılmıştır. Bu aramaların hukuka uygun olup olmadığı

5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada incelenebilir. Bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla söz konusu aramaların hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde başvuru lehine tazminata da hükmedilebilecektir. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvurunun 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.

96. Açıklanan gerekçelerle başvurunun konutunda ve işyerinde arama yapılması dolayısıyla özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiği 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.

D. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

97. Başvurucu; suç şüphesi ve bunu haklı kılan deliller olmamasına rağmen hakkında tutuklama kararı verildiğini, delilleri karartma tehlikesi ve kaçma şüphesinin de somut olayda mevcut olmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

98. Başvurucu ayrıca görevinden kaynaklanan güvencelere riayet edilmeksizin tutuklandığını iddia etmiştir. Başvurucuya göre tutuklanmasına karar verildiği tarihte Anayasa Mahkemesi üyesi olması dolayısıyla hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılabilmesi için Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun bu yönde karar vermesi ve soruşturmanın da Anayasa Mahkemesince yürütülmesi gerekmektedir. Yine başvurucuya göre Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma, bu mercinin görevsiz olması nedeniyle hukuka aykırıdır ve tutuklanmasına ve tutuklamaya yönelik itirazın reddine karar veren Ankara 5. ve 6. Sulh Ceza Hâkimlikleri kendisi yönünden bu kararları verme hususunda yetkili değildir.

99. Suçüstü hâlinin sadece aktif olarak darbe teşebbüsünde bulunanlar veya suç işlerken yakalananlar için söz konusu olabileceği görüşünde olan başvuru, örgüt üyeliğinin temadi eden bir suç olmasının bu suç nedeniyle hemen suçüstü hükümlerinin uygulanmasını gerektirmediğini ileri sürmüştür. Başvuru; darbe teşebbüsüyle veya örgütle bir ilgisinin bulunmadığını, olayda kendisi yönünden suçüstü hâlinin mevcut olmadığını belirtmiştir.

100. Başvuru ayrıca tutuklama ve tutuklamaya itirazın reddi kararlarında; kuvvetli suç şüphesini haklı kılan somut hiçbir isnada ve delile yer verilmediğini, delilleri karartma ve kaçma şüphesine ilişkin olguların ve adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin açıklanmadığını, -Anayasa Mahkemesi üyesi olarak önemli bir yargı yetkisini kullanması söz konusu olmasına rağmen- tutuklanmasının ölçülü olup olmadığının değerlendirilmediğini iddia etmiştir.

101. Öte yandan başvuru; isnat edilen silahlı terör örgütüne üye olma suçunu işleyip işlemediği, örgüte üyeliğinin, örgütle irtibat veya iltisakının bulunup bulunmadığı hususlarında tutuklamayı haklı kılacak şekilde bir araştırma yapılmadan tutuklanmasına karar verildiğini, bu nedenle kamuoyunda suçlu olduğuna yönelik bir imaj oluştuğunu ifade etmiştir.

102. Başvuru son olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ve Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin de herhangi bir hukuki temel ve gerekçe olmadan kendisini belirli bir dinî gruba, devamında da silahlı bir terör örgütüne mensup ve örgütle bağlantılı kabul etmesi nedeniyle dinî nedenlerden dolayı ayrımcılığa maruz kaldığını ileri sürmüştür.

103. Bakanlık görüşünde; 5271 sayılı Kanun'un 161. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bilebelirli suçlar hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılabileceğinin düzenlendiği, başvurucuya isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun da bu kapsamda olduğu, dolayısıyla başvuru hakkında, 6216 sayılı Kanun'da düzenlenen özel soruşturma usullerinin bu suç yönünden geçerli olmadığı belirtilmiştir. Bakanlık ayrıca anılan suçun temadi eden suçlardan olduğuna ve olayda ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinin mevcut bulunduğuna dikkat çekmiştir.

104. Bakanlık, Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurusunun tutuklanmasına karar verilirken isnat edilen suça ilişkin dosyada somut delillerin olduğunun belirtildiğine değinerek olayda tutuklamaya yeterli belirtinin ve tutuklama nedenlerinin bulunduğunu, tutuklamanın ölçülü bir tedbir olduğunu ifade etmiştir.

105. Bakanlık sonuç olarak başvurusunun bu bölümdeki iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğu görüşündedir.

b. Değerlendirme

106. Anayasa'nın *"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması"* kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

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

107. 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."

108. Başvurusunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

109. Öte yandan başvurusunun Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine yönelik iddiasının soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp mutlaka bireysel başvurunun kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele

alınması gerekmektedir. Buna göre kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyamayan başvurunun eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiası, esas olarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı çerçevesinde ele alınmalıdır (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, şş 33, 34; *İrfan Gerçek*, B. No: 2014/6500, 29/9/2016, ř32).

i. Uygulanabilirlik Yönünden

110. Anayasa'nın *“Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması”* kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

“Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlölükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörölen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütönlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütölemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.”

111. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde alınan tedbirlere ilişkin bireysel başvuruları incelerken Anayasa'nın 15. maddesinde ortaya konulan temel hak ve özgürlöklere ilişkin güvence rejimini dikkate alacağını belirtmiştir. Buna göre olağanüstü bir durumun bulunması ve bunun ilan edilmesinin yanı sıra bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlöklere müdahale teşkil eden tedbirin olağanüstü durumla bağlantılı olması hâlinde inceleme, Anayasa'nın 15. maddesi uyarınca yapılacaktır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, şş 187-191). Mahkeme ayrıca 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında 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 gerektiği sonucuna varmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 241).

112. Soruşturma mercilerince başvurucuya yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlama, başvurucunun darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıdır (bkz. §§ 21, 24, 33, 40). Anayasa Mahkemesi, anılan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğunu değerlendirmiştir (*Selçuk Özdemir*, § 57).

113. Bu itibarla başvuru 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 ve aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 193-195, 242; *Selçuk Özdemir*, § 58).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

(1) Genel İlkeler

114. 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).

115. 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).

116. 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).

117. 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).

118. 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).

119. Başlangıçtaki bir tutuklama için kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu 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).

120. 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).

121. 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 varsayılabilirliği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Ramazan Aras*, B. No: 2012/239, 2/7/2013, § 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*, § 68).

122. 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).

123. 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 ulaşılma istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, ř 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, ř 38).

124. 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*, ř 72).

125. 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 yükümlölüklerinin ulaşılma 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*, ř 79).

126. Her somut olayda tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin olup olmadığının, tutuklama nedenlerinin bulunup bulunmadığının ve tutuklama tedbirinin ölçölölüğünün 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 (*Gölser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, ř 123).

127. 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* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, ř 79; *Selçuk Özdemir*, ř 76; *Gölser Yıldırım (2)*, ř 124). 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).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

128. Somut olayda öncelikle başvurucunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

129. 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.

130. Diğer taraftan başvuru, görevinden kaynaklanan güvencelere riayet edilmeksizin tutuklandığını iddia etmektedir.

131. 6216 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Anayasa Mahkemesi üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ile kişisel suçları için soruşturma açılmasının Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun kararına bağlı olduğu ancak ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturmanın genel hükümlere göre yürütüleceği düzenlenmiştir.

132. Aynı Kanun'un 17. maddesinde ise ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli istisna olmak üzere görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları nedeniyle Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında koruma tedbirlerine ancak -soruşturma kurulunun talebi üzerine- Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca karar verileceği, ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâllerinde soruşturmanın genel hükümlere göre yürütüleceği ifade edilmiştir.

133. Buna göre kural olarak Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçların yanı sıra kişisel suçları bakımından da ceza soruşturması açılması bu konuda Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun karar almasına bağlıdır.

Yine bu suçlar bakımından Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında tutuklama da dâhil olmak üzere koruma tedbirlerinin uygulanmasına karar verme görevi Anayasa Mahkemesi Genel Kuruluna aittir.

134. Bununla birlikte ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili olarak suçüstü hâlinin bulunması durumunda soruşturma genel hükümlere göre yürütülecek ve bu soruşturmada tutuklama tedbirine genel yetkili yargı organı olarak sulh ceza hâkimliklerince karar verilebilecektir. Belirtilen durumda kovuşturma ise Yargıtayda yapılacaktır.

135. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca 15/7/2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüne değinilerek başvurucunun Anayasa'nın öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya değiştirmeye teşebbüs etme ve silahlı terör örgütü üyesi olma suçlarından tutuklanması talep edilmiştir (bkz.Ş 21).

136. Sorğu sırasında başvuru tarafından ileri sürülen Anayasa Mahkemesi üyesi olması nedeniyle hakkında ancak Anayasa Mahkemesince soruşturma ve kovuşturma yapılabileceği, bunun istisnasını oluşturan ağır cezalı suçüstü hâlinin ise somut olayda söz konusu olmadığı yönündeki itirazlar; tutuklamaya karar veren Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından isnat edilen silahlı terör örgütüne üye olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu ve olayda suçüstü hâlinin bulunduğu, bu itibarla başvuru hakkındaki soruşturmanın genel hükümlere tabi olduğu gerekçeleriyle kabul edilmemiştir (bkz.ŞŞ 22, 23).

137. Başvuru hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen 25/10/2017 tarihli fezlekede -darbe tehlikesinin tam olarak bertaraf edilemediğine dikkat çekilerek- somut olayda ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hâlinin mevcut olduğu belirtilmiş, buna göre başvuru hakkında genel hükümler doğrultusunda 16/7/2016 tarihinde soruşturma başlatıldığı ifade edilmiştir (bkz.Ş 33).

138. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede ise başvurucuya isnat olunan suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve temadi eden suçlardan olduğuna, temadının fiilî ve hukuki kesintiye uğradığı tarihe kadar suçun işlenmeye devam ettiğinin yerleşik yargı kararları ile kabul edildiğine değinilmiş; bu itibarla temadının kesildiği yakalama tarihinin suç tarihi olarak bir başka ifadeyle suçüstü hâli olarak

kabul edilmesi gerektiği değerlendirilerek soruşturmanın genel hükümlere göre sürdürüldüğü ifade edilmiştir (bkz. § 39).

139. Başvurucu hakkındaki tutuklama talep yazısı, tutuklama kararı, fezleke ve iddianamede yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında soruşturma mercilerince, isnat konusu suçun kişisel suç olduğu ve başvuru yönünden ağır cezalı suçüstü hâlinin bulunduğu kanaatine varıldığı ve bu itibarla soruşturmanın genel hükümlere göre yürütüldüğü görülmektedir.

140. Başvurucuya isnat edilen ve 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun ağır cezalı (ağır ceza mahkemelerinin görev alanında bulunan) suçlardan olduğu (bkz. § 68) hususunda kuşku bulunmadığı gibi başvurunun da aksi yönde bir iddiası yoktur. Diğer taraftan isnat konusu suçun kişisel suç olmadığı, bir başka ifadeyle görevden doğan veya görev sırasında işlenen bir suç olduğu yönünde bir şikâyetle bulunulmamıştır. Bir suçun niteliğinin (kişisel suç mu, görev suçu mu olduğu) belirlenmesi soruşturma ve kovuşturma süreçlerini yürüten adli mercilere aittir. Yine bu belirlemeye göre varılacak sonucun hukuka uygun olup olmadığı kanun yolu incelemesi ile tespit edilebilir. Hukuk kurallarının yorumlanmasında -Anayasa'ya bariz şekilde aykırı olarak- keyfilik bulunması, bunun temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet vermesi hâli dışında suçun niteliğinin belirlenmesine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 77; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 223). Başvurucu hakkındaki tutukluluğa ilişkin belgeler başta olmak üzere soruşturma dosyasında yer alan tespit ve değerlendirmeler ile Yargıtay 16. Ceza Dairesinin isnat konusu suçun görev suçu olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki içtihadı (bkz. § 74) karşısında söz konusu suçun kişisel suç olarak nitelendirilmesinin temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olduğu söylenemez (Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. *Alparslan Altan* [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018, § 123).

141. Somut olayda soruşturma mercilerince başvuru yönünden suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde değerlendirme yapılırken 15/7/2016

tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüne dikkat çekilmekte, ayrıca isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu hususuna dayanılmaktadır.

142. Yargıtayın yerleşik uygulamasına göre silahlı terör örgütü üyesi olma suçu temadi eden suçlardandır (bkz. §§ 71-73; aynı doğrultuda Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 6/3/2008 tarihli ve E.2007/2495, K.2008/1358 sayılı; 9/3/2011 tarihli ve E.2010/16588, K.2011/1626 sayılı; 6/11/2014 tarihli ve E.2014/6090, K.2014/10958 sayılı; Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 12/10/2010 tarihli ve E.2010/8491, K.2010/7430 sayılı kararları).

143. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu; darbe teşebbüsü sonrasında başlatılan soruştırmalar kapsamında Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan bir şüpheli hakkında silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) üye olma, Anayasa'yı ihlal etme, cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme suçlarından İstanbul 23. Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davada bu Mahkeme ile Yargıtay 16. Ceza Dairesi arasında çıkan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesine ilişkin kararında, anılan suçun temadi eden suçlardan olduğunu belirtmiş ve isnat edilen suçların kişisel suç olduğuna da değinerek Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılmasına karar vermiştir (bkz. § 71; aynı doğrultudaki kararlar için -diğerleri arasından- bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10/10/2017 tarihli ve E.2017/YYB-996, K.2017/403 sayılı; 10/10/2017 tarihli ve E.2017/YYB-998, K.2017/388 sayılı kararları).

144. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu, iki hâkim (Anılan hâkimlerin tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yaptıkları bireysel başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunduğuna dair karar için bkz. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, §§ 134-161) hakkında darbe teşebbüsü öncesinde -görevleriyle bağlantılı eylemler dolayısıyla- işledikleri ileri sürülen silahlı terör örgütü (FETÖ/PDY) üyesi olma ve görevi kötüye kullanma suçlarından mahkûmiyetlerine ilişkin Yargıtay 16. Ceza Dairesince ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen hükmün temyiz incelemesi sırasında bu kişiler tarafından ileri sürülen "hâkim ve Cumhuriyet savcılarının ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli hariç

yakalanamayacakları, sorguya çekilemeyecekleri ve tutuklanamayacakları kuralının ihlal edildiği, olayda suçüstü hâlinin de bulunmadığı” yönündeki iddiaları incelerken *“Yargıtayın istikrar bulan ve süregelen kararlarında açıklandığı üzere; mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda, daha önce örgütün kendisini feshetmesi, kişinin örgütten ayrılması gibi bazı özel durumlar hariç olmak üzere kural olarak temadinin yakalanmayla kesileceği, dolayısıyla suçun işlendiği yer ve zaman diliminin buna göre belirlenmesi gerektiği, bu nedenle silahlı terör örgütüne üye olma suçundan şüpheli konumunda bulunan hakim ve Cumhuriyet savcıları yakalandıkları anda ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinin mevcut olduğu”* değerlendirmesinde bulunmuş ve bu husustaki temyiz itirazlarını kabul etmemiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 tarihli ve E.2017/16.MD-956, K.2017/370 sayılı kararı).

145. Yukarıda yer verilen veya atıf yapılan Yargıtay kararları ile başvurunun 15/7/2016 tarihinde başlayan ve ertesi gün de devam eden darbe teşebbüsünün savuşturulması sırasında (16/7/2016 tarihinde) gözaltına alınıp darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen ve yargı makamlarınca silahlı bir terör örgütü olduğuna karar verilen FETÖ/PDY üyesi olma suçundan tutuklanması birlikte dikkate alındığında başvurucuya isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçu yönünden suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin olgusal ve hukuki temelden yoksun ve keyfi olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir (Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. *Alparslan Altan*, § 128).

146. Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurunun Anayasa Mahkemesi üyesi olması nedeniyle Anayasa veya 6216 sayılı Kanun’dan kaynaklanan güvenceler uygulanmaksızın kanuna aykırı olarak tutuklandığı iddiası yerinde değildir. Bu itibarla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

147. 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.

148. Başvurucu hakkında verilen tutuklama kararında, isnat edilen silahlı terör örgütüne üye olma suçunun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin dosyada bulunduğu belirtilmiştir (bkz. ř 24). Tutuklamaya itirazın reddine ilişkin kararda da “dosyada mevcut bilgi, belge ve araştırma tutanakları, arama ve el koyma tutanakları ile tüm dosya kapsamı”na atıf yapılarak başvurucunun da aralarında olduğu şüpheliler yönünden isnat edilen suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunduğu ifade edilmiştir (bkz. ř 25).

149. Başvurucu hakkında düzenlenen fezleke de ise başvurucunun isnat edilen suçu (silahlı terör örgütü üyesi olma) işlendiğine dair delil olarak gizli tanık ve şüpheli beyanları ile diğer kişiler arasında “ByLock” üzerinden yapılan haberleşmenin içeriğine dayanıldığı görölmektedir (bkz. şş 34, 35). İddianamede ise başvurucunun isnat edilen suçu işlendiğine dair temelde fezlekedeki delillere dayanılmış, bunların yanı sıra başvurucunun telefon sinyal bilgilerine de değinilmiştir (bkz. şş 37, 38).

150. Başvurucunun dışındaki bazı kişiler (Ö.İ. ile S.E. ve B.Y.; S.E. ile B.Y. ve R.Ü.) arasında “ByLock” programı üzerinden yapılan haberleşmenin içeriğinde başvurucuyla ilgili bazı olguların bulunduğu belirtilmiştir. Soruştırma mercileri, şüpheli/tanık beyanları ve “ByLock” yazışmaları gibi delillere dayanarak -asıl mesleği öğretmenlik olan- Ö.İ.nin FETÖ/PDY’nin yargı mensuplarından sorumlu sivil imamı, S.E.nin bu yapılanmanın Anayasa Mahkemesi sorumlusu (raportör), B.Y. ve R.Ü.nün yapılanmaya mensup raportörler olduklarını değerlendirmektedir. Bu kişilerden yurt dışında olduğu tespit edilen Ö.İ. hakkında yakalama kararı bulunmaktadır. Asıl mesleği Sayıştay denetçiliği olan S.E. kamu görevinden çıkarılmış ve hakkında yürütölen ceza soruşturmasında kaçak olması nedeniyle yakalama emri düzenlenmiştir. Hâkim olan B.Y. ve Cumhuriyet savcısı olan R.Ü. hakkında ise HSYK tarafından meslekten çıkarılma kararı verilmiş; ayrıca Ankara Cumhuriyet Başsavcılığıncadarbe teşebbüsünün hemen sonrasında bu kişilerle ilgili olarak FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan dolayı başlatılan soruşturmada B.Y. hakkında tutuklama tedbiri uygulanmıştır.

151. Bu kapsamda Ö.İ. ile S.E. arasındaki görüşmelerde, FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlamalardan dolayı tutuklanan bir gazetecinin yaptığı bireysel başvuruya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin bir kararındaki karşıoylara

yönelik -başvurucunun yanı sıra kararda karşıoy kullanan ve FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan dolayı tutuklanan A.A.nın kod adı zikredilerek- değerlendirmeler yapıldığı anlaşılmaktadır. Ö.İ. ile B.Y. arasındaki görüşmelerde ise Ö.İ.nin Anayasa Mahkemesi başkanvekilliği için yapılacak seçimde kime/kimlere destek verileceği hususundaki düşüncesinin başvurucuya Anayasa Mahkemesi Üyesi A.A. tarafından söylenmesini talep ettiği görülmektedir.

152. S.E. ile B.Y. arasındaki görüşmelerde FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlamalardan dolayı tutuklanan iki hâkim tarafından yapılan bireysel başvurulara ilişkin olarak S.E.nin dosyayı görüşecek heyette -başvurucu için kullanıldığı söylenen “Ertan” kod adı zikredilerek- başvurucunun olduğunu, başvurucunun bir şey sormak istediğini, bunun için -kod adlarını zikrederek- FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu belirtilen bazı raportörlerin başvurucunun yanına gitmesinin iyi olacağını ifade ettiği, B.Y.nin olumlu karşılık verdiği, S.E. ile R.Ü. arasındaki görüşmelerin de aynı hususa ilişkin olduğu anlaşılmaktadır.

153. Öte yandan Anayasa Mahkemesinde raportör olarak görev yapmış olan ve FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan R.Ü. soruşturma mercilerince şüpheli sıfatıyla alınan ifadelerinde; FETÖ/PDY mensuplarının taraf olduğu bireysel başvurulardaki tutumundan ve bu yapılanmaya mensup raportörlerle olan ilişkisinden başvurucunun da FETÖ/PDY mensubu olduğu sonucuna ulaştığı, başvurucunun nasıl hareket edeceği konusunda -FETÖ/PDY’nin Anayasa Mahkemesi sorumlusu olduğu belirtilen- Raportör S.E. ile konuştuğu, S.E.nin de (kendi söylemine göre) Anayasa Mahkemesi veya yüksek yargı imamı olan sivil kişi ile irtibata geçtiği ve başvurucunun gelen talimat doğrultusunda hareket ettiği, FETÖ/PDY içinde başvurucu için “Ertan” kod adının kullanıldığı, hâkimlerle ilgili başvuruda başvurucunun FETÖ/PDY’den gelen talimat uyarınca karşıoy kullandığı ve -örgütün bu tür başvurular için oluşturduğu strateji doğrultusunda- çoğunluk görüşünü bastıracak şekilde güçlü bir gerekçe yazdığı, FETÖ/PDY’ye mensup raportörlerin de bu gerekçenin hazırlanmasında başvurucuya yardım ettiği yönünde beyanda bulunmuştur.

154. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesinde raportör olarak görev yapmış oldukları anlaşılan ve soruşturma mercilerince kimlikleri gizlenerek

dinlenen tanıklardan biri (Kitapçı); daha önceden tanıdığı başvuruçunun raportörlük için kendisine referans olabileceğini ifade ettiğini ancak atanma sürecinde Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın kendisinin referansına itibar etmeyeceğini, bu durumda atansa bile adının “cemaatçı”ye çıkabileceğini söylediğini, başvuruçunun sosyal ilişkilerinden FETÖ/PDY mensubu olduğu kanaatine ulaştığını, diğeri (Defne) ise başvuruçunun FETÖ/PDY mensubu olduğunu ifade etmiştir.

155. Son olarak başvuruçunun kullandığı cep telefonunun FETÖ/PDY'nin “sivil imamları” oldukları iddiasıyla haklarında soruşturma yürütülen bazı kişilerin kullandıkları cep telefonlarıyla farklı tarihlerde aynı baz istasyonundan sinyal bilgisi aldığı, bu “sivil imamlar”ın FETÖ/PDY ile bağlantılarının olması nedeniyle meslekten çıkarılan çok sayıda Yüksek Mahkeme üyesiyle de farklı tarihlerde bir araya geldiklerinin tespit edildiği görülmektedir.

156. Bu itibarla başvuru yönünden suç şüphesinin varlığını doğrulayan belirtilerin dosya kapsamında bulunduğu görülmektedir.

157. Diğer taraftan başvuru hakkında uygulanan ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması şeklindeki ön koşulu yerine gelmiş olan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmede tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar göz ardı edilmemelidir.

158. Darbe teşebbüsü sırasında gerçekleşen vahim olayların toplumda oluşturduğu kaygı, teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin karmaşıklığı ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike (*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 darbeye 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 soruşturmanın güvenlik içinde yürütülebilmesi için tutuklama dışındaki koruma tedbirlerinin yetersiz kalması söz konusu

olabilir (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 271; *Selçuk Özdemir*, § 78; *Alparslan Altan*, § 140).

159. 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 kuruluşlarında 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 (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 272; *Selçuk Özdemir*, § 79). Ayrıca Anayasa Mahkemesi üyesi olan başvurunun -konumu itibarıyla- deliller üzerinde etkide bulunmasının diğer kişilere göre daha kolay olacağı yadsınamaz (*Alparslan Altan*, § 141).

160. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçu, Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleri arasında olup (bkz. §§ 60, 64) isnat 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 suç 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasındadır (bkz. § 46; *Gülser Yıldırım* (2), § 148).

161. Somut olayda Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurunun tutuklanmasına karar verilirken kaçma ve delilleri karartma ihtimalinin bulunmasına, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacak olmasına ve isnat edilen suça göre tutuklamanın orantılı bir tedbir olmasına dayanıldığı görülmektedir (bkz. § 24). Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliği de aynı gerekçelerle başvurunun tutuklamaya yönelik itirazını reddetmiştir (bkz. § 25).

162. Dolayısıyla tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile Ankara 5. ve 6. Sulh Ceza Hâkimlikleri tarafından verilen kararların içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvuru yönünden kaçma ve delilleri etkileme tehlikesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olmadığı söylenemez (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Alparslan Altan*, § 144).

163. Öte yandan başvuru 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 (*Gülser Yıldırım (2)*, § 151).

164. 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 (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 214; *Devran Duran*, § 64). Özellikle darbe teşebbüsüyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturmaların kapsamı ve niteliği ile 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 (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 350).

165. Ayrıca başvuru darbe teşebbüsünün savuşturulması sürecinde gözaltına alındığı ve sonrasında tutuklandığı dikkate alındığında soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak "gerekli" olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

166. Somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında Ankara 5. ve 6. Sulh Ceza Hâkimliklerinin isnat edilen suç için öngörülen yaptırımın ağırlığını, işin niteliğini ve önemini de gözönünde tutarak başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfî ve temelsiz olduğu söylenemez.

167. Açıklanan gerekçelerle başvurunun 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.

168. Buna göre başvurunun 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. Tutuklamaya Karşı İtiraz Hakkının Etkin Olarak Kullanılmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

169. Başvurucu; Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğince verilen tutuklama kararına karşı yaptığı itirazın kapalı devre işleyen bir sistem içinde bir başka (Ankara 6.) Sulh Ceza Hâkimliği tarafından reddedildiğini, bu yargı yerinin bağımsız, tarafsız ve etkili bir başvuru mercii olmadığını, bu nedenle tutuklamaya karşı etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

170. Bakanlık görüşünde, başvurunun bu bölümdeki iddialarına ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

b. Değerlendirme

i. Uygulanabilirlik Yönünden

171. Başvurucu, Türkiye'de olağanüstü hâl ilan edilmesinin başlıca nedeni olan 15 Temmuz darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen ve silahlı bir terör örgütü olduğu kabul edilen FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıyla yürütülen soruşturma kapsamında Ankara 5. Sulh Ceza Hakimliğince verilen bir kararla tutuklanmış ve anılan karara yönelik itiraz Ankara 6. Sulh Ceza Hakimliğince reddedilmiştir. Dolayısıyla başvurunun tutuklamaya yönelik itirazını reddeden yargı merciinin etkililiği ile bağımsızlığı ve tarafsızlığına ilişkin iddialarının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında

öncelikle itiraz merciinin başta Anayasa'nın 19. maddesi olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecektir (bkz. §§ 110-113).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

172. Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılacağı açıkça hükme bağlanmış; 138. maddesinde ise mahkemelerin bağımsızlığından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre *“Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”* Bağımsızlık, mahkemenin bir uyumsuzluğu çözümlerken yasamaya, yürütmeye, davanın tarafları ile çevreye ve diğer yargı organlarına karşı bağımsız olmasını, onların etkisi altında olmamasını ifade etmektedir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

173. Bir mahkemenin idareye ve davanın taraflarına karşı bağımsız olup olmadığının belirlenmesinde üyelerinin atanma şekli ve onların görev süreleri, dış baskılara karşı teminatların varlığı ve mahkemenin bağımsız olduğu yönünde bir görüntü sergileyip sergilemediği önem arz etmektedir (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 28).

174. Anayasa'nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkı, adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Nitekim 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'nın 9. maddesine *“bağımsız”* ibaresinden sonra gelmek üzere *“ve tarafsız”* ibaresi eklenmiş; böylelikle madde metni *“Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır.”* hâlini almıştır. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında -Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği- Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 60; *Alparslan Altan*, § 157).

175. Mahkemelerin tarafsızlığı kavramı, görülecek davalar karşısında bizzat mahkemenin kurumsal yapısı ile davaya bakmakla görevli hâkimin

tutumu üzerinden açıklanmaktadır. Öncelikle mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin tarafsız olmadığı izlenimini vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

176. Mahkemelerin tarafsızlığını ifade eden ikinci unsur, hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız olması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Aksi yöndeki davranışlar ise hukuk düzenince disiplin ve ceza hukuku alanındaki yaptırımlara tabi kılınmıştır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

177. Genel bir kanuni düzenlemeye dayanılarak ve HSYK tarafından yapılan atama sonucunda sulh ceza hâkimlerinin -soruşturma aşamasında tutuklama tedbirine ilişkin karar vermek ve bu kararlara yönelik itirazları değerlendirmek de dâhil olmak üzere- kanun ile verilen görevleri yaptıkları anlaşılmaktadır. Bağımsız ve tarafsız olmadıkları iddia edilen sulh ceza hâkimliklerinin Cumhuriyet savcısının taleplerini reddederek şüpheliler lehine de kararlar verdikleri bilinmektedir. Bu itibarla bazı soyut varsayımlardan hareket edilerek ilgili hâkimlerin bağımsız ve tarafsız davranmadıklarını kabul etmek mümkün değildir (Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, § 114; *Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, § 78; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 64-78).

178. Nitekim Anayasa Mahkemesi; sulh ceza hâkimlerinin de diğer tüm hâkimler gibi HSYK tarafından atandıkları ve Anayasa'nın 139. maddesinde öngörülen hâkimlik teminatına sahip oldukları, diğer tüm mahkemelerde olduğu gibi Anayasa'nın öngördüğü biçimde mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak teşkilatlandırıldıkları, bunların yapılanması ve işleyişinde tarafsız davranamayacakları sonucuna ulaşılmasını gerektiren herhangi bir unsur bulunmadığı, ayrıca somut, nesnel ve inandırıcı delillerle tarafsızlığını yitirdiğinin ortaya konması

durumunda hâkimin davaya bakmasını engelleyen usul hükümlerinin de bulunduğu gerekçeleriyle sulh ceza hâkimliklerini ihdas eden kanun hükmünün iptali istemini reddetmiştir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

179. Öte yandan sulh ceza hâkimliklerinin kararlarına karşı itirazların incelenmesi, 5271 sayılı Kanun'un 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendi gereğince aynı yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe aittir.

180. Sulh Ceza Hâkimliklerinin tarafsız ve bağımsız hâkim ilkelerini ihlal ettiği iddialarına ilişkin olarak yukarıda yapılan açıklamalar karşısında başvurucunun aynı gerekçelere dayalı olarak ileri sürdüğü tutuklama kararına karşı itiraz mercii olarak tarafsız ve bağımsız bir mahkeme statüsünde olmayan sulh ceza hâkimliklerinin görevlendirildiği, bu kapalı devre itiraz sistemi nedeniyle tutuklama kararlarına ilişkin etkili bir itiraz yolunun bulunmadığı iddiası yerinde değildir (Aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri*, § 133; *Mehmet Baransu (2)*, § 95).

181. Anayasa Mahkemesi de sulh ceza hâkimlikleri tarafından verilen kararlara karşı itiraz mercii'nin yine sulh ceza hâkimlikleri olarak belirlenmesine ilişkin kanun hükmünün iptali istemini; sulh ceza hâkimliklerince verilen kararlara karşı yapılan itirazların yüksek görevli veya bir diğer mahkemece incelenmesini gerektiren anayasal bir norm bulunmadığını, bir il veya ilçenin adını taşıyan mahkemelerin, iş durumunun gerekli kıldığı hâllerde birden fazla kurulan "daire"nin yargılama faaliyetleri ve kanun yolu başvurularının incelenmesi yönünden aynı mahkeme olarak değerlendirilemeyeceğini, 5271 sayılı Kanun'un itiraz kanun yoluna ilişkin 268. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca itiraz mercii olarak belirlenen sulh ceza hâkimliklerinin itiraz edilen kararı denetleyerek işin esası hakkında karar verme yetkilerinin bulunduğunu, dolayısıyla öngörülen kanun yolunun etkili olduğunu gerekçe göstererek reddetmiştir (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015).

182. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun tutuklamaya karşı itiraz hakkının etkili olarak kullanılmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin

olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

183. Buna göre başvurucunun tutuklanmasına yönelik itirazın sulh ceza hâkimliğince karara bağlanmasının bu hakka dair -başta 19., 138., 139. ve 140. maddeler olmak üzere- Anayasa’da yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa’nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

3. Tutukluluğun Makul Süreyi Aştığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

184. Başvurucu; tahliye taleplerinin kabul edilmediğini, tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçeden yoksun olduğunu, bu kararlarda tutuklama nedenlerinin somut olgulara dayalı olarak açıklanmadığını, kendisi yönünden bir kişiselleştirme yapılmadığını ve adli kontrolün yetersiz kalma nedenlerinin gösterilmediğini, tutukluluğa yönelik itirazlarının da gerekçesiz bir şekilde reddedildiğini, bu süreçte soruşturma işlemlerinin de özensiz bir şekilde yürütüldüğünü, dolayısıyla somut hiçbir neden gösterilmeden matbu gerekçelerle sürdürülen tutukluluğun makul süreyi aştığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

185. Bakanlık görüşünde, AİHM kararlarına atıfla darbe teşebbüsü sonrasında soruşturma mercilerinin karşılaştıkları iş yükünün ağırlığına ve isnat konusu suçun niteliğine dikkat çekerek başvurucunun tutukluluk süresinin makul olduğu belirtilmiştir. Bakanlık, başvurucunun bu bölümdeki iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olduğu görüşündedir.

b. Değerlendirme

186. 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.”

187. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası bağlamında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

188. Başvurucunun tutuklanmalarına neden olan suçlama, Türkiye'de olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren, temel olay olan 15 Temmuz darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen ve silahlı bir terör örgütü olduğu kabul edilen FETÖ/PDY üyesi olduğuna ilişkindir. Başvurucunun tutukluluk sürecinde olağanüstü hâl devam etmiştir. Bu itibarla başvurucunun tutukluluğunun makul süreyi aşıp aşmadığının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle başvurucunun tutukluluk süresinin başta Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri olmak üzere diğer maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecektir (bkz. §§ 110-113).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

189. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

iii. Esas Yönünden

(1) Genel İlkeler

190. 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).

191. 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).

192. 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 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 (*Halas Aslan*, §§ 68, 69).

193. 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 keyfi 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 fıkrasının bir gereğidir (*Halas Aslan*, §§ 70, 71).

194. Öte yandan tutukluluk süresinin makul olup olmadığı konusunun genel bir ilke çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün değildir. Bir kişinin tutuklu kaldığı sürenin makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir (*Murat Narman*, § 61).

195. Makul sürenin hesaplanmasında sürenin başlangıcı, başvurunun 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).

196. Bir ceza soruşturması veya kovuşturması kapsamında sürdürülen tutukluluğun makul süreyi aşp aşmadığı öncelikle tutukluluğa ilişkin kararların gerekçeleri üzerinden tespit edilebilir. Tutukluluğa ilişkin kararların gerekçelerinde tutuklamanın ön şartı olan kişinin suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunduğu, tutuklama nedenlerinin ve tutuklamanın neden ölçülü olduğunun ortaya konulması gerekmektedir (*Halas Aslan*, §§ 74, 75).

197. Suç işlendiğine dair kuvvetli bir belirtinin bulunması, tutuklama için bir ön şart olup varlığını tutukluluğun her aşamasında korumalıdır. Başlangıçtaki bir tutuklama için, kuvvetli belirtinin bulunduğu tüm delilleriyle birlikte ortaya konulması her zaman mümkün olmasa da (*Mustafa Ali Balbay*, § 73) 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, suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin bulunduğu somut olgularla birlikte açıklanması gerekir. Tutukluluğun herhangi bir aşamasında kişinin tutuklu olduğu suç yönünden kuvvetli belirtiyi gösteren olgular ortadan kalkmışsa artık tutmanın meşru bir amacının bulunduğu söylenemez (*Halas Aslan*, § 76).

198. Başlangıçtaki bir tutuklama için Anayasa ve Kanun'da öngörülen tutuklama nedenlerinin dayandığı tüm olguların somut olarak belirtilmesi -işin doğası gereği- her zaman mümkün olamasa da (*Selçuk Özdemir*, §

68) 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).

199. Son olarak tutukluluğun devamına ilişkin kararlarda tutuklamanın ölçülü olduğuna ilişkin olguların, özellikle tutuklamaya göre temel hak ve özgürlüklere daha hafif etkide bulunan adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kaldığının ortaya konulması gerekir(*Halas Aslan*, § 79). Ayrıca 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).

200. 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 suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin ve tutuklama nedenlerinin varlığı ve tutuklamanın ölçülülüğü bağlamında ilgili ve yeterli olup olmadığını, ayrıca soruşturma/kovuşturma süreçlerinde yukarıda belirtilen özen yükümlülüğüne uyulup uyulmadığını incelemek Anayasa Mahkemesinin görevidir. Bu denetim sonunda tutukluluğa ilişkin gerekçelerin 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 ulaşılabacaktır (*Halas Aslan*, §§ 82, 83).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

201. Başvurucu, darbe teşebbüsünün savuşturulduğu sırada (16/7/2016 tarihinde) gözaltına alınmış ve Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğinin 20/7/2016 tarihli kararıyla silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan tutuklanmıştır.

Bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvurunun tutukluluk hâli devam etmektedir. Buna göre başvurunun tutukluluk süresi yaklaşık 1 yıl 9 aydır.

202. Başvurucu -kamu makamlarınca ve yargı organlarınca darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu değerlendirilen- FETÖ/PDY'nin yüksek mahkemelerdeki örgütlenmesinde yer aldığı ve örgütün hiyerarşisi içinde örgüt yöneticilerinden gelen talimatlar uyarınca hareket ettiği iddiasıyla yürütülen bir soruşturma kapsamında tutuklanmıştır. Başvurucunun isnat edilen suç yönünden kuvvetli suç şüphesi altında olduğu sulh ceza hâkimlikleri ve Yargıtay ceza daireleri tarafından verilen tutukluluğa ilişkin kararlarda açıkça belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesince de başvurunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiası incelenirken suç işlediğine dair kuvvetli belirtilerin bulunduğu sonucuna varılmıştır (bkz. §§ 150-155). Başvurucu hakkındaki tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarında atıf yapılan ve/veya soruşturma dosyasında bulunduğu ifade edilen delillerin içeriği dikkate alındığında -tutukluluğun ön şartı olan- suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin bulunduğuna ilişkin olarak anılan kararların ilgili ve yeterli olduğu değerlendirilmiştir.

203. Öte yandan sulh ceza hâkimliklerinin ve Yargıtay ceza dairelerinin tutukluluğun devamı kararlarının gerekçelerinde yer alan tutuklama nedenlerine ve ölçülülüğe ilişkin açıklamalar incelendiğinde kaçma şüphesine, delillerin karartılması ihtimalinin bulunmasına, isnat edilen suçun 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve Kanun gereği "tutuklama nedeni varsayılabilen" suçlar arasında olmasına, suça göre tutuklama tedbirinin ölçülü/orantılı olmasına, adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağına dayanıldığı görülmektedir (bkz. §§ 27-29, 36, 42).

204. Türk yargı organlarınca; FETÖ/PDY'nin 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, bu doğrultuda mevcut idari sisteme paralel şekilde örgütlenen bir terör örgütü olduğu kabul edilmektedir (İlgili kararların bir kısmı için bkz. § 31; *Selçuk Özdemir*, §§ 20, 21; *Alparslan Altan*, § 10).

205. FETÖ/PDY, bir taraftan başta eğitim ve din olmak üzere farklı sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda yasal faaliyetlerde bulunurken diğer taraftan 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 niteliğindedir. FETÖ/PDY, yargı organları da dâhil olmak üzere neredeyse ülkedeki bütün kurum ve kuruluşlardaillegal bir biçimdeörgütlenmiştir. Bu örgütlenmenin başlıca özellikleri hiyerarşi temelinde ve hücre tipi bir sistemle gerçekleştirilmesi, itaat ve teslimiyet anlayışıyla hareket edilmesi, kendisine kutsallık atfetmesi ve gizliliği esas almasıdır. FETÖ/PDY mensubu 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 bulunmaktadır. FETÖ/PDY'nin kamu kurum ve kuruluşlarındaki 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/imam) iradesiyle vuku bulmasıdır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26).

206. FETÖ/PDY'nin yargı organlarındaki örgütlenmesinin de bu temelde olduğu; FETÖ/PDY mensubu hâkim ve savcılara sosyal hayatlarındaki tutum ve davranışlarının nasıl olacağından görevlerini yaparken hangi yönde karar vereceklerine, siyasal tercihlerinden kurum içindeki seçimlerde kimlere oy vereceklerine kadar yaşamlarının her alanını dizayn etmeye yönelik telkin ve talimatların örgüt içindeki üstlerince büyük bir gizlilik içinde iletildiği görülmektedir (bkz. § 16).

207. Başvurucuya isnat edilen suçlamanın niteliği, başvurucunun üyesi olduğu iddia edilen terör örgütünün (FETÖ/PDY'nin) yukarıda ifade edilen örgütlenme biçimi ve işleyişi, soruşturma/kovuşturma konusu edilen olayların özellikleri birlikte 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.

208. Diğer taraftan soruşturma mercilerince, darbe teşebbüsünün başlamasıyla birlikte doğrudan darbe teşebbüsüyle bağlantılı eylemlere veya FETÖ/PDY'nin -yargı organları da dâhil olmak üzere- kamu kurumlarındaki örgütlenmesinin yanı sıra eğitim, sağlık, ticaret, sivil toplum ve medya gibi farklı alanlardaki yapılanmasına ve faaliyetlerine yönelik olarak da soruşturmalar yapılmış ve bu soruşturmalar çerçevesinde çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulanmıştır. Anılan türdeki soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre daha zor ve karmaşık olduğu hatırdı tutulmalıdır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 52).

209. Bu kapsamda FETÖ/PDY'nin yüksek mahkemelerdeki örgütlenmesine yönelik olarak yürütölen soruşturmada, yapılanmanın bu mahkemelerden sorumlu sivil yöneticilerinin (imamlarının) tespitine ve yapılanmaya mensup olduğu değerlendirilen -başvurucunun da aralarında bulunduğu- yargı mensupları ile bu sivil yöneticiler arasındaki ilişkiye dair araştırmalar yapılmıştır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinde görev yapmış olan bazı raportörlerin şüpheli ve tanık olarak beyanlarına başvurulmuş, FETÖ/PDY mensuplarının kendi aralarındaki haberleşme için kullandıkları değerlendirilen “ByLock” programı (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 106) üzerinden yapılan görüşmelerin içeriğine dair tespitlerde bulunulmuş, ayrıca başvurucu da dâhil olmak üzere FETÖ/PDY ile bağı olduğu değerlendirilen çok sayıda yüksek mahkeme üyesinin, diğer yargı mensuplarının ve FETÖ/PDY'nin yargıdan sorumlu yöneticilerinin (imamlarının) telefon sinyal bilgilerinin uyuşup uyuşmadığına yönelik araştırmalar yapılmıştır.

210. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca Yüksek Mahkeme üyeleri hakkında yürütölen soruşturmanın sonunda -ilgili Yargıtay Ceza Dairesinde kamu davası açılmak üzere- fezlekeler düzenlenerek soruşturma dosyaları Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Başvurucu hakkında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianame, Yargıtay 9. Ceza Dairesince kabul edilmiş ve kovuşturma aşaması başlamıştır.

211. Başvurucunun üyesi olduğu iddia edilen örgütün özellikleri, bu örgütün yargıdaki yapılanmasının boyutu ve faaliyetlerinin niteliği, bu türdeki soruşturmaların yürütölmesinin -diğer soruşturmalara göre- zorluğu, her bir aşamada elde edilen bulguların yeni birtakım araştırmalar

yapmayı gerektirebilmesi, başvuru hakkındaki soruşturmada örgütle bağı olduğu değerlendirilen diğer kişilerin kullandıkları farklı iletişim araçlarındaki olguların her bir kişi yönünden tespit ve değerlendirilmesi zorunluluğunun bulunması, çok sayıda kişinin uzun bir süreçteki telefon sinyal bilgilerinin eşleştirilmesi gibi toplanması güç delillerin bulunması dikkate alındığında genel olarak soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin yürütülmesinde bir özensizlik gösterildiği tespit edilmemiştir.

212. Başvuru hakkındaki tutukluluğun devamına ilişkin kararların gerekçelerinin hürriyetten yoksun bırakılmanın meşru nedenlerinin belirtilmesi bakımından ilgili ve yeterli olması ve soruşturma/kovuşturma sürecinin yürütülmesinde bir özensizliğin tespit edilmemiş olması dikkate alındığında yaklaşık 1 yıl 9 aylık tutukluluk süresinin makul olduğu sonucuna varılmıştır.

213. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın ve 19. maddesinin yedinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

214. Buna göre başvuru hakkındaki 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.

4. Tutukluluk İncelemelerinin Hâkim/Mahkeme Önüne Çıkarılmaksızın Yapıldığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

215. Başvuru; tutuklanmasına karar verildiği tarihten itibaren tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapıldığını, tahliye taleplerinin ve tutukluluğa yönelik itirazlarının da dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda reddedildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

216. Bakanlık görüşünde, soruşturma sürecinde gerek sulh ceza hâkimlikleri gerekse Yargıtay Ceza Dairesi tarafından yapılan tutukluluk incelemelerinin 668 sayılı KHK'nın 3. maddesi uyarınca dosya üzerinden

yapıldığı belirtilmiştir. Bakanlık, Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararına atıfla olağanüstü dönemin koşullarında başvurunun tutukluluk incelemelerinin dosya üzerinden yapılmasının hukuka uygun olduğu görüşündedir.

b. Değerlendirme

217. 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.”

218. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Bu itibarla başvuruçunun bu bölümdeki iddiasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

219. Başvuruçunun tutuklanmasına neden olan suçlama, Türkiye’de olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren temel olay olan 15 Temmuz darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen ve silahlı bir terör örgütü olduğu kabul edilen FETÖ/PDY üyesi olduğuna ilişkindir. Başvuruçunun tutukluluk sürecinde olağanüstü hâl devam etmiştir. Bu itibarla başvuruçunun tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın 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 (bkz. §§ 110-113).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

220. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun bu kısmının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

iii. Esas Yönünden

(1) Genel İlkeler

221. 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 (*Mehmet Haberal*, § 122).

222. 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 (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 328).

223. 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).

224. 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 Yaygın*, B. No: 2013/1279, 30/12/2014, §§ 29, 30).

225. 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).

226. 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; *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 333).

227. 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 müdafinin 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 müdafinin dinlenilmesi gerekmektedir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 334).

228. 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

229. Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 20/7/2016 tarihinde başvurunun sorgusu yapılmış, başvuru -müdafiiyle birlikte- sorgu sırasında hem kendilerine isnat edilen suçlamalara karşı hem de Savcılık tarafından yapılan tutuklama talebine karşı savunmalarını sözlü olarak ifade etmiştir.

230. Başvurucunun tutuklanmasından sonra gerek tahliye talebinde bulunması üzerine gerekse resen yapılan tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak gerçekleştirildiği, başvurunun bu süreç içinde hâkim/mahkeme önüne çıkarılmadığı görülmektedir. Başvurucunun tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarına yönelik itirazları da itiraz mercilerince dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda karara bağlanmıştır. Nitekim Bakanlık görüşünde de bu süreçte tutukluluk incelemelerinin duruşmalı olarak yapılmadığı ifade edilmiştir.

231. Buna göre başvurunun tutukluluk durumu, tutuklanmasına karar verildiği 20/7/2016 tarihinden itibaren duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirilmiştir. Başvurucunun bu süreçte tutukluluğa yönelik itirazlarını, tutuklanmasına dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını, tahliye taleplerini hâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirmesi mümkün olmamıştır. Dolayısıyla başvurunun tutukluluk durumunun yaklaşık yirmi bir ay boyunca duruşmasız olarak incelenmesi olağan dönemde “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri ile bağdaşmamaktadır (Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri, § 341*).

232. Nitekim Anayasa Mahkemesi, daha önce verdiği kararlarda başvuruçuların tutukluluk durumunun 7 ay 2 gün (*Mehmet Halim Oral*, B. No: 2012/1221, 16/10/2014, § 53; *Ferit Çelik*, B. No: 2012/1220, 10/12/2014, § 53) ve 3 ay 17 gün (*Ulaş Kaya ve Adnan Ataman*, B. No: 2013/4128, 18/11/2015, § 61) boyunca duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirilmesinin Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

233. Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun tutukluluk durumunun yirmi bir ay boyunca duruşmasız olarak dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirilmesi ve bu süreç içinde hâkim/ mahkeme önüne çıkarılmaması 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

234. Anayasa'nın 15. maddesine 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 yükümlülöklere aykırı bulunmaması ve durumun gerektirdiği ölçüde olması gerekir. Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın 15. maddesine göre yapılacak inceleme bu ölçütlerle sınırlı olacaktır. Mahkeme bu incelemenin usul ve esaslarını ortaya koymuştur (*Aydın Yavuz ve diğçerleri*, §§ 192-211, 344).

235. 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. Dolayısıyla bu hak yönünden olağanüstü hâllerde Anayasa'daki güvencelere aykırı tedbirler alınması mümkündür (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 196, 345).

236. Ayrıca anılan hakkın milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük olarak insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden özellikle Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 4. maddesinin (2) numaralı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 15. maddesinin (2) numaralı fıkralarında ve bu Sözleşme'ye ek protokollerde dokunulması yasaklanan çekirdek haklar arasında olmadığı gibi somut olayda başvurusunun 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 (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 199, 200, 346).

237. Diğer taraftan başvurusunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik olarak tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılması suretiyle gerçekleştirilen müdahalenin Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında "durumun gerektirdiği ölçüde" olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Bu tespit yapılırken elbette ülkemizde olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren durumun özellikleri ile olağanüstü hâl ilanı sonrasında ortaya çıkan ve süreç içinde değişen koşulların yanı sıra hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın hürriyetten yoksun kalınan süre de dikkate alınacaktır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 349).

238. Darbe teşebbüsü sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde 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 tahliye taleplerinin en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanacağı düzenlenmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 352). 667 ve 668 sayılı KHK'ların daha sonra (sırasıyla 18/10/2016 ve 8/11/2016 tarihlerinde) yasalaştığı görülmektedir (bkz. §§ 69, 70).

239. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen silahlı terör örgütüne üye olma suçu 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 başvurucunun tutuklanması sonrasında tutukluluk durumunun duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesi, 667 ve 668 sayılı KHK'lar ile getirilen ve sonrasında yasalaşan bu düzenlemeler doğrultusunda gerçekleştirilmiştir.

240. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde yer alan *"... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz."* şeklindeki kuralın olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahalelerin bireysel başvuruya konu edilemeyeceği anlamına gelmediğini değerlendirmektedir. Nitekim 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. 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 (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 180, 181). Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahale, olağanüstü hâl KHK'larına dayanılarak gerçekleştirilmiş olsa da bireysel başvuruya konu edilebilir.

241. Nitekim Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında darbe teşebbüsü kapsamındaki bir faaliyete katılmakla suçlanan

başvurucuların tutukluluk incelemelerinin 8 ay 18 gün boyunca duruşmasız olarak yapılmasının “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olup olmadığını incelemiştir. Anılan kararda, darbe teşebbüsü sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle veya FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu değerlendirilen çok sayıda kişi hakkında soruşturma başlatılması ve bunların önemli bir bölümü hakkında tutuklama tedbirine başvurulması, bu soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşık olması, yargı organları ve soruşturma mercilerinin öngörülemez şekilde ağır bir iş yükünü yönetmek zorunda kalmaları, darbe teşebbüsünün savuşturulmasından hemen sonra HSYK tarafından çok sayıda yargı mensubunun FETÖ/PDY ile ilgisi nedeniyle görevden el çektirilmesi ve meslekten çıkarılması, tutuklu kişilerin serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla bir yargı merciine başvurma haklarının ve tutuklama, tahliye talebinin reddi ve tutukluluğun devamı kararlarına karşı itiraz yoluna başvurabilme imkânlarının -olağanüstü hâl döneminde de- korunmuş olması ve tutukluluğun resen en geç otuzar günlük süreler itibarıyla incelenmesine devam edilmesi, yardımcı adliye personelinin, kolluk görevlilerinin, ceza infaz koruma memurlarının, jandarma ve emniyet görevlilerinin önemli bir bölümünün de FETÖ/PDY ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmış veya uzaklaştırılmış olması gibi olgular dikkate alınarak olağanüstü dönemin koşullarında başvurucuların tutukluluk incelemeleri kapsamında 8 ay 18 gün boyunca hâkim/mahkeme önüne çıkarılmamalarının “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olduğu sonucuna varılmıştır. Mahkeme bu nedenle Anayasa’nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde başvurucuların kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§350-359).

242. Bununla birlikte somut olayda başvurunun tutukluluk incelemeleri kapsamında hâkim/mahkeme önüne çıkarılmadığı süre (21 ay) *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararında incelenen sürenin (8 ay 18 gün) iki katından fazladır.

243. Olağanüstü hâl sürecinde hâkim ve savcı sayısının artırılmasına yönelik olarak bazı tedbirler alınmıştır. Bu kapsamda mevcut hâkim ve savcı adaylarının stajları sonlandırılarak hemen mesleğe başlamaları

sağlanmış, ayrıca çok sayıda yeni hâkim ve savcı adayı alımına yönelik idari süreç başlatılmış ve adayların staj süreleri kısaltılmış, yine emekli olan veya istifa eden hâkim ve savcılarının mesleğe dönmelerine imkân tanınmıştır. Bu tedbirler sonucunda darbe teşebbüsü sonrası süreçte yaklaşık altı bin hâkim ve savcı göreve başlamış, böylelikle hâkim ve savcı sayısında önemli bir artış sağlanmak suretiyle olağanüstü hâl döneminde hâkim ve savcılarının meslekten çıkarılmasından kaynaklanan açık kapatılmıştır.

244. Ayrıca darbe teşebbüsüne ilişkin soruşturmaların tamamına yakını sonuçlandırılmış ve şüpheliler hakkında kovuşturma evresine geçilmiştir. Bu kovuşturmanın bir bölümünde ilk derece mahkemelerince karar da verilmiştir. Dolayısıyla darbe teşebbüsüyle bağlantılı davalarda önemli bir merhale katedildiği söylenebilir. Öte yandan -doğrudan teşebbüsle bağlantılı olmamakla birlikte- FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturmalar kapsamında haklarında tutuklama tedbirine başvuru olan kişiler yönünden de soruşturmaların önemli bir bölümünün sonuçlandırıldığı hatta ilk derece mahkemeleri ve bölge adliye mahkemelerince kararlar vermeye başlandığı bilinmektedir. Yine özellikle FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan tutuklanan şüphelilerin bir kısmının tahliye edildiği veya haklarında mahkûmiyet hükmü verilerek suç isnadına bağlı tutulma hâllerinin sona erdiği görülmektedir.

245. Bu durumda başvuruunun tutukluluk incelemelerinin yaklaşık yirmi bir ay boyunca hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılmasının “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olup olmadığı değerlendirilirken hâkim/mahkeme önüne çıkarılmama süresiyle birlikte olağanüstü dönemin süreç içinde değişen bu koşullarının da dikkate alınması gerekmektedir.

246. Yukarıda belirtilen hâkim ve savcı sayısının artırılmasına, darbe teşebbüsü ve FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturma ve kovuşturma süreçlerindeki ilerlemelere ilişkin süreçlerin aşamaları başta olmak üzere olağanüstü hâl sürecindeki gelişmeler birlikte dikkate alındığında özellikle darbe teşebbüsü, FETÖ/PDY ve terörle ilgili olarak yürütölen soruşturma ve/veya kovuşturmalarda tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılmasının ve tutukluluğun dosya üzerinden verilen kararlarla devam ettirilmesinin on sekiz aya kadar “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olarak kabul edilebileceği değerlendirilmiştir.

247. Ancak bu değerlendirmenin 21/7/2016 tarihinde ilan edilen olağanüstü hâlin başlangıcından bugüne kadarki koşulların ve bu koşullardaki değişikliklerin dikkate alınması sonucu yapıldığı göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla bu değerlendirme, soruşturma ve kovuşturma mercilerinin bundan sonra her zaman tutukluluk incelemelerini on sekiz ay boyunca dosya üzerinden yapmalarına imkân sağlayan açık bir ruhsat olarak görülmemelidir.

248. Bununla birlikte mevcut durumda olağanüstü hâlin devam ettiği ve darbe teşebbüsü veya FETÖ/PDY ile bağlantılı davaların büyük bir bölümünün derdest olduğu dikkate alındığında tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılabileceği, sürelerin olağan döneme göre daha uzun olmasının da otomatik olarak “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir mahiyetinde olmadığı söylenemez. Anayasa Mahkemesi; her bir başvuruda somut olayın koşullarını, tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapıldığı süreyi ve olağanüstü hâl döneminde bu süre içindeki yaşanan gelişmeleri dikkate alarak bir değerlendirme yapacaktır.

249. Bu durumda silahlı terör örgütü (FETÖ/PDY) üyesi olma suçundan tutuklu bulunan başvurusunun tutukluluk incelemeleri kapsamında on sekiz ayı aşan bir süre boyunca hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaması ve tutukluluğa yönelik itirazlarını, tutuklamaya dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını, tahliye taleplerini hâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirmesine imkân tanınmaması “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olarak değerlendirilmemiştir.

250. Bu itibarla “olağanüstü hâl” döneminde temel hak ve özgürlüklerin kullanımının durdurulmasını ve sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa’nın 15. maddesinin başvurusunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik olarak tutukluluğun yirmi bir ay boyunca hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürülmesi şeklinde yapılan ve Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında belirtilen güvencelere aykırı olan bu müdahaleyi meşru kılmadığı değerlendirilmiştir.

251. Açıklanan gerekçelerle -Anayasa'nın 15. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde de- başvurunun Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

E. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

252. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir ...

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

253. Başvurucu, 2016/15637 numaralı başvuruda 1.000.000 TL, 2017/35864 numaralı başvuruda ise 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

254. Başvuruda, tutukluluğun yirmi bir ay boyunca hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonrasında verilen kararlarla sürdürölmesi nedeniyle Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Bu ihlal kararı, başvurunun serbest bırakılması gerektiği anlamına gelmemektedir.

255. Bununla birlikte başvurunun tutukluluk incelemesi kapsamında karar tarihi itibarıyla hâkim/mahkeme önüne çıkarılmadığı görölmektedir. Anayasa Mahkemesince tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan

kaldırılması için başvurucunun tutukluluk incelemesi kapsamında hâkim/ mahkeme önüne çıkarılması gerekir. Bunun için kararın Yargıtay 9. Ceza Dairesine gönderilmesine karar verilmiştir.

256. Başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 3.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

257. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 497 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan 2.477 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Masumiyet karinesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

3. Özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

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

5. Tutuklamaya karşı itiraz hakkının etkin olarak kullanılamaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

6. Tutukluluğun makul süreyi aşması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

7. Tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. 1. Tutukluluğun makul süreyi aştığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE OYBİRLİĞİYLE,

2. Tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapıldığı iddiasına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ ve Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için Yargıtay 9. Ceza Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 3.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 497 TL harç ve 1.980 TL vekâlet ücretinden oluşan 2.477 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 12/4/2018 tarihinde karar verildi.

FARKLI GEREKÇE

8.11.2016 tarih 6755 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler İle Bazı Kurum Ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un (RG.24.11.2016, Sayı: 29898) "Soruşturma ve kovuşturma işlemleri" başlıklı 3. maddesinin (ç) bendinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve toplu işlenen suçlar bakımından **olağanüstü halin devamı süresince, "tahliye talepleri en geç otuzar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesi ile birlikte dosya üzerinden karara bağlanır"** denilmektedir. Yorumu gerektirmeyen bu açık hüküm karşısında, Sulh Ceza hâkimliklerinin, bu konuda açık talepler olsa dahi duruşma açarak tutuklamaya itirazları görüşebilmeleri mümkün değildir. Diğer bir deyişle, uygulama olarak, yetkili hâkimliklerin bu talepleri duruşmalı yapabilmeleri imkânı bulunmamaktadır. Ne var ki, 668 sayılı KHK'nin bu konuyu düzenleyen hükümleri 6755 Sayılı Kanunla kanunlaştığından, Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebileceği ve değerlendirilebileceğinde de kuşku yoktur. Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularının denetiminde Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadını evveliyetle gözönünde bulundurmakta ve bir yasal normun bunlarla uyum içerisinde olmaması halinde bu kuralı ihmal ederek bir sonuca varmaktadır. "Sistem sorunu" olarak nitelendirilebilecek bu hallerde "hak ihlâli" sözkonusu ise yerel ya da üst (istinaf ve yüksek yargı organları) mahkemelerden yapması beklenemeyecek hususlarda Anayasa Mahkemesi "haklar ve özgürlüklerin en üst güvencesi olan yargı mercii" olarak bu yetkisini kullanmakta ve hak ihlâli kararı verebilmektedir.

Başvurunun somutunda da böyle bir sorun sözkonusu olup, mevcut açık kural nedeniyle yerel inceleme mercilerinin (sulh ceza hâkimliklerinin), isteseler dahi tutuklamaya itiraz taleplerini "duruşma açarak" inceleyebilmeleri imkânı yoktur. Ancak, başvurucunun tutuklu kaldığı sürenin uzunluğu, Anayasa'nın 19. maddesinin 8. fıkrasının sağladığı güvence ve AİHM'nin bu konudaki istikrarlı uygulaması gözetildiğinde; kuralın Anayasanın 15. maddesinin imkân verdiği hak kısıtlaması imkânının

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

“durumun gerektirdiği ölçüde” olması kriterini karşılamaktan uzak olduğu, dolayısıyla Mahkememizin benzer uygulamaları doğrultusunda, işaret edilen kuralın ihmali suretiyle hak ihlali kararı verilmesinin gerektiği sonucuna ulaşmak gerekir.

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 19/8. maddesinin ihlâl edildiği sonucuna bu farklı gerekçe ile katılıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞI OY

2016/15637 numaralı bireysel başvuruya ilişkin olarak 12.04.2018 günü verilen kararın Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne dayalı “Tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapıldığı iddiası” bakımından Anayasa’nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİğİNE” ilişkin kısmına aşağıda açıklayacağımız nedenlerle iştirak edilememiştir.

Başvurunun incelendiği tarih itibarıyla ülkede olağanüstü hal uygulaması devam etmektedir ve 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/yükümlölük azaltma) beyanında bulunmuştur. Olağanüstü halin uzatılmasına ilişkin kararlar da Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirilmiştir. Ayrıca, tutukluların tahliye taleplerini ve tutukluluk incelemelerini değerlendiren hâkimlerin/ mahkemelerin önünde, onları bağlayıcı, “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.” hükmünü ve “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. ...” hükmünü içeren pozitif düzenlemeler bulunmaktadır.

Bununla birlikte, çoğunlukça, olağanüstü hâl sürecinde hâkim ve savcı sayısının artırılmasına yönelik olarak bazı tedbirler alındığı, mevcut hâkim ve savcı adaylarının stajlarının sonlandırılarak hemen mesleğe başlamalarının sağlandığı, çok sayıda yeni hâkim ve savcı adayı alımına yönelik idari süreç başlatıldığı, adayların staj sürelerinin kısaltıldığı, emekli olan veya istifa eden hâkim ve savcıların mesleğe dönmelerine imkân tanındığı, bu tedbirler sonucunda da darbe teşebbüsü sonrası süreçte hâkim ve savcı sayısında önemli bir artış sağlanmak suretiyle olağanüstü hâl döneminde hâkim ve savcıların meslekten çıkarılmasından kaynaklanan açıkların kapatıldığı, darbe teşebbüsü ve FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde önemli ilerlemeler gerçekleştirildiği hususları da gözetilerek darbe teşebbüsü, FETÖ/PDY ve terörle ilgili olarak yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturmalarda tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılmasının ve tutukluluğun dosya üzerinden verilen kararlarla devam ettirilmesinin 18 aya kadar “durumun gerektirdiği ölçüde” bir tedbir olarak kabul edilebileceği, 18 ayı geçen sürelerin ise makul ve kabul edilebilir olmadığı değerlendirilmiştir.

Oysa, olağanüstü hâl süresince hâkim ve savcı sayısının artırılmasına yönelik olarak bazı tedbirler alınmış ise de, tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme huzuruna çıkarılarak yapılması işi, sadece hâkim ve savcı sayısı ile ilgili olmayıp, konunun başta güvenlik sorunu olmak üzere, hâkim savcı sayısı artırılmış olmakla birlikte dava ve uyuşmazlık sayısının da arttığı, tutukluların kaldıkları ceza ve tutukevlerinden mahkemelere

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

getirilip götürölmelerinde görev alacak araç ve personel imkanları ile belirtilen kapsamdaki tutuklu sayısının fazlalığı gibi başkaca boyutları ve etkileyenleri de bulunmaktadır. Ayrıca, darbe teşebbüsüne ilişkin davaların büyük bir bölümünün ilk derece mahkemelerinde devam ediyor olması, FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan yapılan soruşturma ve kovuşturmaların çoğunun derdest olması, olağanüstü halin ilk ilan edildiğı dönemi izleyen dönemlerdeki koşulların ortadan kalkmadığına işaret etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, olayda, başvurucunun, tutuklanmasına karar verildiğı tarihten itibaren tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak yapılmasının, tahliye taleplerinin ve tutukluluğa yönelik itirazlarının dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda reddedilmesinin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal etmediğı sonucuna ulaştığımızdan kararın bu kısmına katılmıyoruz.

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MEHMET BAYDAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/16308)

Karar Tarihi: 12/4/2018

GENEL KURUL KARAR

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Serruh KALELİ 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	: Melek KARALİ SAUNDERS
Başvurucu	: Mehmet BAYDAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bir suç isnadı olmaksızın davet üzerine gidilen polis merkezinde insan haysiyetiyle bağdaşmayan muameleye maruz kalınması ve bu olayla ilgili olarak etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedenleriyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/10/2014 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.
8. İkinci Bölüm tarafından 22/2/2018 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 ilgili olaylar özetle şöyledir:
10. Başvurucu 11/4/2013 tarihinde, saat 19.00 civarında telefonla aranmış ve Çorlu Cumhuriyet Polis Merkezi Amirliğine (Polis Merkezi/Merkez) davet edilmiştir.
11. Kendi ifadesine göre başvurucu, davete icabet ederek eşiyile birlikte Polis Merkezine gitmiş; burada üç sivil polis memuru tarafından Merkezin

iç kısmında kapalı bir bölümde uzun bir süre tutulmuş; bu sırada kendisine bu kişiler tarafından hakaret ve tehditlerde bulunulmuştur. Olayla ilgili olarak herhangi bir tutanak tutulmaksızın başvuru, eşiyle birlikte Merkezden ayrılmıştır.

12. Başvurucunun beyanının hilafına olayla ilgili olarak polis memurları tarafından tutulmuş bir tutanağın tahkikat dosyasında yer aldığı anlaşılmaktadır. Polis memurları M.H.N., G.G. ve S.T. tarafından imzalanan ve başvuru tarafından imzadan imtina edilen “*Tutanak*” başlıklı bu belgede şu hususlar kayıtlıdır:

“11.4.2013 günü saat 19.00 sıralarında R[...] hastanesinde bulunduğumuz sırada [...] 1977 doğ. M[...] ve M[...] Kızı A[...] C[...] A[...] isimli şahıs ile görüşülmüş tarafımıza yapmış olduğu sözlü beyanda “Mehmet BAYDAN isimli bir şahsın kendisinin email hesabına yazı gönderdiğini, yazılarda kendisini sürekli aramak ve mesaj göndermekle tehdit ettiğini ve evli olduğunu bildiğini ve Mehmet BAYDAN isimli şahsın da evli olduğunu belirttiğini ancak eşinden gizli yazdığını söylediğini, yazısının ekinde kendisine şiir yazarak gönderdiği şiirleri okuduğunda içeriğinde çok sayıda müstehcen ve cinsel temalı ibareler olduğunu, bu konudan dolayı çok korktuğu şeklinde tarafımıza ihbarda bulunması üzerine A[...] C[...] A[...] isimli şahıs konu hakkında resmi müracaatının alınabilmesi için Polis Merkezine yönlendirilmiş, konu ile ilgili olarak Mehmet BAYDAN isimli şahıs 0 530[...]40 nolu telefon ile aranarak konu hakkında Polis merkezine davet edilmiş, Cumhuriyet polis merkezi amirliğine eşi ile birlikte gelen T.C [.....] nolu [.....]doğ. [.....] oğlu Mehmet BAYDAN isimli şahıs ile eşinin yanında olması dolayısı ile şahıs eşinin yanından ayrı bir odaya davet edilmiş konu hakkında kendisine bilgi verilmiş, Mehmet BAYDAN isimli şahıs tarafımıza “akli dengesinin yerinde olmadığını ve bu konuda raporunun bulunduğunu eşinin de kendisine vasi olarak tayin edildiğini ancak bu konudan eşinin bilgisinin olmasını istemediğini” beyan etmesi üzerine A[...] C[...] A[...] isimli şahıs ile telefon ile görüşülerek “Mehmet BAYDAN isimli şahsın Polis merkezine geldiğini kendisinin de müracatta bulunması gerektiği söylenmiş, telefon ile yapmış olduğu beyanında “olaydan dolayı rahatsızlandığını eşinde evde olduğunu şu anda müracata gelemeyeceğini, en kısa sürede Polis merkezine gelerek müracatta

bulunacağını beyan etmesi” üzerine Mehmet BAYDAN isimli şahısa konu hakkında herhangi bir şikayetin olup olmadığı sorulmuş herhangi bir müracaatının veya şikayetin söz konusu olmadığını akli dengesinin yerinde olmadığı için imza atamayacağını eşinin de konu hakkında bilgi sahibi olmaması açısından imzalatamayacağını beyan etmesi üzerine konu hakkında herhangi bir işlem tesis edilmeden Polis Merkezi amirliğinden gönderilmiştir.

Bu tutanak tarafımızdan tanzimle altı birlikte imza altına alınmıştır.11.04.2013 saat:17.20

[...]”

13. Başvurucu 15/4/2013 tarihinde, Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığına (Savcılık) başvurarak haksız yere çağrıldığı Merkezde hakarete maruz kaldığını, tehdit edildiğini, tüm görevlilerin buna tanık olduğunu, olayın yarattığı travmanın mevcut ruhsal rahatsızlığını şiddetlendirdiğini belirterek Polis Merkezindeki görevlilerden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu olaya dair duygularını da içeren dört sayfalık oldukça ayrıntılı beyanını şikâyet dilekçesine eklemiştir.

14. Savcılık, Çorlu İlçe Emniyet Müdürlüğüne yazdığı 17/4/2013 tarihli müzekkereyle başvurunun iddiaları doğrultusunda konu ile ilgili araştırma yapılmasını, başvurunun Polis Merkezine çağrılıp çağrılmadığının tespit edilmesini, olay gününe ait karakolda bulunan kamera görüntülerinin CD ortamına aktarılmasını, başvurunun kendisini tehdit ettiğini ileri sürdüğü polis memurlarının tespiti ile şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alınmasını, olayın görgü tanıklarının celp edilerek olay hakkında bilgi ve görgülerinin nelerden ibaret olduğunun sorulmasını talep etmiş; bu hususlarda ikmal edilecek evrakın geciktirilmeksizin Savcılıklarına gönderilmesi yönünde talimat vermiştir.

15. Aynı gün, başvurunun karakola çağrılmasına yol açan eylemle ilgili olarak cinsel taciz (sarkıntılık), kişinin huzur ve sükûnunu bozma suçu kapsamında başvurunun şüpheli, A.C.A.nın mağdur/müşteki olduğu tahkikat evrakı İlçe Emniyet Müdürlüğüne Savcılığa gönderilmiştir. Anılan evrakta, suç tarihi ve müştekinin müracaat tarihi olarak 16/4/2013 tarihine yer verilmiştir.

16. 17/5/2013 tarihli Polis Merkezi amiri imzasını içeren yazıyla, Savcılığa 17/4/2013 tarihli müzekkereleri ile ilgili tahkikat evrakının yazı ekinde gönderildiği bildirilmiştir. Bu evrak içinde, olayla ilgili bilgi ve görgüsüne başvuru olan Polis Merkezinde olay akşamı görevli H.E. ve Y.M.nin ifadelerinin yanı sıra olayın faili olarak tespit edilen ve talimat uyarınca şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alınmış olması gereken G.G., M.H.N. ve S.T. isimli polis memurlarının imzalarını içeren *“ifade[lerinin] C.Savcısınca alınacağından dolayı ifade[lerinin] alınamadığı....”*na dair kimlik tespit tutanaklarına da yer verilmiştir.

17. Merkezde görevli H.E. ve Y.M. adlı polis memurları ifadelerinde; olay günü 19.00 sıralarında görevlerine başladıklarını, 19.30 sıralarında başvuru olan yanıda bir bayanla birlikte Merkeze geldiğini, bir süre sonra Emniyet Müdürlüğü Çocuk Büro Amirliğinde çalışmakta olan şüphelilerin de Merkeze geldiğini, başvuru olan alarak avukat görüşme odasına geçtiklerini, içeride bir süre konuştuklarını, kendilerinin herhangi bir bağrışma, hakaretimiz konuşma duymadıklarını, başvuru olan güler yüzlü bir şekilde, el sallayarak Merkezden ayrıldığını belirtmişlerdir.

18.Savcılık 30/10/2013 tarihli müzekkeresiyle, Çorlu İlçe Emniyet Müdürlüğünden Kurumlarında görevli oldukları tespit edilen polis memurları G.G., M.H.N. ve S.T.nin ifadelerinin alınmasını teminen Savcılıklarına müracaatlarının sağlanması istemiş; 28/11/2013 tarihli müzekkereyle de aynı yere 22/11/2013 tarihinde adı geçenlerden M.H.N. dışındakilerin müracaatlarının sağlanmakla birlikte M.H.N.nin geçirdiği operasyondan dolayı raporlu olması nedeniyle ifadesinin alınmadığından bahisle ilgilinin raporunun hitamının ardından ifadesinin alınması amacıyla Savcılıklarına müracaatının temini yönünde talimat vermiştir.

19. Savcılık tarafından 25/7/2013 tarihinde Polis Merkezinde bulunan kameralardan alınan görüntülerin yüklü olduğu CD üzerinde inceleme yapmakla görevlendirilen bilirkişi, 31/10/2013 tarihinde hazırladığı raporunu soruşturma dosyasına sunmuştur. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden soruşturma dosyası kapsamında ulaşılamayan bilirkişi raporunun bir örneği talep üzerine Çorlu Cumhuriyet Başsavcılığınca başvuru dosyasına sunulmuştur. Bilirkişi raporunun on beşinci sayfasının *“B- İNCELEME SONUCU”* başlıklı kısmında şu hususlara yer verildiği görölmektedir:

“yukarıda ayrıntılı çözümü yapılan tüm videoların incelenmesi neticesinde;

Video görüntülerinde, video üzerindeki saate göre 19:42 sıralarında yukarıda ayrıntılı tarifi yapılan bir bayan ve bir erkek şahsın gelerek karakolun içerisindeki bankonun önündeki bekleme koltuklarında beklemeye başladıkları, 19:56 sıralarında biri koyu renk montlu, biri kahverengi deri montlu ve diğeri gri hırkalı ve gri hırkalinın arka cebinde kelepçe bulunması nedeniyle sivil polis oldukları düşünülen 3 şahsın karakola geldikleri, kahverengi deri montlu olan sivil memurun bekleyen şahsa kendisini takip etmesini işaret etmesi üzerine karakolun arka tarafında kamera açısı dışında kalan bir bölüme girdikleri, 20:16 sıralarında şahsın diğer üç sivil memurla birlikte odadan çıktığı ve sivil memurları eliyle selamlayarak bayan şahıs ile birlikte karakoldan çıktıkları, sivil memurların da 20:18 sıralarında karakoldan ayrıldıkları tespit edilmiştir.

CD içeriğinde başkaca bir unsura rastlanmamıştır.

...”

20. Şüphelilerden G.G. ve S.T.nin 22/11/2013 tarihinde, raporlu olan M.H.N.nin ise 1/4/2014 tarihinde ifadelerinin alınabildiği soruşturma dosyasında yer alan belgelerden anlaşılmıştır.

21. Savcılık 2/4/2014 tarihinde şüpheliler hakkında görevi kötüye kullanma, hakaret ve tehdit suçlarından kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“Müşteki Mehmet BAYDAN tarafından verilen şikayet dilekçesinde ve alınan beyanında, 11.04.2013 tarihinde saat 23:03 sıralarında kullanmakta olduğu telefona arama geldiğini, gelen aramada kendisini arayan bir şahsın polis memuru olduğunu ve Cumhuriyet Polis Karakoluna gelerek ifade vermesi gerektiğini söylediğini, bunun üzerine eşi ile birlikte yaklaşık 15-20 dakika sonra karakola gittiklerini, eşi ile bir süre bekledikten sonra kendisini[...]ifade odasının yan tarafında bulunan her tarafı kapalı penceresi dahi olmayan bir odaya aldıklarını, oda da bulunan iki polis memurunun kendisine [...]@gmail adresinin kendisine

ait olup olmadığını sorduklarını, kendisini ait olduğunu söylediğini, bunun üzerine polis memurlarının kendisine hitaben “kes lan A[....] A[....]’yı neden taciz ediyorsun seni işten attırırız başına çorap öreriz, kocası seni sokaklarda rahat mı bırakacak sanıyorsun, onun kocası polis seni içeri attırırız” şeklinde sözlerle hakaret ve tehdit ettiklerini, sonrasında hakkında herhangi bir tutanak tutmadıklarını ya da ifadesini almadıklarını, vasi kararının olduğunu, vasisinin eşi olan S[....] BAYDAN olduğunu, bu şekilde kendisine hakaret ve tehdit eden, hakkında herhangi bir işlem yapmayarak görevini ihmal eden ve bu olaya tanık olan ancak müdahale etmeyen polis memurlarından şikayetçi olduğunu beyan ettiği,

Çorlu İlçe Emniyet Müdürlüğü’ne yazılan cevabi yazıdan olay günü Cumhuriyet Polis Karakolunda görevli polis memurlarının şüpheliler G[....] G[....], S[....] T[....], M[....] H[....] N[....] olduğunun tespit edildiği,

Şüpheli polis memurları[nın]....alınansavunmalarında, olay günü adli bir konudan dolayı [....] R[....] Hastanesinde bulundukları sarıda A[....] C[....] A[....]’nın yanlarına gelerek Mehmet BAYDAN’ın kendisini mail yoluyla rahatsız ettiğini ve şikayetçi olacağını ancak işi sebebiyle resmi müracaata biraz geç geleceğini söylediğini, bunun üzerine Mehmet BAYDAN’ı telefon ile arayarak karakola davet ettiklerini, Mehmet BAYDAN’a hakkındaki şikayet nedeniyle bilgi verecekleri sırada Mehmet BAYDAN’ın yanında eşi olması sebebiyle ayrı görüşmek istediğini söylediğini, bunun üzerine Mehmet BAYDAN’ı ayrı bir odaya davet ettiklerini, Mehmet BAYDAN’a hakkındaki şikayetten bilgi verdiklerini, aynı zamanda A[....] C[....] A[....]’ı da arayarak karakola ne zaman geleceğini sorduklarını, ancak A[....] C[....] A[....]’ın rahatsızlandığını bu yüzden gelemeyeceğini daha sonrasında resmi müracaat için gelebileceğini söylemesi üzerine, Mehmet BAYDAN’ı karakola davet etmeleri sebebiyle bu konuda tutanak tanzim ettiklerini, ancak Mehmet BAYDAN’ın kendilerine hakkında vasi kararı olduğunu, raporu olduğunu bu yüzden tutanağı imzalayamacağını, eşinin de olay hakkında bilgi sahibi olmaması için tutanağı imzalatmak istemediğini söylediğini, daha sonrasında da karakoldan ayrıldığını, üzerine atılı suçlamaları kabul etmediklerini beyan ettikleri,

Yapılan soruşturma sonucunda, dosya kapsamı, evrak münderecatı, müşteki, şüpheli ve tanık beyanından, kamera kayıtlarının incelenmesinden müştekinin iddiasının gerçeği yansıtmadığı, müştekinin akli melekelerinin yerinde olmadığı kısıtlı bulunduğu, şüphelilerin üzerlerine atılı suçu işlemedikleri anlaşılmakla,

...

22. Başvurucunun anılan karara yaptığı itiraz Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 18/6/2014 tarihli kararıyla, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın toplanan delillere uygun olarak verildiği ve soruşturmanın genişletilmesini gerektirecek eksiklik de bulunmadığı gerekçesiyle reddolunmuştur.

23. Kararın 12/9/2014 tarihinde tebliği üzerine 2/10/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

24. 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun "Adlî görev ve yetkiler" kenar başlıklı ek 6. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"Polis, bu maddede yazılı görevlerinin yanında, Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer mevzuatta yazılı soruşturma işlemlerine ilişkin görevleri de yerine getirir.

...

Edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alır.

Bir suç işlendiği veya işlenmekte olduğu bilgisini edinen polis, olay yerinin korunması, delillerin tespiti, kaybolmaması ya da bozulmaması için acele tedbirleri aldıktan sonra el koyduğu olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri derhal Cumhuriyet savcısına bildirir ve Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda işin aydınlatılması için gerekli

soruşturma işlemlerini yapar.

...

Polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapar, delilleri tespit eder, muhafaza altına alır ve incelenmek üzere ilgili yerlere gönderir.

...”

25. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri” kenar başlıklı 161. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Cumhuriyet savcısı, doğrudan doğruya veya emrindeki adlî kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir; yukarıdaki maddede yazılı sonuçlara varmak için bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir. Cumhuriyet savcısı, adlî görevi gereğince nezdinde görev yaptığı mahkemenin yargı çevresi dışında bir işlem yapmak ihtiyacı ortaya çıkınca, bu hususta o yer Cumhuriyet savcısından söz konusu işlemi yapmasını ister.

...”

26. 5271 sayılı Kanun’un “Adlî kolluk ve görevi” kenar başlıklı 164. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

“(1) Adlî kolluk; 4.6.1937 tarihli ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununun 8, 9 ve 12 nci maddeleri, 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun 7 nci maddesi, 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesi ve 9.7.1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun 4 üncü maddesinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade eder.

(2) Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adlî kolluğa yaptırılır. Adlî kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adlî görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.

...”

27. 12/10/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Kişilerin huzur ve sükununu bozma*" kenar başlıklı 123. maddesi şöyledir:

"Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması halinde, mağdurun şikayeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir."

B. Uluslararası Hukuk

28. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

29. Sözleşme'nin "*Özgürlük ve güvenlik hakkı*" kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir."

30. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 3. maddesi ile ilgili içtihadında insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının demokratik toplumların en temel değeri olduğunu vurgulamış; 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 ettiğini belirtmiştir. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden kamusal tehlike hâlinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediği kararlarda hatırlatılmıştır (*Selmouni/Fransa* [BD], 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 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).

32. AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesinin *tartışılabilir ve makul şüphe uyandıran* kötü muamele iddialarının etkin biçimde soruşturma yükümlülüğü getirdiğine dikkat çekmektedir (*Labita/İtalya*, § 131). İnsan hakları ihlalleri ile ilgili iddialarda soruşturma yükümlülüğünün mutlaka iddiayı kabul etme anlamına gelmediği ancak iddiaların ciddiye alınması ve adil bir sonucu garanti eden bir usulle soruşturulması gerektiği birçok kararda dile getirilmiştir (*Saçılık ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 43044/05, 45001/05, 5/7/2011, §§ 90, 91).

33. Öte yandan AİHM, Sözleşme'nin 5. maddesi ile ilgili içtihadında, maddenin (1) numaralı fıkrasında geçen *özgürlük* kavramının kişinin fiziksel özgürlüğünü kapsadığını belirtmektedir (*Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, 8/6/1976, § 58). AİHM'e göre özgürlükten yoksun bırakmanın nesnel ve öznel iki unsuru bulunmaktadır: 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. AİHM, özgürlükten yoksun bırakmanın öznel unsuru ile ilgili değerlendirmesinde özgürlük ve güvenlik hakkının demokratik toplumdaki önemini dikkate alarak bir kimsenin tutulmaya rıza göstermiş olmasının Sözleşme'nin 5. maddesinin sağladığı korumadan vazgeçtiği anlamına gelmeyeceğini kabul etmektedir. Kişinin belli bir yerde tutulmaya rıza göstermiş olmasına rağmen yine de Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiği durumlar olabilir (*De Wilde, Ooms and Versyp/Belgium*, B. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, 18/6/1971, § 65).

35. AİHM'e göre kişilerin fiziksel özgürlüğünün konu edildiği Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının amacı, hiç kimsenin özgürlüğünden keyfi bir biçimde mahrum bırakılmamasını güvence altına almaktır. Bu nedenle AİHM, her özgürlükten yoksun bırakma eyleminin ulusal hukukun esasa ve usule ilişkin kurallarına uygun olarak gerçekleştirilmekle kalmayıp aynı zamanda temel amacı bireylerin keyfi tutulmaya karşı korunması olan Sözleşme'nin 5. maddesine de uygun olması gerektiğine vurgu yapmaktadır. 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).

36. AİHM, bu bağlamda devletin fiilî bir durumu bu yönde tanımlaması veya tanımlamamasının özgürlükten yoksun bırakmanın var olup olmadığı hususunda belirleyici olamayacağını belirtmektedir (*Creanga v. Romanya* [BD], B. No: 29226/03, 23/2/2012, § 92).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 12/4/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayan Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu; hakkında suç isnadı veya herhangi bir kovuşturma olmadığı hâlde telefonla çağrıldığı Çorlu Cumhuriyet Polis Merkezinde işkence gördüğünü, görevli memurların kişisel bilgilerini edinerek bu bilgileri kendisine karşı tehdit ve şantaj unsuru olarak kullandıklarını, kendisini Merkezin kapalı bir bölümünde uzunca bir süre tuttuklarını, bu kişilerin Merkezde görevli olmamaları ve kendisi hakkında açıkça keyfi işlem yapmalarına rağmen konuyla ilgili olarak Savcılık makamına yaptığı suç duyurusu üzerine yürütülen soruşturmanın bu hususları tespit etmekten uzak olduğunu, olay dolayısıyla ruhsal bütünlüğünün zarar gördüğünü ve iki kez intihar girişiminde bulunduğunu belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkı ile insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının, ayrıca adil yargılanma hakkı ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Bakanlık, başvurunun Anayasa'nın kişi dokunulmazlığına ilişkin 17. maddesinin üçüncü fıkrası ile Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında incelenmesi, dile getirilen şikâyetlerin AİHM'in ve Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin içtihadı ışığında yorumlanması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

2. Değerlendirme

40. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

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, ř 16). Başvurucunun yaşam hakkı, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağı, adil yargılanma hakkı ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yönündeki iddialarının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

42. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

43. Başvurucu; hakkında geçerli bir suç isnadı veya kovuşturma olmaksızın çağırıldığı Polis Merkezinde kendisine insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamelede bulunduğunu, bu konuda yaptığı şikâyetinin etkili bir şekilde soruşturulmadığını belirterek Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

i. Genel İlkeler

44. Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmıştır. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında kimseye *işkence* ve *eziyet* yapılamayacağı, kimsenin *insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza* veya muameleye tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

45. Devletin bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin bu hakka müdahale etmemelerini yani anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen şekillerde kişilerin fiziksel ve ruhsal zarar görmelerine neden olmamasını gerektirir. Bu, devletin bireyin vücut ve ruh bütünlüğüne saygı gösterme yükümlülüğünden kaynaklanan negatif ödevidir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 81).

46. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası, mağdurların eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun insan haysiyetiyle bağdaşmayan 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).

47. Bununla birlikte her insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele iddiasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği korumadan ve Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerden yararlanması beklenmez. Bu bağlamda insan haysiyetiyle bağdaşmayan 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).

48. 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).

49. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen bu kavramlar arasında nitelik değil yoğunluk farkının bulunduğu görölmektedir. 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 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan *işkence*, *eziyet* ve *hakaret* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşıdığı anlaşılmaktadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 84).

50. 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 *insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele* veya *ceza* olarak tanımlanabilir. Eziyetten 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).

51. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmak da yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla bu maddenin ihlali sonucunu doğurma riskini taşıyabilir. Dolayısıyla bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, en azından *insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele* oluşturabilir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 91).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

52. Somut olayda 16/4/2013 tarihinde Asayiş Büro Amirliğinde polis memurları tarafından alınan ifadesindeki anlatıma göre başvurucu tarafından yazılı araçlarla taciz edildiğini ileri süren mağdur A.C.A.nın 11/4/2013 tarihinde taciz iddialarını çalıştığı hastanede yaptığı adli işlemler dolayısıyla tanıdığı şüphelilerden polis memuru G.G.ye aktarması üzerine

başlayan bir sürecin yaşandığı anlaşılmaktadır. Başvurucunun telefon numarasının mağdurun çalıştığı hastane kayıtlarından tespit edildiği yönünde tarafların beyanları bulunmaktadır. Başvurucu, şüphelilerden G.G.nin 22/11/2013 tarihli ifadesinde beyan ettiği telefon numarasından şikâyet konusu olayla ilgili olarak aranmıştır.

53. Tarafların olayla ilgili beyanları ve kamera kayıtlarının çözümü ile ilgili bilirkişi raporuna göre başvurucu 11/4/2013 tarihinde kendisine yapılan davete uyarak Polis Merkezine gitmiş ve burada 19.42 ile 20.16 saatleri arasında bulunmuştur. Başvurucu; eşiyle birlikte 19.42’de gittiği Merkezde, saat 19.56 ile 20.16 arasında üç sivil giyimli polisle birlikte kamera kaydının yapılamadığı bir ortamda baş başa kalmıştır.

54. Başvurucu; hakkında geçerli hiçbir suç ihbarı bulunmadığı hâlde çağrıldığı Merkezde hakaret ve tehdide maruz kaldığını, bunun sonucunda mevcut rahatsızlığının şiddetinin arttığını ve bu durumun kendisini iki kez intihara sevk ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, fiziksel bir şiddete maruz kaldığından şikâyet etmemektedir.

55. Başvurucunun yaşadığı olay sonrasında ruhsal durumunu gösterir gerek şikâyetini yönelttiği ve bu yönde talebini beyan ettiği Savcılık tarafından gerekse kendi inisiyatifiyle bir sağlık kuruluşundan aldığı herhangi bir rapor bulunmamaktadır.

56. Detaylara ilişkin algısının subjektif olabileceği değerlendirilmekle birlikte delillerle ortaya konulan oluş biçimine bakıldığında başvurucunun olaya ilişkin anlatımının genel hatlarıyla taraflarca teyit edilmiş olduğu görülmektedir. Buna göre göreceli olarak kısa sayılabilecek bir süre boyunca baş başa kaldıkları ortamda polis memurlarının kendisini tabi tuttukları muamelenin niteliği hakkındaki iddialarının ciddiye alınabilir olduğu yönünde kanaat oluşmakla birlikte -kamera kayıtlarından tespit edilen Polis Merkezinden ayrılırken yansıttığı genel durumu da gözönünde bulundurularak- başvurucunun burada kritik eşiği aşan bir muameleye tabi tutulduğu yönünde, maddi olgu ve olayların kanıtlanması ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesince benimsenen her türlü makul şüpheden uzak olma kriterine uygun bir tespitin yapılmasının olanaklı olmadığı görülmektedir. Bu durumda olayda Anayasa’nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının sağladığı

koruma yönünden değerlendirme yapılmasını gerektiren bir durumun varlığından bahsedilememektedir.

57. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

B. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

58. Başvurucu; çağrıldığı Polis Merkezinde haksız bir şekilde bir süre tutulduğunu belirterek Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

59. Bakanlık görüşünde, başvurucunun şikâyetlerinin temel olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında incelenmesi gerektiği belirtilmekle birlikte kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden de açıklamalara yer verilmiştir. Bakanlık; bir kişinin soruşturma kapsamında suç şüphesi ile tutulabilmesi için makul bir şüphenin bulunması gerektiğini, bu şartın gerçekleştiği durumlarda hakkında dava açılması için gerekli delilleri tespit etmek üzere ifadesini almak amacıyla kişinin gözaltına alınmasının mümkün olduğunu belirtmektedir.

2. Değerlendirme

60. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci ve ikinci fıkrası 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.

....”

61. Somut olayda başvuru, hakkında herhangi bir suç isnadı olmadığı hâlde çağrıldığı Polis Merkezinde haksız bir şekilde tutulduğunu ileri sürmektedir. Başvurucunun Polis Merkezine çağırılması ve burada bir süre tutulmasına bağlı şikâyetlerinin Anayasa’nın 19. maddesi kapsamında ayrıca incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

62. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. 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 Dundar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 62).

64. 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 unsur içermektedir (*Cüneyt Kartal*, B. No: 2013/6572, 20/3/2014, § 17).

65. 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).

66. Maddenin birinci fıkrasında geçen *hürriyet* sözcüğü, özgürlük ve bağımsızlığın yanı sıra serbestlik anlamına da gelmektedir. Bu anlamda kişi hürriyetine yönelik bir müdahalenin bulunduğu 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).

67. 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).

68. 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*, § 43).

69. Anayasa'nın 19. maddesinde hürriyetinden yoksun bırakılan kişiler bakımından güvencelere yer verilmiştir. Bu bağlamda yakalama veya

tutuklama sebepleri ile iddiaların bildirilmesi, gözaltı süresi, yakalama veya tutuklamanın yakınlarla bildirilmesi, tutuklanan kişilerin makul sürede yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakkı, hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı yargı merciine başvurma hakkı ve tazminat hakkı güvence altına alınmıştır.

70. 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).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

71. Başvurucunun şikâyeti ile ilgili olarak incelenmesi gereken ilk sorun, Polis Merkezinde belli bir süre tutulmasının Anayasa'nın 19. maddesindeki güvenceleri devreye sokan bir hürriyetten yoksun bırakma hâli olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sorunudur. Yukarıda yer verilen ilkeler uyarınca bu hususun belirlenebilmesi için başvurucunun anılan Merkezde tutulma süresi ile tutulmanın rızaya dayanıp dayanmadığı hususlarında bir değerlendirme yapılması zorunludur.

72. Tarafların olayla ilgili beyanları, Bakanlık görüşü ve kamera kayıtlarının çözümü ile ilgili bilirkişi raporu dikkate alındığında olgu bazında sübuta erdiği tespit edilen temel hususlar şöyle sıralanabilir:

i. Başvurucu 11/4/2013 tarihinde özel bir cep telefonu numarasından aranmak suretiyle yapılan davete uyarak Polis Merkezine gitmiş ve burada 19.42 ile 20.16 saatleri arasında bulunmuştur.

ii. Başvurucu; eşiyile birlikte 19.42'de gittiği Merkezde 19.56 ile 20.16 saatleriarasında kamera kaydının yapılamadığı bir ortamda sivil giyimli üç polisle baş başa kalmıştır.

iii. Sivil giyimli üç polis memuru, Çorlu İlçe Emniyet Müdürlüğünde görevli olmakla birlikte ilgili Savcılıktan temin edilen 11/4/2013 gününe ilişkin görev listesine göre saat 08.00 ile 12/4/2013 günü saat 08.00 arasında anılan Merkezde görev yapan personel arasında bulunmamaktadır.

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

iv. Olayda telefonla arandığı ve devamında Polis Merkezine davet edildiği süre boyunca başvurucunun soruşturulması gerekli bir suç işlediğine dair yöntemince yapılmış bir ihbar veya şikâyet bulunmamaktadır.

v. Olayın niteliği dikkate alındığında olayda bir suçüstü hâlinin veya gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır.

vi. Geçerli bir şikâyetin bulunduğu koşullar altında Çorlu İlçe Emniyet Müdürlüğü Çocuk Büro Amirliğine bağlı çalışan şüphelilerin yetkili makamlarca yapılmış usulüne uygun bir görevlendirmesi bulunmadığından söz konusu olayın soruşturulmasında bir görev ifa etmeleri mümkün değildir.

vii. Başvurucunun eylemi, daha sonra 5237 sayılı Kanun'un 123. maddesikapsamında değerlendirilerek başvuru hakkında ceza davası açılmıştır. Anılan suç takibi şikâyete bağlı suçlardandır.

73. Çözümü yapılan kamera kayıtlarında ise saat 19.42.42'de başvuru ve eşinin Merkeze gelerek beklemeye başladığı, 19.56.31'de polis memurları olduğu daha sonra anlaşılan sivil giyimli üç kişinin Merkeze girdiği, bunlardan birinin eliyle işaret etmesi üzerine başvurucunun bu kişileri takip ederek hep birlikte kamera açısı dışında kalan bölüme geçtikleri görölmektedir. Başvuru 20.16.32'de bu odadan, 20.16.44'te de Merkezden ayrılmıştır. Dolayısıyla başvurucunun Merkezde bulunduğu toplam 36 dakikanın 20 dakikası kamera kayıtlarının bulunmadığı, yalnızca başvuru ve diğer üç kolluk görevlisinin bulunduğu bir ortamda geçmiştir. Bu sürenin -tek başına değerlendirildiğinde- çok uzun olmadığı açıktır.

74. Öte yandan başvuru kendisine yapılan davete uyarak Merkeze gitmiştir. Ancak bu tespite dayanılarak bir değerlendirme yapılırken suç teşkil eden eylemle ilgili resmî bir şikâyetin olmadığı, arayan polis memurunun olay günü görevli olmamasına rağmen başvurucuyu Merkeze çağırıldığı, dolayısıyla meşru bir kamu gücü kullandığı izleniminin yaratıldığı anlaşılmaktadır. Yaratılan bu izlenim -CD kayıtlarının da ortaya koyduğu gibi- başvurucunun Merkeze ulaşmasından sonra da devam etmiştir.

75. Bu itibarla, tutulduğu sürenin kısalığına rağmen başvurucunun özellikle kamera açısının dışında kaldığı odada bulunduğu süre boyunca rızası dışında kamu görevlilerinin kontrolü altında olduğunun, dolayısıyla olayda Anayasa'nın 19. maddesinin uygulanabilir olduğunun kabulü gerekir.

76. Anayasa'nın 19. maddesinde yer alan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına ilişkin düzenleme, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması yönünden keyfiliğin önlenmesi amacına yönelik bir düzenlemedir. Anılan madde kapsamında kişinin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasının önlenmesi için öngörülen güvenceler, insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele iddialarının araştırılması yönünden de özel bir önem taşımaktadır. Kişilerin göreceli olarak kısa sayılabilecek süre için de olsa özgürlükten yoksun bırakıldığı her durumun bu statüye bağlanan güvencelerden kişinin yararlanmasını sağlayabilecek şekilde, özgürlükten yoksun bırakılmanın meşru kabul edilen biçimlerinden herhangi biri bağlamında açıklanabilmesi gerekmektedir.

77. Başvuru konusu olayda, başvurucunun bir suç işlediğine yönelik olarak yöntemince yapılmış bir ihbar veya şikâyet bulunmamaktadır. Bir kadının Çocuk Büro Amirliğinde görevli polislere başvuru tarafından rahatsız edildiğini ifade etmesi üzerine başvurucunun bu kolluk görevlilerince kendilerinin görevli olmadığı bir polis merkezine telefonla çağırılması ve burada rızası hilafına bir süre tutulması söz konusudur. Bu süreçte ilgili kolluk görevlilerince olayın görevli polis birimlerine veya soruşturma makamlarına bildirildiğine dair herhangi bir olgu tespit edilememiştir. Başvurucunun Polis Merkezinde tutulduğu süre içinde adli bir işlemin gerçekleştirilmesi de söz konusu değildir. Olayda polis memurlarının derhâl harekete geçmesini gerektiren suçüstü hâli, gecikmesinde sakınca bulunan hâl veya benzeri bir durumun bulunduğunu söylemek de mümkün değildir.

78. Buna göre başvurucunun kendisiyle ilgili olarak kolluk görevlilerine yapılan -bir kadını rahatsız ettiğine dair- sözlü bir bildirim sonrasında olaya ilişkin herhangi bir görevi bulunmayan bu görevlilerce telefonla Polis Merkezine çağırılması ve burada herhangi bir işlem tesis edilmeden bir süre tutulması söz konusudur. Başvurucunun şikâyete konu tutulma hâlinin Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına

müdahale edilmesine imkân tanınan durumların hiçbirine girmediği anlaşılmaktadır.

79. Bu açıdan değerlendirildiğinde başvurucunun *yakalanmasından, gözaltına alınmasından veya tutuklanmasından* bahsedilmesinin olanaklı bulunmadığı olayda, kısa bir süre için de olsa anılan Polis Merkezinde bu hususta kabul edilen tüm güvencelere aykırı bir şekilde tutulması Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasına açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

80. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

81. 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 başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

82. Başvurucu; ihlalin tespiti ile 20.800 TL maddi, 300.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

83. Başvuruda, Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

84. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 5.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

85. 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.

86. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. İnsan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 5.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. 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,

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
12/4/2018 tarihinde OYBİRLİğİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

KADRI ENİS BERBEROĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/27793)

Karar Tarihi: 18/7/2018

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	: Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	: Kadri Enis BERBEROĞLU
Vekili	: Av. Murat ERGÜN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmüyle birlikte verilen tutuklama kararının hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, tutuklama dolayısıyla milletvekilliği görevinin yerine getirilememesi nedeniyle seçilme hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 23/6/2017 tarihinde yapılmıştır.

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

4. Başvurucu, başvuru formunda tahliyesine yönelik tedbir kararı verilmesi talebinde bulunmuştur. Komisyonca 28/6/2017 tarihinde, başvurucunun iddialarının sağlık hizmetlerine erişiminin kısıtlandığına veya ceza infaz kurumundaki tutulma koşullarına ilişkin olmadığı, münhasıran tahliyeye yönelik olduğu, bu aşamada başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunmadığı

belirtilerek tedbir talebinin değerlendirilmesi için başvurunun Bölüme gönderilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

5. Bununla birlikte Komisyonca 4/7/2017 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından 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 olaylar özetle şöyledir:

7. Başvurucu gazeteci olup 7/6/2015, 1/11/2015 ve 24/6/2018 tarihlerinde yapılan seçimlerde Cumhuriyet Halk Partisinden İstanbul milletvekili olarak seçilmiştir. Başvurucu hâlen milletvekilidir.

8. 1/1/2014 tarihinde Hatay'da ve 19/1/2014 tarihinde Adana'da -içinde Millî İstihbarat Teşkilatına (MİT) ait malzemelerin bulunduğu- tırlar durdurulmuş ve bunlardan bir kısmı aranmıştır (anılan olaylara ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 12-50).

9. Bu olaylardan sonra kamuoyunda, söz konusu tırların içinde silah ve mühimmat olduğuna dair iddialar ileri sürülmüştür. Bu kapsamda Aydınlık gazetesinin 21/1/2014 tarihli nüshasında yayımlanan bir haberde bu doğrultuda bazı iddialara yer verilmiştir. Anılan gazetenin internet sitesinde de aynı tarihte benzer bir haber yayımlanmıştır. Söz konusu haberlerde tırlardaki kasaların birinin içinde bulunduğu iddia edilen top mermilerinin fotoğrafına da yer verilmiştir. Gazetenin aynı ve ertesi günkü nüshalarında tırların taşıdığı iddia edilen malzemelere ilişkin olarak bazı yazarların yorumları yayımlanmıştır (ayrıntılı açıklama için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 12).

10. Daha sonra tırların durdurulması ve aranması olayıyla ilgili olarak soruşturma başlatılmış; bu kapsamda bazı kolluk görevlileri ve yargı mensupları *silahlı terör örgütüne üye olma* ve *Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya ve görevini yapmasını engellemeye teşebbüs* suçlarından tutuklanmıştır (tırların durdurulması sürecinde görev

alan bazı yargı mensuplarının, tutuklamanın hukuki olmadığı iddiasıyla yaptıkları bireysel başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunduğuna ilişkin karar için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, §§ 198-244).

11. Durdurulan ve aranan tırlarla ilgili olarak Cumhuriyet gazetesinin 29/5/2015 tarihli nüshasında “*İşte Erdoğan’ın Yok Dediği Silahlar*” başlıklı haber, 12/6/2015 tarihli nüshasında ise “*Erdoğan’ın ‘Var ya da Yok’ Dediği MIT TIR’larındaki Silahlar Jandarmada Tescillendi-Jandarma ‘Var’ Dedi*” başlıklı haber yayımlanmıştır. Her iki haberde de tırlarda bulunduğu iddia edilen silah ve mühimmata ilişkin fotoğraflara ve bilgilere yer verilmiştir (bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 14).

12. Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan ilk haberden sonra İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından aynı tarihte (29/5/2015) yapılan basın açıklaması ile bu haberlere ilişkin olarak *devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme, siyasî ve askerî casusluk, gizli kalması gereken bilgileri açıklama, terör örgütünün propagandasını yapma* suçlarından soruşturma başlatıldığı duyurulmuştur (bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar*, § 16).

13. Bu kapsamda soruşturma konusu haberlerden dolayı gazeteciler *Erdem Gül ve Can Dündar* hakkında kamu davası açılmıştır. Bu davanın devamı sürecindeki bazı gelişmeler üzerine başvuru hakkında da suça konu haberlerde yer alan görüntüleri *Can Dündar’a* veren kişi olduğu iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır.

14. Başvurucu hakkındaki soruşturmada, 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 başvuruçunun *devletin güvenliği veya iç ve dış yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin etme, yasa dışı (anayasal düzene ve devletin güvenliğine karşı) kurulmuş örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme* suçlarını işlediği belirtilerek dokunulmazlığının kaldırılması istemiyle 18/4/2016 tarihinde fezleke düzenlenmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) sunulmak üzere Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir.

15. Öte yandan 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.

16. 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 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 Bakanlıkta bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaların gereğinin yapılması amacıyla yetkili merciine iade edileceği öngörülmüştür (*Gülser Yıldırım (2) [GK]*, B. No: 2016/40170, 16/11/2017, § 39).

17. Bu kapsamda başvuru hakkındaki fezlekeye konu olan soruşturma dosyası da 9/6/2016 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına geri gönderilmiştir.

18. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 19/8/2016 tarihli iddianamesi ile başvurunun *devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) bilerek*

ve isteyerek yardım etme suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle aynı yer Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İddianamede, Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan haberlerde de kullanılan “MİT tırlarının durdurulması ve aranmasına” ilişkin görüntülerin başvuru tarafından -içeriğinin devlet sırrı olduğu bilinmesine rağmen- flash disk içinde Can Dündar’a verildiği ileri sürülmüştür.

19. İstanbul 22. Ağır Ceza Mahkemesi 31/8/2016 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş (E.2016/22), aynı tarihte başvuru hakkındaki davanın İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinin E.2016/205 sayılı dosyası ile birleştirilmesine karar vermiştir.

20. Başvuru, İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen davada 16/11/2016, 11/1/2017, 1/3/2017, 8/5/2017, 24/5/2017 ve 14/6/2017 tarihlerinde yapılan duruşmalara katılmıştır.

21. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 14/6/2017 tarihinde başvurunun sübut bulan eyleminin *siyasi ve askerî casusluk maksadıyla devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklama* suçunu oluşturduğundan bahisle 25 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca hükümle birlikte “dosya içerisindeki HTS kayıtları, baz bilgileri, Can Dündar’ın açık kaynaklardan ve kitabında geçen beyanları dolayısıyla işlediği sabit olduğu anlaşılan suç dolayısıyla hükmonulan cezanın haddi itibarıyla kaçacağı ve saklanacağı hususunda somut emarelerin bulunması ayrıca 5271 Sayılı CMK’nın 100. Maddesinde öngörülen şartların gerçekleşmiş olması” gerekçesiyle -duruşmada hazır bulunan- başvurunun tutuklanmasına karar vermiştir. Başvuru hakkında aynı gün tutuklama müzekkeresi düzenlenmiş ve başvuru, ceza infaz kurumuna konulmuştur.

22. Başvuru, tutuklama kararına itiraz etmiş; İstanbul 15. Ağır Ceza Mahkemesi 19/6/2017 tarihinde “... sanığın üzerine atılı suçun vasıf ve mahiyeti ... hükmonulan ceza miktarı nazara alınarak ... tutuklama kararı[nın] yerinde ve yasal olduğu ...” gerekçesiyle itirazın kesin olarak reddine karar vermiştir.

23. Başvuru 23/6/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

24. Başvurucu, mahkûmiyet kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurmuş; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi 9/10/2017 tarihinde hükmün bozulmasına, ayrıca *“atılı suçtaki kanunda öngörülen ceza miktarı ile Yerel Mahkemece sanığa verilen ceza miktarına göre kaçma şüphesinin görülmesi, mevcut delil durumu, tutuklulukta kaldığı süre karşısında, adli kontrol hükümlerinin yeterli olmayacağı”* gerekçesiyle başvurusunun tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir.

25. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 6/11/2017 tarihinde, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin bozma kararının usul ve yasaya aykırılık teşkil ettiği ve verilen bozma kararı yönünden yapılacak başka bir işlem olmadığı gerekçesiyle başvuru hakkında yeni bir karar verilmesine yer olmadığına ve dosyanın gereğinin takdir ve ifası için İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesine iadesine karar vermiştir.

26. Bunun üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesince 10/11/2017 tarihinde -E.2017/2075 sayılı dosya üzerinden- kamu davasının yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerinin yapılmasına karar verilmiştir. Daire 3/2/2018 tarihinde, başvuru hakkında İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklama suçundan verilen 25 yıl hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün kaldırılmasına; başvurusunun eyleminin *devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerini açıklama* suçunu oluşturması nedeniyle bu suçtan 5 yıl 10 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir.

27. Başvurucu, hakkındaki mahkûmiyet hükmünü temyiz etmiştir. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla temyiz incelemesi için gönderildiği Yargıtayda derdesttir.

28. Başvurucu bireysel başvuruda bulunduktan sonra 24/6/2018 tarihinde yapılan genel seçimde de Cumhuriyet Halk Partisinden İstanbul milletvekili olarak seçilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

29. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri” kenar başlıklı 104. maddesi şöyledir:

“(1) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir.

(2) şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir.

(3) Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtaya geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re'sen de verilebilir.”

30. 5271 sayılı Kanun'un “Bölge adliye mahkemesinde inceleme ve kovuşturma” kenar başlıklı 280. maddesinin maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü ile (2) numaralı fıkrası şöyledir:

(1) Bölge adliye mahkemesi, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra;

...

d) İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine,

e) Diğer hâllerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra davanın yeniden görölmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına,

Karar verir.

(2) Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar.”

31. 5271 sayılı Kanun'un "*Hukuka kesin aykırılık hâlleri*" kenar başlıklı 289. maddesi şöyledir:

"(1) Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:

a) Mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması.

b) Hâkimlik görevini yapmaktan kanun gereğince yasaklanmış hâkimin hükme katılması.

c) Geçerli şüphe nedeniyle hakkında ret istemi öne sürülmüş olup da bu istem kabul olunduğu hâlde hâkimin hükme katılması veya bu istemin kanuna aykırı olarak reddedilip hâkimin hükme katılması.

d) Mahkemenin kanuna aykırı olarak davaya bakmaya kendini görevli veya yetkili görmesi.

e) Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken diğer kişilerin yokluğunda duruşma yapılması.

f) Duruşmalı olarak verilen hükümde açıklık kuralının ihlâl edilmesi.

g) Hükmün 230 uncu madde gereğince gerekçeyi içermemesi.

h) Hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılmış olması.

i) Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması."

32. 6/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Siyasal veya askerî casusluk*" kenar başlıklı 328. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla, gizli kalması gereken bilgileri, siyasal veya askerî casusluk maksadıyla temin eden kimseye onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası verilir."

33. 5237 sayılı Kanun'un "*Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama*" kenar başlıklı 329. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.”

34. 5237 sayılı Kanun’un “Gizli kalması gereken bilgileri açıklama” kenar başlıklı 330. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askerî casusluk maksadıyla açıklayan kimseye müebbet hapis cezası verilir.”

B. Uluslararası Hukuk

35. 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;

...”

36. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre kanun gereği yetkilendirilmiş, yürütme organı ve taraflardan bağımsız ve yeterli güvencelere sahip yargısal organ olarak bir 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* [GK], B. No: 5100/71, ... 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* [GK], 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).

37. AİHM'e göre kişinin yetkili bir mahkemece mahkûm edilmesinden sonra özgürlüğünden mahrum bırakıldığı durumlarda Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre gerekli olan denetim, mahkemece yargı işlemlerinin bitiminde alınan karara dahil edilir ve ek bir gözden geçirme bu nedenle gerekli olmaz. Diğer bir deyişle karar yargılama sürecinin sonunda verilmiş ise söz konusu karar zaten bir yargısal denetim içermektedir, bir kişiyi suçlu bulup hapis cezasına çarptıran bir derece mahkemesinin kararının bünyesinde tutmanın kanuniliğine dair yargısal denetim de vardır. Bundan başka ayrıca bir yargısal denetim gerekli değildir (*Kafkaris/Kıbrıs* (k.k), B. No: 9644/09, 21/6/2011, § 58). Öte yandan kişinin özgürlüğünden mahrum kılınmasını haklı kılan nedenlerin zamanın geçmesiyle birlikte değişmeye tabi olduğu durumlarda veya tutmanın hukukiliğini etkileyen yeni bir meselenin ortaya çıkması hâlinde yargısal denetim gerekli olacaktır (*Stollenwerk/Almanya*, B. No: 8844/12, 7/9/2017, § 36).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

38. Mahkemenin 18/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

39. Başvurucu; hukuka aykırı olarak tutuklanmasına karar verildiğini, kaçma şüphesinin olduğuna dair hiçbir somut olgu bulunmadığını, aksine yargılama boyunca -tutuklanmasına karar verilen oturum da dâhil olmak üzere- tüm duruşmalara katıldığını ve olayda delillerin karartılması ihtimalinin de söz konusu olmadığını belirterek Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

40. Başvurucu ayrıca kendisine yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlamanın Hatay ve Adana'da durdurulan ve içinde MİT'e ait malzemelerin bulunduğu tırlara ilişkin Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan haberlerle ilgili olduğunu, bu kapsamda tutuklanmasına esas alınan temel olgunun gazetede yayımlanan görüntüleri verdiği iddiasından ibaret

olduğunu, söz konusu haberler dolayısıyla tutuklanan gazeteciler Erdem Gül ve Can Dündar tarafından Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruda ihlal kararı verildiğini, bu kararda yer alan tespit ve değerlendirmelerin kendisi yönünden de aynen geçerli olduğunu iddia etmiştir.

41. Öte yandan başvuru, dokunulmazlığının kaldırılmasına esas olmayan ve hakkındaki fezlekede yer almayan bir sevk maddesine dayalı olarak mahkûmiyete bağlı tutuklama kararı verildiği ve bu durumun açık bir hak ihlaline neden olduğu görüşündedir.

2. Değerlendirme

42. Anayasa'nın *"kişi hürriyeti ve güvenliği"* kenar başlıklı 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."

43. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 bu bölümdeki şikâyetlerinin özü, mahkûmiyet hükmüyle birlikte verilen tutuklama kararının hukuka aykırı olması nedeniyle temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine yöneliktir. Bu itibarla bu kısımdaki iddiaların Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir (bkz. *Nail İlber*, B. No: 2012/958, 16/7/2014, §§ 18-21; *Turgut Ketken*, B. No: 2012/1006, 16/7/2014, §§ 18-21; *Ökkeş Alp Kırıkkanat*, B. No: 2012/1011, 16/7/2014, §§ 18-21; *Gürkan Yıldız*, B. No: 2012/1100, 16/7/2014, §§ 18-21; *Devrim Rehber*, B. No: 2012/1284, 16/7/2014, §§ 18-21).

a. Genel İlkeler

44. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya 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).

45. 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).

46. 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 orantıllığı incelemeye tabi tutulamaz (*Günay Okan*, B. No: 2013/8114, 17/9/2014, § 18).

47. 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 (*Ercan Bucak* (2), B. No: 2014/11651, 16/2/2017, § 39; *Şaban Dal*, B. No: 2014/2891, 16/2/2017, § 31).

48. Bir mahkûmiyet kararının infazına ilişkin olarak Anayasa'nın 19. maddesi açık bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 19. maddesinin amacı kişileri keyfi 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 gerekir. 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 (*Ercan Bucak* (2), § 40; *Şaban Dal*, § 32).

49. Öte yandan suç isnadına bağlı tutulmanın başladığı tarih, başvurucunun ilk kez yakalanıp gözaltına alındığı durumlarda bu tarih; doğrudan tutuklandığı durumlarda ise tutuklama tarihidir. Suç isnadına bağlı tutulmanın sona erdiği tarih ise kural olarak kişinin serbest bırakıldığı ya da ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmünün verildiği tarihtir (*Murat Narman*, § 66).

50. Buna göre bir kimse yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa ve hükümle birlikte tutukluluğun devamına veya tutuklamaya karar verilmişse hüküm sonrasındaki bu tutulma hâlinin suç isnadına değil mahkûmiyete bağlı tutma olarak kabulü gerekir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmektedir. Bu durumdaki tutulmanın da kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine dayalı olan suç isnadına bağlı tutma niteliğinde olmadığı açıktır. Hükümle birlikte verilen tutukluluğun devamı veya tutuklama kararı sonrasındaki hürriyetten yoksun kalmanın mahkûmiyete bağlı tutma olarak kabulü için mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi de gerekmez (*Korcan Pulatsü*, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 33).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

51. Cumhuriyet gazetesinde 29/5/2015 ve 12/6/2015 tarihlerinde yayımlanan haberlerle ilgili olarak soruşturma başlatılmış ve bu soruşturma kapsamında söz konusu haberlerden dolayı gazeteciler Erdem Gül ve Can Dündar hakkında tutuklama tedbiri uygulanmıştır. Adı geçen gazetecilerin soruşturma sürecinde uygulanan bu tutuklama tedbiriyle ilgili olarak yaptıkları bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, ayrıca tutuklama dolayısıyla ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme anılan kararda ihlal sonucuna varırken temelde başvuruçular tarafından yayımlanan iki haberin esas alınarak tutuklama kararı verildiği, tutuklama kararında anılan haberler dışında somut bir delile yer verilmediği, yayımlanan haberlerde ifade edilen hususların ve kullanılan fotoğrafın benzerlerinin on altı ay önce başka bir gazetede yayımlanan haberlerde de yer aldığı, ayrıca başvuruçular hakkında soruşturma başlatıldığıının kamuoyuna duyurulmasından sonra tutuklama tedbirinin uygulandığı tarihe kadar geçen yaklaşık altı aylık sürede soruşturma makamlarının yayımlanan söz konusu haberler dışında herhangi bir delile ulaştıklarının anlaşılamadığı olgularına dayanmıştır (*Erdem Gül ve Can Dündar*, §§ 76-81).

52. Öte yandan Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan haberlerle ilgili olarak yürüyen adli süreçteki bazı gelişmeler üzerine başvuruçular hakkında da -suça konu haberlerde yer alan görüntüleri Can Dündar'a veren kişi olduğu iddiasıyla- soruşturma açılmış, başvuruçunun milletvekili olması dolayısıyla yasama dokunulmazlığının bulunması nedeniyle hakkında fezleke düzenlenmiştir. Yasama dokunulmazlıklarına istisna getiren Anayasa değişikliğinin (bkz.Ş 15) yürürlüğe girmesi üzerine başvuruçular hakkında iddianame düzenlenerek kamu davası açılmıştır.

53. Davaya bakan İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 14/6/2017 tarihinde, başvuruçunun *siyasî ve askerî casusluk maksadıyla devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklama* suçunu işlediğinden bahisle 25 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve *"... işlediği sabit olduğu anlaşılan suç dolayısıyla hükmonulan cezanın haddi itibariyle kaçacağı ve saklanacağı hususunda*

somut emarelerin bulunması ...” gerekçesiyle tutuklanmasına karar vermiştir. Başvurucu -hazır bulunduğu duruşmada- hükümle birlikte verilen tutuklama kararı uyarınca ceza infaz kurumuna konulmuştur. Başvurucunun anılan tutuklama kararı üzerine -bu karara karşı itiraz yolunu tükettikten sonra- bireysel başvuruda bulunduğu görülmektedir.

54. Buna göre hakkında mahkûmiyet hükmüyle birlikte tutuklama kararı verilen başvurucunun bireysel başvuruya konu ettiği tutulma hâlinin Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında *bir suç isnadına bağlı tutma* niteliğinde değil aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamında *mahkûmiyete bağlı tutma*, bir diğer ifadeyle *“mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi”* niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu nitelikteki bir tutmayla ilgili olarak yapılan bireysel başvuruda *suç isnadına bağlı tutmaya* ilişkin güvencelerin uygulanması mümkün değildir.

55. 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 (bkz. § 47). Bu kapsamda yapılan incelemede başvurucunun mahkûmiyet hükmünü ve mahkûmiyete bağlı tutulma kararını veren mercinin bir mahkeme olmadığı, kararın hürriyeti kısıtlayıcı bir niteliğinin bulunmadığı veya hürriyetten yoksun bırakılmanın mahkemece verilen hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya tedbirin kapsamını aştığı ya da tutulmasının hukukiliğini etkileyen yeni bir durum bulunduğu şeklinde bir iddiasının bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca Anayasa Mahkemesince bu yönde herhangi bir tespit de yapılmamıştır.

56. Nitekim Anayasa Mahkemesi benzer nitelikteki çok sayıda başvuruda, hükümle birlikte verilen tutuklama veya tutuklamaya yönelik yakalama kararı uyarınca hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının ihlal edildiği iddialarını, tutulmanın Anayasa’nın 19. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında *“mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi”* niteliğinde olduğunu belirterek açıkça dayanaktan yoksun bulmuş ve kabul

edilemezlik kararı vermiştir (*Nail İlbey*, §§ 21, 22; *Turgut Ketken*, §§ 21, 22; *Ökkeş Alp Kırıkkanat*, §§ 21, 22; *Gürkan Yıldız*, §§ 21, 22; *Devrim Rehber*, §§ 21, 22). Mahkeme ayrıca hüküm birlikte tutukluluk hâlinin devamına karar verilen başvuruçuların hüküm sonrasındaki tutulmalarına ilişkin benzer yöndeki iddialarını da aynı nedenle kabul edilemez bulmuştur (*Murat Dağ*, B. No: 2014/125, 4/2/2016, §§ 45-48; *Güven Ersoy*, B. No: 2014/126, 4/2/2016, §§ 45-48).

57. Diğer taraftan başvuruçuyu, dokunulmazlığının kaldırılmasına esas olmayan ve hakkındaki fezleke yer almayan bir sevk maddesine dayalı olarak mahkûmiyete bağlı tutuklama kararı verildiğini belirterek bunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla bağdaşmadığını ileri sürmüştür.

58. Başvuruçuyu hakkındaki soruşturma ve kovuşturma belgeleri incelendiğinde yasama konulmazlığının kaldırılması istemine ilişkin fezleke, iddianamede, ilk derece mahkemesinin ve Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin mahkûmiyet kararlarında yer alan suçlama konusu fiilin aynı olduğu, bu kapsamda anılan belgelerde başvuruçunun Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan haberlerde de kullanılan *MİT tırlarının durdurulması ve aranmasına* ilişkin görüntüleri temin edip vermekle suçlandığı, bununla birlikte Savcılık, ilk derece mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin bu eylemin hukuki niteliğine ilişkin farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Nitekim suça konu bu eylem; fezleke ve iddianamede 5271 sayılı Kanun'un 328. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında *siyasal ve askeri casusluk*, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararında 5271 sayılı Kanun'un 330. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında *gizli kalması gereken bilgileri açıklama*, Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesinin mahkûmiyet kararında ise 5271 sayılı Kanun'un 329. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında *devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama* suçu olarak vasıflandırılmıştır.

59. Bu itibarla milletvekili olan başvuruçuyu yönünden suçlamaya ve dolayısıyla -ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmüyle birlikte verilen- tutuklamaya konu eylemin yasama dokunulmazlığına Anayasa değişikliği ile getirilen istisnanın dışında olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir.

60. Öte yandan başvuru bireysel başvurudan sonra 24/6/2018 tarihinde yapılan genel seçimde Cumhuriyet Halk Partisinden İstanbul milletvekili olarak seçilmiş ise de başvurunun yeniden milletvekili seçilmesine ilişkin olgunun hükümle birlikte uygulanan tutukluluğunun devamına engel teşkil edip etmediğinin öncelikle olağan başvuru yollarında derece mahkemelerince incelenmesi, bireysel başvurunun *ikincilik* niteliğinin bir gereğidir. Başvurucunun yeniden milletvekili seçilmesi olgusuna bağlı olarak tahliye talebinde bulunduktan ve buna ilişkin olağan başvuru yollarını tükettikten sonra usulüne uygun olarak bireysel başvuruda bulunduğuna ilişkin herhangi bir bilgi ve belge başvuru dosyasında bulunmamaktadır. Bu nedenle başvurunun yeniden milletvekili seçilmesinin hükümle birlikte uygulanan tutukluluğunun devamına engel oluşturup oluşturmadığının bu aşamada incelenmesi mümkün değildir.

61. Açıklanan gerekçelerle başvurunun mahkûmiyet hükmü ile birlikte verilen tutuklama kararı üzerine tutulması yönünden bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Seçilme Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

62. Başvurucu gerekçesiz olarak verilen bir kararla tutuklanması nedeniyle -Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasıyla bağlantılı olarak- Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan seçilme hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu anılan iddiasını dile getirirken Anayasa Mahkemesinin *Mustafa Ali Balbay* (B. No: 2012/1272, 4/12/2013) kararında yer alan değerlendirmeleri emsal göstermiştir.

2. Değerlendirme

63. 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 diğerk temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini belirlemektedir (*Erdem Gül ve Can Dündar*, §§ 92-100; *Hidayet Karaca* [GK], B. No: 2015/144, 14/7/2015, §§ 111-117; *Mehmet Baransu* (2), B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 157-164; *Günay Dağ ve diğerkleri* [GK], B. No: 2013/1631, 17/12/2015, §§ 191-203; *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, §§ 105-116; *Mustafa Ali Balbay*, §§ 120-134; *Kemal Aktaş ve Selma Irmak*, B. No: 2014/85, 3/1/2014, §§ 61-75; *Faysal Sarıyıldız*, B. No: 2014/9, 3/1/2014, §§ 61-75; *İbrahim Ayhan*, B. No: 2013/9895, 2/1/2014, §§ 60-74; *Gülser Yıldırım*, B. No: 2013/9894, 2/1/2014, §§ 60-74).

64. Mahkeme yakın dönemde verdiği birçok kararda da milletvekili olan başvuruçuların tutuklama dolayısıyla siyasi faaliyette bulunma ve seçilme haklarının ihlal edildiği iddialarını kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla bağlantılı olarak incelemiştir. Bu incelemede tutuklamanın hukuki olduğu sonucuna varıldığında tutuklama tedbirlerinin siyasi faaliyette bulunma ve seçilme haklarını ihlal ettiği yönünde dile getirilen iddialar açıkça dayanaktan yoksun görölerek kabul edilemez bulunmuştur (*Gülser Yıldırım* (2), §§ 186, 187; *Selahattin Demirtaş* [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017, §§ 200, 201; *Selma Irmak*, B. No: 2016/32948, 7/3/2018, §§ 118, 119; *İdris Baluken*, B. No: 2016/41020, 21/3/2018, §§ 120, 121; *Figen Yüksekdağ Senoğlu*, B. No: 2016/25187, 4/4/2018, §§ 131, 132).

65. Somut olayda başvuruçunun ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmü ile birlikte verilen tutuklama kararı uyarınca hürriyetinden mahrum kalmasının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddiası, tutmanın Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen “mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi” kapsamında olması nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun görölerek kabul edilemez bulunmuştur. Bu kapsamda yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında başvuruçunun hükümle birlikte verilen tutuklama kararının seçilme hakkını da ihlal ettiği iddiası yönünden farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılan bir durum bulunmamaktadır.

66. Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun hükümle birlikte verilen tutuklama kararının seçilme hakkını ihlal ettiği iddiasına ilişkin olarak bir

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının da *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

2. Seçilme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 18/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SALİH SÖNMEZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/25431)

Karar Tarihi: 28/11/2018

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Recai AKYEL
Raportör	: Hüseyin TURAN
Başvurucu	: Salih SÖNMEZ
Vekili	: Av. Hüseyin AYGÜN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, darbe teşebbüsü sonrasında yürütülen soruşturmalar kapsamındaki gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması, tutukluluğa ilişkin kararların bağımsız ve tarafsız olmayan sulh ceza hâkimliklerince karara bağlanması, soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması ve tutukluluk ve itiraz incelemelerinin duruşmalı incelenip karara bağlanmaması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; masumiyet karinesinin; yetkisi olmayan soruşturma mercileri tarafından verilen kararlar uyarınca konutta ve işyerinde arama yapılması nedeniyle özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının; el koyma kararı nedeniyle mülkiyet hakkının, isnat edilen suçlara ilişkin somut olguların gösterilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının; gözaltı ve tutukluluk süreçlerindeki bazı uygulamalar nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 9/11/2016 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. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir.

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

7. Türkiye, 15 Temmuz 2016 gecesi askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış; bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiştir. Kamu makamları, soruşturma mercileri ve yargı organları -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye’de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir (*Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-25).

8. Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı olan ve aralarında yargı mensuplarının da bulunduğu çok sayıda kişi hakkında Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından soruşturma başlatılmıştır.

9. Bu kapsamda teşebbüsün savuşturulduğu gün, yüksek mahkeme üyelerinin de aralarında bulunduğu üç bine yakın yargı mensubu hakkında FETÖ/PDY ile bağlantılarının bulunduğu iddiasıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca başlatılan soruşturmada bu kişilerin büyük bölümü hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirine başvurulmuştur (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 51, 350).

10. Türk yargı organları yakın dönemde verdikleri birçok kararda FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğunu kabul etmişlerdir. Bu kapsamda Yargıtay Ceza Genel Kurulu 26/9/2017 tarihinde (E.2017/16.MD-956, K.2017/370) ve -terör suçlarına ilişkin davaların temyiz mercii olan- Yargıtay 16. Ceza Dairesi 24/4/2017 ve 14/7/2017 tarihlerinde verdiği kararlarda (*Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, §§ 20, 21) FETÖ/PDY'nin silahlı bir terör örgütü olduğu sonucuna varmıştır.

11. FETÖ/PDY'nin (genel özelliklerine ilişkin olarak bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26) yargı kurumlarındaki örgütlenmesine ve faaliyetlerine ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma belgeleri ile tedbir/disiplin kararlarında yer alan, başta haklarında soruşturma yürütülen yargı mensuplarının beyanları olmak üzere maddi olgulara dayalı bulunan iddia ve tespitlerin (*Selçuk Özdemir*, § 22) bir kısmı 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 amaçları doğrultusunda yetiştirdiği gençleri devlet yönetimi bakımından önemli görülen Türk Silahlı Kuvvetleri, emniyet teşkilatı ve mülki idare birimlerinin yanı sıra yargı kurumlarına da yerleşmeye teşvik etmiş ve yargıdaki kadrolaşmaya büyük önem vermiştir.

ii. FETÖ/PDY, mensubu olan hâkim ve savcılara 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.

iii. FETÖ/PDY ile bağı bulunan yargı mensupları, adaylık sürecinden itibaren mesleğin her aşamasında gizliliğe azami dikkat ederek bu yapılanmayla ilişkilerinin bilinmesine engel olmaya çalışmış; 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, aralarındaki iletişimde gizli haberleşme yöntemleri -ByLock ve kod adı gibi- kullandıkları belirtilmiştir.

iv. 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.

v. FETÖ/PDY ile irtibatı bulunan yargı mensupları, yapılanmaya olan sadakatlerinin derecesine göre kendi içlerinde gruplara ayrılmışlardır. Ayrıca yapılanmaya mensup hâkim ve savcılar, görev yerlerine göre örgütlenmişlerdir. Bu çerçevede her bir yargı kurumu/birimi içinde periyodik olarak toplantılar yapılmaktadır.

vi. 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.

vii.FETÖ/PDY içinde gerektiğinde -bu yapılanmanın kurucusu ve lideri olan- Fetullah Gülen ile doğrudan irtibat kurabilen ve yapılanmanın *Türkiye imamına* bağlı olarak hareket eden bir *yargı imamı* bulunmaktadır ve bu kişi yargı içinde söz sahibi olabilecek kişiler arasından seçilmektedir.

viii. Yapılanmayla irtibatı olan yüksek yargı mensuplarının kurum içinde yapılan seçimlerde yapılanmadaki üstlerinden gelen talimatlar doğrultusunda oy kullandıkları belirtilmektedir.

ix. Her seviyedeki yargı kurumu içinde örgütlenmiş olan FETÖ/PDY, örgütün imamlarından aldığı talimatlar uyarınca ve örgüt çıkarları doğrultusunda hareket eden binlerce yargı mensubu eliyle yargı sistemi üzerinde bir vesayet oluşturmuştur.

B. Başvurucuya İlişkin Süreç

12. Başvurucu 24/2/2011 tarihinde Hâkimler ve Savcılar Kurulunca (HSK) Yargıtay üyeliğine seçilmiş ve 17. Ceza Dairesinde görevlendirilmiştir.

Soruşturma sürecinde ise başvurucunun meslekten çıkarılmasına karar verilmiştir.

13. Darbe teşebbüsü sonrası Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başlatılan soruşturma kapsamında Cumhuriyet savcısının 16/7/2016 tarihli yazılı talimatıyla *“Türkiye genelinde hükümeti devirmeye ve anayasal düzeni cebren ilğaya teşebbüs etmek suçunun hâlen işlenmeye devam edildiği, bu suçu işleyen Fetullah[ı] Terör Örgütlenmesi üyelerinin yurt dışına kaçıp saklanma ihtimali bulunduğu”* gerekçesiyle başvurucunun tutuklanmasının sağlanması amacıyla yakalanmasına, gözaltına alınmasına, konutu, aracı ve işyerinde arama yapılmasına karar verilmiştir.

14. Ankara İl Emniyet Müdürlüğüne bağlı polislerce başvurucunun konutu, işyeri ve aracında 18-19/7/2016 tarihlerinde arama yapılmış ve suç delili olabileceği değerlendirilen bazı dijital materyallere (laptop, haricî hard disk, disket, flash disk, CD ve bilgisayar kasası gibi) el konulmuş; başvurucu 21/7/2016 tarihinde gözaltına alınmıştır.

15. Başvurucu 22/7/2016 tarihinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında ifade vermiştir. Başvurucunun ifade alma işlemi sırasında müdafii de hazır bulunmuştur. Savcılık, ifade alma sürecine geçmeden önce başvurucunun üzerine atılı suç nedeniyle başlatılan soruşturmanın ağır cezayı gerektiren suçüstü hâlinin varlığı gözetilerek yapıldığını ifade etmiştir. Başvurucu ifadesinde Yargıtay üyesi olarak görev yaptığını, bu nedenle hakkında yürütülecek bir ceza soruşturmasının ancak Yargıtay 1. Başkanlık Divanın görevlendireceği bir Ceza Dairesi başkanı tarafından yapılabilceğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca FETÖ/PDY’ye ait olduğu iddia edilen yerlerde kalmadığını, Asya Finans grubuna bağlı yerlere para yatırmadığını, kimseye *himmet* adı altında para vermediğini beyan etmiştir. Darbe teşebbüsü sırasında evde bulunduğunu söyleyen başvurucu, darbeye ilişkin olarak kendisine herhangi bir kimse tarafından görev verilmesinin ya da teklif edilmesinin söz konusu olmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak başvurucu, FETÖ/PDY ile bir ilgisinin bulunmadığını savunmuştur. Müdafii de başvurucunun atılı suçla bir ilgisinin olmadığını ifade etmiştir.

16. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı başvurucuyu 22/7/2016 tarihinde, tutuklanması istemiyle Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir.

Başvurucu hakkındaki talep yazısında, başvurunun “15-16 Temmuz 2016 tarihlerinde cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya değiştirmeye teşebbüs ve FETÖ/PDY isimli silahlı terör örgütüne üye olmak suç[ların]dan mevcutlu olarak gönderildiği” belirtilerek “atılı suçların CMK [Ceza Muhakemesi Kanunu] 100/3-a-11 maddesinde tutuklama nedeni olarak gösterilmesi, FETÖ örgütünün bir kısım üyelerinin olaydan sonra kaçtıkları tespit edilmiş olup [başvurucunun da aralarında olduğu] mevcutlu şüphelilerin de kaçma şüphesinin bulunması, delillerin henüz tam olarak toplanmayışı, şüphelilerin delillere tesir edip delilleri değiştirme ihtimallerinin olması, AİHM’nin [Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi] birden çok vermiş olduğu kararlarında belirtildiği üzere şüphelilerin salıverilmeleri halinde adaletin işleyişine zarar verecek faaliyetlerde bulunma tehlikesinin veya başka suçlar işleme tehlikesinin bulunması nedenlerine göre” tutuklanmasına karar verilmesi istenmiştir.

17. Başvurucunun sorgusu Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliğinde aynı gün yapılmıştır. Sorgu sırasında başvurunun müdafii de hazır bulunmuştur. Sorgu işlemi, Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) aracılığıyla kayda alınmıştır. Başvurucu, sorgu sırasındaki ifadesinde soruşturmanın Yargıtay Kanunu’na göre yürütülmesi gerektiğini, herhangi bir örgütün üyesi olmadığını ve suçlamaları kesinlikle kabul etmediğini belirtmiştir.

18. Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliği sorgu sonucunda başvurunun silahlı terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmasına karar vermiştir. Kararın ilgili bölümü şöyledir:

“Şüpheli(nin) ... üzerine atılı bulunan silahlı terör örgütüne üye olmak suçunu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren dosya kapsamında somut delillerin bulunması, şüphelinin kaçma ve delilleri karıtma ihtimali bulunduğu, bu nedenlerle adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağından şüphelinin hakimliğimizin yetkisiz ve görevsiz olduğuna dair talebinin şüpheliye isnat edilen suçların ağır ceza gerektiren suç üstü hallerinden olması nedeniyle CMK’nun 2/1-j, 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu’nun 46/1-son cümlesi gereği CMK’nun 100. maddesi ile ilgili düzenlemeler ile AİHS 5. maddesindeki tutuklama şartları kapsamında isnat olunan suç ile orantılı olarak tedbir

kapsamında şüphelinin CMK'nun 101 maddeleri uyarınca TUTUKLANMASINA ... [karar verildi.]”

19. Başvurucunun tutukluluğa itiraz ve tahliye talebinin 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 108. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince tutukluluk hâlinin gözden geçirilmesiyle birlikte incelenmesi sonucunda Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğince 11/9/2016 tarihinde “ ... şüphelilerin dosya içeriğine göre silahlı terör örgütü olan FETÖ/PDY üyesi olduklarına dair deliller bulunduğu, suçların niteliği, mevcut delil durumu, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut olguların bulunması, şüphelilerin kaçma şüphesi altında olduğunu gösteren somut olguların bulunması, şüphelilerin işlediği iddia edilen suçun henüz tamamlanmadığı ve tamamlama yönünde ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini yıkmak için faaliyetlerin devam ettiği şüphesi bulunduğu, bu terör örgütünün Türkiye Cumhuriyet tarihinde görülen en tehlikeli terör örgütü olup, diğer terör örgütlerini de yönlendirdiğinin değerlendirildiği, ... delilleri yok etme gizleme değiştirme ihtimalini gösteren olguların bulunması ve şüphelilere isnat edilen suçun niteliği, atılı suçun CMK'nın 100/3 maddesinde öngörülen suçlardan oluşu ve atılı suç ile tutuklama tedbirinin orantılı bir tedbir niteliğini taşıması dikkate alınarak CMK 108 maddesi uyarınca tutukluluk hallerinin devamına...” karar verilmiştir.

20. Başvurucu 26/9/2016 ve başvuru müdafii 28/9/2016 tarihlerinde tutukluluğun devamına ilişkin karara itiraz etmiş, Ankara 6. Sulh Ceza Hâkimliği 10/10/2016 tarihinde “...Ankara 5. Sulh Ceza Hakimliği kararındaki gerekçelere göre usul ve yasaya uygun nitelikteki karar...” gerekçesiyle itirazın reddine karar vermiştir.

21. Başvurucu, anılan kararı 20/10/2016 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

22. Başvurucu 9/11/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

23. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, başvurucunun silahlı terör örgütünü yönetme ve anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme suçlarını işlediğinden bahisle hakkında kamu davasının açılması için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına hitaben fezleke düzenlemiştir. Anılan fezleke 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsünün

arkasında FETÖ/PDY'nin olduğu belirtilmiş; bu yapılanmaya mensup oldukları, yapılanmanın emir ve talimatları doğrultusunda hareket ettikleri değerlendirilen yargı mensupları hakkında adli soruşturma yapıldığına değinilmiştir. Savcılık, darbe tehlikesinin tam olarak bertaraf edilemediğine dikkat çekerek ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hâlinin mevcut olduğu sonucuna varmıştır. Fezlekede, bu durum dikkate alınarak başvuru hakkında genel hükümlere istinaden Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca 16/7/2016 tarihinde soruşturma başlatıldığı ifade edilmiştir.

24. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 3/1/2018 tarihli iddianamesiyle başvurunun silahlı terör örgütü yöneticisi olma suçunu işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle Yargıtay 9. Ceza Dairesinde (ilk derece mahkemesi sıfatıyla) kamu davası açılmıştır. FETÖ/PDY'ye ve bu örgütün yargıdaki yapılanmasına ilişkin genel bilgilerin yer aldığı iddianamede başvurunun üzerine atılı suçu işlediğine dair temel olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının fezlekesindeki olgulara dayanılmıştır.

25. İddianamede, başvurunun FETÖ/PDY'nin yargıdaki yapılanmasında bilerek ve isteyerek yer aldığına ilişkin olgulara dayanılmıştır. Soruşturma mercilerince başvurunun örgüt mensuplarının örgüt içinde haberleşme aracılığıyla kullandıkları ByLock programını bizzat aktif olarak kullandığı belirtilmiş ve bu kapsamda yaptığı görüşme içeriklerine değinilmiştir. İddianamede ayrıca FETÖ/PDY üyesi oldukları iddiasıyla haklarında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma yürütülen kişilerden T.T., O.A., A.H., İ.O., İ.D., K.T.,M.K.Ö., Ö.F.T. ve B.E. nin başvurunun bu yapı içinde olduğu yönündekibeyanlarına yer verilmiştir.

26. İddianamede başvuru hakkındaki soruşturmanın yürütülmesine ilişkin olarak *"...isnat olunan ... suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve temadi eden suçlardan olduğu, temadinin fiili ve hukuki kesintiye uğradığı tarihe kadar suçun işlenmeye devam ettiği, yerleşik yargı kararları ile de kabul edilmiştir. Bu itibarla; kesinti yani yakalanma tarihi, suç tarihi olarak, bir başka ifadeyle suçüstü hali olarak kabul edileceğinden şüpheli hakkındaki soruşturma genel hükümlere göre sürdürülmüştür."* değerlendirmesine yer verilmiştir.

27. Başvurucuya isnat edilen suça dayanak olan olgulara ilişkin hukuki değerlendirmeler iddianamede şöyle ifade edilmiştir:

“...

FETÖ/PDY terör örgütünün deşifre olmasını engellemek, örgüt mensupları hakkında yapılan soruştırmaların sonuçsuz kalmasını sağlamak, örgüt faaliyetlerinin belli bir disiplin içinde istikrarlı bir şekilde devamı için diğer örgüt yöneticileriyle birlikte fikir ve eylem birliği içinde hareket etmek suretiyle hiyerarşik yapıya dahil olduğu, sıkı bir disiplinle, örgütün stratejisi, yapılanması, faaliyetleri ve amacına uygun hareket ettiği, haiz olduğu görev ve sorumluluk alanları ile emir ve talimat verme noktasındaki yetkileri gözetildiğinde FETÖ/PDY isimli silahlı terör örgütünün hücre yapılanmasında, Yargıtay kurumu içerisinde özel göreve haiz yönetici sıfatında olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Bu şekilde şüphelinin hiyerarşik yapıya dahil olduğu, sıkı bir disiplinle, örgütün stratejisi, yapılanması, faaliyetleri ve amacına uygun hareket ettiği, FETÖ/PDY isimli silahlı terör örgütünün yöneticisi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

...”

28. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 9/1/2018 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş ve E.2018/5 sayılı dosya üzerinden kovuşturma başlamıştır.

29. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 22/1/2018 tarihinde yaptığı tensip (duruşmaya hazırlık) incelemesi sırasında başvurucunun tutukluluk durumunu da -duruşma yapmaksızın- değerlendirmiş ve “*Sanığın üzerine atılı FETÖ/PDY silahlı terör örgütü yöneticisi olma suçuna ilişkin tanık beyanları, Bylock isimli programı kullandığına dair tespitler, dosya kapsamı ve mevcut delil durumuna göre; sanığın atılı suçu işlediği yönünde kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin bulunduğu, örgütün yöneticilik ve üyeliği suçunun faili pek çok kimsenin halen kaçak olduğu, işlenen suçlara dair delillerin toplanmaya devam edilmekte olduğu hususları dikkate alındığında sanığın kaçma, saklanma ve delilleri karartma şüphesi bulunduğu, müsnet suçun CMK’nın 100/3. maddesinde sayılan katalog suçlardan olduğu, suçun vasıf ve mahiyeti ile kanunda gösterilen ceza miktarları dikkate alındığında verilen tutuklama tedbirinin ölçülü ve orantılı olduğu, bu aşamada hükmedilecek adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalacağı, tutuklanmasından sonra sanığın hukuki durumunda herhangi bir*

değişiklik de bulunmadığı anlaşıldığı... “ gerekçesiyle tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir. Ayrıca başvuru hakkındaki davanın ilk duruşmasının “dosya sayısı ve iş yoğunluğu da dikkate alınarak” 5/4/2018 tarihinde yapılması kararlaştırılmıştır.

30. Yargıtay 9. Dairesinin 5/4/2018 tarihli ilk duruşmasında başvurunun önceki tüm müdafilerini azletmesi ve yeni bir müdafii belirleyeceğini belirtmesi üzerine savunması alınamamış, bu nedenle duruşma 6/8/2018 tarihine ertelenmiştir. Bu duruşmada başvurunun savunması alınmıştır. Başvurucu, savunmasında suçlamaları kabul etmediğini ve herhangi bir suç işlemediğini ifade etmiştir. Başvurunun müdafii isesoruşturma şartının gerçekleşmemesi nedeniyle durma kararı verilerek dosyanın Yargıtay Birinci Başkanlık Kuruluna gönderilmesine ve iddia edilen eylem görev suçu kapsamında kaldığından görevsizlik kararı verilerek dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesi ve tahliye talebinde bulunmuştur. Anılan talepler Yargıtay tarafından reddedilmiştir.

31. Dava, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla -ilk derece mahkemesi sıfatıyla- Yargıtay 9. Ceza Dairesinde derdesttir ve başvurunun tutukluluk durumu devam etmektedir.

32. Öte yandan başvuru kendisiyle ilgili olmayan Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının bir kararına atıfla kötü muamele yasağına ilişkin başvuru yolunun bulunmadığını belirtmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

33. 5271 sayılı Kanun’un “Tutuklama nedenleri” kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

...

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

...”

34. 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 adli 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.”

35. 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.”

36. 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 müdafii görüşü alındıktan sonra, üç gün içinde istemin kabulüne, reddine veya adli 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 müdafinin görüşü alınmaz. Bu kararlara itiraz edilebilir.”

37. 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 öngörölen süre içinde de re’sen karar verir.”*

38. 5271 sayılı Kanun’un “Adli kontrol” kenar başlıklı 109. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Bir suç sebebiyle yürütölen soruştırmada, 100 üncü maddede belirtilen tutuklama sebeplerinin varlığı halinde, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

...

(3) Adli kontrol, şüphelinin aşağıda gösterilen bir veya birden fazla yükümlölüğe tabi tutulmasını içerir:

a) Yurt dışına ıkamamak.

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 adli emanete teslim etmek.

...

j) Konutunu terk etmemek.

k) Belirli bir yerleşim bölgesini terk etmemek.

l) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemek.”

39. 5271 sayılı Kanun’un “Tazminat istemi” kenar başlıklı 141. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında;

a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

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

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu ceza ile cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

i) Hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan, kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler”

40. 5271 sayılı Kanun'un "Müdafiin dosyayı inceleme yetkisi" kenar başlıklı 153. maddesinin ilgili kısmı 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.

41. 5271 sayılı Kanun'un "Cumhuriyet savcısının görev ve yetkileri" kenar başlıklı 161. maddesinin (8) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır."

42. 5271 sayılı Kanun'un "İtiraz usulü ve inceleme mercileri" kenar başlıklı 268. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

a) (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md.) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza

hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.

b) (Değişik: 18/6/2014-6545/74 md.) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.

...”

43. 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 müdafii veya vekil dinlenir.”

44. 6/9/2004 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, silâhlı 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.”

45. 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,

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

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.”

46.3713 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.”

47. 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.”

48. 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 adli para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur.”

49. 4/12/1983 tarihli ve 2797 sayılı Yargıtay Kanun’un “Kişisel ve görevle ilgili suçlar” ile “İlgiliinceleme, soruşturma ve kovuşturma” kenar başlıklı 46. maddesi şöyledir:

“(1) Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin görevleriyle ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulunun kararına

bağlıdır. Ancak, ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinin hazırlık ve ilk soruşturması genel hükümlere tabidir.

(2) Birinci Başkanlık Kurulu kendisine intikal eden veya ettirilen ihbar ve şikayetleri inceleyerek soruşturma açılmasını gerektirir nitelikte gördüğü takdirde, ilk soruşturma yapılması için ceza dairesi başkanlarından birini görevlendirir. Aksi takdirde dosyanın işlemden kaldırılmasına karar verir. Bu karar kesindir.

(3) Soruşturma ile görevlendirilen başkan, soruşturmayı ikmal ettikten sonra evrakı Birinci Başkanlık Kuruluna gönderir.

(4) Soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı sorgu hakiminin yetkisini haiz olup Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilk soruşturmaya ait hükümlerini uygular. Vereceği tutuklama ve tutuklamanın kaldırılması veya kefaletle salıvermeye ait kararları Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile tekemmül eder.

(5) Birinci Başkanlık Kurulu, incelediği evrakı eksik bulursa soruşturmayı yapan başkana tamamlattırır. Son soruşturmanın açılmasına gerek görmediği takdirde evrakın işlemden kaldırılmasına, aksi halde son soruşturmanın açılmasına karar verir ve görevle ilgili suçlarda Anayasa Mahkemesine, kişisel suçlarda Yargıtay ilgili ceza dairesine tevdi olunmak üzere dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Evrakın işlemden kaldırılmasına dair verilen kararlar kesindir

(6) (Mülga altıncı fıkra: 2/1/2017-KHK-680/5 md.; Yeniden düzenleme: 17/4/2017-KHK-690/2 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7072/4 md.) Ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü halinde genel hükümlere göre yürütülen soruşturma sonucunda dosya, düzenlenen fezlekeyle birlikte Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Hâkim kararı gerektiren işlemlere dair Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının talepleri ile kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara yapılan itirazlar hakkında, soruşturma konusu suçların en ağırına bakmakla görevli Yargıtay ceza dairesini numara itibarıyla izleyen ceza dairesi başkanı tarafından karar verilir. Suçun son numaralı ceza dairesinin görevine girmesi halinde talebi inceleme yetkisi Birinci Ceza

Dairesi Başkanına aittir. Hâkim kararı gerektiren işlemlerde başkanın verdiği kararlara karşı yapılan itirazı numara itibarıyla izleyen ceza dairesi başkanı inceler. Son numaralı daire başkanının kararı, Birinci Ceza Dairesi Başkanı tarafından incelenir. İddianame hazırlanması hâlinde kovuşturma Yargıtay ilgili ceza dairesince yapılır.

(7) Haklarında inceleme ve soruşturma yapılacakların, inceleme ve soruşturma mercilerinin tayininde son görev ve sıfatları esas alınır. Sıkıyönetim Kanununda sözü edilen yetkili izin mercii, Yargıtay Büyük Genel Kuruludur. “

50. 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un “Sulh ceza hâkimliği” kenar başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur.”

51. 5235 sayılı Kanun'un “Ağır ceza mahkemesinin görevi” kenar başlıklı 12. maddesinin birinci cümlesi şöyledir:

“Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir.”

52. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10/10/2017 tarihli ve E.2017/YYB-997, K.2017/404 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

“ ...

Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken konu, İstanbul 23. Ağır Ceza Mahkemesi ile Yargıtay 16. Ceza Dairesi arasında oluşan olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesine ilişkindir.

...

Uyuşmazlığın isabetli bir hukuki çözüme kavuşturulabilmesi için, öncelikle konuyla ilgili kavramlar ve bu kavramlara ilişkin yasal düzenlemelerin üzerinde durulması gerekmektedir.

5271 sayılı CMK'nun 2. maddesinde tanımlanan 'soruşturma' ve 'kovuşturma'nın yürütülmesine ilişkin usul ve esasları içeren genel hükümler aynı Kanunda düzenlenmiş, suçun niteliği ile failin sıfatından kaynaklanan özel soruşturma usulleri ile kovuşturma makamlarının belirlenmesine ilişkin hükümler ise Anayasa ve ilgili kanunlarda ayrıca hüküm altına alınmıştır. Buna göre ana kural, soruşturma işlemlerinin yürütülmesi ve kovuşturma makamlarının belirlenmesi açısından genel hükümlerin uygulanması olup, bu husustaki özel hükümler ise; failin sıfatı ve/veya suçun niteliğine bağlı olarak, belirli ilkeler doğrultusunda ve mevzuatta açıkça belirtilen istisnai hallerde uygulanmaktadır.

...

Hâkimler ve Savcılar Kanununda, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının işledikleri suçlara ilişkin; 82 ila 92. maddeleri arasında 'görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlar', 93. maddesinde 'kişisel suçlar' ve 94. maddesinde 'ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâlleri' olmak üzere üç farklı hâl öngörülmüştür.

...

Suçun 'ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli' kapsamında işlenmesi durumunda uygulanacak soruşturma usulü ise aynı Kanunun 94. maddesinde hüküm altına alınmış olup, bu maddeye göre 'Ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde hazırlık soruşturması genel hükümlere göre yapılır. Hazırlık soruşturması yetkili Cumhuriyet savcıları tarafından bizzat yürütülür ...'

...

Hâkimler ve Savcılar Kanununun 94. maddesinin uygulanma koşulları açısından ayrıca, ağır ceza mahkemesinin görevi ve suçüstü kavramının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

...

...Yargıtayın istikrar bulan ve süregelen kararlarında açıklandığı üzere; mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda, daha önce örgütün kendisini feshetmesi, kişinin örgütten ayrılması gibi bazı özel durumlar hariç olmak üzere kural olarak temadinin yakalanma ile kesileceği, dolayısıyla suçun işlendiği yer ve zaman diliminin buna göre belirlenmesi gerektiği, bu nedenle silahlı terör örgütüne üye olma suçundan şüpheli konumunda bulunan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yakalandıkları anda ‘ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâli’nin mevcut olduğu ve 2802 sayılı Kanunun 94. maddesi gereğince soruşturmanın genel hükümlere göre yapılacağı anlaşılmaktadır.

...

...millet iradesine dayalı demokratik rejimi koruma amacıyla düzenlenen dava konusu suçların, herhangi bir kamu göreviyle bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenmesi zorunlu olmadığı gibi, ‘özgü suç’ niteliği taşımayan bu suçlar açısından failin memur olmasının kurucu unsur da olmadığı, sanık hakkındaki iddianamede ... sanığın kişisel irade ve eylemleriyle FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üye olduğu, Cumhuriyet savcılığı sıfatından bağımsız olarak, özünde anılan örgütün üyesi sıfatıyla ve örgüt üyeliğinden kaynaklanan hiyerarşi içerisinde hareket ederek örgütün Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin tüm anayasal kurumlarını ele geçirmeye yönelik herhangi bir kamu göreviyle bağdaşmayan nihâi amacına ulaşmak için bir süreç ve basamak olarak gördüğü yargısal mekanizmalara egemen olma faaliyetleri kapsamında özel yetkili Cumhuriyet savcılığına yerleştirildiği, örgütsel amaçların gerçekleştirilmesine yönelik örgütsel motivasyon ile hareket ederek örgüt adına çalışmalar yaptığı, böylece örgüt faaliyeti kapsamında işlendiği belirtilen dava konusu suçlara iştirak ettiğine dair nitelendirme ile kamu davası açıldığı, bu nedenle sanığın eylemlerinin kişisel suç

olarak kabulü gerektiği ... dikkate alınarak açıklanan sebeplerle Yargıtay 16. Ceza Dairesinin görevsizlik kararının usul ve yasaya uygun olduğu kabul edilmelidir.

...”

53. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 6/4/2016 tarihli ve E.2015/7367, K.2016/2130 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

“Mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda temadının yakalanma ile kesileceği, örgüte katılma tarihi ile yakalanma tarihi arasında silahlı terör örgütünün amaçladığı suçu gerçekleştirmeye elverişli olan ve vahamet arz eden eylemlerin gerçekleşmesi halindetüm eylemleringeçitli suça ilişkin kurallar ile fikri içtima hükümleri de nazara alıniphukuken birlikte değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu [anlaşılmıştır] ...”

54. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 18/7/2017 tarihli ve E.2016/7162, K.2017/4786 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

“Örgüt Üyeliği:

TCK 220/2. maddede düzenlenmiştir.

...

Örgüt üyesi, örgüt amacını benimseyen, örgütün hiyerarşik yapısına dahil olan ve bu suretle verilecek görevleri yerine getirmeye hazır olmak üzere kendi iradesini örgüt iradesine terk eden kişidir. Örgüt üyeliği, örgüte katılmayı, bağlanmayı, örgüte hakim olan hiyerarşik gücün emrine girmeyi ifade etmektedir. Örgüt üyesi örgütle organik bağ kurup faaliyetlerine katılmalıdır. Organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ olup, üyeliğin en önemli unsurudur. Örgüte yardımda veya örgüt adına suç işlemede de, örgüt yöneticileri veya diğer mensuplarının emir ya da talimatları vardır. Ancak örgüt üyeliğini belirlemede ayırt edici fark, örgüt üyesinin örgüt hiyerarşisi dahilinde verilen her türlü emir ve talimatı sorgulamaksızın tamamen teslimiyet duygusuyla yerine getirmeye hazır olması ve öylece ifa etmesidir.

...

Örgüt üyesinin bu suçtan cezalandırılması için örgüt faaliyeti kapsamında ve amacı doğrultusunda bir suç işlemesi gerekmez ise de örgütün varlığına veya güçlendirilmesine nedensel bir bağ taşıyan maddi ya da manevi somut bir katkısının bulunması gerekir. Üyelik mütemadi bir suç olması nedeniyle de eylemlerde bir süre devam eden yoğunluk aranır.

...

Temadi eden suçlardan olan örgüt üyeliği, hukuki veya fiili kesinti gerçekleşinceye kadar tek suç sayılır. Örgüt üyeliği, yakalanma, örgütün dağılması, örgütten ihraç ya da kendiliğinden örgütten ayrılma gibi sebeplerden sona erer. Yakalanmayan sanık hakkında düzenlenen iddianame temadi eden suç için hukuki kesinti oluşturmaz ...

...

Örgüt üyesinin, örgüte bilerek ve isteyerek katılması, katıldığı örgütün niteliğini ve amaçlarını bilmesi, onun bir parçası olmayı istemesi, katılma iradesinin devamlılık arz etmesi gerekir. Örgüte üye olan kimse, bir örgüte girerken örgütün kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olmak kastı ve iradesiyle hareket etmelidir ...

Tüm faillerin kastının suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüte katılmak olması gerekirken hepsinin de aynı suçları işlemek amacıyla olması gerekmez. Bir oluşuma dahil olan kişinin bu oluşumun suç işlemek amacıyla olduğunun bilincinde olması aranır.

...

Terör Örgütü Kurma Yönetme ve Üye Olma Suçları:

TCK'nın 314. maddesi bakımından; bir oluşumun, bir yapılanmanın silahlı terör örgütü sayılabilmesi için, TCK'nın 220. maddesinde düzenlenen suç işlemek için örgüt kurma suçunda örgütün varlığı için gerekli koşullar yanında, Türk Ceza Kanununun ikinci kitap, dördüncü

kısım, dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları ‘amaç suç’ olarak işlemek üzere kurulmuş ve amaca matuf bir eylem gerçekleştirmeye yeterli derecede silahlı olması ya da bu silahları kullanabilme imkanına sahip bulunması gerekir. Bu suçu, TCK’nın 220. maddesinde düzenlenen suçtan ayıran en önemli ölçüt budur.

...”

55. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 28/11/2017 tarihli ve E.2017/2037, K.2017/5409 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

“...

Bir suçun görev sebebiyle işlendiğinin kabulü için, eylemin memuriyet görevinden doğması, memuriyet işleriyle ilgili olması, diğer bir anlatımla suçu oluşturan fiil ile görev arasında illiyet bağı bulunması ve görevin sağladığı imkanlardan faydalanılarak işlenmesi gerekir. Bu husus Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.2.2004 tarih ve 2004/2-10 Esas, 2004/40 sayılı kararında; ‘Görev sebebiyle işlenen suç kavramının, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçları ifade eder.’ şeklinde kabul edilmiştir.

Türk Ceza Kanununun 314. maddesinde düzenlenen suçların niteliği ve mahiyeti itibarıyla, memuriyet görevinden doğan, görev ile bağlantılı ve görevden yararlanılarak işlenebilen suçlar kapsamında kabul edilmesinin mümkün olmadığı açıktır. O halde bu suçların kişisel suç kapsamında değerlendirilmesinde de zaruret vardır.

Dairemizce de benimsenen, öğretide ekseriyetle kabul gören yerleşik yargısal kararlara göre, örgütü yönetmek ya da örgüte üye olmak suçları mütemadi (kesintisiz) suçlardandır. Yani fiilin icrası süreklilik arz eder. Bu suçlarda örgüt hiyerarşisine dahil olup faaliyetlere başlanmakla suç tamamlanmıştır. Ancak fiilin icrası devam ettiği müddetçe fiilin ifade ettiği haksızlık da süreceğinden suç işlenmeye devam edecektir. Failin kendi isteğiyle ya da irade dışı olarak örgütten ayrılması halinde suç bitmiş olacaktır. Mütemadi suçların tamamlanmasıyla bitmesi aynı anlamı taşımamaktadır.

Mütemadi suçların ceza ve muhakeme hukuku bakımından önemli sonuçları mevcuttur. Ceza hukuku bakımından, suça teşebbüs fiilin bitmesine kadar değil tamamlanmasına kadar mümkündür. İştirak ise bitinceye kadar gerçekleşebilir. Suç işlenmeye devam ettiğinden, koşulları varsa meşru savunma hükümleri uygulanabilir. Uygulanacak ceza hükümleri bakımından temadinin bittiği tarih esas alınmalıdır. Yine kusur yeteneği ve yaş küçüklüğü bitiş tarihine göre tayin edilir. Muhakeme hukuku bakımından ise, zamanaşımı, yetkili mahkeme ve şikayet süresi temadinin bitişine göre değerlendirilecektir. Ancak suçun mütemadi niteliği, kural olarak görevli mahkemenin belirlenmesi ya da kovuşturma usulünün tespiti bağlamında bir özellik taşımaz. Örgüt üyeliği temadi eden suçlardan olması nedeniyle hukuki ve fiili kesintiyle sona erecektir. Kesinti tarihi suç tarihidir. Fiili olarak terör örgütünden daha önce ayrılmış olmamak ve faaliyetlere devam ediyor olmak koşuluyla, terör örgütü yöneticisi ya da üyesinin yakalanma tarihi, suç işlenmeye devam edildiğinden (CMK 2/1-j),5235 sayılı Kanun'un 12/1 maddesi de gözetildiğinde ağır cezalı suçüstü hali olarak kabul edilmelidir.

'Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü halinde, herhangi bir izin sistemi getirilmediği gibi, suçun türüne veya yapılan göreve ya da sahip olunan ünvana ilişkin herhangi bir ayırım da yapılmadığından hakim ve Cumhuriyet savcılarının soruşturulması genel hükümlere göre yapılacaktır.' (Ceza Genel Kurulu 19/02/2013 tarih ve 2011/5.MD-137 esas, 2013/58 sayılı kararı)

...

56. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 5/7/2018 tarihli ve E.2017/7338, K.2018/7621 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“...

5271 sayılı CMK'nın koruma tedbirlerine dayalı tazminat isteme koşullarını düzenleyen 142/1 maddesinde, karar veya hükümlerin kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde tazminat isteminde bulunulunulabileceği belirtilmekle birlikte, bazı hallerde tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyası ya da soruşturma dosyasında esas hakkında bir karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi gerekmez.

Keza, gözaltı süresi yasada açıkça belirtilmiş olup, kişinin yasadaki bu süre içinde hakim önüne çıkarılıp, çıkarılmadığının saptanmasının davanın esasıyla herhangi bir ilgisi bulunmadığı gibi bu konudaki talepler hakkında karar verilmesi için davanın esası hakkında karar verilmesine de gerek bulunmamaktadır.

Yine aynı şekilde, kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen, ya da hakkındaki arama kararı ölçsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır.

Zira bu talepler, asıl davanın sonucunu etkileyici veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler değildir. Ancak asıl davanın sonucuna bağlı veya asıl davada verilecek kararları etkileyici talepler yönünden mutlaka davanın esasıyla ilgili verilen karar veya hükmün kesinleşmesi zorunludur.

...”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

57. Mahkemenin 28/11/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

58. Başvurucu; yeterli havalandırma bulunmayan bir ortamda çok sayıda kişiyle birlikte gözaltında tutulduğunu, bu sürede yeterli beslenme imkânının kendisine verilmediğini, avukat yardımından yararlandırılmadığını, gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin kararlardan haberdar edilmediğini, ters kelepçe takılarak adliyeye getirildiğini ve uzun

bir süre adliyyede bu şekilde bekletildiğini, hapishaneye girişte üst araması yapılırken hakarete maruz kaldığını belirterek kötü muamele yasağının ve masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

59. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruclar tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013 ř 16). Başvurucunun şikâyetinin özü, gözaltı ve devamında bazı uygulamalar nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkindir. Dolayısıyla başvurucların bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesinde kötü muamele yasağı kapsamında incelenmesi gerekir.

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

“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

61. 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 ihmâl için kanunda öngörölmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir.”

62. 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, şş 16, 17).

63. Somut olayda gözaltı sürecindeki kötü muamele iddialarına ilişkin olarak başvurucu, genel olarak gözaltında iken kamu görevlileri tarafından kötü muameleye maruz bırakıldığını ve insani olmayan gözaltı koşullarında kasti bir şekilde tutulduğunu ileri sürmektedir. Bu bölümdeki iddialar bir

bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun yakalandığı andan itibaren kamu görevlilerinin kendisine kötü muamelede bulunduğundan şikâyetçi olduğu görülmektedir. Başvurucu, gözaltında tutma koşullarının yetersizliğinden bahsetmişse de bu kapsamda maruz kaldığını ileri sürdüğü kötü muamelenin kamu görevlilerinin kasıt ve/veya ihmalden mi yoksa salt tutulma koşullarından mı kaynaklandığını açıkça belirtmemiştir. Dolayısıyla söz konusu iddiaların Anayasa Mahkemesince doğrudan incelenebilmesi için yeterli bilgi ve belge bulunmadığı anlaşılmıştır. Bu bağlamda somut olayın koşullarının başvurunun anılan iddialarının kamu görevlilerinin kasıt ve/veya ihmalden kaynaklanıp kaynaklanmadığına dair adli ve/veya idari bir soruşturma ile ortaya konması gerekmektedir (benzer yöndeki bir değerlendirme için bkz. *Mehmet Hasan Altan* (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, § 249).

64. Dolayısıyla başvurunun şikâyetlerini, varsa bu konudaki kanıtlarını öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere iletmeyen, hak ihlali iddialarını öncelikle bu makamların değerlendirmesini, çözüme kavuşturmasını beklemeden doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

65. Başvurucu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının bir kararına atıfla (5/10/2016 tarihli ve 2016/134826 Sor. No.lu karar) şikâyetleri yönünden bir iç hukuk yolunun bulunmadığını ileri sürmüş ise de söz konusu kararda “iddiaların genel ve soyut nitelikte olması ve ciddi bulgu ve belgelere dayanmaması” gerekçeleriyle şikâyetin işleme konulmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla başvurunun ileri sürdüğü şikâyetleri üzerine verilmiş bir karar bulunmamaktadır.

66. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

67. Başvurucu; soruşturma evresinde kendisine suçlamalara ilişkin genel sorular yöneltildiğini, hakkındaki somut isnatların ve delillerin

açıklanmadığını, böylelikle suçlamalara ve bunların dayanaklarına karşı savunma yapma imkânının kısıtlandığını, hapisanede kitap sınırlamasının bulunması ile kendisine bilgisayar verilmemesinin savunmasını yapmasını zorlaştırdığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

68. Başvurucu, ayrıca gözaltına alındığı andan itibaren kendi avukatını seçmesine ve istediği avukat ile savunma yapmasına izin verilmediğini, müdafî ile görüşmesinin teknik kayda alınmasının savunma yapma imkânının elinden aldığını, böylece silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

2. Değerlendirme

69. Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, §§ 16, 17).

70. Somut olayda başvuru, soruşturma süreci devam ederken bireysel başvuruda bulunmuş; sonrasında hakkında kamu davası açılmıştır. Anayasa Mahkemesince bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih itibarıyla başvuru hakkındaki kovuşturmanın devam ettiği görülmektedir. Başvurucunun başvuru formunda dile getirdiği bu tür şikâyetlerini yargılamada ve sonrasında temyiz aşamalarında ileri sürebilme, bu aşamalarda inceletme imkânı bulunmaktadır. Bu çerçevede derece mahkemelerinin yargılama ve temyiz süreçleri beklenmeden soruşturma sürecindeki adil yargılanma hakkı ihlali şikâyetlerinin başvuru tarafından bireysel başvuruya konu edildiği görülmüştür.

71. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Özel Hayata Saygı ve Konut Dokunulmazlığı Haklarının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

72. Başvurucu -Yargıtay üyesi olarak- hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma yürütülmesinin mümkün olmadığını, bu itibarla görevsiz mercilerce verilmiş arama kararına dayanılarak konutunda ve

işyerinde arama yapıldığını belirterek özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

73. Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, §§ 16, 17).

74. 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendinde, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilere tazminat talebinde bulunabilme imkânı tanınmaktadır (bkz. § 39).

75. Anayasa Mahkemesi, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında soruşturma mercilerince ya da yargı organlarınca şüphelilerle ilgili olarak uygulanan arama tedbirinin hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl soruşturma/kovuşturma 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 (*Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.*, B. No: 2014/18247, 20/12/2017, §§ 18-30).

76. Somut olayda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı talimatı uyarınca başvurunun konutunda, işyerinde ve aracında 18-19/7/2016 tarihlerinde arama yapılmıştır. Bu aramaların hukuka uygun olup olmadığı 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi kapsamında açılacak davada incelenebilir. Bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla söz konusu aramaların hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde başvuru lehine tazminata da hükmedilebilecektir. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvurunun 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.

77. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

78. Başvurucu, görevli ve yetkili olmayan merci tarafından yapılan el koyma işlemi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

79. 6216 sayılı Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Anayasa Mahkemesince kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda başvurunun ihlal iddialarını kanıtlayamadığı, temel haklara yönelik bir müdahalenin olmadığı veya müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular ile karmaşık veya zorlama şikâyetlerden ibaret başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir (*Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24).

80. Başvurucu, görevli ve yetkili olmayan merci tarafından yapılan el koyma işlemiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ancak buna ilişkin herhangi bir belge sunmadığı gibi açıklamada da bulunmamıştır. Bu kapsamda hangi mülkiyet konusu olabilecek eşya ve mala el konulduğunu açıklamamış ve bu el koyma işleminin kim tarafından yapıldığını belirtmemiştir. Dolayısıyla söz konusu iddianın kanıtlanmamış şikâyet kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir.

81. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

E. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Gözaltına Almanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

82. Başvurucu, suç şüphesi olmaksızın görevli ve yetkili olmayan savcılık tarafından gözaltına alınması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

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

“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

84. 6216 sayılı Kanun'un “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

85. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, §§ 16, 17).

86. 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).

87. Öte yandan Anayasa Mahkemesi olağanüstü hâl ilanı sonrasında uygulanan olağan döneme göre daha uzun süreli gözaltı tedbirleri yönünden de bu sürelerin makul olmadığı şikâyetlerini incelemiş ve bu konuda 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davası açma imkânının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır (*Neslihan Aksakal*, B. No: 2016/42456, 26/12/2017, §§ 30-37; *Mehmet Hasan Altan* (2), §§ 84-93).

88. Başvurucu, ayrıca görevli ve yetkili olmayan savcılık tarafından yakalama işlemi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal

edildiğini iddia etmiş ise de hakkında herhangi bir şekilde yakalama işlemi uygulanmamıştır.

89. Somut olayda, başvuru yönünden gözaltı tedbirinin hukuki olmadığına ilişkin iddiayla ilgili olarak yukarıda anılan kararlarda varılan sonuçlardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

90. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

91. Başvurucu; tutuklama nedenlerinin bulunmadığını, tutuklamaya neden olabilecek hiç bir maddi olgunun kararda gösterilmediğini, tutuklama kararının gerekçesiz olduğunu ve tutuklama kararında adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kaldığının açıklanmadığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

92. Başvurucu; ayrıca darbe teşebbüsüyle veya örgütle bir ilgisinin bulunmadığını, olayda kendisi yönünden suçüstü hâlinin mevcut olmadığını, bu nedenle yapılacak bir soruşturmanın Yargıtay Kanunu'na göre Yargıtay Birinci Başkanlık Kuruluncayürütülmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

93. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması*" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

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

94. 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.”

95. 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 amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir.”

96. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Başvuruçunun şikâyetinin özü, tutukluluğun hukuki olmadığına ilişkindir. Dolayısıyla başvuruçunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

97. 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 alacağını belirtmiştir (*Aydın Yavuz ve*

diğerleri, §§ 187-191). Soruşturma mercilerince başvurucuya yöneltilen ve tutuklama tedbirine konu olan suçlama, başvurucunun darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY üyesi olduğu iddiasıdır. Anayasa Mahkemesi, anılan suçlamanın olağanüstü hâl ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğunu değerlendirmiştir (*Selçuk Özdemir*, § 57).

98. 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).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

(1) Genel İlkeler

99. 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 (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

100. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik bir müdahale olarak tutuklamanın 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).

101. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasına 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 (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 72).

102. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, tutuklama kararının *kaçma* ya da *delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini* önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesine göre de 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 oluşturmaları hâllerinde tutuklama kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabilirliği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Halas Aslan*, §§ 58, 59).

103. Diğer taraftan Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların *ölçülülük* ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda dikkate alınacak hususlardan biri, tutuklama tedbirinin isnat edilen suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı karşısında ölçülü olmasıdır (*Halas Aslan*, § 72).

104. 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 (*Gülser Yıldırım (2)* [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, § 123). Bununla birlikte yargı mercilerinin belirtilen hususlardaki takdir aralığını aşp 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 Dundar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 79; *Selçuk Özdemir*, § 76; *Gülser Yıldırım (2)*, § 124).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

105. Somut olayda öncelikle başvurunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başvurucu, darbe

teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu belirtilen FETÖ/PDY mensubu olduğu iddiasıyla yürütölen soruşturma kapsamında silahlı terör örgütü üyesi olma suçlamasıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır.

106. Diğer taraftan başvurucu, görevinden kaynaklanan güvencelere riayet edilmeksizin tutuklandığını iddia etmektedir.

107. 2797 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Yargıtay üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ile kişisel suçları için soruşturma açılmasının Birinci Başkanlık Kurulunun kararına bağlı olduğu ancak ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü hâllerinde soruşturmanın genel hükümlere göre yürütöleceği düzenlenmiştir.

108. Aynı Kanun'un 46. maddesinin (2), (3) ve (6) numaralı fıkralarında ise ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâli istisna olmak üzere görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçları ve kişisel suçları nedeniyle Yargıtay üyeleri hakkında koruma tedbirlerine ancak -soruşturma ile görevlendirilen başkanın talebi üzerine- Birinci Başkanlık Kurulunun onaması ile karar verileceği, ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili suçüstü hâllerinde soruşturmanın genel hükümlere göre yürütöleceği ifade edilmiştir.

109. Buna göre kural olarak Yargıtay üyeleri hakkında görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri iddia edilen suçların yanı sıra kişisel suçları bakımından da ceza soruşturması açılması Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun karar almasına bağlıdır. Yine bu suçlar bakımından Yargıtay üyeleri hakkında tutuklama da dâhil olmak üzere koruma tedbirlerinin uygulanmasına karar verme görevinihayetinde Birinci Başkanlık Kuruluna aittir.

110. Bununla birlikte ağır ceza mahkemesinin görevine giren kişisel suçlarla ilgili olarak suçüstü hâlinin bulunması durumunda soruşturma genel hükümlere göre yürütölecek ve bu soruşturmada tutuklama tedbirine genel yetkili yargı organı olarak sulh ceza hâkimliklerince karar verilebilecektir. Belirtilen durumda kovuşturma ise Yargıtayda yapılacaktır.

111. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca, 15/7/2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüne değinilerek başvurunun silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan tutuklanması talep edilmiştir (bkz.Ş 16).

112. Başvurucu hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen fezleke -darbe tehlikesinin tam olarak bertaraf edilemediğine dikkat çekilerek- somut olayda ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçüstü hâlinin mevcut olduğu belirtilmiş, buna göre başvuru hakkında genel hükümler doğrultusunda 16/7/2016 tarihinde soruşturma başlatıldığı ifade edilmiştir (bkz.Ş 23).

113. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca düzenlenen iddianamede ise başvuruca isnat olunan suçun ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren ve temadi eden suçlardan olduğuna, temadinin fiilî ve hukuki kesintiye uğradığı tarihe kadar suçun işlenmeye devam ettiğinin yerleşik yargı kararları ile kabul edildiğine değinilmiş; bu itibarla temadinin kesildiği yakalama tarihinin suç tarihi olarak bir başka ifadeyle suçüstü hâli olarak kabul edilmesi gerektiği değerlendirilerek soruşturmanın genel hükümlere göre sürdürüldüğü ifade edilmiştir (bkz.Ş 26).

114. Başvurucu hakkındaki tutuklama talep yazısı, tutuklama kararı, fezleke ve iddianamede yapılan değerlendirmeler dikkate alındığında soruşturma mercilerince, isnat konusu suçun kişisel suç olduğu ve başvuru yönünden ağır cezalı suçüstü hâlinin bulunduğu kanaatine varıldığı ve bu itibarla soruşturmanın genel hükümlere göre yürütüldüğü görülmektedir.

115. Başvurucuya isnat edilen ve 5237 sayılı Kanun'un 314. maddesinde düzenlenen silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun ağır cezalı (ağır ceza mahkemelerinin görev alanında bulunan) suçlardan olduğu (bkz. Ş 51) hususunda kuşku bulunmadığı gibi başvurunun da aksi yönde bir iddiası yoktur. Diğer taraftan isnat konusu suçun kişisel suç olmadığı, bir başka ifadeyle görevden doğan veya görev sırasında işlenen bir suç olduğu yönünde bir şikâyetle bulunulmamıştır. Bir suçun niteliğinin (kişisel suç mu, görev suçu mu olduğu) belirlenmesi soruşturma ve kovuşturma süreçlerini yürüten adli mercilere aittir. Yine bu belirlemeye göre varılacak sonucun hukuka uygun olup olmadığı kanun yolu incelemesi ile tespit

edilebilir. Hukuk kurallarının yorumlanmasında -Anayasa'ya bariz şekilde aykırı olarak- keyfilik bulunması, bunun temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebebiyet vermesi hâli dışında suçun niteliğinin belirlenmesine ilişkin olanlar da dâhil olmak üzere kanun hükümlerinin yorumu ve bunların somut olaylara uygulanması derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamındadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 77; *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, § 223). Başvurucu hakkındaki tutukluluğa ilişkin belgeler başta olmak üzere soruşturma dosyasında yer alan tespit ve değerlendirmeler ile Yargıtay 16. Ceza Dairesinin isnat konusu suçun görev suçu olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki içtihadı (bkz. §§ 54, 55) karşısında söz konusu suçun kişisel suç olarak nitelendirilmesinin temelsiz ve keyfi bir yaklaşım olduğu söylenemez (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. *Alparslan Altan* [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018, § 123; *Erdal Tercan* [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018, § 140).

116. Somut olayda soruşturma mercilerince başvuru yönünden suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde değerlendirme yapılırken 15/7/2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsüne dikkat çekilmekte, ayrıca isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçunun temadi eden suçlardan olduğu hususuna dayanılmaktadır.

117. Yargıtayın yerleşik uygulamasına göre silahlı terör örgütü üyesi olma suçu temadi eden suçlardandır (bkz. § 52; aynı doğrultuda Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 6/3/2008 tarihli ve E.2007/2495, K.2008/1358 sayılı; 9/3/2011 tarihli ve E.2010/16588, K.2011/1626 sayılı; 6/11/2014 tarihli ve E.2014/6090, K.2014/10958 sayılı; Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 12/10/2010 tarihli ve E.2010/8491, K.2010/7430 sayılı kararları).

118. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu; darbe teşebbüsü sonrasında başlatılan soruşturmalar kapsamında Cumhuriyet savcısı olarak görev yapan bir şüpheli hakkında silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) üye olma, Anayasa'yı ihlal etme, cebir ve şiddet kullanarak Türkiye Büyük Millet Meclisini ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya, görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme suçlarından İstanbul 23. Ağır Ceza Mahkemesinde açılan davada bu Mahkeme ile Yargıtay 16. Ceza Dairesi arasında çıkan olumsuz görev

uyuşmazlığının giderilmesine ilişkin kararında, anılan suçun temadi eden suçlardan olduğunu belirtmiş ve isnat edilen suçların kişisel suç olduğuna da değinerek Ağır Ceza Mahkemesinin görevsizlik kararının kaldırılmasına karar vermiştir (bkz. § 52; aynı doğrultudaki kararlar için diğerleri arasından bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 10/10/2017 tarihli ve E.2017/YYB-996, K.2017/403 sayılı; 10/10/2017 tarihli ve E.2017/YYB-998, K.2017/388 sayılı kararları).

119. Ayrıca Yargıtay Ceza Genel Kurulu, iki hâkimin (anılan hâkimlerin tutuklananın hukuki olmadığı iddiasıyla yaptıkları bireysel başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez bulunduğuna dair karar için bkz. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, §§ 134-161) darbe teşebbüsü öncesinde -görevleriyle bağlantılı eylemler dolayısıyla- işledikleri ileri sürülen silahlı terör örgütü (FETÖ/PDY) üyesi olma ve görevi kötüye kullanma suçlarından mahkûmiyetine ilişkin olarak Yargıtay 16. Ceza Dairesince ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen hükmün temyiz incelemesi sırasında bu kişiler tarafından ileri sürülen “*hâkim ve Cumhuriyet savcılarının ağır cezayı gerektiren suçüstü hâli hariç yakalanamayacakları, sorguya çekilemeyecekleri ve tutuklanamayacakları kuralının ihlal edildiği, olayda suçüstü hâlinin de bulunmadığı*” yönündeki iddiaları incelerken “*Yargıtayın istikrar bulan ve süregelen kararlarında açıklandığı üzere; mütemadi suçlardan olan silahlı terör örgütüne üye olma suçunda, daha önce örgütün kendisini feshetmesi, kişinin örgütten ayrılması gibi bazı özel durumlar hariç olmak üzere kural olarak temadinin yakalanmayla kesileceği, dolayısıyla suçun işlendiği yer ve zaman diliminin buna göre belirlenmesi gerektiği, bu nedenle silahlı terör örgütüne üye olma suçundan şüpheli konumunda bulunan hakim ve Cumhuriyet savcılarını yakalandıkları anda ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçüstü halinin mevcut olduğu*” değerlendirmesinde bulunmuş ve bu husustaki temyiz itirazlarını kabul etmemiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 tarihli ve E.2017/16.MD-956, K.2017/370 sayılı kararı).

120. Yukarıda yer verilen veya atıf yapılan Yargıtay kararları ile başvurucunun 15/7/2016 tarihinde başlayan ve ertesi gün de devam eden darbe teşebbüsünün savuşturulması sırasında (21/7/2016 tarihinde) gözaltına alınıp darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğu

belirtilen ve yargı makamlarınca silahlı terör örgütü olduğuna karar verilen FETÖ/PDY üyesi olma suçundan tutuklanması birlikte dikkate alındığında başvurucuya isnat edilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçuna ilişkin suçüstü hâlinin bulunduğu yönünde soruşturma mercilerince yapılan değerlendirmelerin olgusal ve hukuki temelden yoksun ve keyfi olduğunun kabulü mümkün görülmemiştir (aynı yöndeki değerlendirme için bkz. *Alparslan Altan*, § 128; *Erdal Tercan*, § 145).

121. Dolayısıyla somut olayın koşullarında başvurucunun Yargıtay üyesi olması nedeniyle 2797 sayılı Kanun'dan kaynaklanan güvenceler uygulanmaksızın kanuna aykırı olarak tutuklandığı iddiası yerinde değildir. Bu itibarla başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin kanuni dayanağı bulunmaktadır.

122. Kanuni dayanağı bulunduğu anlaşılan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığı ve ölçölölüğü incelenmeden önce tutuklamanın ön koşulu olan *suçun işlendiğine dair kuvvetli belirti* bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir.

123. Başvuru hakkında verilen tutuklama kararında, isnat edilen silahlı terör örgütüne üye olma suçunun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin dosyada bulunduğu belirtilmiştir (bkz. § 18). Tutuklamaya itirazın reddine ilişkin kararda da tutuklama kararı veren hâkimlik kararına atıf yapılarak başvurucunun da aralarında olduğu şüpheliler yönünden isnat edilen suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunduğu ifade edilmiştir (bkz. § 19).

124. Başvuru hakkında düzenlenen iddianamede ise başvurucunun isnat edilen suç (silahlı terör örgütü yöneticisi olma) işlediğine dair delil olarak başvurucunun FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen *ByLock* uygulamasının kullanıcısı olmasına ve diğer kişiler arasında *ByLock* üzerinden yapılan haberleşmenin içeriğine dayanıldığı görölmektedir. İddianamede ayrıca tanık beyanlarına da değinilmiştir (bkz. § 25).

125. Anayasa Mahkemesi *ByLock* uygulamasının özellikleri 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*, §§ 106, 267). Buna göre soruşturma makamlarınca ve tutuklama tedbirine karar veren hâkimliklerce FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan başvuruçunun *ByLock* uygulamasını kullanmasının somut olayın koşullarına göre suçun işlendiğine dair *kuvvetli belirti* olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfî bir tutum olarak değerlendirilemez (*Selçuk Özdemir*, § 74).

126. Öte yandan iddianamede; FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan T.T., O.A., A.H., İ.O., İ.D., K.T., M.K.Ö., Ö.F.T. ve B.E.nin tanık olarak verdikleri ifadelerinde başvuruçunun FETÖ/PDY ile irtibatının olduğuna ve bu yapılanmaya mensup olduğuna yönelik anlatımlarda bulunduğu görülmektedir. Bu itibarla da başvuruçu yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli belirtilerin bulunduğu görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi *Selçuk Özdemir* başvurusunda; FETÖ/PDY üyesi olmakla suçlanan bazı şüphelilerin ifadelerinde, hâkim olarak görev yapmakta olan başvuruçunun FETÖ/PDY ile irtibatının olduğuna ve bu yapılanmaya mensup olduğuna yönelik anlatımlarını başvuruçu yönünden suç şüphesini doğrulayan kuvvetli bir belirti olarak kabul etmiştir (*Selçuk Özdemir*, § 75).

127. Bu itibarla başvuruçu yönünden suç şüphesinin varlığını doğrulayan belirtilerin dosya kapsamında bulunduğu görülmektedir.

128. Diğer taraftan başvuruçu hakkında uygulanan ve kuvvetli suç şüphesinin bulunması ön koşulu yerine gelmiş olan tutuklama tedbirinin meşru bir amacının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirmede tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar gözardı edilmemelidir.

129. Darbe teşebbüsü sırasında gerçekleşen vahim olayların toplumda oluşturduğu kaygı, teşebbüsün faili olduğu belirtilen FETÖ/PDY'nin örgütlenmesinin karmaşıklığı ve bu yapılanmanın arz ettiği tehlike (*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 darbeye 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 (bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 271; *Selçuk Özdemir*, § 78; *Alparslan Altan*, § 140).

130. 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 kuruluşlarında örgütlenmiş olması, yüz elliye aşkın ülkede faaliyet göstermesi, ciddi seviyede uluslararası ittifaklarının bulunması, bu yapılanma ile ilgili olarak soruşturmaya tabi tutulan kişilerin yurt dışına kaçmasını ve yurt dışında barınmasını büyük ölçüde kolaylaştıracaktır (bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 272; *Selçuk Özdemir*, § 79). Ayrıca Yargıtay üyesi olan başvurunun -konumu itibarıyla- deliller üzerinde etkide bulunmasının diğer kişilere göre daha kolay olacağı yadsınamaz.

131. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen silahlı terör örgütü üyesi olma suçu, Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleri arasında olup (bkz. § 45) isnat 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 suç 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan ve kanun gereği *tutuklama nedeni varsayılabilen* suçlar arasındadır (bkz. § 34; *Gülser Yıldırım* (2), § 148).

132. Somut olayda Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurunun tutuklanmasına karar verilirken kaçma ihtimalinin bulunmasına, adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacak olmasına ve isnat edilen suça göre tutuklamanın orantılı bir tedbir olmasına dayanıldığı görülmektedir (bkz. §

18). Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliği de aynı gerekçelerle başvurucunun tutuklamaya yönelik itirazını reddetmiştir (bkz. § 19).

133. Dolayısıyla tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile Ankara 9., 5. ve 6. Sulh Ceza Hâkimlikleri tarafından verilen kararların içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvuru yönünden kaçma ve delilleri etkileme tehlikesine yönelen tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olmadığı söylenemez (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Alparslan Altan*, § 144; *Erdal Tercan*, § 162).

134. Öte yandan başvuru hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığına da belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülülüğünün belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır (*Gülser Yıldırım (2)*, § 151).

135. 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 (aynı yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, § 214; *Devran Duran*, § 64). Özellikle darbe teşebbüsüyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY ile bağlantılı soruşturmaların kapsamı ve niteliği ile FETÖ/PDY'nin gizlilik, hücre tipi yapılanma, her kurumda örgütlenmiş olma, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme gibi özellikleri de dikkate alındığında bu soruşturmaların diğer ceza soruşturmalarına göre çok daha zor ve karmaşık olduğu ortadadır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 350).

136. Ayrıca başvurucunun darbe teşebbüsünün savuşturulması sürecinde gözüaltına alındığı ve sonrasında tutuklandığı dikkate alındığında soruşturma süreci bakımından tutuklamanın ölçülülük ilkesinin bir unsuru olarak *gerekli* olmadığı sonucuna varılması için herhangi bir nedenin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

137. Somut olayın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında Ankara 9., 5. ve 6. Sulh Ceza Hâkimliklerinin isnat edilen suç için

öngörölen yaptırımın ağırlılığını, işin niteliğini ve önemini de gözönünde tutarak başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçölü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfi ve temelsiz olduğu söylenemez.

138. Açıklanan gerekçelerle 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.

139. 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 oluşturmadağı göröldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

3. Soruştırma Dosyasına Erişimin Kısıtlandığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

140. Başvurucu, soruştırma dosyasında gizlilik kararının bulunması nedeniyle hakkındaki suçlamaları öğrenemediğini, savunmasını hazırlayamadığını ve iddia makamı ile eşit şartlarda bulunmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

141. Anayasa'nın *“Kişi hürriyeti ve güvenliği”* kenar başlıklı 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.”

142. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, ř 16). Bu itibarla başvurucunun bu bölümdeki iddiasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası

bağlamında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

i. Uygulanabilirlik Yönünden

143.Başvurucunun şikâyetlerine konu kısıtlama kararının verildiği belirtilen soruşturma dosyasında başvurucuya yöneltilen suçlama, olağanüstü hâl ilanına sebebiyet veren olaylarla ilgilidir. Bu nedenle kısıtlamanın hukuki olup olmadığı, bir başka ifadeyle kararın kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı üzerindeki etkisinin incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle kısıtlamanın Anayasa'nın 19. maddesinde 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).

ii. Kabul Edilebilirlik Yönünden

(1) Genel İlkeler

144. 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 çıkarılınca kadar bildirilmesini öngörmektedir (*Günay Dağ ve diğerleri*, § 168).

145.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. Fıkarda 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).

146. Bu bağlamda tutukluluk hâlinin devamının veya serbest bırakılma taleplerinin incelenmesinde *silahların eşitliği* ve *çelişmeli yargılama*

ilkelerine riayet edilmelidir (*Hikmet Yayęın*, 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 dęřürölmeksizin 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 (*Bölent Karataş*, B. No: 2013/6428, 26/6/2014, §§ 70, 71).

147. 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).

148. İfadesi ya da savunması alınırken başvuruçuya erişimi kısıtlanan belgelerin içeriğine ilişkin sorular sorulmuş veya başvuruçunun tutukluluk kararına yönelik itirazında bu belgelerin içeriğine atıfta bulunmuş olması durumunda başvuruçunun 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).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

149. Başvuru formunda soruşturma dosyasını incelemeye izin verilmediği ileri sürölmüş ancak iznin verilmemesine neden olan kararın savcılık ya da hangi mahkeme tarafından hangi tarihte verildiğine ilişkin bir açıklamada bulunulmamıştır.

150. Başvuru formu ve eklerinde, kısıtlama kararının daha sonra kaldırılıp kaldırılmadığı hususunda herhangi bir bilgi veya belge bulunmamakla birlikte Yargıtay 9. Ceza Dairesince iddianamenin kabul edildiği 9/1/2018 tarihi (bkz. § 28) itibarıyla kısıtlılık, 5271 sayılı Kanun'un 153. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca kendiliğinden sona ermiş bulunmaktadır.

151. Soruşturma aşamasında başvurucuya yöneltilen suçlamaların başvurucunun FETÖ/PDY üyesi olduğu ve bu örgütün yargı ayağını oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu suçlamaların içeriğinin Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan ifade alma işlemi sırasında başvurucuya sorulan sorularda açıklandığı ve başvurucunun ifadesinde anılan suçlamalarla ilgili ayrıntılı bir şekilde beyanda bulunduğu görülmektedir (bkz. § 15).

152. Öte yandan Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca 22/7/2016 tarihinde düzenlenen tutuklama talep yazısı incelendiğinde başvurucuya isnat edilen suçlamalara ilişkin açıklamalara ayrıntılı şekilde yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda suça konu edilen olaylarla ilgili bilgi ve delillere yer verilmiş, bu eylemlerin hukuki niteliğine yönelik olarak da değerlendirmelerde bulunulmuştur (bkz. § 16). Anılan talep yazısı sorgu işlemi öncesinde Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından başvurucuya okunmuş, ayrıca sorgu tutanağında başvurucuya isnat edilen suçların okunup anlatıldığı belirtilmiştir. Başvurucunun sorgu sırasında suçlama konusu olaylarla ilgili anlatımda bulunduğu, sorulan sorulara cevap verdiği görülmektedir (bkz. § 17). Ayrıca başvurucunun tutukluluğa itiraz dilekçesinde de usul ve esasa ilişkin ayrıntılı bir biçimde beyanda bulunulmuştur. Dolayısıyla başvurucunun ve müdafinin isnat edilen suçlamalara ve tutukluluğa temel teşkil eden bilgilere gerek sorgu öncesinde gerekse sorgu sonrasında erişimlerinin olduğu anlaşılmaktadır.

153. Bu itibarla suçlamalara dayanak olan temel unsurların ve tutmanın hukukiliğinin değerlendirilmesi için esas olan bilgilerin başvurucuya veya müdafilerine bildirilmiş, başvurucuya bunlara karşı savunma ve itirazlarını ileri sürme imkânı verilmiş olması dikkate alındığında soruşturma aşamasında dosyanın incelenmesine izin verilmemesi nedeniyle başvurucunun tutukluluğa karşı etkili bir şekilde itirazda bulunamadığının kabulü mümkün görülmemiştir.

154. Açıklanan gerekçelerle başvurunun dosyayı incelemeye izin verilmemesi 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.

155. Buna göre başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik olarak soruşturma dosyasında kısıtlama kararı verilmesi suretiyle yapıldığı belirtilen müdahalenin Anayasa’da (özellikle 19. maddenin sekizinci fıkrası) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa’nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

4. Tutuklamaya Karşı İtiraz Hakkının Etkin Olarak Kullanılamadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

156. Başvurucu; tutuklama kararını ve tutukluluğa itirazın reddi kararını verensulh ceza hâkimliklerinin bağımsız, tarafsız ve etkili bir başvuru mercii olmadığını, bu nedenle tutuklamaya karşı etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

157. Anayasa Mahkemesince sulh ceza hâkimliklerinin doğal hâkim güvencesini sağlamadıkları, tarafsız ve bağımsız mahkeme olmadıkları ve tutukluluğa itirazın bu yargı mercilerince karara bağlanmasının hürriyetten yoksun bırakılmaya karşı etkili bir itirazda bulunmayı imkânsız hâle getirdiğine ilişkin iddialar birçok kararda incelenmiş; bu kararlarda sulh ceza hâkimliklerinin yapısal özellikleri dikkate alınarak söz konusu iddiaların açıkça dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır (bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri*, §§ 101-115; *Mehmet Baransu (2)*, B. No: 2015/7231, 17/5/2016, §§ 64-78, 94-97).

158. Somut başvuruda, aynı mahiyetteki iddialara ilişkin olarak anılan kararlarda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

159. Başvurucu, ayrıca tutukluluğa karşı yaptığı itirazın etkili olmayan merci tarafından makul süre incelemesi aşılarak reddedildiğini iddia etmiştir. Ancak buna ilişkin herhangi bir tarih ve mahkeme ismi zikretmemiş, dolayısıyla bu şikâyetin soyut olarak yapıldığı anlaşılmıştır.

160. Açıklanan gerekçelerle başvurunun iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

5. Tutukluluk İncelemelerinin Hâkim/Mahkeme Önüne Çıkarılmaksızın Yapıldığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

161. Başvurucu, tutukluluğa itiraz ile tutukluluk hâlinin gözden geçirilmesine ilişkin incelemelerin dosya üzerinden değerlendirildiğini belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

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

“Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

163. 6216 sayılı Kanun'un “Bireysel başvuru hakkı” kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

164. 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*, §§ 16, 17).

165. Ancak tüketilmesi gereken başvuru yollarının ulaşılabilir olması yanında telafi kabiliyetini haiz ve tüketildiğinde başvurucunun şikâyetlerini gidermede makul başarı şansı tanınması 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).

166. 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 kanuni gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayanların yine kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde yargılama mercii huzurunamakul sürede çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyenlerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten isteyebileceklerine ilişkin hükümlerin bu hususta bir başvuru mekanizması öngördüğü görülmektedir. Bununla birlikte aynı Kanun'un tazminat isteminin koşullarının düzenlendiği 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgisine 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).

167. Anayasa Mahkemesi Kanun'da öngörülen gözaltı süresinin aşıldığı veya yakalama ve gözaltına alınmanın hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak (bkz. *Hikmet Kopar ve diğerleri*, §§ 64-72; *Hidayet Karaca*, §§ 53-64; *Günay Dağ ve diğerleri*, §§ 141-150; *İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya*, §§ 34-47; *Gülser Yıldırım* (2), §§ 92-100) tutuklama kararı sırasında müdafî yardımından yararlandırılmama nedeniyle yasal hakların kullanılamamasının hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak (bkz. *Adem Gedik*, B. No: 2013/2950, 14/10/2015, § 40) ve ceza soruşturması

veya kovuşturması sırasında soruşturma mercilerince ya da yargı organlarınca şüphelilerle ilgili olarak uygulanan arama tedbirinin hukuka aykırı olduğu iddialarına ilişkin olarak (bkz. *Alaaddin Akkaşoğlu ve Akis Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş.*, §§ 18-30) bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla asıl davanın sonuçlanmadığı durumlarda dâhi -ilgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak- 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde öngörülen tazminat davasının tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğu sonucuna varmıştır.

168. Anayasa Mahkemesi yinetutukluluğun kanunda öngörülen azami süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurular bakımından bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvuru tahliye edilmiş veya hükümlü hâle gelmiş 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; *Ahmet Kubilay Tezcan*, B. No: 2014/3473, 25/1/2018, § 26).

169. Anayasa Mahkemesi anılan sonuca varırken belirtilen tüm bu hâllerde ihlal sonucuna varılmış olmasının -özgürlükten mahrum kalmanın sona ermesi bağlamında- başvuru sahiplerinin kişisel durumuna bir etkisinin bulunmayacağını dikkate almıştır. Zira bireysel başvuru sonucunda, gözaltına alma kararının hukuka aykırı olduğu veya gözaltında tutulma süresinin makul olmadığı, başvuru hâlihazırda tahliye olmuş ya da hükümlü hâle gelmiş ise tutukluluğun makul süreyi veya kanunda öngörülen azami süreyi aşması, tutuklama kararı sırasında müdafî yardımından yararlandırılmaması nedeniyle yasal hakların kullanılamaması, ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında soruşturma mercilerince ya da yargı organlarınca şüphelilerle ilgili olarak uygulanan arama tedbirinin hukuka aykırı olması dolayısıyla verilecek bir ihlal kararı başvuru sahiplerinin serbest kalmasını sağlamayacaktır. Dolayısıyla bireysel başvuru kapsamında verilecek muhtemel bir ihlal kararı ancak -talep etmesi hâlinde- başvuru sahipleri lehine tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurabilecektir (Diğerleri arasından bkz. *Günay Dağ ve diğerleri*, § 147;

İbrahim Sönmez ve Nazmiye Kaya, § 44; Adem Gedik, § 39). Bu tür ihlal iddiaları bakımından öncelikle aynı giderim (tazminat) imkânını sağlayan başvuru yollarının tüketilmesi ve bunlardan sonuç alınamaması hâlinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir (*Ahmet Kubilay Tezcan, § 26*).

170. Somut olayda başvurunun sorgusu Ankara 9. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından 22/7/2016 tarihinde yapılmış, başvuru -müdafiiyle birlikte- sorgu sırasında hem kendisine isnat edilen suçlamalara karşı hem de Savcılığın yapılan tutuklama talebine karşı savunmasını sözlü olarak yapmıştır. Başvurucunun tutuklanmasından sonra gerek tahliye talebinde bulunması üzerine gerekse resen yapılan tutukluluk incelemelerinin duruşmasız olarak gerçekleştirildiği, başvurunun bu süre içinde hâkim/ mahkeme önüne çıkarılmadığı görülmektedir. Başvurucunun tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarına yönelik itirazları da itiraz mercilerince dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda karara bağlanmıştır (bkz. §§ 19, 20). Buna göre başvurunun tutukluluk durumu, tutuklanmasına karar verildiği 22/7/2016 tarihinden Yargıtay 9. Ceza Dairesince 5/4/2018 tarihinde yapılan ilk duruşma tarihine kadar duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden yapılan incelemeler sonucunda verilen kararlar ile devam ettirilmiştir. Başvurucunun bu süreçte tutukluluğa yönelik itirazlarını, tutuklanmasına dayanak olan delillerin içeriğine veya nitelendirilmesine yönelik iddialarını, lehine ve aleyhine olan görüş ve değerlendirmelere karşı beyanlarını, tahliye taleplerini hâkim/mahkeme önünde sözlü olarak dile getirmesi mümkün olmamıştır. Dolayısıyla başvurunun tutukluluk durumunun yaklaşık yirmi bir ay boyunca duruşmasız olarak incelenmesi söz konusu olmuştur. Ancak 5/4/2018 tarihinde yapılan ilk duruşmadan (bkz. § 30) itibaren makul aralıklara başvurunun yargılaması Yargıtay 9. Ceza Dairesinde tutuklu olarak sürdürülmektedir.

171. Anayasa Mahkemesi *Aydın Yavuz ve diğerleri* (Aynı kararda bkz. §§ 326-359) kararında; 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsü ve sonrasında ilan edilen olağanüstü hâl döneminde ortaya çıkan koşulları dikkate alarak darbe teşebbüsü, FETÖ/PDY ve terörle ilgili suçlardan dolayı tutuklanan kişilerin tutukluluk incelemelerinin belirli bir süre boyunca (8 ay 18 gün) duruşmasız olarak yapılmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasıyla bağdaşmasa da olağanüstü yönetim

usullerinin benimsendiği dönemde temel hak ve özgürlüklerin güvence rejimini düzenleyen Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında meşru görülebileceğini belirtmiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesi yakın zamanda verdiği *Erdal Tercan* (aynı kararda bkz. § 250) kararında ise bu kapsamda yaptığı incelemede darbe teşebbüsünden sonraki süreçte darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olan FETÖ/PDY veyaterörle bağlantılı suçlardan tutuklanan kişilerin tutukluluk incelemelerinin on sekiz ayı aşan bir sürede hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılmasının olağanüstü hâl döneminde de kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

172. Tutukluluk incelemeleri hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılan her iki başvuruda, bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvuru sahiplerinin hâkim önüne çıkarılmadıkları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuru sonucunda anılan şikâyetlerin hukuka aykırı olduğu tespit edildiğinde muhtemel bir ihlal kararı *tutuklu* kişinin serbest kalmasına tek başına imkân vermeyecek ise de -tazminatın ötesinde- hâkim önüne çıkarılması sonucunu doğuracaktır. Böylece başvuru kendisini hâkim/mahkeme önünde ifade etme, tutukluluğuna ilişkin olarak etkili bir biçimde itirazlarını ileri sürme fırsatına sahip olacaktır. Nitekim *Erdal Tercan* başvurusunda 12/4/2018 tarihinde ihlal kararı verildikten yaklaşık bir ay sonra Yargıtay 9. Ceza Dairesi önünde 15/5/2018 tarihinde başvuru hâkim önüne çıkarılmış, müdafii huzurunda savunmasını yapmış ve itirazlarını mahkeme önünde sunma fırsatını bulmuştur.

173. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin yakın zamanda verdiği bir kararda (bkz § 56), asıl davanın sonucuna bağlı veya asıl davada verilecek kararları etkileyici talepler yönünden 5271 sayılı Kanun'a dayalı olarak açılan tazminat davalarının görülebilmesi için mutlaka davanın esasıyla ilgili olarak verilen karar veya hükmün kesinleşmesinin zorunlu olduğu, ancak bazı hallerde tazminat talebinin dayanağı olan ceza dava dosyasında veya soruşturma dosyasında esas hakkında bir karar verilmesinin ve bu kararın kesinleşmesinin beklenmesine gerek olmadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda gözaltı süresinin aşıldığını ileri süren, kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede

yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla, bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen ya da hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin tazminat istemleri konusunda asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır.

174. Buna göre kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede hakim/mahkeme önüne çıkarılmayan ve tutukluluk incelemeleri yargılama mercii önünde incelenemeyen kişilerintazminat istemleri konusunda karar vermek için asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurunun asıl davanın sonuçlanması beklenmeden 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi hükümlerine göre tazminat talep etmesi mümkündür.

175. Başvurucu hâlihazırda hâkim/mahkeme önüne çıkarılmış olması dolayısıyla Anayasa Mahkemesince verilecek bir ihlal kararı başvurunun yeniden hâkim önüne çıkarılmasını sağlamayacak ve serbest kalması sonucunu doğurmayacaktır. Bu durumda yalnızca kişinin hâkim/mahkeme önüne yirmi bir ay boyunca ıkarılmamasıyla ilgili bir hak ihlalinin tespiti ve gerekiyorsa belli bir miktar tazminata hükmedilmesiyle yetinilecektir. Dolayısıyla bu tür ihlal iddiaları bakımından öncelikle aynı giderim imkânını sağlayan başvuru yollarının tüketilmesi ve bunlardan sonuç alınamaması hâlinde bireysel başvuruda bulunulması gerekir (*Ahmet Kubilay Tezcan*, § 26). Bu madde kapsamında açılacak dava yoluyla başvurunun anılan şikâyetlerine ilişkin bir hukuka aykırılık tespit edildiğinde görevli mahkemece lehine tazminata da hükmedilebilecektir.

176. Buna göre 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinde belirtilen dava yolunun başvurunun 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.

177. Açıklanan gerekerlerle başvurunun tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapıldığına ilişkin iddiası ile ilgili

olarak yargısal başvuru yollarını tüketmeden bireysel başvuru yaptığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Özel hayata saygı ve konut dokunulmazlığı haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

5. Gözaltının hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

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

7. Soruşturma dosyasına erişimin kısıtlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

8. Tutuklamaya karşı itiraz hakkının etkin olarak kullanılamaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

9. Tutukluluk incelemelerinin hâkim/mahkeme önüne çıkarılmaksızın yapılması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine

Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin Kararlar

ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUğUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvurucu üzerinde BIRAKILMASINA 28/11/2018 tarihinde OYBİRLİğİYLE karar verildi.

***ÖZEL VE AİLE HAYATINA SAYGI
HAKKINA İLİŞKİN KARARLAR***



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

BİNALİ ÖZKARADENİZ VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/4686)

Karar Tarihi: 1/2/2018

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
Başvurucular	: 1.Binali ÖZKARADENİZ 2. Memet ERDAGÖZ 3. Belgüzar ÇİMENDAĞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kanalizasyon sularının arıtım yapılmaksızın akarsuya dökülmesi nedeniyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. 2014/4686 numaralı bireysel başvuru 1/4/2014 tarihinde, 2014/4778 numaralı bireysel başvuru ise 2/4/2014 tarihinde yapılmıştır.

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

4. Komisyonca konu yönünden irtibatları nedeniyle başvuruların birleştirilmesine, 2014/4778 numaralı bireysel başvurunun kapatılmasına ve incelemenin 2014/4686 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yürütülmesine 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, Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atıfta bulunarak başvuru hakkında görüş bildirmeyeceğini ifade etmiştir.

8. Başvuruculardan Binali Özkaradeniz 14/8/2015 tarihinde vefat etmiştir. Diğer başvuru Bekir Erdagöz ise 9/10/2015 tarihinde vefat etmiş olup mirasçıları Memet Erdagöz ve Belgüzar Çimendağ 26/1/2017 tarihli dilekçe ile mirasçılık belgesi sunarak başvuruya devam etmek istediklerini beyan etmiştir.

9. Birinci Bölüm tarafından 20/12/2017 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvurunun Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

11. Başvurucular, Kars'ın Susuz ilçesi Porsuklu köyünde ikamet etmektedirler. Bu köyün yakınında Susuz Çayı adında bir akarsu bulunmaktadır.

12. Kars Valiliği (Valilik) 16/3/2006 tarihinde Susuz Belediyesinin (Belediye) kanalizasyon sisteminde bir denetleme yapmıştır. Denetleme sonucu 17/3/2006 tarihinde düzenlenen raporda, ilçenin kanalizasyonunun herhangi bir arıtım yapılmaksızın akarsuya bağlandığı tespit edilmiştir. Raporda sonuç olarak şu hususlara yer verilmiştir:

“...kanalizasyon sisteminize ait iş termin planının ivedi olarak hazırlattırılarak Çevre ve Orman Bakanlığına sunulmak üzere Valiliğimize (İl Çevre ve Orman Müdürlüğüne) ulaştırılması ve Susuz çayında meydana gelen kirliliğin ortadan kaldırılması yönünde gerekli çalışmaların zaman kaybına meydan vermeden başlatılması gerektiği hususunda hazırlanan rapordur.”

13. Belediye, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 2006/15 sayılı Atıksu Arıtma Tesisleri için İş Termin Planı Genelgesi doğrultusunda su arıtma tesisine ilişkin iş termin planı hazırlayıp 10/5/2007 tarihinde Valiliğe sunmuştur. 9/1/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2. maddesindeki tanıma göre iş termin planı, atıksu ve evsel nitelikli katı atık kaynaklarının yönetmelikte belirtilen alıcı ortam deşarj standartlarını sağlamak için yapmaları gereken atık su arıtma tesisi ve/veya kanalizasyon gibi altyapı tesisleri ile katı atık bertaraf tesislerinin gerçekleştirilmesi sürecinde yer alanyer seçimi, proje, ihale, inşaat, işletmeye alma gibi işlerin zamanlamasını gösteren plandır.

14. Başvurucuların da aralarında olduğu Porsuklu köyü muhtarı, azaları ve diğer bazı köylülerin imzasını taşıyan 6/6/2008 tarihli tutanağın ilgili kısmı şöyledir:

“...Porsuklu köyü halkı olarak köyümüzün hayvan ve insanların istifade ettiği sürekli tek su kaynağı olan Susuz çayı, Susuz Belediyesinin kanalizasyonunun bağlanması ile kullanılamayacak derecede kirlenmiştir. Özellikle hayvanlarımız kirletilen bu suyu içmek zorundalar, çünkü başka su kaynağı mevcut değildir.

...

...Susuz çayını kullanmamızdan dolayı insan ve hayvan sağlığımız ciddi tehlike altındadır. Sarılık ve ishal şikâyetlerimiz gün geçtikçe çoğalmakta, maddi ve manevi zararlarımız artmaktadır...”

15. Belediyenin iş termin planında; ön fizibilite çalışmasının 2009 yılı Ekim ayında, projelerin hazırlanması ve yapım ihalesinin 2010 yılı Ekim ayında, atık su arıtma tesisi inşaatının 2012 yılı Ekim ayında bitirilmesi öngörülmüş olup tesisin işletmeye alma tarihi ise 11/10/2012 olarak gösterilmiştir.

16. Başvurucuların talebi üzerine düzenlenen Susuz İlçe Tarım Müdürlüğünün 20/10/2010 tarihli yazısında, Porsuklu köyünün 2002, 2003 ve 2004 yıllarında hayvan sağlığı açısından ishal ve sarılık hastalığı mihrakı (odağı) olduğu ve bölgede bu iki hastalığa karşı aşılama çalışması yapıldığının öğrenildiği belirtilmiştir. Yine başvurucuların talebiyle düzenlenen Susuz Toplum Sağlığı Merkezinin 18/10/2010 tarihli yazısında, Susuz ilçesinde 2004 ile 2010 yılları arasında ishale bağlı karantina uygulamasına rastlanılmadığı, poliklinik kayıtlarında adres bilgileri yer almadığından ötürü Porsuklu köyüne ait vakaların tespitinin mümkün olmamakla birlikte toplamda 1240 erkekte ve 1111 kadında ishal vakasının tespit edildiği belirtilmiştir.

17. Kars Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğünce 2017 yılında düzenlenen “Çevre Durum Raporu”na göre Susuz ilçesinde atık su arıtma tesisi yapılmamış durumdadır.

B. İptal Davası Süreci

18. Başvuruculardan Bekir Erdagöz, köyüne düzenli içme suyu şebekesi ile temiz su verilmesi ve su kirliliğinin önlenmesi için 10/8/2007 tarihinde Valilikten talepte bulunmuştur. Başvurucuya herhangi bir cevap verilmemiştir.

19. Başvurucu, talebinin zımnen reddi üzerine 11/2/2008 tarihinde Belediye aleyhine bu işlemin iptali istemiyle Erzurum 2. İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Mahkeme 5/12/2008 tarihinde davanın kısmen kabulüne ve su kirliliğinin derhâl önlenerek gereken tedbirlerin alınması yönündeki talebin zımnen reddine ilişkin işlemin iptaline karar vermiştir.

20. Kararın gerekçesinde, Belediyenin kanalizasyon sistemini herhangi bir arıtmaya tabi tutmadan Susuz Çayı'na bağladığı tespitine yer verilmiştir. Mahkeme, gerek insan sağlığı açısından gerekse de ilgili mevzuat hükümlerine göre su kirliliğinin önlenmesi hususunda Belediyenin sorumlu olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre Belediyenin gereken önlemleri almaması ve oluşan kirliliğin kamu yararı lehine giderilmesi yönünden hareketsiz kalması ağır hizmet kusuru oluşturmaktadır.

21. Karar, temyiz edilmeksizin 19/3/2009 tarihinde kesinleşmiştir.

C. Tam Yargı Davası Süreci

22. Başvuruculardan Bekir Erdagöz, oluşan su kirliliği nedeniyle uğradığı zararlarının tazmini ve idari yargı kararının uygulanması talebiyle 18/6/2009 tarihinde Belediyeye başvurmuştur. Talebi zımnen reddedilen başvuru, bunun üzerine 3/2/2010 tarihinde Belediye aleyhine Erzurum 1. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. Başvurucu 50.000 TL maddi ve 50.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

23. Başvurucu Binali Özkaradeniz de su kirliliği nedeniyle uğradığı zararlarının tazmini istemiyle Erzurum 2. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. Dava dilekçesinde başvuru, su kirliliği nedeniyle *Hepatit B* hastalığına yakalandığını da belirtmiştir. Ancak Mahkeme 14/10/2009 tarihinde “merciine tevdi” kararı vererek başvuruçunun dilekçesini Belediyeye göndermiştir. Başvurucu, talebine bir cevap verilmemesi üzerine 3/2/2010 tarihinde Belediye aleyhine Erzurum 1. İdare Mahkemesinde tam yargı davası açmıştır. Başvurucu 50.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

24. Mahkeme 11/1/2011 tarihinde davaların reddine karar vermiştir. Kararların gerekçesinde, maddi tazminat istemi yönünden yapılan

değerlendirmede arıtma tesisine ilişkin iş termin planını Belediyenin kanuni süresi içinde sunduğuna ve arıtma tesisine ilişkin çalışmaların devam ettiğine dikkat çekilmiştir. Mahkeme, bunun yanında kanun koyucu tarafından arıtma tesisinin yapılması için kanunda öngörülen on yıllık sürenin henüz dolmadığını vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, başvurusunun olay nedeniyle somut bir zararının bulunduğunu ispatlayamadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre olayda deşarj edilen atık sudan kaynaklı tazmin sorumluluğunu doğuracak bir hizmet kusurunun varlığından söz edilemez. Mahkeme ayrıca, idareye verilen süre dikkate alındığında yargı kararının idarece uygulanmadığından da bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Manevi tazminat istemi yönünden ise aynı hususlar yinelenmiş ve tazmini gereken manevi zararın bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

25. Temyiz edilen kararlar, Danıştay Ondördüncü Dairesinin 25/12/2012 tarihli ilamıyla onanmıştır. Başvurucuların karar düzeltme istemleri de aynı Dairenin 28/1/2014 ve 30/1/2014 tarihli ilamlarıyla reddedilmiştir.

26. Nihai kararlar, başvurulara 4/3/2014 ve 21/3/2014 tarihlerinde tebliğ edilmiştir.

27. Başvurucular 1/4/2014 ve 2/4/2014 tarihlerinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 2872 sayılı Kanun'a 26/4/2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun ile eklenen geçici 4. maddenin ilgili kısmı şöyledir:

“Atıksu arıtma ve evsel nitelikli katı atık bertaraf tesisini kurmamış belediyeler ile, halihazırda faaliyette olup, atıksu arıtma tesisini kurmamış organize sanayi bölgeleri, diğer sanayi kuruluşları ile yerleşim birimleri, bu tesislerin kurulmasına ilişkin iş termin plânlarını bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Bakanlığa sunmak ve aşağıda belirtilen sürelerde işletmeye almak zorundadır.

İşletmeye alma süreleri, iş termin plânının Bakanlığa sunulmasından itibaren; belediyelerde nüfusu, 100.000'den fazla olanlarda 3 yıl,

100.000 ilâ 50.000 arasında olanlarda 5 yıl, 50.000 ilâ 10.000 arasında olanlarda 7 yıl, 10.000 ilâ 2.000 arasında olanlarda 10 yıl, organize sanayi bölgeleriyle bunların dışında kalan endüstri tesislerinde ve atıksu üreten her türlü tesiste 2 yıldır.

...

Bu Kanunun 8 inci maddesi ile atıksu altyapı sistemlerinin ve katı atık bertaraf tesisleri kurma yükümlülüğü verilen kurum ve kuruluşların, bu yükümlülüklerini, bu maddede belirtilen süre içinde yerine getirmemeleri halinde; belediyelerde nüfusu 100.000'den fazla olanlara 50.000 Türk Lirası, 100.000 ilâ 50.000 arasında olanlara 30.000 Türk Lirası, 50.000 ilâ 10.000 arasında olanlara 20.000 Türk Lirası, 10.000 ilâ 2.000 arasında olanlara 10.000 Türk Lirası, organize sanayi bölgelerinde 100.000 Türk Lirası, bunların dışında kalan endüstri tesislerine ve atıksu üreten her türlü tesise 60.000 Türk Lirası idarî para cezası verilir.”

29. Çevre ve Şehircilik Bakanlığının 23/6/2006 tarihli ve 2006/15 sayılı Genelgesi'nde, nüfusu 2.000 ile 10.000 arasında bulunan belediyelerin iş termin planlarını 13/5/2007 tarihine kadar valiliklere sunmaları ve on yıl içinde de tesisi işletmeye almaları gerektiği hususu düzenlenmiştir.

30. 31/12/2014 tarihli ve 25687 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği'nin 43. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Atıksu altyapı tesisleri yönetimleri, Çevre Kanununun 11 inci maddesi uyarınca, sorumluluk bölgelerinde oluşan atıksuların toplanması, iletilmesi ve bertaraf edilmesi işlemlerini yerine getirirler. Bu yönetimler, toplanan atıksuların bu Yönetmelikte belirtilen esaslar çerçevesinde bertarafı ile yükümlüdür.

Atıksu altyapı tesisleri yönetimleri, yetki sınırları içindeki kanalizasyon sistemleri ile toplanan atıksuları, bertaraf etmek amacıyla atıksu arıtma tesislerini Çevre Kanununda öngörülen sürelerde, kurmak zorundadırlar. Atıksu altyapı tesisleri yönetimleri, Bakanlığa sunulan İş Termin Planının uygulanmasıyla ilgili gelişmeleri bildirmek mecburiyetindedirler. İlgili başvuru atıksu arıtma tesisi ile ilgili iş termin planı hazırlandıktan sonra mülki amir kanalıyla yapılır.

...

Belediyeler atık su arıtma tesisinin kurulmasıyla ilgili iş termin planındaki taahhütlerini mücbir sebepler dışında yerine getirmedikleri takdirde belediye başkanları hakkında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulur.

İş Termin Planını süresi içerisinde vermeyen ve/veya İş Termin Planındaki taahhüt ettikleri işleri yerine getirmeyen atıksu alt yapı yönetimi kanalizasyonuna deşarj ile ilgili olarak, Bakanlık bu Yönetmeliğin 45 inci maddesinin (h) ve (ı) bentlerini uygulamaya yetkilidir.

...”

B. Uluslararası Hukuk

31. 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.”

32. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), su kirliliğinin çevresel sonuçlarını *Dzemyuk/Ukrayna* (B. No: 42488/02, 4/9/2014, §§ 77-92) kararında irdemiştir. Olaydabaşvurucunun evinin yakınına bir mezarlığın yapılması söz konusudur. AİHM, bireylerin maruz kalma olasılığı bulunan bir faaliyetin tehlikeli etkilerinin özel ve aile hayatları ile yeterince yakın bir bağlantının bulunduğu durumlarda Sözleşme’nin 8. maddesinin uygulanacağını kabul etmiştir. AİHM’e göre olayda mezarlık inşaatı sırasında doğal gaz tesisi kurulmasının çevreye olan potansiyel etkileri dikkate alındığında başvurucunun özel ve aile hayatı ile yeterince yakın bir

ilgi mevcuttur (*Dzemyuk/Ukrayna*, § 81). AİHM somut olayda başvurunun sağlığı yönünden güncel bir zararının olduğuna dair herhangi bir kanıtın mevcut olmadığını kabul etmekle birlikte yapılan mezarlığın konumunun başvurunun yaşam kalitesini de etkileyecek şekilde yaşamı ve konutuyla sıkı bir bağlantı oluşturduğunu, bu sebeple Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğunu değerlendirmiştir (*Dzemyuk/Ukrayna*, § 82). AİHM esas yönünden yaptığı incelemede ise şikâyet edilen su kirliliğinin barındırdığı çevresel tehlikelerin kamu makamlarınca dikkate alınmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir(*Dzemyuk/Ukrayna*, §§ 87-92).

33. *Taşkın ve diğerleri/Türkiye* (B. No: 46117/99, 10/11/2004, §§ 111-126) kararında AİHM, altın madeni ocağının faaliyetlerinin çevre yönüyle kamu yararına olmadığını idari yargı mercilerince tespit edildiğine vurgu yapmıştır. AİHM, derece mahkemelerinin bu tespitleriyle bağlı kalınması gerektiğinden hareketle söz konusu kararlara rağmen idarece bu yönde bir uygulama yapılmamasının Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında usule ilişkin elde ettikleri güvenceleri ortadan kaldırdığı sonucuna varmıştır (Aynı yöndeki kararlar için bkz. *Öçkan ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 46771/99, 28/3/2006, §§ 37-50; *Lemke/Türkiye*, B. No: 17381/02, 5/6/2007, §§ 30-46).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

34. Mahkemenin 1/2/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucu Binali Özkaradeniz Yönünden

35. İchtüzük'ün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendine göre başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir sebebin olmadığı kanaatine varılması hâlinde başvurunun düşmesine karar verilebilir. Bununla birlikte İchtüzük'ün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrası gereği Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi ya da insan haklarına saygının gerekli kıldığı hâllerde başvurunun incelenmesine devam edilebileceği öngörülmüştür.

36. Başvuru tarihinden sonra ölen başvuru sahiplerinin mirasçılarının makul bir süre içinde başvuruyu devam ettirme yönünde iradelerini Anayasa

Mahkemesine bildirmemeleri hâlinde anılan İçtüzük hükümleri uyarınca başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir sebebin olmadığı kanaatine varılabilir (*İskender Kaya ve diğerleri*, B. No: 2014/7674, 23/3/2017, §§ 12-22). Somut olayda başvuru Binali Özkaradeniz, başvuru tarihinden sonra 14/8/2015 tarihinde vefat etmiş ancak mirasçıları makul bir süre içinde başvuruya devam etme yönünde iradelerini bildirmemişlerdir. Anılan başvuru yönünden başvurunun incelenmesine devam etmeyi gerekli kılan ve İçtüzük'ün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen nedenlerden biri de bulunmamaktadır.

37. Açıklanan gerekçelerle başvuru Binali Özkaradeniz'in başvurusunun *düşmesine* karar verilmesi gerekir.

B. Diğer Başvurucular Yönünden

1. Başvurucuların İddiaları

38. Başvurucular, Belediye tarafından köylerinin yakınında bulunan akarsuya bir arıtım yapılmaksızın kanalizasyon bağlandığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular; bu sebeple yaşanan su kirliliği yüzünden köyde yaşayanların ishal, sarılık ve benzeri hastalıklara yakalandığını belirtmişlerdir. Başvuruculara göre yaşadıkları yerde insan, hayvan ve çevre sağlığı bu kirlilik nedeniyle tehlikeye girmiştir.

39. Başvurucular, gereken tedbirlerin alınması için idareye yaptıkları başvurunun reddedilmesi üzerine açtıkları iptal davasında idare mahkemesince bu hususların tespit edilmesine rağmen uğradıkları zararların tazmini için açtıkları davanın haksız yere reddedildiğinden yakınmışlardır. Başvurucular; insan onuru ile bağdaşmayan bu kirliliği işkence olarak gördüklerini, ayrıca yaşanan su kirliliğinin etki ve sonuçları nedeniyle sağlıklı yaşam haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

2. Değerlendirme

40. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir."

41. Anayasa'nın “Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlıklı 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.”

42. 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 özel hayat kavramına dâhil bir kısım hukuksal değerler Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlendiği, özel hayatın diğer alt kategorileri olarak ele alınan haberleşmenin gizliliği ve konuta saygı hakkının ise Anayasa'nın 21. ve 22. maddelerinde güvence altına alındığı görülmektedir. Bu kapsamda Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan hakların temel olarak Anayasa'nın 20., 21. ve 22. maddelerinde düzenlendiği anlaşılmaktadır (Benzer yöndeki karar için bkz. *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık*, B. No: 2013/6587, 24/3/2016, § 41).

43. Diğer taraftan Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir. Bu maddenin gerekçesinde ise şu açıklamalara yer verilmiştir: “... bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için, Devlet, gerekli tedbirleri alacaktır...”. Ayrıca Anayasa'nın 5. maddesinde de bireyin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanması devlete düşen pozitif yükümlülüklerden biri olarak sayılmıştır. Bu sebeple söz konusu düzenlemelerde yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı bireysel başvuru kapsamında Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan temel hak ve hürriyetlere ilişkin güvenceler yönünden dikkate alınması gereken çerçeve bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir. Buna karşın özel hayata saygı hakkının Anayasa'nın

20. maddesinde düzenlenmekle özel ve ayrı olarak güvence altına alındığı görülmektedir. Dolayısıyla bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde de etkileri bulunan çevresel meselelerin bu konuda özel ve ayrı olarak düzenlenmiş bulunan Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkı kapsamında ele alınması gerekir. Bununla birlikte bireysel başvuru kapsamında özel hayata saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülükleri değerlendirilirken maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına ilişkin söz konusu düzenlemelerin de dikkate alınması gerekir.

44. Özel hayatın korunması kapsamında kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhildir. Bu bağlamda kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne ilişkin hukuksal çıkarı da özel hayata saygı hakkı kapsamında güvence altına alınmaktadır. Fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı kapsamında güvence altına alınan hukuksal çıkarlardan biri de sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıdır (AYM, E.2013/89, K.2014/116, 3/7/2014).

45. Sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının anayasal anlamda normatif dayanağı 56. madde hükmünde yer verilen, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu yönündeki düzenlemedir. Ancak söz konusu hüküm, Anayasa'nın sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer almaktadır. Bu sebeple Anayasa'da yer alan ikinci ve üçüncü kuşak hakların ihlal edildiği iddiasıyla bireysel başvuruda bulunulamayacağı ifade edilmekle birlikte sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının Anayasa'nın özel hayata ve aile hayatına saygıyı güvence altına alan 20. maddesi ve konut dokunulmazlığını düzenleyen 21. maddesi kapsamında ve söz konusu hükümlerde yer alan hukuksal çıkarlar üzerindeki etkisi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

46. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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 işkence ve kötü muamele yasağı ve yaşam hakkıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu sebeple ihlal iddialarının mahiyeti gereği, başvuru sahiplerinin özel ve aile hayatlarına saygı hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

47. Öncelikle başvuruya konu şikâyet edilen çevresel etkinin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamındaki güvenceleri harekete geçirecek asgari ağırlıkta olup olmadığı değerlendirilmelidir (Benzer yöndeki kararlar için bkz. *Mehmet Kurt* [GK], B. No: 2013/2552, 25/2/2016, § 67; *Ahmet İsmail Onat*, B. No: 2013/6714, 21/4/2016, § 82; *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karluk*, § 66).

48. Çevresel meselelerin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli koşullar gerçekleşmiş olmalıdır. Bu bağlamda söz konusu çevresel rahatsızlığın; başvurunun özel ve aile hayatına ya da konuta saygı hakkı üzerinde doğrudan bir etkide bulunması ve bu kapsamda çevresel rahatsızlığın ciddi bir boyuta ulaşmış olması şartı aranmaktadır. Ancak belirtilen bağlamda aranan asgari ağırlık eşiğinin değerlendirilmesi somut bir zararın gerçekleşip gerçekleşmediğine göre değil söz konusu alana ilişkin incelenebilir bir sorun doğurup doğurmadığı tespit edilerek yapılmaktadır. Bu değerlendirme ise her somut olayda, çevresel etkinin yoğunluğu, süresi, beden ve ruh bütünlüğü ile çevrenin genel bağlamı gibi kriterler çerçevesinde ayrıca değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Yapılan değerlendirmelerde, başvurunun iddiaya konu çevresel kirlilik kaynağına yakınlığı şüphesiz en önemli unsurdur (Benzer yöndeki kararlar için bkz. *Mehmet Kurt*, § 58; *Fevzi Kayacan* (2), B. No: 2013/2513, 21/4/2016, § 53).

49. Bu kapsamda ilgili tesis, işletme veya sair faaliyet sonucu ortaya çıkan çevresel etkiler ile bireyin özel ve aile hayatı veya konutunu kullanım hakkı arasında yeterince sıkı bir bağın varlığı yeterlidir (Benzer yöndeki kararlar için bkz. *Mehmet Kurt*, § 69; *Ahmet İsmail Onat*, § 84; *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karluk*, § 68).

50. Kanalizasyon sularının arıtımı ile ilgili olarak kanun koyucu tarafından 2872 sayılı Kanun'da 2006 yılında yapılan değişiklikle söz konusu çevresel rahatsızlığın önüne geçilebilmesi için belediyelere atık su arıtma tesisi yapma yükümlülüğü getirilmiş ve belirtilen süre içinde bu tesislerin yapılmaması durumunda belediyelere para cezası uygulanması öngörülmüştür. Ayrıca Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği'nin 43. maddesinin

dördüncü fıkrasında, belediyelerin atık su arıtma tesisinin kurulmasıyla ilgili iş termin planındaki taahhütlerin mücbir sebepler dışında yerine getirilmediği takdirde suç duyurusunda bulunulacağı düzenlenmiştir. Kanun koyucu ve idare tarafından yapılan bu düzenlemelerden kanalizasyon sularının arıtım yapılmadan akarsuya dökülmesinin olumsuz etkilere yol açabilecek ciddi bir çevre sorunu teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenlemelerin içeriğini ve bu düzenlemeler ile öngörülen ağır yaptırımları dikkate alan Anayasa Mahkemesi de şikâyet edilen çevresel rahatsızlığın ciddi bir sorun teşkil ettiğini kabul etmektedir.

51. Ancak bunun yanında söz konusu çevresel rahatsızlığın somut olay bağlamında başvuru sahiplerinin özel ve aile hayatları ile konutlarını kullanma hususundaki etkilerinin de değerlendirilmesi gerekir. Somut olayda gerek başvuru sahiplerinin miras bırakanı Bekir Erdagöz'ün gerekse de başvuru sahiplerinin Susuz Çayı'nın geçtiği Kars'ın Susuz ilçesi Porsuklu köyünde yaşadıkları anlaşılmaktadır. Başvuru sahiplerinin konutlarının bulunduğu yerdeki bu akarsuya Belediye tarafından herhangi bir arıtım yapılmadan kanalizasyon suyu döküldüğü Valilik tarafından tespit edilmiştir (bkz. § 12). Nitekim derece mahkemeleri de aynı tespiti yer vermişler ve belirtilen şekilde kanalizasyon suyu dökülmesinin başvuru sahiplerinin sağlıkları açısından tehlikeli sonuçlar doğurabilecek bir kirliliğe yol açtığını belirlemişlerdir (bkz. § 20).

52. Dolayısıyla idari ve yargısal makamların tespitlerinden hareketle kanalizasyon sularının arıtım yapılmaksızın akarsuya dökülmesi şeklindeki müdahalenin o yörede yaşayan bireyler yönünden olumsuz etkilerinin olduğu açıktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki başvuru formu ve ekindeki bilgilere göre çiftçilik ve hayvancılık ile uğraşıldığı dikkate alındığında söz konusu akarsu kirliliğinin tehlikeli etki ve sonuçları daha da önem kazanmaktadır. Bu durumda olayda özellikle akarsuyun konumu gözetildiğinde arıtım yapılmaksızın akarsuya kanalizasyon sularının dökülmesi neticesinde ortaya çıkan çevresel etkilerin başvuru sahiplerinin özel ve aile hayatları ile konutlarının kullanımıyla sıkı bir bağlantı oluşturduğu kabul edilmelidir. Buna göre kamusal bir tasarruf sonucu başvuru sahiplerinin de etkilenebileceği şekilde su kirliliğine yol açılmasının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde başvuru sahipleri üzerindeki etkisi dikkate

alındığında söz konusu çevresel rahatsızlığın Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan hakka yönelik müdahale teşkil ettiği sonucuna varılmıştır. Bu sebeple başvuruya konu çevresel rahatsızlığın Anayasa'nın 20. maddesi bağlamında inceleme yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olduğu anlaşılmaktadır.

53. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

54. Devletin özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını etkili olarak koruma ve saygı gösterme şeklinde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu başvurularda devletin negatif veya pozitif yükümlülüklerinin birbirinden ayrılabilmesi ise oldukça güçtür. Kaldı ki söz konusu başvurularda devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri yönünden uygulanacak ilkeler çoğunlukla aynıdır (Benzer yöndeki karar için bkz. *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık*, § 59).

55. Çevresel meseleler bağlamında devletin usule ilişkin yükümlülükleri daha önce Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında ortaya konulmuştur. Buna göre muhtemel olumsuz çevresel etkilerin önlenmesi veya en aza indirilmesi amacının gerçekleştirilebilmesi için sürece dâhil olan söz konusu tarafların menfaatlerinin titizlikle değerlendirilmesi, bu değerlendirmenin sağlıklı şekilde yapılabilmesi için de ilgili tarafların sürece etkin katılımının sağlanması gerektiği tartışmasızdır (*Mehmet Kurt*, §§ 61-66; *Ahmet İsmail Onat*, §§ 79-81; *Fevzi Kayacan (2)*, §§ 56-61; *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karlık*, §§ 64, 65).

56. Esasa ilişkin yükümlülükler yönünden ise kamu makamlarının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının etkili şekilde korunmasını güvence altına almak için gerekli adımları atıp atmadığı önem taşımaktadır. Bu

bağlamda söz konusu çevresel etki kapsamında karşı karşıya gelen menfaatler arasında adil bir dengenin tesis edilip edilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu alanda kamusal makamların sahip olduğu geniş takdir yetkisi dikkate alındığında çevresel meseleler bağlamında Anayasa Mahkemesinin görevi, söz konusu çevresel rahatsızlığın nasıl sonlandırılacağı veya etkilerinin nasıl azaltılacağına bizzat belirlenmesi değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, yargısal makamlar başta olmak üzere kamusal makamların konuya gereken özenle yaklaşp yaklaşmadıklarını ve ilgili tüm menfaatleri gözetip gözetmediklerini değerlendirmek durumundadır (*Mehmet Kurt*, § 78; *Ahmet İsmail Onat*, § 87; *Fevzi Kayacan (2)*, §§ 66, 67; *Hüseyin Tunç Karlık ve Zahide Şadan Karluk*, §§ 70, 71).

57. Devletin Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca kişilerin özel ve aile hayatlarına saygı hakkı çerçevesinde sağlıklı bir çevrede yaşamayı sağlayan koruyucu bir mevzuat oluşturma ödevi yanında denetleme yapma ve çevreyi koruyucu fiilî tedbir ve faaliyetlerde bulunma yükümlülüğü de bulunmakta olup bu kapsamda devletin hem kirlenmenin önlenmesi hem de doğal çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alması gerekmektedir. Bununla birlikte hangi tedbirlerin alınması gerektiği ve bu tedbirlerin nasıl uygulanacağı hususlarında kamu otoritelerinin geniş bir takdir yetkisi mevcuttur.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

58. Belediye tarafından herhangi bir arıtım yapılmaksızın kanalizasyonun akarsuya dökülmesinin su kirliliğine yol açtığı ve bunun önlenmesi için bazı tedbirlerin alınması gerektiği hususu yapılan yargılama neticesinde derece mahkemelerince tespit edilmiştir. Ayrıca aynı tespiti Valilik tarafından yapılan denetimler neticesinde de yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla gerek idare gerekse yargılama makamları somut olay bağlamında başvuruçuların yaşadıkları yerin yakınında bulunan akarsuda kirliliğe yol açıldığını belirlemişlerdir(bkz. §§ 12, 20).

59. Somut olayda Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde kişilerin sağlığını olumsuz olarak etkileme tehlikesi oluşturacak şekilde kanalizasyon

suyunun arıtılmadan akarsuya salınmaması yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Bunun nasıl yapılacağı ve bu kapsamda hangi tedbirlerin alınacağı hususu kamu otoritelerinin takdirinde olmakla birlikte hakkın ihlaline yol açılmaması için söz konusu tedbirlerin süratle, makul ve uygun bir yöntemle uygulanması da zorunludur.

60. Bu bağlamda 2872 sayılı Kanun'a 5491 sayılı Kanun ile eklenen geçici 4. madde ile belediyelere kanalizasyon arıtım tesisi yapılması ödevi yüklenmiştir. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı da 23/6/2006 tarihli Genelge ile nüfusu 2.000 ile 10.000 arasında bulunan belediyelerin iş termin planlarını 13/5/2007 tarihine kadar valiliklere sunmaları ve on yıl içinde de tesisi işletmeye almaları gerektiğini öngörmüştür. Ayrıca Su Kirliliği Kontrolü Yönetmeliği'nin 43. maddesinde de idarenin toplanan atıksuları bu Yönetmelik'te belirtilen esaslar çerçevesinde bertaraf etmek ile yükümlü olduğu belirtilmiş, yükümlülüklerini yerine getirmeyen belediyeler yönünden bazı yaptırımlar düzenlenmiştir. Belirtilen kanuni ve idari düzenlemelere yol açan ihtiyaçlar ile bu düzenlemelerin gerekçe ve amaçları dikkate alındığında kanalizasyon arıtımının yapılmamasının somut olaya özgü bir sorun olmadığını, ülke çapında yaygın bir yapısal çevre sorunu teşkil ettiğini göstermektedir.

61. Anayasa Mahkemesi, ülke çapında su kirliliğinin önlenmesi için kamu makamlarının devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde gerekli tedbirleri almaya başladığını tespit etmektedir. Nitekim kanun koyucu tarafından konu ile ilgili bir kanuni düzenleme yapılmış, idare de bu düzenleme çerçevesinde uygulamaya başlamıştır. Başvuruya konu olay bakımından da Belediyenin kanuni süresi içinde arıtma tesisine ilişkin iş termin planını Valiliğe sunduğu görülmektedir.

62. Ayrıca başvuruya konu olayda olduğu gibi çevresel kirliliğin önlenmesi için yapılması gerekli görülen arıtma tesisinin belirli bir maliyet gerektirdiği ve ancak belirli bir planlama çerçevesinde yapılabileceği ortadadır. Nitekim ilgili kanuni düzenlemede nispeten daha küçük belediyelerin mali imkânlarının sınırlı olduğu gerekçesiyle arıtma tesislerinin işletmeye alınma süreleri yerleşim yerlerinin nüfus durumları esas alınarak belirlenmiştir. Bu kapsamda örneğin nüfusu 100.000'den fazla olan belediyelerde üç yıl, nüfusu 2.000 ile 10.000 arasında olan

belediyelerde ise on yıl olarak belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu alanda alınacak tedbirlerin ve yapılacak işlemlerin tesisi bakımından kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisi olduğunu kabul etmektedir.

63. Kanalizasyon suyu arıtımı ile ilgili alınan bu kanuni ve idari tedbirlerin sorunun çözümü için uygulanmaya başlanması, belirtilen yapısal çevre sorununun çözümü bakımından büyük önem taşımaktadır. Somut olay açısından da tespit edilen su kirliliğinin önlenmesi için önemli bir adımın atıldığı ve öngörüldüğü gibi arıtım tesisinin yapılması durumunda başvuruçuların özel ve aile hayatları ile konutlarına etkileri olan önemli bir çevre sorununun çözüme kavuşturulacağı kuşkusuzdur.

64. Ancak geleceğe dönük olarak bazı tedbirlerin uygulanacak olması somut başvuruda mevcut durum itibarıyla başvuruçuların mağdur sıfatlarını ortadan kaldırmamaktadır. Başvuruçuların mağdur sıfatlarının ortadan kalkabilmesi için hakkın ihlaline yol açan sebeplerin ortadan kaldırılması ve başvuruçuların bu sebeple uğradıkları manevi zararların ise hakkın ihlalinde geçen süre gözönüne alınarak telafi yoluna gidilmesi gerekmektedir.

65. Yukarıda da değinildiği üzere somut olayda başvuruçuların şikâyet ettikleri kanalizasyon suyunun arıtım yapılmaksızın akarsuya dökülmesinin kamusal bir tasarruf sonucu gerçekleştiği ve bu durumun ise başvuruçuların özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlaline yol açan bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Olayda Valilik tarafından, 2006 yılında söz konusu çevre kirliliğine yol açıldığı tespit edilmiş ve Belediye tarafından kirliliği önleyebilecek atık su arıtma tesisi için hazırlanan iş termin planında öngörülen tarih ise 11/10/2012 olarak belirlenmiştir. Bunun yanında kanun koyucu tarafından 2872 sayılı Kanun'da 2006 yılında yapılan düzenleme ile Bakanlığın aynı yıl duyurulan genelgesinde atık su arıtma tesisi yapılması için on yıllık süre de dolmuştur. Ancak 2014 yılında sonuçlanan tam yargı davasında derece mahkemelerince şikâyet edilen çevre kirliliğinin önlenmesini sağlayacak arıtma tesisinin yapılmadığı tespit edilmiş olup (bkz. § 24) idarece 2017 yılında düzenlenen "Çevre Durum Raporu"na göre aradan geçen süreye rağmen bu tesisin faaliyete geçirilmediği anlaşılmaktadır (bkz. § 17).

66. Diğer taraftan olayda derece mahkemelerince başvurucların müdahale nedeniyle güncel bir maddi zararlarının bulunduğunun kanıtlanamadığı belirtilmekle birlikte başvurucların manevi tazminat talepleri de reddedilmiştir. Bu kararların gerekçelerinin ise esas itibarıyla ileride tamamlanacak bir arıtma tesisinin inşasına girişildiği olgusuna dayandığı anlaşılmaktadır. Hâlbuki başvurucların özel ve aile hayatlarına saygı haklarının ihlaline yol açılması nedeniyle oluşan manevi zararlarının giderilmesi başvurucların anayasal haklarının ihlali nedeniyle katlandıkları külfetin azalmasını sağlayacağı gibi benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi yönünden caydırıcı bir etki oluşturması bakımından da önem taşımaktadır. Dolayısıyla tam yargı davası süreci devam ederken iş termin planında öngörülen sürenin dolduğu ve şikâyet edilen çevresel rahatsızlığın giderilmemiş olduğu dikkate alındığında salt arıtma tesisinin ileride yapılacak olması, anayasal hakları ihlal edildiği tespit edilen başvurucların meydana gelmiş ve devam eden manevi zararlarının giderilmesi bakımından yeterli görülemez. Buna göre olayda çevresel rahatsızlığa kamu makamlarının yol açtığı gözetildiğinde başvurucların anayasal haklarına yapılan müdahale neticesinde oluşan manevi zararlarının karşılanmasına neden gerek olmadığını makul bir şekilde izah etmeyen derece mahkemelerinin kararlarının ilgili ve yeterli olduğu kabul edilemez.

67. Bu tespitler ışığında başvurucların özel ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında kamu makamlarının üzerine düşen pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna varılmıştır.

68. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL bu görüşe katılmamışlardır.

c. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

69. 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, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

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

70. Başvurucular Memet Erdagöz ve Belgüzar Çimendağ'ın miras bırakanı Bekir Erdagöz başvuru formunda miktar belirtmeksizin maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

71. Somut başvuruda, başvurucular Memet Erdagöz ve Belgüzar Çimendağ'ın başvuruları yönünden Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatlarına saygı haklarının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

72. Başvurucular Memet Erdagöz ve Belgüzar Çimendağ'ın özel ve aile hayatlarına saygı haklarının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Erzurum 1. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

73. Manevi zararlar yönünden yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesinin ihlal iddiası açısından yeterli bir tazmin oluşturduğu anlaşıldığından başvurucuların tazminat taleplerinin reddine karar verilmesi gerekir.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL tutarındaki harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucular Memet Erdagöz ve Belgüzar Çimendağ'a müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucu Binali Özkaradeniz'in başvurusunun DÜŞMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

B. Başvurucular Memet Erdagöz ve Belgüzar Çimendağ'ın başvurularının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Kararın bir örneğinin başvuruçuların özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Erzurum 1. İdare Mahkemesine (E.2010/121, K.2011/28) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvuruçuların tazminat taleplerinin REDDİNE,

F. 206,10 TL tutarlarındaki harçtan oluşan yargılama giderinin başvuruçular Memet Erdagöz ve Belgüzar Çimendağ'a MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE, Binali Özkaradeniz tarafından yapılan yargılama giderlerinin üzerinde BIRAKILMASINA,

G. Ödemenin, kararın tebliğini takiben Memet Erdagöz ve Belgüzar Çimendağ'ın 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,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 1/2/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞI OY GEREKÇESİ

Her iki başvuruçunun bireysel başvuruya konu yaptıkları olay, köylerinin kanalizasyon atıklarının, ilgili Belediyece herhangi bir arıtma işlemine tâbi tutulmadan köyün yakınından geçen dereye dökülmesi sonucu, bir başvuruçunun bu nedenle Hepatit-B hastalığına yakalandığı, diğer başvuruçunun ise bazı büyük ve küçükbaş hayvanlarının telef olduğu iddiasına dayalı tazminat davalarının reddedilmesiyle Anayasanın 17. maddesinin ihlâl edildiği savlarıdır.

Dosyada mevcut Erzurum 1. ve 2. İdare Mahkemesi kararlarının incelenmesinden; Hepatit-B hastalığının, dere suyundan geçtiğine dair herhangi bir kesinlik bulunmadığı, keza aynı gerekçeyle büyük ve küçükbaş hayvanların telef olduğu iddiasının da kanıtlanamadığı (hatta bu başvuruçunun bu hayvanlara sahip olduğunu dahi ortaya koyamadığı), dolayısıyla bu yöndeki idarenin kusurunun bulunduğu iddialarının temellendirilemediği açıkça görülmektedir.

Öte yandan, bireysel başvuru tarihi (31.10.2014) gözetildiğinde, ilgili belediyeye arıtma tesisini tamamlaması için öngörülen 10 yıllık sürenin dolmadığı görüldüğünden, bu yönden de ilgili idareye kusur atfı mümkün değildir. Ayrıca, Anayasanın 65. ve 166. maddeleri dikkate alındığında, ülkemizdeki onbinlerce yerleşim yerinin arıtma tesislerinin yapılabilmesi çok uzun bir süreç ve mali kaynak gerektirdiğinden; küçük bir belediyeyi salt bu nedenle kusurlu bulmak Anayasal dayanaktan yoksundur. Kaldı ki her iki idare mahkemesi (ve bu kararları onayan Danıştay) idarenin hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluğu bulunmadığını çok detaylı bir gerekçeyle ortaya koymuş ve başvuruçuların maddi ve manevi tazminat istemlerini reddetmiştir.

Temellendirilememiş, herhangi bir zarar olgusu ortaya konulamamış söz konusu başvurular, mahiyeti itibarıyla birer “actio popularis” davası mahiyetinde olup; elektriği, içme suyu, kanalizasyonu, yolu, sağlık ve eğitim tesisleri bulunmayan veya yeterli olmayan yerleşim yerlerinde yaşayanların, salt bu nedenlerle açacakları davaların da, somut başvuruda olduğu gibi birçok hakkın ihlâline yol açabileceği kabul edildiğinde; Devletin bunun altından kalkması imkânsız olacaktır. Keza sağlıklı bir

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

çevrede yaşama hakkının da, diğer haklar gözetilmeden tek başına ele alınması ve Devletin mali imkânın hiç dikkate alınmaması sonucu varılan yorum bu nedenle doğru istikamette olmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle; başvuruçuların maddi ve manevi varlıklarının korunması ve geliştirilmesi haklarının ihlal edildiği iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olması itibarıyla kabul edilemez olduğu; bu husus çoğunluk kararıyla aşıldığından, Anayasanın 17. maddesinin ihlâl edilmediği kanaatine vardığımızdan, aksi yöndeki karara katılmıyoruz.

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN
Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye
Recai AKYEL

KARŞIOY

Başvurucu, Kars ili Susuz ilçesi Porsuklu köyünde ikamet etmekte iken köy yakınından geçen Susuz çayına ilçe kanalizasyonunun bağlı olduğunun anlaşıldığını, su kirliliğinin önlenmesi için açtığı davada önleme hususunda belediyenin sorumlu bulunduğunu ve belediyenin Bakanlık genelgesi gereği su arıtma tesisine ilişkin 2007 yılında hazırladığı iş termin plan gereğini de yapmayan belediyenin hareketsiz kalmasının ağır hizmet kusuru olduğu hükmü kurulmuş, idari yargı kararına uymamak ve kirlilik nedeniyle uğradığı zarar nedeniyle belediye aleyhine açtığı dava ise, arıtma tesisinin yapımı için öngörülen on yıllık sürenin dolmadığı ve atık sudan kaynaklı tazmin sorumluluğu doğuracak bir hizmet kusuru bulunmadığından reddolunmuş ve ilam onanmıştır.

Başvurucu, bireysel başvurusunda köyde yaşanan su kirliliği nedeniyle hastalıklara yakalandığını, çevre sağlığının tehlikeye girdiğini ve sağlıklı yaşam haklarının ihlal edildiği nedeniyle Mahkememize başvurduğu anlaşılmıştır.

Somut olayda, başvuruçuların yaşadıkları yerde mevcut akarsuya belediye kanalizasyonunun akıtıldığına Valilikçe tespiti ve bununda kirliliğe yol açtığına belirlendiği ve kamusal bu tasarrufun başvuruçuların aile hayatlarına, maddi ve manevi varlıklarının korunma ve geliştirilmesi

hakkına yönelik bir müdahale olduğu açık olduğundan, Devletin de bu hakları etkili koruma ve saygı gösterme pozitif yükü Anayasal bir güvence olduğu kabul edildiğinden, açıkça dayanaktan yoksun olmayan başvurunun KABUL edilebilirliğine karar verilmesi ve esastan incelenmesi gerekmektedir.

Başvurucu Binali Özkaradeniz Susuz çayının kirlendiği ve karşı önlem alınmadığı, hastalıklara yakalandığı ve zararlarının giderilmediğini sağlıklı yaşama hakkının ihlal edildiğini iddia etmiş ise de başvuru 2015 yılında vefat etmiş ve de başvuru mirasçılar adına devam etmiştir.

Verilen ek dilekçe ile de muris bırakanın, başvuruda kullandığı hak ihlal kapsamı genişletilerek belediye yetkilileri hakkındaki şikayete soruşturma izni verilmediği için AİHS'nin 13. ve köylerini terk etmek zorunda kaldıkları içinde mülkiyet haklarının ihlal edildiği iddialarını da ileri sürmüştür.

Başvurucu murislerinin genişletilmiş iddiaları yönünden değerlendirme olanağı yoktur. Esas olan süresinde yapılmış başvurunun başvuru tarafından nitelenmesi ve özün Mahkememiz tarafından hukuki tavsifidir. Bu nedenle konu, Anayasa'nın 17. maddesinde ifadesini bulan, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması genel çerçevesi içinde yer alan, AİHS'nin 8. maddesini ilgilendiren ve başvurunun hukuksal çıkarlarının değerlendirilmesinde, başvuru konusu olaya ilişkin olgu ve etki alanını karşılayan Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel aile hayatına saygı çerçevesinde yer alan güvenceleri yönünden incelenecektir.

Somut olayda, Devletin kanalizasyon suyunun arıtılmadan başvurunun köyünün yakınından geçen akarsuya salınmasını engelleme yükü açıktır. Bu görev gereği 5491 sayılı yasa ile 2006 yılında belediyelere arıtma tesisi yapma görevi getirilmiş ve tesisin on yıl içinde işletmeye alınması öngörülmüştür. Bunun Devletçe idari ilke ve ihtiyaç ve kaynak düzenine göre bir çevre sorununu gidermeye ya da önleme kapsamında ödevlerini yerine getirmeye yönelik bir çalışma/görev ifası olduğunda şüphe yoktur.

Anılan ödevinde devletin öngördüğü planlama çerçevesinde yapılabileceği ve bu tercihte de kamu otoritesinin yüksek takdirinin mevcudiyeti de kabul edilmiş bir gerçektir.

Devletin bir sistem ve plan içinde yerine getirdiği tedbirler süreci, tamda ihlal edildiği söylenen hakların Anayasal güvenceleri yerine getirilirken, uğranılmış olan mağduriyetlerin ortadan kaldırıldığı söylenemeyecek ise de, varsa uğranılan zarar ve giderim sorumluluğunun pozitif yük kapsamında kamu makamlarına ait olduğunda da şüphe yoktur.

Başvuru konusu, talebi Erzurum 2. İdare Mahkemesinin su kirliliğinin derhal önlenerek gereken tedbirlerin alınması yönündeki talebinin zımnen reddine ilişkin işlemin iptali kararının, yerine gerilmemesi üzerine uğradığını düşündüğü zararların giderimine ilişkin tazminat taleplerinin reddi üzerine kullandığı şikayet hakkıdır.

Yani başvuru, davasında iptal kararı gereği yerine getirilmeyince su kirliliğinin arttığını insan, hayvan sağlığıtehlikesinin söz konusu olduğunu, inek, at, koyun ve sayısız küçükbaş hayvanın telef olduğunu, manevi acı çektiği için maddi ve manevi kayıplarının telafisini talep etmiş, mahkeme kararında Susuz çayında kirliliğin kanun koyucu tarafından öngörülen termin planı kapsamında kaldığını ve sürdüğünü, süre bitip planlama yerine geldiğinde su kirliliğinin önlenmesininmümkün olacağını, süre bitmeden önce su kirliliğine müdahale edilmesine ilişkin yargı kararı yerine getirilmediğinde idarenin sürekli dava tehdidiyle karşılaşacağını, su kirliliğinden kaynaklı bir zarar söz konusu ise, zararın kusursuz sorumluluk ilkeleri gereği tazmininin kabulünün gerektiğinin kabul edildiği görülmektedir.

Nitekim, bu kapsamda davacı hakkında yapılan incelemede davacı adına kayıtlı hayvan bulunmadığı, ölen hayvanın (at) ölüm sebebinin akarsu olmadığı, davacının da zararı ispatlayıcı herhangi bir bilgi ve belgeyi de dava dosyasına sunmadığı açıktır. Anılan nedenler ile davacının tazminat taleplerinin mahkemece uygun bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Yaşam hakkı, sağlıklı çevre gibi hak alanlarında, bu alanın koruduğu hukuki menfaatin insan eli ile kontrol edilip müdahale edilemeyecek tezahürleri de bulunabileceği düşünüldüğünde, somut olaya uyarlandığında başvuruçunun uğrayacağı risk, potansiyel tehlike ve zarar olasılığı gibi kavramlar karşısında kamu menfaati ile,müdahale edilen korunan menfaat arası dengenin belirlenmesinde yüksek titizlik ve aşırı hassasiyetin gerektiği açıktır.

Somutta Belediye yönünden hareketsizlik bir hizmet kusuru ise de başvurucuda bu kusur karşısında olması gerekenden ziyade olanı, yani ihlalin yaşam kalitesine, aile hayatına etkisini açıklamak ve belgelemek zorundadır. Var olmuş, sonuçları elde edilmiş bu nedenle varsa kanıtlanmış ihlale uğramış hakların mağduriyetini ortadan kaldıracak giderim yolları hukuk zemininde mevcuttur.

Başvurucunun, iddia ettiği tabii ihtiyaçları ve sağlıklı yaşamına müdahale edildiği suyun kirliliği karşısında bir gerçek ise de, Devlet yönünden üzerlerine düşen görev gereklerinin yerine getirilmesine ilişkin çabalarda, gözden uzak tutulamaz. O halde kamu müdahalesi ile zarar gören birey menfaat arası denge ölçeğinde zarar unsuru tanımının açıklığına ihtiyaç vardır.

Somutta mahkeme kararı ile, iddiası gibi hiçbir maddi kayba uğramadığına ilişkin kesin hüküm bulunan başvurucunun bireysel başvuruda takip ettiği manevi tazminatın oluşum nedenleri açıklanmaya muhtaçtır.

Kişiliğinin maddi yönüne yönelik ağır ve tahammül edilmez bir eziyet ya da olumsuzlukla karşılaştığına ilişkin nesnel bir olgu yok iken bundan nasıl manevi nitelikli bir elem ve ızdırap duyduğu da izah edilmelidir.

Zarar gideriminden ziyade karşılaşılan üzüntü, sarsıntı ve acıyı, psikolojik çöküntüyü açıklamada yetersiz kalan başvurucunun, mevcut zararın kendisi yönünden nelerden oluştuğuna ilişkin açıkça temellendirilmiş beyan ve belgeleri bulunmadıkça, başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği şeklindeki çoğunluk görüşüne katılmak mümkün olmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Kanalizasyon sularının arıtım yapılmaksızın akarsuya dökülmesi sebebiyle açılan tam yargı davasının reddedilmesi üzerine yapılan bireysel başvurunun kabul edilebilir olduğuna ve Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararda, başvuruçuların yaşadıkları köyün yakınındaki akarsuya belediye tarafından herhangi bir arıtım yapılmadan kanalizasyon suyu döküldüğü, resmî makamların tespitlerine göre bu durumun o yörede yaşayanlar açısından olumsuz etkilerinin olduğu, söz konusu çevresel rahatsızlığın Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan hakka yönelik müdahale teşkil ettiği ve anılan madde bağlamında inceleme yapılmasını gerektirecek ağırlıkta olduğu, bu nedenle başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerektiği belirtilmektedir (§§ 51-53).

Esas yönünden yapılan incelemede de, su kirliliğinin önlenmesi için Devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde kamu makamlarınca gerekli tedbirlerin alınmaya başlandığı, konu ile ilgili olarak kanunî bir düzenleme yapıldığı, idarenin bu düzenleme kapsamında uygulamalara başladığı, somut olayda da kanunî süresi içinde arıtma tesisine ilişkin çalışmaların başlatıldığı, ancak bazı tedbirlerin alınmaya başlanarak uygulanacak olmasının başvuruçuların mağdur sıfatını kaldırmadığı, mağduriyetin ortadan kalkması için hakkın ihlaline yol açan sebeplerin ortadan kaldırılması ve başvuruçuların bu sebeple uğradıkları zararların hakkın ihlalinde geçen süre gözönüne alınarak giderilmesi gerektiği ifade edilerek özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verildiği görülmektedir (§§ 61-68).

Kararda "Kabul Edilebilirlik Yönünden" yapılan incelemedeki genel değerlendirmeler (§§ 47-50) ile "Esas Yönünden" yapılan incelemede "Genel İlkeler" başlığı altında -önceki kararlarımıza da atıf yapılarak- yer verilen ilkelere (§§ 54-57) katılmakla birlikte, çoğunluğun başvurunun kabul edilebilir olduğuna ilişkin görüşünün ve esas yönünden yapılan incelemede "İlkelerin Olaya Uygulanması" başlığı altında çoğunluğu ihlal sonucuna götüren değerlendirmeler ile ihlal sonucunun isabetli olmadığı düşünülmektedir.

Kararda da belirtildiği üzere, bireysel başvuru öncesindeki yargılama, “İptal Davası Süreci” (§§ 18-21) ve “Tam Yargı Davası Süreci” (§§ 22-25) olmak üzere iki safhadan meydana gelmekte; bireysel başvurunun konusunu ise redle sonuçlanan ve 2014 yılında kesinleşen tam yargı davası oluşturmaktadır.

Bu bireysel başvurunun konusunu oluşturmayan iptal davasında verilen kararın uygulanmaması sebebiyle uğranıldığı iddia edilen zararların tazmini talebiyle açılan mezkûr tam yargı davasında verilen kararda, su kirliliğinden kaynaklanan bir zarar söz konusu ise bu zararın tazmin edilmesi gerektiği, ancak başvuru sahiplerinin maddî zararını ispatlayamadığı, tazmini gereken manevî zararın da bulunmadığı belirtilmektedir.

Çoğunluğun kararında ise “başvurucuların bu sebeple uğradıkları zararların ... telafi yoluna gidilmesi gerek(tiği)” (§ 64); “salt arıtma tesisinin ileride yapılacak olması(nın)... başvurucuların meydana gelmiş ve devam eden manevî zararlarının giderilmesi bakımından yeterli görülemez(yeceği)” ve “başvurucuların anayasal haklarına yapılan müdahale neticesinde oluşan manevî zararlarının karşılanmasına neden gerek olmadığını makul bir şekilde izah etmeyen derece mahkemelerinin kararlarının ilgili veyeterli... kabul edilemez(yeceği)” (§ 66) belirtilmektedir. Oysa, başvurucuların murisi olan ilk başvuru sahibinin açtığı tam yargı davasının, yukarıda da belirtildiği gibi, zarar iddiaları kanıtlanamadığı için reddedildiği ve Danıştayca da onanan ilk derece mahkemesi kararında, davacının uğradığını iddia ettiği zararı ispatlayacak nitelikte herhangi bir bilgi ve belgeyi dosyaya sunmadığı, mahkemece idareden istenen bilgi ve belgeler ile rapordan da zararı kanıtlayacak bir sonuca ulaşılamadığı ifade edilerek maddî ve manevî tazminat taleplerinin reddine ilişkin yeterli ve ilgili gerekçelere yer verildiği anlaşılmaktadır. Çoğunluğun ihlal sonucuna ulaşırken dayandığı “başvurucuların zarara uğradıkları” yönündeki kabulün ise, başvuru formundaki soyut iddialar dışında bir dayanağı bulunmamaktadır.

Çoğunluğun ihlal kararı verirken, AİHM’in su kirliliğinin çevresel sonuçlarını irdelediği Dzemyuk/Ukrayna kararında su kirliliğinin barındırdığı çevresel tehlikelerin kamu makamlarınca dikkate alınmadığı gerekçesiyle Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermesini (§

32) gözönünde bulundurduğu görülmekte ise de anılan başvuru, ailesiyle birlikte yaşadığı evinin ve kullandığı su kuyusunun 38 metre yakınında mezarlık yapılması ve bunun için doğalgaz tesisi kurulması söz konusu olan ve buradaki su kuyuları dışında su kaynağı bulunmayan bir başvurucu ile ilgilidir. Bu başvuruda ise, başvurucuların yaşadığı köyün yakınından geçen akarsuyun dışında köyün içme ve kullanma suyunun olduğu anlaşılmaktadır.

Bilindiği gibi, çevre meselelerinin Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için belirli şartlar aranmakta; bu bağlamda söz konusu çevresel rahatsızlığın başvurucuların özel ve aile hayatı üzerinde doğrudan bir etkiye bulunması ve çevre kirliliğinin belirtilen değerler üzerindeki etkisinin asgari bir şiddet derecesine ulaşması gerekmekte, başka bir ifadeyle söz konusu kirliliğin ciddi bir boyuta ulaşması aranmaktadır (Mehmet Kurt [GK], B. No: 2013/2552, 25/2/2016, § 58). Bu konuda aranan asgari ağırlık eşiğinin değerlendirilmesi, her somut olayda çevresel etkinin yoğunluğu, süresi, fizikî ve ruhî etkileri ile çevrenin genel durumu ve başvurucunun çevre kirliliğinin kaynağına yakınlığı gibi unsurlar çerçevesinde değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır (Mehmet Kurt, 58).

AİHM içtihatlarında da, inceleme konusu çevresel etkinin Sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen güvenceleri etkin hâle getirebilmesi için aranan ağırlık eşiğinin tespitinde, genel olarak başvuruculardan söz konusu etki derecesini ortaya koyan somut veriler sunmasının beklendiği görülmektedir (Mehmet Kurt, § 68).

Mahkememizce de, ilke olarak, başvuruya konu ihlal iddiasıyla ilgili deliller sunarak olaya ilişkin iddialarını ve hangi Anayasa hükmünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunmak suretiyle hukukî iddialarını kanıtlama yükümlülüğünün başvuruculara ait olduğu kabul edilmekte (Veli Özdemir, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §19); bunun yerine getirilemediği başvuruların kanıtlanamamış şikâyet nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun olması sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmektedir.

Somut olayda akarsuyun köyün yakınından geçmesi sebebiyle bir müdahalenin bulunduğu, ancak zarar riskiyle ilgili bir somutlaşmanın olmadığı değerlendirilmektedir. Aynı konuya ilişkin önceki kararlarımıza

göre ihlal sonucuna ulaşılabilmesi için maddî zarar şartı aranmamakla birlikte, zarar riskinin somutlaşması, bunun kanıtlarıyla ortaya konulması ve açıkça anlaşılması gerekmektedir. Diğer taraftan, aranan ağırlık eşliğinin tespitinde başvurulardan beklenen söz konusu etki derecesini ortaya koyan somut verilerin sunulmadığı, hatta kirlendiği belirtilen akarsuyun başvuru sahiplerinin yaşadığı köye ve evlerine olan mesafesinin bile başvuru formunda belirtilmediği görülmekte ve bu husus çoğunluğun kararından da anlaşıl原因amaktadır. Bu itibarla, incelenen bireysel başvuruda yukarıda belirtilen şartlar gerçekleşmeden ihlal sonucuna ulaşıldığı düşünülmektedir.

Bu sebeplerle, başvuru sahipleri tarafından ileri sürülen iddialar temellendirilemediğinden, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmasından dolayı kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği düşününcesiyle, çoğunluğun kabul edilebilirlik ve ihlal kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

BAYRAM SİVRİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/34955)

Karar Tarihi: 3/7/2018

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Recep KÖMÜRCÜ
M. Emin KUZ
Rıdvan GÜLEÇ

Raportör : Burak FIRAT

Başvurucu : Bayram SİVRİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, telefonla haberleşme hakkının sınırlandırılması nedeniyle haberleşme hürriyeti ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/9/2017 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.
5. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

7. Türkiye 15 Temmuz 2016 gecesi silahlı darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış ve Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 21/7/2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmesine karar verilmiştir. Üç aylık sürelerle uzatılan OHAL süreci devam etmektedir.

8. Darbe teşebbüsüne ilişkin süreç, OHAL ilanı, OHAL döneminin gerektirdiği tedbirlere ilişkin detaylı açıklamalar Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* (B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-20, 47-66) kararında yer almaktadır.

9. Başvurucu, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe teşebbüsü sonrasında terör örgütü (Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması, FETÖ/PDY) üyesi olduğu gerekçesiyle İzmir 3. Sulh Ceza Hâkimliğinin 25/4/2017 tarihli kararıyla tutuklanarak Menemen T TipiKapalı Ceza İnfaz Kurumuna (İnfaz Kurumu) konulmuştur.

10. İnfaz Kurumu Müdürlüğü İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığı (İdare ve Gözlem Kurulu) 24/8/2016 tarihli ve 2016/4678 sayılı kararıyla 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname’nin (OHAL KHK’sı) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde yer alan hüküm doğrultusunda belirtilen suçlardan tutuklu olanlar ve ilk defa tutuklanarak ceza infaz kurumuna gelen tutukluların 28/8/2016 tarihinden itibaren ve olağanüstü hâlin devamı süresince on beş günde bir telefonla haberleşme hakkından faydalandırılmasına karar vermiştir.

11. Başvurucu, Karşıyaka İnfaz Hâkimliğine (İnfaz Hâkimliği) müracaat ederek anılan karara karşı şikâyetle bulunmuştur.

12. Başvurucu, şikâyet dilekçesinde telefonla görüşme hakkının on beş günde bir olmak üzere kısıtlandığını ve bu kısıtlamanın belirli bir suç grubuna yönelik olarak uygulandığını ileri sürmüştür. Başvurucu, telefonla haberleşme hakkı üzerinde kısıtlama getiren İdare ve Gözlem Kurulu kararının kaldırılması talebinde bulunmuştur.

13. İnfaz Hâkimliğinin 22/6/2017 tarihli kararıyla şikâyetin reddine karar verilmiştir. Kararda uygulamanın mevzuata ve İnfaz Kurumu kurallarına uygun olduğu belirtilmiştir.

14. Karşıyaka 2. Ağır Ceza Mahkemesinin (Ağır Ceza Mahkemesi) 8/8/2017 tarihli kararıyla, İnfaz Hâkimliği kararının gerekçesi yerinde görülerek anılan karara yapılan itiraz reddedilmiştir.

15. Nihai karar 7/9/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 20/9/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

17. İzmir 14. Ağır Ceza Mahkemesinin 30/1/2018 tarihli ara kararıyla başvurucunun tahliyesine karar verilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

18. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Hükümlünün telefonla haberleşme hakkı*" kenar başlıklı 66. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir. Kapalı ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler, tüzükte belirlenen esas ve usullere göre idarenin kontrolündeki ücretli telefonlar ile görüşme yapabilirler. Telefon görüşmesi idarece dinlenir ve kayıt altına alınır. Bu hak, tehlikeli hâlde bulunan ve örgüt mensubu hükümlüler bakımından kısıtlanabilir."

19. 5275 sayılı Kanun'un "*Tutukluların hakları*" kenar başlıklı 114. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir. "

20. 5275 sayılı Kanun'un "*Tutukluların yükümlülükleri*" kenar başlıklı 116. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunun; yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları,... telefonla haberleşme hakkı, ... 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.”

21. 667 sayılı OHAL KHK'sının “Soruşturma ve kovuşturma işlemleri” kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı 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;

...

e) Tutuklu olanlar, belgelendirilmesi koşuluyla sadece eşi, ikinci dereceye kadar kan ve birinci derece kayın hısımları ile vasisi veya kayıymı tarafından ziyaret edilebilir. Adalet Bakanlığı ile Cumhuriyet başsavcılığının yetkileri saklıdır. Tutuklular telefonla haberleşme hakkından ancak onbeş günde bir ve bu bentte sayılan kişilerle sınırlı olarak on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilirler.”

22. 667 sayılı OHAL KHK'sı 29/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun ile onaylanmıştır. KHK'nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesinde aynen kabul edilmiştir.

23. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (Tüzük) “İdare ve gözlem kurulunun görev ve yetkileri” kenar başlıklı 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendi şöyledir:

“g) Tehlikeli hâli bulunan ya da örgüt mensubu olan hükümlülerle ilgili olarak, telefon görüşmeleri ile radyo, televizyon yayınları ve internet olanaklarından yararlanma hakkının kısıtlanmasına karar vermek,”

24. Tüzük'ün “*Telefonla görüşme hakkı*” kenar başlıklı 88. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Kapalı kurumda bulunan hükümlüler, belgelendirmeleri koşuluyla eşi, üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımları ve vasisi ile telefon görüşmesi yapabilir.

(2) Telefonla görüşmeleri aşağıda belirtilen esaslara göre yapılır:

a) Hükümlüler, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakılma veya kısıtlama cezası ile hücreye koyma cezasının infazı sırasında olmamak koşuluyla, idarenin kontrolünde bulunan ve kurumun uygun yerlerine yerleştirilen telefonlardan yararlandırılır,

...

e) Hükümlüler, telefon görüşmesi hakkına sahip oldukları konusunda bilgilendirilir,

f) Hükümlülerin telefonla görüşme gün ve saatleri, kurumda bulunan telefon adedi, başvuru sırası, kurumun asayiş ve güvenliği dikkate alınarak idare tarafından belirlenir. Hükümlüler görüşebilecekleri yakınlarından bir veya birden fazla kişi ile haftada bir kez ve bir telefon numarasıyla bağlantı kurarak kesintisiz görüşme yapabilir. Herhangi bir nedenle görüşme gerçekleşmemişse daha önceden bildirilen numaralardan bir diğeriyle görüşebilir. Konuşma süresi görüşme başladığı andan itibaren on dakikayı geçemez. Ancak tehlikeli hükümlü oldukları idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenen hükümlüler onbeş günde bir kez olmak ve on dakikayı geçmemek üzere sadece eşi, çocukları, annesi ve babası ile görüşebilir,

...”

25. Tüzük'ün “*Tutukluların hakları*” kenar başlıklı 184. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Tutukluların yazılı haberleşmeleri ile telefonla görüşmeleri, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince kısıtlanabilir.”

26. Tüzük'ün *“Tutuklulara uygulanacak hükümler ve yükümlülükleri”* kenar başlıklı 186. maddesi şöyledir:

“(1) Tüzüğün; 1, 4, 6, 9 ilâ 14, 22, 24 ilâ 27, 29 ilâ 31, 40 ilâ 46, 67 ilâ 73, 75 ilâ 96, 99 ilâ 108, 110 ilâ 117, 119 ilâ 132, 143 ilâ 171, 174, 176 ilâ 179, 185, 188, 189 uncu maddelerinde düzenlenmiş hükümlerin tutukluluk hâliyle uzlaşır nitelikte olanları tutuklular hakkında da uygulanabilir.”

B. Uluslararası Hukuk

27. 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.”

28. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre özel hayata saygı hakkı, özel bir sosyal hayat sürdürmeyi yani kişinin sosyal kimliğini geliştirme hakkı anlamında bir *özel hayatı* güvence altına almaktadır. Bu yönü ile birlikte değerlendirildiğinde bahsi geçen hak, ilişki kurmak ve geliştirmek üzere çevresinde bulunanlarla temas kurma hakkını da içermektedir (Özpınar/Türkiye, B. No: 20999/04, 19/10/2010, § 45; Oleksandr Volkov/Ukrayna, B. No: 21722/11, 9/1/2013, §§ 165-167; Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

29. AİHM'e göre hükümlü ve tutuklular Sözleşme kapsamında kalan temel hak ve hürriyetlerin tamamına kural olarak sahiptir (Hirst/Birleşik Krallık (No. 2), B. No: 74025/01, 6/10/2005, § 69).

30. AİHM'e göre suçun mahiyeti haklı gösteriyorsa bir tutuklunun özel bir hapisane rejimine veya sınırlayıcı ziyaret düzenlemelerine tabi tutulması onun Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki hakkına müdahale

teşkil eder ancak kendiliğinden bu hakkın ihlali anlamına gelmez (*Vlasov/Rusya*, B. No: 78146/01, 12/6/2008, § 123).

31. AİHM, ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi güvenliğin ve düzenin korunmasına yönelik kabul edilebilir gerekliliklerin olması durumunda mahkûmların sahip olduğu haklara sınırlama getirilebileceğini kabul etmiştir. Ancak bu durumda dahi hükümlü ve tutukluların haklarına yönelik herhangi bir sınırlama makul ve ölçülü olmalıdır (*Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72 ..., 25/3/1983, §§ 99-105).

32. AİHM'e göre hükümlü ve tutukluların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (*Messina/İtalya (No. 2)*, B. No: 25498/94, 28/9/2000, § 61; *Ouinis/Fransa (k.k.)*, B. No: 13756/88, 12/3/1990; *Kučera/Slovakya*, B. No: 48666/99, 17/7/2007, § 127). Bu hakka getirilen sınırlamalar, suç ve düzensizliğin önlenmesi için güvenlik nedeniyle uygulamaya konulmuş olsa da haklı bir gerekçeye dayanmalıdır (*Gülmez/Türkiye*, B. No: 16330/02, 20/5/2008, § 46).

33. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Avrupa Cezaevleri Kuralları Hakkında REC (2006) 2 sayılı tavsiye kararlarının hükümlü ve tutukluların dış dünya ile ilişkilerine dair kısmı şöyledir:

“Dış Dünya ile İlişki

24.1. *Mahpusların mümkün olabilen sıklıkta mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla aileleriyle, başka kişilerle ve dışarıdaki kuruluşların temsilcileriyle haberleşmelerine ve bu kişilerin mahpusları ziyaret etmelerine izin verilmelidir.*

24.2 *Devam etmekte olan bir ceza soruşturması, emniyet, güvenlik ve düzeninin muhafaza edilmesi, suç işlenmesinin önlenmesi ve suç mağdurunun korunması için gerekli görülmesi halinde, haberleşme ve ziyaretlere kısıtlamalar konabilir ve izlenebilir. Ancak adli bir merci tarafından konulan özel kısıtlamalar da dahil olmak üzere, bu tür kısıtlamalar yine de kabul edilebilir asgari bir iletişime izin vermelidir.*

24.3. Ulusal hukuk, mahpuslarla iletişim kurması kısıtlanamayacak olan ulusal ve uluslararası kuruluşları belirlemelidir,

24.4. Ziyaretler için yapılan düzenlemeler,

mahpuslara aile ilişkilerini mümkün olduğunca normal bir düzeyde sürdürmelerine ve geliştirmelerine izin verecek bir tarzda olmalıdır.

24.5. Cezaevi yetkilileri, dış dünyayla yeterli bir iletişim sürdürmelerinde mahpuslara yardım etmelidirler ve bunun için onlara uygun destek ve yardım sağlamalıdır...

34. AİHM, tutukluların ziyaretçi alma haklarına getirilen kısıtlamaların güvenlikle ilgili nedenlerle veya bir soruşturmanın meşru yararlarını koruma gerekliliğiyle haklılaştırılrsa da bu amaçlara bütün tutukluların haklarını kısıtlamayan başka yollarla da ulaşılabileceğini belirtmiş; oluşturulacak farklı tutukluluk kategorilerine özel kısıtlamalar getirilebileceğini kabul etmiştir (*Laduna/Slovakya*, B. No: 318327/02, 13/12/2011, § 66; *Varnas/Litvanya*, B. No: 42615/06, 9/7/2013, § 119).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 3/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Yönünden

36. Başvurucu, tutuklu olması nedeniyle başvuru harç ve giderlerini ödeyecek gelirin bulunmadığını belirterek adli yardımdan faydalandırılma talebinde bulunmuştur.

37. 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 başvuruçunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir (*Mehmet Şerif Ay*, §§ 22-27).

B. Aile Hayatına Saygı Hakkı ve Haberleşme Hürriyetinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu; telefonla haberleşme hakkının haksız ve ölçüsüz şekilde sınırlandırıldığını, bu sınırlamanın belirli bir gruba uygulandığını belirtmiştir. Başvurucu; diğer tutuklu ve hükümlülerin daha geniş bir aile ve akraba çevresiyle haftada bir telefonla haberleşme hakkına sahip olduğunu, moral motivasyonunu yükseltecek en önemli etken olan ailesiyle haberleşmesinin kısıtlandığını belirterek eşitlik ilkesi ile aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

39. Bakanlık görüş yazısında; başvurucunun tutuklandığı suçun niteliği dikkate alındığında anılan kısıtlamanın ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması bakımından makul olduğu, AHİM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına da uygun olan düzenleme karşısında başvurunun açıkça dayanaktan yoksun bulunması gerektiği belirtilmiştir.

2. Değerlendirme

40. Başvurunun değerlendirilmesinde dikkate alınacak Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği ve korunması" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

41. Anayasa'nın "Haberleşme hürriyeti" kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır."

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış

merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.”

42. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki nitelendirmesini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvuru, aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyeti kapsamında incelenmiştir.

43. Eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının ele alınabilmesi için başvuru ile benzer durumdaki kişilere farklı uygulama yapıldığının ortaya konulması gerekir. Somut olayda telefonla haberleşme hakkına getirilen kısıtlamanın bütün tutuklulara yönelik olmadığı, 6749 sayılı Kanun’un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen belirli kategorideki suçlardan tutuklu bulunanları kapsadığı, olağanüstü hâl koşullarından kaynaklandığı ve kısıtlamanın 6749 sayılı Kanun’da belirtilen suçlardan tutuklu bulunan herkese aynı şekilde uygulandığı anlaşılmaktadır.

44. 6749 sayılı Kanun’da belirtilen suçlardan tutuklu bulunan kişilerin ceza infaz kurumunda tutulma koşulları bakımından taşıdığı güvenlik risklerinin bu kapsamda olmayan suçlardan tutuklu olan kişiler ile aynı derecede olmadığı açıktır. Kaldı kihukuk sistemimizde anılan suçlardan tutuklu veya hükümlü bulunan kişiler sadece ceza infaz kurumunda tutulma koşulları bakımından değil aynı zamanda infaz rejimi bakımından da farklı uygulamalara muhatap olmaktadır. Dolayısıyla başvurucaının da aralarında bulunduğu terör suçlarından tutuklu olan kişiler, diğer suç türlerinden tutuklu olan kişilere göre farklı bir kategoride değerlendirilmekte olup bu kategorilerin aynı statüde olduğu söylenemez. Başvurucaının kendisi ile aynı suçtan tutuklu bulunan kişilere farklı uygulama yapıldığına dair bir iddiasının da bulunmadığı dikkate alındığında eşitlik ilkesi yönünden herhangi bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

45. 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."

46. 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 alacağını belirtmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 187-191). Başvuru konusu olaydaki telefonla haberleşme hakkına ilişkin düzenlemenin OHAL ilanını gerekli kılan olaylarla ilgili olduğu değerlendirilmiştir.

47. Bu itibarla başvuru hakkındaki telefonla haberleşme hakkının sınırlandırılmasının incelenmesi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamında yapılacaktır. Bu inceleme sırasında öncelikle sınırlamanın Anayasa'nın 13., 20. ve 22. maddelerinde yer alan güvencelere aykırı olup olmadığı tespit edilecek, aykırılık saptanması hâlinde ise Anayasa'nın 15. maddesindeki ölçütlerin bu aykırılığı meşru kılıp kılmadığı değerlendirilecektir (Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 193-195, 242; eğitim hakkı bağlamında bkz. *Mehmet Ali Eneze*, B. No: 2017/35352, 23/5/2018, § 31).

a. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

48. Anayasa'nın 22. maddesinde, herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hüküm altına

alınmıştır. Sözleşme'nin 8. maddesinde de herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı, haberleşme özgürlüğünün yanı sıra içeriği ve biçimi ne olursa olsun haberleşmenin gizliliğini de güvence altına almaktadır. Haberleşme bağlamında bireylerin karşılıklı ve toplu olarak sözlü, yazılı ve görsel iletişimlerine konu olan ifadelerinin gizliliğinin sağlanması gerekir. Posta, elektronik posta, telefon, faks ve internet aracılığıyla yapılan haberleşme faaliyetlerinin haberleşme özgürlüğü ve haberleşmenin gizliliği kapsamında değerlendirilmesi gerekir (*Mehmet Koray Eryaşa*, B. No: 2013/6693, 16/4/2015, § 49).

49. Aile hayatına saygı hakkı Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

50. Anayasa'nın 19. maddesi gereğince hükümlü ve tutukluların haberleşme hürriyeti ve aile hayatına saygı hakkının sınırlanması, hukuka uygun olarak ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal bir sonucudur. Öte yandan hükümlü ve tutukluların aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, ceza infaz kurumu idaresinin hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakınlarıyla temasını devam ettirecek önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır (*Mehmet Zahit Şahin*, B. No: 2013/4708, 20/4/2016, § 36).

51. Bununla beraber bu yükümlülük yerine getirilirken ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçlarının gözetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi ile aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyeti arasında adil bir denge sağlanmalıdır. Ancak ceza infaz kurumunda bulunmanın doğal sonucu olarak idarenin müdahale konusunda takdir yetkisinin daha geniş olduğu gözetilmelidir (*Mehmet Koray Eryaşa*, § 89).

52. Öncelikle belirtilmelidir ki somut olayda aile fertleri ve yakınlarıyla haberleşmesinin bütünüyle engellendiğine ilişkin olarak başvurunun herhangi bir iddiası bulunmamaktadır. Başvurucunun şikâyeti, telefonla haberleşme hakkının on beş günde bir ve on dakika ile sınırlı olarak belirlenmesi nedeniyle ailesi ve yakınları ile daha sık görüşemediği iddiasına dayanmakta olup bireysel başvuru bu kapsamda incelenmiştir.

53. Belirli suçlardan hükümlü ve tutuklular için telefonla haberleşme hakkının İdare ve Gözlem Kurulu kararıyla sınırlandırılması haberleşme hürriyetine ve aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturmaktadır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

54. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ...demokratik toplum düzeninin gereklerine... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

55. Anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerini ihlal edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, meşru amaç taşıma, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

56. Başvurucunun telefonla haberleşme hakkına yapılan müdahale, 667 sayılı OHAL KHK'sı ve bu KHK'nın uygun bulunmasına dair 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde yer alan hükme dayanmaktadır.

57. 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (e) bendinde 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan bir kısım suç ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun kapsamına giren suçlardan tutuklu olan kişilerin OHAL'in

devamı süresince telefonla haberleşme hakkından ancak on beş günde bir ve bu bentte sayılan kişilerle sınırlı olarak on dakikayı geçmemek üzere faydalanabilecekleri belirtilmektedir.

58. Bu durumda 3713 sayılı Kanun kapsamındaki bir suçtan tutuklu olan başvurucuya 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesindeki hükmün uygulandığı ve bu düzenlemenin *kanunla sınırlama* koşulunu karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

59. İsnat edilen suçların ağırlığına göre tutuklu ve hükümlülere tanınan birtakım hak ve imkânların farklılaşması doğaldır. 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçların ağırlığı, devam eden OHAL koşulları dikkate alındığında kamu düzeni ile infaz kurumu güvenliğini ve disiplinini sağlama amacıyla bir kısım suçtan tutuklu olanlar için telefonla haberleşme hakkının sınırlandırılmasının meşru amaç taşıma koşulunu karşıladığı değerlendirilmiştir.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk ve Ölçülülük

60. Hükümlü ve tutukluların temel haklarına yapılan müdahalelere gerekçe olarak gösterilebilecek makul nedenlerin somut olayın tüm koşulları çerçevesi dâhilinde olaya özgü olgu ve bilgilerle gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra yapılacak değerlendirmede kişinin itham edildiği suçun ve tutuklama sebeplerinin de dikkate alınması gerekmektedir (*Mehmet Zahit Şahin*, § 63).

61. Bu bağlamda başvuru konusu olay bakımından yapılacak değerlendirmelerin temel eksenini, müdahaleye neden olan idari makamlar ve derece mahkemelerinin kararlarında dayandıkları gerekçelerin haberleşme hakkını kısıtlaması bakımından *demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk* ve *ölçülülük* ilkesine uygun olduğunu inandırıcı bir şekilde ortaya koyup koyamadığı olacaktır (*Mehmet Zahit Şahin*, § 64; *Ahmet Temiz*, B. No: 2013/1822, 20/5/2015, § 68).

62. Terör örgütü üyeliği suçlamasıyla tutuklu olan başvurucu, 6749 sayılı Kanun'un 6. maddesinde tahdidi olarak sayılan aile fertleriyle ve öngörülen koşullarda görüşebilmektedir. Başvuruda, bunun aksine

herhangi bir iddia ve tespit bulunmamaktadır. Başvurucu bu görüşmelerini önceden belirlenen zamanlarda yapabilmektedir.

63. 6749 sayılı Kanun öncesi geçerli olan yasal rejim çerçevesinde, ceza infaz kurumlarında bulunan tutuklu ve hükümlüler haftada bir kez ve on dakika ile sınırlı olmak üzere telefonla haberleşme hakkından faydalanmaktadır.

64. Daha sonra yürürlüğe giren düzenleme ile terör örgütü üyeliği veya bu örgütlerin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar sebebiyle tutuklu olarak ceza infaz kurumunda bulunanların OHAL süresince telefonla haberleşme hakkından ancak on beş günde bir ve on dakikayı geçmemek üzere faydalanabileceği belirtilmektedir. 24/8/2016 tarihli İdare ve Gözlem Kurulu kararı ile başvurunun telefonla haberleşme hakkı anılan Kanun hükmü çerçevesinde sınırlandırılmıştır.

65. Bu bağlamda başvuruya konu telefonla haberleşme hakkına yapılan müdahaleyi anlayabilmek bakımından 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen askerî darbe teşebbüsü ve sonrasındaki gelişmeler hakkındaki bazı bilgileri hatırlatmak gerekmektedir.

66. Türkiye’de uzun yıllardır devam eden bir terör sorunu bulunmaktadır. Cumhuriyet tarihinin önemli bir bölümünü devlet, örgütlü ve silahlı şiddet hareketlerini bastırma çabalarıyla geçirmiştir. Son otuz beş yılda ağırlıklı olarak PKK ile mücadele edilmekle birlikte diğer bir kısım terör örgütünün (DHKP/C, TKP/ML, El Kaide, DAESH, Hizbullah gibi) de saldırılarına maruz kalmış ve bu örgütlere yönelik olarak da mücadelede bulunulmuştur. 15 Temmuz 2016 tarihinde ise FETÖ/PDY isimli bir yapılanma tarafından gerçekleştirilen (*Aydın Yavuz ve diğerleri* , §§ 12-25) askerî bir darbe teşebbüsü yaşanmıştır.

67. 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 Türk Silahlı Kuvvetleri, 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 (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 51). Öte yandan tutukluların ve hükümlülerin 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 terör örgütleri ile olan ilgileri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmış veya uzaklaştırılmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 357).

68. AİHM de 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen askerî darbe teşebbüsünün ulusun varlığını tehdit eden kamusal bir tehlikenin varlığını ortaya koyduğunu kabul etmektedir (*Şahin Alpay/Türkiye*, B. No: 16538/17, 20/3/2018, § 77).

69. Başvuru konusu olayda telefonla haberleşme hakkının kullanım sıklığı bakımından başvurucuya suç temelinde bir kısıtlama yapılmıştır. Bu kısıtlamada esas alınan hususun İnfaz Kurumunun disiplini ve güvenliği olduğu anlaşılmaktadır. 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe teşebbüsünün ulusal varlığı tehdit eden boyutu, darbe teşebbüsü sonrasında terör suçları kapsamında çok sayıda kişinin tutuklandığı ve/veya mahkûm olduğu, tutukluların ve hükümlülerin güvenliği ile muhafazasını sağlamakla görevli kamu görevlilerinin sayısının da önemli ölçüde azalmış olduğu dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı söylenemez.

70. Başvurucuya yönelik telefonla haberleşme hakkının kısıtlanması ile ilgili olarak yapılacak ölçülülük değerlendirmesinde anılan kısıtlamanın sadece OHAL'in devamı süresiyle sınırlı olduğu ve görüşme süresinin kısaltılmadığı da dikkate alınmalıdır. Ayrıca başvurucu, telefonla haberleşme hakkını kullanamadığına dair bir iddia da ileri sürmemiştir.

71. Tüm bu hususlar gözönüne alındığında OHAL koşullarının gerektirdiği kamu düzeninin korunması ihtiyacı ile İnfaz Kurumunun güvenliğini ve disiplini sağlama amacı doğrultusunda -isnat edilen suçun ağırlığı da dikkate alınarak- başvurucunun aile fertleriyle olan ilişkisinin sürdürülmesini engellemeyen telefonla haberleşme hakkının sınırlandırılması şeklindeki söz konusu müdahalede kamu makamları tarafından güdülen meşru amaç ile başvurucunun bireysel yararı arasında

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

adil bir dengenin kurulduğu, demokratik toplumda gerekli olan müdahalenin ulaşılmak istenen amaçla ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

72. Açıklanan gerekçelerle bir ihlalin bulunmadığı açık olan başvurunun diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

73. Buna göre başvurunun telefonla haberleşme hakkına yapılan müdahalenin, bu hakka dair Anayasa'da (13., 20. ve 22. maddelerde) yer alan güvencelere aykırılık oluşturmadığı görüldüğünden Anayasa'nın 15. maddesinde yer alan ölçütler yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. Aile hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* 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 başvurunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA 3/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

S.K.(B) BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/18275)

Karar Tarihi: 4/7/2018

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan : Burhan ÜSTÜN
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Hicabi DURSUN
Hasan Tahsin GÖKCAN
YusufŞevki HAKYEMEZ
Raportör : Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ
Başvurucu : S.K.(B.)
Vekili : Av. Mahmut Nedim DİLEK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, genelevde genel kadın olarak çalışma izni verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının; benzer nitelikteki davalar kabul edilirken açılan davanın reddedilmesi ve temyiz inceleme kararının yeterli gerekçeyi içermemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 21/11/2014 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Birinci Bölüm Birinci Komisyonunca başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

6. Başvurucu 1985 doğumludur ve İstanbul'da yaşamaktadır.

7. Fuhuş yaparak geçimini sağladığını belirten başvurucu, İstanbul Genelevinde *genel kadın* olarak çalışmak için başvuruda bulunmuştur.

8. Genel Kadın ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Komisyonu (Komisyon) tarafından 10/11/2009 tarihli kararla başvurunun talebi reddedilmiştir. Komisyon kararının gerekçesini "*İstanbul Genelevinin fiziki koşullarının can ve mal güvenliğinin sağlanmasına olanak vermemesi nedeniyle genel kadın sayısının arttırılmasının uygun olmaması*" hususu oluşturmaktadır.

9. Başvurucu, ret işleminin iptali amacıyla İstanbul 8. İdare Mahkemesinde (Mahkeme)dava açmıştır.

10. Mahkemece dava, Komisyon tarafından fuhuş kendisine sanat edinmiş kadınların *genel kadın* olarak tesciline karar verilirken başvuru sahibi kadının gerekli şartları taşıyıp taşımadığı hususunun yanı sıra bu kadınların çalışacağı yerlerin mevcut fiziki şartlarının da gözönüne alınmasının gerekmekte olduğu belirtilerek işlemin hukuka uygun olduğu gerekçesine istinaden 21/6/2010 tarihinde oyçokluğuyla reddedilmiştir.

11. Muhalefet şerhinde; genelevlerin fiziki koşullarının iyileştirilmesi, gerekli tedbirlerin alınması, bunun mümkün olmaması hâlinde genelevin başka bir yere taşınması, böylece yasal olmayan yollardan fuhuş yapılması engellenerek zührevi hastalıkların yayılmasının önüne geçilmesinin idareningörev ve sorumluluğunda olduğu belirtilmiştir. Diğer taraftan başvurunun *genel kadın* olarak çalışmasına engel bir hâlinin bulunmadığının tespit edildiği ve fuhuş yaparak geçimini sağladığı tespitine yer verilmiştir. Dolayısıyla başvurunun yasal olmayan yollardan fuhuş yapmak zorunda bırakılmasının 19/4/1961 tarihli ve 10786 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 30/3/1961 tarihli ve 5/984 sayılı Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün (Tüzük) amacına aykırı olduğundan Komisyon

tarafından tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı görüşüne yer verilmiştir.

12. Bu arada aynı şekilde tescil talebini içeren farklı kişilerin başvuruları da Komisyon tarafından reddedilmiş, Komisyon kararı aleyhine açılan davalar İstanbul'da yer alan farklı idare mahkemeleri tarafından kabul edilmiştir. Kabul kararları Danıştayın Onuncu Dairesinin (Daire) temyiz incelemesinden geçerek kesinleşmiştir (Danıştay Onuncu Dairesi 30/6/2010 tarihli ve E.2009/16486, K.2010/5833 sayılı; Danıştay Onuncu Dairesi 31/12/2010 tarihli ve E.2010/401, K.2010/11852 sayılı; Danıştay Onuncu Dairesi 31/12/2010 tarihli ve E.2010/8047, K.2010/1863 sayılı kararı).

13. Başvuru konusu Mahkeme kararı, Daire tarafından 26/1/2011 tarihinde temyiz incelemesinde muhalefet şerhi gerekçesi benimsenerek bozulmuş; Mahkemenin direnme kararı vermesi üzerine dosya Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna (İDDK) gönderilmiştir.

14. Danıştay İDDK tarafından 19/6/2014 tarihli kararla, oyçokluğuyla (sekiz muhalif oya karşı dokuz oy) Mahkemenin direnme kararı, gerekçesine atıf yapılarak onanmıştır.

15. Karar, başvurucuya 11/11/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu 21/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

17. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "İnsan ticareti" kenar başlıklı 80. maddesi şöyledir:

"Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir.

(2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

(3) Onsekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faile birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.

(4) Bu suçlardan dolayı tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirine hükmolunur.”

18. 5237 sayılı Kanun’un “Fuhuş” kenar başlıklı 227. maddesi şöyledir:

“(1) Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi, dört yıldan on yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu suçun işlenişine yönelik hazırlık hareketleri de tamamlanmış suç gibi cezalandırılır.

(2) Bir kimseyi fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran ya da fuhuş için aracılık eden veya yer temin eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Fuhşa sürüklenen kişinin kazancından yararlanılarak kısmen veya tamamen geçimin sağlanması, fuhşa teşvik sayılır.

(3) (Mülga: 6/12/2006 – 5560/45 md.)

(4) Cebir veya tehdit kullanarak, hile ile ya da çaresizliğinden yararlanarak bir kimseyi fuhşa sevk eden veya fuhuş yapmasını sağlayan kişi hakkında yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.

(5) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da kamu görevi veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

(6) *Bu suçların, suç işlemek amacıyla teşkil edilmiş örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

(7) *Bu suçlardan dolayı, tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*

(8) *Fuhşa sürüklenen kişi, tedaviye veya psikolojik terapiye tâbi tutulabilir.”*

19. 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun “Umumi kadınlar hakkında ahkam” kenar başlıklı 128. maddesi şöyledir:

“Sıhhat ve İctimai Muavenet ve Dahiliye Vekaletleri müştereken bir nizamname neşrederek umumi kadınlar ve evlerin tabi olacakları hükümler ve bu fuhuş yüzünden intişar eden hastalıkların ve bilhassa zührevi hastalıkların sirayetine mani olacak tedbirleri tesbit ve yine müştereken tatbik ederler.Umumi kadınlarla umumi evler ve bunlara benzer mahaller bu nizamnamede tarif ve tahdit olunacaktır.”

20. Anılan hüküm uyarınca çıkarılan Tüzük'ün “Komisyon ve kurullar” kenar başlıklı1. maddesi şöyledir:

“Fuhuşu murakabe etmek, fuhuş sebebiyle bulaşan zührevi hastalıkların yayılmasına ve bu yüzden amme nizamının bozulmasına mani olmak üzere biri “Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları” diğeri “Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonlarına Yardım Kurulları” olmak üzere iki teşekkül kurulmuştur.”

21. Tüzük'ün “Komisyonun vazifesi” kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

“Fuhuşu murakabe etmek, fuhuş sebebiyle bulaşan zührevi hastalıkların yayılmasına ve bu yüzden amme nizamının bozulmasına mani olmak üzere biri “Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonları” diğeri “Zührevi Hastalıklar ve Fuhuşla Mücadele Komisyonlarına Yardım Kurulları” olmak üzere iki teşekkül kurulmuştur.”

22. Tüzük'ün “Komisyonun vazifesi” kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

“Komisyonun vazifesi:

a) *Fuğuş yüzünden bulaşan zührevi hastalıkların yayılmasını önlemek için gereken tedbirleri almak,*

b) *Zührevi hastalıkların ve fuğuşun zararlarını ve yayılmasını önlemeğe dair olan kanun ve tüzüklerin gereğı gibi uygulanmasını sağlamak,*

c) *Teşkilatın hesaplarını denetlemek.”*

23. Tüzük'ün “İcra kısmı” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“Komisyonun icra kısmı; genel kadınlarla, fuğuşu sanat ve geçim vasıtası yapan 23 üncü maddedeki kadınların ve genel evlerin tesbit ve tescili, gizli fahişelerle gizli fuğuş yapılan yerlerin meydana çıkarılması, muayenesine lüzum görülen şahısların getirilmesi, kapanması gereken yerlerin kapatılması ve zührevi hastalıklar ve fuğuşla mücadele komisyonları tarafından alınan kararların uygulanması ve yürütülmesi için mahallin en yüksek polis amirinin gözetim ve sorumluluğı altında yeteri kadar ahlak zabıtası memuru veya sivil polisle, katip ve dosya memurlarından ibarettir.”

24. Tüzük'ün “Tarifler” kenar başlıklı İkinci Kısım'ının “Genel kadınlar” kenar başlıklı15. maddesi şöyledir:

“Başkalarının cinsi zevkini menfaat karşılığı tatmin etmeyi sanat edinen ve bunun için değişik erkeklerle münasebette bulunan kadınlara (Genel kadın) denilir.”

25. Tüzük'ün21. maddesi şöyledir:

“Komisyonca bir kadının genel kadın olarak tesciline karar verilebilmesi için, aşağıdaki şartların bulunması lazımdır:

a) *Fuğuş kendisine sanat edinmek veya 20 nci madde gereğince hakkında komisyonca karar verilmiş olmak,*

b) *21 yaşını bitirmiş olmak,*

c) *Yabancı tabiiyetinde bulunmamak,*

d) *Tabiiyetsiz olmamak”*

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

26. 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.”

27. 25/7/1951 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler İnsan Ticaretinin ve İnsanların Fuhuş Yoluyla Sömürülmesinin Yasaklanması Sözleşmesi'nin Başlangıç kısmı şöyledir:

“Fuhuş ve bunun beraberinde fuhuş amacıyla insan ticareti, insan onuru ve değeri ile bağdaşmamaktadır ve bireyin, ailenin ve toplumun refahını tehlikeye atmaktadır.”

28. 30/1/2003 tarihli ve 4804 sayılı Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun'la onaylanması uygun bulunan, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş olan 12-13 Aralık 2000 tarihli Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol'ün 3. maddesi şöyledir:

“Bu Protokol'un amaçları bakımından:

(a) “İnsan ticareti”, kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim

yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, asgari olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerecektir.

(b) İnsan ticaretinin (a) bendinde belirtilen yöntemlerden herhangi biriyle yapılmış olması halinde, mağdurun bu istismara razı olup olmaması durumu değiştirmeyecektir.

(c) Bu maddenin (a) bendinde öngörülen yöntemlerden herhangi birini içermese bile, çocuğun istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması “insan ticareti” olarak kabul edilecektir.

(d) Onsekiz yaşının altındaki herkes “çocuk” kabul edilecektir.”

29. 11/6/1985 tarihli ve 3232 sayılı Kanun’la uygun bulunan, 14/10/1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nin 6. maddesi şöyledir:

“Taraf Devletler kadın ticareti ve fahişeliğin istismarının her şekliyle önlenmesi için yasama dahil, gerekli bütün önlemleri alacaklardır.”

2. Uluslararası İctihat

30. *Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık* (B. No: 21627/93, 21826/93, 21974/93, 19/2/1997) kararlarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kapalı kapılar ardında gerçekleştirilen her türlü cinsel aktivitenin mutlaka Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında görülemeyeceğini belirtmiştir. AİHM’e göre şüphesiz cinsel yönelim ve cinsel aktiviteler özel yaşamın mahrem yönünü oluşturmaktadır ancak olayda çok sayıda kişinin yer aldığı bir sadomazoşist grup seksin söz konusu olması, gruba yeni üyelerin kazandırılmaya çalışılması, cinsel aktiviteye ait video kasetlerinin grup içinde dolaştırılması hususları dikkate alındığında başvuruçuların söz konusu cinsel aktivitelerinin Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında özel yaşam kavramı içine

girip girmediği kuşku ve tartışmaya açıktır (*Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, § 36).

31. Başvuru konusuyla ilgili olduğundan insanın kendi bedeni üzerinde tasarruf hakkıyla ilgili olarak AİHM'in *kişisel özerklik* kavramı doğrultusunda verdiği kararları incelenmelidir. AİHM *kişisel özerkliğin* Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenmiş bir hak olmamakla birlikte bu maddede tanımlanan güvencelerin yorumlanmasında önemli bir ilke olduğunu belirtmiştir (*Pretty/Birleşik Krallık*, B. No: 2346/02, 29/4/2002, § 61). Sözleşme'nin özünün insan onuruna ve özgürlüğüne saygıya dayanmakta olduğunu vurgulamış (*Pretty/Birleşik Krallık*, § 65; *Christine Goodwin* [BD], B. No: 28957/95, 11/7/2002, § 90); Sözleşme ile korunmuş olan *yaşamın kutsallığı ilkesini* yadsımaksızın *yaşamın kalitesi kavramının* 8. madde bakımından önem arz ettiğini belirtmiştir (*Pretty/Birleşik Krallık*, § 65). Busuretle AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin kişisel özerklik ve yaşam kalitesi unsurlarını da içerdiğini kabul etmiştir.

32. Kural olarak bireylerin bedenleri üzerinde fiziksel zarara rıza göstermelerini AİHM, kişisel özerklik içinde görmüş ancak rıza dâhilinde kabul edilebilecek zararın derecesinin belirlenmesinde devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir. AİHM'e göre bu konuda çatışan hukuki menfaatler, kişisel özerklik ile genel sağlığın korunmasıdır (*Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık*, § 44).

33. AİHM; eş cinsel olan ve fuhuş yapan kişinin hapis cezasıyla cezalandırılmasının şikâyet konusu yapıldığı başvuruda, ücret elde etme saiki ile yapılan ve profesyonel olarak yürütülen fahişeliğin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında olmadığını belirterek konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (*F./İsviçre* (k.k.), B. No: 11680/85, 10/3/1988).

34. Bir başka başvuruda ise icra etmekte olduğu fahişeliği bırakmak ve sigortalı olmak isteyen kişi, Sosyal Güvenlik Kurumunun kendisini prim ödemeye zorlaması nedeniyle bu işi yapmaya devam etmek zorunda bırakıldığını belirterek Sözleşme'nin 3. ve 4. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM, söz konusu başvuruda fuhşa zorlamanın insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele sayılacağını belirtmiştir. Ancak rızaya dayalı fuhuş

için böyle bir kabul oluşturmamış, bunun nedenini de bu konuda bir Avrupa konsensüsünün oluşmamış olmasına dayandırmıştır (*V.T./Fransa*, B. No: 37194/02, 11/9/2007, § 24).

35. AİHM, fuhşu meslek edinen kişilerin kendi hür iradeleri ile rıza gösterip göstermediği konusu hakkında farklı görüşlerin bulunduğunu, bazı görüşlerin sosyal ve ekonomik koşulların zorlamasıyla yapılan fuhşun asla gönüllü sayılamayacağını savunduklarını ancak somut olay bakımından bu tartışmaya girilmesinin gerekmediğini belirtmiş; bu tartışmaya girmekten kaçınmıştır (*V.T./Fransa*, § 26). AİHM, söz konusu kararda kamu makamlarının başvuruçuyu fahişelik yapmaya zorlamadıklarını ve başvuruçunun sigorta primlerini ödemek için fuhuş dışında başka bir iş yapmasının mümkün olduğunu belirterek bu yönüyle 3. maddenin ihlal edilmediğini ortaya koymuştur (*V.T./Fransa*, §§ 33-35).

36. *Aldona Margorzata Jany ve diğerleri* (B. No: 268/99, 20/11/2001) kararında Avrupa Birliği Adalet Divanı, fahişeliği ücret karşılığı yapılan ekonomik bir faaliyet olarak kabul etmiştir. Bu kabulün temelinde Avrupa Birliği'ne üye devletlerin birçoğunda fuhşun yasaklanmamış bir eylem olduğu, düzenlemelerle fuhşa izin verildiği bilgisi yer almaktadır (*Aldona Malgorzata Jany ve diğerleri*, § 71).

37. Öte yandan AİHM; adil yargılanma hakkının, hukukun üstünlüğünün sözleşmeciler devletlerin ortak mirası olduğunu belirten Sözleşme'nin Ön sözü'yle birlikte yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından biri, hukuki durumlarda belirli bir istikrarı garanti altına alan ve kamuoyunun mahkemelere olan güvenine katkıda bulunan hukuki güvenlik ilkesidir. Toplumun yargısal sisteme olan güveni hukuk devletinin esaslı unsurlarından biri olmasına rağmen birbirinden farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesi, bu güveni azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizlik durumu yaratabilecektir (*Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/ Türkiye* [BD], B. No: 13279/05, 20/10/2011, § 57).

38. AİHM; hukuki güvenlik ilkesinin hukuki durumlarda belli bir istikrarın sağlanmasını ve toplumun adalete olan güvenini desteklemeyi amaçladığını, aynı olaya ilişkin farklı yargı kararlarının devamlılık arz etmesinin toplumun yargısal sisteme olan güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğe

yol açabileceğini belirtmiştir (*Çelebi ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 582/05, 9/2/2016, § 52).

39. Buna karşın bireylerin makul güvenlerinin korunması ve hukuki güvenlik ilkesi, içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahsetmemektedir (*Unédic/Fransa*, B. No: 20153/04, 18/12/2008, § 74; *Nejdet Şahin ve Perihan Şahin/Türkiye*, § 58). Mahkemelerin yorumlarında dinamik ve evrilen bir yaklaşımın sürdürülememesi reform ya da gelişimi engelleyeceğinden kararlardaki değişim, adaletin iyi idaresine aykırılık teşkil etmez (*Atanasovski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti*, B. No: 36815/03, 14/1/2010, § 38).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

40. Mahkemenin 4/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Özel Hayata Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

41. Başvurucu; fuhuş yapmayı kendine meslek olarak edindiğini ve *genel kadın* olarak çalışmak için mevzuatta belirtilen tüm şartları taşıdığını, buna karşın çalışma izni talebinin reddedildiğini ifade etmiştir. Bu şekilde talebinin reddedilmesinin kendisini yasal olmayan yollardan fuhuş yapmaya ittiğini, can güvenliği ve sağlığı tehlikeye atıldığı gibi genel sağlık açısından da bulaşıcı hastalıkların yayılması kolaylaşacağından bizzat kendisinin de tehdit oluşturacağını iddia etmiştir. Yaklaşık beş yıldır İstanbul Genelevinde fiilen çalıştığını ve devletin denetimi altında burada çalışmaya devam etmek istediğini belirterek koşulları sağlamasına rağmen hukuka aykırı olarak *genel kadın* tescil talebinin reddedilmesinin anayasal haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

42. 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 fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenebilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme'ye ek protokoller kapsamına da girmesi

gerekir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvurunun kapsamında değildir (Onurhan Solmaz, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

43. Özel hayata saygı hakkı alt kategorisinde geçen *özel hayat* kavramı oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapılmasından özellikle kaçınılmaktadır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlıktır (Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, §§ 31, 34).

44. Özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel tercihi belirleme hakkı, cinsel yönelim, cinsel içerikli eylem ve davranışların bu alana dâhil olduğunda kuşku yoktur (Serap Tortuk, § 35).

45. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri kavramsal ve fiziksel bir alana işaret etmektedir. Bu mahremiyet alanı, devletin müdahale edemeyeceği veya meşru amaçlarla asgari düzeyde müdahale edebileceği özel bir alanı kapsamaktadır (Serap Tortuk, § 33).

46. Bireyin mahremiyet hakkı öncelikle mekânsal bir alana tekabül etmekte olup bu alan da bireyin konutu ve müstemilatıdır. Bu açıdan Anayasa'nın 20. maddesinin güvencesi kapsamında bulunan mahremiyet hakkı kural olarak kamusal alana kadar uzanmamaktadır. Birey bir kez kamusal alana çıkınca yani görünür olunca özel hayata saygı hakkı alt kategorisinde korunan mahremiyet hakkı kural olarak ileri sürülemez. Bu bağlamda mahremiyet hakkının uygulanabilirlik alanı kural olarak bireyin özel yaşam alanı olmakla birlikte bireylerin diğer insanlarla etkileşim içinde oldukları bazı kamusal alanlar ya da bağlamlar da özel hayata saygı hakkının kapsamında yer alabilir. Bunun yanı sıra özel yaşamın gizliliği hakkı bireye, içinde özgürce hareket edebileceği ve kişiliğini geliştirip gerçekleştirebileceği bir kişisel alan sağlamaktadır. Dolayısıyla bireyin özel yaşamını kendi eliyle kamuya açması, özel yaşama saygı hakkı talebini otomatik olarak belli ölçüde azaltmaktadır (Serap Tortuk, § 56).

47. Ayrıca yetişkin bireylerin rızaya dayalı olsa dahi gerçekleştirdikleri her türlü cinsel eylem ve davranışın özel hayata saygı hakkının kapsamında korunduğu söylenemez (bkz. § 29).

48. Fuhuş, para veya başkaca maddi bir menfaat karşılığı cinsel ilişki kurulmasıdır. Maddi menfaat elde etmeyi amaçlayan kişi bakımından karşı taraftaki kişinin kimliğinin fuhuş eylemini gerçekleştirmesi bakımından önem taşımaması, kişinin görünür olmasını(kamusal alana çıkmasını) gerektirmektedir. Bu bağlamda fuhuş talepedenlerin eylemlerinin mahremiyet hakkı kapsamındakorunan cinsel yaşam sınırları içinde kalabileceği düşünülse de para kazanma aracı olarak kullanan bireyler bakımından *ekonomik faaliyet* kavramı içinde kalması nedeniyle durum farklılaşmaktadır. Başvurucunun da aynı yönde -fuhuş meslek edindiğini ileri sürerek bu alana yönelik cinsel davranışlarının, mahremiyeti kapsamında kaldığına yönelik bir iddiada bulunmadığı da dikkate alındığında- eylemlerinin mahremiyet hakkı kapsamında korunması mümkün görünmemektedir.

49. Öte yandan fuhuşa zorlamanın insanlık dışı veya onur kırıcı muamele olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte yetişkin bireylerin rızasıyla *fahişelik* yapmasının insan hakları açısından korunabilen bir değere sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Kişisel özerklik kavramı içinde görülen kişinin maddi ve manevi bütünlüğü çerçevesinde bedeni üzerinde tasarruf yapma yetkisinin bulunması, bu yetkisini sınırsız kullanabileceği anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle kişilerin bedenleri üzerinde mutlak haklarının bulunduğunu kabul etmek, insan hakları açısından ülkeden ülkeye farklılık gösteren, henüz uzlaşma sağlanamamış bir konudur. İnsan hakları bağlamında rıza *insan olma* olgusunun varlığıyla ilgili olup bireyin rızasıyla kendi onuruna mugayir davranışta bulunması *insanlık* bakımındankabul edilemez niteliktedir.

50. Rızanın dayandığı *özgür* iradenin ne zaman mevcut olduğu sorunsalı fuhuş olgusu bakımından ayrıca tartışmalıdır. Kişiyi *fahişelik* yapmaya iten nedenlerin varlığından bağımsız olarak rızayı tartışmak anlamsız kalacaktır. Sosyal ve ekonomik koşullar, fiziksel, ruhsal veya cinsel yönden istismara uğrama, insan ticareti amacıyla başkaları tarafından ikna edilme gibi sebeplerle yapılan fuhuşta bireylerin rızalarının özgürolduğundan bahsedilmesi güçtür.

51. Bu durumda fuhuşta bireylerin rızaları hem bu yönde bir rıza gösterme haklarının tam anlamıyla mevcut olup olmayacağı sorunsalı hem de verilen rızanın özgür iradeye dayanma ölçütünün belirsizliği karşısında *fahişelik*

yapma eyleminde *geçerli* rızanın varlığından kolaylıkla söz edilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Rızaya dayalı olup olmamasına bakılmaksızın fuhuş, insan onuru ve değeri ile bağdaşmamaktadır. Geline aşamada fuhuş yapma olgusunun kişisel özerklik çerçevesinde korunması imkân dâhilinde bulunmamaktadır.

52. Öte yandan özel hayat kavramı, unsurlarından biri olan mahremiyet hakkından dahageniştir. AİHM içtihatlarında *bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi* kavramının özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceği gerçeği karşısında kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir (*Serap Tortuk*, § 35).

53. Özel hayat kavramı herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içermekle birlikte bu kavramı bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir *iç alanla* sınırlandırmak ve dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Bu nedenle özel hayat kavramı, diğer insanlarla ve dış dünyayla sosyal ilişki geliştirmek hakkını da kapsar (*Serap Tortuk*, § 31).

54. Bireylerin iş ve meslek ilişkileri dâhil diğer bireylerle olan ilişkileri, kişiliklerinin geliştirme aracı olup özel yaşamlarının bir parçasıdır. Anayasa Mahkemesi de önceki kararlarında kişilerin mesleki hayatları ile özel hayatlarının sıkı bir irtibat içinde olduğunu vurgulamıştır (*Serap Tortuk*, § 37; *Bülent Polat* [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 62; *G.G.* [GK], B. No: 2014/16701, 13/10/2016, § 41; *Z.A.* [GK], B. No: 2013/2928, 18/10/2017, § 54).

55. Bu bağlamda belli bir mesleğin yapılmasına getirilen sınırlandırmalar kişilerin özel hayatını doğrudan etkilemekte ve özel hayata saygı hakkı kapsamında müdahale oluşturabilmektedir (*Sidabras ve Džiautas/Litvanya*, B. No: 55480/00 ve 59330/00, 27/7/2004, § 48). Bu açıdan fuhuşun ekonomik gelir sağlayan faaliyetin ötesinde özel hayata saygı hakkı kapsamında korunmaya değer şekilde edinilen meziyetler doğrultusunda gerçekleşen *meslek* kavramının içinde sayılıp sayılmayacağı hususu gündeme gelmektedir.

56. Fuhuş, sadece bu kapsamında kalan davranışta bulunan kişileri değil bu olgunun var olduğu toplumdaki diğer bireyleri sağlık, ahlak ve kişi

-özellikle kadın- hakları gibi birden çok yönden ve derinden etkilemektedir. Rızasıyla fuhşu ifa eden yetişkin bireylerin bir taraftan bu rızalarının geçerliliği tartışmalıyken, diğer yandan bu şekilde yapılan eylemlerin bir eğitim veya yetenek unsuruna bağlanması suretiyle *meslek* sayılması insan haysiyetiyle bağdaşmaz niteliktedir. Fuhşun mesleki faaliyet çerçevesinde değerlendirilmesi insan bedeninin (özellikle kadın bedeninin) ekonomik pazar hâline getirilmesine yol açacaktır ki bu durum insan hakları açısından gerileme niteliğinde sayılmaktadır. Ayrıca Türkiye’de olduğu gibi bazı ülkelerde fuhşun yasaklanmayıp düzenlenmesi yoluyla kontrol altına alınmasının zorunlu sonucu olarak ortaya çıkan fuhuştan elde edilen gelirin vergilendirilmesi veya profesyonel olarak fuhuş yapan kişilerin sosyal güvenlik kayıtlarının bulunması fuhşun mesleki faaliyet olarak sınıflandırılması için yeterli kıstas kabul edilemez. Dolayısıyla fuhşa yönelik eylemlerin bu kategori altında korunması olanaklı bulunmamaktadır.

57. Açıklanan gerekçelerle fuhşun özel hayata saygı hakkı kapsamında korunması gereken bir unsur olmadığı sonucuna varıldığından başvurunun bu kısmının *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Hakkaniyete Uygun Yargılama Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

58. Başvurucu; benzer koşullarda bulunan kişilerle birlikte eş zamanlı olarak çalışma izni verilmesi talebiyle Komisyona başvurduklarını, Komisyonun aynı gerekçeyle talepleri reddettiğini, ret işlemine karşı idare mahkemelerinde dava açtıklarını beyan etmiştir. Diğer davaların kabul edilmesi ve Danıştayca onanmasına rağmen kendisinin açtığı davanın reddedildiğini açıklayan başvuru, bu nedenle Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ile 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucunun tüm iddiaları adil yargılanma hakkı kapsamında incelenmiştir.

59. Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin

benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda derece mahkemelerince benimsenen yorumlardan birine üstünlük tanınması veya derece mahkemelerinin yerine geçerek hukuk kurallarını yorumlaması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir(*Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81).

60. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren yorum, uygulama ve sonuçlar Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi kapsamındadır (*Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42).

61. Başvurucu tarafından ileri sürülen iddia, aynı koşullarda bulunan farklı kişilerle birlikte Komisyona yaptıkları tüm tescil taleplerinin reddedilmesinin ardından açılan iptal davalarında mahkemelerce farklı sonuçlara ulaşılmasıdır. Başvurucu aleyhine sonuçlanan yargı sürecinin aksine benzer başvurularda bulunan diğer bireylerin davaları lehlerine sonuç alınmıştır.

62. Gerçekten de başvurucunun sunduğu emsal nitelikteki kararlar (bkz. § 12) ile Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla benzer davalara ilişkin kararlar incelendiğinde başvurucunun da aralarında bulunduğu İstanbul Genelevinde çalışan bir kısım kadının *genel kadın* olarak tescil edilme ve bu yöndeki çalışma izni taleplerinin Komisyon tarafından reddedildiği anlaşılmaktadır. Ret kararlarına karşı açılan davalar aynı ildeki farklı idare mahkemeleri tarafından incelenmiş, başvuru dışındaki bireyler tarafından açılan davaların dava açan kişilerin "*kanunda düzenlenen şartlara haiz oldukları*" gerekçesine istinaden Komisyon kararları hukuka aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. İptal kararları Danıştay Onuncu Dairesince uygun bulunarak onanmıştır. Başvurucu tarafından açılan dava ise yukarıda

yer verilen gerekçeyle Mahkemece reddedilmiş olduğundan diğer davalarda onama kararı veren aynı Daire tarafından bozulmuştur. Bozma kararına Mahkemece direnilmesi üzerine Danıştay İDDK, Mahkeme gerekçesini oyçokluğuyla benimsemiştir.

63. Bu durumda gelişen süreç incelendiğinde aynı olaya ilişkin farklı mahkeme içtihatlarının bulunmadığı, sadece bir olaya ilişkin hukukun yorumlanmasında farklı sonuca ulaşacak şekilde içtihat değişikliğine gidildiği anlaşılmaktadır. Emsal olarak sunulan ilk derece mahkemelerince verilen kabul kararlarının Dairece onanması Danıştay İDDK kararından önceki döneme ait olduğu, Dairenin başvuruya konu Danıştay İDDK kararından sonra farklı bir yaklaşım benimsediğine dair bir bilgi veya bulgunun başvuru dosyasına yansımadağı gözlemlenmiştir. Dolayısıyla aynı olaya ilişkin derin ve devamlı olacak şekilde içtihat farklılığı tespit edilememiştir. Mahkemelerce hukuk kurallarının yorumunda öncekinden farklı bir yaklaşımın benimsenmesi, istikrar korunduğı sürece hukuki dinamizmin bir sonucu oluptek başına adil yargılanma hakkını ihlal edecek nitelikte bulunmamaktadır.

64. Dolayısıyla somut olayda mahkemelerce yapılan hukuki yorumda bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik oluşturan bir hususun da bulunmadığı dikkate alındığında ihlal iddialarının bu kısmının kanun yolu şikâyeti kapsamında kaldığı anlaşılmaktadır.

65. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜRbu görüşe katılmamıştır.

2. Gerekçeli Karar Hakkının İhlal Edildiğine ilişkin İddia

66. Başvurucu, Danıştay İDDK onama kararı yeterli gerekçeyi içermediğinden gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

67. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının

madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğu AİHM'in birçok kararında vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir (*Abdullah Topçu*, B. No: 2014/8868, 19/4/2017, § 75).

68. Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında da “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*” denilerek mahkemelere kararlarını gerekçeli yazma yükümlülüğü yüklenmiştir. Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği anılan Anayasa kuralı da gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulmalıdır (*Abdullah Topçu*, § 76).

69. Gerekçeli karar hakkı, yargılamada ileri sürülen tüm iddialara ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, gerekçe gösterme zorunluluğunun kapsamı kararın niteliğine göre değişebilir (*Mehmet Yavuz*, B. No: 2013/2995, 20/2/2014, § 51). Kanun yolu incelemesi yapan mercinin, yargılamayı yapan mahkemeye aynı sonuca ulaşması ve bunu aynı gerekçeyi kullanarak veya atıfla kararına yansıtması, kararın gerekçelendirilmiş olması bakımından yeterlidir (*Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 57).

70. Somut olayda kanun yolu incelemesi sonucunda verilen Danıştay İDDK kararında, değerlendirme konusu Mahkemenin ısrar kararının gerekçesinin uygun bulunduğu dikkate alındığında gerekçeli karar hakkına yönelik bir ihlal olmadığının açık olduğu anlaşılmaktadır.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucunun kimliğinin gizli tutulması talebinin başvurunun konusu itibarıyla KABULÜNE,

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkına İlişkin Kararlar

B. Özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA 4/7/2018 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 1593 Sayılı Umumi Hıfzıssıha Kanunu'nun 128 ve buna dayalı olarak çıkartılan Tüzüğün 8, 15 ve 21 nci maddeleri gereğince “genel kadın”lık statüsü mevzuatımızda bir “meslek” olarak kabul edilmiş ve sıkı kurallara bağlanmıştır. Çoğunluk kararında işaret edilen AİHM kararlarında başkalarıyla cinsel ilişkiyi meslek edinmiş kadınlarla ilgili doğrudan bir değerlendirmenin bulunmadığı, taraf devletlerce bir meslek olarak mevzuatla kabul edilmiş kadınların statüsüne temas edilmediği, rızasıyla “fuhuş” yapan kadınlarla ilgili değerlendirmenin başvuru konusuyla doğrudan bir ilgisinin bulunmadığı, dolayısıyla çoğunlukça benimsenen “rıza ile yapılan fuhuşun meslek sayılmasının insan haysiyetiyle bağdaşmayacağı” ve fuhuşun özel hayata saygı kapsamında korunması gereken bir unsur olmadığı düşüncesine katılmaya imkân yoktur. Başvurucu mevzuatla öngörülen tüm koşulları sağlayarak, fiilen de çalıştığı genelevde “genel kadın” statüsüyle çalışmak üzere başvurmuş ve bu talebi mevzuatla öngörülme-yen soyut gerekçelerle reddedilmiştir. Bu nedenle başvurunun özel hayata saygı hakkının ihlâl edildiğine karar verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumdan, çoğunluğun “konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemezlik” kararına katılmıyorum.

2. Aynı genelevde davacı ile birlikte çalışan birkaç kadının “genel kadın” statüsüyle çalışma talepleri sonuçta yargı kararlarıyla kabul edilmişken, başvurunun bu konudaki davası sonuçta reddedilmiş ve ortaya adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle telifi mümkün olmayan bir durum çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun Bireysel Başvuru No: 2013/6932, 6.1.2015-Türkân

BAL Kararı- ve Bireysel Başvuru No: 2016/13021, 17.5.2018- Hakan ALTINCAN Kararı- kararlarında, uyuşmazlığın çözümünde görev alan Daire ve Kurula göre farklı ve birbiriyle çelişkili kararların mevcudiyeti halinde adil yargılanma hakkının ihlâl edilmiş sayılacağına işaret edilmiştir.Keza AİHM'in 6.12.2007 tarihli Beian/ROMANYA, 9.2.2016 tarihli Çelebi ve Diğerleri/ TÜRKİYE kararlarında; yüksek mahkemenin içtihadından kaynaklanan benzer durumdaki kişiler arasında farklı muamelelerin hukuki güvenlik ilkesini ihlâl edeceği ve adli sisteme olan güveni zedeleyeceği belirtilerek, adil yargılanma hakkının ihlâli sonucunu doğuracağına hükmedilmiştir. Başvurunun somutunda, başvuruyla aynı konumda olan diğer kadınların “genel kadın” statüsüne geçirilme talepleri ilgili İdare Mahkemeleri ve Danıştay Dairesi kararıyla kabul edilmiş; başvuru talebi ise Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca oyçokluğuyla (9/8) redle sonuçlanmıştır. Yukarıda işaret edilen Mahkememiz ve AİHM kararları uyarınca başvuru hakkının adil yargılanma hakkının ihlâlüne karar verilmesi gerektiği kanaatine vardığımdan; çoğunluğun bu konuda bir ihlâl olmadığı yönündeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

