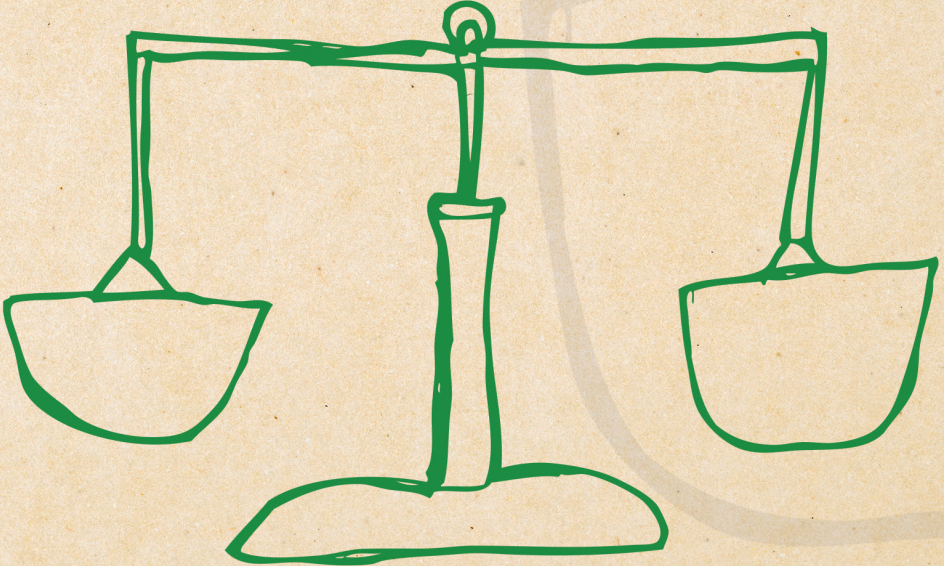




ÇOCUK HAKLARINA YÖNELİK GÜNCEL YARGI KARARLARI

Cilt-1
AYM & AİHM



ÇOCUK HAKLARINA YÖNELİK GÜNCEL YARGI KARARLARI

**Cilt-1
AYM & AİHM**

Derleyen ve Yayına Hazırlayanlar

Dr. Ersoy Kontacı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Av. Neslihan Aktosun, Bursa Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi

Katkıda Bulunanlar (alfabetik sırayla)

Av. Burcu Düzen, Mersin Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi
Doç. Dr. Fahri Gökçen Taner, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Av. Hatice Kaynak, Ankara Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Başkanı
Av. İdil Burcu Polat, Eskişehir Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi
Av. Özge Üstün, Giresun Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi
Dr. Pınar Çağlayan Aksoy, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Serdar Yılmaz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Av. Şadan Tutumlu, Ankara Barosu, TBB Çocuk Hakları Kurulu Üyesi

Birinci Basım: EMSAL Matbaa Tanıtım Hiz. San. ve Tic. Ltd. Şti.

Tarih: Nisan 2021/Ankara

ISBN: 978-605-7848-46-8

Bu eserde yer alan AİHM kararlarında Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı'nın gayriresmi çevirilerinden yararlanılmıştır.

G.B. ve Diğerleri v. Türkiye kararının çevirisi ise www.anayasagundemi.com sitesinden alınmıştır. Söz konusu çeviri, Hafıza Merkezi tarafından yürütülen "Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlıkla Mücadele" projesi kapsamında, Avrupa Birliği'nin finansal desteğiyle gerçekleştirilmiştir.

Çalışmayı koordine eden kurumlar, bu konudaki destekleri için Adalet Bakanlığı'na ve Anayasa Gündemi web sitesine teşekkürlerini sunar.

Bu kitap, Türkiye Barolar Birliği ve BM Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF) işbirliğinde hazırlanmış olup raporda yer alan ifadeler yazarların kendi görüşlerini yansıtmakta, paydaş kurumların görüşünü temsil etmemektedir.

© Eserin yayın hakları Türkiye Barolar Birliği ve UNICEF'e aittir.

ÖNSÖZ

Türkiye’de çocuklara özgü adalet sistemi ve çocukların yargılama sürecinde farklı bir anlayış içinde yargılanması ve desteklenmesi gereği ilk defa 1979 yılında kabul edilen 2253 Sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile gündemimize girmiş ancak uygulaması ancak 1987 yılında Ankara’da kurulan çocuk mahkemesi ile başlayabilmiştir. Buna karşılık, kanunun öngördüğü kurumlar ve destek sistemeleri hayata geçirilememiş, çocuk mahkemesi sayısı da artırılmadığı ve mağdur ve tanık çocuklar açısından yeterli koruma sağlanamadığı için yargı kararlarında da çocuğun yüksek yararı ve adalet sistemi içine giren çocuklar için yeterli koruma sağlamakta yetersiz kalmıştır.

2005 yılında kabul edilen Çocuk Koruma Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile hem suça sürüklenen, hem mağdur hem de tanık olan çocukların korunması esasını dikkate alan düzenlemeler adalet sistemimize girmiştir. Zaman içinde çocuk mahkemelerinin sayısı artması, ÇİM (çocuk izlem merkezi), AGO (adli görüşme odası), Çocuk Destek Merkezi gibi kurumların yeterli olmasa da sayılarının çoğalması, özellikle bu alanda çalışan avukat, hakim, savcı ve uzmanların alana özgü deneyim ve birikimlerinin artması ile ulusal ve uluslararası düzeyde yargı kararlarında da çocuklara özgü adalet sistemine ilişkin bir birikim oluşmaya başlamıştır.

Çocukla çalışan tüm profesyonellerin, yargıda çocuklara özgü adalet sisteminin çocuğun yüksek yararının hayata geçmesinde rehber olabilmesi ve çocuk hakları duyarlılığı eksik olan kararların fark edilerek dönüştürülmesine katkı sunabilmek için Türkiye Barolar Birliği Çocuk Hakları Komisyonu olarak UNICEF’in teknik desteği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay’ın çocukların mağdur, suça sürüklenen, tanık olduğu ya da velayet evlat edinme gibi çocuğa ilgilendiren konulardaki son beş yıllık kararlarını derlenmiştir.

Bu çalışmada yetkin deneyim ve birikimleri ile danışman olarak kararları derleyen, sınıflandıran ve yorumlayan değerli çocuk dostu akademisyenlerimiz Doç. Dr. Fahri Gökçen Taner, Dr. A. Ersoy Kontacı, Dr. Pınar Çağlayan Aksoy ve Dr. Serdar Yılmaz’a, kararların seçimi ve yorumlanmasında katkı sunan TBB Çocuk Hakları Komisyonu üyelerimiz Av. Neslihan Aktosun, Av. İdil Burcu Polat, Av. Burcu Düzen ve Av. Özge Üstün’e, projenin hayata geçmesine destek ve olanak sağlayan

TBB Başkanı Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na, TBB Yönetim Kurulu üyesi Av. Ali Elibol'a ve de UNICEF'e çocuk adaleti alanında çalışan meslektaşlarımız için çok yararlı olan bu çalışmanın ortaya çıkmasında katkılarından dolayı çok teşekkür ediyoruz.

Çocuğun yüksek yararı için mücadele eden ve çocuk adaleti alanında çalışan herkese yararlı olması dileğiyle.

Av. Arb. Hatice KAYNAK

TBB Çocuk Hakları Kurulu Başkanı

İÇİNDEKİLER

SEÇİLEN KARARLARA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME7

AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI

(ÇOCUĞUN MUTAT MESKENİ)13

Marcus Frank Cerny Başvurusu 15

Angela Jane Kilkenny Başvurusu47

Cem Ramazan Ninek Başvurusu71

Dilek Tsakiridis Başvurusu96

Mehmet Emin Balcı Başvurusu114

Nuray Öztürk Başvurusu131

AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI

(ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ TESİSİ)151

Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu153

M.L. ve Diğerleri Kararı184

Yasemin Dinç Başvurusu212

C.K. Başvurusu227

AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI

(DİĞER MESELELER)241

İlknur Kızıltoprak Başvurusu243

Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu280

Şükran İrge Başvurusu297

*Ümit Balaban Başvurusu (3)**310

YAŞAM HAKKI

(TIBBİ MÜDAHALELER VE MÜDAHALE EKSİKLERİ)325

Nihat Soylu / Türkiye Kararı327

S.A. / Türkiye Kararı343

*Sayılar, başvuru sahiplerinin kaç kez başvuruda bulunduğunu gösterir.

YAŞAM HAKKI	
(DEVLETİN GÖZETİMİ ALTINDAKİ ÇOCUKLAR)	351
<i>Semra Omak Başvurusu (2)*</i>	<i>353</i>
YAŞAM HAKKI / MADDİ VE MANEVİ VARLIĞI KORUMA VE	
GELİŞTİRME (ZORUNLU AŞI UYGULAMASI)	383
<i>Salih Gökalp Sezer Başvurusu</i>	<i>385</i>
KÖTÜ MUAMELE YASAĞI	
(CEZAEVLERİNDEKİ İHMALLER)	411
<i>Yiğit ve Diğerleri / Türkiye Kararı</i>	<i>413</i>
<i>F.E. ve Diğerleri Başvurusu</i>	<i>421</i>
KÖTÜ MUAMELE YASAĞI	
(ÇOCUĞUN CİNSEL İSTİSMARI)	475
<i>S.B. ve Diğerleri Başvurusu</i>	<i>477</i>
<i>İ.G. ve Diğerleri Başvurusu</i>	<i>490</i>
ÖZGÜRLÜK VE GÜVENLİK HAKKI	501
<i>Ağit Demir / Türkiye Kararı</i>	<i>503</i>
<i>Furkan Omurtag Başvurusu</i>	<i>532</i>
<i>Semra Omak Başvurusu</i>	<i>558</i>
<i>Mehmet Eren Owayolu Başvurusu</i>	<i>575</i>
<i>Tarak ve Depe / Türkiye Kararı</i>	<i>599</i>
ADİL YARGILAMA HAKKI	625
<i>Burak Şahin Taşçı ve Ozan Can Yılmaz Başvurusu</i>	<i>627</i>
<i>Serpil Toros Başvurusu</i>	<i>642</i>
MÜLTECİ ÇOCUKLAR	703
<i>G.B. ve Diğerleri / Türkiye Kararı</i>	<i>705</i>
AYRIMCILIK YASAĞI	785
<i>Şule Bayburt Başvurusu</i>	<i>787</i>

Seçilen Kararlara İlişkin Genel Değerlendirme

Genel olarak çocuklar ve özel olarak da çocukların yoğun biçimde maruz kaldıkları hak ihlalleri, ulusal ve uluslararası düzeylerde faaliyet gösteren temel hak yargısı organlarının ana gündem maddelerinden biri olmaya devam etmektedir. Bu durumun bir sebebi, çocukların her toplumda taşıdığı büyük önemse; diğer sebebi de, çocukların çocuk olmaktan kaynaklanan potansiyel kırılganlıklarıdır.

Günümüzde çocuklar, bir yanda çocuk hukuku ve çocuk hakları alanında imzalanan çeşitli uluslararası sözleşmeler, diğer yandaysa ülkelerin iç hukuklarından kaynaklanan birtakım haklar ve bu kapsamda kamu makamlarına getirilen çeşitli yükümlülükler aracılığıyla koruma altına alınmaktadır. Türkiye'nin bu alandaki pozisyonu da, bu genel çerçeveden çok farklı değildir. Gerçekten, günümüzde Türkiye Cumhuriyeti, hem çocuk hakları alanında imzalanmış olan çeşitli uluslararası sözleşmelere taraf sıfatı taşımakta, hem de çeşitli ulusal normlar aracılığıyla, çocuk hukuku alanında kapsayıcı ve koruyucu bir hukuk düzeni inşa etmeye çalışmaktadır.

Bu kitapta yer alan kararlar; Türkiye'nin bu alandaki çabalarının seyrine yargısal bir perspektiften ışık tutmak, çocuk hakları savunucularının mesleki faaliyetlerine destek olmak ve en nihayetinde, daha gelişmiş, daha iyi işleyen ve umulan bireysel ve toplumsal faydaları gerçekleştirmeye daha elverişli bir çocuk adaleti sisteminin inşasına katkı sunmak amacıyla derlenmiş bulunmaktadır.

Elimizdeki derleme, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurular neticesinde verilmiş olan 25 karar ile, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Türkiye'ye karşı yapılan başvurular neticesinde verilmiş olan 6 karardan oluşmaktadır. Anılan kararların seçiminde esasen 2018, 2019 ve 2020 yılları arasında yayınlanan kararlar esas alınmış; istisnai olarak ve ilgili kararların önemine binaen, daha önceki yıllarda yayınlanmış olan az sayıdaki karara da derleme kapsamında yer verilmiştir. Proje'nin kapsamı, Seçici Kurul'un kararları ve çalışma takvimi de dikkate alınarak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal davaları ve itiraz başvuruları neticesinde

vermiş olduğu kararlar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye haricindeki ülkelere karşı yapılan başvurular neticesinde vermiş olduğu kararlar, derlemenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Bu kapsamda son olarak, çocuk hakları alanında yürütölen tüm bilimsel çalışmalara –ve dolayısıyla bu kitap çalışmasına da– hâkim olan temel bir zorluktan söz etmek gerekmektedir. Bilindiği üzere, çocuk hakları alanında yürütölen tüm çalışmaların karşılaştığı temel sorun; meselenin çok boyutluluğundan kaynaklanan bir kapsam belirleme sorunudur. Zira çocuklar, bir yandan münhasıran çocuklara özgü düzenleme ve uygulamalardan doğan hak ihlâllerinin; diğer yandan da toplumdaki tüm bireyleri muhatap alabilen kötü muamele türleri, ölçüsüz koruma tedbirleri ve ayrımcılık gibi ciddi hak ihlâllerinin mağduru olabilmektedir. Üstelik çocuklar, yalnızca doğrudan kendilerine yönelik hukuka aykırı eylem ve işlemlerden değil; ebeveynlerine ve yakın çevrelerine yönelen hukuka aykırı eylem ve işlemlerden ötürü de ağır zararlar görebilmektedir. Bu geniş çerçeveyi tamamlamak için bir de; çocukların, tüm toplumları derinden etkileyen iç çatışmalar, savaşlar, açlık ve yoksulluk ile zorunlu göç gibi olguların sebep olduğu yıkıcı sonuçları en travmatik biçimde yaşayan mağdurlar arasında olduklarının hesaba katılması gerekmektedir.

Bu geniş çerçeve, bize, çocuk hukuku ve özellikle de çocuk hakları alanında yapılabilecek olan her tür derlemenin, belli ölçülerde eksik kalmaya mahkûm olduğunu göstermektedir. Bu anlamda elimizdeki çalışma, kapsamına aldığı dönem veya konularla ilgili olarak mutlak bir tüketicilik iddiası taşımayan ve fakat bu alanda devam edeceği umulan çabalara anlamlı bir katkı ve makul bir başlangıç noktası olması umuduyla ortaya konan bir çaba olarak okunmalıdır.

Bu noktada, derleme kapsamında yer verilen kararlar hakkında kısa bir değerlendirme yapmanın, okuyucuya kolaylık sağlamak açısından faydalı olacağı söylenebilir:

Derlemede yer alan kararlar arasında Aile Hayatına Saygı Hakkı bağlamında verilen kararlar, sayısal olarak öne çıkmaktadır. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve çocuğun mutlak meskenine iadesini konu alan Angela Jane Kilkenney, Cem Ramazan Ninek ve Dilek Tsakiridis kararları, başvurular öncesindeki farklı olay örgüleri ve değişik yargısal süreçler nedeniyle ayrı ayrı okunmayı hak eder niteliktedir. Yine bu bağlamda değerlendirilebilecek olan

Marcus Frank Cerny kararı ise, 2015 tarihli bir karar olmasına rağmen, Mahkeme'nin daha sonraki pek çok kararında referans alınan bir metin olması itibariyle, paylaşılması arzulanan eski tarihli kararlar arasında yerini almış bulunmaktadır. Benzer bir bağlamda okunabilecek olan Mehmet Emin Balcı ve Nuray Öztürk Başvurularında ise, Anayasa Mahkemesi'nin aile hayatına saygı hakkı yönünden bir ihlâl bulmadığı görülmektedir. Dolayısıyla bu kararlar, Türk Makamları'nın, çocuğu konu alan işlem ve kararlarında, Lahey Sözleşmesi çerçevesinde kendilerinden beklenen özen yükümlülüğünü yerine getirdikleri uygulama örnekleri olarak dikkat çekmektedir. Bu anlamda, bu iki kararın, bir önceki paragrafta değinilen kararlarla karşılaştırmalı bir değerlendirme yapma olanağı sunma açısından da önem taşıdığı söylenebilir.

Aile Hayatına Saygı Hakkı bağlamında öne çıkan ikinci konu ise, çocukla kişisel ilişki tesisini konu alan başvurulardan oluşmaktadır. Bu kapsamda, Anayasa Mahkemesi'nin Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım, M.L. ve Diğerleri, Yasemin Dinç ve C.K. başvuruları sonucunda vermiş olduğu kararlarda; çocukla biyolojik bağı olmadığı tespit edilen kişilerin kişisel ilişki kurma taleplerinden, aile içi şiddet nedeniyle hakkında koruma kararı verilen veya çocukla kişisel ilişki kurma hakkı kaldırılan kişilerin durumuna, oradan da kişisel ilişki kurmaya dair hüküm içermeyen yabancı mahkeme kararlarının tenfizine kadar pek çok meselenin anayasal bir perspektiften tartışıldığı görülmektedir.

Aile Hayatına Saygı Hakkı bağlamında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen diğer kararlar ise; koruyucu aile statüsünün kaldırılmasından (İlknur Kızıltoprak) velayet ilişkisi kurulmasına (Deniz Sarıcaoğlu), çocuklu annenin infazının ertelenmemesinden (Şükran İrge) hükümlü kişinin çocuğuyla iletişim kurmasının engellenmesine (Ümit Balaban) kadar uzanan bir dizi konuyu kapsamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, çocuğun Yaşam Hakkının korunması bağlamında devlete düşen yükümlülükleri ve özellikle de söz konusu hakka yönelik ihlallere ilişkin olarak etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü tartıştığı iki karar, ulaşılan farklı sonuçlar yönünden dikkat çekicidir. Gerçekten, Mahkeme'nin Nihat Soylu/Türkiye ve S.A./Türkiye kararlarında yer alan değerlendirmeler, çocuğa yönelik tıbbî müdahaleler ve tıbbî müdahale eksiklerinden kaynaklanan yaşam hakkı ihlallerinin soruşturulmasında geçerli olan standartlara ilişkin kapsamlı

değerlendirmeler yapma olanağı sunmaktadır.

Çocukların Yaşam Hakkının korunması ve devletin bu hakka yönelik ihlaller konusunda etkili soruşturma yapma yükümlülüğü, hiç kuşku yok ki, yukarıda sayılanlardan ibaret değildir. Bu bağlamda, özellikle devletin fiilî gözetim ve denetimi altındaki çocuklar yönünden, bu sorumluluğun farklı boyutlarının da ortaya çıktığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, çocuk tutuklunun cezaevinde intihar etmesiyle ilgili olarak verdiği Semra Omak (2) kararı, bu bağlamda dikkat çeken bir karardır. Gerçekten de anılan kararda Mahkeme, devletin hem yaşam hakkının korunması konusundaki yükümlülüklerinin, hem de yaşam hakkına yönelik ihlaller konusundaki etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlâl edildiğine hükmetmekte; bunu yaparken de konuyla ilgili standartları ayrıntılı biçimde tartışmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin "zorunlu aşı" uygulamasını değerlendirdiği Salih Gökalp Sezer başvurusu da, 2017 tarihli bir karar olmasına rağmen, konunun önemine binaen derleme kapsamında yer verilen kararlardan biri olmuştur. Söz konusu kararda, ihlâl edilen hakkın "kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı" olduğu belirtilmiş olmakla birlikte; konunun ve ulaşılan sonuçların çocuğun varlığı yönünden doğurabileceği muhtemel sonuçlar dikkate alındığında, kararın Yaşam Hakkı bağlamındaki tartışmalar ekseninde sıralanmasının uygun olacağı düşünülmüştür. Sonuçta, anılan kararın derlemenin sistematığı içindeki yeri ne olursa olsun, karar metninin ve ayrıntılı karşı oyların dikkatli bir okumayı hak ettiğine kuşku yoktur.

Kötü Muamele Yasağı bağlamında ise karşımıza Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yiğit ve Diğerleri/Türkiye kararı ile Anayasa Mahkemesi'nin F.E. ve Diğerleri kararı çıkmaktadır. Anılan kararlar, çocuk bireylere yönelik olarak cezaevlerinde gerçekleştiği iddia edilen kötü muameleler bağlamında devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğünü konu almakta ve bu konudaki asgari ilkeleri ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin S.B. ve Diğerleri ve İ.G. ve Diğerleri kararları ise, kötü muamele yasağına çok farklı pencerelerden bakmayı mümkün kılan kararlar olarak öne çıkmaktadır. Gerçekten, anılan kararların ilkinde çocuğun cinsel istismarı hakkındaki şikâyetin soruşturma makamlarınca etkili bir biçimde soruşturulmaması; ikincisinde ise çocuğa yönelik ırza geçme, zorla kaçırma, alıkoyma ve tehdit iddialarına ilişkin davanın zamanaşımına uğratılması nedeniyle,

devletin kötü muamele yasağı konusundaki yükümlülüklerinin usuli boyutunun ihlal edildiğine karar verildiği gözlemlenmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Agit Demir/Türkiye kararı ve Anayasa Mahkemesi'nin Furkan Omurtag ve Semra Omak kararları, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı bağlamında çocuklar hakkında hükmedilen koruma tedbirlerine ilişkin olarak birlikte okunması gereken üç karar görünümündedir. Her iki Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlar, çocuklar hakkında hükmedilen tutuklama tedbirinin, kanunilik ve tutuklama sebeplerinin varlığı yönünden gerekli kriterleri karşılmasına rağmen, ölçülülük yönünden nasıl bir değerlendirmeye tâbi tutulması gerektiği konusunda büyük ilkesel önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin Mehmet Eren Owayolu başvurusu sonucunda verdiği karar ise, çocuklara yönelik tutuklama tedbirinin hangi durumlarda bir hak ihlâli olarak görülmeyebileceğine ilişkin ilke ve standartları ortaya koymaktadır. Son olarak, ebeveynine yönelik adli işlemler sırasında tesadüfen komşu evde "bulunan" bir çocuğun özgürlüğünden fiilen yoksun bırakılmasının tartışıldığı Tarak ve Depe v. Türkiye kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyla ilgili vermiş olduğu en dikkat çekici kararlardan biri olarak, derleme kapsamındaki yerini almış bulunmaktadır.

Adil Yargılanma Hakkı bağlamında tanık dinletme hakkının tartışıldığı bir karar ise, Anayasa Mahkemesi'nin Burak Şahin Taşçı ve Ozancan Yılmaz kararıdır. Anılan karar, hem cinsel istismar mağduru olduğu iddia edilen kişinin, hem de suça sürüklenen failerin çocuk olduğu bir davada, failer tarafından mağdura doğrudan soru yöneltilmemesinden kaynaklı ihlâl iddialarını konu almaktadır. Bu bağlamda bir de, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve çocuk hakkındaki koruma kararının kaldırılması talebiyle açılan davanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedilen Serpil Toros kararına dikkat çekmek gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin G.B. ve Diğerleri/Türkiye kararı, hakkında sınır dışı etme kararı verilen ve idari gözetim altına alınan çocukların tutuldukları geri gönderme merkezlerinin durumunu ve bu kişilerin erişebildiği hukukî çarelerin genel görünümünü konu almaktadır. Mahkeme'nin anılan kararda işaret ettiği hususlar ve çeşitli haklar yönünden bulunduğu ihlâller, devletlerin bu alandaki asgari yükümlülüklerin belirlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır.

Son olarak, Ayrımcılık Yasağı bağlamında derlemede yer verilen ilginç

bir karar; velayeti annesinde olan çocuğun annenin soyadını taşıması talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkı ile birlikte incelenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hükmedilen Şule Bayburt kararıdır.

Derlemede yer alan kararların, okuyuculara faydalı olması ümidiyle...

Dr. A. Ersoy KONTACI

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı
kontaktaci@law.ankara.edu.tr

Aile Hayatına Saygı Hakkı (Çocuğun Mutat Meskeni)

-
- *Marcus Frank Cerny Başvurusu (AYM)*
 - *Anglea Jane Kilkenny Başvurusu (AYM)*
 - *Cem Ramazan Ninek Başvurusu (AYM)*
 - *Dilek Tsakiridis Başvurusu (AYM)*
 - *Mehmet Emin Balcı Başvurusu (AYM)*
 - *Nuray Öztürk Başvurusu (AYM)*
-



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

GENEL KURUL

KARAR

MARCUS FRANK CERNY BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/5126)

Karar Tarihi: 2/7/2015 R.G.
Tarih- Sayı: 12/8/2015-29443

GENEL KURUL

KARAR

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

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, müşterek çocuğun Amerika Birleşik Devletleri'nden (ABD) annesi tarafından götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında yapılan başvurunun reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiası hakkındadır.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 10/7/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan

yapılmıştır. İdari yönden yapılan ön incelemede başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

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

4. Bölüm tarafından 18/2/2014 tarihli toplantıda, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Adalet Bakanlığına, başvuru konusu olay ve olgular bildirilmiş, başvuru evrakının bir örneği görüş için gönderilmiştir. Adalet Bakanlığının 21/4/2014 tarihli görüş yazısı 29/4/2014 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiş olup başvuru tarafından Adalet Bakanlığı görüşüne karşı beyanda bulunulmamıştır.

6. İkinci Bölüm tarafından 25/6/2015 tarihinde yapılan toplantıda başvurunun, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvurucu ABD vatandaşı olup Türk vatandaşı olan A. A. ile 31/5/2011 doğumlu müşterek bir çocukları vardır.

9. Müşterek çocuğun, mutlak meskeni olan ABD'den annesi tarafından götürüldüğü ve geri dönmeye izin verilmediği iddiası ile başvuru tarafından ABD Dışişleri Bakanlığına, Lahey Sözleşmesi kapsamında iade işlemlerinin başlatılması hususunda başvuruda bulunulmuştur

10. Söz konusu talep, ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından Lahey Sözleşmesi kapsamında Türk Merkezi Makamı konumunda olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) iletilmiştir.

11. Talep, Genel Müdürlük tarafından 19/1/2012 tarihinde, çocuğun iade işlemlerinin başlatılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmiştir.

12. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 11/6/2012 tarihli davaname ile Ankara 7. Aile Mahkemesinin E.2012/757 sayılı dosyası üzerinde iade davası açılmıştır.

13. Mahkemece 16/6/2012 tarihinde düzenlenen tensip zaptı sonrasında, iki duruşma icra edilmiş ve 1/10/2012 tarihli ve E.2012/757, K.2012/1403 sayılı karar ile dava reddedilmiştir. Ret gerekçesi olarak tarafların müşterek bir çocuklarının bulunduğu, tarafların ABD’de yaşadıkları, davalı kadının kız kardeşinin düğünü için müşterek çocuk ile birlikte Türkiye’ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde boşanma davası açtığı, söz konusu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verilerek başvuru baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesi’nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi yönünde tam bir vicdani kanaat oluştuğu belirtilmiştir.

14. Karar temyiz edilmekle, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12/2/2013 tarihli ve E.2012/26180, K.2013/3223 sayılı kararı ile onanmış ve karar gerekçesinde, dosya kapsamından, iadede kaçınma koşullarının oluşmadığının ve Lahey Sözleşmesi’nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin nazara alındığının anlaşılmasına göre yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddine karar verildiği belirtilmiştir.

15. Karar düzeltme talebi Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/5/2013 tarihli ve E.2013/9169, K.2013/13947 sayılı kararı ile reddedilmiş, ret kararı 27/6/2013 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiştir.

16. 10/7/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

17. Lahey Sözleşmesi kapsamında yürütülen iade sürecinin yanı sıra, başvuru eşi tarafından Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde açılan boşanma davası sonucunda tarafların boşanmalarına, müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesine ve başvuru baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine hükmedilmiş, karar derece mahkemelerinden geçerek 13/10/2014 tarihinde kesinleşmiştir.

B. İlgili Hukuk

18. 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un "Amaç" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı; velâyet hakkı ihlâl edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutat meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25/10/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esasları düzenlemektir."

19. 5717 sayılı Kanun'un "Kapsam" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan ve yer değiştirmenin veya alıkonulmanın gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta olan velâyet veya şahsî ilişki kurulması haklarının ihlâlinden hemen önce mutat meskeninin bulunduğu taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanır."

20. 5717 sayılı Kanun'un 12., 13., 14. ve 15. maddeleri

21. Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesi şöyledir:

"İşbu sözleşmenin amacı:

a) Taraf Devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;

b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek."

22. Lahey Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi:

a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutat ikametgahının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde; ve

b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise,

Kanuna aykırı addedilir.

(a) da söz konusu edilen koruma hakkı, özellikle, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bu Devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir.”

23. Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

“Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmelerini emreder.

Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmelerini emretmesi gerekir, yeter ki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin.”

24. Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi şöyledir:

“Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:

a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya,

b) Geri dönmelerinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmelerini emretmek zorunda değildir.

Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmelerini emretmeyi reddedebilir.

Bu maddede yer alan şartların değerlendirilmesinde, adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutat ikametgâhı devletinin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri gözönünde bulundurması gereklidir.”

25. Lahey Sözleşmesi'nin 16. ve 19. maddeleri

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 2/7/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvuru nunun 10/7/2013 tarih ve 2013/5126 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

27. Başvurucu, Türk vatandaşı olan eşi tarafından müşterek çocuklarının mutat mesken ülkesi olan ABD'den götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi nedeniyle, Lahey Sözleşmesi kapsamında yaptığı başvuru üzerine verilen yargısal kararda iade şartlarının oluşmadığı ve çocuğun yaşı ve annenin şefkati ile dikkatine ihtiyaç duyduğundan bahisle iade talebinin reddedildiğini, yargılama sırasında tarafların iddiaları ayrıntılı olarak incelenmeden, gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, taraflar dinlenilmeden karar verildiğini, verilen kararda Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen iadeye ilişkin istisnalar göz önüne alınmadığı gibi Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının katılımının da sağlanmadığını, Lahey Sözleşmesi'nde iade kararının istisnaları arasında çocuğun yaşı ve annenin şefkati ile dikkatine ihtiyaç duyulması şeklinde bir istisnaya yer verilmemiş olmasına rağmen bu hususun karar gerekçeleri arasında yer aldığını, Lahey Sözleşmesi'nin temel amacının hukuka aykırı olarak mutat meskeninden uzaklaştırılan çocuğun derhâl iadesi ve uluslararası çocuk kaçırma vakalarının engellenmesi suretiyle çocuğun anne ve babasıyla doğrudan ve kişisel ilişki kurma hakkının korunması olduğunu, ancak derece mahkemelerinin iadenin istisnası olan durumları genişleten söz konusu uygulamaları nedeniyle benzer eylemlere meşruiyet tanınmasının önlenmesini amaçlayan Lahey Sözleşmesi hükümlerinin zayıflatıldığını, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanun hükmünde olan Lahey Sözleşmesi hükümlerine uygun karar verilmesi gerektiğini, Lahey Sözleşmesi'nin velayet ve kişisel ilişkiye dair hukuki süreçlerin anne baba ve çocuk arasındaki ilişkiler sekteye uğratılmaksızın çocuğun mutat meskeni olan yerde yürütülmesini amaçladığını, buna rağmen derece mahkemelerince olayda tatbiki gereken Lahey Sözleşmesi'nin esasa ve usule dair hükümlerinin dikkate alınmadığını ve sonuç olarak çocuğu ile

kişisel ilişkisinin engellendiğini belirterek Anayasa'nın 36., 41., 90. ve 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

28. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı değildir. Başvuru tarafından Anayasa'nın 36., 41., 90. ve 138. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber, ihlal iddialarının mahiyeti gereği Anayasa'nın 20., 36. ve 41. maddeleri açısından değerlendirme yapılması uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

30. Başvurucu, müşterek çocuklarının mutlak mesken ülkesi olan ABD'den annesi tarafından götürülmesi ve geri dönmesine izin verilmemesi üzerine, Lahey Sözleşmesi kapsamında yaptığı başvuru üzerine verilen yargısal kararlar nedeniyle Anayasa'nın 36. ve 41. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

31. Adalet Bakanlığı görüş yazısında, benzer başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesi bağlamında değerlendirme yapılarak 6. madde bağlamında ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmediği belirtilerek benzer kapsamda görüş hazırlandığı ifade edilmiş, Sözleşme'nin 8. 6 maddesinin devlete negatif yükümlülüklerin yanı sıra pozitif yükümlülükler de yüklediği, çocuklar hakkında alınan tedbirler ve koruma kararlarıyla ilgili davalarda müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği denetlenirken gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli oluşu ile karar verme sürecinin adil olup olmadığının ve bu süreçte başvuru sahibinin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki haklarına saygı gösterilip gösterilmediğinin denetlendiği, anne ve babanın ayrılması sonrasında da anne baba ve çocuk arasında uygun ilişkiler kurulması gerektiği belirtilmiş, AİHM önüne benzer ihlal iddialarıyla yansıyan dava ve karar örneklerine yer verilmiştir.

a. Genel İlkeler

32. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/11/2011 tarihli

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

33. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

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

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.

Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

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

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

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

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

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

35. Sözleşme'nin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

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

37. Aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmî evlilik birlikleri kural olarak aile hayatı kapsamında güvence altına alınmakta olup evlilik içinde doğan çocuklar

da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Bu çerçevede, çocuğun doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile yaşamı anlamına gelen bir bağ kurulduğunun kabulü gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Gluhakovic/Hırvatistan*, B. No: 21188/09, 12/4/2011, §§ 54, 60). Başvuru konusu olayda, başvurusunun çocuğu evlilik içinde dünyaya gelmiş olup hukuken mevcut olan ailenin bir parçasıdır. Bu bağlamda başvurucu ile çocuğu arasındaki söz konusu ilişki, aile yaşamının kurulması için yeterlidir.

38. Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın kapsamının ise aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir.

39. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ortak yaşamın hukuken veya fiilen sona ermiş olması, aile yaşamını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının, anne ve babanın birlikte yaşamaya son vermelerinin ardından da devam edeceği açık olup anne babanın ve çocuğun aile yaşamlarına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu yükümlülük, yalnızca çocukların kamusal makamlarca koruma altına alınması bağlamındaki uyuşmazlıklar açısından değil, ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlıklar açısından da geçerlidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Berrehab/Hollanda*, B. No: 10730/84, 21/6/1988, § 21; *Gluhakovic/Hırvatistan*, §§ 56-57).

40. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

41. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin, mevcut olayda babanın, çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri

alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (Benzer yöndeki AĞHM kararı için bkz. *Ignaccolo-Zenide/Romanya*, B. No:31679/96, 25/1/2000, § 94; *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No:60328/09, 3/5/2012, § 49).

42. AİHM de önüne gelen birçok davada, aile yaşamına saygının kamu makamlarına, ebeveyn ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu durumun, ayrılığa devletin değil, ebeveynin yol açtığı durumlarda dahi geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

43. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin, hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık*, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

44. Anne baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ilişkinin hukuken sona ermemesine rağmen anne ve baba tarafından, diğer eşe tanınan velayet ve kişisel ilişki haklarının hukuka aykırı şekilde engellenmesi durumunda da devletin bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin bir görünümünü oluşturmaktadır. Bu bağlamda ebeveynler tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk

kaçırma vakaları, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur.

45. Uluslararası çocuk kaçırmanın hem çocuklar hem de ebeveyn üzerinde çeşitli etkileri bulunmakla birlikte özellikle bu eylemin mağduru olan çocuk yalnızca diğer ebeveyn ile temasından, onlardan alması gereken sevgi, şefkat ve korunma duygusundan mahrum kalmamakta, aynı zamanda kendi ev ortamından da uzaklaşmakta ve yeni bir kültür, farklı bir yasal sistem, dil ve genellikle farklı bir sosyal yapıya nakledilmekte ve belirtilen bu farklılıklar aile hayatına saygı hakkı bağlamında ciddi sorunları gündeme getirmektedir.

46. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları, uluslararası anlamda ciddi bir iş birliğini gerektirmekte olup bu iş birliği bakımından en önemli vasıtalarından biri Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'dir. Türkiye adına 21 Ocak 1998 tarihinde imzalanan Lahey Sözleşmesi'nin onaylanması 3 Kasım 1999 tarihli ve 4461 sayılı Kanun'la uygun bulunarak 29 Aralık 1999 tarihli ve 99/13909 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmasını müteakip 15 Şubat 2000 tarihli ve 23965 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve onay belgesi 31 Mayıs 2000 tarihinde tevdi edilen Sözleşme, 1 Ağustos 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

47. Lahey Sözleşmesi en basit ifadesiyle, yasa dışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini öngörerek ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarının çözümü hususunda hızlı bir prosedür öngörmekte olup Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette mutat olarak ikamet eden çocuğun, diğer bir taraf devlete yasa dışı kaçırılması veya orada alıkonulması durumunda Sözleşme'de yer verilen sınırlı sayıdaki istisnai hâller dışında, çocuğun bulunduğu ülke yetkili makamlarının, çocuğu mutat ikametgâhı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur.

48. Anne veya baba tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarında, devletin aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin değerlendirilmesi açısından Lahey Sözleşmesi hükümleri önemli bir yer tutmaktadır.

49. Sözleşme iade prosedürüne ilişkin genel çerçeveyi çizmekle beraber, iade başvurusunun adli prosedürü hakkında bir hüküm içermemekte, süreçte yer alan yetkili makamların ve prosedürün tesisini taraf devletlere bırakmaktadır. Türkiye de Lahey Sözleşmesi'nin

uygulanabilirliği için pozitif hukukunda ve uygulamasında bazı düzenlemeler öngörmüş olup 5717 sayılı Kanun'un kabulü, bu noktada atılan en önemli adımdır. 5717 sayılı Kanun öncesinde Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin olarak Adalet Bakanlığının 1/1/2006 tarihli ve 65 sayılı Genelgesi kapsamında yürütülen uygulama, böylece daha sağlam bir yasal çerçeveye kavuşmuştur. Ayrıca 65 sayılı Genelge, 5717 sayılı Kanun'un hükümleriyle uyum sağlaması açısından 16/11/2011 tarihli ve 65/2 sayılı Genelge ile güncellenmiştir.

50. AIHM'in birçok kararında da Lahey Sözleşmesi'nin muhtelif yönlerine işaret edildiği ve bu davalarda Mahkemece, Sözleşme'nin özellikle 8. maddesinin Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlandığı görülmektedir. Bunun yanı sıra AIHM, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında ve ağırlıklı olarak makul sürede yargılanma hakkı özelinde, Lahey Sözleşmesi hükümlerini ve uygulamasını da nazara alarak değerlendirmelerde bulunmakta, yapılan inceleme sırasında makul süre koşulu değerlendirilirken kullanılan davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu, yetkili makamların tutumu ve başvuruçunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği kriterlerinden özellikle son ölçüte vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır. AIHM'e göre koruma hakkına ilişkin davalar, işte tam da bu nedenle süratle neticelendirilmesi gereken davalardır. Mahkeme, Sözleşme'nin boşlukta yorumlanmayıp uluslararası hukukun genel ilkeleriyle uyumlu şekilde yorumlanmak zorunda olduğunu belirtmekte ve bu bağlamda, uluslararası çocuk kaçırma meselelerinde Sözleşme'nin 8. maddesinin aile hayatına saygı hakkı kapsamında Sözleşmeciler Devletlere yüklediği yükümlülüklerin, Lahey Sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak yorumlanması gereğine işaret etmektedir (Neulinger ve Shuruk/İsviçre, B. No: 41615/07, 6/7/2010, §§ 131-132).

51. Bu bağlamda AIHM, ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Sözleşme'deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamakta, yaptığı denetime temel aldığı önemli bir ilke olan ikincillik ilkesi gereği, ulusal mahkemelerin iade veya iadeyi red konusundaki takdirini değerlendirmeye tabi tutmamakta ancak ulusal mahkemeler tarafından ulaşılan sonucun Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını ve ulaşılan sonucun bu yönüyle aile hayatının korunması hakkının ihlali anlamına gelip gelmediğini incelemektedir.

52. Lahey Sözleşmesi kapsamında AİHM'in, koruma ve ziyaret hakkıyla ilgili çok sayıda kararı bulunmaktadır. Belirtilen kararlarda Mahkemenin, Lahey Sözleşmesi'ni özellikle pozitif yükümlülükler bağlamında yorumladığı görülmektedir. Bu kapsamda Mahkeme, örneğin Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki mükellefiyetler uyarınca çocuğun ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemlerin alınmasında başarısız olunması, çocuğun mutlak ikametine dönüşünün sağlanmasında özenli davranılmaması ve iadeye ilişkin talep hakkında yürütülen yargılamanın gereğinden uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir (*Iglesias Gil ve A. U. I./İspanya*, B. No: 56673/00, 29/4/2003, §§ 56-63; *Sylvester/Avusturya*, B. No: 86/03, 24/4/2003, §§ 67-72; *Carlson/İsviçre*, B. No: 49492/06, 6/11/2008, §§ 70-82; *Serghides/Polonya*, B. No: 31515/04, 2/11/2010, §§ 72-75). Mahkemeye göre ebeveynin çocuk ile birlikte yaşamaya devam etmeleri, Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci paragrafı anlamında aile hayatının temel bir unsurunu oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi, ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep hakkının yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu husustaki belirleyici nokta, uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırma noktasında kendilerinden beklenen bütün makul önlemlerin ulusal makamlarca alınıp alınmadığıdır. Bu alanda Sözleşme'nin 8. maddesinin Sözleşmeciler Devletlere yüklediği pozitif yükümlülükler ise Lahey Sözleşmesi ışığında yorumlanmaktadır (*Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, § 132).

53. Türk hukukunun da bir parçası hâline gelmiş olan Lahey Sözleşmesi'nin, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerin tespiti ve uygulanması noktasında yön verici hükümler içerdiği görülmektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 20 ve 41. maddelerinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı bağlamında devlete düşen pozitif yükümlülüklerin tespitinde, söz konusu Sözleşme hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekir.

54. Lahey Sözleşmesi'nin amaçları, taraf devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya bu devletlerde yine kanuna aykırı şekilde alıkonulan çocukların derhâl iadelerini temin etmek ve taraf bir devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf devletlerde etkili biçimde riayet edilmesini sağlamaktır. Lahey Sözleşmesi kaçırılan veya kanuna aykırı şekilde alıkonulan çocuğun acilen mutlak ikametgâhi olan

ülkesine iadesini sağlayarak bu vakadan önceki mevcut durumu (status quo) yeniden tesis etmeyi amaçlamakta, bu bağlamda aile bağlarının sürdürülebilirliğine önemli katkı sunmaktadır. Lahey Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulabilmesi için çocuğun mutad meskeninin taraf devletlerden birinde bulunması gerekmekte olup bununla kastedilen çocuğun fiilî yaşam merkezidir. Lahey Sözleşmesi kapsamında hukuka aykırı bir yer değiştirme veya alıkoyma durumunun varlığının ve bir koruma hakkı ihlali bulunup bulunmadığının tespiti de mutad mesken hukukuna göre yapılmaktadır. Yani Lahey Sözleşmesi'nin öngördüğü güvencelerden yararlanılabilmesi için çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre hukuka aykırı addedilmelidir. Lahey Sözleşmesi'nde kastedilen mutad mesken, belirtilen yer değiştirme eyleminden hemen önce çocuğun fiilî yaşam merkezi konumunda olan yerdir. Bunun yanı sıra her bir hukuk sistemi koruma hakları bakımından farklı bir terminolojiye sahip olduğundan Lahey Sözleşmesi uygulaması açısından çocukların bakım ve gözetimlerine dair hakların nasıl adlandırıldıklarından ziyade belirtilen hakların hangi yetki ve görevleri kapsadığının nazara alınması gerekmektedir.

55. Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler ülke sınırları içinde, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en süratli usullere başvurmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir.

56. Lahey Sözleşmesi kapsamına giren bir talebin varlığı hâlinde Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesi uyarınca tüm taraf devletlerin adli ve idari makamlarının, çocuğun geri dönmesini temin etmek maksadıyla en kısa zamanda gerekli girişimlerde bulunma yükümlülükleri vardır. Esasen iade prosedürü için belirli süre sınırlamaları öngörülmesinin nedeni, çocuğun kaçırıldığı veya alıkonulduğu ülkedeki yaşam şartlarına alışmasının, bu suretle çocuk için yeni bir yaşam alanı ve mutad mesken oluşmasının ve velayet veya kişisel ilişki hakkı, hukuka aykırı olarak elinden alınan anne baba ile çocuk arasında sürdürülmesi gereken ilişkilerin zarar görmesinin engellenmesidir.

57. Lahey Sözleşmesi kapsamındaki bir iade talebinde, çocuğun bulunduğu yerin tespiti akabinde çocuğu yanında bulunduran ebeveynin dostane çözümü kabul etmemesi hâlinde Sözleşme'nin 7. maddesinin

ikinci fıkrasının (f) bendi uyarınca çocuğun iadesinin sağlanması için yargı yoluna başvurulmaktadır. Sözleşme'nin Türkiye uygulaması açısından iade talebinde bulunan kişi, kurum veya kuruluş adına tüm yasal işlemler, Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülmektedir. Çocuğun iadesi davalarında görevli mahkeme, 5717 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca aile mahkemeleri, aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri olup yetki ise çocuğun bulunduğu tespit edilen yer mahkemesindedir.

58. Lahey Sözleşmesi kapsamında kural ivedi iade olmakla birlikte, zorunlu iade kararının bir dizi istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalar Sözleşme'nin 13. ve 20. maddelerinde yer almakta olup ilgili hükümlerin yargısal makamlara çocuğun iadesini reddetme yetkisi tanıdığı görülmektedir. Sözleşme'nin temel amacı, çocuğun mutlak meskeni olan ülkesine iade edilmesini sağlayarak koruma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri nazara alınmak suretiyle mutlak mesken yargı makamlarınca belirlenmesidir. Bununla birlikte yer değiştirmenin veya alıkoymanın geçerli sebeplerinin bulunabileceği veya iadenin çocuğa ciddi zararlar verebileceği durumların olabileceği gerçeği karşısında, belirtilen istisna hükümlerine yer verilmek suretiyle Sözleşme uygulamasında bazı güvence hükümlerine yer verilmek istenildiği anlaşılmaktadır.

59. Uygulamada yaygın olarak ortaya çıkan istisna, Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer almaktadır. Söz konusu düzenleme, ilgili yargısal makamlara, geri dönmeyen çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespit edilmesi hâlinde iadeyi reddetme yetkisi vermektedir. Ancak ilgili hüküm, koruma hakkının esasını değerlendirmek için bir vasıta olarak kullanılamaz. Bunun yanı sıra belirtilen istisna, çocuğun üstün yararı kavramıyla eş değer olmayıp bu istisna hüküm, belirli inanç ve düşünceler doğrultusundaki hassasiyetler ve farklılıkların bir iadeyi ret nedeni olarak algılanmasını da içermemektedir. Önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durumun klasik görünümleri, çocuk istismarı (fiziksel ve/veya cinsel) ve aile içi şiddet iddialarını içeren vakalardır. Bu durumlarda iade talebi, önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durum gerekçesine istinaden reddedilebilmektedir (Bkz. *E. Pérez-Vera*, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, § 27-34, <http://www.hcch.net/upload/exp128>). Bu bağlamda Lahey Sözleşmesi'nin iadeyi

sağlama amacı muhafaza edilirken aynı zamanda iade üzerine çocuğun güvenliğini sağlamak için güvenli iade kararlarının fonksiyonunun, titiz bir araştırma ve öngörülü bir uygulama gerektirdiği anlaşılmaktadır.

60. Lahey Sözleşmesi bir bütün olarak uluslararası çocuk kaçırma olgusunun tüm devletler tarafından reddi ve bu vakalarla uluslararası düzeyde mücadele etmenin en iyi yolunun, belirtilen vakalar sonucu oluşan mevcut durumlara yasal olarak tanıma şeklinde bir himaye sağlanmaması olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Bu nedenle Lahey Sözleşmesi'nin öncelikli hedefi olan iade amacı da nazara alınarak belirtilen istisna hükümleri ile çocuğun menfaatleri arasındaki hassas dengeğin gözetilmesi noktasında azami özen gösterilmesi zaruridir. Bu dengeğin kurulması, söz konusu vakalar özelinde devletin aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin icrası ile yakından ilgilidir.

61. Bu kapsamda, Lahey Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun iadesine ilişkin olarak verilen kararın, koruma hakkının esasını etkileyen bir karar olamayacağı, Sözleşme kapsamındaki iade taleplerinin, bir velayet/koruma hakkı davası olmadığı, iade kararının da koruma hakkı/ velayet kararı olmayıp bu kararın yalnızca çocuğun, koruma ve ziyaret hakkının esasına ilişkin karar vermesi en uygun olan yargı alanına iadesini sağlamayı amaçladığı kabul edilmektedir. İade kararının, koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı, Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi 5171 sayılı Kanun'un 12. ile 15. maddelerinde de dile getirilmektedir. Bu bağlamda koruma hakkıyla ilgili uyuşmazlığın esasına dair ilave prosedür, çocuğun iadesini müteakip, mutat meskeni yetkili makamlarınca yerine getirilecektir. Zira mutat mesken, çocuğun yer değişikliğinden önce belirli bir süre yaşadığı ve bu kapsamda çocuk için en uygun koruma hakkı süjesinin belirlenmesi hususundaki delillerin birçoğunun bulunduğu yerdir.

62. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atıf yaptığı hâllerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir.

b. Müdahalenin Mevcudiyeti

63. Müdahalenin Mevcudiyeti 63. Mevcut olayda başvuruçunun çocuğunun ülkeden çıkarılmasının, babanın velayet ve bu kapsamda çocukla ilişki kurma hakkı üzerinde etkili olduğunda kuşku yoktur. Bu bağlamda somut başvuru açısından, çocuğun iadesi talebinin reddedilmesi suretiyle başvuruçunun çocuğu ile ilişki kurma hakkı konusundaki kısıtlamanın, aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır. c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı 64. Anayasa'nın 20. maddesinde bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri, işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

64. Anayasa'nın 20. maddesinde bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri, işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

65. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

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

66. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler göz önünde bulundurularak sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır.

Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, § 35).

i. Kanunilik

67. Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki*, § 36).

68. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları kapsamındaki idari ve yargısal prosedüre ilişkin olarak Lahey Sözleşmesi'nin ve 5717 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir. Başvurucunun aile yaşamının uygulamada ve etkili bir şekilde korunmasını güvence altına alan yasal bir çerçevenin mevcut olduğu ve çocuğun iadesi isteminin reddine dair başvuruya konu uygulamanın, belirtilen hükümler temelinde yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Derece mahkemesi kararlarının Türkiye tarafından kabul edilmiş olan Lahey Sözleşmesi ve bu kapsamda yürürlüğe konulan 5717 sayılı Kanun'a dayandığı anlaşılmakla, çocuğun iadesi talebinin reddine dair karar, yeterli bir hukuki temele sahiptir.

ii. Meşru Amaç

69. Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasında devletin, çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilatı kuracağı; dördüncü fıkrasında ise her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirlerin öngörüüleceği belirtilmiştir. Somut başvuru açısından çocuğun iadesi talebinin reddine ilişkin kararlarda, derece mahkemelerinin çocuğun sağlık ve güvenliğinin temini şeklinde meşru bir amaç izlediği, bu çerçevede başvuruya konu müdahalenin meşru temellere dayandığı anlaşılmaktadır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

70. Kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin, ihlal teşkil etmemesi için Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve

ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine uygun olması gerekir.

71. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hâle getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin, hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil; koşulları, nedeni, 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).

72. Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir. Aile hayatına saygı hakkı bağlamında da bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hâle getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermektedir (*Serap Tortuk*, § 47; AYM, E.2012/100, K.2013/84, K.T. 4/7/2013).

73. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan bu denge, aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında da göz önünde bulundurulmalıdır. Aile hayatına saygı hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırma ile ulaşılabilecek yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında

adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir. Bu noktada, belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlandırma yapıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil ettiği ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakârlığın ağırlığının göz önünde bulundurulması ve özellikle velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda ebeveyn ve çocuğun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

74. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte, söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunmaları gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*İlker Ensar Uyanık/ Türkiye, § 52*).

75. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati; bir yandan, söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç, ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de geçerli olup Sözleşme, çocuğun geri döndürülmesi, çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır.

76. AİHM de somut olay benzeri vakalarda, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte, uyuşmazlığa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte ve bu bağlamda ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini ve kaçırılmış çocuğun iadesine ilişkin başvuru bağlamında çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme

ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, § 139).

77. Başvuruya konu yargısal uygulamanın yukarıda belirtilen meşru temellere dayandığı açık olmakla birlikte başvuruçunun aile hayatına bir müdahale teşkil ettiği anlaşılan sınırlamanın, belirtilen hakkın özüne dokunarak onu anlamsız kılacak ölçüde olmaması gerekmektedir.

78. Kamusal makamların izlenen meşru amaçlar bağlamında bir hakkın sınırlandırılması sürecinde takdir yetkisi bulunmakla birlikte belirtilen takdir yetkisi, her bir vaka özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemekte ve özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda bu yükümlülüklerin türü ve kapsamı her bir olay özelinde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

79. Kamu makamları somut olay benzeri uyumsuzluklarda, anne ve baba arasındaki iş birliğini kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlüdür. Çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasındaki dengenin kurulmasında ilgili kamu makamları belirli bir takdir alanına sahip olmakla birlikte burada önemli olan husus, ilgili makamların ailenin yeniden bütünleşmesini kolaylaştırmak için olayın özel şartlarının gerektirdiği her türlü tedbiri almış olup olmadıklarıdır.

80. Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsurdur. Bu bağlamda ilgili taraflarla doğrudan temas hâlinde olan yargısal organların, belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek uluslararası çocuk kaçırma vakalarına ilişkin iade taleplerinde iadenin gerekliliği hususunun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında, derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin görevi, somut olay açısından çocuğun ABD'ye iadesi hâlinde Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi anlamında ağır bir psikolojik zarara maruz kalma riski bulunup bulunmadığı konusunu inceleyen derece mahkemelerinin yerini almak değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin Lahey Sözleşmesi'nin hükümlerini yorumlayıp uygularken anne baba ile

çocuğun ve kamunun menfaatleri arasında kurulması gereken dengeyi tespit etmek suretiyle Anayasa'nın 20. maddesindeki güvenceleri koruyup korumadıklarını belirleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle derece mahkemelerince varılan sonucun Anayasa'nın 20. maddesine uygun olup olmadığının yani çocuğun ABD'ye iade edilmemesi yönündeki kararın başvuruçunun aile yaşamına saygı hakkına orantılı bir müdahale olup olmadığının karara bağlanması gerekmektedir.

81. Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen iadenin istisnası hükümleri kapsamında, iadeye ilişkin gerekliliğin belirlenmesinin yanı sıra bu tür olaylarda bir tedbirin yeterli olup olmadığı, tedbirin hızla uygulanmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Zira velayet ve kişisel ilişki tesisi hususundaki davalar, zamanın geçmesi çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyn ile arasındaki ilişkiler üzerinde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabileceğinden ivedi şekilde sonuçlandırılmalıdır. Lahey Sözleşmesi de bu kabul doğrultusunda hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan veya Sözleşmecî Devlette alıkonulan bir çocuğun hemen geri döndürülmesini sağlamak için bir dizi tedbir öngörmüştür. Aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki uyuşmazlıklarda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda, ilgili idari ve yargısal işlemlerin süratle yerine getirilmesi kadar, karar oluşturma sürecinin ilgili kişilerin görüşlerini tam olarak sunabildikleri adil bir süreç olmasının sağlanması da önemlidir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine, ilgili yargısal süreçlerin ivedi şekilde, tarafların katılımına açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle yürütülmesi şeklindeki usule ilişkin yükümlülüğün de eklenmesi gerekmektedir.

82. AİHM de ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklar açısından, söz konusu yargılamaların adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerini haiz olması ve ilgili ebeveyn ve çocuğu birleştirmek için uygun tedbirlerin alınması gereğini birlikte ele almakta ve söz konusu vakaların birçoğunda Sözleşme'nin 6. maddesi açısından ayrıca bir değerlendirme yapmamaktadır (*Amanalachioai/Romanya*, B. No:4023/04, 26/5/2002, § 63, *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 33).

83. Derece mahkemelerinin, söz konusu iade taleplerinin değerlendirilmesinde, aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Bu kapsamda özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında, derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde

kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 54).

84. Derece mahkemelerinin, takdirlerinin gerekçelerini, ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkanını da etkili şekilde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymaları ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırılması gerekmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Saviny/Ukrayna*, B. No: 39948/06, 18/12/2008, §§ 56-58; *Gluhakovic/Hırvatistan*, § 62).

85. Başvuru konusu yargısal sürecin değerlendirilmesinden, müşterek çocuğun mutlak meskeni olan ABD'den annesi tarafından götürüldüğü ve geri dönmesine izin verilmediği iddiası ile başvurucu tarafından Lahey Sözleşmesi kapsamında iade talebinde bulunduğu, ABD Dışişleri Bakanlığı tarafından talebin, Lahey Sözleşmesi kapsamında Türk Merkezi Makamı konumunda olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne iletiği, Genel Müdürlük tarafından 19/1/2012 tarihinde, çocuğun iade işlemlerinin başlatılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına bildirimde bulunduğu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 11/6/2012 tarihli davaname ile Ankara 7. Aile Mahkemesinin E.2012/757 sayılı dosyası üzerinde iade davası açıldığı görülmektedir. Mahkemece 16/6/2012 tarihinde düzenlenen tensip zaptı sonrasında iki duruşma icra edilerek 1/10/2012 tarihinde uyuşmazlığın karara bağlandığı, ret gerekçesi olarak tarafların müşterek bir çocuklarının bulunduğu ve tarafların ABD'de yaşadıkları; davalı kadının, kız kardeşinin düğünü için müşterek çocuk ile birlikte Türkiye'ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde boşanma davası açtığı, söz konusu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verildiği ve başvurucu baba ile kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi yönünde tam bir vicdani kanaat oluştuğunun ifade edildiği, kararın temyiz ve karar düzeltme kanun yollarından geçerek 16/5/2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

86. Bu çerçevede, iade talebine ilişkin idari ve adli sürecin, talebin ABD merkezi makamına iletildiği 3/11/2011 tarihinden itibaren yaklaşık bir yıl altı aylık bir zaman diliminde tamamlandığı, yargılama sürecinin ise temyiz ve karar düzeltme aşamaları da dâhil bir yıldan az bir süreci kapsadığı anlaşılmaktadır. Başvurucunun iade sürecinin ivedi olarak yürütülmesi ile ilgili bir iddiası olmamakla beraber, söz konusu sürecin ivedi olarak tamamlanması noktasında ilgili kamu makamları tarafından gereken hassasiyetin gösterildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte başvuru, yargılama sürecinde tarafların iddiaları ayrıntılı olarak incelenmeden, gerekli bilirkişi incelemesi yaptırılmadan, taraflar dinlenilmeden karar verildiğini ve Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının katılımının da sağlanmadığını belirterek yargılamada usule ilişkin olanakların temin edilmediğini iddia etmektedir. İlgili yargılama evrakının incelenmesinden, başvuruçunun çocuğun iadesi talebiyle açılan dava sürecine 20/7/2012 tarihli dilekçe ile katılma talebinde bulunduğu, akabinde 27/7/2012 tarihinde cevap dilekçesi ibraz ederek iddia ve savunmalarını yazılı olarak sunduğu ve delil olarak esasen Genel Müdürlük nezdinde yürütülen süreçte ibraz ettiği belgelere dayandığı, yargılama sürecinde 12/9/2012 tarihli celsede taraflara delillerini ibraz hususunda süre verildiği ancak takip eden celsede başvuruçunun vekili tarafından daha önce delillerini dosyaya ibraz etmiş olmaları nedeniyle ek delil sunmadıklarının ve aşamalarda beyanlarını tekrar ettiklerinin belirtildiği görülmektedir. Başvuruçunun vekili tarafından cevap dilekçesi ekinde delil olarak bilirkişi deliline de dayanılmakla birlikte Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı; çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi gerektiği yönünde karar veren ilk derece mahkemesince bu kapsamda bilirkişi incelemesine başvurulmadığı anlaşılmaktadır. Başvuruçunun ayrıca Adalet Bakanlığı adına mahallî Cumhuriyet savcısının yargılama sürecine katılımının sağlanmamasının da usule ilişkin bir eksiklik olduğunu belirtmekle birlikte, söz konusu usul eksikliğinin yargılama süreci ve sonucu üzerindeki menfi etkisine dair açıklamada bulunulmadığı gibi ilk derece mahkemesi kararının ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından usul ve esasa ilişkin yönlerden temyiz edildiği görülmektedir. Bu kapsamda, derece mahkemelerinin, başvuruçunun bir avukatla kendini temsil ettirebildiği, delillerini sunabildiği ve karşı tarafın iddialarına itiraz edebildiği bir yargılama prosedürü neticesinde karar verdiği anlaşılmaktadır.

87. Bununla birlikte başvuru, iade davasında Lahey Sözleşmesi'nin esasa ve usule dair hükümlerinin dikkate alınmadığını, derece mahkemelerinin karar gerekçelerinin Lahey Sözleşmesi'nde belirtilen prensiplere aykırı olduğunu ve bu kapsamda çocuğu ile kişisel ilişkisinin engellendiğini iddia etmektedir. İlk derece mahkemesi kararında, Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığı; çocuğun yaşı, anneye muhtaç hâli de dikkate alınarak talebin reddi gerektiğinin belirtilmesine rağmen çocuğun Türkiye'de bulunmasının ilgili Sözleşme hükümleri uyarınca yasal olup olmadığı ve iade kararına temel alınacak olan mutat meskenin neresi olduğu ve nasıl tespit edildiği ile Sözleşme'nin 12. maddesindeki iade şartlarının hangi suretle gerçekleşmediği hususlarında hiçbir açıklamaya yer verilmediği görülmekte, Yargıtay onama ilamında ise ilk derece mahkemesince iadede kaçınma koşullarının oluşmadığının ve Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin nazara alındığının anlaşıldığı ifade edilmektedir. İlgili Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz dilekçesinde, Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Kanun hükümlerinde mutat meskenin tespiti ve çocuğun mutat mesken ülkesine iadesinin öngörülmesine karşın davanın velayet hükümlerine göre çözümlenmesi yoluna gidildiği ve olayda uygulama yeri olmayan çocuğun küçüklüğü ve anneye ihtiyacı gibi öznel ölçütlere dayanılarak sonuca gidildiği tespitlerine yer verilmesine ve başvurucağının da aynı yöndeki itirazlarına rağmen derece mahkemelerince söz konusu istisna hükümleri ve somut olaya uygulanabilirlikleri hususunda bir inceleme yapılmadığı gibi bu hususta bir açıklamada da bulunulmadığı nazara alındığında karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, bu hakka orantılı bir müdahalede bulunulmadığı anlaşılmaktadır.

88. Açıklanan nedenlerle başvurucağının Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamıştır.

89. Başvurucağının Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmış olup bu kapsamda yapılan tespitler çerçevesinde, başvurucağının Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasının ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

3. 6216 Sayılı Kanunun 50. Maddesi Yönünden

90. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

91. Adalet Bakanlığı görüşünde, ihlal sonuçlarının giderimine ilişkin görüş bildirilmemiştir.

92. 6216 sayılı Kanun'un "Kararlar" kenar başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

93. Mevcut başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinin ihlaledildiği tespit edilmiş olmakla birlikte Ankara 9. Aile Mahkemesinin E.2011/1268 sayılı dosyası üzerinde açılan boşanma davası sonucunda velayet ve kişisel ilişki hakkının esasına dair kurulan hükmün derece mahkemelerinden geçerek 13/10/2014 tarihinde kesinleştiği, söz konusu hükümde başvurucu baba ile çocuk arasında çocuğun yaşına ilişkin dönemler de nazara alınmak suretiyle belirli periyotlar dâhilinde şahsi ilişki kurulmasına hükmedildiği, Lahey Sözleşmesi'nin çocuğun velayetinin esasına ilişkin değerlendirmenin henüz yapılmadığı dönemde, kaçırma fiilinin mağduru olduğunu iddia eden anne veya baba ile müşterek çocuk arasındaki ilişkinin koparılmadan sürdürülmesine dair menfaati güvence altına almaya çalıştığı, bu kapsamda başvuru sürecinde kesinleştiği anlaşılan Mahkeme kararı ile velayet ve kişisel ilişkinin esasının karara bağlandığı, bu yönüyle yeniden yargılamaya hükmedilmesi suretiyle söz konusu ara dönemdeki ilişkilerin sürdürülmesi bağlamında zarara uğrayan menfaatin yeniden canlandırılmasının mümkün olmadığı; ayrıca davalı annenin vekili tarafından bireysel başvuru dosyasına ibraz edilen ve başvurucu tarafından Kaliforniya Yüksek Mahkemesinde açılan boşanma davasına ait olduğu belirtilen 11D010650 dava numaralı evrakta, yetkili olduğu kabul edilen Türk Mahkemelerince velayet ve

ziyaret hakkına ilişkin uyuşmazlığın karara bağlanmış olması nedeniyle kendilerince karara bağlanacak meselenin sadece evlilik mallarının paylaşımı olduğu yönündeki tespitler nazara alındığında, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar görülmediğinden, başvurusunun yeniden yargılama yapılması yönündeki talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

94. Başvuruya konu ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması noktasında manevi tazminat uygun bir giderim aracı olmakla birlikte, başvuru tarafından tazminat talebinde bulunulmadığından bu hususta karar verilmesine gerek görülmemiştir.

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

V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 20. maddesinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, OY BİRLİĞİYLE,**

2. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE, Celal Mümtaz AKINCI'nın karşı oyu ve OY ÇOKLUĞUYLA,**

B. Başvurucunun yeniden yargılama yapılması yönündeki talebinin **REDDİNE, OY BİRLİĞİYLE,**

C. Başvuru tarafından yapılan 198,35 TL harç ve 1.500,00 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 1.698,35 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE, OY BİRLİĞİYLE,**

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

E. Kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi açısından Ankara 7. Aile Mahkemesine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesine ve Adalet Bakanlığı

Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne gönderilmesine,
OY BİRLİĞİYLE,

2/7/2015 tarihinde karar verildi.

Başkan

Zühtü ARSLAN

Başkanvekili

Alparslan ALTAN

Başkanvekili

Burhan ÜSTÜN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Nuri NECİPOĞLU

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞI OY

Başvurucu, annesi Türk vatandaşı olan müşterek çocuğun mutak meskeni olan ABD'den Türkiye'ye götürüldüğü ve geri dönmesine izin verilmediği iddiası ile Lahey sözleşmesi kapsamında ABD Dışişleri Bakanlığına başvurmuş, bu Bakanlık da talebi Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne iletmiştir. Genel Müdürlüğün girişimleri sonucu Ankara C. Başsavcılığı davanamesi ile Ankara 7. Aile Mahkemesinde iade davası açılmıştır. Açılan bu dava, " tarafların ABD'de yaşadıkları müşterek bir çocuklarının olduğu, davalı kadının kız kardeşinin düğünü için çocuğuyla Türkiye'ye geldiği, akabinde Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açtığı bu dava kapsamında çocuğun geçici velayetinin anneye verilerek, başvuru ile çocuk arasında kişisel ilişki tesisine karar verildiği, Lahey Sözleşmesinin 12. maddesinde düzenlenen derhal iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hali gözetilerek talebin reddi gerektiği" gerekçesiyle reddedilmiştir.

Başvuru dosyası incelendiğinde, başvuru ile eşinin çocuğu ile birlikte kocasının rızası ile (bilgisi dahilinde) kız kardeşinin düğünü için Türkiye'ye geldiği ve Türkiye'de iken Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açtığı, bu sırada müşterek çocuğun velayetinin geçici olarak davacı anneye verildiği, dava sonunda da tarafların boşanmalarına ve çocuğun velayetinin de anneye bırakıldığı çocukla baba arasında da kişisel ilişki kurulmasına karar verildiği, kararın Yargıtay'ca da onandığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda çocuğun babasının rızası dışında Türkiye'ye kaçırılmasından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Lahey Sözleşmesinin devreye girebilmesi için çocuğun ebeveynin rızası hilafına kaçırılmış ve alıkonulmuş olması gereklidir. Çocuk Türkiye'ye başvuru babanın rızası çerçevesinde gelmiş ve geldikten sonra Ankara 9. Aile Mahkemesinde boşanma davası açılmış, dava aşamasında da o tarihte üç aylık olan çocuğun velayeti geçici olarak davacı anneye verilmiş, dava sonunda da çocuğun anne bakım ve şefkatine muhtaç olması gözetilerek velayet anneye bırakılarak çocukla baba arasında kişisel ilişki kurulması kararı verilmiştir. Ortada fiilen ve hukuken bir çocuk kaçırma olmadığı için Lahey Sözleşmesinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Çocuk babanın rızası hilafına Türkiye'ye getirilmiş (kaçırılmış) olsaydı bu takdirde Lahey Sözleşmesi doğrudan devreye girecek ve sözleşme gereği çocuğun iadesi yönünde karar verilmesinin tartışılması gerekecekti. Ankara 9. Aile Mahkemesinin egemenlik hakkı çevresinde verdiği geçici ve daimi velayet kararları, Çocuk Kaçırmanın

Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesinin devreye girmesini ve uygulanmasını engellemiştir. Mahkeme bu hususa, *"..Lahey Sözleşmesinin 12. maddesinde düzenlenen derhal iade koşullarının oluşmadığı, çocuğun yaşı, anneye muhtaç hali dikkate alınarak talebin reddi gerektiği..."* gerekçesiyle isabetli olarak kararında değinmiştir.

Sunulan nedenlerle, Lahey Sözleşmesi hükümleri de gözönünde bulundurulmak suretiyle esas yönünden yapılan inceleme sonucunda, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ANGELA JANE KİLKENNY BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/10826)

Karar Tarihi: 17/7/2018

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serdar ÖZGÜLDÜR
Üyeler	: Hicabi DURSUN Hasan Tahsin GÖKCAN Kadir ÖZKAY A Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ
Başvurucu	: Angela Ja ne KİLKENNY
Vekili	: Av. Akın Ercan ÖZCAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, mutat meskeni yurt dışında bulunan müşterek çocuğun yurt dışında mukim olan başvurucuya iade edilmemesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının; başvurucunun da yurt dışına çıkamaması nedeniyle yerleşme ve seyahat hürriyetinin ihlal edildiği iddialarına 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, görüşünü bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Avustralya vatandaşı olan başvurucu ile Türk vatandaşı G.T., 2002 yılında A vustralya'da evlenmiş ve burada ikamet etmeye başlamışlardır. Başvurucu ve eşinin müşterek çocukları B.T.T., 2010 tarihinde Avustralya'da dünyaya gelmiştir.

9. Başvurucu ve eşi 2010 yılının Eylül ayında Türkiye'ye gelmişlerdir. Başvurucu tatil amacıyla Türkiye'ye geldiklerini ifade ederken G.T. ise Türkiye'ye taşındıklarını derece mahkemelerinde beyan etmiştir. Başvurucunun eşi yaklaşık bir ay sonra başvurucu aleyhine boşanma davası açarak ortak çocuğun yurt dışına çıkmasının engellenmesini talep etmiş, talebi kabul görerek çocuğun yurt dışına çıkması engellenmiştir.

A. Çocuğun İadesi Talebiyle Açılan Dava Süreci

10. Başvurucu, çocuğun Türkiye'den çıkışı yasaklanmak suretiyle mutat meskenine dönmesinin engellediğini iddia ederek 25/11/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında iade işlemlerinin başlatılması talebiyle idari ve yargısal makamlara başvurmuştur.

11. Söz konusu talep doğrultusunda Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığınca 4/10/2012 tarihinde Bakırköy 1. Aile Mahkemesine (Mahkeme) sunulan davaname ile Lahey Sözleşmesi ve ilgili mevzuat uyarınca küçük B.T.T.nin mutat meskeninin bulunduğu A vustralya'ya iade edilmesi talep edilmiştir.

12. Mahkeme 3/12/2012 tarihli kararıyla talebi reddetmiştir. Mahkeme gerekçesinde; anne ve baba arasında ortak velayetin söz konusu olduğu, çocuğun yurt dışına çıkamamasının boşanma davasınabakan Mahkemece verilmiş bir tedbir kararına dayandığından somut olayda Lahey Sözleşmesi kapsamında kalacak şekilde çocuğun alıkonulmasının mevcut olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca Türkiye'ye geldiğinde sekiz aylık olan ve iade talebi aşamasında üç yaşında bulunan çocuğun A vustralya'da alışmış olduğu bir ortamı bulunmadığı belirtilmiştir. Diğer yandan çocuğun geri dönmesi

halinde fiziksel ve psikolojik gelişiminin tehlike gireceği kanaatine varıldığı açıklanmıştır.

13. Başvurucu tarafından temyiz edilen karar, Yargıtayın (Daire) 14/5/2013 tarihli kararıyla duruşmanın Cumhuriyet gerçekleştirilmediği gerekçesine istinaden bozulmuştur.

14. Duruşmaların Cumhuriyet savcısı katılımıyla gerçekleştiği Mahkemece belirtilmiş ve önceki kararda ısrar edilmiştir.

15. Direnme kararı, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7/5/2014 tarihli kararıyla onanarak yargılamanın esasının incelenmesi amacıyla dosya Daireye gönderilmiştir.

16. Daire, çocuğun iade talebinin reddi kararını 17/12/2014 tarihli kararıyla onamış; karar düzeltme talebini 8/4/2015 tarihinde reddetmiştir.

17. Başvurucu 26/6/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. Boşanma Davasına İlişkin Süreç

18. Başvurucunun eşi tarafından başvuru aleyhine 29/9/2010 tarihinde Bakırköy 3. Aile Mahkemesine (Aile Mahkemesi) boşanma davası açılmıştır. Başvurucu tarafından da başvuru aleyhine 25/10/2010 tarihinde karşı boşanma davası açılmıştır.

19. Aile Mahkemesi tarafından 25/6/2015 tarihli kararlar evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kanaatine varılarak başvuru ve eşinin boşanmalarına karar verilmiştir. Gerekçesinde başvuru aleyhine eşinin başvurucuya şiddet uygulamasının karşısında başvuru aleyhine ortak çocuğun bakımı ve evin düzeniyle ilgilenmediği, güven sarsıcı davranışlar sergilediği ve eşine karşı hakaret ettiği tespitlerine yer veren Mahkeme, başvuru aleyhine eşini eşit kusurda görmüştür.

20. Aynı kararlar başvuru aleyhine ortak çocuğun güvenliğini tehlikeye atarak yasa dışı yollarla yurt dışına çıkardığından velayet hakkı başvuru aleyhine eşine-babaya- verilmiştir.

21. Kararın temyizi sonucunda aynı Daire, 31/10/2016 tarihli kararıyla evlilik birliğinin temelden sarsıldığını kabul ederek

tarafların boşanmalarına dair verilen hükmü onamıştır. Buna karşın başvuruçunun eşinin daha ağır kusurlu olduğu tespitine yer vererek tazminata ilişkin hükmü bozmuştur. Velayet hakkına dair hükümle ilgili yaptığı değerlendirmede ise çocuğun yaşı gözetildiğinde anne sevgi, şefkat ve ilgisine muhtaç çağda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca çocuğun davadan önce ve dava esnasında tedbiren babaya verilene kadar sürekli anne yanında kaldığını ifade ederek annenin velayet görevini ihmal ettiği veya kötüye kullandığına ilişkin bir tespit bulunmadığını vurgulamış, bu nedenlerle ortak çocuğun velayetinin anneye bırakılması gerektiğini açıklamıştır.

22. Kararın boşanmaya ilişkin kısmı 13/1/2017 tarihinde kesinleşmiş, velayete ilişkin kısmı ise bozma ilamı doğrultusunda yargılamasına devam edilmek üzere Aile Mahkemesinin yeni esas numarasını almıştır.

23. Yapılan yargılama sonucunda Aile Mahkemesi 10/3/2017 tarihli kararıyla çocuğun velayetinin başvuruçuya verilmesine karar verilmiştir.

24. Nihai karar, başvuruçucu ve eski eşi G.T. tarafından temyiz edilmiş olup halen Yargıtayda temyiz incelemesi aşamasındadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

25. 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un "Amaç " kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı; velayet hakkı ihlal edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutlak meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsf ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25/10/1980 tarihi, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenlemektir. "

26. 5717 sayılı Kanun'un "Kapsam" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

“Bu Kanun, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere

tevdî edilmiş bulunan ve yer değiştirmenin veya alıkonulmanın gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta olan velayet veya şahsî ilişki kurulması haklarının ihlalinin hemen önce mutat meskeninin bulunduğu taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanır. “

27. 5717 sayılı Kanun’un “Tanımlar” kenar başlıklı 3. maddesinin ilgili kısımlar şöyledir:

“(I) Bu Kanunda geçen;

a) Merkezi Makam: Adalet Bakanlığını,

..

f) Sözleşme: 25/10/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine

Dair Sözleşmeyi,

g) Genel Müdürlük: Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel

Müdürlüğünü,

..

ı) Mahkeme: Aile mahkemesini, ifade eder. “

28. 5717 sayılı Kanun’un “Merkezî makamın görevleri” kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Merkezî Makam, mahallî Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile;

a) Sözleşme kapsamında çocuğun iadesi veya şahsî ilişki kurulma hakkının kullanılması konusunda bir başvurunun yapılmasını müteakip çocuğun bulunduğu yerin tespiti ile

menfaatlerinin korunması için kolluk ve diğer yetkili makamları görevlendirmek de dahil olmak üzere gerekli bütün tedbirleri alır.

b) Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaşılmasını teminen gerekli bütün tedbirlerin alınmasını sağlar.

c) Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözümün bulunması mümkün değilse, çocuğun iade edilip edilmeyeceği veya şahsı ilişki hakkının kullanılması konusunda bir karar verilmek üzere yetkili mahkemeye dava açar.”

29. 5717 sayılı Kanun'un "Yargılama usulü" kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

“(1) Çocuğun iadesine dair davaname, duruşma günü ile birlikte taraflara tebliğ olunur.

(2) Bu Kanunun uygulanmasından doğan tüm dava ve işler basit yargılama usulüne göre öncelikle ve acele görülür.”

30. 5717 sayılı Kanun'un "Geçici koruma tedbirleri" kenar başlıklı 10. maddesi

“1) Mahkeme, talep üzerine veya re’sen çocuğun yüksek yararının tehlikeye düşmesini önlemek için dava sonuna kadar aşağıda belirtilen geçici tedbirlere, gerektiğinde çocuğu, görüşünü ve uzmanlardan rapor almak suretiyle karar verebilir:

a) Bakım ve gözetimi üzerine alan akrabalarından birine teslim.

b) Bakım ve gözetimi üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirme.

c) Çocuk bakımı ve yetiştirme veya benzeri resmî yahut özel kurumlara yerleştirme.

d) Resmî veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yahut eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirme. ”

31. 5717 sayılı Kanun'un "İade davasında velayet" kenar başlıklı 12. maddesi

“(1) Çocuğun iadesine dair bir karar verilmiş ise bu hükümde ayrıca velayete ilişkin karar verilmez. Ancak, çocuğun iadesi talebinin reddine karar verilmesi halinde, velayet hakkına dair bir karar verilebilir. ”

32. 5717 sayılı Kanun'un "Bekletici mesele" kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"(1) Görülmekte olan bir iade davası sırasında velayet davası da açılmış ise velayete ilişkin dava bekletilir. "

33. 5717 sayılı Kanun'un "Davaların ayrılması" kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

"(1) İade davası ile velayet davası birleştirilmiş ise birleştirilen davalar tefrik edilerek öncelikle iade davası görülüp sonuçlandırılır."

34. 5717 sayılı Kanun'un "Çocuğun yerinin değiştirilmemesi" kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"(1) Mahkemece, talep üzerine veya re'sen iade ya da şahsi ilişki kurulması işlemleri sonuçlanıncaya kadar çocuğun yerinin takibi için aşağıdaki geçici tedbirlerden birine ya da birden fazlasına karar verilebilir:

a) Çocuğun yurt dışına çıkışının geçici olarak durdurulması.

b) Çocuk adına pasaport alınması veya yenilenmesi işlemlerinin durdurulması.

c) Çocuğun okul, muhtarlık veya nüfus kayıtlarının alınması veya değiştirilmesi işlemlerinin durdurulması.

d) Pasaport veya kimlik kayıtlarına dava süresince el konulması.

e) Çocuğun tayin edilen sürelerde yetkili makamlarca kontrol edilmesi.

f) Bu maksatla öngörülen diğer her türlü tedbirler. "

B. Uluslararası Hukuk 1. Uluslararası Mevzuat

35. 15/2/2000 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 1/8/2000 tarihinde yürürlüğe giren Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesi şöyledir:

"İşbu sözleşmenin amacı:

a) Taraf Devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;

b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf

Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek. "

36. Lahey Sözleşmesi'nin 3. maddesi şöyledir:

"Bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi:

a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad ikametgahının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde; ve

b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise,

Kanuna aykırı addedilir.

(a) da söz konusu edilen koruma hakkı, özellikle, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bu Devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir. "

37. Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesi şöyledir:

"Tüm Taraf Devletlerin adli ve idari makamlarının, çocuğun geri dönmelerini teminen en kısa zamanda gereğine tevessül etmeleri yükümlülük/eridir,

Müracaatta bulunulan adli veya idari makam, müracaattan itibaren 6 hafta içinde karar vermezse, talep eden veya talep edilen Devletin merkezli makamı kendi girişimi ile gecikmenin nedenlerine dair bir belge isteyebilir. Cevap, talep edilen Devletin merkezli makamına gelir ise, bu makamın, cevabı, talepte bulunulan devletin merkezli makamına veya icabında müracaat sahibine intikal ettirmesi gereklidir. "

38. Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun

derhal geri dönmesini emreder.

Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmesini emretmesi gerekir, yeter ki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin. "

39. Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi şöyledir:

"Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:

a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya,

b) Geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risi olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda değildir.

Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmesini emretmeyi reddedebilir.

Bu maddede yer alan şartların değerlendirilmesinde, adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutlak ikametgahı devletin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri gözönünde bulundurması gereklidir. "

40. Lahey Sözleşmesi'nin 16. maddesi şöyledir:

"Bir çocuğun 3. madde çerçevesinde, kanuna aykırı olarak yer değiştirdiği veya geri dönmediğinden haberdar edilmesini müteakip, çocuğun götürüldüğü veya alıkonulduğu Taraf Devletin adli veya idari makamları, çocuğun geri dönmesi konusunda işbu sözleşmedeki şartların bir araya gelmediği

tespit edilinceye kadar veya sözleşme uyarınca bir talepte bulunulmadan makul bir süre geçinceye kadar, koruma hakkının esasına ilişkin karar veremezler. "

41. Türkiye tarafından 14/10/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 20/11/1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair

Sözleşme'nin 3. maddesi şöyledir:

"1) Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

(2) Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

(3) Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler. "

42. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi şöyledir:

"(1) Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

(2) Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır. "

43. 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. ”

2. Uluslararası İçtihat

44. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ortak yaşamın hukuken veya fiilen sona ermiş olması aile yaşamını ortadan kaldırmaz (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Berrehab/Hollanda, B. No: 10730/84, 21/6/1988, § 21). Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının anne ve babanın birlikte yaşamaya son vermelerinin ardından da devam edeceği açık olup anne babanın ve çocuğun aile hayatına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu yükümlülük, yalnızca çocukların kamusal makamlarca koruma altına alınması bağlamındaki uyuşmazlıklar açısından değil ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlıklar açısından da geçerlidir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Gluhakovic/Hırvatistan, B. No: 21188/09, 12/4/2011 §§ 56, 57).

45. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. X ve Y/Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23)

46. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ebeveyn ile çocuk arasındaki şahsi ilişkinin konu edildiği davalarda çocuğun menfaatlerinin diğer tüm hususlardan üstün tutulması gereklidir. Mahkemeye göre bu menfaatin iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak çocuğun üstün menfaati sağlıklı bir ortamda gelişmesinin sağlanmasını

içermektedir, bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi hiçbir koşulda ebeveynin çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verebilecek davranışlarını korumaz. İkinci olarak çocuğun üstün menfaatlerine aykırı olmadıkça ailesi ile bağlarını sürdürmesi çocuğun hakkıdır. Bu bağlamda çocuğun aile bağları ancak istisnai durumlarda koparılabilir ve aile bağlarının koptuğu durumlarda, çocuğun üstün menfaati kişisel ilişkinin sürdürülmesi ve koşullar uygun olduğunda ailenin yeniden bir araya gelmesi için gerekli tüm tedbirlerin alınmasını gerektirir (*Gnahore/Fransa*, B. No: 40031/98, 19/9/2000, § 59).

47. AİHM de önüne gelen birçok davada, aile yaşamına saygının kamu makamlarına ebeveyn ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

48. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

49. Ayrıca AİHM uluslararası çocuk kaçırma meselelerinde Sözleşme'nin 8. maddesinin aile hayatına saygı hakkı kapsamında Sözleşmeciler devletlere yüklediği yükümlülüklerin, Lahey Sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak yorumlanması gereğine işaret etmektedir (*Neulinger ve Shuruk/İsviçre* [BD], B. No: 41615/07, 6/7/2010, §§ 131, 132).

50. Bu kapsamda Mahkemenin Lahey Sözleşmesi'ni özellikle pozitif yükümlülükler bağlamında yorumladığı görülmektedir. Bu kapsamda

Mahkeme ömegin Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki mükellefiyetler uyarınca çocuğun ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemlerin alınmasında başarısız olunması, çocuğun mutlak ikametini dönüşünün sağlanmasında özenli davranılmaması ve iadeyle ilişkin talep hakkında yürütülen yargılamanın gereğinden uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir (*Iglesias Gil ve A. Ul./İspanya*, B. No: 56673/00, 29/4/2003, §§ 56-63; *Sylvester/Avusturya*, B. No: 36812/97, 40104/98, 24/4/2003, §§ 67-72; *Carlson/İsviçre*, B. No: 49492/06, 6/11/2008, §§ 70-82; *Serghides/Polonya*, B. No: 31515/04, 2/11/2010, §§ 68-75).

51. AİHM, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte uyumsuzluğa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM, ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini ve kaçırılmış çocuğun iadesine ilişkin başvuru bağlamında çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No: 60328/09, 3/5/2012, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, § 138-139).

52. AİHM ayrıca, geçen zamanın çocuk ile beraber yaşamayan ebeveyn arasındaki ilişkilerde geri dönüşü olmayan olumsuz etkiler doğurabileceğinden çocuğun iadesiyle ilgili davaların -dava sonunda alınan kararların infazı dahil- acil bir uygulama gerektirdiğini belirtmektedir. (*Carlson/İsviçre*, § 69).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

53. Mahkemenin 17/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Yerleşme ve Seyahat Hürriyetinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

54. Başvurucu, çocuğu hakkında verilen yurt dışına çıkış yasağı nedeniyle kendisinin de yerleşme ve seyahat özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

55. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011

tarhli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluğu 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).

56. Anayasa'nın 23. ve Sözleşme'ye ek (4) numaralı Protokol'ün 2. maddesinde, ülke içinde seyahat özgürlüğü bulunmakla birlikte kişilerin bulunduğu ülkeden ayrılma özgürlüğü de bulunmaktadır. Ancak anılan Protokol'e Türkiye taraf olmadığından Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik başvurular bireysel başvuru kapsamında değildir.

57. Açıklanan gerekçelerle başvurunun diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

58. Başvurucu, müşterek çocuğun mutat meskeni Avustralya iken iadesi isteminin reddedildiğinden şikayet etmektedir. İade davasında başvuru, son celse başvuru eşi tarafından sunulan delillere dayanılarak karar verildiğini ancak delillere karşı beyanının alınmadığını belirterek çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ayrıca Mahkemenin çocuğun alıkonulması hususundaki yorumunun Lahey Sözleşmesi'yle bağdaşmadığını, Sözleşme'ye göre çocuğun alıkonulması durumunun somut olayda gerçekleştiğini beyan etmiştir. Aynı şekilde çocuğun mutat meskeninin Avustralya olmasına rağmen hukuki yorum hatası yapılarak Avustralya'da çocuğun alışkın olduğu bir ortamın bulunmadığı kanaatine varıldığını ifade etmiştir. İade ile ilgili sürecin yaklaşık üç yıl sürmesi nedeniyle de Lahey Sözleşmesi'nin 11. maddesine aykırı davranıldığını vurgulamış ve tüm bu sebeplerle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

59. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. "

60. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. "

61. Anayasa'nın 41. maddesi şöyledir:

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

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

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

62. 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).

63. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında çocukla şahsi ilişki kurulmasına yönelik şikayetler aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde ele alınmıştır (Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 82; Serpil Toros, B. No: 2013/6382, 9/3/2016; Selim Adıyaman, B. No: 2013/8846, 9/3/2016; Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım, B. No: 2014/5974, 26/12/2017; Sezen Acar Özfidan, B. No: 2014/16746, 25/1/2018; Levent Aşıklar, B. No: 2014/13936,8/3/2018).

64. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararlar uyarınca ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklarda, sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dahil olmak üzere ilgili idari ve yargısal işlemlere dair şikayetlerin bir bütün halinde aile hayatına saygı hakkı bağlamında incelenmesi gerekmektedir (Marcus Frank Cerny, § 82; MME. ve TE., B. No: 2013/2910, 5/11/2015, § 137; Levent Aşıklar, § 59).

65. Adil yargılanma hakkı ile aile hayatına saygı hakkınca sağlanan güvencelerin öngördüğü amaçlardaki farklılık durumuna göre içlerinden biri veya diğeri uyarınca birtakım olguların incelenmesini gerekebilir. Başvurucunun ileri sürdüğü adil yargılanma hakkının ihlali iddiası aynı zamanda aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınacak başvurucunun usule ilişkin güvencelerden yararlanıp yararlanmadığı hususuna da ilişkin olduğundan başvurunun sadece aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle mevcut başvuruda şahsi ilişki kurulmasına yönelik şikayetlerin aile hayatına saygı hakkı içinde inceleneneğine dair Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarından ayrılmaya gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla konusu çocuğun ailesiyle yaşadığı mutat meskene iade edilmesi olan başvurunun bu kısmının Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması gerekir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

67. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, § 36).

68. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda

Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin -mevcut olayda babanın- çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel, doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (Marcus Frank Cerny, §41).

69. Bu bağlamda ebeveynler tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakaları, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları, uluslararası anlamda ciddi bir iş birliğini gerektirmekte olup bu iş birliği bakımından en önemli vasıtalardan biri Lahey Sözleşmesi'dir. Lahey Sözleşmesi, en basit ifadesiyle yasa dışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini öngörerek ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarının çözümü hususunda hızlı bir prosedür öngörmekte olup Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette mutad olarak ikamet eden çocuğun diğer bir taraf devlete yasa dışı kaçırılması veya orada alıkonulması durumunda Sözleşme' de yer verilen sınırlı sayıda istisnai haller dışında çocuğun bulunduğu ülkenin yetkili makamlarının, çocuğu mutad ikametgahı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur (Marcus Frank Cerny, §§ 44, 46, 47).

70. Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler ülke sınırları içinde, Sözleşme'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en süratli usullere başvurmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir (Marcus Frank Cerny, § 55).

71. Lahey Sözleşmesi kapsamında kural ivedi iade olmakla birlikte zorunlu iade kararının bir dizi istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalar Sözleşme'nin 13. ve 20. maddelerinde yer almakta olup ilgili hükümlerin yargısal makamlara çocuğun iadesini reddetme yetkisi tanıdığı görülmektedir. Sözleşme'nin temel amacı, çocuğun mutad meskeni olan ülkesine iade edilmesini sağlayarak koruma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri

nazara alınmak suretiyle mutat meskenin yargı makamlarınca belirlenmesidir. Bununla birlikte yer değiştirmenin veya alıkoymanın geçerli sebeplerinin bulunabileceği veya iadenin çocuğa ciddi zararlar verebileceği durumların olabileceği gerçeği karşısında belirtilen istisna hükümlerine yer verilmek suretiyle Sözleşme uygulamasında bazı güvence hükümlerine yer verilmek istenildiği anlaşılmaktadır (*Marcus Frank Cerny*, § 58).

72. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atıf yaptığı hallerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir (*Marcus Frank Cerny*, § 62; *Levent Aşıklar*, § 68).

73. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunmaları gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*Marcus Frank Cerny*, § 74; *Levent Aşıklar*, § 76).

74. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati; bir yandan -söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç- ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de geçerli olup Sözleşme, çocuğun geri döndürülmesi, çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır (*Marcus Frank Cerny*, § 75; *Levent Aşıklar*, § 77).

75. Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen iadenin istisnası hükümleri kapsamında iadeye ilişkin gerekliliğin belirlenmesinin yanı sıra bu tür olaylarda bir tedbirin yeterli olup olmadığı, tedbirin hızla uygulanmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Zira velayet ve kişisel ilişki tesisi hususundaki davalar, zamanın geçmesi çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyn ile arasındaki ilişkiler üzerinde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabileceğinden ivedi şekilde sonuçlandırılmalıdır. Lahey Sözleşmesi de bu kabul doğrultusunda hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan veya Sözleşmeci devlette alıkonulan bir çocuğun hemen geri döndürülmesini sağlamak için bir dizi tedbir öngörmüştür. Aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki uyuşmazlıklarda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda ilgili idari ve yargısal işlemlerin süratle yerine getirilmesi kadar, karar oluşturma sürecinin ilgili kişilerin görüşlerini tam olarak sunabildikleri adil bir süreç olmasının sağlanması da önemlidir. Bu çerçevede Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine, ilgili yargısal süreçlerin ivedi şekilde tarafların katılımına açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle yürütülmesi şeklindeki usule ilişkin yükümlülüğün de eklenmesi gerekmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 81).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

76. Başvuru, Anayasa Mahkemesinin daha önce *Marcus Frank Cerny ve Levent Aşıklar* kararlarında vurgulandığı gibi çocuk ile anne ve babanın yarışan menfaatleri arasında devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığı yönünden incelenecektir.

77. Çocukların ebeveynlerinden birinin velayet hakkı ihlal edilmek suretiyle kaçırılmaları veya alıkonulmalarının sonuçlarının hafifletilmesi/ önlenmesi amacıyla ülkemizce kabul edilen Lahey Sözleşmesi ve bu Sözleşme'ye dayanılarak yürürlüğe giren 5717 sayılı Kanun'a göre çocukların mutlak meskenlerine derhal iadesi kuraldır. Kuralın istisnaları aynı metinlerde sınırlı olarak gösterilmiştir.

78. Başvuruya konu olayda ortak çocuğun anne ve babasının ortak rızasıyla Türkiye'ye geldiği şüphesizdir. Türkiye'ye gelme amacı; başvuru tarafından uzun bir tatil olarak, başvuru eşi tarafından yerleşme olarak derece mahkemelerinde ifade edilmiştir. Başvuru eşi, başvuru aleyhine Türkiye'ye geldiği ay boşanma ve velayet davası

açmıştır. Başvurucu da söz konusu boşanma davasından yaklaşık bir ay sonra eşi aleyhine karşı dava açmıştır. Birlikte yargılanması yapılan boşanma davalarında ortak çocuğun geçici velayeti anneye verilmiş olup çocuk hakkında yurt dışına çıkış yasağı da bulunduğundan anne ve çocuk birlikte Türkiye’de yaşamaya devam etmişlerdir.

79. Başvurucu, çocuğun mutat meskeninin Avustralya olduğunu iddia ederek ülkesine iadesini talep etmiş ise de yargısal makamlarca başvurusunun talebi reddedilmiştir. Ret gerekçesinde öncelikle çocuğun Türkiye’ye geldiğinde 5-6 aylık olduğu dikkate alınarak Avustralya’da alıştığı bir ortamın bulunmadığı, bu nedenle Avustralya’nın mutat mesken olarak kabul edilemeyeceği tespitine yer verildiği anlaşılmaktadır. Oysaki başvurusunun 2010 yılının Eylül ayında Türkiye’ye geldiği, bu tarihte dokuz aylık olan çocuğunun babası tarafından kendisi aleyhine açılan boşanma davasında çocuğayurt dışına çıkış yasağı konulduğu, bu tarihte de on aylık olduğu görülmektedir. Dolayısıyla bu aşamada çocuğun Türkiye’de sadece bir aydır bulunuyor olmasına binaen mutat meskenin Türkiye olmadığı hususu açıktır. Başvurusunun anılan tedbir tarihinden itibaren yasal zorunluluk gereği çocuğuyla birlikte Türkiye’de yaşadığı da tartışmasız olmasına karşın iade incelemesini yapan yargısal makamın çocuğun mutat meskenini belirlerken mevcut bu durumu göz ardı ettiği gözlemlenmektedir.

80. Öte yandan çocuğun Türkiye’ye geldiği birinci yıldan sonra iadesi talep edildiğinden Lahey Sözleşmesi’nin 12. maddesindeki iade koşullarının oluşmadığına yönelik Mahkemenin açıklaması da dikkate değerdir. Anılan maddede, bir yıldan sonra yapılan taleplerde çocuğun mutat meskenine iadesinin yine kural olarak düzenlendiği ancak istisnai olarak alıkonulduğu ülkede alıştığı bir ortamın olduğunun kanıtlanması halinde iadenin reddedilebileceği belirtilmiştir. Buna göre incelemeyi yapan Mahkemenin, çocuğun Avustralya’da alışkın olduğu bir ortamın olmadığına değil aksine Türkiye’de alışkın olduğu bir ortamın olduğunun iddia eden tarafça kanıtlanması karşısında 12. maddedeki istisnai hükmü işletebileceği anlaşılmaktadır. İnceleme yapılan tarihte henüz üç yaşını doldurmamış ve annesinin yanında kalan çocuğun yaşı itibarıyla oluşabilecek sosyal çevresi de nazara alındığında annesiyle birlikte daha önce yaşadığı Avustralya’ya dönmesi halinde burada oluşacak ortamın Türkiye’de alışmış olduğu varsayılan ortamdaki farkı Mahkemece ortaya konulabilmiş değildir.

81. İade talebinin reddi hususunda gerekçe olarak gösterilen bir

başka husus, Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi kapsamında çocuğun geri dönmesi halinde fiziksel ve psikolojik gelişiminin tehlikeye gireceği kanaatidir. Söz konusu kanaatin nasıl oluştuğu gerekçeden anlaşılammakla birlikte mevcut olduğu değerlendirilen tehlikenin Mahkemece somutlaştırması yerine sadece tespitinin varlığıyla yetinildiği anlaşılmaktadır. Asıl olanın çocuğun iadesi olup istisnaların sınırlı olarak belirlendiği bu tür hassas olaylarda, şayet olaya özgü koşullar bir istisna maddesini oluşturuyorsa mahkeme kararlarında bu koşulların neler olduğu şüpheye yer vermeyecek şekilde açıklanmalıdır. Gerekçede varsayıma dayalı yapılan çıkarımlar veya istisnai madde hükmünün tekrarlanması suretiyle mevcudiyetine dair yapılan tespitler nesnellikten uzak olup varılan sonucun gerekliliğini kanıtlayamamaktadır. Bu bağlamda Mahkemenin Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinin koşullarının oluştuğu hususundaki gerekçesinin denetlenmesine olanak verecek düzeyde somutlaştırılmadığı kanaatine varılmaktadır.

82. Neticede aile hayatına saygı hakkı bakımından devletten beklenen pozitif yükümlülükler çerçevesinde alınması gereken makul tedbirlerin alınmadığı, bu yönde yargısal makamlarca oluşturulan gerekçelerin yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

83. Diğer bir açıdan bu gibi olaylarda alınması gereken bir tedbirin yeterli olup olmadığı, tedbir alma yönündeki girişimlerin hızı ile birlikte değerlendirilmelidir. Çocuğun iadesinin talebiyle 2012 tarihinde açılan davanın 2015 yılında tamamlanmasıyla üç yıllık bir sürecin yaşandığı görülmektedir. Lahey Sözleşmesi kapsamındaki taleplerin acil işlerden sayılarak basit yargılama usulüne tabi tutulmasına rağmen aslında mevcut olmayan -Cumhuriyet savcısının duruşmaya katılmaması- bir usule ilişkin sebebin var olduğu düşüncesiyle yargılamanın üç yıl gibi uzun bir sürede tamamlanması, Lahey Sözleşmesi'nin ortaya çıkış amacına aykırı olduğu gibi pozitif yükümlülükler kapsamında aile hayatına saygı hakkı yönünden de ihlale yol açmaktadır. Bu durumda usule ilişkin güvencelerin eksiksiz sağlanamaması nedeniyle de devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirdiğini söylemek ayrıca güçtür.

84. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

85. 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, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde 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 hallerde başvuruçunun lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir. ”

86. Başvuruçunun, tazminat talebinde bulunmuştur.

87. Aile hayatına saygı hakkına ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

88. Aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan ihlal kararının bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Bakırköy 1. Aile Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

89. Yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın yetkili yargı merciine gönderilmesine karar verilmesinin ihlal iddiası açısından yeterli bir giderim oluşturduğu anlaşıldığından başvuruçunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

90. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekalet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM**Açıklanan gerekçelerle;**

A. 1. Yerleşme ve seyahat hürriyetinin ihlal edildiğine ilişkin

iddianın *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Bakırköy 1. Aile Mahkemesine (E.2013/940, K.2013/1049 sayılı dava dosyası) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE, E. 226,90 TL harç ve 1980 TL vekalet 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 halinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

CEM RAMAZAN NİNEK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/13760)

KararTarihi: 18/7/2018

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	: Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ
Başvurucu	: Cem Ramazan NİNEK
Vekili	: Av. Mert YALÇIN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, mutad meskeni yurt dışında bulunan müşterek çocuğun yurt dışında mukim olan başvurucuya iade edilmemesi nedenleriyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

ii. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/8/2015 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.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Fransa vatandaşı olan başvurucu ile Türk vatandaşı olan S.Ç. 8/8/2009 tarihinde evlenmişler ve Fransa'da ikamet etmeye başlamışlardır. 18/11/2010 tarihinde çocukları I.D.N. dünyaya gelmiştir.

9. 2011 yılı Eylül ayında Türkiye'ye tatil amacıyla gelen başvurucu ve eşi tartışmışlar; başvurucu 15/10/2011 tarihinde Fransa'ya yalnız dönmüştür. Başvurucu ile eşi bu tarihten itibaren ayrı yaşamaya başlamıştır.

A. Çocuğun İadesi Talebiyle Açılan Dava Süreci

10. Başvurucu, kızının kendisiyle birlikte Fransa'ya dönmesi gerektiği halde eşi S.Ç.nin müşterek çocuklarını Türkiye'de alıkoymak suretiyle mutad meskenine dönmesini engellediğini iddia ederek 25/11/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) kapsamında iade işlemlerinin başlatılması talebiyle Fransa makamlarına başvurmuştur.

11. Söz konusu talep, Fransız makamları tarafından Lahey Sözleşmesi kapsamında Türk merkezi makamı konumunda olan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) iletilmiştir.

12. Talep, Genel Müdürlük tarafından çocuğun iadesi işlemlerinin başlatılması için İnegöl Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmiştir. Başsavcılığın 20/4/2012 tarihinde -aile mahkemesi sıfatıyla- İnegöl 2. Asliye Hukuk Mahkemesine (Mahkeme) sunulan davanamesi ile Lahey Sözleşmesi ve ilgili mevzuat uyarınca I.D.N.nin mutad meskeninin bulunduğu Fransa'ya iade edilmesi talep edilmiştir.

13. Mahkemece yapılan yargılama esnasında başvurucu ve eşinin yanı sıra tarafların tanıkları dinlenilmiş, I.D.N. ile ilgili sosyal inceleme raporu alınmıştır. Tanıklar genel olarak tarafların tatil amacıyla Türkiye'ye geldikleri zaman havaalanında tartıştıklarını ve ayrıldıklarını belirtmişlerdir. Sosyal hizmet uzmanı tarafından düzenlenen 2/6/2012

tarihli raporda, yaşı gereği anne ilgisine ve bakımına muhtaç olduğu yaşta olmasından dolayı müşterek çocuğun anne yanında kalmasının menfaati bakımından daha uygun olacağı yönünde görüş bildirilmiştir.

14. Mahkeme 29/6/2012 tarihli kararıyla, babanın bulunduğu ülke makamına başvuru anında çocuğun haksız olarak alıkonulmasından itibaren bir yıldan az bir süre Türkiye’de bulunduğu ve babanın velayet hakkı ihlal edilerek müşterek çocuğun davalı anne tarafından Türkiye’de haksız olarak alıkonulduğu gerekçesiyle talebin kabulüne ve çocuğun Fransa’da bulunan mutad meskenine iadesine karar vermiştir.

15. Başvurucunun eşi tarafından temyiz edilen karar; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin (Daire) 13/12/2012 tarihli ilamıyla, Mahkemenin davaya aile mahkemesi sıfatıyla bakması gerekirken asliye hukuk mahkemesi olarak yargılama yaptığı gerekçe gösterilerek bozulmuştur.

16. Bozmaya uyan Mahkeme, bu kez aile mahkemesi sıfatıyla 28/2/2013 tarihinde davanın kabulüne karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde; çocuğun babasının rızası dışında annesi tarafından Türkiye’de tutulduğu, davacı babanın süresinde müşterek çocuğun Fransa’ya iadesi hususunda talepte bulunduğu ve çocuğun mutad meskenine dönmesi durumunda fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağına anne tarafından kanıtlanamadığı hususlarına yer vermiştir.

17. Temyiz edilen karar, Daire tarafından 9/7/2013 tarihinde onanmış; karar düzeltme talebi ise 14/11/2013 tarihinde reddedilerek kesinleşmiştir.

B. Çocuğun İadesi Kararıyla Başlatılan İcra Süreci

18. Başvurucu, çocuğun iadesi kararının icra edilmesi için Ankara 11. İcra Müdürlüğü’nün 2014/6 numaralı dosyasıyla ilamlı icra takibi başlatmıştır.

19. Başvurucunun eşi S.Ç., icra emrinin iptali amacıyla Ankara 7. İcra Mahkemesine şikayet yoluna başvurmuştur.

20. Ankara 7. İcra Mahkemesi 25/3/2014 tarihli kararıyla şikayetin kabulüne karar vererek icra emrini iptal etmiştir. İcra Mahkemesi gerekçesinde; çocuğun mutad meskenine iadesine ilişkin kararın velayet hakkına ilişkin olmayıp iadeye yönelik olduğunu, sonrasında çocuğun velayetinin anneye bırakıldığını ifade etmiştir. Mahkeme,

bu durumda çocuğun iadesinin hukuken mümkün olmayacağını belirttiikten sonra karar kesinleşmeden çocuğun Fransa'ya iadesi durumunda anneye verilmiş olan velayet hakkının kullanılmasının neredeyse yok hükmünde olacağından ortada çelişkili bir durumun söz konusu olduğunu açıklamıştır. Mahkeme ayrıca, şikayete konu icra dosyasında çıkarılan icra emrinin çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin olmakla beraber velayet hakkına dayalı olarak ya da çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin mahkeme kararına dayalı olarak çıkarılabileceğini, ancak şikayete konu takip dayanağı ilamın *çocuğun mutad meskenine* iadesi davasına ilişkin olduğunu, bu nedenle kararın icrasının icra müdürlüğü eliyle yapılamayacağını vurgulamıştır.

21. Başvurucu tarafından temyiz edilen karar, Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 16/1/2015 tarihli kararıyla onanmıştır.

22. Başvurucu, bireysel başvuru tarihinden (6/8/2015) sonra 3/6/2016 tarihinde bu kez İnegöl 1. İcra Müdürlüğü'nün 2016/2778 numaralı dosyasıyla yeniden takip başlatarak iade kararının icrasını talep etmiştir.

23. Başvurucunun eşi S.Ç. tarafından yeniden İnegöl İcra Hukuk Mahkemesine şikayet yoluna başvurulması üzerine 16/6/2017 tarihli kararla takibin iptaline karar verilmiştir. Mahkeme, çocuğun iadesi kararı verildikten sonra velayet hususunda verilen ilamın uygulanması konusunda bir hüküm bulunmadığından hukuki boşluk olduğunu dile getirmiştir. Kararda mutad meskene iade kararının icrası için daha önce takip yapıldığı, Ankara 7. İcra Hukuk Mahkemesinin kararıyla yalnızca icra emrinin iptal edildiği, takip iptal edilmediğinden takibin açık olduğu belirtilerek Bursa 2. Aile Mahkemesinin velayetin anneye verilmesi hükmüyle İnegöl 2. Asliye Mahkemesi tarafından verilen iade kararının söndüğünün (itfa) kabul edilmesi gerektiği açıklanmıştır.

24. Söz konusu karar hakkında başvuru istinaf yoluna başvurmuş, ancak istinaf incelemesi henüz sonuçlanmamıştır.

C. Boşanma Davasına İlişkin Süreç

25. S.Ç. tarafından başvuru aleyhine 9/12/2011 tarihinde Bursa 2. Aile Mahkemesinde (Aile Mahkemesi) boşanma ve velayet davası açılmıştır.

26. Bu arada başvuru tarafından başlatılan çocuğun iadesi işlemleri hususunda Aile Mahkemesine bilgi verilmiş, yargılama

devam ederken çocuğun mutad meskenine iadesine dair kararın kesinleştiğinden Aile Mahkemesi haberdar edilmiştir.

27. Aile Mahkemesi tarafından tanıklar dinlenildikten sonra 27/12/2013 tarihinde davanın kabulüne ve tarafların şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanmalarına karar verilmiştir. Müşterek çocuğun yaşı itibarıyla annenin bakım ve şefkatine muhtaç olduğu gerekçesiyle velayeti anneye verilmiş, başvuru baba ile çocuk arasında şahsi ilişki tesis edilmesine hükmedilmiştir.

28. Başvurucu tarafından temyiz edilen karar, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10/2/2015 tarihli kararıyla onanmış, karar düzeltme talebi de aynı Dairenin 9/6/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

29. Başvurucu 4/8/2015 tarihinde Aile Mahkemesine başvurarak Lahey Sözleşmesi kapsamında müşterek çocuğun Fransa'ya iadesine karar verildiğini, kararın kesinleştiğini, ancak velayetin anneye verilmesi sebebiyle iadesi işleminin yapılamadığını belirterek velayet hususunda yargılamanın yenilenmesini talep etmiştir.

30. Aile Mahkemesi 5/11/2015 tarihinde-bireysel başvuru tarihinden sonra- Lahey Sözleşmesi hükümlerine göre sadece iade talebi hakkında verilecek kararın sonucunun bekletici mesele yapılacağını ve Sözleşme hükümlerinin Aile Mahkemesinin velayet konusunda önceki iade kararına uygun karar vermesi gerektiği şeklinde bir düzenleme getirmediğini belirterek yargılamanın yenilenmesi şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar vermiştir.

31. Başvurucu bu kararı temyiz etmiştir. Dosya, Yargıtay'da temyiz aşamasındadır.

32. başvuru 6/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

D. Başvurucunun Kızıyla Kişisel İlişki Kurmasına Yönelik Tedbirler

33. Başvurucu, Aile Mahkemesinin boşanma ve velayet kararıyla birlikte kızıyla arasında şahsi ilişki tesis edilmesi kararına rağmen S.Ç.nin şahsi ilişki kurulmasına engel olduğunu belirterek İstanbul 34. İcra Müdürlüğünden çocuğun teslimini talep etmiştir.

34. İstanbul 34. İcra Müdürlüğünün talimatı doğrultusunda İnegöl 1. İcra Müdürlüğü refakatiyle S.Ç. tarafından bildirilen adrese gidilmişse

de çocuğun annesiyle şehir dışında olduğunun belirtilmesi üzerine çocuk başvuruçuya teslim edilememiştir.

35. Adreste çocuğun bulunamaması nedeniyle S.Ç. hakkında çocuk teslimi emrine muhalefet ettiği iddiasıyla İstanbul 21. İcra Ceza Mahkemesinde dava açılmıştır.

36. İcra Ceza Mahkemesi; icra emrinde çocuğun teslim edileceği yer, gün ve saatin belirtilmemiş olması nedeniyle S.Ç. hakkında iddia edilen suçun oluşmadığı gerekçesiyle S.Ç.nin beraatine karar vermiştir.

37. Başvuruçunun anılan karara yaptığı itiraz, İstanbul 22. İcra Ceza Mahkemesince 28/3/2016 tarihinde reddedilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

38. 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un "Amaç" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı; velayet hakkı ihlal edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutata meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsi ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25/10/1980 tarihi, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenlemektir. "

39. 5717 sayılı Kanun'un "Kapsam" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan ve yer değiştirmenin veya alıkonulmanın gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta olan velayet veya şahsi ilişki kurulması haklarının ihlalden hemen önce mutata meskeninin bulunduğu taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanır. "

40. 5717 sayılı Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Bu Kanunda geçen;

a) *Merkezi Makam: Adalet Bakanlığını,*

..

f) *Sözleşme: 25/10/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine*

Dair Sözleşmeyi,

g) *Genel Müdürlük: Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünü,*

..

i) *Mahkeme: Aile mahkemesini, ifade eder."*

41. 5717 sayılı Kanun'un "Merkezi Makamın görevleri" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Merkezi Makam, mahalli Cumhuriyet başsavcılığı aracılığı ile;

a) *Sözleşme kapsamında çocuğun iadesi veya şahsi ilişki kurulma hakkının kullanılması konusunda bir başvurunun yapılmasını müteakip çocuğun bulunduğu yerin tespiti ile menfaatlerinin korunması için kolluk ve diğer yetkili makamları görevlendirmede dahil olmak üzere gerekli bütün tedbirleri alır.*

b) *Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözüme ulaştırılmasını teminen gerekli bütün tedbirlerin alınmasını sağlar.*

c) *Çocuğun, kendisini kaçırmış olan kişinin rızası ile iadesi veya taraflar arasında sulh yoluyla bir çözümün bulunması mümkün değilse, çocuğun iade edilip edilmeyeceği veya şahsf ilişki hakkının kullanılması konusunda bir karar verilmek üzere yetkili mahkemeye dava açar. "*

42. 5717 sayılı Kanun'un "Geçici koruma tedbirleri" kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

"1) Mahkeme, talep üzerine veya re'sen çocuğun yüksek yararının tehlikeye düşmesini önlemek için dava sonuna kadar aşağıda belirtilen geçici tedbirlere, gerektiğinde çocuğu, görüşünü ve uzmanlardan rapor almak suretiyle karar verebilir:

a) Bakım ve gözetimi üzerine alan akrabalarından birine teslim.
b) Bakım ve gözetimi üzerine alan güvenilir bir aile yanına yerleştirme. c) Çocuk bakımı ve yetiştirme veya benzeri resmî yahut özel kurumlara yerleştirme. d) Resmî veya özel bir hastaneye veya tedavi evine yahut eğitimi güç çocuklara mahsus kurumlara yerleştirme. "

43. 5717 sayılı Kanun'un "İade davasında velayet" kenar başlıklı 12. maddesi

"(1) Çocuğun iadesine dair bir karar verilmiş ise bu hükümde ayrıca velayete ilişkin karar verilmez. Ancak, çocuğun iadesi talebinin reddine karar verilmesi halinde, velayet hakkına dair bir karar verilebilir. "

44. 5717 sayılı Kanun'un "Bekletici mesele" kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"(1) Görülmekte olan bir iade davası sırasında velayet davası da açılmış ise velayete ilişkin dava bekletilir. "

45. 5717 sayılı Kanun'un "Çocuğun yerinin değiştirilmemesi" kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"(1) Mahkemece, talep üzerine veya re'sen iade ya da şahsî ilişki kurulması işlemleri sonuçlanıncaya kadar çocuğun yerinin takibi için aşağıdaki geçici tedbirlerden birine ya da birden fazlasına karar verilebilir:

a) Çocuğun yurt dışına çıkışının geçici olarak durdurulması.

b) Çocuk adına pasaport alınması veya yenilenmesi işlemlerinin durdurulması.

c) Çocuğun okul, muhtarlık veya nüfus kayıtlarının alınması veya değiştirilmesi işlemlerinin durdurulması.

d) Pasaport veya kimlik kayıtlarına dava süresince el konulması.

e) Çocuğun tayin edilen sürelerde yetkili makamlarca kontrol edilmesi.

j) Bu maksatla öngörülen diğer her türlü tedbirler. "

46. 5717 sayılı Kanun'un "Yaptırım" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"(1) Çocuğun iadesine veya şahsı ilişki kurulmasına dair ilamların icrası sırasında çocuğu gizleyen veya ilamın icrasından sonra tekrar kaçıran taraf ile bu fiillere iştirak edenler ve bu Kanuna göre yapılan tebliğ, tedbir ve emirlere uymayanlar hakkında, İcra ve İflas Kanununun 341 inci maddesi hükümleri uygulanır."

47. 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun "Çocuk Teslimi Emrine Muhalefetin Cezası" kenar başlıklı 341. maddesi şöyledir:

"Çocuk teslimi hakkındaki ilamın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir. "

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

48. Lahey Sözleşmesi'nin 1. maddesi şöyledir:

"İşbu sözleşmenin amacı:

a) Taraf Devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;

b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek. "

49. Lahey Sözleşmesi'nin 3. maddesi şöyledir:

"Bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi: a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad ikametgahının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde; ve

b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise,

Kanuna aykırı addedilir.

(a) da söz konusu edilen koruma hakkı, özellikle, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bu Devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir. "

50. Lahey Sözleşmesi'nin 12. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Bir çocuğun, 3. maddede belirtildiği şekilde, kanuna aykırı olarak yeri değiştirilmiş veya çocuk alıkonulmuş ve çocuğun bulunduğu taraf Devletin adli veya idari makamına müracaat anında, yer değiştirme veya alıkonulmadan itibaren bir yıldan az zaman geçmişse, müracaatta bulunulan makam, çocuğun derhal geri dönmesini emreder.

Yukarıdaki fıkrada öngörülen bir yıllık sürenin sona ermesinden sonra bile müracaatta bulunulursa, adli veya idari makamın, keza çocuğun geri dönmesini emretmesi gerekir, yeter ki, çocuğun yeni çevresine intibak ettiği tespit edilmesin."

51. Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesi şöyledir:

"Yukarıdaki madde hükümlerine rağmen, talepte bulunulan Devletin adli veya idari makamı, geri dönmeye itiraz eden kişi, kurum veya örgüt:

a) Çocuğun şahsının bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya örgütün, yer değiştirme veya alıkoyma döneminde koruma hakkını etkili şekilde yerine getirmediğini veya yer değiştirmeye veya alıkoymaya muvafakat etmiş olduğunu veya daha sonra kabul etmiş olduğunu veya,

b) Geri dönmemesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risi olduğunu tesbit ederse, çocuğun geri dönmesini emretmek zorunda değildir.

Adli veya idari makam keza çocuğun, geri dönmek istemediğini ve görüşünün gözönünde bulundurulmasının uygun olacağı bir yaşa ve olgunluğa erişmiş bulunduğunu gözlerse, geri dönmelerini emretmeyi reddedebilir.

Bu maddede yer alan şartların değerlendirilmesinde, adli veya idari makamların, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgileri, merkezi makam veya çocuğun mutlak ikametgahı devletinin diğer herhangi bir yetkili makamı tarafından sağlanan bilgileri gözönünde bulundurması gereklidir. "

52. Lahey Sözleşmesi'nin 16. maddesi şöyledir:

"Bir çocuğun 3. madde çerçevesinde, kanuna aykırı olarak yer değiştirdiği veya geri dönmediğinden haberdar edilmesini müteakip, çocuğun götürüldüğü veya alkonulduğu Taraf Devletin adli veya idari makamları, çocuğun geri dönmesi konusunda işbu sözleşmedeki şartların bir araya gelmediği tespit edilinceye kadar veya sözleşme uyarınca bir talepte bulunulmadan makul bir süre geçinceye kadar, koruma hakkının esasına ilişkin karar veremezler. "

53. Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesi şöyledir:

"Sözleşme çerçevesinde verilen, çocuğun geri dönmeye ilişkin bir karar, koruma hakkının esasını etkilemez. "

54. Türkiye tarafından 14/10/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 20/11/1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesi şöyledir:

"(1) Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

(2) Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

(3) Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle gü,venlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği

açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler. "

55. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi şöyledir:

"(1) Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

(2) Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır. "

56. 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. "

2. Uluslararası İçtihat

57. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre, ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ortak yaşamın hukuken veya fiilen sona ermiş olması, aile yaşamını ortadan kaldırmaz (*Berrehab/Hollanda*, B. No: 10730/84, 21/6/1988, § 21). Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının, anne ve babanın birlikte yaşamaya son vermelerinin ardından da devam edeceği açık olup anne babanın ve çocuğun aile hayatına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu yükümlülük, yalnızca çocukların kamusal makamlarca koruma altına alınması bağlamındaki uyuşmazlıklar açısından değil, ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin

uyuşmazlıklar açısından da geçerlidir (*Gluhakovic/Hırvatistan*, B. No: 21188/09, 12/4/2011 §§ 56-57).

58. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23). 59. AİHM, ebeveynin çocuk ile birlikte yaşamaya devam etmesinin Sözleşme'nin 8.

59. maddesinin birinci paragrafı kapsamında aile hayatının temel bir unsurunu oluşturduğunu vurgulamaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi, ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep etme hakkının yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu husustaki belirleyici husus, ulusal makamların uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırmada kendilerinden beklenen bütün makul önlemleri alıp almadığıdır (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55).

60. AİHM'e göre ebeveyn ile çocuk arasındaki şahsi ilişkinin konu edildiği davalarda çocuğun menfaatlerinin diğer tüm hususlardan üstün tutulması gereklidir. Mahkemeye göre bu menfaatin iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak çocuğun üstün menfaati sağlıklı bir ortamda gelişmesinin sağlanmasını içermektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi hiçbir koşulda ebeveynin çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verebilecek davranışlarını korumaz. İkinci olarak çocuğun üstün menfaatlerine aykırı olmadıkça ailesi ile bağlarını sürdürmesi çocuğun hakkıdır. Bu bağlamda çocuğun aile bağları ancak istisnai durumlarda koparılabilir ve aile bağlarının koptuğu durumlarda çocuğun üstün menfaati, kişisel ilişkinin sürdürülmesi ve koşullar uygun olduğunda ailenin yeniden bir araya gelmesi için gerekli tüm tedbirlerin alınmasını gerektirir (*Gnahore/Fransa*, B. No: 40031/98, 19/9/2000, § 59).

61. AİHM önüne gelen birçok davada aile yaşamına saygının kamu makamlarına, ebeveyn ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına

almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

62. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını, taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (*Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

63. AİHM ayrıca, uluslararası çocuk kaçırma meselelerinde Sözleşme'nin 8. maddesinin aile hayatına saygı hakkı kapsamında sözleşmeci devletlere yüklediği yükümlülüklerin Lahey Sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak yorumlanması gereğine işaret etmektedir (*Neulinger ve Shuruk/İsviçre* [BD], B. No: 41615/07, 6/7/2010, §§ 131, 132).

64. Bu kapsamda AİHM'in Lahey Sözleşmesi'ni özellikle pozitif yükümlülükler bağlamında yorumladığı görülmektedir. Bu kapsamda AİHM, örneğin Lahey Sözleşmesi çerçevesindeki mükellefiyetler uyarınca çocuğun ivedi olarak iadesinin sağlanması hususunda yeterli önlemlerin alınmasında başarısız olunması, çocuğun mutad ikametine dönüşünün sağlanmasında özenli davranılmaması ve iadeye ilişkin talep hakkında yürütülen yargılamanın gereğinden uzun sürmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmektedir (*Iglesias Gil ve A. Ul./İspanya*, B. No: 56673/00, 29/4/2003, §§ 56-63;

65. AİHM, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte uyuşmazlığa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM; ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini ve

kaçırılmış çocuğun iadesine ilişkin başvuru bağlamında çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No: 60328/09, 3/5/2012, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, §§ 138, 139).

66. AİHM ayrıca -geçen zaman, beraber yaşamadığı ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkilerde geri dönüşü olmayan olumsuz etkiler doğurabileceğinden- çocuğun iadesiyle ilgili davaların dava sonunda alınan kararların infazı dahil acil bir uygulama gerektirdiğini belirtmektedir. (*Car/son/İsviçre*, § 69).

67. Bu bağlamda AİHM, Lahey Sözleşmesi'nin uygulama koşulları bir araya geldiğinde-özellikle hukuka aykırı durumların kalıcı olmasının engellenmesi amacıyla Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesi gereği velayet ve bakım hakkına ilişkin sorunların çözümünü çocuğun daimi ikametgahında bulunan mahkemelerin yetkisine bırakılması gerektiğini belirtmektedir (*Maumousseau ve Washington/Fransa*, B. No: 39388/05, 6/12/2007, § 69; *Eskinazi ve Chelouche/Türkiye* (k.k.), B. No: 14600/05, 6/12/2005; *Özmen/Türkiye*, B. No: 28110/08, 4/12/2012, § 96).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

68. Mahkemenin 18/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

69. Başvurucu, kızının mutad meskeni olan Fransa'ya iadesine karar verilmiş ise de iade kararını icra edilmeden Bursa 2. Aile Mahkemesi tarafından kızının velayetinin annesi S.Ç.ye verildiğini ve bu aşamadan sonra kızının iadesinin gerçekleşmediğini belirterek özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. Başvurucu ayrıca kızıyla arasında şahsi ilişki tesis edilmesine rağmen dört yılı aşkın süredir kızını göremediğini ifade etmiş; öte yandan velayet hususundaki mahkeme kararlarının gerekçesiz olduğunu iddia ederek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

70. 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 maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. "

71. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:
"Herkes ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. "

72. Anayasa'nın 41. maddesi şöyledir:
"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

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

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır. "

73. 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).

74. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında çocukla şahsi ilişki kurulmasına yönelik şikayetler aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde ele alınmıştır (*Marcus Frank Cerny [GK]*, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 82; *Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016; *Selim Adıyaman*, B. No: 2013/8846, 9/3/2016; *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım*, B. No: 2014/5974, 26/12/2017; *Sezen Acar Özfidan*, B. No: 2014/16746, 25/1/2018; *Levent Aşıklar*, B. No: 2014/13936, 8/3/2018).

75. Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararları uyarınca ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklarda sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dahil olmak üzere ilgili idari ve yargısal işlemlere dair şikayetlerin bir bütün halinde aile hayatına saygı hakkı bağlamında incelenmesi gerekmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 82; MME. ve TE., B. No: 2013/2910, 5/11/2015, § 137; *Levent Aşıklar*, § 59).

76. Adil yargılanma ve aile hayatına saygı hakları ile sağlanan güvencelerin öngördüğü amaçlardaki farklılık durumuna göre içlerinden biri veya diğeri uyarınca birtakım olguların incelenmesini gerekebilir. Başvurucunun ileri sürdüğü gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiası, aynı zamanda aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınacak yargısal kararların bireysel menfaat dengelemesinde yeterli gerekçe ihtiva edip etmediği hususuna da ilişkin olduğundan başvurunun sadece aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle mevcut başvuruda şahsi ilişki kurulmasına yönelik şikayetlerin incelenmesinde, Anayasa Mahkemesinin bu iddiaların aile hayatına saygı hakkı içinde inceleneceğine dair önceki kararlarından ayrılmaya gerek bulunmamaktadır. Dolayısıyla konusu çocuğun ailesiyle yaşadığı mutad meskene iade edilmesi olan başvurunun Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması gerekir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden i. Genel İlkeler

78. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, § 36).

79. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri, ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. Anayasa'nın 41. maddesinde, her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak

alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 41).

80. Bu bağlamda ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalan, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur. Uluslararası çocuk kaçırma vakalan, uluslararası anlamda ciddi bir işbirliğini gerektirmekte olup bu işbirliği bakımından en önemli vasıtalarından biri Lahey Sözleşmesi' dir. Lahey Sözleşmesi en basit ifadeyle yasa dışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini öngörerek ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalannın çözümü hususunda hızlı bir prosedür öngörmekte olup Lahey Sözleşmesi 'ne taraf bir devlette mutad olarak ikamet eden çocuğun diğer bir taraf devlete kaçırılması veya orada yasadışı alıkonulması durumunda -Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen sınırlı sayıdaki istisnai haller dışında- çocuğun bulunduğu ülke yetkili makamlarının çocuğu mutad ikametgahı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur (*Marcus Frank Cerny*, §§ 44, 46, 47).

81. Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler, ülke sınırları içinde Lahey Sözleşmesi 'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en süratli usullere başvurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir (*Marcus Frank Cerny*, § 55).

82. Bu kapsamda Lahey Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun iadesine ilişkin olarak verilen kararın koruma hakkının esasını etkileyen bir karar olamayacağı, Lahey Sözleşmesi kapsamındaki iade taleplerinin bir velayet/koruma hakkı davası olmadığı, iade kararının da koruma hakkı/velayet karar olmayıp bu kararın yalnızca çocuğun korunması ve ziyaret hakkının esasına ilişkin karar vermesi en uygun olan yargı alanına iadesini sağlamayı amaçladığı kabul edilmektedir. İade kararının koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı, Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi 5717 sayılı Kanun'un 12. ile 15. maddelerinde de dile getirilmektedir. Bu bağlamda koruma hakkıyla ilgili uyuşmazlığın esasına dair ilave prosedür, çocuğun iadesini müteakip mutad meskeni yetkili makamlarınca yerine getirilecektir. Zira mutad mesken, çocuğun yer değişikliğinden önce belirli bir süre yaşadığı ve bu kapsamda çocuk için en uygun koruma hakkı süjesinin belirlenmesi

hususundaki delillerin birçoğunun bulunduğu yerdir (*Marcus Frank Cerny*, § 61; *Levent Aşıklar*, § 67).

83. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atıf yaptığı hallerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir (*Marcus Frank Cerny*, § 62; *Levent Aşıklar*, § 68).

84. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun anne, babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, kendisine tanınan takdir alanı içinde devletin bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunması gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*Marcus Frank Cerny*, § 74; *Levent Aşıklar*, § 76).

85. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati bir yandan -söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç- ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de geçerli olup Lahey Sözleşmesi, çocuğun geri döndürülmesi çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır (*Marcus Frank Cerny*, § 75; *Levent Aşıklar*, § 77).

86. Kamu makamları somut olay benzeri uyuşmazlıklarda anne ve baba arasındaki iş birliğini kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlüdür. Çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasındaki dengenin kurulmasında ilgili kamu makamları belirli bir

takdir alanına sahip olmakla birlikte burada önemli olan husus, ilgili makamların ailenin yeniden bütünleşmesini kolaylaştırmak için olayın özel şartlarının gerektirdiği her türlü tedbiri alıp almadığıdır (*Marcus Frank Cerny* , § 79).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

87. Başvuru, Anayasa Mahkemesinin daha önce Marcus Frank Cerny ve Levent Aşıklar kararlarında vurgulandığı gibi çocuk ile anne ve babanın yarışan menfaatleri arasında devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığı yönünden incelenecektir.

88. Söz konusu inceleme yapılırken elbette her ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurması zorunluluğu dikkate alınacak ve geçen zamanın çocuk ile yanında bulunmayan ebeveyn arasındaki ilişkide geri dönüşü olmayan olumsuz etkiler doğurabileceği hususu gözden uzak tutulmayacaktır.

89. Somut başvuruda belirleyici nokta, başvuruçunun kızıyla en kısa sürede bir araya gelmesini sağlamak amacıyla idari ve yargısal makamların kendilerinden beklenen gerekli tüm makul tedbirleri alıp almadığıdır.

90. Başvuruçucu ile ailesi tatil amacıyla Türkiye'ye geldiklerinde, başvuruçunun eşi S.Ç. tarafından başvuruçunun kızı alıkonulmak suretiyle başvuruçuya karşı boşanma ile birlikte velayet davası açılmıştır. Bu esnada başvuruçucu, Lahey Sözleşmesi kapsamında kızının mutad meskeni olan Fransa'ya iadesini talep etmiş; Türk idari ve yargı makamlarınca yasal süreç işletilmek suretiyle söz konusu talep kabul edilmiş ve çocuğun iadesine karar verilmiştir.

91. İade kararının kesinleşmesinden yaklaşık bir ay sonra Aile Mahkemesince tarafların boşanmalarına ve velayetin anne S.Ç. ye verilmesine hükmedilmiştir.

92. Başvuruçucu, iade kararının yerine getirilmesini iki kez icra müdürlükleri vasıtasıyla devletten talep etmiş ise de her iki talebine de eski eşi tarafından itiraz edilmiştir. İtirazlar sonucu başvuruçunun birinci talebi, çocuğun velayetinin annede olması ve iade kararının velayet hükmünde olmaması nedeniyle tesliminin yapılamayacağı gerekçesiyle yerine getirilmemiş, ikinci talebi ise ilk talebine konu takibin halen iptal edilmemiş olması ve mutad meskene iadenin icra

müdürlüğü vasıtasıyla yapılamayacağı ifade edilerek reddedilmiştir.

93. Yine ortak çocuğun velayetinin anneye verilmesiyle birlikte başvuru ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına yönelik olarak Aile Mahkemesince karar verilmiş ise de başvuru icra marifetiyle dahi kızını görememiş hatta bu nedenle eski eşi hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Başvurucunun şikayeti sonucu yargılanan S.Ç. usule ilişkin eksiklikler nedeniyle suçun oluşmadığı gerekçesiyle beraat etmiştir.

94. Başvurucunun iade talebinden itibaren tüm süreç incelendiğinde öncelikle belirtmek gerekir ki mahkemelerce talep doğrultusunda çocuğun iadesine karar verilmişse de bu kararın talepten yaklaşık iki yıl gibi uzun bir süreden sonra verildiği anlaşılmaktadır. Talep hakkında ilk karar iki ay gibi kısa bir sürede verilmesine rağmen kararın temyiz incelemesinde yargılamanın esasına etkisi anlaşılamayacak şekilde yapılan yorumla *“yargılama yapan mahkemenin sıfatının hatalı belirtilmesinden”* dolayı kararın bozulduğu ve sonrasında ikinci kez aynı kararın verildiği görülmektedir. Lahey Sözleşmesi kapsamında kalan uluslararası çocuk kaçırma davalarında yetkili makamlarca alınan tedbirlerin başında iade talepleri hakkında ivedi şekilde karar verilmesi gerekir. Çocuğun üstün menfaati gereği bir an önce alışkın olduğu ortama dönmesini amaçlayan bu yaklaşım karşısında iade kararının kesinleşmesinin şekli eksikler nedeniyle yaklaşık iki yıl sürmesi önemlidir.

95. Öte yandan iade kararının kesinleşmesinin hemen sonrasında çocuğun velayetinin anneye verilmesi hususu da tartışmaya değerdir. Çocuğun geri verilmesi ile ilgili karara kadar velayet hakkının esası hakkındaki davanın ertelenmesi zorunluluğu hem Lahey Sözleşmesi'nde hem de 571 7 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. Bu kurallar velayet davasının, çocuğun geri alınışına ilişkin davada alınacak kararı etkilemesinden kaçınılmasını sağlamaya yöneliktir. Bu bağlamda velayetle ilgili uyuşmazlığın esasına dair prosedürün, çocuğun iadesini müteakip, mutad meskeni yetkili makamlarınca yürütülmesi amaçlanmaktadır. Zira mutad meskenin çocuğun yer değişikliğinden önce belirli bir süre yaşadığı yer olması sebebiyle aynı zamanda velayet hususunun belirlenmesine yönelik delillerin de bulunduğu yer olması muhtemeldir. Buna rağmen velayet kararının iade kararının kesinleşmesinden hemen sonra verilmiş olması, Lahey Sözleşmesi ve 5717 sayılı Kanun'daki düzenlemenin amacıyla bağdaşmamaktadır.

96. Ayrıca, verilen velayet kararının 2014 yılının başından başlatılan iade kararının icrasının uygulanmasında engel teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Kararın infazı aşamasında yargısal merciler velayet hakkının anneye verildiğini, karar kesinleşmese de çocuğun iadesi durumunda velayet kararının yok hükmünde sayılacağını ifade ederek infaz işlemlerini durdurmuşlardır. Ayrıca infaz işlemleri esnasında usul kuralları sert yorumlanmak ve hatta kapsamı daraltılmak suretiyle başlatılan icrai süreçleri durdurulmuş, başvurucuya çocuk teslimi yapılmamıştır.

97. Değerlendirmeye esas başka bir unsur ise annenin tutumu karşısında devletin aldığı tedbirlerdir. Başvurucu baba ile çocuk arasında şahsi ilişki tesis edilmiş olmasına rağmen başvurucunun ancak icra marifetiyle çocuğunu görmeye çalıştığı, buna rağmen başarı elde edememesi üzerine anne S.Ç. hakkında şikayetçi olduğu gözlemlenmiştir. Şikayet sonucu anne, icra tebliğindeki şekil eksiklikleri sebebiyle beraat etmiş ve dolayısıyla başvurucu, bu girişiminden de sonuç alamamıştır. İşbirliğinden yoksun tutumu nedeniyle anne hakkında herhangi bir yaptırım uygulanmamıştır.

98. Başvuruya ilişkin tüm bu unsurlar bir araya getirildiğinde çocuğun mutad meskenine iadesine karar verilmiş ise de yaklaşık dört yıldır kararın infaz edilemediği ortadadır. Somut olayda idari ve yargısal makamların çocuğun iadesine yönelik bazı tedbirler aldığı şüphesizdir. Ancak bu tedbirler özellikle kararın infazı aşamasında yetersiz kalmaktadır. Çocuğun iadesine ilişkin kararın icra edilmemesinde başvurucunun eski eşinin tutumu önemli rol oynasa da bu tutum iade kararının mevcut olmasına rağmen çocuğun velayetinin verilmesine ilişkin kararlar desteklenmiştir. Bu nedenle devletin başvurucunun aile hayatına saygı hakkının korunması için makul tedbirleri almadığı sonucuna varılmaktadır.

99. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

100.30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluşa ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. ”

101. Başvurucu 50.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

102. Başvuruda, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

103. Yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçuya net 34.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

104. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekalet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 34.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 226,90 TL harç ve 1.980 TL vekalet ücretinden oluşan toplam 2.206,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması halinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

F. Kararın bir örneğinin İnegöl 2. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2013/27, K.2013/129 sayılı dava dosyasına) GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 18/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

M.EminKUZ

Üye

Rıdvan GÜLEÇ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

DİLEK TSAKIRIDIS BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2018/35068)

Karar Tarihi: 9/6/2020

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Muammer TOPAL Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Ali KOZAN
Başvurucu	: Dilek TSAKIRIDIS
Vekili	: Av. Mehmet Emin KELEŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, müşterek çocuğun yurt dışında bulunan mutad meskenine iade edilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

ii. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/12/2018 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. Başvurucu Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir: 7. Yunanistan vatandaşı olan G.T. ile Türk vatandaşı olan başvurucu 27/12/2014 tarihinde evlenmişler, 3/11/2015 tarihinde Türkiye’de bir çocukları dünyaya gelmiştir.

7. Başvurucu ve eşi 16/12/2015 tarihinde Yunanistan’a yerleşmişlerdir. Başvurucu müşterek çocukla birlikte 10/6/2016 tarihinde Türkiye’ye gelmiştir.

8. Başvurucunun eşi, müşterek çocuklarıyla başvurucunun ziyaret amacıyla Türkiye’ye geldiğini ancak Yunanistan’a dönmediğini, çocuğun rızası hilafına alıkonulduğunu iddia ederek İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına başvurmuştur. Başsavcılık 19/6/2017 tarihli davaname ile çocukların annelerine iadesi konusunda bir karar verilmesi talebiyle İzmir Aile Mahkemesinde dava açmıştır. Davanamede; başvurucunun Yunanistan’dan Türkiye’ye 10/6/2016 tarihinde geldiği ancak akabinde geri dönmediği, müşterek çocuğu teslim etmeyi kabul etmediği, dostane çözüm önerisinde bulunmadığı vurgulanarak 15/2/2000 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak 1/8/2000 tarihinde yürürlüğe giren 25/11/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) uyarınca çocuğun iadesine ilişkin karar verilmesi talep edilmiştir.

9. Başvurucu davaya cevabında; müşterek çocuğun anne yanında yasal bir şekilde bulunduğunu, babasının izni ve onayıyla Türkiye’ye geldiğini, çocuğun kaçırılmadığını ve yasa dışı bir şekilde alıkonulmadığını belirtmiştir. Çocuğunun emzirme çağında olması nedeniyle babadan ziyade anneye ihtiyacının olduğunu, çocuğun yaşı ve menfaatleri bakımından anne yanında kalmasının uygun olduğunu, çocuğun babasının yanına götürülmesi hâlinde psikolojik olarak olumsuz etkileneceğini vurgulamıştır. Ayrıca başvurucu İzmir 1. Aile Mahkemesinde boşanma davasının bulunduğunu, dosyanın derdest olduğunu, müşterek çocuğun velayetinin geçici olarak kendisine bırakılarak çocuk ile baba arasında kişisel ilişki düzenlendiğini ifade etmiştir. Başvurucu, çocuğunun Türkiye’de doğduğunu, Yunanistan’ın mutad mesken olarak kabul edilemeyeceğini bu nedenlerle davanın

haksız ve dayanaksız olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

10. İzmir 7. Aile Mahkemesinde görülen davada hazırlanan 8/9/2017 tarihli uzman raporunda; inceleme tarihinde 22 aylık olan müşterek çocuğun temel güven duygusunun gelişimi açısından anne ilgisine, bakım ve şefkatine muhtaç olduğu, başvurusunun küçüğün bakım ve ihtiyaçlarının karşılanması konusunda istekli olduğu, başvurusunun küçüğün gelişimini olumsuz yönde etkileyecek riskli davranışlarına rastlanılmadığı tespitleri yapılmıştır. Raporda anneye bağımlılığın devam ettiği erken çocukluk döneminde bulunan müşterek çocuğun başvuru yanıtında yaşamına devam etmesinin pedagojik ve psikososyal gelişim açısından çocuğun yararına olduğu sonucuna varılmıştır.

11. Mahkeme 13/9/2017 tarihinde davanın kabulüyle çocuğun mutata meskeni olan Yunanistan'a iadesine karar vermiştir. Karar gerekçesinde, taraf ve tanık beyanları ile anılan uzman raporuna yer verildikten sonra, Lahey Sözleşmesi'nin ilgili maddelerine atıf yapılarak; mutata meskenin çocuğun yaşamını sürdürdüğü, maddi ve şahsi ilişkileri ile en sıkı şekilde bağlantılı kurduğu yer olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kararda ailenin Yunanistan'da yaşadığı, başvurusunun tatil amacıyla Türkiye'ye geldiği vurgulanarak çocuğun mutata meskeninin Yunanistan olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Başvurusunun, 10/6/2016 tarihinde gelip 24/6/2016 tarihinde geri dönmek kaydıyla eşinin muvafakatini alarak Türkiye'ye geldiği ancak mutata meskene dönmediği, müşterek çocuğu alıkoyduğu, çocuğun iadesi hâlinde fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalacağı hususunun kanıtlanmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca Lahey Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde çocuğun menfaatinin takdirinde yaş küçüklüğünün tek başına iade talebinin reddini haklı kılacak bir kriter olarak kabul edilmeyeceği belirtilerek, çocuğun mutata meskene iadesine karar verilmiştir.

12. Başvurusunun anılan karara itirazı İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesinin 22/1/2018 tarihli kararıyla kabul edilmiştir. Karar gerekçesinde; ilgili mevzuat hatırlatıldıktan sonra başvurusunun cevap dilekçesinde çocuğun iadesi hâlinde fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalma riskinin olduğu iddiasını tanık deliline dayandırmasına rağmen tanıkların dinlenmediği vurgulanarak, başvurucuya tanık listesi bildirmesi için süre verilerek tanıkların dinlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca uzman raporunda başvurusunun eşi ile görüşülmeden hazırlandığı, iade hâlinde çocuğun fiziki ya da psikolojik bir tehlikeye

maruz kalma riskine ilişkin değerlendirme yapılmadığı belirtilerek yeniden bilirkişi raporu alınması gerektiği ifade edilmiştir.

13. Anılan karar sonrası devam edilen yargılamada tanıklar dinlenmiş ve uzman raporu alınmıştır. Başvurucunun bildirdiği tanıklar beyanlarında; müşterek çocuğun anneye daha yakın olduğu, annenin yaşam koşullarına ve konuştuğu dile alıştığı, babayla görüşmede isteksiz olduğu, babasıyla iki gün yatılı olarak görüştüğünde bile çocuğun psikolojisinde ve alışkanlıklarında değişiklik olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca bir tanık babanın ablasının kanser hastalığından dolayı vefat ettiğini bu nedenle çocuğun iadesi hâlinde çocuğun babaanne ve başvurucunun eşinin yeğeni ile birlikte yaşamak zorunda kalacağını, bu durumun psikolojik sorunlara neden olabileceğini, çocuğun anneye yaşadığı için Türkçeye yatkın olduğunu belirtmiştir. Babanın bildirdiği tanıklar beyanlarında; çocuğun babasının yanında rahat ettiğini, babasıyla iletişiminin iyi olduğunu, babanın çocuğuna iyi baktığını ifade etmişlerdir.

14. Başvurucu ve eşiyile görüşülerek hazırlanan 19/2/2018 tarihli uzman raporunda; başvurucunun boşanmak ve çocuğun velayetini almak istediği, eşinin ise boşanmak istemediği ancak boşanma hâlinde çocuğunu ülkesinde büyütmek istediği, tarafların çocuğun velayeti konusunda uzlaşamadıkları, her iki tarafın olayları farklı anlatarak birbirlerini suçladıkları belirtilmiştir. Ayrıca babanın yaşadığı yerde inceleme yapılamadığı için küçüğün babaya verilmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı ya da başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk bulunduğu dair somut delil ve olgu elde edilemediği ifade edilmiştir. Öte yandan rapor sonucu olarak küçüğün velayetinin babaya verilmesi durumunda yurt dışında yaşayacağından anne sevgi ve şefkatinden yoksun kalacağı ve yeni çevresiyle uyumunun çocuğun ruhsal gelişimini bozabileceği, bu durumun çocuğun sağlıklı gelişimini engelleyebileceği vurgulanmıştır.

15. Mahkeme 10/4/2018 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; çocuğun 19 aylık olduğu ve yaşının 6 aylık bölümünü Yunanistan'da geçirdiği, küçüğün psikososyal ve fiziki açıdan anne sevgi ve ilgisine ihtiyaç duyacak yaşta olduğu hususları vurgulandıktan sonra, çocuğun iadesine karar verilmesi hâlinde yetiştirme çağında annenin sevgi ve şefkatinden mahrum kalacak olmasının çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı, çocuğun

annesinden ayrılmasının yaşı gözetildiğinde Lahey Sözleşme'sinde belirtilen ruhsal risk olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

16. Başvurucunun eşinin ve Cumhuriyet Başsavcılığının anılan karara itirazı sonrası İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi 5/7/2018 tarihinde ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın kabulü yönünde hüküm kurmuştur. Kararın gerekçesinde; başvurucunun, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek duruma düşüreceği yolunda ciddi risk bulunduğunu gösteren o ülke makamlarından elde edilmiş belge ve bilgi sunmadığı belirtilmiştir. Ayrıca yaş küçüklüğünün Lahey Sözleşmesi kapsamında iade isteğinin reddini gerektiren nedenler arasında gösterilmediği, Lahey Sözleşmesi'nde küçüğün anneden ayrılacak olmasının risklerini değil geri dönme hâlinde ciddi risk varsa bu durumu esas aldığı vurgulanmıştır. Buradan hareketle uzman raporunun çocuğun yaşını gözeterek annesinden ayrılmasının risklerine dair görüş bildirdiği, anılan görüşünde varsayıma dayalı olduğu ifade edilmiştir.

17. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 25/10/2018 tarihinde yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasa uygun hükmün onanmasına karar vermiştir.

18. Nihai kararı başvurucu vekili 30/11/2018 tarihinde Ulusal Yargı Ağı Sistemi (UYAP) üzerinden öğrenmiştir.

19. Başvurucu 3/12/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

20. Öte yandan başvurucunun eşi çocuğun velayetinin kendisine verilmesi veya kişisel ilişki kurulması talebiyle Yunanistan'da dava açmıştır. Selanik Tek Üyeli Asliye Hukuk Mahkemesi 8/3/2017 tarihinde velayetin babaya verilmesi yönünden davanın reddine, kişisel ilişki kurulması yönündeki talebin kabulüne karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; çocuğun 16 aylık olduğu ve bakımının annesi tarafından yapıldığı, çocuğun yaşı gereği annenin bakım ve ilgisine ihtiyacı olduğu, uzman görüşlerine göre üç yaşını doldurana kadar anneden ayrılmanın çocuk yararına olmadığı belirtilmiştir. Bu durumla birlikte bebeklik yaşındaki küçüğün gece konaklamalarının uyku ve yemek alışkanlıklarını da değiştireceği dikkate alınarak üç yaşına kadar gece konaklamaları öngörmeyen kişisel ilişki kurulmasına karar verilmiştir.

21. Ayrıca UYAP üzerinden yapılan incelemede; başvurucunun İzmir

1. Aile Mahkemesinde evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenine dayalı boşanma davası açtığı, 2016/784 Esas sayılı yargılamanın derdest olduğu, çocuğun velayetinin tedbiren başvurucaya bırakılmasına karar verildiği görülmüştür. Yargılama sürecinde alınan uzman raporunda; müşterek çocuğun duygusal olarak annesine daha yakın olduğu, babasıyla yakın duygusal ilişki gözlemlenmediği ancak babasının iletilerine yaşına uygun tepki verdiği belirtilmiştir. Ayrıca raporda, çocuğun baba görüşmelerinde otelde kaldığı da hatırlatılarak çocuğun yaşı ve annesiyle bağı dikkate alındığında küçüğün baba yanında yatılı kalmasının uygun olmadığı değerlendirilmesine yer verilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

22. Anayasa Mahkemesi uluslararası çocuk kaçırma vakalarına bağlı olarak mutad meskene iade konularını incelediği daha önceki kararlarında ilgili mevzuata ve benzer durumlara ilişkin uluslararası hukuka yer vermiştir (*Marcus Frank Cerny [GK]*, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, §§ 18-25; N.Ö., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, §§ 19, 22; *Levent Aşıklar*, B. No: 2014/13936, 8/3/2018, §§ 32, 54; *Angela Jane Kilkenny*, B. No: 2015/10826, 17/7/2018, §§ 25, 52; *Cem Ramazan Ninek*, B. No: 2015/13760, 18/7/2018, §§ 38, 67; N.Ö. 19, 22).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 9/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu; çocuğunu kaçırmadığını ve alıkoymadığını, eşinin izni ve onayıyla Türkiye'ye geldikten sonra eşiyile anlaşamadığı için boşanma davası açtığını, Mahkemenin çocuğun velayetini geçici olarak kendisine bırakmakla birlikte eşiyile çocuk arasında kişisel ilişki öngördüğünü belirtmiştir. Çocuğun Türkiye'de doğduğu, Türk vatandaşı olduğu, sadece altı ay Yunanistan'da kaldığı, aşuların bile Türkiye'de yapıldığı hususları ile doktrinde emzirme çağında ve hâlen anne kucağında olan çocukların anneden ayrı mutad meskeni olamayacağı yönündeki baskın görüş birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun üstün yararı gereği mutad meskenin annenin yaşadığı yer olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak mutad mesken değerlendirmesinde Mahkemenin, küçüğün yaşam unsurlarının odaklandığı yer ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözetmediğini, ayrıca çocuğun iadesi hâlinde

ciddi psikolojik ve ruhsal travma yaşayabileceğini ortaya koyan tanık beyanları ve uzman raporlarının hükme esas almadığını ileri sürmüştür. Eşinin işsiz olduğunu, geçici işlerde çalıştığını, sağlık sorunları olan annesi ve psikolojik travma yaşayan yeğeniyle birlikte kaldığını, anneye muhtaç çağdaki bir çocuğun belirtilen ortamda yaşamasının psikolojik sorunlara neden olacağını açık olduğunu, ayrıca Selanik Asliye Hukuk Mahkemesinin bile çocuğun babayanında gece konaklamasının sakıncalı olduğuna karar verdiğini vurgulamıştır. Başvurucu, doğduğundan beri kendisinin çocuğuna baktığını ve hiç ayrılmadıklarını, çocuğuyla Türkçe iletişim kurduğunu belirterek adil yargılanma ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

25. Bakanlık görüşünde; inceleme yapılırken başvurusunun 3 yaşında olan çocuğuyla kişisel ilişki kurulmasının zorunlu olduğu, anılan ilişkinin kopması durumunda zamanla çocuk ile yanında bulunmayan anne arasındaki ilişkide geri dönüşü olmayan olumsuz etkiler meydana gelebileceği hususlarının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca çocuğun ebeveynleri ile kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkı ile çocuğun üstün menfaatlerine aykırı veya sağlığına ve gelişimine zarar verebilecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğünün yapılacağı değerlendirilmede göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmiştir.

26. Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru; Bakanlığın sunduğu görüşlere katıldığını, yargılama sürecinde hazırlanan uzman raporlarında da küçüğün babasına iadesi hâlinde ciddi ruhsal travmalar yaşayabileceğinin belirtildiğini, hükme esas alınabilecek tanık anlatımlarının da böyle bir riskin varlığını doğruladığını belirtmiştir. Çocuğun Türkiye’de doğduğu, Türk vatandaşı olduğu ve Türkçe konuştuğu, başka dilde iletişim kurmadığı, annenin sosyal çevresine ve koşullarına alıştığı hususları ile başvuru annenin Yunanistan’da yaşama olanağının olmadığı hususu dikkate alındığında çocuğun anneden koparılmasının şimdi ve ileride ciddi psikolojik sorunlara yol açacağını açık olduğu vurgulanmıştır.

B. Değerlendirme

27. 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.”

28. Anayasa'nın “Özel hayatın gizliliği ve korunması” kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

29. Anayasa'nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

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

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

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

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

30. 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).

31. Anayasa Mahkemesinin önceki kararları uyarınca ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklarda, sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dâhil olmak üzere ilgili idari ve yargısal işlemlere dair şikâyetlerin bir bütün hâlinde aile hayatına saygı hakkı bağlamında incelenmesi gerekmektedir (*Marcus Frank Cerny [GK]*, § 82; *Levent Aşıklar*, § 59). Başvurucunun ileri sürdüğü adil yargılanma hakkının ihlali iddiası aynı zamanda aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınacak başvurucağının usule ilişkin güvencelerden yararlanıp yararlanmadığı hususuna da ilişkin olduğundan başvurucağının Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması gerekir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden a. Genel İlkeler

33. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, § 36).

34. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin -mevcut olayda babanın- çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel, doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 41).

35. Bu bağlamda ebeveynler tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakaları, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları, uluslararası anlamda ciddi bir iş birliğini gerektirmekte olup bu iş birliği bakımından en önemli vasıtalardan biri Lahey Sözleşmesi'dir. Lahey Sözleşmesi, en basit ifadesiyle yasa dışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini öngörerek ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarının çözümü hususunda hızlı bir prosedür öngörmekte olup Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette mutlak olarak ikamet eden çocuğun diğer bir taraf devlete yasa dışı kaçırılması veya orada alıkonulması durumunda Sözleşme'de yer verilen sınırlı sayıdaki istisnai hâller dışında çocuğun

bulunduğu ülkenin yetkili makamlarının, çocuğu mutata ikametgâhı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur (*Marcus Frank Cerny*, §§ 44, 46, 47).

36. Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler ülke sınırları içinde, Lahey Sözleşmesi'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en süratli usullere başvurmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir (*Marcus Frank Cerny*, § 55).

37. Lahey Sözleşmesi kapsamında kural ivedi iade olmakla birlikte zorunlu iade kararının bir dizi istisnası bulunmaktadır. Bu istisnalar Lahey Sözleşmesi'nin 13. ve 20. maddelerinde yer almakta olup ilgili hükümlerin yargısal makamlara çocuğun iadesini reddetme yetkisi tanıdığı görülmektedir. Lahey Sözleşmesi'nin temel amacı, çocuğun mutata meskeni olan ülkesine iade edilmesini sağlayarak koruma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri nazara alınmak suretiyle mutata meskenin yargı makamlarınca belirlenmesidir. Bununla birlikte yer değiştirmenin veya alıkoymanın geçerli sebeplerinin bulunabileceği veya iadenin çocuğa ciddi zararlar verebileceği durumların olabileceği gerçeği karşısında belirtilen istisna hükümlerine yer verilmek suretiyle Lahey Sözleşmesi'nin uygulamasında bazı güvence hükümlerine yer verilmek istenildiği anlaşılmaktadır (*Marcus Frank Cerny*, § 58).

38. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atıf yaptığı hâllerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir (*Marcus Frank Cerny*, § 62; *Levent Aşıklar*, § 68).

39. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili

meselerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunmaları gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*Marcus Frank Cerny*, § 74; *Levent Aşıklar*, § 76).

40. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati; bir yandan -söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç- ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de geçerli olup Lahey Sözleşmesi çocuğun geri döndürülmesi, çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır (*Marcus Frank Cerny*, § 75; *Levent Aşıklar*, § 77).

41. Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen iadenin istisnası hükümleri kapsamında iadeye ilişkin gerekliliğin belirlenmesinin yanı sıra bu tür olaylarda bir tedbirin yeterli olup olmadığı, tedbirin hızla uygulanmasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Zira velayet ve kişisel ilişki tesisi hususundaki davalar, zamanın geçmesi çocuğun birlikte yaşamadığı ebeveyn ile arasındaki ilişkiler üzerinde telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurabileceğinden ivedi şekilde sonuçlandırılmalıdır. Lahey Sözleşmesi de bu kabul doğrultusunda hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan veya Sözleşmeci devlette alıkonulan bir çocuğun hemen geri döndürülmesini sağlamak için bir dizi tedbir öngörmüştür. Aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki uyuşmazlıklarda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda ilgili idari ve yargısal işlemlerin süratle yerine getirilmesi kadar, karar oluşturma sürecinin ilgili kişilerin görüşlerini tam olarak sunabildikleri adil bir süreç olmasının sağlanması da önemlidir. Bu çerçevede Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine, ilgili yargısal süreçlerin ivedi şekilde tarafların katılımına açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle yürütülmesi şeklindeki usule ilişkin yükümlülüğün de eklenmesi gerekmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 81).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

42. Başvuru, Anayasa Mahkemesinin daha önce Marcus Frank Cerny ve Levent Aşıklar kararlarında vurgulandığı gibi çocuk ile anne ve babanın yarışan menfaatleri arasında devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığı yönünden incelenecektir.

43. Çocukların ebeveynlerinden birinin velayet hakkı ihlal edilmek suretiyle kaçırılmaları veya alıkonulmalarının sonuçlarının hafifletilmesi/ önlenmesi amacıyla ülkemizce kabul edilen Lahey Sözleşmesi'ne dayanılarak yürürlüğe giren 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'a göre çocukların mutad meskenlerine derhâl iadesi kuraldır. Kuralın istisnaları aynı metinlerde sınırlı olarak gösterilmiştir.

44. Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre alıkonulan çocuğun mutad meskeni tespit edildikten sonra ancak çocuğun iade edilmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağına veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespiti hâlinde yargısal makamların usule ilişkin güvenceleri işleterek ve çocuğun üstün yararı gözönüne alarak iade talebini reddetme konusunda takdir yetkisine sahip oldukları şüphesizdir.

45. Başvuruya konu olayda ailenin müşterek çocuk doğduktan sonra Yunanistan'a yerleştikleri, kısa bir süre sonra çocuğun babanın da rızası alınarak başvuru ile birlikte Türkiye'ye geldiği, ancak başvuruçunun boşanma davası açarak Yunanistan'a dönmediği anlaşılmaktadır.

46. Öncelikle çocuğun mutad meskene iadesine ilişkin davalarda, tarafların koşulları ayrıntılı bir şekilde incelenmeli, tarafların çıkarları ile çocuğun yüksek menfaati arasında bir denge kurulmalı ve sonuç olarak çocuk için en iyi çözümün ne olduğu tespit edilerek karar verilmelidir. Çocuğun üstün yararına olanın ve mutad meskenin belirlenmesi sürecinde, özellikle anneye bağımlılık çağındaki çocuklar yönünden, çocuğun yaşı, anneye yaşadığı yer ve süre, annenin yaşam koşullarına alışma düzeyi ile annenin çocukla birlikte çocuğun iade edileceği ülkede yaşama olanağı olup olmadığı hususları gözetilerek iadesi hâlinde çocuğun maruz kalabileceği risklerin tespit edilmesi gerektiği söylenebilir. Bu kapsamda anneye bağımlılık çağındaki olan ve doğumundan itibaren anne tarafından bakılan çocukların, anne yanındayken alıştığı koşullardan ve anneden koparılıp başka bir ülkeye

gönderilmesinin çocuk üzerinde olumsuz etkilerinin olabileceğinin de gözetilmesi gerekir.

47. Bu bağlamda mutlak meskene iade ve boşanma davalarında taraflar ile görüşülmek suretiyle hazırlanan uzman raporları incelendiğinde; çocuğun anneye bağımlılık çağına olduğu, küçüğün iadesi veya velayetinin babaya verilmesi durumunda yurt dışında yaşayacağından anne sevgi ve şefkatinden yoksun kalacağı ve yeni çevresiyle uyumunun çocuğun ruhsal gelişimini bozabileceği belirtilerek çocuğun annenin yanında kalmasının çocuğun menfaatine olduğu ifade edilmiştir. Uzman raporlarında babanın yaşadığı yerde inceleme ve oradaki aile bireyleriyle görüşme yapılamadığı için çocuğun iadesi hâlinde fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz kalıp kalmayacağı yönünde bir tespit yapılamamıştır. Öte yandan Selanik Asliye Hukuk Mahkemesi, çocuğun yaşı ve babanın koşullarını gözeterek çocuğun üç yaşına kadar anneden koparılmasının sakıncalı olduğunu tespit ederek çocuğun velayetinin başvurucuya verilmesine karar vermiştir. Ayrıca anılan kararda, çocuğun anneden koparılmasını önlemek amacıyla babayla çocuk arasında gece konaklama içermeyen kişisel ilişki tesis edilmiştir.

48. Yukarıda belirtilen çocuğun anneye bağımlı olması nedeniyle iadesi hâlinde psikolojik yönden olumsuz etkileneceği yönündeki tespitler ile çocuğun doğumdan itibaren anne tarafından bakıldığı, annenin koşullarına alıştığı ve iade hâlinde çocuğun anneden ve alıştığı koşullardan koparılacağı hususlarının derece mahkemeleri tarafından çocuğun üstün yararına olanın belirlenmesinde gözetilmediği anlaşılmıştır. Diğer yandan başvurucunun, eşinin işsiz olduğu, eşinin yaşam koşullarının çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği yönündeki iddialarının tanık beyanıyla da desteklenmesine rağmen Mahkeme tarafından çocuğun babasının yaşam koşulları ve çocuğun iadesi hâlinde fiziksel veya psikolojik olarak bir tehlikeye maruz kalıp kalmayacağı yönünde ayrıca bir araştırma yapılmadığı görülmüştür.

49. Diğer yandan her iki ülkenin yargı makamları tarafından çocuğun anneden koparılmasının sakıncaları gözetilerek velayetin başvurucuya bırakıldığı, çocuğun yaşı gereği anneye bağımlı olduğu, doğumdan itibaren çocukla annenin ayrılmadıkları ve bu süreçte çocuğun annenin Türkiye'deki koşullarına uyum sağladığı, Türkçe iletişim kurduğu hususları gözetildiğinde; anneden ve alıştığı koşullarından koparılması

hâlinde çocuğun psikolojik sorunlar yaşayabileceği yönündeki uzman görüşünün de temelsiz olmadığı söylenebilir. Bu durumla birlikte babanın Yunanistan'daki yaşam koşullarının derece mahkemeleri tarafından araştırılmadığı hususu birlikte değerlendirildiğinde; sonuç olarak çocuğun yüksek yararına olanın ve Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan istisnanın şartlarının oluşup oluşmadığının tespitine yönelik özenli bir yargılama yapılmadığı anlaşılmıştır.

50. Açıklanan gerekçelerle başvurusunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

51. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurusunun 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.”

52. Başvurucu ihlalin tespit edilmesini istemiş ve yeniden yargılanma talebinde bulunmuştur.

53. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin

devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

54. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

55. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin 1 numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

56. İncelenen başvuruda aile hayatına saygı hakkının güvencelerini gözetken özenli bir yargılama yürütülmemesi nedeniyle aile hayatına hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

57. Bu durumda aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar

bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 7. Aile Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

58. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 294,70 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.294,70 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA, B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 7. Aile Mahkemesine (E.2018/68, K.2018/269) GÖNDERİLMESİNE,

D. 294,70 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.294,70 TL yargılama giderinin başvuruca ÖDENMESİNE, E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruca 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,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 9/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET EMİN BALCI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/10459)

Karar Tarihi: 8/1/2020

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Recai AKYEL
Raportör	: Fatih ALKAN
Başvurucu	: Mehmet Emin BALCI
Vekili	: Av. Makbule TANIŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, çocukların mutat meskenlerinin bulunduğu ülkeye iade edilmesine karar verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

ii. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/6/2015 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. Başvurucunun tedbir talebi 1/10/2015 tarihinde Bölüm tarafından reddedilmiştir.

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

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

8. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvurucu ve eşi 16/12/2015 tarihinde Yunanistan'a yerleşmişlerdir. Başvurucu müşterek çocukla birlikte 10/6/2016 tarihinde Türkiye'ye gelmiştir.

10. Başvurucu ile Avusturya vatandaşı C.A.K., 1999 yılında Türkiye'de evlenmişler ve kısa bir süre sonra Avusturya'ya taşınmışlardır. Bu evlilikten 2003 yılında L.A.B., 2006 yılında S.B. ve 2009 yılında N.M.B. dünyaya gelmiştir. Çocukların üçü de Avusturya doğumludur.

A. Türkiye'de ve Avusturya'da Açılan Boşanma Davalarına İlişkin Süreç

11. Başvurucu, evlilik birliği içinde geçimsizliğe düştüklerini belirterek üç çocuğuyla birlikte 18/2/2012 tarihinde Türkiye'ye gelmiş ve Avusturya'ya dönmemiştir. Akabinde başvurucu 6/4/2012 tarihinde Antalya 4. Aile Mahkemesinde boşanma davası açmıştır. Dava dilekçesinde başvurucu, çocuklarının velayetiyle birlikte nafaka ve tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurucu ayrıca çocukların geçici velayetlerinin de kendisine verilmesini talep etmiştir.

12. Antalya 4. Aile Mahkemesinin 19/7/2012 tarihli ara kararıyla uzman raporunun beklenmesine, uzman tarafından hazırlanacak raporun mahkemeye sunulmasından sonra geçici velayet konusunun değerlendirilmesine karar verilmiştir. 6/8/2012 tarihli uzman raporunda ise çocukların velayetine ilişkin görev ve sorumlulukların başvurucu tarafından sorunsuz şekilde yerine getirilebileceği yönünde görüşe yer verilmiştir. Bunun üzerine Mahkemenin 7/8/2012 tarihli kararıyla çocukların velayetinin dava sonuna kadar tedbiren başvurucuya verilmesine karar verilmiştir.

13. Başvurucu tarafından Türkiye'de açılan söz konusu dava

devam ederken Avusturya'da yaşayan C.A.K. tarafından Avusturya mahkemelerinde başvurucuya karşı boşanma davası açılmış ve Freistadt Mahkemesinin 31/10/2014 tarihli kararıyla tarafların boşanmalarına ve çocukların velayetinin anne C.A.K.ya verilmesine hükmedilmiştir. Söz konusu karar 2/6/2015 tarihinde kesinleşmiş ve kesinleşen yabancı mahkeme ilamının Antalya 4. Aile Mahkemesinin 15/10/2015 tarihli kararı ile tanınmasına karar verilmiştir.

14. Antalya 4. Aile Mahkemesi, tanıma kararının 27/11/2015 tarihinde kesinleşmesi nedeniyle başvurucu tarafından açılan boşanma davasının usul yönünden reddine karar vermiştir.

B. Çocukların Mutat Mesken Ülkesine İade Edilmesine İlişkin Süreç

15. C.A.K., başvurucunun çocuklarını kaçırdığından bahisle Avusturya makamları aracılığıyla Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığına başvuruda bulunarak çocuklarının mutat meskenlerine iade edilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine Bakanlığa izafeten Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık), çocukların Avusturya'ya iade edilmelerine karar verilmesini 15/3/2013 tarihinde Antalya 6. Aile Mahkemesinden (Mahkeme) davaname ile talep etmiştir.

16. Davanamede; çocukların doğup büyüdükleri ve annelerinin ikametinin de bulunduğu Avusturya'dan davacı annenin rızası olmaksızın başvurucu tarafından Türkiye'ye getirildiği, bu suretle 25/11/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'ye (Lahey Sözleşmesi) aykırı davranıldığı ileri sürülmüştür. Davanamede, ortak çocukların ikametgâhının değiştirilmemesi amacıyla ivedi güvenlik önlemlerinin alınması ve çocukların mutat meskeni olan Avusturya'ya iadesine karar verilmesi talep edilmiştir.

17. Başvurucu 24/4/2013 tarihli cevap dilekçesinde, çocukların iadesi talebiyle açılan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir. Başvurucu; şiddet ortamında büyüyen davacının çocuklarıyla ilgilenmediğini, zaman zaman çocuklarına maddi ve manevî anlamda şiddet uyguladığını, intihar eğiliminde olduğunu ileri sürmüştür. Mahkemeye bazı tanık isimleri ile şiddet görüntüleri içerdiğini iddia ettiği bir adet taşınabilir belleği delil olarak sunan başvurucu, iadeye karar verilmesi halinde çocukların bedeni ve fikri gelişimlerinin zarar göreceğini ve telafisi imkânsız zararların meydana geleceğini iddia etmiştir.

18. Mahkeme; psikolog, sosyal hizmet uzmanı ve pedagoğdan oluşan bilirkişi heyeti marifetiyle çocukların yaşam alanı ve okul çevresinin çocukların gelişimi, fikrî ve ahlakî gelişimlerine uygun olup olmadığı, çocukların Avusturya'ya iade edilmelerinin menfaatlerine olup olmayacağı ve başvurusunun tedbiren velayet görevini yerine getirip getiremediği hususlarında sosyal inceleme raporu hazırlanmasına karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, çocuklar ile anne arasında kişisel ilişki kurulmasında bir sakınca bulunup bulunmadığının değerlendirilmesini de istemiştir.

19. Bilirkişi heyeti; çocuklar, çocukların babası, annesi, babaannesi ve Türkiye'deki öğretmenleri ile yüz yüze görüşmeler yapmış ve çocukların yaşadıkları ev ortamını incelemiştir. 14/5/2013 tarihli sosyal inceleme raporunda, çocukların yaşadıkları ev ortamının bakım ve yetiştirilmeleri açısından yeterli olduğu ve öğrenim gördükleri okullara uyum sağladıkları belirtilmiştir. Çocukların anneleriyle yaklaşık on dört aydır düzenli ve sürekli bir görüşme gerçekleştirmedikleri, başvurusunun çocukları annelerine karşı yabancılaştırmaya yönelik tavır, tutum ve davranışlar sergilediği, bu durumun çocukların gelişimlerini olumsuz etkileyebileceği, bu hususta başvurusunun Mahkeme aracılığıyla uyarılmasının uygun olacağı ifade edilmiştir. Raporda; çocukların anneleriyle görüşebilmelerindeki inisiyatifin başvurucuda olduğu, çocukların annelerine karşı tepkisel davranışlar sergiledikleri, bu tür davranışları uygun şekilde çözümlenmeden anneleriyle uzun süreli zaman geçirmelerinin olumsuz sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Raporda, çocuklarla anneleri arasındaki ilişkinin sağlıklı bir zemine oturabilmesi için aralarında kişisel ilişki kurulmasının uygun olacağı vurgulanmıştır.

20. Mahkemeye sunulan 28/6/2013 tarihli uzman raporunda ise, çocuklar ile anneleri arasında gerçekleştirilen kişisel ilişkiler neticesinde çocuklardan ikisinin annelerine olan tepkilerinin azaldığı, 2003 yılı doğumlu L.A.B.nin tepkilerinin ise devam ettiği ve annesiyle görüşmek istemediği belirtilmiştir. L.A.B.nin, annesi C.A.K. tarafından kendisine ve kardeşlerine şiddet uygulandığına ilişkin beyanlarına yer verilen raporda; çocukların başvurusuyla Türkiye'de yaşadıkları ortama uyum sağladıkları ve Avusturya'ya dönmek istemedikleri ifade edilmiştir. Raporda, Mahkemeye sunulan videolar ile büyük çocuk L.A.B.nin beyanları birlikte değerlendirildiğinde, çocukların annelerine teslim edilmesi ve anneleriyle yalnız kalmaları durumunda fiziksel ve psikolojik olarak risk içerisinde olacakları değerlendirilmiş ve şimdilik çocukların

başvurucuyla birlikte yaşamalarının uygun olacağı, anneleriyle kişisel ilişkinin devam etmesi gerektiği belirtilmiştir.

21. Başvurucu tarafından Mahkemeye delil olarak sunulan videolar ve fotoğraflar tercüman ve teknik uzmandan oluşan heyet tarafından çözümlenmiştir.

22. Mahkeme 23/9/2013 tarihli kararı ile çocukların iadesine ilişkin davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; anne tarafından çocuklara yönelik fiziksel, sözel ve psikolojik şiddet uygulandığının değerlendirildiği, çocukların annelerine teslim edilmesi durumunda gelişimleri yönünden risk içerisinde olabilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca başvurucunun psikososyal açıdan çocukların bakımını ve ihtiyaçlarını gerçekleştirebilecek yetenekte olduğu ifade edilmiştir.

23. Söz konusu karar Başsavcılık ve davalı C.A.K. tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir. Başsavcılık tarafından 30/9/2013 tarihinde yapılan temyiz başvurusunda, Lahey Sözleşmesi kapsamında açılan çocukların mutad meskenlerine iade edilmesine ilişkin davanın velayet ve boşanma davalarından bağımsız olduğu, Mahkemece çocukların mutad meskenlerine iade edilmesine karar verilmesi gerekirken dava konusu dışındaki hususların araştırıldığı, bu suretle Lahey Sözleşmesi ile yasal düzenlemelere aykırı şekilde karar verildiği belirtilmiştir.

24. Davalı anne C.A.K. tarafından sunulan 8/11/2013 tarihli temyiz dilekçesinde ise, hazırlanan uzman raporları arasında çelişkiler bulunduğu, çocukların başvuru tarafından baskı altında tutulduğu, Avusturya'da bulunduğu dönemde başvurucunun intihara teşebbüs ettiği, kamu görevlisini tehdit etmesinden dolayı yargılandığı ve hüküm giydiği iddia edilmiştir. Ayrıca üç çocuğun mutad meskenlerinin bulunduğu bir ülkeden ve annelerinden kaçırılmasının başvurucunun psikolojisinin normal olmadığını ortaya koyduğu ileri sürülmüştür. Dilekçede; bu hususların çocukların iadesi talebiyle açılan davanın konusunu oluşturmadığı, iadenin istisnalarına ilişkin Lahey Sözleşmesi'nde öngörülen koşulların gerçekleşmediği, muayenehane yardımcılığı mesleğini icra eden anne C.A.K.'nın psikolojik rahatsızlığının bulunmadığının ve yetiştirme kabiliyetinin bulunduğu sağlık raporlarıyla ortaya konulduğu, çocukların annelerinin bakım ve şefkatine muhtaç oldukları ifade edilmiştir.

25. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin (Daire) 15/1/2014 tarihli kararıyla hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde; Lahey

Sözleşmesi'nin amacına yer verilmiş ve yapılan soruşturma ve toplanan delillerden başvuruçunun 2013 yılı Şubat ayında, müşterek çocukları mutat meskenleri olan Avusturya'dan alıp Türkiye'ye getirdiğinin, yeniden Avusturya'ya dönmediğinin ve bu suretle çocukları annenin kanundan doğan velayet hakkını ihlal etmek suretiyle haksız olarak alıkoyduğunun tespit edildiği ifade edilmiştir.

26. Kararda, çocukların iadesine ilişkin talebin reddini gerektirecek vahim bir tehlikenin varlığına veya geri dönmelerinin çocukları fiziksel ve psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağına ya da başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğine dair ciddi bir riskin varlığının kanıtlanamadığı belirtilerek talebin kabulü gerekirken reddine karar verilmesinin hukuken doğru olmadığı şeklinde değerlendirmelere yer verilmiştir. 26. Mahkeme, Yargıtayın bozma kararı doğrultusunda yaptığı yargılama neticesinde davanın kabulüne ve çocukların mutat meskenleri olan Avusturya'ya iade edilmelerine karar vermiştir. 14/7/2014 tarihli kararın gerekçesinde; başvuruçunun anne C.A.K.nın kanundan doğan velayet hakkını ihlal etmek suretiyle çocukları haksız olarak alıkoyduğunun anlaşıldığı, geri dönmelerinin çocukları fiziksel ve psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağına veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğine dair ciddi bir riskin varlığının kanıtlanamadığı, tarafı olduğumuz Lahey Sözleşmesi gereğince çocukların derhâl mutat meskenlerinin bulunduğu ülkeye iade edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca Lahey Sözleşmesi'ne göre çocukların mutat meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi için mutat meskenin bulunduğu ülke makamlarından önceden alınmış velayete veya kişisel ilişki kurma hakkına dair bir kararın varlığının da gerekmediği vurgulanmıştır.

27. Söz konusu karar Dairenin 25/12/2014 tarihli kararıyla onanmıştır.

28. Karar düzeltme talebi ise Dairenin 9/4/2015 tarihli kararıyla reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir.

29. Nihai karar 15/5/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

30. Başvuruçucu 15/6/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

31. İlgili hukuk için bkz. *Marcus Frank Cerny (GK)*, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, §§ 18-25; *Levent Aşıklar*, B. No: 2014/13936, 8/3/2018, §§ 32-54; *Angela Jane Kilkeny*, B. No: 2015/10826, 17/7/2018, §§ 25-52;

Yıldız Yıldız, B. No: 2015/19293, 17/7/2018, §§ 26-52; Cem Ramazan Ninek, B. No: 2015/13760, 18/7/2018, §§ 38-67.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 8/1/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

33. Başvurucu; yargılama sürecinde sunduğu deliller dikkate alındığında müşterek çocuklarının anneleri tarafından fiziksel ve psikolojik şiddete maruz kalacaklarını, çocukların Avusturya'ya iadeleri hâlinde gelişimlerinin zarar göreceğini, Türkiye'de sağlıklı, düzenli ve huzurlu bir ortamda büyüdüklerini belirterek iade talebinin kabulüne karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu, bu nedenlerle aile hayatına saygı hakkının, yerleşme ve seyahat hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

34. Bakanlık görüşünde, yargılama sürecinde tarafların usule ilişkin güvencelerden yararlandıkları belirtilmiş ve konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları ile başvuru konusu olay hakkında verilen yargı kararları aktarılmıştır.

B. Değerlendirme

35. Anayasa'nın "Devletin temel araç ve görevleri" kenar başlıklı 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."

36. Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

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

"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliği dayandırır.

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

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

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

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). 39.

39. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında Lahey Sözleşmesi'nin uygulanmasına ilişkin şikâyetler aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde ele alınmıştır (*Marcus Frank Cerny*, § 82; *Levent Aşıklar*, § 60; *Cem Ramazan Ninek*, § 76; *Angela Jane Kilkenny*, § 65; *Yıldız Yıldız*, § 61). Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararları uyarınca ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklarda, sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dâhil olmak üzere ilgili idari ve yargısal işlemlere dair şikâyetlerin bir bütün hâlinde aile hayatına saygı hakkı bağlamında incelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin anılan kararlarından ayrılmaya gerek bulunmadığı ve somut başvuruya konu olan Lahey Sözleşmesi'nin uygulamasına yönelik şikâyetlerin Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınması gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

41. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, § 36; *Cem Ramazan Ninek*, § 78; *Angela Jane Kilkenny*, § 67; *Yıldız Yıldız*, § 63).

42. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri, ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. Anayasa'nın 41. maddesinde, her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 41; *Cem Ramazan Ninek*, § 79; *Angela Jane Kilkenny*, § 68; *Yıldız Yıldız*, § 64).

43. Bu bağlamda ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakaları, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları, uluslararası anlamda ciddi bir işbirliğini gerektirmekte olup bu işbirliği bakımından en önemli vasıtalarından biri Lahey Sözleşmesi'dir. Lahey Sözleşmesi en basit ifadeyle yasa dışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini öngörerek ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarının çözümü hususunda hızlı bir prosedür öngörmektedir. Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette mutat olarak ikamet eden çocuğun diğer bir taraf devlete kaçırılması veya orada yasadışı alıkonulması durumunda -Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen sınırlı sayıdaki istisnai hâller dışında- çocuğun bulunduğu ülke yetkili makamlarının çocuğu mutat

ikametgâhı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur (*Marcus Frank Cerny*, §§ 44, 46, 47; *Cem Ramazan Ninek*, § 80; *Angela Jane Kilkenny*, § 69; *Yıldız Yıldız*, § 65).

44. Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler, ülke sınırları içinde Lahey Sözleşmesi'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en süratli usullere başvurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir (*Marcus Frank Cerny*, § 55; *Cem Ramazan Ninek*, § 81; *Angela Jane Kilkenny*, § 70; *Yıldız Yıldız*, § 66).

45. Bu kapsamda Lahey Sözleşmesi çerçevesinde çocuğun iadesine ilişkin olarak verilen kararın koruma hakkının esasını etkileyen bir karar olamayacağı, Lahey Sözleşmesi kapsamındaki iade taleplerinin bir velayet/koruma hakkı davası olmadığı, iade kararının da koruma hakkı/velayet kararı olmayıp bu kararın yalnızca çocuğun korunması ve ziyaret hakkının esasına ilişkin karar vermesi en uygun olan yargı alanına iadesini sağlamayı amaçladığı kabul edilmektedir. İade kararının koruma hakkının esasına ilişkin bir karar olmadığı, Lahey Sözleşmesi'nin 19. maddesinde açıkça ifade edildiği gibi 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'un 12. ve 15. maddelerinde de dile getirilmektedir. Bu bağlamda koruma hakkıyla ilgili uyuşmazlığın esasına dair ilave prosedür, çocuğun iadesini müteakip mutat meskeni yetkili makamlarınca yerine getirilecektir. Zira mutat mesken, çocuğun yer değişikliğinden önce belirli bir süre yaşadığı ve bu kapsamda çocuk için en uygun koruma hakkı süjesinin belirlenmesi hususundaki delillerin birçoğunun bulunduğu yerdir (*Marcus Frank Cerny*, § 61; *Levent Aşıklar*, § 67; *Cem Ramazan Ninek*, § 82; *Angela Jane Kilkenny*, § 71; *Yıldız Yıldız*, § 67).

46. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atf yaptığı hâllerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine

sahiptir (*Marcus Frank Cerny*, § 62; *Levent Aşıklar*, § 68; *Cem Ramazan Ninek*, § 83; *Angela Jane Kilkenny*, § 72; *Yıldız Yıldız*, § 68).

47. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, annenin, babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, kendisine tanınan takdir alanı içinde devletin bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunması gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*Marcus Frank Cerny*, § 74; *Levent Aşıklar*, § 76; *Cem Ramazan Ninek*, § 84; *Angela Jane Kilkenny*, § 73; *Yıldız Yıldız*, § 69).

48. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati bir yandan -söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç- ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de geçerli olup çocuğun geri döndürülmesi çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır (*Marcus Frank Cerny*, § 75; *Levent Aşıklar*, § 77; *Cem Ramazan Ninek*, § 85; *Angela Jane Kilkenny*, § 74; *Yıldız Yıldız*, § 70).

49. Kamu makamları somut olay benzeri uyuşmazlıklarda anne ve baba arasındaki işbirliğini kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlüdür. Çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasındaki dengenin kurulmasında ilgili kamu makamları belirli bir takdir alanına sahip olmakla birlikte burada önemli olan husus, ilgili makamların ailenin yeniden bütünleşmesini kolaylaştırmak için olayın özel şartlarının gerektirdiği her türlü tedbiri alıp almadığıdır (*Marcus Frank Cerny*, § 79; *Cem Ramazan Ninek*, § 86; *Angela Jane Kilkenny*, § 75).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

50. Başvuru, Anayasa Mahkemesinin anılan kararlarında vurgulandığı gibi, devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde çocuk

ile anne ve babanın yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurup kurmadığı yönünden ele alınacaktır.

51. Çocukların ebeveyninden birinin velayet hakkı ihlal edilmek suretiyle kaçırılmalarının veya alıkonulmalarının sonuçlarının hafifletilmesi/önlenmesi amacıyla ülkemizde de kabul edilen Lahey Sözleşmesi kapsamında çıkarılan 5717 sayılı Kanun'da çocukların mutat meskenlerine derhâl iade edilmesi kural olarak düzenlenmiştir. Kurala istisna tanıyan hükümler ise yine anılan düzenlemelerde yer almaktadır.

52. Başvurucu; müşterek çocukların mutat mesken ülkesi olan Avusturya'ya iade edilmelerine karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu, fiziksel ve psikolojik şiddete maruz kalacakları bir ortama geri dönmeleri yönünde verilen karar nedeniyle çocukların gelişimlerinin zarar göreceğini belirterek iade talebinin kabul edilmesinden şikâyet etmektedir.

53. Somut olaya konu olan iade talebini inceleyen derece mahkemeleri nihai olarak Lahey Sözleşmesi gereğince çocukların derhâl mutat meskenlerinin bulunduğu ülkeye iade edilmesi yönünde kararlar vermişlerdir. Karar gerekçelerinde ise, çocukların mutat mesken ülkesi olan Avusturya'ya iade edilmeleri hâlinde fiziksel ve psikolojik şiddete maruz kalacaklarına veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşeceklerine ilişkin ciddi bir riskin varlığının kanıtlanamadığı ve çocukların haksız olarak alıkonulduğu belirtilmiştir.

54. Bu noktada Lahey Sözleşmesi'nin amacını hatırlatmak gerekir. Sözleşme, çocuğun, ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskiyle veya başka bir şekilde katlanılmaz bir durumla karşı karşıya kalmadıkça kural olarak ivedi şekilde mutat mesken ülkesine iadesini gerektirmekte ve bu suretle aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır. Lahey Sözleşmesi kapsamında çocukların iade edilmelerine yönelik olarak verilen kararın velayet hakkının esasını etkileyen bir karar olmadığı vurgulanmalıdır. Zira iade kararıyla çocukların korunması, velayet hakkı ile kişisel ilişki kurma hakkının esas konularında karar vermeye en uygun olan yargı alanına çocukların iadesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla çocukların iade edildiği mutat mesken ülkesinde başlatılabilecek yargı süreçlerinde ebeveynin her ikisinin de velayet hakkı ve kişisel ilişki kurma hakkı bağlamında her türlü iddialarını ileri sürebilmeleri ve hak sahibi olmaları her zaman mümkündür.

55. Öte yandan Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre, alıkonulan çocuğun mutata meskeni tespit edildikten sonra ancak çocuğun iade edilmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağına veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespiti hâlinde, yargısal makamların usule ilişkin güvenceleri işleterek ve çocuğun üstün yararını gözönüne alarak iade talebini reddetme konusunda takdir hakkına sahip oldukları şüphesizdir.

56. Bu doğrultuda başvuru dosyası incelendiğinde derece mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmelerde gerek başvuru olan babanın gerekse anne C.A.K.'nin karşılıklı iddialarının dikkate alındığı, taraflarca ileri sürülen delillerin irdelendiği, Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesinde öngörülen istisnaların neden gerçekleşmiş olarak kabul edilmediğine ilişkin açıklamalara yer verildiği görülmektedir. Ayrıca çocukların iade edilmeleri yönünde verilen kararın velayet hakkının esasını etkileyen bir karar olmadığı, velayete ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda delillerin birçoğunun çocukların mutata mesken ülkesinde bulunduğu, mutata mesken ülkesinde açacağı ya da taraf olacağı bir dava ile başvuru hakkına ilişkin taleplerini her zaman ileri sürebileceği de dikkate alındığında derece mahkemelerinin Lahey Sözleşmesi'nin amacı doğrultusunda verdikleri hükmün keyfî olmadığı, ilgili ve yeterli gerekçelere dayandığı değerlendirilmektedir.

57. Yine başvuru hakkının dava süreçlerinde iddia ve savunmaları ile delillerini yazılı ve sözlü olarak sunduğu, verilen kararlara karşı kanun yollarına başvurarak etkili bir katılım sağladığı görülmektedir. Neticede, adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayet edilerek yapılan yargılamalar neticesinde çocukların üstün yararlarının sağlanması amacı doğrultusunda ve Lahey Sözleşmesi'nin getirdiği güvenceler gözönüne alınarak derece mahkemelerince oluşturulan karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olduğu, bu suretle çatışan menfaatler arasında adil dengenin kurulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

58. Açıklanan gerekçelerle başvuru hakkının Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 8/1/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M.EminKUZ

Üye

Recai AKYEL

KARŞI OY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, evlilik birliği içinde geçimsizliğe düştüklerini belirterek üç çocuğuyla birlikte 18/2/2012 tarihinde Türkiye'ye gelmiş ve Avusturya'ya dönmemiştir. Akabinde 6/4/2012 tarihinde Antalya 4. Aile Mahkemesinde boşanma davası açmıştır. Başvurucu, çocuklarının velayetiyle birlikte nafaka ve tazminat talebinde bulunmuş, çocukların geçici velayetlerinin de kendisine verilmesini talep etmiştir.

2. Antalya 4. Aile Mahkemesi çocukların velayetine ilişkin görev ve sorumlulukların başvurucu tarafından sorunsuz şekilde yerine getirilebileceği yönündeki uzman görüşünü de dikkate alarak, 7/8/2012 tarihli kararıyla çocukların velayetinin dava sonuna kadar tedbiren başvurucuya verilmesine karar verilmiştir.

3. Başvurucu tarafından Türkiye'de açılan dava devam ederken Avusturya'da yaşayan C.A.K. tarafından Avusturya mahkemelerinde başvurucuya karşı boşanma davası açılmış ve Freistadt Mahkemesinin 31/10/2014 tarihli kararıyla tarafların boşanmalarına ve çocukların velayetinin anne C.A.K.ya verilmesine hükmedilmiştir. Söz konusu karar 2/6/2015 tarihinde kesinleşmiş ve kesinleşen yabancı mahkeme ilamının Antalya 4. Aile Mahkemesinin 15/10/2015 tarihli kararı ile tanınmasına karar verilmiştir.

4. C.A.K., başvurucunun çocuklarını kaçırdığından bahisle Avusturya makamları aracılığıyla Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığına başvuruda bulunarak çocuklarının mutad meskenlerine iade edilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine Bakanlığa izafeten Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı, çocukların Avusturya'ya iade edilmelerine karar verilmesini 15/3/2013 tarihinde Antalya 6. Aile Mahkemesinden davaname ile talep etmiştir.

5. Davanamede; çocukların doğup büyüdükleri ve annelerinin ikametinin de bulunduğu Avusturya'dan davacı annenin rızası olmaksızın başvurucu tarafından Türkiye'ye getirildiği, bu suretle 25/11/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'ye (Lahey Sözleşmesi) aykırı davranıldığı ileri sürülmüş ve çocukların mutad meskeni olan Avusturya'ya iadesine karar verilmesi talep edilmiştir. Yargılama esnasında alınan uzman bilirkişi raporları başvurucu lehine olduğundan yerel mahkeme çocukların velayetinin başvurucuya verilmesi gerektiği yönünde karar vermişse de kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Lahey sözleşmesine atıf yaparak

verdiği bozma kararı nedeniyle yerel mahkeme bozma kararına uymak zorunda kalmış ve çocukların Avusturya'ya iadelerine karar vermiş, bu karar Yargıtay 2. HD tarafından onanmış ve başvuru bireysel başvuruda bulunmuştur.

6. Başvurucu dilekçesinde; yargılama sürecinde sunduğu deliller dikkate alındığında müşterek çocuklarının anneleri tarafından fiziksel ve psikolojik şiddete maruz kalacaklarını, çocukların Avusturya'ya iadeleri hâlinde gelişimlerinin zarar göreceğini, Türkiye'de sağlıklı, düzenli ve huzurlu bir ortamda büyüdüklerini belirterek iade talebinin kabulüne karar verilmesinin hukuka aykırı olduğunu, bu nedenlerle aile hayatına saygı hakkının, yerleşme ve seyahat hürriyetinin ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

7. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun 2/7/2015 tarih ve 2013/5126 numaralı Bireysel Başvuru Genel Kurul kararı karşı oyunda ifade edildiği üzere bu dosyada da fiili veya hukuki anlamda çocuk kaçırmadan söz edilemeyecektir çünkü Antalya 4. Aile Mahkemesinin çocukların velayetinin tedbiren başvurucuya verilmesine dair 7.8.2012 tarihli kararı bulunmaktadır. Türk Mahkemesinin velayete dair kararı varken Lahey Sözleşmesine atıfla, Türk Kamu Düzenine aykırı olacak ve Avusturya Mahkeme Kararının, Türk Mahkeme kararından üstün olduğu algısı yaratacak şekilde, keza çocuklardan "*L.A.B.'nin annesi C.A.K. tarafından kendisine ve kardeşlerine şiddet uyguladığı ilişkin beyanlara ve çocukların başvuruyla uyum sağladıkları ve Avusturya'ya dönmek istemedikleri ... sunulan videolar ile büyük çocuk L.A.B.'nin beyanları birlikte değerlendirildiğinde, çocukların anneye teslim edilmesi ve anneleriyle yalnız kalmaları durumunda fiziksel ve psikolojik risk içinde olacakları ... çocukların başvuruyla birlikte yaşamalarının uygun olacağı ...*" şeklindeki uzman bilirkişi raporları ile Antalya Eğitim ve Araştırma Hastanesinin, "*çocukların iadesi durumunda fiziki ve psikolojik tehlikeye maruz kalacakları*" yönündeki resmi rapor dikkate alınmaksızın verilen kararların Türk Kamu Düzenine aykırı ve Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği düşüncesinde olduğumdan çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

NURAY ÖZTÜRK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/38142)

Karar Tarihi: 10/6/2020

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL
Raportör	: Volkan SEVTEKİN
Başvurucu	: Nuray ÖZTÜRK
Vekili	: Av. İbrahim ÖZCAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; müşterek çocuğun yurt dışında bulunan mutad meskenine iade edilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının, istinaf ve temyiz incelemelerinin duruşmasız yapılması nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

ii. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 29/11/2017 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. 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 ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) ile erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan başvurucu ile Türkiye Cumhuriyeti ve aynı zamanda Almanya Federal Cumhuriyeti vatandaşı M.Ö. 22/12/2010 tarihinde evlenmiştir. Sonrasında başvurucu ile eşi Almanya'da yaşamaya başlamışlar ve 2/9/2012 tarihinde Almanya doğumlu M.Ö. isimli bir erkek evlatları dünyaya gelmiştir.

9. Başvurucu ve oğlu 13/5/2015 tarihinde Türkiye'ye gelmiştir. Başvurucu, Türk makamlarına eşi ile boşanmaya karar vermeleri nedeniyle boşanma davasını Türkiye'de açmak üzere geldiğini ifade etmiştir. Başvurucunun eşi ise Alman makamlarına beyanında, oğlunun annesiyle birlikte bilgisi dâhilinde ziyaret ve tatil amacıyla Türkiye'ye geldiklerini ancak 10/6/2015 tarihinde (uçak dönüş bilet tarihi) Almanya'ya dönmeleri gerekirken başvurunun geri dönmemesi nedeniyle bu tarihten itibaren oğlunun alıkonulduğunu iddia etmiştir.

10. Başvurucu 16/6/2015 tarihinde eşi aleyhine boşanma davası (boşanma, velayet, nafaka ve tazminat talepli) açmıştır.

A. Çocuğun İadesi Talebiyle Açılan Dava Süreci

11. Başvurucunun eşi, Türkiye'de alıkonulmak suretiyle müşterek çocuğun mutlak meskenine dönmemesinin engellediğini iddia ederek 25/11/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) uyarınca iade işlemlerinin başlatılması talebiyle 8/9/2015 tarihinde Almanya makamlarına başvurmuştur.

12. Söz konusu talep, Almanya merkezî makamı tarafından Lahey Sözleşmesi kapsamında Türkiye merkezî makamı konumunda olan

Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) iletilmiştir.

13. İletilen talep üzerine Genel Müdürlüğün 26/10/2015 tarihli yazısıyla, başvurunun babasına ait adres olarak belirtilen ve çocuğun bulunabileceği yer itibarıyla yetkili Haymana Cumhuriyet Başsavcılığından gerekli önlemleri alarak öncelikle dostane bir çözüme ulaşılması için Lahey Sözleşmesi ile 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun'a göre işlemleri titizlikle yürütmesi istenmiştir.

14. Haymana Cumhuriyet Başsavcılığınca 3/12/2015 tarihinde yetkisizlik kararı verilmiştir. Soruşturma kapsamında başvurunun oğlu ile birlikte yargı çevresi dışında bulunan Ankara'nın Etimesgut ilçesinde ikamet ettiklerinin anlaşıldığı belirtilerek evrakın yetkili Ankara Batı Cumhuriyet Başsavcılığına (Başsavcılık) gönderilmesine karar verilmiştir.

15. Başsavcılık 7/1/2016 tarihli davaname ile müşterek çocuğun babasının bulunduğu mutat meskeni olan Almanya'ya iadesi talebiyle Ankara Batı 4. Aile Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır. Davanamede; başvurunun çocuğuyla birlikte 13/5/2015 tarihinde Türkiye'ye gelerek Etimesgut ilçesinde bulunan ablasına ait evde ikamet etmeye başladığını ve başvuru tarafından eşinin asıl amacının açmış olduğu boşanma davasındaki tazminat ve nafaka taleplerinden vazgeçilmesini sağlamak olduğunu bildirdiğinden söz edilmiştir. Öte yandan çocuğun babası tarafından tercümeleri sunulan 8/4/2014 tarihli kreş bakım sözleşmesi ile aile hekimliği muayene çağrı yazısından iadesi talep edilen çocuğun Almanya'da kreş eğitimine başladığı ve anneden fiziken bağımsız hâle geldiğinin ifade edildiği belirtilmiş, müşterek çocuğun mutat meskeninin bulunduğu Almanya'ya iade edilmesine karar verilmesi istenmiştir.

16. Mahkemenin 18/1/2016 tarihli kararıyla müşterek çocuğun ebeveynleri arasında boşanma davası olduğu belirtilerek söz konusu iade davasının boşanma davası ile birleştirilmesine karar verilmiştir.

17. Birleştirme kararı sonrasında bu defa Mahkemenin 16/2/2016 tarihli kararıyla dosyanın tarafları ve yargılama usulü dikkate alınarak, ayrıca mahiyeti gereği öncelikle iade davasının sonuca bağlanması gerektiği belirtilerek davaların tefrik edilmesine karar verilmiştir.

18. Başvurucu; yargılama sırasında Almanya'da eşiyle yaşadıkları geçimsizlikler nedeniyle boşanma konusunda anlaşmalarını, boşanma davası açmak üzere çocuğu ile birlikte Türkiye'ye geldiğini, babanın rızası olmaksızın çocuğun Türkiye'de tutulduğuna dair iddianın gerçek dışı olduğunu beyan etmiştir. Açtığı boşanma davasında çocuğunun geçici velayetinin kendisine verildiğini, eşinin de boşanma davasındaki tazminat ve nafaka taleplerinden vazgeçmesi hâlinde çocuğunun velayetinin kendisine verilmesine muvafakat edeceğini ifade ettiğini belirtmiştir. Ayrıca başvurucu, istenilmesi hâlinde kanunlar çerçevesinde verilecek karar doğrultusunda çocuğunu kendi rızasıyla babasına teslim edeceğini ancak çocuğunun anne bakım ve şefkatine muhtaç bir yaşta olduğunu ve ortada çocuk kaçırma gibi bir durumun söz konusu olmadığından 5717 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanma imkânının bulunmadığını bildirmiştir. Başvurucu, eşinin şiddet eğilimli bir yapıda olduğunu ve Almanya'da uyuşturucu nedeniyle soruşturma geçirdiğini de iddia etmiştir.

19. Çocuğun babası ise yargılama sırasındaki beyanlarında; annesini ziyaret edeceği bahanesiyle başvurunun kendisine gidiş dönüş uçak bileti aldığını, 13/5/2015 tarihinde oğlu ile Türkiye'ye geldiğini ancak Almanya'ya geri dönmeyerek çocuğunun alıkonulmak suretiyle velayet hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Nafaka ve tazminat taleplerini engellemek için çocuğunu istediği iddiasının da gerçek dışı olduğunu bildirmiştir. Sunulan kreş bakım sözleşmesine göre de müşterek çocuğun mutad meskeninin Almanya olduğunu, çocuğun sırf yaşının küçüklüğünün mutad meskene iade talebinin ret nedeni olamayacağını, mutad meskene iadesinde ciddi bir riskin ve vahim bir tehlikenin bulunmadığını ifade etmiştir. Müşterek çocuğun iadesine karar verildiğinde başvurunun aynı zamanda Alman vatandaşı olan çocuğunu görme ve velayete ilişkin haklarını kullanma imkânına sahip olduğunu belirtmiştir. Diğer yandan aleyhindeki uyuşturucu ile ilgili başvurunun iddiasının Almanya makamlarından alınan ve tercümelere sunulan iyi hâl belgesi ve uyuşturucu madde kullandığına dair herhangi bir dayanak olmadığını belirtir tıbbi rapor kapsamında gerçekle ilgisinin olmadığını ortada olduğunu belirterek bu iddianın boşanma davasında dahi ileri sürülmediği hatırlatılmıştır.

20. Mahkemece yargılama sürecinde tarafların bildirdikleri tanıklar dinlenmiş ve uzman bilirkişilerden çocuğun iadesi hâlinde fiziki ve psikolojik yönden tehlikeye maruz kalıp kalmayacağı, bir risk altında bulunup bulunmayacağı hususlarında rapor düzenlenmesi

istenmiştir. Sosyal hizmet uzmanı, pedagog ve psikolog tarafından hazırlanan 16/6/2016 tarihli uzman raporunda 3,5 yaşında bulunan müşterek çocuğun anneden koparılmasının travmatik sonuçlar ve stres yaratabileceğinden tüm gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği açıklanarak babaya iadesinin çocuğun yüksek yararına ve gelişimine faydalı bulunmadığı tespitine yer verilmiştir. Taraflar bilirkişi raporuna karşı itiraz ve beyanlarını sunmuşlardır.

21. Mahkemenin 29/11/2016 tarihli kararıyla Lahey Sözleşmesi kapsamında iadede kaçınma sebepleri bulunmadığından davanın kabulüyle müşterek çocuğun mutata meskeni olan Almanya Federal Cumhuriyeti'ne iadesine karar verilmiştir. Karar gerekçesinde; başvuru annenin müşterek çocuğu babanın rızası ile ve tatil amacıyla Türkiye'ye getirdiği ancak uçak dönüş biletine göre tatil bitimi olan 10/6/2015 tarihinde Almanya'ya dönmemesi suretiyle çocuğun Türkiye'de alıkonulmasının Lahey Sözleşmesi'ne aykırı olduğu ve bu durumun babanın kanundan doğan velayet hakkını ihlal ettiği kabul edilmiştir. Yine gerekçede, iadede kaçınma sebebinin varlığının ileri sürüldüğü ve buna dayanak olarak iade talebinde bulunanın çocuğa ve annesine fiziki şiddet uygulaması ile Almanya'da uyuşturucudan hakkında soruşturmanın varlığının gösterildiği bildirilmişse de iade talebinde bulunanın çocuğa fiziki şiddet uyguladığına dair hiçbir delil ve emare bulunmadığı gibi başvurucudan aktarılan olayların başka delillerle teyit edilemedikçe sabit kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca iade talebinde bulunanın uyuşturucu kullandığına veya uyuşturucudan hakkında soruşturma bulunduğuna ilişkin mutata mesken makamlarından elde edilmiş bir bilgi ve belge sunulmadığı, aksine elde edilen belgelerde böyle bir soruşturmanın olmadığı anlaşıldığı vurgulanmıştır. Sonuç olarak mutata meskene iadenin çocuğu fiziki veya psikolojik yönden bir tehlikeye maruz bırakacağına veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğine ilişkin ciddi bir riskin varlığının kanıtlanamadığı açıklanmıştır. İade talebine karşı çıkan başvuru Almanyaya girişinin bu ülke makamlarınca engellenmedikçe çocuğun anneden ayrılacak olmasının çocuk üzerinde doğuracağı olası etkinin iadede kaçınma sebebi olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Diğer yandan açtığı boşanma davasında çocuğun geçici velayetinin başvurucuya verilmesinin velayet hakkının esası ile ilgili olmayan çocuğun mutata meskene iade davasının reddini gerektirmeyeceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla velayet hakkının eşlerden hangisine verilmesi gerektiğinin bu davada tartışma konusu

yapılamayacağı vurgulanarak uzman bilirkişilerin düzenlediği *çocuğun velayetinin annesine verilmesi gerektiği* yönündeki raporun dikkate alınmadığı açıklanmıştır.

22. Başvurucu, karara karşı duruşmalı olarak istinaf başvurusunda bulunmuştur. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi (BAM) 1. Hukuk Dairesinin 2/3/2017 tarihli kararıyla yapılan yargılamada eksiklik bulunmadığı gerekçesiyle istinaf incelemesinin duruşmalı yapılması isteğinin reddi ile istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmiştir. Karar gerekçesinde; Mahkemece gerekli inceleme ve araştırmanın yapıldığı, toplanan delillerden başvurunun iadeden kaçınma sebebi olarak ileri sürülen -iade talebinde bulunan babanın çocuğa ve annesine fiziki şiddet uyguladığı ve hakkında Almanya'da uyuşturucu suçundan soruşturma yapıldığı- iddiaların ispatlanmadığı açıklanmıştır. Ayrıca geri dönmemesinin çocuğu fiziki veya psikolojik yönden bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk bulunmadığı belirtilmiştir.

23. Başvurucunun temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması isteği Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin (Daire) 28/9/2017 tarihli kararıyla, mutad meskene iadeye ilişkin kararların temyiz incelemesinin duruşmalı yapılacağına dair mevzuatta hüküm bulunmadığı ve ayrıca söz konusu davaların *öncelikle ve acele görülmesi* gerektiği vurgulanarak reddedilmiş; yapılan temyiz incelemesi üzerine hüküm onanmıştır.

24. Başvurucu, anılan onama kararını 9/11/2017 tarihinde öğrendiğini bildirmiştir.

25. Başvurucu 29/11/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

26. UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgelerden bireysel başvuru sonrasında başvurunun karar düzeltme talebinde de bulunduğu anlaşılmaktadır. Dairenin 21/3/2018 tarihli kararıyla karar düzeltme yolu veya olağan kanun yolunun bulunmadığı belirtilerek başvurunun karar düzeltme dilekçesinin reddine karar verilmiştir.

27. Öte yandan başvuru, bireysel başvuruda tedbir talebinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinin 2/1/2018 tarihli kararıyla başvurunun yaşamına ve maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunmadığı değerlendirilerek tedbir talebinin karara

bağlanmak üzere Bölüme gönderilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Bu karar 12/1/2018 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiştir.

B. Boşanma Davasına İlişkin Süreç

28. Başvurucu tarafından 16/6/2015 tarihinde açılan boşanma davasında Mahkemenin 30/7/2015 tarihli ara kararı ile çocuğun geçici velayetinin dava süresince başvuru anneye verilmesine karar verilmiştir.

29. Başvurucunun eşi ise 30/7/2015 tarihli davaya cevap ve karşı dava dilekçesinde; başvuru davasının reddedilmesini, karşı davasında da evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunu belirterek boşanmalarına ve müşterek çocuğun velayeti ile tazminat taleplerinin kabulüne karar verilmesini istemiştir.

30. Mahkemece yargılama sürecinde müşterek çocuğun velayeti hususunda uzman raporu alınmasına karar verilmesi üzerine sosyal hizmet uzmanı, pedagog ve psikolog tarafından taraflar ve müşterek çocukla yapılan görüşmeler sonucunda 18/12/2015 tarihli rapor düzenlenmiştir. Anılan sosyal inceleme raporundan tarafların boşanmaları hâlinde çocuğun yaşı gereği anne bakım ve şefkatine muhtaç olması nedeniyle velayetin anneye verilmesinin, baba ile çocuk arasında iki ayda bir olmak üzere bir hafta yatılı olacak şekilde kişisel ilişki düzenlenmesinin, ayrıca her akşam belirlenen saat aralığında sesli ve görüntülü iletişim sağlanmasının çocuğun gelişimini etkin bir şekilde sürdürebilmesi açısından uygun olacağı ifade edilmiştir. Mahkeme 5/5/2016 tarihli ara kararı ile çocuğun mutlak meskenine iade davasının sonucunun beklenilmesine karar vermiştir.

31. UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgelerden, bireysel başvuru konusu kararın kesinleşmesi sonrasında Mahkemenin 24/7/2018 tarihli kararıyla tarafların boşanmalarına karar verildiği anlaşılmıştır. Aynı zamanda müşterek çocuğun velayetinin annenin bakım, şefkat ve gözetimine ihtiyaç duyduğu çağda olması ve sosyal inceleme raporuna yansıyan tespitler dikkate alınarak başvuru anneye verilmesine, baba ile müşterek çocuk arasında şahsi ilişki tesis edilmesine hükmedilmiştir. Başvurucunun maddi ve manevi tazminat talebi kısmen kabul edilmiş, ayrıca başvuru ve çocuk yararına nafaka takdir edilmiştir. Karşı davada maddi ve manevi tazminat talebi ise reddedilmiştir.

32. Anılan karara karşı taraflarca istinaf talebinde bulunduğu davanın derdest olup istinaf kanun yolu aşamasında bulunduğu anlaşılmaktadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

33. İlgili hukuk için bkz. *Marcus Frank Cerny [GK]*, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, §§ 18-25; *Levent Aşıklar*, B. No: 2014/13936, 8/3/2018, §§ 32-54; *Angela Jane Kilkenny*, (B. No: 2015/10826, 17/7/2018, §§ 25-52; *Cem Ramazan Ninek*, B. No: 2015/13760, 18/7/2018, §§ 38-67.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

34. Mahkemenin 10/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

35. Başvurucu, gerek eşi ile aralarındaki boşanma davasında gerekse bireysel başvuru konusu iade davasında sunulan bilirkişi raporlarına itibar edilmemesinden şikâyet etmektedir. Müşterek çocuğun yaşı gereği annenin bakım ve şefkatine muhtaç olduğundan velayetin anneye verilmesi gerektiği, babaya iadesinin çocuğun yüksek yararına ve gelişimine faydalı olmayacağı şeklindeki bilirkişi raporlarına rağmen, ayrıca tanıklarının beyanları nazara alınmadan davanın kabul edilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, iade talebinde bulunan eşinin Almanya makamlarından alındığını belirttiği fotokopi belgelerin gerçeği yansıtmadığını iddia ederek bu konuda yeterli araştırma yapılmaması ve kararların gerekçesiz olması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

36. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

37. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

38. Anayasa'nın 41. maddesi şöyledir:

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

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

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

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

40. 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). 40. Anayasa Mahkemesinin önceki kararları uyarınca ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklarda idari ve yargısal işlemlere dair şikâyetlerin bir bütün hâlinde aile hayatına saygı hakkı bağlamında incelenmesi gerekmektedir (*Marcus Frank Cerny [GK]*, § 82; *Levent Aşıklar*, § 59; *Angela Jane Kilkeny*, § 64; *Cem Ramazan Ninek*, § 75). Başvurucunun ileri sürdüğü adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçeli karar hakkının ihlali ve delillerin yeterli inceleme yapılmadan hatalı değerlendirildiği iddiaları aynı zamanda aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınacak yargısal kararların bireysel menfaat dengelemesinde yeterli gerekçe ihtiva edip etmediği -usule ilişkin güvencelerden yararlanılıp yararlanılmadığı- hususuna da ilişkin olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla konusu çocuğun mutad meskene iade edilmesi olan başvurunun bu kısmının Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

41. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine

karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

42. Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri değerlendirilirken Anayasa'nın 41. maddesinin de dikkate alınması gerektiği açıktır. Devletin pozitif tedbirler almayükümlülüğü konusunda anılan maddeleri; ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. Anayasa'nın 41. maddesinde her çocuğun -yüksek yararına aykırı olmadıkça- ebeveynleriyle kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, §§ 36, 41).

43. Uluslararası çocuk kaçırma vakaları, uluslararası anlamda ciddi bir iş birliğini gerektirmekte olup bu iş birliği bakımından en önemli vasıtalarından biri Lahey Sözleşmesi'dir. Lahey Sözleşmesi, yasa dışı kaçırılan veya taraf devletlerden birinde alıkonulan çocuğun ivedi şekilde iadesini ve ebeveyn tarafından gerçekleştirilen uluslararası çocuk kaçırma vakalarının çözümü hususunda hızlı bir prosedür öngörmektedir. Bu bağlamda Lahey Sözleşmesi'ne taraf bir devlette mutata olarak ikamet eden çocuğun diğer bir taraf devlete yasa dışı kaçırılması veya orada alıkonulması durumunda Lahey Sözleşmesi'nde yer verilen sınırlı sayıdaki istisnai hâller dışında çocuğun bulunduğu ülkenin yetkili makamlarının çocuğu mutata ikametgâhı olan ülkesine ivedi şekilde iade etmesi zorunludur (*Marcus Frank Cerny*, §§ 46, 47).

44. Lahey Sözleşmesi uyarınca taraf devletler ülke sınırları içinde Lahey Sözleşmesi'nin amaçlarının gerçekleşmesini sağlamak üzere uygun bütün önlemleri almak ve bu amaç doğrultusunda en süratli usullere başvurmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir. Lahey Sözleşmesi'nin temel amacı, çocuğun mutata meskeni olan ülkesine iade edilmesini

sağlayarak koruma hakkının nasıl düzenlenmesi gerektiğinin çocuğun üstün menfaatleri nazara alınmak suretiyle mutad meskenin yargı makamlarınca belirlenmesidir. Öte yandan Lahey Sözleşmesi zorunlu iade kuralının istisnalarını da belirlemiştir. Söz konusu düzenleme, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağına veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespit edilmesi hâlinde ilgili yargısal makamlara iadeyi reddetme yetkisi vermektedir. Önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durumun klasik görünümüleri, çocuk istismarı (fiziksel ve/veya cinsel) ve aile içi şiddet iddialarını içeren vakalardır. Bu durumlarda iade talebi, önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durum gerekçesine istinaden reddedilebilmektedir (*Marcus Frank Cerny*, §§ 55, 58, 59).

45. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. İç hukukun genel olarak uluslararası hukuka veya uluslararası anlaşmalara atıf yaptığı hâllerde de durum böyledir. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin Lahey Sözleşmesi hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir (*Marcus Frank Cerny*, § 62; *Levent Aşıklar*, § 68).

46. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun anne, baba ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken velayet ve kişisel ilişki hakkıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunması gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*Marcus Frank Cerny*, § 74; *Levent Aşıklar*, § 76).

47. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati; bir yandan -söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç- ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce Lahey Sözleşmesi için de

geçerli olup çocuğun geri döndürülmesi, çocuğu ağır fiziksel veya psikolojik zarar riskine maruz bırakmadıkça veya başka bir şekilde katlanılmaz bir duruma sokmadıkça kural olarak kaçırılan çocuğun ivedi olarak iadesini gerektirmekte ve bu şekilde aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır (*Marcus Frank Cerny, § 75; Levent Aşıklar, § 77*).

48. Ayrıca Lahey Sözleşmesi de bu kabul doğrultusunda hukuka aykırı olarak ülkeden çıkarılan veya Sözleşmeci devlette alıkonulan bir çocuğun hemen geri döndürülmesini sağlamak için bir dizi tedbir öngörmüştür. Aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki uyuşmazlıklarda, pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi hususunda ilgili idari ve yargısal işlemlerin süratle yerine getirilmesi kadar, karar oluşturma sürecinin ilgili kişilerin görüşlerini tam olarak sunabildikleri adil bir süreç olmasının sağlanması da önemlidir. Bu çerçevede Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine, ilgili yargısal süreçlerin ivedi şekilde tarafların katılımına açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle yürütülmesi şeklindeki usule ilişkin yükümlülüğün de eklenmesi gerekmektedir (*Marcus Frank Cerny, § 81*).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

49. Başvuru, Anayasa Mahkemesinin daha önce Marcus Frank Cerny ve Levent Aşıklar kararlarında vurgulandığı gibi çocuk ile anne ve babanın yarışan menfaatleri arasında devletin kendisine tanınan takdir alanı içinde bu konuda adil bir denge kurup kurmadığı yönünden incelenecektir.

50. Çocukların ebeveyninden birinin velayet hakkı ihlal edilmek suretiyle kaçırılmaları veya alıkonulmalarının sonuçlarının hafifletilmesi/ önlenmesi amacıyla ülkemizde kabul edilen Lahey Sözleşmesi'nde çocukların mutata meskenlerine derhâl iadesi kuraldır. Bu kuralın sınırlı sayıdaki istisnai hâlleri ise aynı metinde yer almaktadır. 5717 sayılı Kanun bu Sözleşme'nin uygulanmasını sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenlemektedir.

51. Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddesine göre, alıkonulan çocuğun mutata meskeni tespit edildikten sonra ancak çocuğun iade edilmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespiti hâlinde yargısal makamların usule ilişkin güvenceleri işleterek

ve çocuğun üstün yararı gözönüne alarak iade talebini reddetme konusunda takdir yetkisine sahip oldukları şüphesizdir (Yıldız Yıldız, B. No: 2015/19293, 17/7/2018, § 74).

52. Başvuruya konu olayda müşterek çocuğun başvuru ile birlikte ve babasının da rızasıyla Türkiye'ye geldiği tartışmasızdır. Başvurucu, Almanya'ya geri dönmemesinin gerekçesini eşi ile anlaşmaları sonucu boşanma davasının Türkiye'de açılmasına karar vermeleri olarak açıklamıştır. Başvurucunun eşi ise böyle bir anlaşmanın olmadığını, başvuru ziyaret ve tatil amacıyla Türkiye'ye gittiğini belirtmiş ve iddiasına dayanak olarak gidiş-dönüş uçak biletlerini sunmuştur. Mahkemece, başvuru tarafından da inkâr edilmeyen 10/6/2015 tarihli uçak dönüş biletine rağmen başvuru çocuğuyla Almanya'ya geri dönmediği, bu tarihten itibaren çocuğun Türkiye'de alıkonulduğu ve babanın velayet hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir.

53. Diğer yandan başvuru, aleyhine açılan iade davasında eşinin şiddet eğilimli bir yapıda olduğunu ve Almanya'da uyuşturucudan soruşturma geçirdiğini iddia ederek iadede kaçınma sebebinin bulunduğu belirtmiş; ayrıca çocuğunun anne bakım ve şefkatine muhtaç bir yaşta olduğunu bildirmiştir. Başvurucunun eşi ise iadede kaçınma sebebi olarak ileri sürülen iddiaların gerçekte ilgisinin olmadığını belirterek Almanya makamlarından alınan bir kısım belgeleri sunmuştur. Aynı zamanda çocuğun sadece yaşının küçüklüğünün de iade talebinin ret nedeni olamayacağını ifade etmiştir (bkz. § 18, 19).

54. Mahkemece, iade talebinde bulunan babanın müşterek çocuğa fiziki şiddet uyguladığına dair inandırıcı hiçbir delilin bulunmadığı gibi babanın uyuşturucu kullandığına veya uyuşturucudan hakkında soruşturma bulunduğuna ilişkin mutlak mesken makamlarından elde edilmiş bir bilgi ve belgenin de sunulmadığı, aksine elde edilen belgelerden böyle bir soruşturmanın olmadığını anlaşıldığı vurgulanmıştır. Mahkemece, iadede kaçınma sebebi olarak ileri sürülen iddiaların ispatlanmadığı, Almanya'ya geri dönmemesinin çocuğu fiziki veya psikolojik yönden bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir riskin bulunmadığı kabul edilmiştir. Yine Lahey Sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak, açılan boşanma davasında çocuğun velayetinin geçici olarak başvuruya verilmesinin çocuğun mutlak meskenine iade edilmemesinin gerekçesi olamayacağı, iade davasının velayet hakkının esasına ilişkin bir dava olmadığı, bu nedenle

de müşterek çocuğun yaşı gereği annenin bakım ve şefkatine muhtaç olduğundan velayetin anneye verilmesi gerektiği yönündeki bilirkişi raporunun dikkate alınmadığı açıklanmıştır. Mahkemenin kanaat ve değerlendirmelerine üst derece mahkemeleri de katılmış, sonuç olarak karar onanmıştır.

55. Tüm bu açıklamalar ve tespitler kapsamında başvuruya konu iade talebini inceleyen mahkemelerin çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin olarak yapılan inceleme ve değerlendirmelerinin yeterli olmadığı söylenemez. Mahkemelerce verilen kararlarda Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan iadede kaçınma sebebinin hangi gerekçelerle gerçekleşmediğine yönelik hususlarda ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Çocuğun iade edilmesi hâlinde fiziki ve psikolojik tehlikeyle karşılaşabileceğine ilişkin kanıtlanmış bir iddianın olmamasının karara esas teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Öte yandan başvuruçunun dava süreçlerinde iddia ve savunmalarını dile getirebildiği, verilen nihai kararlara karşı kanun yollarına başvurarak etkili bir katılım sağladığı, başka bir deyişle uyuşmazlığa ilişkin yargılama prosedürünün adil olduğu görülmektedir. Sonuç olarak Lahey Sözleşmesi'nin getirdiği güvenceler gözönüne alınarak derece mahkemelerince oluşturulan karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olduğu, bu suretle makul bir değerlendirme yapılarak başvuruçucu ile çocuğun menfaatleri arasında denge kurulduğu değerlendirilmiştir.

56. Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamıştır.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvuruçunun İddiaları

57. Başvuruçucu, kanun yolu istinaf/temyiz aşamalarında duruşma taleplerinin reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamında duruşmalı yargılama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

58. Anayasa Mahkemesi; benzer konuda yapılan başvurularla ilgili kararlarında, ilk derece mahkemeleri önünde duruşmalı yargılama

yapılıp karar verildikten sonra kanun yolu incelemesinin dosya üzerinden yapılması hâlinde temyiz aşamasında sözlü yargılama imkânının sunulmamasının yargılamayı bütün hâlinde adil olmaktan çıkarmayacağını belirterek adil yargılanma hakkının ihlalinin söz edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır (*Mehmet Soysal ve diğerleri*, B. No: 2014/2678, 16/11/2016, §§ 42-44; *Mustafa Doğan*, B. No: 2014/1836, 28/9/2016, §§ 66-68; *Mustafa Ercan*, B. No: 2014/17045, 20/9/2017, §§ 38, 39).

59. Somut olayda gerekçeleri de belirtilerek başvuruçunun istinaf ve temyiz incelemeleri duruşmasız yapılmış ise de ilk derece mahkemesinde duruşma yapılarak sözlü savunmaların dile getirildiği görülmektedir. Basit yargılama usulünün uygulandığı davada; dava dosyasının içeriği, yazılı belgeler ve başvuruçunun kanun yolunda sunduğu dilekçelerindeki beyanlarına istinaden BAM ve Yargıtayın uyuşmazlığı hakkaniyete uygun bir şekilde sonlandırma imkânına sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bunun yanında başvuruçunun istinaf ve temyiz incelemesinde sözlü yargılama yapılması hâlinde dosyaya daha önce sunduğu belge ve delillerin dışında yargılamanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte, esasa yönelik hangi beyan veya delilleri sunacağına ilişkin bir açıklamada bulunmadığı anlaşılmıştır.

60. Açıklanan gerekçelerle adil yargılanma hakkı kapsamında duruşmalı yargılama hakkına yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
10/6/2020 tarihinde karar verildi.

Başkan

Kadir ÖZKAYA

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Recai AKYEL

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, bireysel başvuru konusu iade davasında sunulan bilirkişi raporlarına itibar edilmemesinden şikâyet etmektedir. Müşterek çocuğun yaşı gereği annenin bakım ve şefkatine muhtaç olduğundan velayetin anneye verilmesi gerektiği, babaya iadesinin çocuğun yüksek yararına ve gelişimine faydalı olmayacağı şeklindeki bilirkişi raporlarına rağmen, ayrıca tanık beyanları nazara alınmadan davanın kabul edilmesinin hatalı olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, iade talebinde bulunan eşinin Almanya makamlarından alındığını belirttiği fotokopi belgelerin gerçeği yansıtmadığını iddia ederek bu konuda yeterli araştırma yapılmaması ve kararların gerekçesiz olması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Mahkememiz çoğunluğunca, "... başvuruya konu iade talebini inceleyen mahkemelerin çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin olarak yapılan inceleme ve değerlendirmelerinin yeterli olmadığı söylenemez. Mahkemelerce verilen kararlarda Lahey Sözleşmesi'nin 13. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan iadede kaçınma sebebinin hangi gerekçelerle gerçekleşmediğine yönelik hususlarda ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Çocuğun iade edilmesi hâlinde fiziki ve psikolojik tehlikeyle karşılaşabileceğine ilişkin kanıtlanmış bir iddianın olmamasının karara esas teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak Lahey Sözleşmesi'nin getirdiği güvenceler göz önüne alınarak derece mahkemelerince oluşturulan karar gerekçelerinin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olduğu, bu suretle makul bir değerlendirme yapılarak başvurucu ile çocuğun menfaatleri arasında denge kurulduğu değerlendirilmiştir (§ 55)." denilerek aile hayatına saygı hakkı yönünden ihlal olmadığına karar verilmiştir.

3. Lahey Sözleşmesi zorunlu iade kuralının istisnalarını da belirlemiştir. Söz konusu düzenleme, geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespit edilmesi hâlinde ilgili yargısal makamlara iadeyi reddetme yetkisi vermektedir. Bu durumlarda iade talebi, önemli risk veya müsamaha edilemeyecek durum gerekçesine istinaden reddedilebilmektedir (*Marcus Frank Cerny*, §§ 55, 58, 59).

4. Başvuruya konu yargılamanın yapıldığı dava dosyasında iki defa bilirkişiye müracaat edilmiştir. Birinci raporda üç kişilik bilirkişi kurulu, "ortak çocuğun velayetinin anneye verilmesi gerektiğini" belirtmiş, Uzman Pedagog, Psikolog ve Sosyal Hizmet Uzmanından oluşan ikinci

bilirkişi kurulu da, “..çocuğun babaya iadesinin onun yüksek yararına ve gelişimine faydalı bulunmadığı, 3,5 yaşındaki M.’un anneden koparılıp aynı dili konuşmadığı bir ortama götürülmesinin, post travmatik bir etki ve stres yaratabileceği ve gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği, ileriki yaş dönemi ve ruh sağlığı açısından risk teşkil etmesi ve güvenli bağlanma unsurunu sarsacağı” mütalaasında bulunmuştur.

5. Çocuğun iade edilmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağına veya başka bir şekilde müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceğinin tespiti hâlinde yargısal makamların usule ilişkin güvenceleri işleterek ve çocuğun üstün yararını göz önüne alarak iade talebini reddetme yetkisi Lahey Sözleşmesi’nin 13. maddesinde açıkça ifade olunmasına ve çocuğun “anneden koparılıp aynı dili konuşmadığı bir ortama götürülmesinin **post travmatik bir etki ve stres yaratabileceği ve gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği ileriki yaş dönemi ve ruh sağlığı açısından risk teşkil edeceği**”ne ilişkin uzman bilirkişi heyeti raporu bulunmasına rağmen müşterek çocuğun yurt dışında yaşayan babaya iadesine karar verilmesine ilişkin yargı kararlarında isabet bulunmadığı, Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerektiği düşüncesinde olduğundan çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmadım.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Aile Hayatına Saygı Hakkı (Çocukla Kişisel İlişki Tesisi)

-
- *Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım Başvurusu (AYM)*
 - *M.L ve Diğerleri Başvurusu (AYM)*
 - *Yasemin Dinç Başvurusu (AYM)*
 - *C.K. Başvurusu (AYM)*
-



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

DALGA EDA YILDIRIM VE ÖZGÜN YILDIRIM BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5974)

Karar Tarihi: 26/12/2017

R.G. Tarih ve Sayı: 23/2/2018-30341

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Burhan ÜSTÜN
Üyeler	: Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAY A Rıdvan GÜLEÇ Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Özgür DUMAN
Başvurucu	: 1. Dalga Eda YILDIRIM 2. Özgün YILDIRIM
Vekili	: Av. Arzu BECERİK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; soy bağıının reddi için kayyım atanma zorunluluğunun bulunması ve hak düşürücü süre öngörülmesi, ayrıca boşanma davasına ilişkin yargılama sırasında davalı eşin çocuğun biyolojik babası olmadığına tespit edilmesine rağmen davalı ile çocuk arasında kişisel ilişkinin devamına karar verilmesi nedenleriyle aile hayatına saygı hakkının, kayyım tayinine ilişkin yargılama sürecinin uzun sürmesi nedeniyle de makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

ii. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/4/2014 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu Dalga Eda Söylemezoğlu (boşandıktan sonraki soyadı Yıldırım) ile S.S. 28/6/2003 tarihinde evlenmişlerdir. Evlilik birliği içinde 5/2/2007 tarihinde başvurucu Özgün Söylemezoğlu (soy bağının reddi kararının kesinleşmesinden sonraki soyadı Yıldırım) doğmuştur.

A. Boşanma Davası Süreci

10. Başvurucu Dalga Eda Söylemezoğlu, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve ortak hayatın çekilmez hale geldiği gerekçeleriyle 29/1/2010 tarihinde Kartal 1. Aile Mahkemesinde (sonradan İstanbul 18. Aile Mahkemesi) boşanma davası açmıştır. Dava dilekçesinde, müşterek çocuğun velayeti de talep edilmiş; ayrıca maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuştur.

11. Mahkeme 3/4/2014 tarihinde tarafların 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin birinci fıkrasına göre boşanmalarına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; davalının eşini küçümsediği, zaten evlenmeyi düşünmediği ve çocuk sahibi olmayı istemediği yönündeki beyanlarıyla evlilik birliğinin devamını engellediği belirtilmiştir. Mahkeme buna karşın davacının da davalının rızası olmadan donör aracılığıyla çocuk sahibi olduğunu, davalının ailesini müşterek konutta istemediğini, çocuğu davalının ailesine göstermek

istemediğini ve evlilikten sıkıldığını söyleyerek birliğin devamını engellediğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre taraflar arasındaki evlilik birliği her iki tarafın da kusuruna dayalı olarak onarılmaz derecede temelinden sarsılmış olup birliğin devamında bir fayda kalmamıştır. Mahkeme, davacının kusurunun davalıya oranla daha fazla olduğunu ancak davalının da boşanmak istediğini dikkate almıştır. Mahkeme, davacının maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine; davacının davalıya 13.000 TL manevi ve 14.000 TL maddi tazminat ödemesine karar vermiştir. Kararda ayrıca çocuk için belirlenen tedbir nafakasının dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kaldırılmasına karar verilmiştir.

12. Karar, taraflarca temyiz edilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 9/6/2015 tarihli ilamıyla hükmün tazminat ve tedbir nafakası yönünden bozulmasına, diğer yönlerden ise temyiz istemlerinin reddiyle onanmasına karar verilmiştir. Daire; eşinin rızasını almadan davacının donör aracılığıyla çocuk sahibi olduğunun hamilelik sürecinin başlangıcından beri davalı tarafından bilindiğine, davalının buna rağmen üç yılı aşkın süre evlilik birliğini devam ettirdiğine dikkat çekmiştir. Daireye göre kadının bu davranışını davalının affettiğinin, en azından hoşgörü ile karşıladığının kabulü gerekmektedir. İlamda, affedilen ya da hoşgörü ile karşılanan davranışların boşanma davasında karşı tarafa kusur olarak yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. Daire; tarafların belirlenen diğer kusurlarının ise birbirinden üstün olmadığını, tarafların boşanmaya neden olan olaylarda eşit oranda kusurlu olduklarını belirtmiştir. Daire, bu sebeple davacının daha ziyade kusurlu olduğu yönündeki kanaatin belirlenmesini ve kusurun belirlenmesindeki bu hata sonucu davalının yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesinin doğru görülmediğini açıklamıştır. Ayrıca soy bağının reddi davasının kesinleştiği tarihe kadar çocuk yararına tedbir nafakasının devamına karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

13. Mahkemece düzenlenen 20/8/2015 tarihli kesinleşme serhinde, boşanma yönünden kararın 18/7/2014 tarihinde kesinleştiği belirtilmiştir. Öte yandan davalının karar düzeltme istemi Dairenin 28/10/2015 tarihli ilamıyla reddedilmiştir.

B. Kişisel İlişki Kurulması Süreci 14. Başvurucu; boşanma davası devam ederken 3/2/2010 tarihinde Mahkemeye başvurarak müşterek çocuğun velayetinin tedbiren kendisine verilmesini, baba ile çocuk arasındaki şahsi ilişkinin anne refakatinde olmak kaydıyla

devam etmesini ve çocuğun gece babaya yatılı olarak verilmemesini talep etmiştir. Mahkeme, psikoloji ve pedagoji alanında uzman iki kişiyi görevlendirmiştir. 2/3/2010 tarihli uzman raporunda; çocuğun anne bakım ve şefkatine ihtiyaç duyacak yaşta olduğu, kurulu düzeni ve yaşam alışkanlıkları da gözetildiğinde velayetinin tedbiren anneye verilmesinin çocuğun yararına olduğu belirtilmiştir. Raporda ayrıca velayetin anneye verilmesi durumunda çocuk ile davalı arasındaki iletişim ve çocuğun babaya olan ihtiyacı da dikkate alınarak tedbiren kişisel ilişki kurulmasının çocuğun yararına olduğu bildirilmiştir. Mahkeme de müşterek çocuğun yaşı, cinsiyeti ve uzman raporunu dikkate aldığını belirterek 4/3/2010 tarihinde çocuğun velayetinin tedbiren annesine verilmesine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, davalı baba ile müşterek çocuk Özgün arasında her hafta sonu cumartesi günleri saat 10.00'dan 16.00'ya kadar ve dini bayramların ikinci günü saat 10.00'dan 16.00'ya kadar babanın yanında kalması şeklinde olmak üzere tedbiren şahsi ilişki kurulmasına karar vermiştir. Mahkemenin talebi üzerine 24/9/2010 tarihli pedagoğ tarafından düzenlenen bir raporda da çocuğun baba olarak S.S.yi bilip tanıdığı ancak tarafların baba olgusu ile ilgili farklı beyanlarda bulunması nedeniyle çocuğun duygu durumu karmaşası yaşadığı belirtilmiştir.

15. Mahkeme 26/4/2011 tarihli 6. oturumda yeniden bir değerlendirme yapmış ve çocuk Özgün'ün velayetinin hüküm kesinleşinceye kadar tedbiren anneye verilmesine karar vermiştir. Bu ara karar ile ayrıca davalı baba ile çocuk arasında mayıs ve haziran aylarının 1. ve 3. haftası cumartesi günleri saat 10.00'dan 16.00'ya kadar, temmuz ayından itibaren her ayın ilk haftası cumartesi günleri saat 10.00'dan 18.00'e kadar babanın yanında kalması şeklinde olmak üzere tedbiren şahsi ilişki kurulmasına karar verilmiştir.

16. Mahkeme 9/7/2012 tarihli 11. oturumda davalıya DNA incelemesi için başvurmak üzere kesin süre vermiş, bu kesin süre içinde başvurulmaması durumunda çocuk ile davalı baba arasındaki kişisel ilişkinin kaldırılacağı ihtarında bulunmuştur. Davalının belirtilen kesin süre içinde DNA incelemesi için başvurmadığını tespit eden Mahkeme 17/7/2012 tarihinde davalı baba ile çocuk arasında tedbiren kişisel ilişki kurulması yönündeki kararın kaldırılmasına karar vermiştir. Ancak Mahkeme, davalının sonradan DNA incelemesine gitmiş olduğu gerekçesiyle 3/10/2012 tarihinde yeniden davalı baba ile çocuk arasında her ayın ilk haftası cumartesi günü saat 10.00'dan 18.00'e kadar baba yanında kalması şeklinde olmak üzere tedbiren şahsi ilişki kurulmasına

karar vermiştir.

17. Başvurucu Dalga Eda Söylemezoğlu vekili 19/12/2012 tarihinde yapılan 14. oturumda, yargılama sırasında alınan DNA raporuna göre davalının baba olmadığı tespit edildiğini belirterek davalı ile çocuk arasında tedbiren kişisel ilişki kurulmasına dair kararın kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkeme, aynı oturumda DNA raporunu esas alarak davalı ile çocuk arasındaki tedbiren kurulan kişisel ilişkinin kaldırılmasına karar vermiştir.

18. Davalı vekili 15/7/2013 tarihli dilekçeyle çocuk ile davalı arasında yeniden tedbiren kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesini talep etmiştir. Mahkeme; bünyesinde görevli psikologdan konu hakkında rapor almış ve bu raporu esas alarak mevcut delil durumu ve çocuğun üstün menfaatinin olduğu gerekçeleriyle 23/9/2013 tarihinde, davalı baba ile müşterek çocuk Özgün arasında her ayın 1. ve 3. hafta sonu cumartesi günleri saat 10.00'dan 16.00'ya kadar ve dini bayramların ikinci günleri saat 10 .00'dan 16.00'ya kadar babanın yanında kalması şeklinde olmak üzere tedbiren şahsi ilişki kurulmasına karar vermiştir. Mahkeme 11/10/2013 tarihinde, davacı vekilinin çocuk ile davalı arasında kurulan kişisel ilişki saatlerinin değiştirilmesi talebini kabul etmiştir.

19. Mahkeme nihayet 3/4/2014 tarihli davanın kabulüne ve tarafların boşanmalarına ilişkin kararda ise çocuk ile davalı arasında tedbiren kurulan şahsi ilişkinin kaldırılmasına karar vermiştir.

C. Yurt Dışına Çıkış Yasağı Konulması Tedbiri Süreci

20. Boşanma davası devam ederken davalı S.S.nin talebi üzerine Mahkeme 30/3/2010 tarihinde, çocuğun anne ve babanın birlikte onayı olmadan yurt dışına çıkarılmasının yasaklanmasına karar vermiştir. Mahkeme 9/7/2012 tarihli 11. oturumda, babanın DNA testi yaptırmaya gitmemesinin müeyyidesi olarak çocuğun yurt dışına çıkarılması yasağının kaldırılmasına karar vermiştir.

21. Mahkeme 15/7/2013 tarihinde, boşanma davasının derdest olduğunu belirterek anne ve babanın birlikte izni olmadan yurt dışına çıkarılmasının yasaklanmasına yeniden karar vermiştir.

22. Mahkeme 3/4/2014 tarihli davanın kabulüne ve tarafların boşanmalarına ilişkin kararda, çocuğun yurt dışına çıkarılmasının yasaklanması yönündeki tedbir kararının kaldırılmasına karar vermiştir.

D. Kayyım Atanması Süreci

23. Başvurucu Dalga Eda Söylemezoğlu 2/3/2010 tarihinde Kartal 1. Sulh Hukuk Mahkemesinden, soy bağının reddi davası açılmak üzere çocuğu olan diğer başvurucu Özgün Söylemezoğlu için temsil kayyımı atanması talebinde bulunmuştur.

24. Mahkeme 7/9/2010 tarihinde talebin kabulüne ve çocuğu temsil etmek üzere Av. P.S.nin kayyım olarak atanmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, vesayet makamının soy bağı ile ilgili bir karar alma yetkisinin bulunmadığı ve toplanan delillere göre çocuk için temsil kayyımı atanması gerektiği belirtilmiştir.

25. Müdahil olarak davaya katılan S.S. kararı temyiz etmiş, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 27/9/2011 tarihli ilamıyla hükmün onanmasına karar verilmiştir. Onama ilamında, 4721 sayılı Kanun'un 286. maddesinin ikinci fıkrasına göre çocuğun da soy bağının reddi davası açma hakkının mevcut olduğu vurgulanmıştır. Daire; ergin olmayan çocuğun açtığı davada kanuni temsilcileri ile arasında menfaat çatışması olabileceği, bu sebeple kayyım atanmasının sağlanarak davanın yürütülmesinin dava şartı olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca ilamda, yapay döllenme (embriyo transferi) yoluyla çocuk sahibi olmanın babalığa etkisinin soy bağının reddi davasında değerlendirilebileceği açıklanmıştır.

E. Soy Bağının Reddi Davası Süreci

26. Başvurucu Özgün Söylemezoğlu adına kayyımı tarafından 29/1/2010 tarihinde Kartal 1. Aile Mahkemesinde soy bağının reddi davası açılmıştır. Dava dilekçesinde, çocuğun evlilik birliği içinde doğduğundan babası olarak S.S.nin gözüktüğü ancak başvurucu Dalga Eda Söylemezoğlu tarafından açılan boşanma davasında sperm donasyonu yoluyla oğluna hamile kaldığı belirtilmiştir. Dilekçede, bu sebeple S.S.nin çocuğun biyolojik ve genetik babası olup olmadığının tartışmalı bir hale geldiğinden çocuk adına soy bağının reddi davası açılmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme 13/6/2012 tarihinde davanın boşanma davası ile birleştirilmesine karar vermiştir.

27. Mahkeme, Adli Tıp Kurumundan başvurucu Özgün Söylemezoğlu'na ait DNA profili ve anne Dalga Eda Söylemezoğlu ile nüfus kayıtlarına göre çocuğun babası gözükken S.S.ye ait DNA profillerinin karşılaştırılması talebinde bulunmuştur. Adli Tıp Kurumunun 15/10/2012 tarihli raporunda, yapılan DNA profili karşılaştırmasına göre

Özgün Söylemezoğlu için S.S.nin biyolojik babalığının reddedildiği belirtilmiştir.

28. Mahkemece 10/2/2012 tarihinde dosya tefrik edilerek yargılamaya devam olunmuştur. Mahkeme, Adli Tıp Kurumunun DNA incelemesine ilişkin raporunu hükme esas alarak 19/12/2012 tarihinde davanın kabulüne ve başvuru Özgün Söylemezoğlu ile davalı S.S. arasındaki soy bağına reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde 4721 sayılı Kanun'un 289. maddesinde öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürenin geçirildiği kabul edilmekle birlikte bunun kayyım atanması sürecinin kesinleşmesini beklemek gibi bir makul gerekçeyle dayandığı belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca, Kıbrıs Tıp Bebek Merkezince başvuru Dalga Eda Söylemezoğlu'nun talebiyle 26/5/2006 ile 28/5/2006 tarihlerinde yapay dölleme (embriyo transferi) yapıldığının bildirildiğini vurgulamıştır.

29. Temyiz edilen karar, Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 18/6/2013 tarihli ilamıyla bozulmuştur. Bozma ilamında, 4 721 sayılı Kanun'un 291. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan hak düşürücü süreye ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre ergin olmayan çocuğa atanacak kayyımın atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soy bağına reddi davasını açabileceği ancak dava tarihi itibarıyla çocuğun doğumundan itibaren beş yıllık hak düşürücü sürenin geçtiğine dikkat çekilmiştir. Dolayısıyla Daireye göre, davanın hak düşürücü süre yönünden reddi gerekmektedir.

30. Bununla birlikte Daire 6/3/2014 tarihinde karar düzeltme talebini kabul ederek bozma kararını kaldırmış ve hükmün onanmasına karar vermiştir. Daire, 4 721 sayılı Kanun'un 291. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "her halde doğumdan başlayarak beş yıl" ibaresinin Anayasa Mahkemesinin 10/10/2013 tarihli ve E.2013/62, K.2013/115 sayılı kararı ile iptal edildiğini ve iptal hükmünün de 10/12/2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiğini gerekçe olarak göstermiştir.

31. Nihai karar, başvuru Dalga Eda Söylemezoğlu'na 2/4/2014 tarihinde; diğer başvuru adına kayyımına ise 4/4/2014 tarihinde tebliğ edilmiş ise de başvurular karardan 26/3/2014 tarihinde haberdar olduklarını beyan etmişlerdir.

32. Başvurucular 25/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlgili Mevzuat Hükümleri

33. 4721 sayılı Kanun'un 169. maddesi şöyledir:

“Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alır.”

34. 4721 sayılı Kanun'un 323. maddesi şöyledir:

“Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. ”

35. 4721 sayılı Kanun'un 182. maddesi şöyledir:

“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

36. 4721 sayılı Kanun'un 325. maddesi şöyledir:

“Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir. Ana ve baba için öngörülen sınırlamalar üçüncü kişiler için kıyas yoluyla uygulanır.”

2. Temsil Kayyımı Atanmasına İlişkin İlgili Mevzuat Hükümü

37. 4721 sayılı Kanun'un 426. maddesi şöyledir:

“Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hallerde ilgisinin isteği üzerine veya re’sen temsil kayyımı atar:

...

2. Bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün veya kısıtlının menfaati çatışıyorsa,

...”

3. Soy Bağının Reddine İlişkin İlgili Mevzuat Hükümleri

38. 4721 sayılı Kanun'un 286. maddesi şöyledir:

“Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır.

Çocuk da dava hakkına sahiptir. Bu dava ana ve kocaya karşı açılır.

39. 4721 sayılı Kanun'un Anayasa Mahkemesince kısmen iptal edilmesinden önceki haliyle 291. maddesi şöyledir:

“Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine kara; verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, süreklilik olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir. Ergin olmayan çocuğa atanacak kayyım, atama kararının kendisine tebliğinden başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde soybağının reddi davasını açar. Kocanın açacağı soybağının reddi davasına ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır.

40. Anayasa Mahkemesinin 10/12/2013 tarihli ve 28847 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 10/10/2013 tarihli ve E.2013/62, K.2013/115 sayılı kararıyla 4721 sayılı Kanun'un 291. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ ... her hâlde doğumdan başlayarak beş yıl ... ” ibaresi iptal edilmiştir. Karar gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Dava açabilme ehliyeti ancak erginlik yaşının ikmaliyle bizzat kullanılabilir. Aksi halde davanın bir temsilci aracılığıyla açılması gerekmektedir. Kural soybağının reddi davası açacak küçüğün bu hakkını bir kayyım vasıtasıyla kullanabileceğini düzenlemiştir. Kayyım atama kararı ise bir mahkeme tasarrufudur. Kuralda belirtilen süre içerisinde doğal olarak sıfır-beş yaş arasında olan bir kişinin kayyım atanmasına yönelik bir iradesinden söz edilemez. Dolayısıyla küçüğün, hak düşürücü süre geçtikten sonra kayyım atanmasının ve buna bağlı olarak da davanın süresinde açılmamasının sonuçlarından sorumlu tutularak bu hakkını kullanılmasının engellenmesi adalet ve hakkaniyet ilkelerine aykırıdır.

Kişinin genetik babasıyla nesep ilişkisi kurabilmesi maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir gereğidir. Bireyin ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakkı, onun maddi ve manevi varlığıdır. korunması ve geliştirilmesi kapsamındadır. Hukuk devleti ilkesi de kişinin genetik-biyolojik kökenini bilme ve soybağı ilişkisini kurma hakkının önündeki engelleri kaldırmayı gerektirir.

4721 sayılı Kanun’un soybağına ilişkin hükümlerinden, soybağının reddi davası açma hakkını bir hak düşürücü süreyle sınırlayan kanun koyucunun hukuken kurulan soybağı ilişkisinin sürekli dava tehdidi altında kalmasını istemediği anlaşılmaktadır. Hak arama özgürlüğü, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Buna göre hukuken kurulan soybağının sürekli olarak dava tehdidi altında olması engellenirken, kişinin temel hak ve hürriyetlerinden olan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile hak arama hürriyetinin zarar görmemesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle bir hakların sınırlandırılmasıyla umulan kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin olması gerekmektedir. Bu bakımdan soybağının reddi davasına ilişkin sürenin kaçırılmasında bir kusuru bulunmayan kişinin genetik babasıyla soybağı ilişkisi kurma hakkını sınırlayan itiraz konusu kural, küçüğün maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını, hak arama hürriyetinin özünü hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 2., 5., 13., 17. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. ”

4. Yargıtay İçtihadı

41. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 19/9/2011 tarihli ve E.2010/23516, K.2011/13464 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“İstem, evlat edindirilen çocukla biyolojik baba olduğu iddia edilen kimse arasında kişisel ilişki kurulmasına (TMK.md.323-324) ilişkindir. Çocuk evlilik dışı olarak doğmuş, velayet hakkı sahibi annenin rızasının aranmamasına karar verilmek suretiyle evlâ edinilmiştir. Çocukla istemde bulunan baba arasında hukuki bir bağla babalık ilişkisi kurulmuş değildir. Çocukla arasında hukuksal bir bağ bulunmayan davacının baba sıfatıyla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı mevcut değildir. Bu şekilde, çocukla hukuki bağ, bulunmayan baba olduğunu iddia eden kişi ancak üçüncü kişi sıfatıyla Türk Medeni Kanununun 325. maddesindeki koşullar gerçekleştiği takdirde kişisel ilişki isteminde bulunabilir. İstem konusunda, Türk Medeni Kanununun 325.maddesindeki ‘olağanüstü hal’ in mevcudiyeti koşulu da gerçekleşmemiştir. Mahkemece, istemin bu nedenle reddi gerekirken; yazılı şekilde çocuk yararına olmadığı gerekçesiyle reddine karar verilmiş olması gerekçe yönünden isabetli değilse de; bu yön bozmayı gerektirmediğinden; hükmün gerekçesinin yukarıda açıklandığı gibi değiştirilerek onanmasına (HUMK.md.438/son) karar vermek gerekmiştir. “

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı 42. 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. “

43. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 8.

maddesinde yer alan “aile hayatı” kavramının evlilik temelli ilişkilerle sınırlı olmadığını ve diğer fiili (de facto) “aile” bağlarını da kapsadığını vurgulamaktadır (Anaya/Almanya, B. No: 20578/07, 21/12/2010, § 55). AİHM’e göre Sözleşme’nin 8. maddesinin amaçları bakımından “aile hayatı”nın varlığı ya da yokluğu, somut olayda yakın kişisel bağların mevcut olup olmadığına bağlı olgusal bir sorundur (K. ve T /Finlandiya [BD], B. No: 25702/94, 12/7/2001, § 150). AİHM, kural olarak aile hayatından söz edebilmek için birlikte yaşamayı bir koşul olarak kabul etmekle birlikte istisnai olarak fiili bir “aile bağı” oluşturacak kadar yeterli tutarlılık taşımak kaydıyla diğer etkenlerin de aile hayatının varlığını gösterebileceği kanaatindedir (Kroon ve diğerleri/Hollanda, B. No: 18535/91, 27/10/1994, § 30). 44. AİHM, bir aile bağına varlığının tespit edildiği durumlarda devletin kural olarak bu bağı sürdürülmesini sağlamaya uygun şekilde davranmak zorunda olduğunu belirtmektedir. Ebeveyn ve çocuk arasındaki karşılıklı ilişki, aile hayatının temel bir unsurunu teşkil eder ve kamu makamlarının bunu engelleyen tedbirleri ise Sözleşme’nin 8. maddesince korunan aile hakkına yönelik bir müdahale oluşturur (*Monory/Romanya ve Macaristan*, B. No: 71099/01, 5/4/2005, § 70; *K. ve T /Finlandiya*, § 150).

45. AİHM; Sözleşme’nin 8. maddesinin temel amacının kamu makamlarının keyfi eylemlerine karşı bireyi korumanın yanında ayrıca buna ek olarak aile hayatına saygı hakkının etkili bir şekilde korunmasına ilişkin pozitif yükümlülükleri de içerdiğini kabul etmektedir. AİHM’e göre bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi hem bireylerin haklarını koruyan yargısal ve icrai bir mekanizma oluşturulması hem de bu hakkı güvence altına almak için öngörülen tedbirlerin etkin bir biçimde uygulanmasını kapsamaktadır (*Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63).

46. AİHM; Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin bir ebeveynin çocuğuyla bir araya gelmesini sağlamak için kamu makamlarının gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü kapsadığını kabul etmektedir. AİHM’e göre bu yükümlülük, ayrıca çocukla kişisel ilişki ve çocuğun ikametgahına ilişkin ebeveynler ve/veya çocuğun ailesinin diğer üyeleri arasında doğan anlaşmazlıklar bakımından da geçerlidir (*Manic/Litvanya*, B. No: 46600/11, 13/1/2015, § 101). 47. AİHM, devletin ister negatif isterse de pozitif yükümlülükleri bağlamında olsun bireyin ve ilgili üçüncü kişiler de dahil olmak üzere toplumun yarışan menfaatleri ile devletin takdir yetkisi arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır

(*Glaser/Birleşik Krallık*, § 63). AİHM; ulusal makamların çocuğun ve ebeveynin menfaatleri arasında adil bir denge kurması gerektiğini ancak bu dengelemede çocuğun üstün yararının mahiyet ve ciddiyetine bağlı olarak çocuğun menfaatinin ebeveynin menfaatine göre daha fazla önem taşıyabileceğini kabul etmektedir (*Şahin/Almanya [BD]*, B. No: 30943/96, 8/7/2003, § 66; *Plaza/Palanya*, B. No: 18830/07, 25/1/2011, § 71). 48. *Mandet/Fransa* (B. No: 30955/12, 14/1/2016) kararında annenin eşinin babalığının tanınması işleminin bozulmasına ilişkin anne, eşi ve çocuktan oluşan başvuruçuların şikayetleri incelenmiştir. AİHM; kamu makamlarının çocuğun üstün menfaatlerini gözettiğini tespit etmiştir. Buna göre somut olay bakımından çocuğun menfaatlerinin biyolojik babanın menfaatleri ile örtüştüğünü belirten AİHM, çocuğun velayetinin anneye verildiğini, ayrıca çocuğun anne ve eşiyle birlikte yaşadığını gözeterek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Mandet/Fransa*, §§ 44-60).

49. *Cengiz Kılıç/Türkiye* (B. No: 16192/06, 16/12/2011) kararında, babanın boşanma davası devam ederken çocuğuyla görüştürülmemesi şikayeti incelenmiştir. AİHM, kamu makamlarının makul bir şekilde kendisinden beklenen uygulamaya yönelik gerekli bütün tedbirleri almadığı gerekçesiyle başvuruçunun özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Cengiz Kılıç/Türkiye*, §§ 120-135). 50. *Anaya/Almanya* kararına konu olayda, kamu makamlarının başvuruçuya daha önce hiç birlikte yaşamadığı ikiz çocuklarıyla görüşme izni vermemesi söz konusudur. AİHM, çocuklar ve başvuruçunun arasındaki ilişkinin çocukların menfaatleri açısından yararlı olup olmayacağı sorusunun kamu makamlarınca incelenmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline karar vermiştir (*Anaya/Almanya*, §§ 55-73). *Schneider/Almanya* (B. No: 17080/07, 15/9/2011 , § § 79-105) kararında da başvuruçuya biyolojik oğlu olduğunu iddia ettiği çocukla iletişim kurmasına izin verilmemesi nedeniyle başvuruçunun özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararda, başvuruçunun çocukla birlikte yaşamadığından aile hayatı bulunmasa da çocuğu ile iletişim kurmasının başvuruçunun özel hayatının önemli bir parçası olduğu kabul edilmiştir (*Schneider/Almanya*, §§ 87-90).

51. *Ahrens/Almanya* (B. No: 45071/09, 22/3/2012, § 89) ve *Kautzor/Almanya* (B. No: 23338/09, 22/3/2012, § 91) kararlarında, çocuk ile çocuğun yasal ebeveynleri arasındaki mevcut ilişkinin çocuğun biyolojik babasıyla olan ilişkisinden daha öncelikli olup olmadığı yönündeki kararın-taraf devletler arasında bu konuda bir konsensüs bulunmadığını

da gözeterek- devletin takdir yetkisi kapsamında olduğu belirtilmiştir.

52. *Nazarenko/Rusya* (B. No: 39438/13, 16/7/2015) kararına konu olayda; çocuk evlilik birliği içinde doğmuş ve kanunen babası olarak gözüken başvuru, beş yıldan fazla bir süre kendini çocuğun babası olarak bilmiş; onu büyütmüş ve ona bakmıştır. Uzman raporlarına göre başvuru ile çocuk arasında yakın bir duygusal bağ bulunduğu tespit edilmiştir. Ancak daha sonra başvurunun çocuğun biyolojik babası olmadığı tespit edilmiştir. Başvuru ile çocuğun neticede başvurunun çocuğun biyolojik babası olmadığı ortaya konulana kadar uzun bir süre boyunca birbirlerinin baba ve kız evlat olduklarına inandıkları düşünüldüğünde ve aralarındaki yakın kişisel bağ dikkate alındığında AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci paragrafı kapsamında bu ilişkinin aile hayatı anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır (*Nazarenko/Rusya*, § 58). AİHM, somut olayda başvurunun biyolojik baba olmadığı ortaya çıktıktan sonra çocuk ile olan soy bağının kaldırıldığını ve bunun sonucu olarak kanun gereği velayet hakkı yanında kişisel ilişki kurmasına da izin verilmediğini tespit etmiştir (*Nazarenko/Rusya*, § 64). AİHM, çocukla kişisel ilişkisini sürdürmeye hak sahibi olan kişilerin katı bir listesinin oluşturulmasının ve her olayın kendine özgü koşulları içinde çocuğun üstün menfaati gözetilerek istisnalar getirilmemesinin niçin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunun gösterilemediğini belirtmiştir (*Nazarenko/Rusya*, § 65). AİHM'e göre Sözleşme'nin 8. maddesi, taraf devletlere-biyolojik olarak ilişkili olsun veya olmasın-yeterince uzun bir süre boyunca çocukla yakınlığı bulunan kişiyle kişisel ilişkinin sürdürülmesinin çocuğun üstün yararına olup olmadığını her bir olayda ayrı ayrı inceleme yükümlülüğü getirmektedir (*Nazarenko/Rusya*, § 66). AİHM, iç hukuka göre başvurunun soy bağının kaldırılmasından sonra tamamen ve otomatik olarak çocuğun hayatından çıkarıldığını ifade etmiştir. Bununla birlikte AİHM; çocuğu bir süre kendi çocuğuymuş gibi yetiştiren bir kimsenin çocuğun biyolojik babası olmadığının ortaya çıkmasının ardından -çocuğun üstün yararına ilişkin nedenler gerektirmedikçe- çocuğun hayatından çıkarılmaması gerektiği kanaatindedir (*Nazarenko/Rusya*, § 67). Sonuç olarak AİHM, başvuru ile çocuk arasındaki kişisel ilişkinin çocuğun üstün menfaatine olup olmadığının hiçbir biçimde incelenmeksizin başvurunun çocuk ile olan kişisel ilişkisini sürdürme hakkından mahrum edilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Nazarenko/Rusya*, § 68).

2. Diğer Uluslararası Belgeler

53. Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme (BM Sözleşmesi), BM Genel Kurulunun 20/11/1989 tarihli ve 44/25 sayılı kararıyla kabul edilmiş ve imzaya açılmıştır. Türkiye, BM Sözleşmesi'ni 14/9/1990 tarihinde imzalamıştır. BM Sözleşmesi'nin onaylanmasının uygun bulunduğuna ilişkin 9/12/1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanun, 11/12/1994 tarihli ve 22138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. BM Sözleşmesi'nin onaylanmasına ilişkin 23/12/1994 tarihli ve 94/6423 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ise 27/1/1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 4/4/1995 tarihinde BM Genel Sekreterliğine tevdi edilmiş ve BM Sözleşmesi, Türkiye bakımından 4/5/1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. BM Sözleşmesi'nin 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yaşama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

.."

54. BM Sözleşmesi'nin 9. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun anababasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleyle maruz bırakılması ya da ihmal edilmes. durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

3. Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel

ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.

..”

55. BM Çocuk Hakları Komitesinin 14 numaralı Genel Yorumu'nun (2013 yılı) ilgili kısmı şöyledir:

..”

13. Bütün Taraf Devletler, çocuğun üstün yararının dikkate alınması ve temel düşünce olarak kabul edilmesi hakkına saygı göstermeli ve bu hakkı uygulamalıdır ve bu hakkın tam olarak uygulanması için bütün gerekli, iyi düşünülmüş ve somut tedbirleri almakla yükümlüdür.

29. Babalık, çocuk istismarıya da ihmal, aile birleşimi, barınması vb. Hukuk davalarında çocuk kendi yararlarını doğrudan ya da bir temsilci aracılığıyla savunabilir. Örneğin çocuk istismarı ya da ihmal davaları gibi evlat edinme veya boşanma işlemleri, velayet, ikametgah, kişisel ilişki ya da çocuğun hayatı ve gelişiminde önemli etkisi olan diğer konularda, çocuk yargılama sürecinden etkilenebilir. Mahkemeler, usuli ya da esasa ilişkin olmaları fark etmeksizin, çocuğun üstün yararının bütün bu tür durumlarda ve kararlarda dikkate alınmasını sağlamalıdır ve bunu etkili bir şekilde yaptıklarını göstermelidir ... ”

36. Bir çocuğun üstün yararı, bütün uygulama tedbirlerinin alınmasında öncelikli düşünce olacaktır. 'Olacaktır' ifadesi, devletler üzerinde güçlü bir yasal yükümlülük doğurur ve devletler çocukların üstün yararının atılan herhangi bir adımda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ve temel düşünce olarak çocuğu üstün yararına uygun ağırlığın tanınıp tanınmayacağı konusunda takdir yetkisi kullanamazlar ...

60. Ailenin ayrılmasının önlenmesi ve aile birliğinin korunması çocuk koruma sisteminin önemli unsurlarıdır ve '... ayrılığın çocuğun üstün yararı için gerekli olması haricinde çocuğu ebeveynlerinden, onların rızası olmaksızın ayrılmamasını' gereken 9. maddenin 1. paragrafında öngörülen hakka dayanmaktadır. Üstelik, ebeveynlerinden birinden ya da ikisinden ayrılan çocuk, 'kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ebeveynin ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir' (madde 9 fıkra 3). Bu,

aynı zamanda velayet haklarına sahip olan herhangi bir kimse, hukuki ya da geleneksel olarak temel bakımı üstlenenler, evlat edinen ebeveynler ve çocukla bir kişisel ilişkisi olan kişiler bakımından da geçerlidir ... ”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

56. Mahkemenin 26/12/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

57. Başvurucular, başvuru çocuk Özgün'ün boşanma davası sırasında biyolojik olmayan babası S.S. ile tedbiren kişisel ilişki kurulmasından yakınmaktadır. Başvuruculara göre yargılama sürecinde çocuğun haklarına öncelik tanınmamıştır. Başvurucular, gerçek babası olmayan davalı eş ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması neticesinde çocuğun psikolojik olarak zarar gördüğünü iddia etmişlerdir. Başvurucular ayrıca, soy bağının reddi davası açılmak için kayyım atanma zorunluluğunun bulunmasının ve beş yıllık hak düşürücü süre koşulu uygulanmasının gerçek ebeveynin tespitini güçleştirdiğini ifade etmişlerdir. Başvurucular, bunun dışında boşanma davası sırasında çocuğun yurt dışına çıkışının yasaklanmasının onun seyahat özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmişlerdir.

58. Bakanlık görüşünde, Adli Tıp Kurumunun soy bağına ilişkin 15/10/2012 tarihli kararından sonra boşanma davasının devam ettiğine dikkat çekilmiştir. Bakanlığa göre ilk derece mahkemesi esas hakkında karar verilirken kesinleşinceye kadar çocuğun menfaatini ve tarafların durumunu dikkate alarak kişisel ilişki kurulmasına karar vermiştir. Bakanlık görüşünde ayrıca, soy bağının reddi davası açılmasını doğumdan itibaren beş yıl ile sınırlayan düzenlemenin yargılama devam ederken Anayasa Mahkemesince iptal edildiği vurgulanmıştır.

59. Başvurucular cevap dilekçesinde, babalık karinesinin gerçeğe üstün tutulduğunu halbuki gerçek durumun en kısa sürede tespit edilerek bu doğrultuda özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının korunması gerektiğini belirtmişlerdir. Cevap dilekçesinde ayrıca, evlat edinme veya başka bir sebeple sorumluluk alan biyolojik baba olmayan kişilerin de bulunabileceği kabul edilmekle birlikte somut olayda böyle

bir durumun söz konusu olmadığı, S.S.nin çocuğa sert ve soğuk davrandığı ifade edilmiştir. 2. Değerlendirme

60. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

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

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

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

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

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

62. 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).

63. Başvurucu Özgün Söylemezoğlu'nun boşanma davası sırasında tedbiren yurt dışına çıkarılmasının yasaklanması nedeniyle seyahat özgürlüğünün sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir. Anayasa'nın 23. ve Sözleşme'ye ek 4 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde, ülke içinde seyahat özgürlüğü bulunmakla birlikte kişilerin bulunduğu ülkeden ayrılma özgürlüğü de bulunmaktadır. Ancak anılan Protokol'e Türkiye taraf olmadığından Anayasa'nın 23. maddesinde yer alan seyahat özgürlüğüne yönelik başvurular bireysel başvuru kapsamında değildir. Somut olay bakımından başvuru sahiplerinin temel şikayetleri, biyolojik baba olmayan kişi ile başvuru çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ve soy bağının reddi davası için bazı koşullar getirilmesine yöneliktir. Bu sebeple başvuru sahiplerinin makul sürede yargılanma hakkı dışındaki

bütün şikayetleri özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

64. Başvurucular, ilk olarak ergin olmayan çocuk adına soy bağının reddi davası açılması için kayyım atanması zorunluluğundan ve doğumdan itibaren beş yıllık bir hak düşürücü süre koşulu getirilmesinden yakınmaktadırlar.

65. Gerçekten de soy bağının reddi davasının açıldığı tarih itibarıyla 4721 sayılı Kanun'un 291 . maddesinin ikinci fıkrasında, soy bağının reddi davasının çocuğun doğumundan itibaren ancak beş yıl içinde açılabileceği yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin 10/10/2013 tarihli ve E.2013/62, K.2013/115 sayılı kararı ile bu hükümde yer alan " ... her halde doğumdan başlayarak beş yıl ... " ibaresi iptal edilmiştir (bkz. § 40). Nitekim somut olayda ilk derece mahkemesinin soy bağının reddine ilişkin kararı Yargıtay 18. Hukuk Dairesinin 18/6/2013 tarihli ilamıyla hak düşürücü süre yönünden bozulmuş ise de karar düzeltme istemi üzerine Daire 6/3/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesinin iptal kararını gözeterek hükmün onanmasına karar vermiştir. Dolayısıyla başvurucuların soy bağının reddine ilişkin talepleri, yapılan yargılama neticesinde hak düşürücü süre hükümleri uygulanmaksızın kabul edilmiş olduğundan başvurucuların bu yönde bir mağduriyetleri söz konusu değildir.

66. Diğer taraftan BM Çocuk Hakları Komitesinin 14 numaralı Genel Yorumu'nda da değinildiği üzere çocuğun üstün yararı çerçevesinde hukuk davalarında çocuğun doğrudan veya bir temsilci aracılığıyla savunulması öngörülmelidir. Çünkü boşanma işlemleri; velayet, kişisel ilişki ya da somut olaydaki soy bağının reddi gibi çocuğun hayatı ve gelişiminde önemli etkisi olan diğer konularda çocuğun yargılama sürecinden etkilenebilmesi söz konusudur. Somut olayda da çocuğun yaşı dikkate alınarak ve yasal temsilcileriyle menfaatinin çelişki içinde olabileceği gözetilerek çocuğa temsil kayyımı atanmıştır. Buna göre çocuğun üstün yararı gözetilerek, açılacak soy bağının reddi davası için temsil kayyımı atanmasının özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı yönünden bir ihlale yol açmadığı açıktır. 67. Bu durumda başvurucuların aile hayatına saygı hakkının ihlaline ilişkin iddiası, başvuru çocuk ile biyolojik baba olmayan kişi arasında tedbiren kişisel ilişki kurulması yönündeki müdahale ile sınırlı olarak incelenmelidir. Mahkemenin

3/4/2014 tarihli kararıyla baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin tedbir kararı kaldırılmış ise de bu durumun başvuru sahiplerinin mağduriyetini tamamen ortadan kaldırmadığı, tedbir kararının kaldırıldığı tarihe kadar oluşan mağduriyetlerin giderilmediği gözetildiğinde başvuru sahiplerinin mağdur sıfatlarının devam ettiği değerlendirilmektedir.

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

b. Esas Yönünden

i. Hakkın Kapsamı ve Uygulanabilirliği

69. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmi makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmektedir. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

70. Aile hayatındaki temel ilişkiler, kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilere dayanır. Resmi evlilik birliklerinin aile hayatı kapsamında korunduğu kuşkusuz olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Bu çerçevede çocuğun doğumundan itibaren çocuk ve ebeveyn arasında aile hayatı anlamına gelen bir bağ kurulduğunun kabulü gerekir (*Murat Atılğan*, § 23; NÖ., B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 33). Ayrıca aile hayatından söz edebilmek için "birlikte yaşama" temel bir koşul olmakla birlikte fiili bir "aile bağı" oluşturacak kadar yeterli tutarlılık taşımak kaydıyla başka bazı istisnai durumlarda da aile hayatının varlığından söz edilebilir.

71. Aile hayatının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın kapsamının ise aile hayatına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir (*Murat Atılğan*, § 24; *Marcus Frank Cerny*, § 38).

72. Somut olayda başvuru çocuk, resmi bir evlilik birliği içinde doğmuş olup diğer başvuru ise çocuğun annesidir. Başvuru anne, açtığı boşanma davasında çocuğun embriyo transferi yoluyla doğduğunu öne sürmüştü; bunun üzerine başvuru çocuğa görevlendirilen kayyım tarafından soy bağının reddi davası açılmıştır. Bu davada Adli Tıp Kurumunca yapılan DNA incelemesi esas alınarak ilk derece mahkemesince başvuru annenin eşinin başvuru çocuğun babası olmadığı tespit edilerek soy bağının reddine karar verilmiştir. Boşanma davasında ilk derece mahkemesi, soy bağının reddi davası sürecinin devam ettiğini gözeterek başvuru çocuk ile biyolojik baba olmadığı tespit edilen eş arasında kişisel ilişki tesis etmiştir. Buna karşın 3/4/2014 tarihli karar duruşmasında bu kişisel ilişkinin kaldırılmasına karar verilmiştir. Dolayısıyla soy bağının reddi ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin başvuruya konu bütün bu sürecin başvuru aile hayatlarını ilgilendirdiğinden somut başvuruda aile hayatına saygı hakkının uygulanabilir olduğu değerlendirilmektedir.

ii. Müdahalenin Varlığı

73. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri aile hayatının vazgeçilmez bir unsurudur. Aile hayatına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile hayatına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile hayatına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Murat Atılğan*, § 26; NÖ., § 36).

74. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin mevcut olayda babanın çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma, ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Söz konusu yükümlülüğün uluslararası sözleşmelerde de yer bulunduğu görülmektedir (bkz. §§ 53-55). Bu noktada anne ve baba ile düzenli bir kişisel ilişki sürdürülmesinde çocuğun üstün menfaatinin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir.

75. Somut başvuru açısından ilk derece mahkemesince boşanma davası sürecinde velayeti tedbiren anneye verilen çocuk ile biyolojik olmayan ancak evlilik birliği içinde doğmakla kayden baba olarak gözüken kişi arasında kişisel ilişki kurulması tedbiri uygulanmasının başvurucuların aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğu açıktır.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

76. Anayasa'nın 20. maddesinde bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmakta, ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri, işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Ekşi*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

77. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

78. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler gözönünde bulundurulurken sınırlanabileceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan belirtilen düzenlemede yer alan -başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere- tüm güvence ölçütlerinin Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Ekşi*, § 35).

(1) Kanunilik

79. Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye

yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır (Sevim Akat Ekşi, § 36). 80. Kişisel ilişkinin tesisine ilişkin olarak 4721 sayılı Kanun'un 169., 182., 323., 324. ve 325. maddelerinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre aile hayatının uygulamada ve etkili bir şekilde korunmasını güvence altına alan kanuni bir çerçevenin mevcut olduğu ve kişisel ilişki tesisine dair somut başvuruya konu uygulamanın öngörülebilir, ulaşılabilir ve belirli kanuni bir dayanağının bulunduğu anlaşılmaktadır.

(2) Meşru Amaç

81. Anayasa'nın 41. maddesinde; yüksek yararına aykırı olmadıkça her çocuğun anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma, ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. 4721 sayılı Kanun'un ilgili maddelerinde de velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisi düzenlenirken çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarının esas tutulacağı ifade edilmiştir. Bu bağlamda velayet ile kişisel ilişkiyle ilgili düzenlemeler kapsamında alınan tedbirlerin çocuğun eğitimi, sağlığı, ahlakı ile çocuk ve ebeveynin hak ve özgürlüklerini koruma şeklindeki meşru temellere dayandığı anlaşılmaktadır.

(3) Demokratik Toplumda Gerekli Olma ve Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

82. Belirtilen meşru temellere rağmen bireyin temel haklarına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunması zorunludur. Anayasa'nın 13. maddesinde; bu orantının değerlendirilmesi noktasında nazara alınmak üzere demokratik toplumda gereklilik, hakkın özü ve ölçülülük unsurlarına riayet edilmesi şeklinde üç ayrı güvence ölçütüne daha yer verilmiştir.

83. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun

yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir (AYM, E.1999/33, 1999/51, 29/12/1999; AYM, E.2016/46, K.2016/178, 23/11/2016, § 13; *Murat Atılğan*, § 37; N.Ö., § 48). 84. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda geçerli olan denge, aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılmasında da gözönünde bulundurulmalıdır. Aile hayatına saygı hakkının sınırlandırılması mümkün olmakla beraber sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlandırma aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlandırmayla ulaşılabilecek yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir. Bu noktada belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlamayapılıpyapılmadığının tespiti için müdahale teşkil ettiği ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında bireye düşen fedakarlığın ağırlığının gözönünde bulundurulması, özellikle velayet ve kişisel ilişki tesisine dair uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda ebeveyn ve çocuğun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir (*Murat Atılğan*, § 39; N. Ö., § 50). 85. Aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün olmayıp ilgili makamların her iki yükümlülük çerçevesinde de belirli bir takdir alanına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte her iki yükümlülük kapsamında da benzer ilkelerin gözönünde bulundurulması, özellikle her iki durumda da kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmesi gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, § 42; N.Ö., § 53).

86. Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit, bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsurdur. Bu bağlamda ilgili taraflarla doğrudan temas halinde olan yargısal organların belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi; derece mahkemelerinin yerine geçerek, koruma ve kişisel ilişki tesisine ilişkin davalarda, belirtilen hususun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerini denetlemektir.

87. Özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirmek durumunda olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır. Derece mahkemelerinin takdirlerinin gerekçelerini, ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkanını da etkili şekilde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymaları ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi objektif verilere dayandırılması gerekmektedir (*Murat Atılgan*, §§ 44, 45; N.Ö., §§ 55, 56).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

88. Başvuru konusu olayda başvuru çocuk 5/2/2007 tarihinde evlilik birliği içinde doğduğundan S.S., çocuğun babası olarak nüfusa kaydedilmiştir. Başvurucu anne 29/1/2010 tarihinde boşanma davası açmıştır. Boşanma davasında ilk derece mahkemesi, psikoloji ve pedagoji alanında uzman kişilerden aldığı rapora dayalı olarak 4/3/2010 tarihinde çocuğun velayetinin tedbiren annesine verilmesine ve çocuk ile babası arasında kişisel ilişki kurulmasına karar vermiştir.

89. Başvurucu anne; boşanma davasında çocuğun yapay dölllenme yöntemiyle dünyaya geldiğini ileri sürdüğünden çocuğa temsil kayyımı atanmış ve kayyım tarafından 29/1/2010 tarihinde soy bağının reddi davası açılmıştır. Yapılan yargılamada, kay den baba gözüken S.S.nin başvuru çocuğun biyolojik babası olmadığı, DNA incelemesi sonucu 15/10/2012 tarihli Adli Tıp Kurumu raporu ile ortaya çıkmıştır. Bu inceleme sonrası 19/12/2012 tarihinde çocuk ile biyolojik baba olmadığı tespit edilen S.S. arasındaki kişisel ilişkinin kaldırılmasına karar verilmiştir. Ancak davalının 15/7/2013 tarihli talebini değerlendiren ilk derece mahkemesi, yeniden psikoloji alanında uzman bir görevliden rapor aldırılmış; rapordaki tespitleri esas alarak çocuğun üstün yararı gerekçesiyle 23/9/2013 tarihinde yeniden çocuk ile S.S. arasında tedbiren kişisel ilişki kurulmasına karar vermiştir. Bu arada soy bağının reddine ilişkin 19/12/2012 tarihli hüküm, Yargıtayca 6/3/2014 tarihinde onanmıştır. İlk derece mahkemesi de bu hükmü gözeterek 3/4/2014 tarihli karar duruşmasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin söz konusu tedbir kararını kaldırmıştır.

90. Somut olay bakımından başvuru çocuklarının asıl şikayetinin DNA

incelemesinin sonuçlandığı 15/10/2012 tarihinden sonra kişisel ilişkinin yeniden tesis edildiği 15/7/2013 tarihinden bu tedbirin kaldırıldığı 3/4/2014 tarihine kadar olan döneme ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Başvuruculara göre, biyolojik baba olmadığı tespit edilmesine rağmen çocuğa ilgisiz ve kaba davranan davalı eş ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmamalıdır.

91. Ancak öncelikle belirtmek gerekir ki DNA raporunun mevcut olması, evlilik birliği içinde çocuğun nüfus kayıtlarındaki babalık durumunu tek başına değiştirmemektedir. Bunun için 4721 sayılı Kanun'un 286. ve devamı maddeleri çerçevesinde soy bağıнын reddi davası açılması ve bu davanın kabulüne ilişkin kararın kesinleşmesi gerekmektedir (bkz. § § 38, 39). Anayasa Mahkemesinin bu davalarda uygulanan hak düşürücü süreye ilişkin kısmi iptal kararında da değindiği üzere kişinin genetik babasıyla nesep ilişkisi kurabilmesi maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir gereğidir (bkz. § 40). Bireyin ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve bunların getireceği haklardan yararlanma, ana ve babasından velayete bağlı görevlerini yerine getirmelerini isteme hakkı onun maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi kapsamındadır. Bununla birlikte soy bağına ilişkin hükümler kamu düzenine ilişkin olup bireyin özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını ihlal etmemek kaydıyla kamu düzeninin korunması bakımından belirli koşullara tabi tutulması kamu makamlarının takdirindedir. Bu bağlamda ancak yargısal bir kararla ve bu kararın kesinleşmesiyle soy bağıнын reddedilebilmesi, belirtilen takdir yetkisi çerçevesindedir. Somut olayda da soy bağıнын reddine ilişkin karar kesinleştikten kısa bir süre sonra kişisel ilişki kurulması tedbirinin kaldırıldığı dikkate alınmalıdır. 92. Kişisel ilişki hakkı alanında çocuğun üstün yararının dikkate alınması gerekliliği, hem ulusal mevzuatta hem de uluslararası sözleşmelerde genel bir hukuki karine olarak ortaya konmuştur (bkz. §§ 33-36, 41-55). Bu alanda kişisel ve ailevi durumların büyük bir çeşitlilik arz ettiği dikkate alındığında ilgili bütün bireylerin hakları arasında adil bir dengenin kurulması ise her somut olayın kendine özgü koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. Bu çerçevede çocuk ile kişisel ilişki kurma haklarını düzenleyen 4721 sayılı Kanun'un 323. ile 325. maddelerinin mahiyetinin gerektirdiğini aşan nitelikte katı hükümler içermediği anlaşılmaktadır. Anılan hükümler incelendiğinde çocuk ile ancak sınırlı sayıda kişilerin kişisel ilişki kurabileceği yönünde bir listenin mevcut olmadığı, aksine çeşitli ailevi durumlara ve çocuğun üstün yararına dayalı istisnai durumların da gözetildiği görülmektedir.

Nitekim bu Kanun'un 323. maddesinin birinci fıkrasında, ana ve babadan her birinin, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir; 324. maddede bunun sınırları gösterilmiştir. Öte yandan 325. maddede ise olağanüstü haller mevcutsa -çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde- çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabileceği hüküm altına alınmıştır.

93. Somut olayda başvuru annenin eşi her ne kadar çocuğun biyolojik babası değilse de bu durum ancak boşanma davası açıldıktan sonra soy bağının reddi davası kapsamında tespit edilebilmiştir. Buna göre evlilik birliği içinde doğan çocuk, annesinin eşi S.S.yi babası olarak bilmiş (bkz. § 14) ancak boşanma davasının kabulünden sonra bu kişi çocuğun hayatından çıkmıştır. Derece mahkemelerinin kararlarından, boşanma davasına kadar bir süre S.S.nin çocuk ile birlikte yaşadığı ve bu süre boyunca çocuğu kendi çocuğuymuş gibi yetiştirdiği de anlaşılmaktadır. Boşanma davasında ilk derece mahkemesinin çocuk ile kayden baba gözükken kişi arasında kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararlarının psikoloji ve pedagoji alanında uzman görevlilerden alınan ve çocuk ile diğer kişilerin psikolojik durumlarını içeren bilimsel raporlara dayalı olduğu gözlemlenmektedir. Bu raporlarda ise çocuk ile babası arasında duygusal bağın devamı bakımından kişisel ilişki kurulmasının çocuğun yararına olacağı açıkça belirtilmiştir (bkz. § § 14, 18). Başvuru anne her ne kadar davalı S.S.nin çocuğa kötü ve kaba davrandığını belirtmiş ise de gerek boşanma davasına ilişkin derece mahkemelerinin kararlarında gerekse de uzman raporlarında böyle bir bulguya yer verilmemiştir. Ayrıca başvuru annenin bu iddialarını daha önce boşanma davası sırasında ileri sürmediği de görülmektedir. 94. Bu itibarla evlilik birliği içinde doğan çocuğu kendi çocuğuymuş gibi yetiştiren ve çocuk ile arasında duygusal bağ bulunan kişi ile çocuk arasında boşanma davası sırasında tedbiren kişisel ilişki kurulmuştur. Derece mahkemeleri, bu kişinin DNA incelemesi sonucu çocuğun biyolojik babası olmadığını tespitiyle birlikte soy bağının reddine ilişkin davanın devam ettiğini gözeterek çocuğun üstün yararını gözeterek ve uzman raporlarına dayalı olarak karar verilmeye kadar bu tedbiri devam ettirmiştir. Başvuru konusu olay bakımından başvuru annenin iddiasının aksine çocuğun üstün yararına rağmen böyle bir kişisel ilişki kurulması yönündeki tedbir kararının verilmemesi durumunda -somut olayın özel koşulları altında- çocuğun ve bu kişinin aile hayatına saygı

hakkının ihlalinden söz edilebileceği değerlendirilmektedir. Nitekim Anayasa'nın 20. maddesi, çocuğun üstün yararı çerçevesinde olaya özgü koşulların değerlendirilerek kişisel ilişki kurulması anlamında gerekli tedbirlerin alınmasını zorunlu kılmaktadır. Sonuç olarak derece mahkemelerinin bu konudaki takdir yetkilerini çocuğun üstün yararını gözeterek makul ve sağduyulu bir şekilde kullandıkları ve bu bağlamda kişisel ilişki tedbiri uygulanmasına ilişkin müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli oldukları anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanuna dayalı olup meşru bir amacı bulunan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğu anlaşıldığından başvuru sahiplerinin aile hayatlarına saygı haklarının ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

95. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Kayyım Tayini Davası Yönünden

96. Başvuru sahipleri, kayyım atanmasına ilişkin yargılamanın uzun sürdüğü gerekçesiyle makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

97. 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 Anayasa Mahkemesi, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılan bireysel başvuruların inceleyebilir (*Zafer Öztürk*, B. No: 2012/51, 25/12/2012, § 17). 98. Somut olayda kayyım tayinine ilişkin olarak 2/3/2010 tarihinde açılan davanın 27/9/2011 tarihinde Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından onanarak kesinleştiği anlaşılmıştır. Bu durumda söz konusu yargılamada karar 23/9/2012 tarihinden önce kesinleştiğinden başvurunun bu kısmı Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi dışında kalmaktadır.

99. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Soy Bağının Reddi Davası Yönünden

100. Başvurucular ayrıca, soy bağının reddi davası yönünden de makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

101. Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleri bağlamında medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıkların makul sürede karara bağlanması gerektiğine dair temel ilkeler Anayasa Mahkemesince daha önce incelenmiş ve bu konuda kararlar verilmiştir (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013; *Güher Ergun ve Tosun Tayfun Ergun*, B. No: 2012/12, 17/9/2013). Başvuru konusu olayda bu ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

102. Somut olayda soy bağının reddine ilişkin davanın 29/1/2010 tarihinde açıldığı ve 6/3/2014 tarihinde Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından karar düzeltme istemi kabul edilerek onanmakla kesinleştiği anlaşılmaktadır. 103. Başvuruya konu yargılama süreci incelendiğinde davanın iki dereceli bir yargılama sisteminde toplam yaklaşık 4 yıl 1 ay sürdüğü, yargılama sürecinin bütünü dikkate alındığında başvuru haklarını ihlal edecek bir gecikmenin olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

104. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kayyım atanması davası yönünden makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Soy bağının reddi davası yönünden makul sürede yargılanma hakkının ihlal

edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuruçular üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/12/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

M.L. ve DİĞERLERİ

(Başvuru Numarası: 2014/7469)

Karar Tarihi: 22/11/2017

R.G. Tarih ve Sayı: 27 /12/2017-30283

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Burhan ÜSTÜN
Üyeler	: Hicabi DURSUN Hasan Tahsin GÖKCAN Kadir ÖZKAY A Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Şermin BİRTANE
Başvurucular	: 1. M. L. 2. F. A. L. 3. G. L.
Vekili	: Av. Suat YURDSEVEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, aile içi şiddet nedeniyle başvurucuya ve müşterek çocuklara yaklaşmaması hususunda koruma kararı bulunan eşin müşterek çocuklarla şahsi ilişki tesisine karar verilmesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı ile özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 26/5/2014 tarihinde yapılmıştır.

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

4. Komisyonca, adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

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

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

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

8. Başvurucuların vekili, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. Başvurucu M.L. ve boşanma sürecinde olduğu eşi A.L.nin beş çocukları bulunmaktadır. Aşağıda detaylı olarak açıklanacağı üzere 26/4/2007 doğumlu başvuru F.L. ile 29/4/2008 doğumlu başvuru G.L.nin velayetleri anneleri olan başvuru M.L.de bulunmaktadır. Diğer çocukların velayetleri baba A.L.ye verilmiştir.

11. Başvurucu M.L. 22/12/2020 tarihinde eşi A.L. aleyhine boşanma davası açmıştır. A.L. de başvurucuya karşı boşanma davası açmıştır. İstanbul 11. Aile Mahkemesinin 28/9/2012 tarihli kararıyla, evliliğin şiddetli geçimsizlik nedeniyle temelinden sarsıldığı gerekçesiyle tarafların boşanmalarına hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde sosyal hizmet uzmanlarınca düzenlenen bilirkişi raporlarına dayanılmıştır. Bu raporlarda; boşanma davası süresince üç erkek çocuğun babaları A.L.nin yanında kaldıkları, iki kız çocuğunun ise başvuru M.L.nin yanında yaşadığı belirtilmiştir. Ayrıca çocukların birlikte yaşadığı ebeveynine karşı olumlu, sağlıklı bir ilişki geliştirdikleri ancak ayrı yaşadıkları ebeveynlerine karşı olumsuz tepki gösterdikleri, boşanma sürecindeki sıkıntılardan çocukların etkilendiği ve taraf olma durumunda bırakıldıklarının belirtildiği ifade edilmiştir. Mahkemece raporlardaki öneriler ve çocukların isteği dikkate alınarak üç erkek çocuğun velayetinin babaları A.L.ye, iki kız çocuğun velayetinin ise başvuru M.L.ye verilmesine; çocukların da birbirlerini görebileceği şekilde ebeveynleriyle şahsi ilişki kurulmasına karar verilmiştir.

12. Söz konusu karar Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10/12/2013 tarihli kararıyla usule ilişkin gerekçeyle bozulmuştur.

13. Bozma üzerine yeniden yapılan yargılama sonucunda İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 22/1/2016 tarihli kararıyla başvuru M.L.nin boşanma davasının kabulüne ve tarafların şiddetli geçimsizliğe dayalı olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanmalarına karar verilmiştir. Karar gerekçesinde; boşanmaya sebep olan olaylarda A.L.nin ağır kusurlu olduğu, başvuru M.L.nin kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir. Kararda üç erkek çocuğun velayetinin babaları A.L.ye, iki kız çocuğun velayetinin ise başvurucuya verilmesine; çocukların da birbirlerini görebileceği şekilde ebeveynleriyle şahsi ilişki kurulmasına karar verilmiştir. Boşanma davasına dair detaylı bilgiler aşağıda ayrı başlık altında verilmiştir.

14. Boşanma davası süreci devam ettiği sırada başvuru M.L., eşinin kendisine ve çocuklarına şiddet uyguladığını belirterek İstanbul 1. Aile Mahkemesine başvurmuştur. İstanbul 1. Aile Mahkemesince çeşitli tarihlerde verilen kararlarla 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca başvuru M.L.nin eşini A.L.nin başvurucuya ve çocuklarına yönelik şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına, iletişim araçları ile veya sair surette rahatsız etmemesine, şahsi eşyası ve ev eşyasına zarar vermemesine karar verilmiştir. Ayrıca A.L.nin başvuru M.L. ve çocukları F.L. ve G.L.nin oturdukları ev ile çocukların okuluna beş yüz metreden fazla yaklaşmamasına hükmedilmiştir. Söz konusu koruma tedbirleri 6/3/2013 ile 19/6/2015 tarihleri arasında geçerli olmuştur. Koruma kararlarına dair süreç aşağıda detaylı olarak anlatılmıştır.

15. Ayrıca A.L.nin başvuru M.L. ve çocuklarının oturduğu konuta yaklaşmamasına dair tedbir kararına uymaması nedeniyle A.L. hakkında ceza davası açılmıştır. İstanbul 44. Asliye Ceza Mahkemesinin 25/9/2012 tarihli kararıyla, A.L.nin konuta yaklaşmamasına dair tedbir kararına uymadığı ve müşterek konutta bulunan başvuru M.L.nin annesi müşteki M.S.yi darbettiği gerekçesiyle hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının gen bırakılmasına karar verilmiştir. Söz konusu hüküm, itiraz edilmeksizin kesinleşmiştir.

16. A.L. 14/5/2013 tarihinde İstanbul 17. Aile Mahkemesine verdiği dilekçeyle velayetleri başvuru M.L. olan çocukları F.L. ve G.L. ile şahsi ilişki tesisi talebinde bulunmuştur.

17. İstanbul 17. Aile Mahkemesi 15/5/2013 tarihli karar ile taraflar arasında görülen ve derdest olan boşanma davasında çocuklarla esas hükümlerle şahsi ilişki tesisine karar verildiği ve kararın kesinleşmemesi nedeniyle şahsi ilişkinin tedbir olarak devam ettiği gerekçesiyle talep hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. 18. Baba A.L. karara itiraz etmiş, boşanma sonucunda verilen karar henüz kesinleşmediğinden ilamın icraya konulmasının mümkün olmadığını belirterek şahsi ilişki kurulması konusunda ihtiyati tedbir karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Mahkeme, 16/8/2013 tarihine duruşma açmıştır. Duruşma tarihini içeren tebligat başvuru adresine gönderilmiştir. İstanbul 17. Aile Mahkemesi 16/8/2013 tarihinde yaptığı duruşmada başvurucuya gönderilen davetiye alındısının dönmediği anlaşıldığından duruşmanın 5/9/2013 tarihine ertelenmesine, başvuru adına çıkartılan tebligatın akibetinin PTT'den sorulmasına ve sistem üzerinden sorgulama yapılarak çıktısının dosyaya konulmasına karar vermiştir. Mahkeme 5/9/2013 tarihli duruşma tutanağında başvuru M.L. adına çıkarılan tebligatın döndüğünü, 23/7/2013 tarihinde tebliğin yapıldığını belirtmiştir. Söz konusu tebligat alındısında başvuru adresinde belirtilen adresinde bulunmadığı, tebligatın muhtarlığa teslim edildiği ve ihbarnamenin adresin kapısına yapıştırıldığı, muhataba haber vermek üzere komşuya bilgi verildiği ifade edilmiştir.

19. İstanbul 17. Aile Mahkemesi 5/9/2013 tarihli karar ile itirazın kabulüne,

müşterek çocuklarla baba arasında, boşanma karar kesinleşinceye kadar tedbiren şahsi ilişki tesisine karar vermiştir. Karar gerekçesinde; İstanbul 11. Aile Mahkemesinin E.2010/835, K.2012/626 sayılı dosyasının duruşma tutanakları ile gerekçeli kararın bir örneğinin Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UY AP) üzerinden alındığı, yapılan incelemede çocuklar ile talep eden baba arasında şahsi ilişki tesisine dair tedbir niteliğinde ara karar verilmediği, hükümlerle birlikte verilen şahsi ilişki kararının kesinleşmediğinin anlaşıldığı, bu nedenle çocuklar ile baba arasında boşanma karar kesinleşinceye kadar tedbiren şahsi ilişki tesisine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kararda on beş günlük sürede temyiz yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir.

20. Başvuru 11/10/2013 tarihinde bu karara karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24/3/2014 tarihli ilamı ile temyiz talebi reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 21/2/2014 tarihli ve E.2013/1,

K.2014/1 sayılı karar ile ihtiyati tedbir hükmüne karşı temyiz yolunun kapalı olduğuna karar verildiği belirtilerek bağlayıcı nitelikteki içtihadı birleştirme karar uyarınca temyizden kabil olmadığı ifade edilmiştir. 21. Ret kararı 24/4/2014 tarihinde başvurucaya tebliğ edilmiş, 26/5/2014 tarihinde yapılan bireysel başvuruda süre aşımı olmadığı tespit edilmiştir.

22. Başvuruca yine 2/5/2014 tarihinde İstanbul 17. Aile Mahkemesinin 5/9/2013 tarihli kararının kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkeme 2/5/2014 tarihli ek karar ile kararın kesin olup itirazı kabil olmadığı gerekçesiyle karar verilmesine yer olmadığına karar vermiş, bu karar 6/6/2014 tarihinde başvurucaya tebliğ edilmiştir.

23. İstanbul 17. Aile Mahkemesinin 5/9/2013 tarihli şahsi ilişki tesisine dair karar uyarınca icra memurları çocuk teslimi için 23/11/2013 tarihinde başvurucaunun evine gelmiştir. Aynı tarihli Çocuk Teslimi Tutanağı'na göre, başvurucaunun koruma tedbir kararlarını belirterek çocukları teslim etmeyeceğini ifade etmesi üzerine çocuk teslimi yapılmamıştır.

24. İcra memurları 14/12/2013 tarihinde tekrar başvurucaunun evine gitmişlerdir. Başvurucaunun evde olmaması nedeniyle çilingir marifetiyle başvurucaunun evinin kapısı açılarak içeriye girilmiş, kapı anahtarı da değiştirilmiştir. 14/12/2013 tarihli Çocuk Teslimi Tutanağı'nda *"evin kapısının kapalı olduğu, odaların polis eşliğinde çilingir marifeti ile açıldığı, odalarda kıymetli hiç bir eşyaya rastlanılmadığı, içeride de kimsenin olmadığını görüldüğü, kapılar tekrar eski konumuna getirilerek çilingir marifetiyle kilitlendiği, dış kapının göbeği değiştirilerek yeni anahtarların icra kasasına konulmak üzere icra memuru tarafından alındığı ... , çocuk tesliminin gerçekleştirilmediği"* belirtilmiştir. 25. A.L.nin şikayeti üzerine başvuruca hakkında 26/12/2013 tarihinde çocuk teslimine muhalefet suçu nedeniyle İstanbul 14. İcra Ceza Mahkemesinde dava açılmıştır. Mahkemenin 3/6/2014 tarihli kararıyla Aile Mahkemelerince verilmiş olan koruma tedbir kararları ile A.L. hakkında çocuklara yaklaşmamasına hükmedildiği, bu nedenle çocuk teslimi kararının koruma tedbir kararı gereğince uygulanmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından başvurucaunun hapsen tazyikine yer olmadığına karar verilmiştir.

A. Koruma Kararı Verilmesine İlişkin Süreç

26. İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 6/3/2013 tarihli kararıyla 6284

sayılı Kanun uyarınca başvuruçunun eşi A.L.nin başvuruçuya ve çocuklarına yönelik şiddet tehditi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına; iletişim araçları ile veya sair surette rahatsız etmemesine, şahsi eşyası ile ev eşyasına zarar vermemesine karar verilmiştir. Tedbirin süresi 6/3/2013 tarihinden itibaren üç ay olarak belirlenmiştir.

27. İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 16/4/2013 tarihli kararına ek kararıyla, A.L.nin başvuruçuya ve çocukları F.L. ve G.L.nin oturduğu ev ile çocukların okuluna beş yüz metreden fazla yaklaşmamasına hükmedilmiştir. Söz konusu tedbirin 6/6/2013 tarihine kadar uygulanacağı belirtilmiştir.

28. Bu kararı itirazın inceleyen İstanbul 2. Aile Mahkemesince 3/5/2013 tarihli kararla, 16/4/2013 tarihli tedbirin, A.L.nin mağdur vekilinin talebinde belirtildiği gibi "her yerde" beş yüz metre yaklaşmamasına şeklinde uygulanmasına, yayın yasağı talebinin kabulü ile başvuruçuyu, çocukları ve vekili hakkında yayın yasağı konulmasına, bu kişilerle ilgili her türlü haber ve yayının-görsel ve yazılı- radyo, gazete ve sair haber kuruluşlarında haber, röportaj, eleştiri vb. isimler altında yayımlanmasının tedbir yoluyla önlenmesine karar verilmiştir.

29. Ayrıca İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 6/6/2013 tarihli kararına ek kararıyla şiddetin tekrarlanması ihtimali nedeniyle önceki tedbir kararının uzatılarak A.L.nin başvuruçuya ve çocuklarına yönelik şiddet tehditi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına; iletişim araçları ile veya sair surette rahatsız etmemesine; şahsi eşyası ile ev eşyasına zarar vermemesine hükmedilmiştir. Ayrıca başvuruçuya, çocukları F.L. ve G.L.nin oturduğu ev ile çocukların okuluna ve her yerde beş yüz metreden fazla yaklaşmamasına; başvuruçuyu, çocukları ve vekili hakkında yayın yasağı konulmasına; bu kişilerle ilgili her türlü haber ve yayının -görsel ve yazılı- radyo, gazete ve sair haber kuruluşlarında haber, röportaj, eleştiri vb. isimler altında yayımlanmasının tedbir yoluyla önlenmesine karar verilmiştir. Tedbir kararının süresi 6/6/2013 tarihinden itibaren altı ay olarak belirlenmiştir.

30. İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 16/12/2013 tarihli kararına ek kararıyla, şiddet faili A.L.nin küfürlü ve tehditkar konuştuğu, başvuruçuya ve vekiline karşı öldürme tehditlerinde bulunduğu belirtilerek talepte bulunması üzerine A.L.nin başvuruçunun ve çocukları F.L. ile G.L.nin

oturdukları adrese ve çocukların okuluna beş yüz metreden fazla yaklaşmamasına; A.L.nin başvuruca ve çocuklarına yönelik şiddet tehditi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına; iletişim araçları ile veya sair surette rahatsız etmemesine; şahsi eşyası ile ev eşyasına zarar vermemesine karar verilmiştir. Tedbirin süresi 16/12/2013 tarihinden itibaren üç ay olarak belirlenmiştir.

31. Başvuruca vekilinin yeniden talepte bulunması üzerine İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 27/12/2013 tarihli kararıyla mağdur vekilinin yayın yasağı kabul edildiğinden başvuruca, çocukları ve vekili hakkında yayın yasağı konulmasına; bu kişilerle ilgili her türlü haber ve yayının-görsel ve yazılı- radyo, gazete ve sair haber kuruluşlarında haber, röportaj, eleştiri vb. isimler altında yayımlanmasının tedbir yoluyla önlenmesine hükmedilmiştir. Ayrıca tedbirin 16/12/2013 tarihinden itibaren altı ay süreyle uygulanacağına karar verilmiştir.

32. İstanbul 1. Aile Mahkemesince 19/6/2014 tarihli kararına ek kararla, tedbir kararı süresi 19/6/2014 tarihinden itibaren altı ay uzatılmıştır.

33. İstanbul 1. Aile Mahkemesince 18/7/2014 tarihli kararına ek kararla, A.L.nin çocukları F.L. ve G.L. ile daha önce verilmiş bir ilişki kurma kararı varsa kişisel ilişkinin görevlendirilecek polis refakatinde yapılmasına, tedbirin 19/12/2014 tarihine kadar uygulanmasına karar verilmiştir.

34. İstanbul 1. Aile Mahkemesince 19/12/2014 tarihli kararına ek kararla, tedbir kararı süresinin sona erdiği anlaşıldığından ve mağdurun şiddete uğrama ihtimali dikkate alınarak 19/12/2014 tarihinden itibaren altı ay süreyle A.L.nin başvuruca ve çocuklarına yönelik şiddet tehditi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına; iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesine; şahsi eşyası ile ev eşyasına zarar vermemesine; başvuruca ve çocukları F.L. ve G.L.nin oturduğu ev ile çocukların okuluna ve her yerde iki yüz metreden fazla yaklaşmamasına; mağdur vekilinin yayın yasağı kabul edildiğinden başvuruca, çocukları ve vekili hakkında yayın yasağı konulmasına; bu kişilerle ilgili her türlü haber ve yayının-görsel ve yazılı- radyo, gazete ve sair haber kuruluşlarında haber, röportaj, eleştiri vb. isimler altında yayımlanmasının tedbir yoluyla önlenmesine hükmedilmiştir. 35. Başvuruca 19/6/2015 tarihinde tedbir

kararlarının süresinin dolduğunu belirterek koruma kararının süresinin uzatılmasını talep etmiştir. İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 19/6/2015 tarihli kararına ek kararla talep reddedilmiştir. Karar gerekçesinde; başvurucunun dilekçesinde belirttiği olayların tarihi, koruma süresi içinde taraflar arasında eylem meydana gelmemesi, İstanbul 1 1. Aile Mahkemesinde boşanma davası devam ettiğinden bu Mahkemece olayların değerlendirilmesinin ve tedbir kararı verilmesinin daha sağlıklı olacağı dikkate alınarak talebin reddedildiği ifade edilmiştir.

36. Başvurucunun anılan karara itirazı İstanbul 2. Aile Mahkemesinin 25/6/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

B. Boşanma Davasına İlişkin Süreç

37. Başvurucu 22/12/2010 tarihinde eşi A.L. aleyhine boşanma davası açmıştır. A.L. de başvurucuya karşı boşanma davası açmıştır.

38. İstanbul 11. Aile Mahkemesinin 28/9/2012 tarihli kararıyla evliliğin şiddetli geçimsizlik nedeniyle temelinden sarsıldığı gerekçesiyle tarafların boşanmalarına hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde, A.L.nin Sağlık Bakanlığına bağlı bir hastanede doktor olarak çalışmakta iken 24. Dönem Milletvekili Seçimi'nde aday olması nedeniyle istifa ettiği, ayrıca bir polikliniğin büyük ortağı olduğu, başvurucunun herhangi bir işte çalışmadığı, oturduğu evin boşanmakta olduğu eşine ait olduğu belirtilmiştir. Gerekçede; tarafların 2001 yılında evlenmiş oldukları, bu evlilikten üç erkek iki kız çocuklarının olduğu, A.L.nin başvurucuyla evliliği devam ederken başka kadınlardan evlilik dışı iki çocuğu daha olduğu, dolayısıyla sadakat yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal ettiği belirtilmiştir. Ayrıca A.L.nin evlilikleri süresince başvurucuyu darbettiğinin tanık beyanları ve Cerrahpaşa Tıp Fakültesi raporu ile doğrulandığı ifade edilmiştir. A.L.nin tanıklarının beyanlarının birbiriyle çeliştiği, cevapların hayatın akışına ters ve inandırıcılıktan uzak olduğu, dolayısıyla A.L.nin iddialarının doğrulanamadığı kabul edilmiştir. A.L.nin boşanma davası açıldıktan sonra sürekli olarak başvurucuyu karakola şikayet ettiği, şikayet konusu yaptığı hususlarda başvurucu hakkında dava açılmadığı, asılsız şikayetler nedeniyle A.L.nin iftira suçundan cezalandırıldığı sabit olduğu, tüm bu nedenlerle evliliğin temelinden sarsılmasında A.L.nin ağır kusurlu olduğu, başvurucunun ise kusurunun olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle başvurucunun davasının kabulüne, A.L.nin davasının reddine hükmedilmiştir. Kararda başvurucuya maddi ve manevi tazminat ödenmesine, başvurucu ve çocuklar için yoksulluk

ve iştirak nafakalarına hükmedilmiştir. Ayrıca velayet konusunda sosyal hizmet uzmanlarınca düzenlenen raporlarda belirtilen görüşler ve çocukların isteği dikkate alınarak üç erkek çocuğun velayetinin babaları A.L. ye verilmesine, iki kız çocuğun velayetinin ise başvurucuya verilmesine, çocukların da birbirlerini görebileceği şekilde ebeveyniyle şahsi ilişki kurulmasına karar verilmiştir.

39. Söz konusu karar Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10/12/2013 tarihli kararıyla bozulmuştur. Bozma gerekçesinde A.L.nin hakim reddi talebinde bulunduğu, ayrıca hakim hakkında tazminat davası açtığı, bu şekilde husumet yaratılmış olduğu, öncelikle hakim reddi talebinin ilgili merciye gönderilerek sonuçlandırılması gerektiği belirtilmiştir.

40. İstanbul 11. Aile Mahkemesince bozma kararına uyularak dosya 2014/295 esasına kaydedilmiştir ve hakim reddi talebi ilgili merciye gönderilmiştir. Talebi inceleyen İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 2014/259 Değişik İş sayılı kararıyla hakim reddi talebi koşulları oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir ve bu karar Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir.

41. Ayrıca A.L. İstanbul 10. Aile Mahkemesinde başvurucu aleyhine zinaya dayalı boşanma davası açmıştır. Bu dava, İstanbul 11. Aile Mahkemesinin E.2014/295 sayılı dosyasıyla birleştirilmiştir. Neticede İstanbul 11. Aile Mahkemesinin 22/1/2016 tarihli kararıyla başvurucunun boşanma davasının kabulüne ve tarafların şiddetli geçimsizliğe dayalı olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanmalarına, A.L.nin zina nedenine dayalı boşanma davasının ispat edilemediğinden reddine karar verilmiştir. Karar gerekçesinde; boşanmaya sebebiyet veren olaylarda A.L.nin ağır kusurlu olduğu, başvurucunun kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra üç erkek çocuğun velayetinin babaları A.L. ye verilmesine, iki kız çocuğun velayetinin ise başvurucuya verilmesine, çocukların da birbirlerini görebileceği şekilde ebeveyniyle şahsi ilişki kurulmasına karar verilmiştir.

42. Söz konusu karara karşı temyiz yoluna gidilmiş olup dosya Yargıtayda derdesttir.

C. Diğer Yargısal Süreçler

43. Başvurucunun boşanma sürecinde olduğu eşi A.L. hakkında açılan kamu davası sonucunda İstanbul 44. Asliye Ceza Mahkemesinin 25/9/2012 tarihli kararıyla, A.L.nin 2010/127 Değişik İş sayılı karar ile

müşterek konuta yaklaşmamasına dair tedbir kararı bulunduğu halde tedbir kararına uymadığı ve müşterek konutta bulunan başvurusunun annesi müşteki M.S.yi darbettiği gerekçesiyle hapis cezasıyla cezalandırılmasına, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Söz konusu hüküm itiraz edilmeksizin kesinleşmiştir.

44. A.L. hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan 17/7/2013 tarihli iddianame ile A.L.nin başvurusunu ve avukatını öldüreceğini, kafalarına sıkıracacağını, bu işin sonunun kötü olacağını söyleyerek tehdit ettiği suç isnadıyla İstanbul 62. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. Dava derdesttir.

45. A.L. hakkında başvurucuya karşı iftira suçunu işlediği gerekçesiyle İstanbul 33. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. İstanbul 33. Asliye Ceza Mahkemesinin 4/9/2014 tarihli kararıyla A.L.nin başvurusuna duyduğu husumetten dolayı Polis İmdat Acil Çağrı Merkezini arayarak başvurusunun konutunda kimliği belli olmayan erkeklerle uyuşturucu partisi yaptığı konusunda ihbarda bulunduğu ve iftira suçunu işlediği sabit olduğundan hapis cezası ile cezalandırılmasına, cezanın da ertelenmesine karar verilmiştir.

46. A.L. ve iki yakını hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan 18/5/2012 tarihli iddianame ile işlenmediğini bildikleri halde başvurucuya hırsızlık suçu isnat ederek aleyhine soruşturma başlattıkları ve bir gün gözaltında kalarak hürriyetinin kısıtlanmasına sebep oldukları belirtilerek iftira suçu isnadıyla İstanbul 42. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır. Dava derdesttir.

47. A.L. hakkında Fatih Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan 22/2/2011 tarihli iddianame ile başvurusunun oturduğu daire kapısının önüne gelerek kapıyı açmasını istediği, başvurusunun kapıyı açmaması üzerine "Ya bu davadan vazgeçeceksin ya da seni yaşatmam, sokak kadını gibi sokaklarda sürtüyorsun." diyerek hakaret ve tehdit ettiği suç isnadıyla kamu davası açılmıştır. Dava derdesttir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

48. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Geçici önlemler" kenar başlıklı 169. maddesi şöyledir:

"Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın

devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır."

49. 4721 sayılı Kanun'un "Hakimin takdir yetkisi" kenar başlıklı 182. maddesi şöyledir:

"Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

Hakim, istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.

50. 4721 sayılı Kanun'un "Kural" kenar başlıklı 323. maddesi şöyledir:

"Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. "

51. 4721 sayılı Kanun 'un "Sınırları" kenar başlıklı 324. maddesi şöyledir:

"Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir. "

52. 4721 sayılı Kanun'un 326. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Çocuk ile kişisel ilişkiye yönelik bir düzenleme yapıncaya kadar, velayet hakkına sahip veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında kişisel ilişki kurulamaz. ”

53. 2/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 390. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. ”

54. 6100 sayılı Kanun'un “İhtiyati tedbir kararına karşı itiraz” kenar başlıklı 394. maddesi şöyledir:

“(1) Karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aksine karar verilmedikçe, itiraz icrayı durdurmaz.

(2) İhtiyati tedbirin uygulanması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir.

(3) İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbiri, şartlarına ve teminata itiraz edebilirler.

(4) İtiraz dilekçeyle yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. Mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder; gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. İtiraz üzerine mahkeme, tedbir kararını değiştirebilir veya kaldırabilir.

5) İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz. ”

55. 6100 sayılı Kanun'un "Durum ve koşulların değişmesi sebebiyle tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması" kenar başlıklı 396. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Durum ve koşulların değiştiği sabit olursa, talep üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilir. "

56. 6100 sayılı Kanun'un "Temyizin icraya etkisi" kenar başlıklı 367. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"..

Kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınmaz mal ile ilgili aynı haklara ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez. "

57. 6100 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi şöyledir:

"(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkiler, Hakkında Kanununun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete 'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ifa 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.

(3) Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.

58. 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 21. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Kendisine tebligat yapılacak kimse veya yukarıdaki maddeler mucibince tebligat yapılabilecek kimselerden hiçbiri gösterilen adreste bulunmaz veya tebellüğden imtina ederse, tebliğ memuru tebliğ olunacak evrakı, o yerin muhtar veya ihtiyar

heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarına imza mukabilinde teslim eder ve tesellüm edenin adresini ihtiva eden ihbarnameyi gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırmakla beraber, adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir. İhbarnamenin kapıya yapıştırıldığı tarih, tebliğ tarihi sayılır. "

59. 9/1/2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un "Aile mahkemelerinin görevleri" kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler,

2. 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi,

3. Kanunlarla verilen diğer görevler. "

60. 4787 sayılı Kanun'un "Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"Aile mahkemesi, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda:

1. Yetişkinler hakkında;

a) Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya,

b) Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya,

c) Resmî veya özel sağlık veya sosyal hizmet kurumlarına, huzur evlerine veya benzer yerlere yerleştirmeye,

d) Bir meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna vermeye,

2. Küçükler hakkında;

a) Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya,

b) Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmî ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmeye, c) Çocuk mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin önlemleri almaya, d) Genel ve katma bütçeli daireler, mahalli idareler, kamu iktisadî teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri işyerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmeye, Karar verebilir.

61. 4787 sayılı Kanun'un "Aile mahkemeleri bünyesinde bulunan uzmanlar" kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Her aile mahkemesine,

1. Davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece

istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve

inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek, 2. Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek, 3. Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak, Üzere Adalet Bakanlığınca, tercihan; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından, birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanır. "

62. 4787 sayılı Kanun'un "Usul hükümleri" kenar başlıklı 7. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medeni Kanununun aile

hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. ”

63. 17/4/2014 tarihli ve 28975 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 21/2/2014 tarihli ve E.2013/1, K.2014/1 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararının gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Bu itibarla HMK’nun 391. ve 394. maddelerinde geçen “kanun yolu” ibaresi ile kastedilenin istinaf yolu olduğu, Geçici 3.madde yollamasının sadece HUMK’nun temyize ilişkin hükümlerini kapsadığı ve ihtiyati tedbire ilişkin kararların nihai nitelikte kararlardan olmadığı, ayrıca bu konuda özel bir düzenlemenin de bulunmadığı gözetildiğinde bu tür kararların temyiz yolu kapsamında incelenemeyeceği kanaatine varılmıştır. ”

B. Uluslararası Hukuk

64. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), onune gelen birçok davada aile yaşamına saygının kamu makamlarına ebeveynler ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bunun, ayrılığa devletin değil bir ebeveynin yol açtığı durumlarda da geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış, hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

65. AİHM, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte uyuşmazlığa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte; bu bağlamda ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelememediğini, çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/*

Türkiye, B. No: 60328/09, 3/5/2012, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre* [BD], B. No: 41615/07, 6/7/2010, § 139).

66. AİHM, ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkileri konu alan uyuşmazlıklar açısından söz konusu yargılamaların adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerini haiz olması, ilgili ebeveyn ve çocuğu birleştirmek için uygun tedbirlerin alınması gereğini birlikte ele almakta ve söz konusu vakalann birçoğunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesi açısından ayrıca bir değerlendirme yapmamaktadır (*Amanalachioai/Romanya*, B. No: 4023/04, 26/5/2002, § 63; *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 33; *Raban/Romanya*, B. No: 25437/08, 26/10/2010, § 23). 67. Öte yandan derece mahkemelerinin çocuklarla ilgili koruma tedbirlerinin değerlendirilmesinde aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Bu kapsamda-özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında- derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan AİHM, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (*Branda/İtalya*, B. No: 22430/93, 9/06/1998, § 59; *Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/09/1994, § 55).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

68. Mahkemenin 22/11/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığının Korunması ile Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

69. i. Başvurucu, şahsi ilişki tesisi karar verilmeden önce İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 6/6/2013 tarihli karar ile şiddet nedeniyle eşinin kendisine ve velayeti kendisinde olan müşterek çocuklara yaklaşmaması hususunda koruma kararını verdiği, eşinin kendisine ve çocuklara karşı şiddet uyguladığını, eşinin 27/2/2011 tarihinde çocuğu F.L.yi kaçırmaya çalıştığını ve annesini de darbettiğini, bu sebeple 44. Asliye Ceza Mahkemesinin 2011/171 Esas sayılı dosyasında hapis cezası aldığını, çocukların babalarından korktuğunu belirtmiştir. Başvurucu; İstanbul 17. Aile Mahkemesinin 2013/202 Değişik İş sayılı

dosyasında, ceza davalarını ve uzaklaştırma kararını gözönüne almadan ve kendisini dinlemeden şahsi ilişki tesisine karar verdiğini, İstanbul 17. Aile Mahkemesinin duruşma gününü bildirir tebligatının kendisine gelmediğini, bu nedenle duruşmada kendisini savunmadığını belirterek Anayasa'nın 20. maddesinde tanımlanan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ve 41. maddesinde tanımlanan ailenin korunması ve çocuk haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, kimliğinin kamuya açık belgelerde gizli tutulması ve İstanbul 17. Aile Mahkemesinin 2013/202 Değişik İş sayılı dosyasında verilen şahsi ilişki kurulmasına dair tedbir kararının kaldırılarak yeniden yargılama yapılması talebinde bulunmuştur.

ii. Başvurucu ayrıca İstanbul 17. Aile Mahkemesinin 2013/202 Değişik İş sayılı karar üzerine icra görevlilerince çocuk teslimi için kendisi yokken evine gelindiğini, çilingir marifetiyle evine girildiğini, tüm dolaplarının ve özel eşyasının aranmış olduğunu, kapı anahtarı değiştirildiği için ve hafta sonuna denk gelmesi yüzünden icra dairesine gidip yeni anahtarı alamadığından iki gün evine giremediğini belirterek Anayasa'nın 21. maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

70. Bakanlık görüşünde başvurunun İstanbul 17. Aile Mahkemesi dosyasında duruşma gününü bildirir tebligatın kendisine gelmediği, bu nedenle duruşmada kendisini savunmadığı şeklindeki iddiası adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Bu iddia ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarında belirtilen genel ilkelere yer verilmiş, tebligatın 7201 sayılı Kanun'un 21. maddesine uygun şekilde yapılmış olduğu bildirilmiştir. Başvurucunun özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiaları bakımından ise devletlerin çocuğun anne ve babayla ilişki kurmasını sağlayacak şekilde pozitif yükümlülükleri olduğu, başvurunun eşinin başvurucuya karşı işlediği eylemlerden dolayı kamu davalarının açılmış olduğu, başvurunun eşinin çocuklarına karşı cezai yaptırım gerektiren eylemlerden dolayı kamu davası açıldığına dair bir husus tespit edilemediği bildirilmiştir.

71. Başvurucu M.L., Bakanlık görüşüne karşı beyanında ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz ve temyiz hakkının bulunmadığını, bu nedenle derece mahkemeleri önünde koruma tedbir kararlarına ilişkin iddia ve savunmalarını dile getiremediğini, çocukların babalarından korktuğunu, eski eşinin kendisini ölümle tehdit ettiğini, bu nedenle hakkında ceza

davası açılmış olduğunu belirtmiştir. 2. Değerlendirme 72. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

73. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

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

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

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

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

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

75. 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).

76. Başvuru konusunu, velayeti anneye verilmiş olan çocuklar F.L. ve G.L. ile babalan arasında şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararını oluşturmaktadır. Başvuru M.L., çocukların babalarından korktuğunu belirtmiş ve şiddet nedeniyle eşinin kendisine ve velayeti kendisinde olan müşterek çocuklar F.L. ve G.L. ye yaklaşmaması hususunda koruma kararı olmasına karşın şahsi ilişki kararı verilmesinin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Koruma tedbir kararları 6284 sayılı Kanun uyarınca ve aile içi şiddete dayalı olarak verilmiş olması nedeniyle başvurunun Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının yanı sıra Anayasa'nın 17 . maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığının

korunması hakkıyla birlikte incelenmesi gerekmektedir. Başvurucunun konut dokunulmazlığına ilişkin iddiasının ise Anayasa'nın 21 . maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden i. Genel İlkeler

78. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının anne ve babanın birlikte yaşamaları veya ortak yaşama son vermeleri ya da çocuğun kamu koruması altına alınması sonrasında da devam edeceği açıktır. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri, anne baba ve çocuk arasındaki bağın devamlılığını sağlamak üzere tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41 . maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir (*Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016, § 67; *Selim Adıyaman*, B. No: 2013/8846, 9/3/2016, § 45).

79. Bununla birlikte ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının tesisinde dikkate alınması gereken temel unsur çocuğun üstün menfaatidir. Bu bakımdan anne ve babanın çocukla ilişki kurma konusundaki hukuki menfaatleri ile çocuğun sağlığı ve gelişimi açısından üstün olan menfaati arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Anne ve baba ile temasın çocuğun üstün menfaatini ağır şekilde tehdit ettiği durumlarda, kamu makamlarının çocuğu koruyacak şekilde tedbirler alma yükümlülüğü bulunmaktadır (*Serpil Toros*, § 80).

80. Öte yandan ailenin mevcut durumunun çocuğun sağlık ve güvenliği açısından uygun olmadığı kanıtlandığı durumlar dışında çocuğun menfaati de doğal ailesi ile bağlarının sürdürülmesini gerektirmektedir. Söz konusu bağlantının kesilmesi, çocuğun adeta köklerinden koparılması anlamına gelmektedir. Bu nedenle çocuğun üstün menfaati de söz konusu bağlantının yalnızca olağanüstü ve ıstisnai durumlarda engellenmesini gerektirmektedir. Belirtilen kişisel bağın korunması veya yeniden tesisi için tüm imkanlar kullanılmalıdır (*Serpil Toros*, § 82).

81. Kamusal makamlar söz konusu aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve olayın tarafları arasında iş birliğinin tesisi noktasında kendilerinden beklenen en üstün gayreti göstermek zorunda olmakla birlikte bu alanda zorlayıcı tedbirlere başvurma yükümlülüğü tüm tarafların menfaati, özellikle de çocuğun üstün yarar karşısında sınırlı olmak durumundadır. Anne veya baba ile iletişimin bu menfaatleri tehlikeye soktuğunun tespiti halinde de kamusal makamların söz konusu menfaatler arasında adil bir denge tesis etme yükümlülükleri bulunmaktadır (*MME. ve TE.*, B. No: 2013/2910, 5/11/201, § 133).

82. Özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (*NÖ.*, B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 55).

83. Koruma kararları ile ilgili başvurular bağlamında Anayasa Mahkemesinin görevi de ilgili kamusal makamların yerini alarak çocuk için uygun koruma önlemlerinin ne olduğunu bizzat karara bağlamak değildir. Ancak söz konusu süreçte aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği güvencelerin gerek ebeveyn gerek çocuk açısından gözetilip gözetilmediğinin denetlenmesi zaruridir (*Serpil Toros*, § 88).

84. Koruma kararları ile velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin hükümlerin icrası problemi sıklıkla adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına konu olmakla birlikte sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dahil olmak üzere ilgili prosedüre ilişkin işlem ve eylemlerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında meydana getirdiği sonuçlar dikkate alındığında söz konusu iddiaların aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması uygun görülmektedir (*Serpil Toros* §, 89).

85 . Yetkili kamusal makamların ve özellikle yargısal organların kararlarında, ebeveynin kanun yollarına başvuru hakkını etkili şekilde kullanarak yargısal sürecin ilerleyen aşamalarına da etkin şekilde katılımlarını sağlayacak şekilde ayrıntılı gerekçelere yer vermeleri zorunludur. Bunun yanı sıra ebeveynin çocuğun koruma altına alınması ile ilgili süreçte kamusal makamlarca dayanılan bilgi ve belgelere ulaşabilecek pozisyonda olması gerekmektedir. Talepte bulunulmaması durumunda dahi çocukları ile ilgili önemli kararların alınması sürecinde elde edilen verilerin ebeveynle paylaşılması, sürecin doğru yürütülmesi açısından önemlidir (*Serpil Toros*, § 91).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

86. Somut olayda İstanbul 1. Aile Mahkemesince çeşitli tarihlerde verilen kararlarla 6284 sayılı Kanun uyarınca başvurunun eşi A.L.nin başvurucuya ve çocuklarına yönelik şiddet tehditi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına; iletişim araçları ile veya sair surette rahatsız etmemesine; şahsi eşya ve ev eşyasına zarar vermemesine karar verilmiştir. Ayrıca A.L.nin, başvuru ve çocukları F.L. ve G.L.nin oturdukları ev ile çocukların okuluna beş yüz metreden fazla yaklaşmamasına hükmedilmiştir. Söz konusu koruma tedbirleri 6/3/2013 ile 19/6/2015 tarihleri arasında geçerli olmuştur. Öte yandan halen temyiz incelemesi aşamasında olan boşanma davası sonucunda 28/9/2012 tarihli hükümlerle birlikte baba A.L. ile çocuklar F.L. ve G.L. arasında şahsi ilişki kurulmasına karar verilmiştir. Ancak dosyanın temyiz incelemesinde olması ve dolayısıyla kararın kesinleşmemesi nedeniyle A.L. şahsi ilişki kurulması konusunda bir başka aile mahkemesinden ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebinde bulunmuştur. İstanbul 17 . Aile Mahkemesi 5/9/2013 tarihli kararı ile boşanma kararı kesinleşinceye kadar tedbiren şahsi ilişki tesisine karar vermiştir.

87. Anayasa Mahkemesinin önüne gelen başvuruda sorun, Aile Mahkemesi tarafından 6/3/2013 ile 19/6/2015 tarihleri arasında, aile içi şiddet nedeniyle baba A.L.nin başvuru M.L., çocukları F.L. ve G.L.nin oturdukları ev ile çocukların okuluna beş yüz metreden fazla yaklaşmamasına hükmedilerek şiddetin önlenmesine dair tedbir kararı verilmiş olmasına karşın bir başka Aile Mahkemesi tarafından söz konusu yaklaşık iki yıllık zaman dilimini de kapsayan şekilde 5/9/2013 tarihli şahsi ilişki tesisine dair ihtiyati tedbir kararı verilmesinden kaynaklanmaktadır. Somut olayın koşulları içinde gerek şiddetin önlenmesine dair kararın uygulamasını tehlikeye düşürecek sonuçlar içermesi gerekse başvuru M.L.nin icra takibine uğraması, çilingir marifetiyle konutuna girilmiş olması hatta hakkında hapsen tazyiki talebiyle icra ceza mahkemesinde dava açılmış olması gibi olumsuz sonuçları da dikkate alındığında söz konusu şahsi ilişki kurulmasına dair kararın başvuru sahiplerinin maddi ve manevi varlıklarının korunması ile özel hayata ve aile hayatına saygı haklarına müdahale oluşturduğu açıktır.

88. Yukarıda açıklandığı üzere çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkının varlığı esastır. Kamu makamlarının çocuğun üstün yararını daima dikkate alarak ve ebeveyn ile çocuğun menfaatleri arasındaki

adil dengeyi gözeterek ebeveynle kişisel ilişki kurulması yönünde kendilerinden beklenen en üstün gayreti göstermeleri gerekmektedir. Bununla birlikte kişisel ve ailevi durumların aileden aileye farklılık arz ettiği dikkate alındığında ilgili bütün bireylerin hakları arasında adil bir dengenin kurulması her somut olayın kendine özgü koşullarının incelenmesini gerektirmektedir. 89. 6100 sayılı Kanun'un 390. maddesinin birinci fıkrasında ihtiyati tedbirin dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edileceği düzenlenmiştir. Somut olayda şahsi ilişki konusundaki ihtiyati tedbir kararının, velayet ve şahsi ilişki konularında asıl davanın görüldüğü mahkeme olan boşanma davasını inceleyen İstanbul 1. Aile Mahkemesinden değil bu Mahkemenin kararının temyiz incelemesinde olmasından bahisle İstanbul 17. Aile Mahkemesinden talep edildiği görülmüştür. Talebi kabul ederek tedbiren şahsi ilişki kurulmasına hükmeden İstanbul 17. Aile Mahkemesinin karar gerekçesi incelendiğinde İstanbul 11. Aile Mahkemesinin boşanma davası dosyasının tamamı incelenmeden sadece duruşma tutanakları ve gerekçeli kararının bir örneğinin UYAP'tan alınması suretiyle şahsi ilişkiye karar verildiği görülmektedir. Dolayısıyla İstanbul 17. Aile Mahkemesinin kararında baba aleyhine verilmiş ve boşanma davasına delil olarak sunulmuş olan koruma tedbir kararlarının dikkate alınmadığı, tartışılmadığı anlaşılmaktadır.

90. Bunun yanı sıra aile mahkemeleri bünyelerinde psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı çalıştıran mahkemeler olmasına karşın olayda kişisel ilişki kurulmasına karar verilirken herhangi bir şekilde bu uzmanlardan görüş istenmediği, bilirkişi incelemesine gidilmediği, psikoloji ve pedagoji alanında uzman görevliler tarafından verilmiş, çocuklar ile babanın psikolojik durumlarını ortaya koyan bilimsel raporlara da dayanılmadığı anlaşılmaktadır. Aynı şekilde babanın çocuklara karşı şiddet uygulama ihtimali olup olmadığı, bu ihtimal söz konusu ise buna karşı alınacak tedbirler ile ek önlemler-örneğin çocuklarla babanın bir uzman gözetiminde görüşmeleri gibi ihtimaller hiç değerlendirilmeden karar verildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle çocuklar ile hakkında şiddet nedeniyle koruma tedbir kararları bulunan baba arasında kişisel ilişki kurulmasına dair karardaki gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı, aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği güvencelerin özellikle sağlık, güvenlik ve gelişimleri açısından üstün menfaati bulunan çocuklar bakımından gözetilmediği sonucuna varılmıştır.

91. Ayrıca derece mahkemelerinin takdirlerinin gerekçelerini, ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkanını da etkili şekilde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymaları ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi objektif verilere dayandırılması gerekmektedir (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 56; *N.Ö.*, § 45). Somut olayda başvurusunun temyiz talebi, Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulunun 21/2/2014 tarihli ve E.2013/1, K.2014/1 sayılı kararı ile ihtiyati tedbir hükmüne karşı temyiz yolunun kapalı olduğuna karar verildiği belirtilerek kabul edilmemiştir. Başvurucu, bu defa ihtiyati tedbir kararını veren mahkeme olan İstanbul 17. Aile Mahkemesine başvurarak ve dilekçesinde baba aleyhine verilmiş olan koruma tedbir kararlarını da belirtmek suretiyle şahsi ilişki tedbir kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

İstanbul 17. Aile Mahkemesince ihtiyati tedbir kararının kesin olup itirazı kabil olmadığı belirtilerek karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir. Oysa bilindiği üzere ihtiyati tedbir kararları geçici nitelikte bir önlem olup bu kararların yargılama boyunca toplanacak yeni delil, değişen durumlar ve koşullar karşısında talep üzerine mahkemece değiştirilmesi her zaman mümkündür. Dolayısıyla başvuru, karar sonucunu etkileyecek esaslı nitelikteki iddia ve görüşlerini hiçbir yargısal makama dinletmemiş, derece mahkemesinin bu tutumu nedeniyle Anayasa'da düzenlenen özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının koruduğu tüm usule ilişkin güvencelerden de mahrum bırakılmıştır.

92. Açıklanan nedenlerle başvuru, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Konut Dokunulmazlığı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

93. Başvurucu; İstanbul 17. Aile Mahkemesinin 2013/202 Değişik İş sayılı kararı üzerine icra görevlilerince çocuk teslimi için kendisi yokken evine gelindiğini, çilingir marifetiyle evine girildiğini, tüm dolaplarının ve özel eşyasının aranmış olduğunu, kapı anahtarı değiştirildiği için ve hafta sonuna denk gelmesi yüzünden icra dairesine gidip yeni anahtarı alamadığından iki gün evine giremediğini belirterek Anayasa'nın 21.

maddesinde düzenlenen konut dokunulmazlığı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

94. Başvurucu aynı iddialarla yeniden başvuruda bulunmuş (B. No: 2014/15527) ve Komisyonca bu şikayetler yönünden 30/3/2015 tarihinde kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

95. Söz konusu iddialar hakkında kesin nitelikte kabul edilemezlik kararı verildiği görüldüğünden başvurunun bu kısmına yönelik karar verilmesine olanak bulunmadığı anlaşılmıştır (Yüksel Şenol, B. No: 2014/687, 8/3/2017, § 22).

C. 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) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde 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 hallerde 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. Başvurucular, İstanbul 17 . Aile Mahkemesinin 2013/202 Değişik İş sayılı dosyasında verilen şahsi ilişki kurulmasına dair tedbir kararının kaldırılarak yeniden yargılama yapılması talebinde bulunmuşlardır. Başvurucular, tazminat talebinde bulunmamışlardır.

98. Somut olayda kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ile aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

99. Bireysel başvuru karar tarihinde baba aleyhine koruma tedbir kararları ortadan kalkmış olmakla birlikte, boşanma davasına ilişkin kararın henüz kesinleşmemiş olması ve çocuklarla şahsi ilişkiye dair ihtiyati tedbir kararının yürürlükte olması sebebiyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ile aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 17 . Aile Mahkemesine (Mahkemenin 5/9/2013 tarihli ve E.2013/202 Değişik İş, K.2013/203 sayılı kararına ait dosya ile ilgilidir.) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

100. Adli yardım talebi kabul edilmiş olduğundan dosyadaki belgelerden tespit edilen 1. 800TL vekalet ücretinden oluşan yargılama giderinin başvuruçulara müşterek olarak ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvuru sahiplerinin kimliklerinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Başvuru sahiplerinin Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinin ihlal edildiği yönündeki iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUGUNA,

C. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkı ve Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 17. Aile Mahkemesine (Mahkemenin 5/9/2013 tarihli ve E.2013/202 Değişik İş, K.2013/203 sayılı kararına ait dosya ile ilgilidir.)G ÖNDERİLMESİNE,

E. Kararın bir örneğinin bilgi edinilmesi için İstanbul 1. Aile Mahkemesine (Mahkemenin 2014/295 esasına kayıtlı dava ile ilgili) GÖNDERİLMESİNE, F. 1. 800 TL vekalet ücretinden oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

G. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuru sahibinin Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması halinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 22/11/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Hicabi DURSUN	Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye	Üye	
Kadir ÖZKAY A	Yusuf Şevki HAKYEMEZ	



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

YASEMİN DİNÇ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/14796)

Karar Tarihi: 10/10/2018

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOP AL Recai AKYEL
Raportör	: Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ
Başvurucular	: Yasemin DİNÇ
Vekili	: Av. Nafi HELİMOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

2. Başvuru, başvuru ile çocuğu arasında kişisel (şahsi) ilişki kurulmasına yönelik hüküm içermeyen yabancı mahkemece verilmiş boşanma ilamının tenfiz edilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/8/2015 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.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, eşi ile 2003 yılında evlenerek Fransa'ya yerleşmiştir. Başvurucunun oğlu Sefa Furkan 26/6/2005 tarihinde dünyaya gelmiştir. Başvurucunun eşi ve çocuğunun aynı zamanda Fransa vatandaşlığı bulunmaktadır. Başvurucu ile eşi 2009 yılında yaz tatillerini geçirmek amacıyla oğullarıyla beraber Türkiye'ye gelmişlerdir.

A. Türkiye'de Açılan Boşanma Davasına İlişkin Süreç

9. Başvurucu, Türkiye'de bulunduğu bu sırada 13/7/2009 tarihinde eşi aleyhine Beyşehir Asliye Hukuk Mahkemesine (Mahkeme) boşanma ve velayet davası açmıştır.

10. Mahkeme, yargılama süresince geçerli olmak üzere çocuk Sefa Furkan'ın geçici velayetini başvurucu anneye vermiş ve babası ile çocuk arasında şahsi ilişki kurulmasına hükmetmiştir.

11. Başvurucunun eşi, çocuğuyla şahsi ilişki kurduğu sırada çocuğu da yanına alarak Fransa'ya dönmüştür. Başvurucu, her ne kadar Mahkemeden çocuğun yurt dışına çıkışının engellenmesi için 3/8/2010 tarihinde talepte bulunmuş ve Mahkemece talep doğrultusunda 6/8/2010 tarihinde çocuğun yurt dışına çıkmaması yönünde tedbir kararı verilmiş ise de başvurucunun eşi ile çocuğunun başvurucunun talebinden önce 4/7/2010 tarihinde Fransa'ya gittikleri yapılan yazışmalar sonucu anlaşılmıştır. 12. Başvurucunun eşi Fransa'ya döndükten sonra 23/9/2010 tarihinde başvurucu aleyhine boşanma ve velayet davası açmıştır (bkz. §§ 17-25). 13. Mahkeme 11/2/2010 tarihinde, başvurucu ile eşinin boşanmalarına ve ortak çocuğun velayetinin başvurucu anneye verilmesine karar vermiştir.

14. Anılan karar, başvurucunun eşi tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesince (Daire) tarafların boşanmalarına ilişkin Fransa Mahkemesince verilen kararın Türkiye’de tanıma ve tenfizi yapılmak suretiyle geçerli hale geldiğinin belirtilmesinden sonra kesinleşmeyen söz konusu kararın boşanma davasının sonucunu etkileyeceği değerlendirilerek bekletici mesele yapılması gerektiği gerekçesiyle Mahkeme kararı 17/3/2015 tarihinde bozulmuştur.

15. Başvurucunun karar düzeltme istemi Dairenin 3/7/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

16. Bozma ilamına uyan Mahkeme, tarafların boşanmalarına yönelik kesinleşen Mahkeme ilamı bulunduğu gerekçesiyle 26/1/2016 tarihinde dava hakkında yeniden karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Anılan karar temyiz edilmeksizin 20/4/2016 tarihinde kesinleşmiştir.

B. Fransa’da Açılan Boşanma Davasına İlişkin Süreç

17. Başvurucunun eşi Fransa’ya döndükten sonra 23/9/2010 tarihinde başvurucu aleyhine Metz Asliye Hukuk Mahkemesine (Fransa Mahkemesi) boşanma ve velayet davası açmıştır.

18. Fransa Mahkemesi, başvurucunun davaya bizzat veya vekili aracılığıyla katılması amacıyla başvurucuya tebligat yapmıştır. Başvurucu yargılamaya katılmamış ve kendisini vekille temsil ettirmemiştir. Başvurucu sadece 22/11/2010 tarihinde cevap dilekçesi vererek eşi aleyhine Beyşehir Asliye Hukuk Mahkemesinde boşanma ve velayet davası açtığını, davanın devam ettiğini ve ortak çocukları olan Sefa Furkan’ı eşinin kaçıırarak Fransa’ya götürdüğünü belirtmiş, ayrıca bir talepte bulunmamıştır.

19. Fransa Mahkemesi 6/11/2011 tarihinde tarafların boşanmalarına ve ortak çocuğun velayetinin başvurucunun eşi babaya verilmesine karar vermiştir. 20. Fransa Mahkemesinin gerekçesinde; uluslararası hukuk kurallarına göre iki farklı ülkede aynı dava açılmışsa bir mahkemenin diğer mahkeme lehine her türlü yetkisinden feragat etmesi gerektiği, aksi halde uluslararası hukuk kurallarının işleyeceği açıklanmıştır. Buna göre; başvurucu ve eşinin 2004-2009 yılları arasında Fransa’da ikamet ettikleri, 2009 yılında yaz tatili amacıyla Türkiye’ye gittiklerinden bir kaç hafta sonra başvurucunun boşanma davası açtığı, dolayısıyla boşanma davasının ortak ikametgahın bulunduğu Fransa’da görülmesi gerektiğinden Beyşehir Asliye Hukuk Mahkemesi lehine yetkiden

feragat edilmemesi yönünde karar verildiği belirtilmiştir. Ayrıca başvuruçunun yargılamaya katılmadığı, çocukla ilgili ikametgahının transferi, ziyaret hakkı ve diğer tedbirler için talepte bulunmadığı gözetilerek ortak çocuğun velayetinin sadece babaya verilmesinin yanı sıra ziyaret talebiyle ilgili bilgi ve talep olmadığından bu hususta ayrıca karar verilmediği ifade edilmiştir.

21. Fransa Mahkemesi tarafından verilen kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizi amacıyla başvuruçunun eşi tarafından Beyşehir Asliye Hukuk Mahkemesine 18/12/2013 tarihinde dava açılmıştır. Başvuruçucu, eşi ile arasında devam eden boşanma davasının bulunduğunu ve tenfizi istenen kararın, anne ile çocuk arasında şahsi ilişki tesisine dair bir hüküm içermediğinden kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini iddia ederek Fransa Mahkemesince verilen kararın tanınmaması gerektiğini belirtmiştir.

22. Mahkeme, davayı 21/5/2014 tarihinde kabul etmiştir. Kararda; yabancı mahkeme ilamının tanınması ve tenfizi için kanunun aradığı şartlardan olan, kendisine karşı tenfizi istenen kişinin yabancı mahkemeye usulüne uygun şekilde çağırılması yani savunma hakkının ihlal edilmemesi şartının somut olayda yerine getirilmiş olduğu, yine yabancı mahkeme kararının Türkiye’nin münhasır yetkisine giren bir konu ile ilgili de olmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca, başvuruçunun şahsi ilişki tesisine yönelik Mahkemeden bir talepte bulunmadığı gibi verilen Mahkeme kararını temyiz de etmediği ve bu haliyle kararın kesinleştiği tespit edilmiştir. Öte yandan başvuruçunun çocuk ile kendisi arasında şahsi ilişki tesisini her zaman dava yolu ile talep edebileceği, bu durumun, yabancı mahkeme ilamının tanınması ve tenfizi önünde engel teşkil etmediği sonucuna ulaşılmıştır. Çocuğun izinsiz olarak yurt dışına götürülmesi durumu kabul edilmiş ancak bu durumun yabancı mahkeme ilamının tanınması ve tenfizi açısından engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Tüm bu hususlar bir arada değerlendirilerek Fransa Mahkemesince verilen kararın tenfizi için yasal şartların olduğu kanaatine varıldığı açıklanmıştır.

23. Başvuruçucu tarafından yapılan temyiz istemi, Dairenin 17/3/2015 tarihli kararıyla karar düzeltme istemi 25/6/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. 24. Nihai karar başvuruçuya 29/7/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir. 25. Başvuruçucu 25/8/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

C. Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulmasına İlişkin Süreç

26. Başvurucu, Antalya Cumhuriyet Başsavcılığına 18/8/201 O tarihinde başvurarak çocuğunun 25/11/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme (Lahey Sözleşmesi) çerçevesinde tarafına iadesi için işlemlerin başlatılmasını talep etmiştir.

27. Başvurucunun talebinin ne şekilde değerlendirildiği başvuru dosyasına yansımamakla birlikte Fransa Mahkemesince boşanma ve velayete yönelik verilen karar gerekçesinde, Lahey Sözleşmesi kapsamında başvurucuya 2/3/2012 tarihinde tebligat yapıldığı, başvurucunun vekili aracılığıyla 11/4/2012 tarihli beyanıyla Türkiye’de boşanma davasının açıldığını belirttiği bilgisine yer verilmiştir. 28. Diğer taraftan başvuru Beyşehir Cumhuriyet Başsavcılığına 21/10/2010 tarihinde eşinin çocuk kaçırma ve çocuğun alıkonulması suçunu işlediği iddiasıyla şikayetçi olmuştur. Beyşehir Sulh Ceza Mahkemesinin 12/2/2013 tarihli kararıyla başvurucunun eşi hakkında mahkumiyete hükmedilerek verilen hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Anılan karar 25/6/2013 tarihinde kesinleşmiştir.

29. Antalya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu işlediği iddiasıyla başvurucunun eşi hakkında Antalya 22. Asliye Ceza Mahkemesine dava açılmıştır. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucunda başvurucunun eşi hakkında 19/3/2014 tarihinde mahkumiyete hükmedilerek verilen hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Anılan karar 4/9/2014 tarihinde kesinleşmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

30. 12/12/2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ‘un “*Tenfiz şartları*” kenar başlıklı 54. maddesi şöyledir:

“(1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir:

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veyajilf uygulamanın bulunması.

b) İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.
“

31. 22/11/2007 tarihli ve 4 721 sayılı Türk Medeni Kanunu 'nun "Hakimin takdir yetkisi" kenar başlıklı 182. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

"Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. "

32. 4721 sayılı Kanun'un "Kural" kenar başlıklı 323. maddesi şöyledir: "Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. "

B. Uluslararası Hukuk 1. Uluslararası Mevzuat

33. 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. "

34. Türkiye açısından 14/10/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 20/11/1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 9. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"(1) Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar.

Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılmasına da ihmal edilmesi durumlarında da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

(2) Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

(3) Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler. "

2. Uluslararası İhtihat

35. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin bir ebeveynin çocuğuyla bir araya gelmesini sağlamak için kamu makamlarının gerekli tedbirleri alma yükümlülüğünü kapsadığını kabul etmektedir. AİHM'e göre bu yükümlülük, ayrıca çocukla kişisel ilişki ve çocuğun ikametgâhına ilişkin ebeveynler ve/veya çocuğun ailesinin diğer

üyeleri arasında doğan anlaşmazlıklar bakımından da geçerlidir (*Manic/Litvanya*, B. No: 46600/11, 13/1/2015, § 101).

36. AİHM'e göre ebeveyn ile çocuk arasındaki şahsi ilişkinin konu edildiği davalarda çocuğun menfaatlerinin diğer tüm hususlardan üstün tutulması gereklidir. Mahkemeye göre bu menfaatin iki yönü bulunmaktadır. İlk olarak çocuğun üstün menfaati sağlıklı bir ortamda gelişmesinin sağlanmasını içermektedir, bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi hiç bir koşulda ebeveynin çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verebilecek davranışlarını korumaz. İkinci olarak çocuğun üstün menfaatlerine aykırı olmadıkça ailesi ile bağlarını sürdürmesi çocuğun hakkıdır. Bu bağlamda çocuğun aile bağları ancak istisnai durumlarda koparılabilir ve aile bağlarının koptuğu durumlarda, çocuğun üstün menfaati kişisel ilişkinin sürdürülmesi ve koşullar uygun olduğunda ailenin yeniden bir araya gelmesi için gerekli tüm tedbirlerin alınmasını gerektirir (*Gnahore/Fransa*, B. No: 40031/98, 19/9/2000, § 59).

37. AİHM kararlarında aile bağlarının sürdürülmesi konusunda kamu makamlarına düşen yükümlülüğün mutlak olmadığı, her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamının farklılaşabileceği belirtilmiştir. AİHM'e göre kamu makamlarınca konuyla ilgili tüm tarafların hukuki menfaatlerinin gözetilmesi, özellikle çocuğun üstün menfaati dikkate alınarak tarafların menfaatleri arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir (*MP. ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 22457 /08, 15/11/2011, § 128).

38. Sözleşme'nin 8. maddesi, ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep etme hakkının yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu husustaki belirleyici husus, ulusal makamların uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırmada kendilerinden beklenen bütün makul önlemleri alıp almadığıdır (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

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

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

40. Başvurucu; eşi aleyhine Türkiye'de açtığı boşanma davası

devam ederken eşinin çocuğu kaçıırarak Fransa'ya götürdüğünü, akabinde eşinin Fransa'da kendisi aleyhine boşanma ve velayet davası açtığını, Fransız yargı mercilerine derdestlik itirazında bulunmasına rağmen itirazının kabul edilmediğini beyan etmiştir. Fransa Mahkemesi tarafından çocuğunun velayetinin babasına verildiğini belirten başvuru, kendisi ile çocuğu arasında şahsi ilişki kurulmasına yönelik hüküm barındırmayan söz konusu kararın kamu düzenine aykırı olmasına rağmen tenfiz edilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

41. Bakanlık görüşünde, başvuruçunun birçok çağrıya rağmen Fransa Mahkemelerindeki yargılamaya katılmadığı, çocuğuyla kişisel ilişki kurulması yönünde talebi olmadığı gibi kararı da temyiz etmediği vurgulandıktan sonra, hükmün tenfizi aşamasında hakkının ihlal edildiğini ileri sürmesi Fransa Mahkemesindeki aleyhe sonuçları lehine döndürme çabası olarak değerlendirilmiştir. Görüşte ayrıca, kişisel ilişki ve ziyaret ile ilgili kurulmuş bir hüküm olmadığından başvuruçunun bu konuda her zaman talepte bulunabileceği, öte yandan diğer iddiaların yargılamanın sonucuna ilişkin olduğu ve Mahkeme kararında bariz takdir hatasından söz edilemeyeceği yönünde değerlendirmeye yer verilmiştir.

B. Değerlendirme

2. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır. "

43. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

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

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

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

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

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

45. Velayet hakkına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar, adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına sıklıkla konu olmakla birlikte sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dahil olmak üzere ilgili prosedürlere ilişkin işlem ve eylemlerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında meydana getirdiği sonuçlar dikkate alındığında söz konusu iddiaların aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması uygun görülmektedir (Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 82; MM.E. ve TE., B. No: 2013/2910, 5/11/2015, § 137).

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). Başvurucunun tenfizine karar verilen yabancı mahkeme ilamına göre çocuğunun velayetinin babasına verilerek kendisi ile çocuğu arasında şahsi ilişki kurulmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine yönelik iddiasının aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

4 7. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

48. Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; anne baba ve çocuk arasındaki

bağın devamlılığını sağlamak üzere tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir (*Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016, § 67; *Selim Adıyaman*, B. No: 2013/8846, 9/3/2016, § 45).

49. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile hayatının vazgeçilmez bir unsuru olup anne ve baba arasında ortak yaşamın kurulamaması veya hukuken ya da fiilen sona ermiş olması aile hayatını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile hayatının, anne ve babanın birlikte yaşamamaları veya ortak yaşama son vermelerinin ardından da devam edeceği açık olup anne, baba ve çocuğun aile hayatlarına saygı hakkı belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu yükümlülük, ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlıklar için de geçerlidir (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 25).

53. Fransa Mahkemesi başvurucaya davaya katılması hususunda çağrı yapmış, başvuruca yargılamaya sadece cevap dilekçesi göndererek katılmayı tercih etmiştir. Başvurucunun cevabında boşanma veya velayete ilişkin bir talep yer almamış, yalnızca Türkiye’de açılan boşanma davasının bulunduğu ve ortak çocuğun babası tarafından kaçırılarak Fransa’ya götürüldüğü bilgisine yer verilmiştir.

54. Fransa Mahkemesi başvuruca ve eşinin ortak ikametgahının Fransa olması nedeniyle boşanma ve velayet davasında kendisini yetkili görerek tarafların boşanmalarına ve velayetin çocuğun ikametgahı olan Fransa’da yaşayan babasına verilmesine karar vermiştir. Anılan kararda Fransa Mahkemesi velayet hususunda annenin velayete ilişkin talebinin olmadığını da gözeterek babayı veli olarak atamıştır. Aynı sebeple annenin çocuğu ziyaret ve benzeri tedbir taleplerinin bulunmadığını belirterek başvuruca ile çocuk arasında kişisel ilişki hususunda karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir.

55. Fransa Mahkemesi tarafından verilen karar başvuruca ve eşinin talebi üzerine Türk mahkemeleri tarafından tanınarak tenfiz edilmiştir. Başvuruca, anne ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına yönelik hüküm içermediğinden tenfize konu mahkeme kararının aile

hayatına saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. 56. Yukarıda açıklandığı üzere çocuğun üstün menfaatine aykırı olmamak koşuluyla anne veya baba ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması ana kuraldır. Bu kuralın istisnaları var olmakla birlikte her somut olayın koşulları çerçevesinde mahkemelerce yapılan değerlendirme, Anayasa'da güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı yönünden sorun oluşmadığı müddetçe Anayasa Mahkemesinin denetimi dışındadır.

57. Şüphesiz ki devletin aile hayatına saygı hakkı yönünden üstlendiği yükümlülükler ancak ülke içinde idari ve yargısal merciler tarafından gerçekleştirilen durumlar söz konusu olduğu takdirde mümkündür. Diğer bir ifadeyle başka devletlerin yargısal kararları sonucu bireylerin aile hayatlarına yapılan müdahalelerde, egemenlik yetkisi kapsamında kalmayan devletin herhangi bir yükümlülüğünden söz edilemez.

58. Bu bağlamda Fransız Mahkemesi tarafından başvurucağın aile hayatına ilişkin verilen kararın, Anayasa'nın 20. maddesinde sağlanan güvenceler bakımından Anayasa Mahkemesince denetlenmesi mevzu bahis değildir. Değerlendirme, sadece Fransız Mahkemesince verilen kararın ülke içinde infaz edilmesinin aile hayatına saygı hakkı bakımından güvenceleri aktif hale getirerek devletin bu husustaki pozitif yükümlülüklerine aykırı davranıp davranmadığı tespit etmekten ibarettir.

59. Yabancı mahkeme ilamlarının tenfiz edilmeleri, mahkemeler tarafından ilgili kanunda düzenlenen şartlara uygunluğunun denetiminden ibarettir. Bu bağlamda sınırlı sayıda öngörülen şartların varlığı halinde mahkemelerce başkaca bir değerlendirme yapılmaksızın karar verilmektedir. Başvurucağın yansıyan olayda da Mahkeme, Fransa Mahkeme kararının kanuni koşulları sağladığını tespit ederek tenfizine karar vermiştir. Başvurucağın tenfiz edilen kararın kamu düzenine aykırılık dışında kanuni koşulları taşımadığı iddiası bulunmamaktadır. Başvurucağın anılan bu iddiasını da çocuğulla şahsi ilişki kurulmamasına dolayısıyla aile hayatına saygı hakkına aykırı olduğuna dayandırmaktadır.

60. Tenfiz edilen karar nedeniyle başvurucağın ile çocuğulla arasında şahsi ilişki kurulmamış ise de bu ilişkiyi yasaklayan herhangi bir hüküm mevcut değildir. Sadece başvurucağın bu yöndeki talebi tespit edilemediğinden mevcut durum itibarıyla ilişki kurulması kararı alınmamıştır. Türk Mahkemesinin yetkisinin Fransız Mahkemesi kararının ülke içinde infaz edilip edilmemesiyle sınırlı olduğuna, bu durumda

şahsi ilişki hakkında ayrıca karar verme olağanının bulunmaması da gözetildiğinde verilen tenfiz kararıyla aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır.

61. Öte yandan anne ve babanın çocukla kişisel ilişki kurulması yönündeki talepleri mahkemelerce her zaman inceleyen talepler arasındadır. Dolayısıyla başvuruçunun çocuğuyla kişisel ilişki kurulması talebi bulunduğu takdirde boşanma veya velayet davasından bağımsız olarak mahkemelerce değerlendirilebileceği de dikkate alındığında bu aşamada aile hayatına saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı davrandığını söylemek henüz mümkün değildir.

62. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

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

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Recep KÖMÜRCÜ

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Muammer TOPA L

Üye

Recai AKYEL



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

C.K. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/3114)

Karar Tarihi: 18/7/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Ali KOZAN
Başvurucular	: C.K.

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kişisel ilişki kurma hakkının aile içi şiddet gerekçesiyle kaldırılması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 9/2/2016 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, görüş bildirmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu 1/8/2011 tarihinde eşi ile aralarında şiddetli geçimsizlik olduğu, fikren ve ruhen anlaşamadıkları iddialarıyla boşanma talebiyle dava açmıştır. Kartal 3. Aile Mahkemesi 13/10/2011 tarihinde başvurucu ve eşinin boşanma konusunda anlaşmalarını tespit ederek tarafların boşanmalarına karar vermiştir. Anılan karar ile 12/6/2008 doğumlu müşterek çocuğun velayeti anneye bırakılmış, başvurucu ile çocuk arasında da kişisel ilişki tesis edilmiştir.

9. Başvurucunun eski eşi A.Ö., başvurucunun kendisini darp ve tehdit ettiğini ileri sürerek 23/12/2015 tarihinde Kartal İlçe Emniyet Müdürlüğüne şikâyette bulunmuştur. A.Ö. ifadesinde; çocuğunu okula bırakırken başvurucu ile karşılaştığını, kızına *"Al çantayı babanla devam et."* dediğini ancak başvurucunun *"Sen de benimle yürüyeceksin."* diyerek kolundan tuttuğunu belirtmiştir. Çocuğun yanında tartışmak istemediğini söylemesine rağmen başvurucunun, kızına *"Annene iyisi sarıl 24 saat içinde ölecek annen"* demesi üzerine kızına sarılarak *"Korkma okula git."* dediğini, kızı yanlarından ayrılınca başvurucunun *"Tabancam belimde, seninle konuşmamız gerek yoksa seni öldürecekim, ben hapse sen mezara, çocuk yuvaya gidecek,"* *"Şarjörümde iki tane mermi var her ayağına birer tane sıkırım"* şeklinde sözlerle tehdit etmeye ve kendisiyle yürümeye zorlamaya devam ettiğini vurgulamıştır. Onunla gitmek istemediğini söyleyince başvurucunun şiddet uygulamaya başladığını, sol yüzüne ve burnuna vurduğunu, burnunun kanadığını, kendisini yaralayan ve tehdit eden başvurucudan şikâyetçi olduğunu belirterek 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 5. maddesine göre tedbir ve uzaklaştırma kararı verilmesini talep etmiştir.

10. Anılan şikâyete istinaden başvurucunun ve tanıkların ifadeleri de alınmıştır. Başvurucu ifadesinde eski eşi ve kızıyla kızının okulunun yakınında karşılaştığını, uzun süredir görmediği kızının kendisine doğru

yöneldiğini görünce eski eşine “*Mahkeme kararına neden uymuyorsun, kızımı neden bana göstermiyorsun*” dediğini, bu sırada eski eşinin, “*İmdat, çocuğumu kaçırmıyorlar.*” diye bağırması üzerine orada bulunan diğer veliler tarafından darp edildiğini, arbeye yaşandığını, eski eşinin bu arbeye sırasında burnuna darbe almış olabileceğini, eski eşini darp ve tehdit etmediğini, eski eşinin amacının çocuğu göstermeyerek evliliğe zorlamak olduğunu belirtmiştir. Bir tanık ise başvuruçunun, eski eşinin yüzüne vurduğu yönündeki iddiayı doğrulamıştır.

11. İlgili Cumhuriyet savcısının talimatı gereği, Kartal İlçe Emniyet Müdürlüğü tedbir kararı için alınan ifadeleri aile mahkemesine göndermiştir. İstanbul Anadolu 12. Aile Mahkemesi 25/12/2015 tarihli kararıyla dosyadaki belgelere göre talebin yerinde olduğunu belirterek 6284 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (a), (c), (d), (e), (f) ve (g) bentlerinde öngörülen tedbirlere altı ay süre ile uygulanmak üzere karar vermiştir. Mahkeme kararında, şahsi ilişki bulunması hâlinde tedbir süresince şahsi ilişkinin kaldırılmasına, başvuruçunun eski eşinin ve konutunun yüz metre yakınına yaklaşmamasına, eski eşini ve aynı çatı altında yaşayan aile bireylerini iletişim vasıtalarıyla rahatsız etmemesine hükmetmiştir.

12. Başvuruçunun anılan karara itiraz etmiştir. İtiraz dilekçesinde; çocuğunun yaşadığı eve hatta odasına ses ve göz mesafesi kadar yakın olmak istediğini, eski bir asker olarak silahını da teslim etmeye hazır olduğunu, kararın çocuğunu da görmesini engellediğini, aslında eşinin çocuğuna şiddet uyguladığını ileri sürmüştür. İstanbul 13. Aile Mahkemesi 20/1/2016 tarihli kararıyla derece mahkemesinin kararının usul ve yasaya uygun olduğunu vurgulayarak başvuruçunun itirazını reddetmiştir.

13. Nihai karar başvuruya 21/1/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

14. Başvuruçunun tarafından 9/2/2016 tarihinde bireysel başvuru yapılmıştır.

15. Ayrıca Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) üzerinden yapılan incelemede; başvuruçunun hakkında, yukarıda belirtilen koruma kararını ihlal ettiği gerekçesiyle 26/5/2016 ve 8/6/2016 tarihli kararlar ile beşer gün zorlama hapsine hükmedildiği ve bu kararların itiraz incelemesinden geçerek kesinleştiği görülmüştür. Ayrıca başvuruçunun müşterek çocuğun velayetinin kendisine verilmesi talebiyle dava açtığı, İstanbul 6. Aile Mahkemesinin 27/12/2016 tarihinde davanın reddine karar verdiği

tespit edilmiştir. Başvurucunun itirazı üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesi anılan kararın kaldırılmasına karar vermiştir. Kararda, başvurucunun Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinde psikolojik tedavi gördüğü hususu, dosyada mevcut dilekçelerdeki beyanlarıyla birlikte değerlendirildiğinde; başvurucunun vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediği yönünde araştırılma yapılmadan esas hakkında karar verilmesinin usul ve kanuna aykırı olduğu vurgulanmıştır. Bozma üzerine yargılamanın hâlen devam ettiği görülmüştür.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 6284 sayılı Kanun'un "Amaç, kapsam, temel ilkeler" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun amacı; şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.

..."

17. 6284 sayılı Kanun'un "Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.

...

c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması. ...

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.

e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi. f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi. g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi. ...”

18. 6284 sayılı Kanun’un “Tedbir kararının verilmesi, tebliği ve gizlilik” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“(1) Tedbir kararı, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine verilir. Tedbir kararları en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir.

(2) Tedbir kararı ilk defasında en çok altı ay için verilebilir. Ancak şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin devam edeceğinin anlaşıldığı hâllerde, resen, korunan kişinin ya da Bakanlık veya kolluk görevlilerinin talebi üzerine tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesine, bu tedbirlerin kaldırılmasına veya aynen devam etmesine karar verilebilir.

(3) Koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanunun amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez.

(4) Tedbir kararı, korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edilir. Tedbir talebinin reddine ilişkin karar ise sadece korunan kişiye tebliğ edilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kolluk birimi tarafından verilen tedbir kararı şiddet uygulayana bir tutanakla derhâl tebliğ edilir.

(5) Tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtar yapılır. ...”

19. 6284 sayılı Kanun’un “İtiraz” kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

“(1) Bu Kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebilir.

(2) Hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz üzerine

dosya, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderilir.

(3) İtiraz mercii kararını bir hafta içinde verir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir."

B. Uluslararası Hukuk

20. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), önüne gelen birçok davada aile yaşamına saygının kamu makamlarına ebeveynler ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bunun, ayrılığa devletin değil bir ebeveynin yol açtığı durumlarda da geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış, hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeveye oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

21. AİHM, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte uyumsuzluğa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte; bu bağlamda ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini, çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No: 60328/09, 3/5/2012, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre [BD]*, B. No: 41615/07, 6/7/2010, § 139).

22. Öte yandan derece mahkemelerinin çocuklarla ilgili koruma tedbirlerinin değerlendirilmesinde aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi

zaruridir. Bu kapsamda -özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında- derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan AİHM, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (*Bronda/İtalya*, B. No: 22430/93, 9/6/1998, § 59; *Hokkanen/Finlandiya*, § 55).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 18/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu; Mahkemenin vermiş olduğu tedbir kararı nedeniyle çocuğunu görmediğini, çocuğuna şiddet uygulamadığını, tedbir talep eden eski eşinin de bu yönde bir iddiası olmadığı gibi sadece kendisi yönünden tedbir talep ettiğini, dolayısıyla çocuk hakkında bir talep yokken Mahkemenin çocukla şahsi ilişkisinin de kaldırılmasına karar verdiğini ifade etmiştir. Ayrıca 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendinde "*kişisel ilişki kurulmasına ilişkin haller saklı kalmak üzere çocuğa yaklaşmama*" kararı verilebileceği açıkça düzenlenmesine rağmen Mahkemenin kişisel ilişkiyi tamamen kaldırarak Kanun'a aykırı uygulama yaptığını, aynı Kanun'un 5. maddesinin (f) bendi gereği hükmedilen tedbirin de Kanun'da düzenlenmemesine rağmen şiddete maruz kalmayan aile bireylerini de kapsayacak şekilde uygulandığını, anılan karar nedeniyle çocuğunu göremediğini belirtmiştir. Kararda A.Ö.ye uygulandığı iddia edilen şiddet nedeniyle mi yoksa çocuğa uygulanan bir şiddet iddiası nedeniyle mi kararın verildiği hususlarının açıklanmadığı, tedbir kararının gerekçelerinin gösterilmediği, hukuka aykırı karar ile yedi yaşındaki bir çocuğun babasıyla görüşmesinin engellenerek çocuğun manevi varlığının gelişmesinin de engellendiğini vurgulayarak adil yargılanma, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile çocuk haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca kamuya açık belgelerde kimlik bilgilerinin gizli tutulmasını talep etmiştir.

25. Bakanlık görüşünde; kişisel ve ailevi durumların aileden aileye farklılık arz ettiği dikkate alındığında ilgili bütün bireylerin hakları arasında adil bir dengenin kurulması her somut olayın kendine özgü koşullarının incelenmesini gerektirdiği, tedbir kararlarının geçici nitelikte bir önlem

olması nedeniyle yeni bir delil ve değişen koşullara göre tedbirin talep üzerine Mahkemece değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu belirtilmiştir. Ayrıca Mahkeme kararındaki tespit ve sonuçların, yasanın uygulanması niteliğinde olduğu; bu anlamda Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri ihlâl eder nitelikte olmadığı veya adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermediği ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

26. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." 27. Anayasa'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

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

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

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

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

28. 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 özünün 6284 sayılı Kanun uyarınca verilen tedbir kararı nedeniyle çocuğu ile görüşmemesine yönelik olduğu anlaşılınca başvurunun Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Genel İlkeler

29. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının anne ve babanın birlikte yaşamamaları veya ortak yaşama son vermeleri ya da çocuğun

kamu koruması altına alınması sonrasında da devam edeceği açıktır. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri anne, baba ve çocuk arasındaki bağın devamlılığını sağlamak üzere tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir (*Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016, § 67; *Selim Adıyaman*, B. No: 2013/8846, 9/3/2016, § 45). 30. Bununla birlikte ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının tesisinde dikkate alınması gereken temel unsur çocuğun üstün menfaatidir. Bu bakımdan anne ve babanın çocukla ilişki kurma konusundaki hukuki menfaatleri ile çocuğun sağlığı ve gelişimi açısından üstün olan menfaati arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Anne ve baba ile temasın çocuğun üstün menfaatini ağır şekilde tehdit ettiği durumlarda, kamu makamlarının çocuğu koruyacak şekilde tedbirler alma yükümlülüğü bulunmaktadır (*Serpil Toros*, § 80).

31. Kamusal makamlar söz konusu aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve olayın tarafları arasında iş birliğinin tesisi noktasında kendilerinden beklenen en üstün gayreti göstermek zorunda olmakla birlikte bu alanda zorlayıcı tedbirlere başvurma yükümlülüğü tüm tarafların menfaati, özellikle de çocuğun üstün yararı karşısında sınırlı olmak durumundadır. Anne veya baba ile iletişimin bu menfaatleri tehlikeye soktuğunun tespiti hâlinde de kamusal makamların söz konusu menfaatler arasında adil bir denge tesis etme yükümlülükleri bulunmaktadır (*M.M.E. ve T.E.*, B. No: 2013/2910, 5/11/201, § 133).

32. Özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (*N.Ö.*, B. No: 2014/19725, 19/11/2015, § 55).

33. Koruma kararları ile ilgili başvurular bağlamında Anayasa Mahkemesinin görevi de ilgili kamusal makamların yerini alarak çocuk için uygun koruma önlemlerinin ne olduğunu bizzat karara bağlamak değildir. Ancak söz konusu süreçte aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği güvencelerin gerek ebeveyn gerek çocuk açısından gözetilip gözetilmediğinin denetlenmesi zaruridir (*Serpil Toros*, § 88).

34. Koruma kararları ile velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin hükümlerin icrası problemi sıklıkla adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına konu olmakla birlikte sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dâhil olmak üzere ilgili prosedüre ilişkin işlem ve eylemlerin aile hayatına saygı hakkı üzerinde meydana getirdiği sonuçlar dikkate alındığında söz konusu iddiaların aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması uygun görülmektedir (*Serpil Toros*, § 89).

2. İlkelerin Olaya Uygulanması

35. Başvurucunun eski eşi sürekli tehdit edildiğini, hakarete maruz kaldığını, başvurucunun kendisini ölümle tehdit ettiğini ve darp ettiğini belirterek 6284 sayılı Kanun kapsamında koruma talep etmiştir. 6284 sayılı Kanun şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Anılan kanun hâkime başvuruya konu olayları, ileri sürülen tehdidin boyutunu ve başvurucunun kişisel koşullarını bir bütün olarak değerlendirerek şiddetin önlenmesi amacıyla gerekli tedbirleri alma konusunda geniş takdir yetkisi vermektedir.

36. Öte yandan çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel veya doğrudan ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkının varlığı esastır. Bununla birlikte ebeveyn ile çocuk arasında kurulan kişisel ilişki nedeniyle çocuğun şiddete maruz kalması veya şiddete uğrama tehlikesinin mevcut olduğu durumlarda, kamu makamları tarafından çocuğun korunması amacıyla kişisel ilişkinin kaldırılması yönünde bir tedbir uygulanmasının çocuğun üstün yararının gözetilmesinin bir sonucu olduğu söylenebilir.

37. Başvuruya konu olayda başvurucunun eski eşinin Kartal İlçe Emniyet Müdürlüğünde verdiği ifadesinde, koruma kararının gerekçesini oluşturan şiddet eylemlerinin bir kısmının müşterek çocuğun yanında gerçekleştiği, başvurucunun çocuğa "Annene iyi sarıl 24 saat içinde ölecek annen." şeklinde sözler söylediği iddia edilmiştir. 6284 sayılı Kanun'un öngördüğü tedbirler için iddia edilen olaylara ilişkin kesin delil aranması Kanun'un şiddetin önlemeye yönelik amacına aykırı olduğu, Mahkemenin iddiaları değerlendirerek şiddetin varlığını ya da şiddete uğrama tehlikesini tespit etmesinin yeterli olduğu açıktır. Somut olayda Mahkemenin de başvurucunun eski eşinin ifadesini tanık anlatımlarıyla

birlikte değerlendirerek çocuğun babasının şiddet içeren eylem ile sözlerinden etkilendiğini kabul ettiği ve başvurucunun çocuğuyla kişisel ilişki kurmadaki menfaati karşısında çocuğun üstün yararını gözeterek kişisel ilişkiyi altı ay süreyle kaldırdığı anlaşılmaktadır. Şiddetin önlenmesi amacıyla uygulanan ve süre ile sınırlanan tedbirin, çocuğun maruz kaldığı eylem de gözetildiğinde anılan amacı gerçekleştirmeye elverişli ve ölçülü olmadığı söylenemez. 38. Öte yandan başvurucunun velayetin değiştirilmesi istemli dava açtığı, bu davada da çocukla kişisel ilişkisinin düzenlenmesini ve velayetinin geçici olarak kendisine verilmesini talep edebileceği, davanın hâlen devam ettiği ve velayetin annede olduğu görülmüştür.

39. Bu açıklamalar çerçevesinde başvurucunun avukat ile temsil edildiği, aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği usul güvencelerinden yararlandığı, Mahkemenin çocuğun üstün yararını gözeterek başvuru ile çocuk arasında tesis edilen şahsi ilişkiyi tedbiren kaldırdığı hususları, anılan kararın şiddetin önlenmesine yönelik geçici tedbirler içerdiği ve süreyle sınırlanan tedbir kararının amacı gerçekleştirmeye elverişli ve ölçülü olduğu hususları ile birlikte değerlendirildiğinde, aile hayatına saygı hakkına yönelik açık bir ihlalin mevcut olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

40. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

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

B. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 18/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAY A

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Aile Hayatına Saygı Hakkı (Diğer Meseleler)

-
- *İlknur Kızıltoprak Başvurusu (AYM)*
 - *Deniz Sarıcaoğlu Başvurusu (AYM)*
 - *Şükran İrge Başvurusu (AYM)*
 - *Ümit Balaban Başvurusu (3) (AYM)*
-



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

İLKNUR KIZILTOPRAK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/11579)

Karar Tarihi: 18/4/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAYA
Raportör Yrd.	: Fatih ALKAN
Başvurucu	: İlknur KIZILTOPRAK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin kararın iptal edilmesi talebiyle açılan davanın sürüncemede bırakılmaması ve çocuklara karşı önleyici nitelikte tedbir kararı verilmesi nedenleriyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/7/2015 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 görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu ile eski eşi M.D., 2004-2016 yılları arasında evli kalmışlardır. Başvurucunun eski eşi M.D., Balıkesir’de bilgisayar tamiri ve bakımı üzerine esnaf olarak çalışmaktadır.

9. Çocuk sahibi olamayacaklarını belirten başvuru ve eski eşi M.D., 13/10/2008 tarihinde Başbakanlık Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Balıkesir İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü (Kurum) ile koruyucu aile sözleşmesi imzalayarak daha önce Balıkesir Valiliği (Valilik) tarafından koruma altına alınmış olan 2005 doğumlu küçük Ş.A.nın koruyucu ailesi olmuşlardır.

10. Başvurucu ve M.D. 25/9/2009 tarihinde Kurum ile yeni bir koruyucu aile sözleşmesi imzalamışlar ve yüzde elli oranında engelli raporu bulunan koruma altına alınmış 2004 doğumlu küçük A.K.nın koruyucu ailesi olmuşlardır.

11. 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 23. maddesine dayanılarak çıkarılan 14/10/1993 tarihli ve 21728 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan mülga Koruyucu Aile Yönetmeliği kapsamında hazırlanan söz konusu sözleşmelere göre başvuru ve M.D. ile Kurum karşılıklı olarak şu taahhütlerde bulunmuşlardır:

“i. Koruyucu aile, çocuğun yetenekleri ve becerilerinin elverdiği noktaya kadar eğitimini, bakım ve meslek sahibi olmasını, sağlığının korunmasını kendi öz çocukları gibi sağlamakla yükümlüdür.

ii. Koruyucu aile; yanına yerleştirilen çocukları koruma, eğitime ve yetiştirme dışında, hiçbir suretle hizmetçi, dadı, besleme olarak kullanamaz.

iii. Koruyucu aile, çocuğun varsa ailesi ve akrabaları ile

yetkililerin uygun gördüğü şekil ve zamanda görüşürmekle yükümlüdür. Çocuğun halen sahip olduğu ve sonradan edineceği taşınır ve taşınmaz malların vasisi tarafından idare edilmesini kabul eder. iv. Koruyucu aile, bulunduğu ilde yapacağı adres değişikliklerini 15 gün içinde ikametgah bildiri ile birlikte İl Müdürlüğüne bildirmekle yükümlüdür. Aile başka bir ilde taşınması durumunda yeni adresini en az bir ay önceden İl Müdürlüğüne bildirir.

v. Koruyucu ailenin geçici bir süre çocukla birlikte yurt dışına çıkması Komisyonun kararı ve Valiliğin onayına bağlıdır.

vi. Koruyucu ailenin yanına yerleştirilen çocuğun hastalanması durumunda resmi sağlık kuruluşlarına sevki başvuru ile İl Müdürlüğüne yapılır. Gerekli bakım ve tedavi, ilaç masrafları aynı İl Müdürlüğü tarafından sağlanır.

vii. Koruyucu ailenin, çocuğa bakmaktan vazgeçtiği, taahhütlerini yerine getirmediği bir raporla tespit edildiği takdirde çocuk aileden geri alınır.

viii. Korunmaya muhtaç çocuklara ücret karşılığı bakıp koruyacak, eğitecek ve yetiştirecek koruyucu ailelere kendi istekleri halinde baktıkları çocuğa uygun Yönetmelikte belirtilen bakım bedelleri ödenir.”

12. Başvurucunun eski eşi M.D. hakkında *balikesir155@emniyet.gov.tr* isimli elektronik posta adresine kimliği belirsiz kişi ya da kişilerce 15/5/2012 tarihinde ihbar mahiyetinde bir elektronik posta gönderilmiştir. Söz konusu elektronik postada, M.D. tarafından müstehcen yayın ve içeriklerin saklandığı ve koruma altındaki çocukların istismar edildiği yönünde iddialarda bulunulmuştur. Ayrıca Balıkesir Koruyucu Aile Derneğinde yöneticilik yapan başvurunun sahte birtakım işlemlerle devleti zarara uğrattığı iddia edilmiştir.

13. Bu kapsamda Balıkesir Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) tarafından başvurunun eski eşi M.D. hakkında *müstehcenlik, dolandırıcılık, sahtecilik ve çocuğun cinsel istismarı* suçları kapsamında ceza soruşturması süreci başlatılmıştır. Soruşturma kapsamında M.D.nin K. CD İletişim unvanlı işyeri aranmış ve arama sonucunda ele geçirilen bir adet bilgisayar kasası inceleme için Bursa İl Emniyet Müdürlüğü Bilişim Suçlarıyla Mücadele Şube Müdürlüğü Adli Bilişim

Büro Amirliğine gönderilmiştir. İnceleme sonucunda işyerinde bulunan bir bilgisayarda iki bin beş yüz adet yetişkinlere ait cinsel içerikli video dosyası ile yirmi adet yetişkin insanlarla hayvanlar arasında geçen cinsel içerikli görüntülerin bulunduğu belirlenmiştir.

14. Başsavcılık tarafından *şiddet kullanarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni ile ilgili müstehcen yayın üretmek ve satmak* suçunu işlediği iddiasıyla başvuruçunun eski eşi M.D. hakkında 29/1/2013 tarihinde kamu davası açılmıştır. Balıkesir 3. Asliye Ceza Mahkemesindeki (Asliye Ceza Mahkemesi) dava sürecinde M.D., görüntülerin ele geçirildiği bilgisayarın tamir amacıyla Y.K. tarafından işyerine getirildiğini, dolayısıyla bilgisayarın kendisine ait olmadığını, bilgisayarı Y.K.dan satın almayı planladığını ancak işyerinde bulunan bilgisayarda kayıtlı söz konusu görüntülerden haberdar olmadığını belirtmiş ve suçlamayı reddetmiştir.

15. Asliye Ceza Mahkemesinin 27/6/2013 tarihli kararıyla M.D.nin beraatine hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde, toplanan delillerden ve tanık ifadelerinden anlaşıldığı üzere söz konusu görüntülerin Y.K. tarafından bilgisayara yüklendiği ve başvuruçunun görüntülerin bilgisayarda olduğunu bilebilecek durum olmadığı hususlarının sabit olduğunun anlaşıldığı belirtilmiştir.

16. Söz konusu karar, dava sürecinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının katılma talebi reddedildiğinden anılan Bakanlık tarafından karar temyiz edilmiştir. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 6/12/2018 tarihli kararıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının suçun mağduru ya da doğrudan doğruya zarar göreni olmadığı gerekçesiyle temyiz talebi reddedilmiş ve karar kesinleşmiştir.

17. Ayrıca Başsavcılık tarafından *çocuğun cinsel istismarı* suçunu kapsamında M.D. hakkındayürütülen soruşturmada 9/10/2013 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kararda; M.D.nin koruyucu olduğu çocuklara karşı herhangi bir istismarda bulunmadığı hususunun çocukların ifadelerinden anlaşıldığı vurgulanmış, ayrıca kimliği belirsiz kişi ya da kişilerce gönderilen elektronik posta dışında bir delil ve emarenin bulunmadığı ifade edilmiştir. Söz konusu karar kesinleşmiştir.

A. Koruyucu Aile Statüsünün Kaldırılmasına İlişkin İdari ve Yargısal Süreç

18. M.D. hakkındaki ceza soruşturmaları nedeniyle Valilik ve Kurum bünyesinde oluşturulan Komisyon tarafından başvuruçunun ve M.D.nin koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına karar verilmiştir. Kurum tarafından 15/2/2013 tarihinde hazırlanan üst yazıda; koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin kararın 14/12/2012 tarihli ve 28497 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Koruyucu Aile Yönetmeliği’nin 22. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine istinaden alındığı ve çocuklar S.A. ile A.K.nın aynı gün içinde Kuruma teslim edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

19. Koruyucu aile statüsünün kaldırılması kararı üzerine çocuklar S.A. ile A.K. 16/2/2013 tarihinde kolluk güçleri eşliğinde Kuruma teslim edilmişlerdir. Söz konusu sürecin basına yansıdığı ve çocukların üstün yararlarının Balıkesir’den ayrılmalarını gerekli kıldığı belirtilerek çocuklar Bursa Valiliği Sevgi Köyü Toplum Merkezi Müdürlüğü bünyesine alınmışlardır.

20. 18/2/2013 tarihlerinde sosyal hizmet uzmanı tarafından çocuklarla bir görüşme gerçekleştirilmiştir. Aynı tarihte düzenlenen ve başvuruçunun çocuklar tarafından anne olarak nitelendirildiğine ilişkin ifadelerin yer aldığı görüşme raporu şöyledir:

“S.A. ile yapılan görüşmede; yaşanan süreçten dolayı üzüntülü bir ruh halinde olmakla birlikte psikososyal gelişimlerinin son derece sağlıklı olduğu, bakımının yerinde olduğu, fiziksel gelişiminin yaşitları ile eş değer olduğu gözlenmiştir. Anne ve babası ile mutlu olduğunu ve kalmak istediğini belirtmiştir.

A.K. ile yapılan görüşmede; yine yaşanan süreçten dolayı üzüntülü bir ruh halinde olmakla birlikte psikososyal gelişimlerinin son derece sağlıklı olduğu, bakımının yerinde olduğu, fiziksel gelişiminin yaşitları ile eş değer olduğu gözlenmiştir. Anne ve babası ile mutlu olduğunu ve kalmak istediğini belirtmiştir.

Her iki çocukta anne ve babalarının yanında kaldığı süre içerisinde herhangi bir baskı, cebir ve şiddete maruz kalmadıkları gözlemlenmiştir.”

21. Yine 18/2/2013 tarihinde Çocuk Şube Müdürlüğünde görevli polis memurları tarafından sosyal hizmet uzmanı eşliğinde çocukların ifadeleri alınmıştır. Tanzim edilen tutanaklarda yer alan S.A. ve A.K.nın ifadeleri sırasıyla şöyledir:

“S.A.: ... ben daha önce ... Yurdunda bakım ve gözetim altında kalmakta iken yaklaşık iki yıl önce beni korumak ve gözetlemek üzere koruyucu aile statüsünde M.D. ve İ.D. isimli şahısların yanına verildim ve halen adresini verdiğim ikametle birlikte kalmaktayız. Benden bir yıl sonra 2004 doğumlu olan sekiz yaşındaki A.K.de koruyucu aile statüsündeki bu ailenin yanına geldi ve yaklaşık iki yıldır birlikte kalmaktayız. Ben M.D.ye baba, İ.D.ye anne, A.K.ya ise abi diye hitap etmekteyim ve kendilerini ailem gibi görmekteyim. Bana çok iyi davranıyorlar, bütün ihtiyaçlarımı karşılıyorlar, ben ve abim A.K. bugüne kadar babam M. ve annem İ.D.den en ufak bir şekilde şiddet, darp, cebir, baskı ve kötü muamele görmedim, zorla alıkonulmadım. Sadece ben yanlış bir şey yaptığımda annem İ. beni uyarıyor. Benim ve abim A.nın okul, giyinme ve yeme gibi bütün ihtiyaçlarını bu şahıslar karşılamaktadırlar ve kendi çocukları gibi görmektedirler. Ben bu şahısların yanlarında iken hiç yabancılık çekmiyorum ve öz annem ile babam gibi görüyorum. Ben ve abim A., bu şahısların yanından gitmek istediğimizi veya yurda yerleşmek istediğimizi hiç bir zaman söylemedik. Kendileri de bizi bu nedenlerden dolayı zorla alıkoymadılar. Ben yine annem İ. ve babam M.D.nin yanlarında, koruma ve gözetiminde kalmak istiyorum ve koruyucu aile statüsündeki görevlerini sürdürmelerini istiyorum. Hiçbir yurda yerleştirilmek ve gitmek istemiyorum. Babam olan M.D. ve annem olan İ.D. isimli şahıslardan veya başka birisinden davacı ve şikayetçi değilim. ...

A.K.: ... Ben koruyucu aile statüsündeki bu ailenin yanında babam M.D., annem İ.D. ve kardeşim S.A. ile kalmaktayım. Bu aile bana çok iyi davranıyorlar, bütün ihtiyaçlarımı karşılıyorlar, hiçbir zaman cebir, baskı ve kötü muamele görmedim, zorla alıkonulmadım. Benim ve kardeşim S.nin okul, giyinme ve yeme gibi bütün ihtiyaçlarını bu şahıslar karşılamaktadırlar ve kendi çocukları gibi görmektedirler. Ben yine annem İ. ve babam M.D.nin yanlarında, koruma ve gözetiminde kalmak istiyorum ve koruyucu aile statüsündeki görevlerini sürdürmelerini

istiyorum. Hiçbir yurda yerleştirilmek ve gitmek istemiyorum. Babam olan M.D. ve annem olan İ.D. isimli şahıslardan veya başka birisinden davacı ve şikayetçi değilim. ...”

22. Başvurucu, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına yönelik tesis edilen söz konusu işlemin yürütmesinin durdurulması ve iptal edilmesi talebiyle Valilik aleyhine idari yargıda 15/4/2013 tarihinde iptal davası açmıştır. Dava dilekçesinde başvurucu; yaklaşık beş yıldır koruyucu aile statüsüne sahip olduklarını, bu süreçte çocuklarına karşı tüm sorumlulukları yerine getirdiklerini, bu konuda düzenlenen raporlarda olumsuz bir durumun bulunmadığını belirtmiştir. Başvurucu; koruyucu aile statüsünün ancak mahkeme kararıyla kaldırılabileceği açık olmasına rağmen İdarenin tek taraflı tasarrufuyla tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Davalı İdare ise dava dilekçesinde ileri sürülen iddiaların dayanaksız olduğunu, çocukların yüksek yararı dikkate alınarak tesis edilen işlemin mevzuata aykırı yönünün bulunmadığını belirtmiştir.

23. Balıkesir İdare Mahkemesinin (İdare Mahkemesi) 19/9/2013 tarihli kararıyla yürütmenin durdurulması talebinin reddine hükmedilmiştir. Kararda, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülen koşulların oluşmadığı ifade edilmiştir.

24. Bu süreçte başvurucu çocuklarla görüşmek istemiş ise de Bursa Valiliği Sevgi Köyü Toplum Merkezi Müdürlüğü'nün 10/5/2013 tarihli yazısıyla Asliye Ceza Mahkemesindeki davanın sonuçlanmadığı belirtilerek çocuklarla görüşme talebi reddedilmiştir.

25. İdare Mahkemesinin 10/1/2014 tarihli kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, başvuru konusunun eski eşi olan M.D.nin üzerine atılı suçlamalardan beraat ettiği hatırlatılmış ve masumiyet karinesine vurgu yapılmıştır. Kararda ayrıca adı geçen çocuklarla 18/2/2013 tarihinde uzmanlar aracılığıyla yapılan görüşme neticesinde hazırlanan psikolojik değerlendirme raporuna da yer verilmiştir. Söz konusu raporda; çocukların rahat olduklarına, herhangi bir travmatik bulgularının olmadığına, diğer çocuklarla uyum sorunu yaşamadıklarına ilişkin tespitler aktarılmıştır. Yine kararda, Bursa Şevket Yılmaz Eğitim ve Araştırma Hastanesi Çocuk İzlem Merkezi tarafından hazırlanan adli görüşme değerlendirme raporunda yer alan ifadeler üzerinde durulmuştur. Kararda; çocukların, koruyucu aile olarak

kendilerine bakan anne ve babalarını sevdiklerine, anne ve babalarının da kendilerini sevdiklerine ilişkin beyanlarının bulunduğu belirtilmiştir. Neticede, başvurunun sosyal ilişkileri açısından toplumun norm ve değerlerine aykırı düşen davranışlarından söz edilemeyeceği ifade edilerek dava konusu işlemin hukuka aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

26. Davalı İdare tarafından sunulan temyiz dilekçesinde, kararın uygulanmasının hem çocukların üstün yararları hem de kamusal yarar açısından telafisi güç zararlara neden olacağı belirtilerek kararın bozulmasıyla birlikte yürütmesinin de durdurulması talep edilmiştir. Dilekçede, çocukların şiddet eğilimi olan bir aileye teslim edilmesinin endişe verici olduğu ve koruyucu aile sözleşmesinin imzalanmasının baştan itibaren usulsüz olduğu ifade edilmiştir. Bu bağlamda, çocukları usulünce inceleme yapmayarak aile yanına yerleştiren meslek elemanının yargılandığı ve on ay hapis cezasıyla cezalandırıldığı belirtilmiştir. Ayrıca M.D.nin beraat etmesinin İdare Mahkemesince verilen iptal kararına tek başına esas alınamayacağı, ceza hukuku kapsamında delillerin değerlendirilmesi ile çocukların koruyucu aile yanına verilmesi konusunda yapılacak değerlendirmelerin birbirinden çok farklı olduğu ileri sürülmüştür. Öte yandan, S.A. ile A.K.nın evlatlık olarak verilebilme koşullarını taşıdıkları belirtilerek bu kapsamdaki çocukların koruyucu aile yanına verilmesinin onların üstün yararlarına aykırı olacağı da vurgulanmıştır. 27. Danıştay Onuncu Dairesinin 23/5/2014 tarihli kararıyla yeni bir karar verilinceye kadar İdare Mahkemesi kararının yürütmesinin durdurulmasına hükmedilmiştir.

Karar gerekçesinde, davalı İdare tarafından temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususların kararın yürütmesinin durdurulmasını gerektirecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir. 28. Temyiz incelemesi yapan Danıştay Onuncu Dairesinin 17/10/2014 tarihli kararıyla davanın görev yönünden reddi yönünde karar verilmesi gerekirken işin esasına geçilmek suretiyle karar verilmesinde hukuki isabet görülmediği belirtilerek söz konusu kararın bozulmasına hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde, 2828 sayılı Kanun ile Koruyucu Aile Yönetmeliği hükümleri gözönüne alındığında koruyucu aileye ilişkin hizmetlerin, koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında sayılan bakım tedbiri kapsamında değerlendirildiği vurgulanmıştır. Kararda; küçükler hakkında koruyucu, destekleyici ve sosyal nitelikteki tedbir kararlarının aile mahkemesi tarafından verileceği belirtilmiş ve bu kapsamda koruyucu aile hizmetlerinden kaynaklı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların da aile mahkemesi tarafından

çözümlemesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca, Koruyucu Aile Yönetmeliği ile her ne kadar idareye koruyucu aile sözleşmesinin imzalanması ve iptali konusunda yetki verilmiş ise de söz konusu yetkilerin idari faaliyetle ilgili olmadığı ve özel hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurduğu ifade edilmiştir. 29. Bozma üzerine dava dosyasını yeniden ele alan İdare Mahkemesinin 29/1/2015 tarihli kararıyla önceki kararda ısrar edilmesine ve dava konusu işlemin iptaline hükmedilmiştir. Kararda, söz konusu işlemin Valilik tarafından tesis edildiği belirtilmiş ve aynı gerekçelere yer verilmiştir.

30. Temyiz talebi üzerine inceleme yapan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 5/11/2015 tarihli kararıyla davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiği belirtilerek İdare Mahkemesinin söz konusu kararının bozulmasına hükmedilmiştir. Oy çokluğuyla verilen kararda; koruyucu aile sözleşmelerinin hüküm ve sonuçlarını özel hukuk alanında doğrudukları, sözleşmelerin salt idari nitelikte olmalarının bu sözleşmelerden doğacak uyuşmazlıkların idari yargıda çözümlenmesi sonucuna yol açmayacağı ifade edilmiş ve koruyucu aile hizmetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların aile mahkemeleri tarafından karara bağlanması gerektiği vurgulanmıştır.

31. İdari yargıda verilen görevsizlik kararı üzerine başvuru tarafından koruyucu aile statüsünün kaldırılması işleminin iptal edilmesi talebiyle Balıkesir 1. Aile Mahkemesinde 10/9/2015 tarihinde koruyucu aileliğin iadesi davası açılmıştır.

32. Anılan Mahkemenin 18/2/2016 tarihli kararıyla uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiğinden bahisle görevsizlik kararı verilmiş ve karar kesinleştiğinde taraflardan birinin talebi üzerine dosyanın İdare Mahkemesinin dosyası ile birlikte Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde; 9/1/2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun hükümleri gereğince aile mahkemelerinin küçükleri bir aile yanına yerleştirmeye karar verebilecekleri hususunun tartışmasız olduğu ancak somut olayda mahkemece başvurucuya verilmiş bir koruyucu aile statüsünün bulunmadığı belirtilmiştir. Kararda; koruyucu aile statüsünün İdare tarafından verildiği ve bu statüsünün kaldırılması işleminin de aynı İdare tarafından gerçekleştirildiği, bu nedenle söz konusu işlemin tamamen idari bir işlem mahiyetinde olduğu, İdarenin takdir hakkına giren ve buna dayanılarak verilen kararın iptal edilmesine ilişkin davaların idari yargı kolunda çözümlenmesi gerektiği

ifade edilmiştir. Öte yandan kararda, adli yargının görevli olduğuna karar verildiği takdirde çocuk mahkemelerinin görevli olup olmadığı hususunun ise ileride ayrıca değerlendirileceği belirtilmiştir.

33. Söz konusu kararın temyiz edilmesi üzerine inceleme yapan Yargıtay 20. Hukuk Dairesi 13/6/2016 tarihli kararıyla görevli Dairenin belirlenmesi amacıyla dosyanın Hukuk İşbölümü İnceleme Kuruluna gönderilmesine karar vermiştir. 34. Görevli Daire olarak belirlenen Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/11/2017 tarihli kararıyla dosyanın mahalli mahkemesine iadesine hükmedilmiştir. Kararda, başvurusunun yargılandığı Balıkesir 3. Asliye Ceza Mahkemesindeki dava dosyasının ve varsa diğer ceza davası dosyalarının araştırılması ve asıllarının ya da onaylı örneklerinin dosyaya eklenerek gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir.

35. Aile Mahkemesi tarafından ilgili dosyalar Yargıtaya gönderilmiş ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 25/4/2018 tarihli görevsizlik kararı nedeniyle dava dosyası Yargıtay 8. Hukuk Dairesine gönderilmiştir.

36. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 18/12/2018 tarihli kararıyla Balıkesir 1. Aile Mahkemesi tarafından verilen 18/2/2016 tarihli karar onanmıştır. 37. Öte yandan objektif koşulları taşımadığı anlaşılan başvurucuya koruyucu aile statüsü verilmesinin en başından itibaren hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Kurum tarafından verilen 17/3/2014 tarihli ayrı bir kararla başvurusunun koruyucu aile statüsü iptal edilmiştir. Söz konusu karara karşı idari yargıda açılan iptal davası, aile mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle 2/9/2015 tarihinde reddedilmiştir. Söz konusu görevsizlik kararı temyiz edilmediğinden kesinleşmiştir.

B. Başvurucu Hakkında Yürütülen Diğer Ceza Soruşturmalarına İlişkin Süreç

38. Anılan süreçte, çocukları zamanında kolluk güçlerine teslim etmediği gerekçesiyle başvuru hakkında çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu kapsamında ceza soruşturması başlatılmıştır. Soruşturma neticesinde ise Başsavcılık tarafından 11/3/2013 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, hukuk devleti ilkesi gereğince ancak çocukları yasal ve geçerli bildirimlere rağmen teslim etmeyen şüpheliler hakkında söz konusu suç yönünden ceza soruşturması ve kovuşturması yapılabileceği ifade edilmiş ve başvurusunun üzerine atılı suçun yasal unsurlarının oluşmadığı belirtilmiştir. Ayrıca kararda, çocukların koruyucu anne ve

babasıyla yaşamak istediklerine ilişkin beyanları hatırlatılmıştır.

39. Öte yandan başvurucu hakkında koruyucusu olduğu çocuklarla ilgili sahte belgeler düzenleyerek devletten haksız yere ödeme aldığı iddiasıyla resmi belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçları kapsamında da bir ceza soruşturması yürütülmüştür. Başsavcılık tarafından 13/4/2014 tarihinde verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın gerekçesinde, başvurusunun sahte belge düzenlemediğinin anlaşıldığı ve herhangi bir işlem yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir.

C. Çocuklar Hakkında Verilen Tedbir Kararlarına İlişkin Süreç

40. Bu süreçte koruma altındaki çocuklarla sosyal çalışmacı tarafından yapılan görüşmeler sonucunda hazırlanan raporlarda, çocukların başvurusunu *anne* olarak nitelendirmeye devam ettikleri belirtilmiştir. Küçük A.K. ile yapılan görüşme sonrasında hazırlanan 13/5/2015 tarihli raporda; başvurusunun kim olduğu sorulduğunda A.K. tarafından "*Annem*" şeklinde cevap verildiği, başvurusu ile neler konuştuğu hususu sorulduğunda ise A.K.nın "*Seni buradan alacağız, derslerin nasıl?*" şeklinde cevaplar verdiği ifade edilmiştir. Ayrıca raporda, koruyucu aile statüleri kaldırılmasına ve hukuki ya da biyolojik olarak bağları bulunmamalarına rağmen çocukların başvurusu ve eski eşi M.D. tarafından gizli ve ısrarlı şekilde ziyaret edildikleri vurgulanmıştır. Hatta küçük A.K.nın başvurusu ve M.D. ile iletişim kurabilmek amacıyla izinsiz olarak okulu terk ettiğinin tespit edildiği belirtilmiştir.

41. Başvurusunun çocuklarla görüşüğünü tespit eden Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının 29/5/2015 tarihli talebi üzerine 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında çocukların başvurusu ve eski eşi M.D.ye karşı korunması yönünde aile mahkemeleri tarafından tedbir kararları verilmiştir.

42. Bu kapsamda Bursa 5. Aile Mahkemesinin 29/5/2015 tarihli önleyici nitelikteki verilen tedbir kararında, başvurusunun ve M.D.nin küçük S.A.yı rahatsız ettiği gerekçesine dayanılmış ve 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince başvurusu tarafından mağdur çocuğa karşı şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunulmamasına, mağdurun konutuna, okula ve işyerine yaklaşılmamasına, iletişim araçlarıyla veya sair surette çocuğun rahatsız edilmemesine üç ay süreyle karar verilmiştir. Bursa 5.

Aile Mahkemesinin 29/5/2015 tarihli başka bir kararıyla aynı tedbirlerin diğer küçük A.K. yönünden de uygulanmasına ve tedbir kararlarına aykırı davranılması durumunda başvuruçunun üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulmasına, tekerrür hâlinde ise bu sürenin on beş günden otuz güne kadar uzatılmasına karar verilmiştir. 43. Söz konusu kararlara karşı sunduğu 15/6/2015 tarihli itiraz dilekçelerinde başvuruçucu; idari yargıda verilen iptal kararına dayanarak çocuklarla görüşmek amacıyla okullarına gittiğini ancak çocuklarına herhangi bir rahatsızlık vermediğini, çocuklarının kendisine sevgi beslediğini ve Balıkesir'deki evlerine dönmek istediklerini her defasında dile getirdiklerini, bu gerçeklere rağmen verilen tedbir kararlarının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Başvuruçucu ayrıca, engelli olan küçük A.K.nın Bursa'daki çocuk yurdundan kaçarak yaya şekilde Balıkesir'e gelmeye çalıştığını, bu girişimi sırasında yolun karşısına geçmeye çalışırken kendisine bir aracın çarptığını ve ağır yaralanan çocuğun vücut fonksiyon kaybı oranının yüzde altmışa yükseldiğini ifade etmiştir. Çocukların kendisine yazdığı mektupları ve basında çıkan haberleri itiraz dilekçelerine ekleyen başvuruçucu, çocuklarını iki yıldan beri göremediğini, kendisi ve eşiyle yaşamak isteyen ve sevgilerini dile getiren çocukların üstün yararlarının gözetilmediğini belirterek uzaklaştırma kararının kaldırılmasını talep etmiştir.

44. Bursa 6. Aile Mahkemesinin 22/6/2015 tarihli kararlarıyla yapılan itirazların reddine hükmedilmiştir. Karar gerekçesinde, Kurum tarafından verilen 17/3/2014 tarihli koruyucu aile statüsünün iptal edilmesine ilişkin karara atıf yapılmış ve başvuruçunun eski eşi M.D. hakkında yürütülen ceza kovuşturmasının derdest olduğu vurgulanmıştır. 45. Nihai karar 1/7/2015 tarihinde başvuruçucuya tebliğ edilmiştir.

46. Başvuruçucu 3/7/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Koruyucu Aile Statüsü Hakkında

47. 2828 sayılı Kanun'un "*Koruyucu aile*" kenar başlıklı 23. maddesi şöyledir:

"Mahkemece korunma kararı alınan korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar Kurumun denetim ve gözetiminde

bir “Koruyucu Aile” tarafından da yerine getirilebilir. Koruyucu aileye, korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine karşılık olarak ikinci fıkra kapsamında ödeme yapılabileceği gibi koruyucu aile bu işi gönüllü olarak da üstlenebilir.

Koruyucu aile hizmeti kapsamında aile yanına yerleştirilen çocukların bakım, eğitim, kurs, okul, yemek ve taşıma servisi, harçlık ve benzeri ihtiyaçları esas alınarak koruyucu ailelere, bu giderlerin tamamına karşılık toplu bir ödeme yapılmasına veya her bir gider türü için ayrı ayrı yapılacak ödemelerin kapsamına, ödeme tutarlarına, yapılacak ödemelerin usul ve esasları ile koruyucu ailelerin seçimine, çocukla ilgili sorumluluklarına ve hizmetin işleyişine ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle belirlenir ve bu kapsamda verilecek ödemelerden hiçbir kesinti yapılmaz.”

48. Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin “Koruyucu ailenin görev ve yükümlülükleri” kenar başlıklı 15. maddesi şöyledir:

“(1) Koruyucu ailelerin görev ve yükümlülükleri şunlardır;

a) Yanına yerleştirilen çocuğun her yönden sağlıklı gelişimi için gerekli koşulları sağlamak ve uygulamak, Sağlık Bakanlığının belirlediği aralıklarda çocuk izlem protokollerine göre izlemi yaptırmak, varsa tedavi planı ile ilgili yükümlülükleri yerine getirmek, uygulanmasında koruyucu aile birimiyle işbirliği içerisinde olmak.

b) Çocuğun yetenekleri ve becerilerinin el verdiği ölçüde eğitim ve öğretimi veya meslek sahibi edindirilmesi için gerekli çabayı göstermek, çocuğu koruma, eğitme ve yetiştirme dışında hiçbir surette çalıştırmamak. c) Görüştürülmesinde koruyucu aile birimince bir sakınca bulunmaması durumunda çocuğun; anne, babası ve diğer yakınları ile koruyucu aile birimince uygun görülen şekil ve zamanda görüşmesini sağlamak.

ç) Çocuğun kan bağı bulunan ya da eski çevresinden kişilerle il veya ilçe müdürlüğünün bilgisi dışında iletişim kurmamak. d) Çocuğun karşılanabilir nitelikteki ihtiyaç, istek ve beklentileri ile çocuğu ilgilendiren kararlarda düşüncesini almak.

e) Çocuğun devam edeceği okul, katılacağı kurs, sünnet gibi hayatını etkileyen, değiştiren konularda sorumlu sosyal çalışma görevlisi ile birlikte karar almak.

f) Hizmet sürecinde çocukla ilgili oluşan her türlü rutin dışı değişiklikleri ve bunlara ilişkin duyumlarını zaman geçirmeksizin sorumlu sosyal çalışma görevlisine bildirmek.

g) Koruyucu aile hizmet sürecine ve yerleştirilen çocuklara ilişkin olarak mesleki çalışmaları yürüten sosyal çalışma görevlilerine gerekli çalışma şartlarını hazırlamak, periyodik izlemeleri ve mesleki yönlendirmeleri kabul etmek, koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının uygulanması için uygulama planı doğrultusunda işbirliği yapmak.

ğ) İl veya ilçe müdürlükleri tarafından koruyucu aile konusunda yapılacak eğitim ve çalışmalara katılmak.

h) Çocuğun, il veya ilçe müdürlüğünün uygun görüşü alınmaksızın başka bir kişi veya ailenin yanına bırakarak oturma yerini değiştirmemek.

ı) Telefon değişikliği bilgisini hemen, adres bilgilerindeki değişikliklerini acil durumlar dışında değişiklik gerçekleşmeden bulunduğu il veya ilçede en az yirmi gün önce, başka bir il veya ilçeye taşınma durumunda en az bir ay önce il veya ilçe müdürlüğüne bildirmek ve taşınma sonrasında da sürekli yerleşim yerini yirmi gün içinde bildirmek.

i) Çocuğun koşullarının değişmesi sonucu il veya ilçe müdürlüğü tarafından hizmet modelinde bir değişikliğe gidilmesinin planlanması halinde, çocuğun yararının gerektirdiği işlemlerin yapılabilmesi için her türlü destekte bulunmak ve çocuğun ayrılık sürecine hazırlanmasında il veya ilçe müdürlüğü ile iş birliği yapmak

j) Çocuk yerleştirme önerisini geçerli bir mazereti olmaması halinde kabul etmek. (2) Geçici koruyucu ailenin birinci fıkrada belirtilenler dışındaki diğer görev ve yükümlülükleri şunlardır;

a) Acil koruma gerektiren ve kuruluş bakımına yerleştirilmemiş olup, il veya ilçe müdürlüğü tarafından yerleştirilmek istenen çocukları, mazeretsiz olarak üç defadan fazla olmamak şartıyla

günün her saatinde kabul etmek.

b) İl veya ilçe dışına çıkılması gereken durumlarda önceden il veya ilçe müdürlüğüne bilgi vermek.

c) Ev koşullarını hizmete uygun olarak düzenlemek.

ç) Geçici statüden vazgeçmek istemeleri halinde bu durumu en az bir ay önceden il veya ilçe müdürlüğüne bildirmek.

d) Geçici statüden vazgeçmek için dilekçe ile durumunu bildiren koruyucu aile, il veya ilçe müdürlüğünün uygun bulması halinde yanındaki çocukların kendilerine uygun hizmet modellerine geçişleri sağlanana kadar hizmeti sürdürmek. (3) Uzmanlaşmış koruyucu ailenin, birinci fıkra ile ikinci fıkranın (a) bendi hariç diğer bentlerinde belirtilenler yanında, suçla sürüklenmiş veya suç mağduru olan çocukla ilgili diğer görev ve yükümlülükleri şunlardır;

a) Koruyucu ve destekleyici tedbir kararlarının uygulanması için ilgili birimlerle işbirliği yapmayı kabul etmek.

b) Varsa verilen denetim tedbiri hakkında ilgili birimlerle işbirliği yapmak. c) Hazırlanan uygulama planı, varsa tedavi planı, eğitim tedbiri ile ilgili olarak eğitim planındaki yükümlülükleri yerine getirmek, uygulanmasında koruyucu aile birimiyle işbirliği içerisinde çalışmak."

49. Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin "İzleme esasları" kenar başlıklı 16. maddesi şöyledir:

"(1) Koruyucu aile ve yanına yerleştirilen çocuk, aşağıda belirtilen esaslar doğrultusunda düzenli olarak izlenir.

a) İzlemelerde tespit edilen durumlar Genel Müdürlükçe belirlenen formlara işlenir.

İzleme sürecindeki formlar ve raporlar sosyal çalışma görevlileri tarafından düzenlenir, ortaya çıkan sorunların çözümüne yönelik gerekli mesleki çalışmalar planlanır.

b) Esas olarak sosyal çalışma görevlileri aynı anda en fazla yirmi vaka ile görevlendirilebilir. Koruyucu aile hizmeti kapsamında görevlendirilen sosyal çalışma görevlilerinin başka bir hizmet

alanında görevlendirilmesi tercih edilmez.

c) Koruyucu aile birimine; koruyucu aile hizmetinin etkin ve verimli olarak çocuğun yararına sürdürülebilmesi için hizmetin takibine yönelik süreçlerde ihtiyaç duyulan araç, gereç ve diğer konularda gerekli imkânlar öncelikle sağlanır.

ç) İl veya ilçe müdürlüklerinde gerçekleştirilen izleme görüşmelerinde çocukların koruyucu veya öz ailelerini beklerken zaman geçirebilecekleri ya da kendileriyle de aynı anda görüşme yapılabilecek, kırtasiye, oyuncak gibi malzemelerin bulunduğu görüşme odaları oluşturulur.

(2) Koruyucu aile ve çocuğun izlenmesi sürecinde;

a) Koruyucu aile ve yanına yerleştirilen çocuk, görevli sosyal çalışma görevlisi tarafından ilk yıl en az her ay bir defa olmak üzere düzenli olarak izlenir, daha uygun hizmet modeline karar verilmesi amacıyla genel bir durum değerlendirmesi yapılır. Çocuğun koruyucu aile yanında kalmasının uygun görülmesi durumunda ikinci yıldan itibaren izlemeler yılda en az dört defadan az olmamak üzere düzenli olarak yapılır.

b) Koruyucu aile hizmet sürecinin özelliğine göre, yerleştirmeyi takip eden ilk haftalar ile geçici ve uzmanlaşmış koruyucu aile yanında bulunan çocuklar için izlemeler daha sık yapılır.

c) İzlemelere gerektiğinde diğer sosyal çalışma görevlileri iştirak ederek kendi mesleki raporlarını düzenler ve vakadan sorumlu sosyal çalışma görevlileri koordinesinde uygulama planı takip edilir.

ç) Koruyucu aile yanındaki çocuğun öz ailesi yanına döndürülmesi için koruyucu aile ve çocukla mesleki çalışmaların sürdürülmesi sağlanır.

d) Çocukla kurulan iletişim, çocuğun ev ortamındaki kurallar bağlamında rolü ile yeri, çocuğa kazandırılan beceriler, davranışları, kendisine tanınan haklar ve aylık bakım ödemesinin ne kadarının çocuk için kullanıldığını belirlemeye yönelik gözlem ve görüşmeler yapılır, hizmet süreci bütün boyutları ile birlikte değerlendirilir.

e) İzleme çalışmalarında, gizlilik ilkesine uyularak koruyucu ailenin ve çocuğun sosyal çevresinde ve çocuk için risk oluşturacak koşullar dikkate alınıp araştırma yapılır. f) Çocuğun iletişim halinde olduğu diğer kurumlardaki durumu da takip edilir. g) Koruyucu aile yanındaki çocuğun bakım tedbiri kararı gereği, uygulama planı ve oluşan değişiklikler hakkında mahkemeye bilgi verilir. (3) Çocuğun öz ailesinin izlenmesi sürecinde; a) Ailenin yaşam koşulları ve ev ortamı, aile ilişkileri, aile üyelerinin sürekli bir işi ve gelirin bulunup bulunmadığı, başka bir hizmetten yararlanan çocuklarının olup olmadığı, çocuklarını ziyaret etme ve izinli alma durumları, ziyaret ve izin sonrası çocukta gözlemlenen davranışlar ve psikolojik durumu, koruyucu aile ile il veya ilçe müdürlüğünün bilgisi dışında iletişim kurulmasıyla ilgili sorunlar, çocuğuna bakma istekliliği ve bunun ne kadar gerçekçi olduğu gibi konularda gözlem ve görüşmeler koruyucu aile hizmet modeline göre belirlenen aralıklarda yapılır, kapsamı Genel Müdürlükçe belirlenen ilgili forma işlenir.

b) Öz aileye, koruyucu aile hizmeti hakkında olumlu bakış ve uygun yaklaşım kazandırmak üzere gerekli mesleki çalışmalar kuruluşla koordinasyon sağlanarak yapılır. c) Öz aile ile çocuğun birlikte yaşamalarını sağlayacak kısa ve uzun dönemde mesleki çalışmalar planlanır, şartların uygun bulunması durumunda çocuğun ailesi yanına dönüşü değerlendirilir.

(4) Çocuğun öz ailesi ve geçmiş yaşantısından diğer kişilerle görüşmelerinin izlenmesi sürecinde;

a) Çocuğun kan bağı bulunan ya da önceki çevresinden tanıdığı kişilerle görüşmeleri, vakadan sorumlu sosyal çalışma görevlisi koordinasyonunda planlanır. b) Planlanan görüşmeler dışında il veya ilçe müdürlüğünün bilgisi olmaksızın görüşme yapılmaması konusunda çocuk, koruyucu aile ve öz aile ile mesleki çalışma yapılır. c) Görüşmelerde çocuğun olumsuz etkilenmemesi için vakadan sorumlu sosyal çalışma görevlisinin, ihtiyaç halinde başka bir sosyal çalışma görevlisinin de hazır bulunması sağlanır.

ç) Çocuğun kuruluşta bulunan kardeşleri ile görüştürülmesine ilişkin kayıt ve gözlem formları aynı gün doldurularak

çocuğun koruyucu aile dosyasına konulmak üzere il veya ilçe müdürlüğüne iki gün içinde gönderilir.”

50. Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin “Koruyucu aile statüsünün iptali” kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

“(1) Aşağıdaki durumların tespiti halinde koruyucu aile statüsü iptal edilir.

a) Çocuğu ihmal ve istismar ettiğinin, kötü muameleye maruz bıraktığının belirlenmesi.

b) Sosyal ilişkileri açısından toplumun norm ve değerlerine aykırı düşen davranışlarının gözlenmesi.

c) Fizik ve ruh sağlığının, çocuğun bakımını etkileyecek derecede bozulmuş olduğunun Devlet ya da üniversite hastanelerince doktor raporu ile belirlenmesi.

ç) 8 inci maddenin dokuzuncu fıkrasının (d) bendine göre sahip olduğu şartı yitirmesi.

d) Mesleki danışmanlık hizmeti ve yönlendirmelere uygun davranmaması.

e) Geçici koruyucu ailenin çocuk yerleştirme önerilerini mazeretsiz olarak üç kereden fazla kabul etmemesi.

(2) Birinci fıkrada belirtilen durumların tespiti halinde; sorumlu sosyal çalışma görevlisinin hazırlayacağı rapor, geciktirilmeksizin Komisyona iletilir. Koruyucu aile statüsünün iptaline ilişkin talep hakkında komisyon tarafından en fazla onbeşgün içinde karar verilir.

(3) Komisyonca koruyucu aile statüsü iptal edilen koruyucu aile yanına bir daha çocuk yerleştirilemez.

(4) Koruyucu aile statüsünün iptaline ilişkin karar, Genel Müdürlük ile il ve ilçe müdürlüklerine en kısa sürede bildirilir.”

51. 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun “Koruyucu ve destekleyici tedbirler” kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

“Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

... c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi hâlinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya, Yönelik tedbirdir.”

52. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun *“Çocukların yerleştirilmesi”* kenar başlıklı 347. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.

Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hakim aynı önlemleri alabilir.

Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır. ...”

53. 3/6/2011 tarihli ve 633 sayılı mülga Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (633 sayılı KHK) *“Görevler”* kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“ (1) Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının görevleri şunlardır:

...

c) Çocukların her türlü ihmal ve istismardan korunarak sağlıklı gelişimini temin etmek üzere; ulusal politika ve stratejilerin

belirlenmesini koordine etmek, çocuklara yönelik sosyal hizmet ve yardım faaliyetlerini yürütmek, bu alanda ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gönüllü kuruluşlar arasında işbirliği ve koordinasyonu sağlamak.”

54. 633 sayılı mülga KHK'nın “Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü” kenar başlıklı 8. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

...

ç) Çocukların her türlü ihmal ve istismardan korunması ve sağlıklı gelişimi için gerekli önleyici ve telafi edici mekanizmaları oluşturmak ve uygulamaya koymak.

d) Geçici ya da sürekli olarak aile ortamından mahrum kalan veya yüksek yararı ailesinin yanında bulunmamayı gerektiren çocuklara, özel bakım ve koruma hizmeti sunmak. ...

ı) Evlat edindirme ve koruyucu aile hizmetlerini koordine etmek. ...”

2. Önleyici Nitelikteki Tedbir Kararı Hakkında

55. 6284 sayılı Kanun'un “Hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları” kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.

...

c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması.

...

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki

kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.

...

f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.

...

(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar.

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

56. Türkiye tarafından 14/9/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 20/11/1989 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. maddesi şöyledir:

“(1) Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

(2) Taraf Devletler, çocuğun ana–babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

(3) Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.”

57. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 20. maddesi şöyledir:

“1. Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya

kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır.

2. Taraf Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan bakımı sağlayacaklardır.

3. Bu tür bakım, başkaca benzerleri yanında, bakıcı aile yanına verme, İslam Hukukunda Kefalet (Kafalah), evlat edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de içerir. Çözümler düşünülürken, çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, dinsel kültürel ve dil kimliğine gerek saygı gösterilecektir.”

58. 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.”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) İçtihadı

59. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), aile hayatının var olup olmadığını değerlendirirken öncelikle yakın kişisel bağların varlığını incelemektedir. AİHM; çocuk ile koruyucu aile olan ebeveyn arasındaki bağların aile hayatını oluşturup oluşturmadığı hususunu, özellikle çocuğun doğal ebeveynleriyle yakın kişisel ilişkileri olup olmadığına ve çocuğun bakımını üstlenen ailenin yanında ne süredir bulunduğuna bağlı olarak durumun şartlarına göre belirlemektedir (*X/İsviçre (k.k.)*, B. No: 8257/78, 10/7/1978).

60. AİHM, aciliyet gerektiren çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda yargılamanın sürüncemede bırakılmasının aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediğini tespit etmek için tek başına yeterli olabileceğini ifade etmektedir (*M.*

ve M./Hırvatistan, B. No: 10161/13, 3/9/2015, § 182; Eberhard ve M./Slovenya, B. No: 8673/05, 9733/05, 1/12/2009, §§ 138-142).

61. *Kopf ve Liberda/Avusturya* (B. No: 1598/06, 17/1/2012) davasında AİHM, 1995 yılında doğan bir çocuğun 1997-2001 yılları arasında koruyucu aileliğini yapan ve evli bir çift olan başvuru sahiplerinin yaptığı bir başvuruyu incelemiştir. Söz konusu çocuğun biyolojik anne tarafından velayetinin alınmasından sonra başvuru sahipleri çocuğa erişme ve ziyaret hakkından yoksun bırakılmışlardır. Başvuru sahipleri, üç buçuk yıl süren yargılamanın ardından Avusturya mahkemeleri tarafından koruyucu anne babaya ziyaret hakkı verilmesinin artık çocuğun üstün yararına uygun olmadığı yönünde karar verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. AİHM, Avusturya mahkemelerinin çocuğun ve koruyucu ailenin çatışan menfaatleri arasında adil bir denge kurduğunu ancak başvuru sahiplerinin koruyucu ailesi oldukları çocuklarını ziyaret etmelerine izin verilmesine yönelik talepleriyle ilgili olarak yeterince hızlı bir şekilde inceleme gerçekleştirmediğini belirterek aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Kopf ve Liberda/Avusturya*, §§ 46-49).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

62. Mahkemenin 18/4/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Koruyucu Aile Statüsünün Kaldırılması Süreci Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları

63. Başvurucu;

i. Koruyucu ailesi olduğu çocuklar S.A. ve A.K. ile uzun süre boyunca birlikte yaşadıklarını, çocukların her türlü ihtiyaçlarını giderdiğini ve çocuklarıyla anne-evlat ilişkisi çerçevesinde yakın bağ kurduğunu belirtmiştir. ii. Eski eşi M.D.nin sahte ihbar mektuplarıyla haksız yere yargılandığını, koruyucu aile statüsünün kaldırılması yönünde tesis edilen işlemin İdare Mahkemesi tarafından iptal edilmesine rağmen kararın uygulanmadığını, aile ortamında yaşamak istediğini belirten çocukların beyanlarının dikkate alınmadığını ve çocukların yurda yerleştirildiğini, bu durumun çocuğun üstün yararının korunması ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

iii. Tüm bu süreçte; keyfi uygulamalarla temel hak ve özgürlüklerinin

zedelendiğini ve iptal kararının gereğinin hâlen yerine getirilmediğini belirterek aile hayatına saygı hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

2. Değerlendirme

64. İddiaların değerlendirilmesine dayanak alınacak Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

"Herkes, ... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. ... aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."

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

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

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

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

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

66. 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 başlık altında incelenecek iddialarının temelinde, koruyucu aile statüsünün kaldırılması yönünde verilen kararın hukuka uygun olup olmadığı konusunda başlatılan yargı sürecinin hâlen devam etmesinin yer aldığı değerlendirilmektedir. Adil yargılanma hakkının konusunu oluşturabilecek nitelikte olan davaların sürüncemede bırakıldığına ilişkin şikâyetlerin-aile hayatı yönünden meydana getirdiği ya da getirmesi muhtemel sonuçlar dikkate alınarak- aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması gerektiği kanaatine varılmış ve başvuru Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiştir (*Murat Demir* [GK], B. No: 2015/7216, 27/3/2019, § 71).

a. Uygulanabilirlik Yönünden

67. Anayasa'daki *aile* kavramının, 4721 sayılı Kanun'daki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması gerekir. Aile hayatına saygı hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle aile kavramı kapsamında değerlendirilebilecek kişisel ve yakın bağların varlığı gereklidir (*Murat Demir, § 72*).

68. Söz konusu bağ, kan bağıyla kurulabileceği gibi hukuki ya da istisnai durumlarda fiilî yollarla da gerçekleşebilir. Bu bağlamda, anne-babasıyla soybağı bulunan çocuklar ile evlat edinilen çocukların ebeveynleriyle aile bağlarının bulunduğu tartışmasız olmakla birlikte kan veya evlatlık bağı olmamasına rağmen çocukların bakım ve gözetimini üstlenerek her türlü ihtiyacında yanında olan bulunan kişilerle çocuklar arasında da somut olayın koşulları çerçevesinde aile bağlarının oluştuğu kabul edilebilir. Çocuk ile koruyucu ailesi arasında bu tür bir bağın bulunup bulunmadığı ise mevcut koşulların ışığında ayrı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır (*Murat Demir, § 73*).

69. Koruyucu Aile Yönetmeliği'ndeki hükümlere ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının resmî internet sitesinde yer alan bilgilere göre koruyucu aile; belirlenen esas ve usuller ile yetkili kurumlarca gerçekleştirilen denetimler çerçevesinde, çocuğun korunmasını gerektiren duruma göre belirlenen sürede kendi aile ortamlarında çocukların eğitim, bakım ve yetiştirilme sorumluluğunu ücretli ya da gönüllü olarak üstlenen ve hissettikleri toplumsal sorumluluğu gösterebilen kişilerdir. Koruyucu aile olan kişiler ile koruma altındaki çocuk arasındaki bağların, aile hayatı kapsamında kabul edilip edilmemesi her somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösterebilir. Başka bir anlatımla, koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide ancak belirli koşulların varlığı hâlinde aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğu kabul edilebilir. Bu koşullar şu şekilde sıralanabilir:

i. Çocuğun öz anne ve/veya babasıyla bir bağın ya da devam eden bir kişisel ilişkinin bulunmaması veya devam eden bir bağ ya da kişisel ilişki varsa bunun yakın derecede olmaması gerekir.

ii. Çocuğun, koruyucu aile yanında aile hayatı anlamında bağ kurmaya uygun kabul edilebilecek bir süre boyunca kalmış olması gerekir. iii. Koruyucu ailenin çocuk tarafından ebeveyn olarak benimsenmesi ve koruyucu ailenin de aynı şekilde çocuğu benimsemiş olması gerekir.

iv. Koruyucu aile ilişkisinin sürdürülmesinin çocuğun üstün yararına aykırı olmaması gerekir (*Murat Demir*, § 74).

70. Somut olayda küçük S.A.nın üç yaşında diğer küçük A.K.nın ise beş yaşında koruyucu ailelerinin yanına yerleştirildikleri ve S.A.nın yaklaşık olarak beş yıl, A.K.nın ise dört yıl boyunca koruyucu ailelerinin himayesinde yaşadıkları anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle S.A.nın üç yaşından sekiz yaşına, A.K.nın ise beş yaşından dokuz yaşına kadar koruyucu ailesi olan başvurucunun ve M.D.nin sunduğu aile ortamında hayatlarını devam ettirdikleri görülmektedir.

71. Koruma altına alınan ve öz anne/babayla herhangi bir bağları ya da kişisel ilişkileri bulunmadığı görülen çocuklar, çocukluk çağlarının önemli bir kısmını başvurucunun bir parçası olduğu koruyucu ailenin yanında geçirmişlerdir. Söz konusu süreçte çocukların koruyucu ailelerini ebeveyn olarak gördükleri ve başvurucuya "anne" şeklinde hitap ederek ona bağlandıkları açıktır. Bu durum çocukların koruyucu ailelerinden alındığı dönemde sosyal hizmet uzmanı tarafından gerçekleştirilen görüşme sonunda hazırlanan rapor ile kolluk tarafından alınan ifadelerden anlaşılmaktadır. Gerek S.A. gerekse A.K. başvurucuyu sevdiklerini, aile ortamında tüm ihtiyaçlarının giderildiğini, hatta birbirlerini kardeş olarak gördüklerini ve koruyucu ailelerinin gözetiminde yaşamak istediklerini beyan etmişlerdir. Başvurucunun da bunun aksine bir yaklaşımının ve açıklamasının olmadığı görülmektedir.

72. Dolayısıyla öz anne/babayla herhangi bir bağları ya da ilişkileri bulunmayan çocukların, aile hayatı anlamında yakın bağ kurmaya uygun bir süre boyunca koruyucu ailelerinin yanında kaldıkları, başvurucunun ebeveyn olarak çocuklar tarafından, çocukların da başvurucu tarafından benimsendiği ve koruyucu aile ilişkisinin sürdürülmesinin çocukların üstün yararlarına aykırı olduğunu kabul eden bir yargısal kararın da henüz bulunmadığı hususları dikkate alındığında somut başvuruda aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğu sonucuna ulaşılmıştır.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

73. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı gibi kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

74. 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 ferdî 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. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny* [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

75. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinde de belirtildiği üzere yasama organı veya idari ve yargısal makamlar tarafından çocukları ilgilendiren konularda alınacak kararlarda ya da yürütülecek faaliyetlerde dikkate alınması gereken temel düşünce çocuğun üstün yararının korunmasıdır.

76. Velayete ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin davalarda kamusal makamlarca alınacak tedbirlerin ya da verilecek kararların etkinliği ve yeterliliği, ilgili tedbirlerin ya da kararların mümkün olan en kısa sürede verilmesiyle yakından ilgilidir (*M.M.E. ve T.E.*, B. No: 2013/2910, 5/11/2015, § 125). Aynı durum, koruma altına alınan çocukların belirli bir ailenin korunması altında ve onların sunduğu aile ortamlarında hayatlarını sürdürüp sürdürmeyeceklerinin uyumsuzluk konusu olduğu hâllerde de geçerlidir. Özellikle uzun bir süre boyunca koruyucu ailenin himayesi altında ve aile ortamında yaşamış çocukların koruyucu ailesini benimsediği, onları ebeveyni olarak tanımladığı ve onlarla birlikte yaşama konusunda bir irade gösterdiği durumlarda, çocukların koruyucu ailelerden alınmasıyla sonuçlanabilecek şekilde tesis edilen işlemlerin ya da alınan kararların hukukiliğinin hızlı bir şekilde yargısal makamlarca incelenmesi gerekir.

77. Çocuğun daha önce yoksun olduğu ancak koruyucu aile vasıtasıyla kavuştuğu, üstelik uzun bir süre geçirerek alıştığı aile ortamından koparılması çocuğun üstün yararına aykırı olabileceği gibi somut olayın gerekliliklerine göre çocuğun yararına uygun da olabilir.

Bu konuda yargısal makamların ivedilikle hareket etmeleri, diğer bir anlatımla uyuşmazlık hakkında hızlı bir yargılama yaparak davayı sürüncemede bırakmamaları ve uzman yardımına da başvurarak ilgi ve yeterli gerekçelerle bir karar vermeleri beklenir. Bu beklentinin gerçekleştirilmesi, aile hayatına saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerindedir. Bu konudaki yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunda, benimsediği aileyle ilişkileri kopan çocuk açısından telafisi imkânsız zararların doğması ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında ciddi sorunların gündeme gelmesi muhtemeldir (*Murat Demir, § 82*).

78. Çocuğun geleceğini, maddi ve manevi bütünlüğünü yakından ilgilendiren hukuki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla açılan bir davanın sürüncemede bırakılması tek başına dahi devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir. Uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesini gerekli kılan söz konusu yükümlülük, kararın sonucundan ziyade usulüne ilişkindir. Dolayısıyla burada kastedilen sonuç yükümlülüğü değil usule ilişkin bir araç yükümlülüğüdür. Bu noktada devletin atması gereken öncelikli adım, koruyucu aile statüsünün kaldırılması yönünde gerçekleştirilen işlemlerin veya alınan kararların hukuka uygun olup olmadığı konusunda ilgililerin lehine ya da aleyhine de olsa hızlı şekilde bir karar vermektir (*Murat Demir, § 83*).

79. Ayrıca devletin pozitif yükümlülükleri söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını, karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini belirtmek gerekir (*Murat Demir, § 84*).

80. Son olarak mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanıdır. Çocuğun üstün yararı, söz konusu dava grubu açısından en önemli unsur olup olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetlemek ve özellikle mahkemelerin Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirlemekle yetinmektedir (Marcus Frank

Cerny, § 62). Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasının hukuka uygun olup olmadığı hususunda derece mahkemelerinin yerini almamakta, kamusal makamların süreç içerisindeki tutumlarını aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki usule ilişkin güvenceler açısından değerlendirmektedir (*Murat Demir*, § 85).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

81. Somut olayda başvuru ve o tarihte evli olduğu eşi M.D., 2008 yılında üç yaşındaki S.A.yı, 2009 yılında beş yaşındaki A.K.yı koruyucu aile statüsünde yanlarına almışlar ve 2013 yılına kadar birlikte yaşamışlardır. Başvurucunun eski eşi M.D. hakkında *çocuğun cinsel istismarı ve şiddet kullanarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni ile ilgili müstehcen yayın üretmek ve satmak* suçlamaları kapsamında ceza soruşturması başlatılması üzerine, Kurum tarafından başvuru aile statüsünün kaldırılmasına karar verilmiştir. Bu karar doğrultusunda koruma altındaki çocuklar 16/2/2013 tarihinde Kuruma teslim edilmişler ve çocuk yurduna yerleştirilmişlerdir.

82. Başvuru, M.D.nin söz konusu suçlamalardan aklandığını belirterek koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin Kurum kararının iptal edilmesi talebiyle idari yargıda 15/4/2013 tarihinde dava açmıştır. İdare Mahkemesinin 10/1/2014 tarihli kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir. Davalı İdarenin temyiz talebi üzerine inceleme yapan Danıştay Onuncu Dairesinin 23/5/2014 tarihli kararıyla yeni bir karar verilinceye kadar İdare Mahkemesi kararının yürütmesinin durdurulmasına hükmedilmiştir. Aynı Dairenin 17/10/2014 tarihli kararıyla da aile mahkemelerinin görevli olduğu, davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiği belirtilerek İdare Mahkemesinin söz konusu kararının bozulmasına hükmedilmiştir. İdare Mahkemesi, 29/1/2015 tarihli kararıyla, önceki kararında ısrar etmiş ve dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca verilen 5/11/2015 tarihli kararlar, davanın görev yönünden reddedilmesi gerektiği belirtilerek İdare Mahkemesinin kararı bozulmuştur.

83. Bunun üzerine başvuru tarafından Balıkesir 1. Aile Mahkemesinde 10/9/2015 tarihinde koruyucu aileliğin iadesi davası açılmış ise de anılan Mahkemenin 18/2/2016 tarihli kararıyla uyuşmazlığın idari yargının görev alanına girdiğinden bahisle görevsizlik kararı verilmiştir.

84. Temyiz üzerine inceleme yapan Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin 13/6/2016 tarihli kararıyla dava dosyası görevli Dairenin belirlenmesi amacıyla Hukuk İşbölümü İnceleme Kuruluna gönderilmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 16/11/2017 tarihli kararıyla dosyanın mahalli mahkemesine iadesine hükmedilmiş ise de 25/4/2018 tarihli görevsizlik kararı nedeniyle dava dosyası Yargıtay 8. Hukuk Dairesine gönderilmiştir. Anılan Dairenin 18/12/2018 tarihli kararıyla da Balıkesir 1. Aile Mahkemesi tarafından verilen 18/2/2016 tarihli görevsizlik kararı onanmış ve kesinleşmiştir.

85. Söz konusu nihai kararlar birlikte, olumsuz görev uyuşmazlığının çözümlenmesi amacıyla dava dosyasının taraflardan birinin talebi üzerine Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesine hükmedildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla koruyucu aile statüsünün iade edilmesi talebiyle 2013 yılında açılan davanın esası hakkında adli ve idari yargı mercileri tarafından verilen görevsizlik kararları nedeniyle henüz bir karar verilememiştir.

86. Koruyucu aile statüsünün devam edip etmeyeceği konusu, çocuğun üstün yararının neyi gerekli kıldığı hususunda araştırma yaparak karar vermekle görevli yargısal makamların takdirindedir. Söz konusu yargısal makamın hangi merci olduğunu belirlemek ya da yargılama sonucunda derece mahkemelerince hangi yönde karar verilmesi gerektiğini açıklamak Anayasa Mahkemesinin görevlerinden değildir. Somut olayda Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleyecek ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleyecektir.

87. 2004 ve 2005 doğumlu çocukların, uzun kabul edilebilecek bir süre boyunca başvurusunun bir parçası olduğu ve 2013 yılına kadar da hukuken geçerli bir statüye sahip olan koruyucu ailede yaşadıkları ve başvurusunu anne olarak benimsedikleri anlaşılmaktadır. Ayrıca başvurusunun da çocuklara karşı benzer bir yaklaşımda olduğu söylenebilir. Bu durumda 18/2/2016 tarihli görüşme raporu ile ifade tutanaklarından da anlaşıldığı üzere koruyucu ailesiyle birlikte yaşama konusunda irade gösteren çocukların koruyucu ailelerinden alınmasıyla sonuçlanan söz konusu Kurum kararının hukukiliğinin hızlı bir şekilde yargısal makamlarca incelenmesi konusunda devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenir.

88. Mevcut başvuru koşulları yönünden önemli olan husus, çocuğun geleceğini, maddi ve manevi bütünlüğünü doğrudan ilgilendiren hukuki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi amacıyla açılan davanın sürüncemede bırakılmadan hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bu türden bir yargılamanın sürüncemede bırakılması, telafisi imkânsız zararlara yol açabileceğinden tek başına devletin pozitif yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir. Başvuru dosyasına sunulan bilgi ve belgeler ile UYAP aracılığıyla yapılan incelemelerden görüldüğü üzere, koruyucu aile statüsünün kaldırılması yönünde Kurum tarafından verilen kararın hukuki olup olmadığı konusunda çıkan uyuşmazlık hakkında yaklaşık olarak altı yıl önce açılan davada mahkemelerce bir karar verilmemiştir. Bu süreçte gerek idari yargı düzenindeki mahkemelerce gerekse adli yargı düzenindeki mahkemelerce görevli yargı kolu nihai olarak saptanamadığından başvuruçunun iddialarıyla ilgili işin esasına dahi girilememiştir. Öte yandan Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 18/12/2018 tarihli kararıyla olumsuz görev uyuşmazlığı çıkarıldığından 12/6/1979 tarihli ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 14. maddesi gereğince bu aşamadan sonra söz konusu uyuşmazlığın giderilmesi talebiyle taraflarca Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulması gerekmektedir.

89. Dolayısıyla altı yıl geçmesine rağmen görevli yargı kolunun kesin olarak belirlenemediği, hatta bu sürede olumsuz görev uyuşmazlığının dahi çıkarılmadığı somut olaya konu davanın sürüncemede kaldığı kabul edilmelidir. Bu durumda, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin Kurum kararının hukuka uygun olmadığı iddiasıyla başlatılan yargılamanın sürüncemede bırakılması ve başvuruçunun çocuklarıyla yeniden bir araya gelme talebi konusundaki hukuki belirsizliğin hızlı bir yargısal süreç yürütülerek giderilmemesi nedenleriyle başvuruçunun aile hayatına saygı hakkının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

90. Öte yandan çocuklarla görüşme ve kişisel ilişki kurma hakkının tanınması konusunda, 4721 sayılı Kanun'un 325. maddesi kapsamında çocuğun yararına uygun düştüğü ölçüde üçüncü kişiler lehine de bu hakkın tanınması hukuken mümkün olmasına rağmen başvuru tarafından bu yönde yargısal makamlara herhangi bir talepte bulunulduğunu gösteren herhangi bir bilgi ya da belgenin Anayasa Mahkemesine sunulmadığı dikkate alındığında bu yönüyle ayrıca bir değerlendirme yapılmamıştır.

B. Çocuklar Hakkında Verilen Önleyici Nitelikteki Tedbir Kararları Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları

91. Başvurucu; çocuklarına şiddet uyguladığı gerekçesiyle hakkında hukuka aykırı şekilde uzaklaştırma kararı verildiğini, söz konusu kararın keyfî ve hukuka aykırı olduğunu, herhangi bir delil bulunmaksızın verilen karar sürecinde ifadesinin alınmadığını ileri sürmüştür. Çocuklarıyla görüşmesinin haksız yere yasaklandığını belirten başvurucu; aile hayatına saygı hakkının, ayrımcılık yasağının, masumiyet karinesinin, adil yargılanma hakkının ve kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

2. Değerlendirme

92. Başvurucunun bu başlık altında değerlendirilen temel iddiası, 6284 sayılı Kanun kapsamında hakkında verilen tedbir kararlarının hukuka aykırı olduğuna ve söz konusu kararlar nedeniyle çocuklarıyla görüşmesinin haksız yere yasaklandığına ilişkindir. Dolayısıyla bu iddianın da aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

93. Kanun koyucu tarafından ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi için etkili ve süratli bir yöntem izlenmesi, şiddete maruz kalan veya uğrama tehlikesi altında olan kişinin gecikmeksizin korunması amacıyla 6284 sayılı Kanun hükümleri ihdas edilerek yürürlüğe konulmuştur. 6284 sayılı Kanun kapsamında, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişilerin, çocukların, aile bireylerinin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esaslar ile yaptırımların düzenlendiği görülmektedir (*Semra Özel Üner*, B. No: 2014/12009, 26/10/2016, § 39). Buna göre söz konusu yasal düzenlemelerin devletin bireylerin fiziksel ve zihinsel bütünlüklerini koruma yükümlülüğü çerçevesinde hayata geçirildiği söylenebilir. 94. 6284 sayılı Kanun'un amacı, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Buna göre söz konusu Kanun, şiddet mağdurlarını korumaya ve şiddete uğramalarını önlemeye yönelik-görünürdeki gerçekliğe uygun şekilde- *acil tedbirleri* temin etmeye yöneliktir (*Semra Özel Üner*, § 41).

95. Somut olayda; koruma altındaki çocukları Kurum bünyesine alan, onların bakımını ve ihtiyaçlarını üstlenen Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, koruyucu aile statüsü bulunmamasına rağmen başvuruçunun çocuklarla görüştüğünü tespit etmiş ve bu durumun gelişimleri ve sağlıkları açısından onların yararına olmadığını belirterek başvuru hakkında tedbir kararları verilmesini talep etmiştir. Talebin ileildiği gün Bursa 5. Aile Mahkemesince verilen kararlarda, 6284 sayılı Kanun çerçevesinde hükmedilen tedbirlerin önleyici mahiyette olduğu vurgulanmış ve tedbirin süresi üç ayla sınırlı tutulmuştur. Kararlara karşı başvuru tarafından yapılan itirazlar ise aynı gerekçelerle Bursa 6. Aile Mahkemesince reddedilmiştir. Dolayısıyla, başvuru hakkında; çocuklar S.A. ve A.K.ye karşı şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına, çocukların konutuna ya da okuluna yaklaşmamasına, iletişim araçlarıyla veya sair surette çocukları rahatsız etmemesine ilişkin olarak verilen tedbir kararları uygulanmıştır.

96. Çocukların yararının korunmasını amaçlayan ve çocuklar ile başvuru arasındaki ilişkinin kapsamının belirlenmesi açısından nihai bir karar niteliğinde olmayan tedbir talepleri hakkında Aile Mahkemesince 6284 sayılı Kanun'un amacına uygun şekilde çok kısa süre içinde karar verildiği görülmektedir. Yine kararın derhâl uygulanması için taraflara, Cumhuriyet Başsavcılığına ve Kuruma bildirimde bulunulmuştur. Bu durumda kamu makamlarının 6284 sayılı Kanun'un amacına aykırı şekilde hareket ettikleri ve çocukların korunmasına yönelik pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmesi konusunda acil tedbirlerin hayata geçirilmesini sağlamak adına olaya gereken özenle yaklaşmadıkları söylenemez. Kararlarda yer verilen tespit ve gerekçeler itibarıyla da aile hayatına saygı hakkı yönünden başvuruçunun usule ilişkin güvencelerden etkili biçimde yararlandırıldığı ve yargısal makamlar tarafından verilen önleyici nitelikteki tedbir kararlarında takdir yetkisinin sınırının aşılmadığı dikkate alındığında başvurunun bu kısmı yönünden açık ve görünür bir ihlalin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

97. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekmiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. maddesi Yönünden

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

99. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağına belirlenmesi hususunda genel ilkelere yer verilmiştir.

100. *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).

101. *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).

102. Başvurucu, ihlalin tespitiyle birlikte 100.000 TL tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

103. Anayasa Mahkemesi, koruyucu aile statüsünün kaldırılmasına ilişkin kararın iptal edilmesi/koruyucu aileliğin iadesi talebiyle başvuruçunun açtığı davanın sürüncemede bırakılması nedeniyle aile hayatına saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.

104. Yargılamanın sürüncemede bırakılması nedeniyle ulaşılan ihlal kararları üzerine yargı mercilerince atılması gereken adım, hızlı ve adil yargılanma hakkının gereklerine uygun şekilde yargılamanın tamamlanmasıdır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, kararın bir örneğinin yargılamanın hızlandırılması amacıyla ilgili yargı mercine gönderilmesine karar verebilir. Ancak somut olaydaki gibi halihazırda bir yargı merci önünde derdest olmayan davalar yönünden pratikte bu mümkün olamayacağından, ihlal kararının bir örneğinin yargılamanın hızlandırılması amacıyla ilgili yargı mercine gönderilmesinin bir anlamı bulunmamaktadır. Nitekim somut olayda, 2247 sayılı Kanun'un 14. maddesi gereğince olumsuz görev uyuşmazlığının giderilmesi talebiyle taraflarca Uyuşmazlık Mahkemesine henüz bir başvuru yapılmadığından ortada derdest bir dava bulunmamaktadır. Bununla birlikte görevli dairenin belirlenebilmesi için Yargıtayda geçen sürenin uzunluğu dikkate alındığında, benzer olaylarda tedbir alınabilmesi için kararın Yargıtayın ilgili dairelerine gönderilmesi gerekir.

105. Öte yandan somut olay bağlamında ihlalin tespit edilmesinin başvuruçunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçuya taktiren net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

106. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Koruyucu aile statüsünün kaldırılması süreci yönünden aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Çocuklar hakkında verilen önleyici nitelikteki tedbir kararları yönünden aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Koruyucu aile statüsünün kaldırılması süreci yönünden Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE,

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

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben 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 Yargıtayın ilgili Dairelerine iletmek üzere Yargıtay Başkanlığına GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 18/4/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

DENİZ SARICAOĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/35776)

Karar Tarihi: 2/6/2020

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL
Raportör	: Ali KOZAN
Başvurucu	: Deniz SARICAOĞLU
Yetkili	: Av. Seyhan ÇOBAN WİLES

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, müşterek çocuğun velayetinin babasına verilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/10/2017 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 görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

7. Başvurucu ile B.D.nin 2008 yılındaki evliliklerinden 8/4/2010 doğum tarihli K.A. isimli müşterek çocukları bulunmaktadır. İstanbul 14. Aile Mahkemesinin 7/12/2015 tarihli kararıyla tarafların anlaşmalı olarak boşanmalarına, müşterek çocuğun velayetinin başvurucuya bırakılmasına hükmedilmiştir. Ayrıca B.D. tarafından satın alınacak iki daireden birinin çocuk adına tescil edileceği, bu taşınmaz yönünden başvurucu lehine intifa hakkı tesis edileceği, diğer daire ile B.D. adına kayıtlı aracın başvurucuya verileceği hüküm altına alınmıştır.

8. Başvurucunun eski eşi B.D. 27/6/2016 tarihinde velayetin değiştirilmesi talebiyle İstanbul 12. Aile Mahkemesi nezdinde dava açmıştır. Dava dilekçesinde; başvurucunun işlerinin yoğunluğu nedeniyle sürekli şehir dışına gitmek zorunda kaldığı, şehir içinde olduğu zamanlarda da eve geç geldiği, müşterek çocukla ilgilenmediği belirtilerek velayetin anneden alınarak babaya verilmesi talep edilmiştir. Ayrıca tarafların hazırladığı 26/6/2016 tarihli, velayet ve mal rejimine ilişkin protokol Mahkemeye sunulmuştur. Başvurucu duruşmaya katılmamış ancak başvurucu vekili, başvurucunun çalışma koşulları nedeniyle velayetin değiştirilmesinin uygun olacağını belirterek davayı kabul ettiklerini beyan etmiştir.

9. Yargılama sürecinde taraflarla görüşme yapılarak hazırlanan uzman raporunda; velayetin değiştirilmesi konusunda tarafların anlaşmaları, babanın sorumluluk alacak yapıda olduğu, çocukla iletişimin sağlıklı olduğunun görüldüğü ve babanın çocuğuna gereken sevgi ve şefkati göstermesini engelleyecek bir olumsuzluğun tespit edilmediği vurgulanarak velayetin babaya verilmesinin çocuğun yüksek yararına olduğu belirtilmiştir. Mahkeme anılan uzman raporu ve tarafların velayetin değiştirilmesi konusunda anlaşmış olmalarını gerekçe göstererek 13/7/2016 tarihli kararıyla davanın kabulüne ve müşterek çocuğun velayetinin babaya verilmesine, başvurucu ile çocuğu arasında kişisel ilişki kurulmasına hükmetmiştir. Temyiz edilmeyen karar 25/8/2016 tarihinde kesinleşmiştir.

10. Başvurucu anılan karardan sonra 7/11/2016 tarihinde velayetin değiştirilmesi talebiyle İstanbul 14. Aile Mahkemesi nezdinde dava açmıştır. Dava dilekçesinde başvurucu, eski eşiyle anlaşarak boşandıklarını, Mahkemenin müşterek çocuğun velayetini kendisine verdiğini ve mal paylaşımı konusunda anlaşmalarını ancak eski eşinin anlaşmaya uymadığını devretmesi gereken taşınmazları devretmediğini, ayrıca eski eşinin kendisini öldüreceği, işten attıracağı şeklindeki tehdit ve baskıları ile ağır bir şekilde yaralaması sonucu velayet ve mal rejimi konusunda protokol yapmak zorunda kaldığını belirtmiştir. Baskı ve tehditle zorla belge imzalatmak suretiyle velayetin değiştirilerek babaya verilmesinin sağlandığını, çocuğunun elinden alındığını ve çocuğuyla görüşmesinin engellendiğini vurgulayarak velayetin değiştirilmesini talep etmiştir. Başvurucu eski eşinin velayetin değiştirilmesi ve mal paylaşımının değişimini kabul etmeyince 4/6/2016 tarihinde eski eşi tarafından darp edildiğini, kaburga kırığı ve omurilik zedelenmesi olacak şekilde ağır yaralandığını, bu olay nedeniyle aile mahkemesi tarafından 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında uzaklaştırma kararı verildiğini belirtmiş ayrıca yargılama sürecinde de yaralama ile ilgili ceza soruşturmasının da devam ettiğini beyan etmiştir.

11. Yargılama aşamasında taraflar ve müşterek çocukla yapılan görüşme sonrası hazırlanan uzman raporunda; çocuğun yaş itibarı ile erken çocukluk döneminin son döneminde olduğu, bu dönem de çocukların annenin bakımına ihtiyaç duyduğu belirtilmiştir. Çocukla yapılan görüşmeden, çocuğun babasının yanında mutsuz olmadığı fakat annesine daha yakın olduğunun anlaşıldığı, bu durumun bakım konusundaki eksiklikten değil çocuğun yaşının ve üç ay öncesine kadar annenin yanında olmasından kaynaklandığı ifade edilmiştir. Çocuğun gelişimsel dönemi, beklentileri, istekleri vb. gibi konularında tümü bir arada değerlendirildiğinde müşterek çocuğun annenin yanında bakımına devam etmesinin uygun görüldüğü vurgulanmıştır.

12. İstanbul 14. Aile Mahkemesi 9/2/2017 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Karar gerekçesinde; İstanbul Anadolu 12. Aile Mahkemesi tarafından velayetin değiştirilmesine ilişkin kararın 25/8/2016 tarihinde kesinleştiği, bu tarihten sonra velayet değişikliğini gerektirecek yeni bir vakianın mevcut olmadığı, başvurusunun iddia ettiği tehdit olayının anılan velayetin değiştirilmesi davasından önceki bir tarihte gerçekleştiği hususları gözetildiğinde başvurusunun yargılamanın iadesi davası açması gerektiği ifade edilmiştir.

13. Başvurucunun anılan karara karşı velayet davalarının kesin hüküm oluşturmadığı, B.D.nin uyguladığı şiddet ve baskı ile ilgili ceza soruşturmasının devam ettiği, B.D. hakkında uzaklaştırma kararı olduğu hususları ile uzman raporunun gözetilmediğini belirterek yaptığı istinaf başvurusu, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 11. Hukuk Dairesinin 4/7/2017 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Karar gerekçesinde; velayetin babaya verilmesine dair hükmün kesinleşmesinden yaklaşık üç ay sonra başvurucunun velayetin değiştirilmesi davası açtığı, bu süre zarfında velayetin değiştirilmesini gerekli kılacak bir durumun bulunduğu sabit olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, çocuğun babasının yanında kalmasının bedeni, fikri ve ahlaki gelişimine engel olacağı yönünde ciddi deliller bulunmadığı, velayetin değiştirilmesine ilişkin davaların kesin hüküm oluşturmayacağı vurgulanarak derece mahkemesinin kararında hukuka aykırı bir yön bulunmadığı belirtilmiştir.

14. Söz konusu karar başvurucuya 20/9/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 12/10/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

16. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan incelemede; başvurucunun şiddete maruz kaldığından bahisle 7/6/2017 tarihinde yaptığı başvuru sonucu İstanbul Anadolu 12. Aile Mahkemesi 8/6/2017 tarihinde, 6284 sayılı Kanun gereğince başvurucunun eski eşi B.D. hakkında altı ay süre boyunca başvurucunun konutuna yaklaşmamasına, başvurucu ve aile bireylerine karşı şiddet ve korkuya yönelik davranışlarda bulunmamasına, başvurucuyu ve aile bireylerini iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesine karar verdiği tespit edilmiştir.

17. Ayrıca başvurucunun şikâyeti üzerine başlatılan ceza soruşturmasında İstanbul (Anadolu) Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 10/10/2017 tarihli iddianame ile başvurucunun eski eşi hakkında kamu davası açılarak yağma, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma, tehdit, kasten yaralama ile çocuğun kaçırılması ve alikonulması suçlarından cezalandırılması talep edilmiştir. İddianamede özetle; 4/6/2016 tarihinde başvurucunun eski eşi B.D.yi "*Seni öldüreceğim bu evden bu gece çıkamayacaksın.*" diyerek tehdit ettiği, başvurucuyu darp ettiği, öldüreceğim diyerek evi kilitleyip başvurucunun evden çıkmasını engellediği, başvurucunun telefonunu alarak mesajları kendi telefonuna aktardığı, daha sonra başvurucunun yaralı bir şekilde evden ayrıldığı

belirtilmiştir. Bu olaydan sonra B.D.nin “Boşanırken verdiği evleri, arabayı ve oğlunun velayetini geri vereceksin yoksa seni öldüreceğim.” şeklinde başvuruçuyu tehdit ettiği, bu tehdit ve baskılarından dolayı başvuruçunun tedavi olduğu süre içerisinde önce arabasını eski eşine verdiği, daha sonra aralarında görülmekte olan velayet davası için B.D.nin isteği doğrultusunda oğluna bakmak istemediği yönünde mahkemeye dilekçe verdiği, ayrıca evlerin devri konusunda protokol imzaladığı ve kendi adına kayıtlı bulunan evini B.D.ye devrettiği, başvuruçunun bilahare kendi beyanına göre yaşadığı olumsuz psikolojiden kurtulunca çocuğunun velayetini yeniden almak için dava açtığı ifade edilmiştir. Tehdit içerikli mesaj kayıtları ile başvuruçunun basit bir tıbbi müdahale ile giderilemeyecek ve vücudunda kemik kırığı oluşacak derecede yaralandığı hususları gözetilerek B.D.nin cezalandırılması talep edilmiştir.

18. B.D. ifadelerinde başvuruçunun suçlamalarının asılsız olduğunu, başvuruçuyu darp etmediğini, kendisinin merdivenden düştüğünü, anlaşmalı boşanma sırasında başvuruçuya bırakılan aracı şahsına sattığını, müşterek çocuğu adına satın aldığı dairenin intifa hakkını başvuruçuya verdiğini beyan etmiştir.

19. İstanbul Anadolu 6. Ağır Ceza Mahkemesi 12/10/2017 tarihinde B.D. hakkında kasten yaralama ve tehdit suçundan mahkûmiyet diğer suçlaryönünden beraat kararı vermiştir. Karar gerekçesinde; başvuruçunun hakkındaki basit tıbbi müdahaleyle giderilemeyecek ve kemik kırığı oluşacak şekilde yaralandığı yönündeki Adli Tıp Kurumu raporu, telefon kayıtları ve tanık ifadeleri birlikte değerlendirilerek başvuruçunun B.D. tarafından darp edildiği, yine telefon kayıtlarından B.D.nin başvuruçuyu tehdit ettiğinin sabit olduğu ifade edilmiştir. Anılan karar, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 7. Ceza Dairesinin 9/9/2019 tarihli istinaf talebinin esaslan reddine dair kararıyla kesinleşmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 22/11/2007 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “Hâkimin takdir yetkisi” kenar başlıklı 182. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

“Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında

ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.

Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.”

21. 4721 sayılı Kanun’un “Durumun değişmesi” kenar başlıklı 183. maddesi şöyledir:

“Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re’sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.”

22. 4721 sayılı Kanun’un “Kural” kenar başlıklı 323. maddesi şöyledir:

“Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.”

B. Uluslararası Hukuk

23. Türkiye tarafından 14/9/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 20/11/1989 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. maddesi ilgili kısmı şöyledir:

“1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

24. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 6. maddesi şöyledir:

“ 1. Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler. 2. Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.”

25. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 6. maddesi şöyledir:

“1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.

2. Bu Sözleşmede belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.”

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ebeveyn ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup anne ve baba arasındaki ilişkinin sona ermesi durumunda hukuksal düzenlemelerden kaynaklanan ve bu ilişkiyi kısıtlayan ya da engelleyen tedbirler, aile hayatına saygı hakkına bir müdahale oluşturur (*Hoppe/Almanya*, B. No: 28422/95, 5/12/2002, § 44; *Johansen/Norveç*, B. No: 17383/90, 7/8/1996, § 52; *Elsholz/Almanya* [BD], B. No: 25735/94 13/7/2000, § 43).

27. AİHM'e göre aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükler arasındaki sınırları kesin biçimde tanımlamak mümkün değildir. İlgili makamlar her iki yükümlülük çerçevesinde belirli bir takdir alanına sahiptir ve her iki yükümlülük kapsamında da benzer ilkelerin gözönünde bulundurulması, özellikle her iki durumda da kamusal makamlarca olayın bağlamı ve müdahalenin türüne göre birey menfaatleri ile toplum menfaatleri ve çocuk ile ebeveyn menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmesi gerekmektedir. AİHM'e göre bu dengenin tesisinde niteliği gereği çocuğun menfaatlerine özel bir önem verilmelidir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55; *Hoppe/Almanya*, § 49).

28. AİHM, ebeveynin çocuk ile birlikte yaşamaya devam etmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesinin birinci paragrafı kapsamında aile hayatının temel bir unsurunu oluşturduğunu vurgulamaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi, ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep etme hakkının yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bu husustaki belirleyici husus, ulusal makamların uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırmada kendilerinden beklenen bütün makul önlemleri alıp almadığıdır (Hokkanen/Finlandiya, § 55).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 2/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık görüşü

30. Başvurucu; boşanma davası sonucunda çocuğunun velayetinin kendisine verilmesine karar verildiğini, eski eşinin bir süre sonra çocuğunun velayetini almak ve boşanma davasında kararlaştırılan taşınır ve taşınmaz mallarının devrini engellemek amacıyla tehdit etmeye ve baskı kurmaya başladığını ve kendisini darp ettiğini vurgulamıştır. Bu baskı ve tehdit sonucu velayetin değiştirilmesi davasını kabul etmek, malların paylaşımıyla ilgili olarak da protokol yapmak zorunda kaldığını ifade edilmiştir. Daha sonra velayetin değiştirilmesi için dava açtığını, eski eşi hakkında yaralama ve tehdit eylemlerinden dolayı suç duyurusunda bulunduğunu ve ceza soruşturması açıldığını, ayrıca eşi hakkında uzaklaştırma kararı verildiğini belirtmiştir. Velayetin değiştirilmesi için baskı, tehdit ve yaralamaya maruz kaldığının açık olmasına ve uzman raporunda küçük çocuğun velayetinin kendisine verilmesi yönünde görüş belirtilmesine rağmen velayet davalarının kesin hüküm oluşturmayacağı gözetilmeden, tanıkları dinlenmeden yargılamanın iadesi yoluna başvurulması gerektiği gerekçesiyle velayetin değiştirilmesi talebinin reddedildiğini ifade etmiştir. İstinaf mercinin ise velayet davalarının kesin hüküm oluşturmayacağını kabul ederek yaptığı esas incelemesinde, yargıya yansımış olan tehdit ve darp iddialarını incelemeyen ve çocuğun üstün yararını gözetmeden karar verdiğini belirtmiştir. Bu nedenlerle Anayasa'nın ailenin korunması ve çocuk haklarına ilişkin düzenlemelerine aykırı davranıldığını belirterek

aile hayatına saygı ile adil yargılanma haklarının hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

31. 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."

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

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

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

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

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

33. 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).

34. Velayet hakkına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar, adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına sıklıkla konu olmakla birlikte sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dâhil olmak üzere ilgili prosedürlere ilişkin işlem ve eylemlerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında meydana getirdiği sonuçlar dikkate alındığında söz konusu iddiaların aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması uygun görülmektedir (Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 82; M.M.E. ve T.E., B. No: 2013/2910, 5/11/2015, § 137).

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden a. Genel İlkeler

36. Aile hayatına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile hayatına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 26).

37. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin, çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede, her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir (*Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016).

38. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri, aile hayatının vazgeçilmez bir unsuru olup ebeveyn arasında ortak yaşamın kurulamaması veya hukuken ya da fiilen sona ermiş olması aile hayatını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile hayatının, anne ve babanın birlikte yaşamamaları veya ortak yaşama son vermelerinin ardından da devam edeceği açık olup anne, baba ve çocuğun aile hayatlarına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir. Söz konusu yükümlülük, ebeveyn veya diğer aile bireyleri arasındaki velayet ve kişisel ilişki tesisine ilişkin uyuşmazlıklar için de geçerlidir (*Murat Atılgan*, § 25).

39. Anayasanın 41.maddesinde ifade edilen çocuğun yüksek yararı mahkemeler, idari makamlar ve yasama organı tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde gözetilmesi gereken bir ilkedir.

Bu bağlamda çocuklar üzerinde etki doğuracak bir işlem yapılacağı zaman bu işlemin çocuğun yararına uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılması aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir (*Şükran İrge*, B. No: 2016/8660, 7/11/2019, § 33).

40. Öte yandan mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek öncelikle derece mahkemelerinin yetkisi ve sorumluluk alanındadır. Çocuğun üstün yararı başvuru konusu dava açısından en önemli unsur olup olayın tüm tarafları ile doğrudan temas hâlinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetlemekte ve özellikle mahkemelerin kişisel ilişki kurulmasına ve velayete ilişkin mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini incelemektedir (*M.M.E. ve T.E.*, § 135).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

41. Somut olayda tarafların anlaşarak boşandıkları, müşterek çocuğun velayetinin ise başvurucuya bırakıldığı, ancak 27/6/2016 tarihinde velayetin değiştirilmesi talebiyle başvurucunun eski eşi B.D.nin açtığı davanın kabul edilerek çocuğun velayetinin babaya bırakıldığı anlaşılmaktadır. Başvurucu B.D.nin baskıları, tehditleri ve kendisini kemik kırığı oluşacak şekilde yaralaması sonucu, korktuğu için velayetin değiştirilmesini kabul ettiğini iddia ederek 7/11/2016 tarihinde velayetin değiştirilmesi davası açmıştır. Anılan davada başvurucu tanık deliline dayanmış ayrıca şiddet nedeniyle B.D. hakkında İstanbul Anadolu 12. Aile Mahkemesinin 8/6/2016 tarihinde uzaklaştırma kararı verdiğini, B.D.nin velayetin değiştirilmesi amacıyla kendisini baskı altına aldığı, tehdit ettiği ve kasten yaraladığı iddialarına ilişkin yaptığı 29/11/2016 tarihli suç duyurusuna istinaden ceza soruşturması başlatıldığını Mahkemeye bildirmiştir. Ancak Mahkemenin velayet davalarının her zaman açılabileceğini gözetmeden, yargıya yansıdığı anlaşılan ve görülmekte olan davayı etkileyebilecek olan ciddi iddialarla ilgili bir araştırma yapmadan davayı reddettiği görülmüştür.

42. Ayrıca Mahkemeye sunulan müşterek çocuk ve dava tarafları ile bire bir görüşmeler yapılarak hazırlanan uzman raporunda, müşterek çocuğun başvuruçunun yanında bakımına devam etmesinin uygun görüldüğü görüşüne yer verilmiştir. Ancak istinaf merci uzman raporuna neden katılmadığı yönünde bir gerekçe ortaya koymadığı gibi, başvuruçunun maruz kaldığını iddia ettiği şiddet ve baskıya ilişkin yargılama süreçlerini gözeterek tarafların koşulları ve çocuğun yaşayacağı ortam konusunda bir değerlendirme yapmamıştır. Öte yandan babanın velayet değişikliğini sağlamak amacıyla başvuruçuya şiddet uyguladığı, onu baskı altında tuttuğu iddiası karşısında, çocuğun yaşadığı koşullar ve ortamın çocuğun fiziki ve psikolojik gelişimine uygun olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapabilmek için çocuğun mahkeme huzurunda dinlenmesinin ve çocuğun görüşünün alınmasının önem arzettiği hususunun yargı makamları tarafından gözetilmediği anlaşılmıştır.

43. Velayet davalarında asıl amacın tarafların iddiaları ile mevcut deliller değerlendirmek suretiyle çocuğun üstün yararına olanın belirlenmesi olduğu hatırlatılmalıdır. Bu bağlamda yargılama süreci bir bütün halinde değerlendirildiğinde; yukarıda belirtildiği üzere velayetin değiştirilmesini sağlamak amacıyla başvuruçunun baskı altına alındığı ve şiddet gördüğü yönündeki yargıya yansıyan ve velayet davasını etkileyebilecek nitelikteki iddialarla ilgili bir inceleme yapılmadığı, çocuğun içinde bulunduğu koşullar tam olarak ortaya konulmak suretiyle çocuğun sağlığı ve gelişimi açısından üstün yararına olanın tespit edilmediği hususları gözetildiğinde, yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına ilişkin Anayasa'da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözetken özenli bir yargılama yaptıkları söylenemez.

44. Açıklanan gerekçelerle aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülükler yerine getirilmediği anlaşılmakla Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

45. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal

edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

(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.”

46. Başvurucu yeniden yargılama yapılması ve 100.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

47. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019). 48. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

49. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili

mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

50. İncelenen başvuruda yargı makamlarının aile hayatına saygı hakkına ilişkin Anayasa'da belirtilen güvenceleri ve çocuğun üstün yararı ilkesini gözeten özenli bir yargılama yapmamaları nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

51. Bu durumda aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul Anadolu 14. Aile Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

52. Öte yandan somut olayda ihlalin tespit edilmesinin başvuruçunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı açıktır. Dolayısıyla eski hâle getirme kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçuya net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

53. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul Anadolu 14. Aile Mahkemesine (E.2016/902, K.2017/117) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin REDDİNE,

E. 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 2/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Kadir ÖZKAYA	Engin YILDIRIM	Celal Mümtaz AKINCI
Üye	Üye	
Rıdvan GÜLEÇ	Recai AKYEL	



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİCİ BÖLÜM

KARAR

ŞÜKRAN İRGE BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/8660)

Karar Tarihi: 7/11/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 13/12/2019-30977

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Yusuf Şevki HAKYEMEZ Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Ali KOZAN
Başvurucu	: Şükran İRGE
Vekili	: Av. Murat ÖZYOLCU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumunda küçük çocuğu bulunduğundan bahisle infazın ertelenmesi talebinin reddi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

ii. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/5/2016 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, görüş bildirmiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı cevap vermemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, nitelikli hırsızlık suçundan hükümlü olarak Diyarbakır ETipi Ceza İnfaz Kurumunda (Ceza İnfaz Kurumu) 2/1/2014 ve 12/2/2016 tarihlerinde doğan iki çocuğuyla birlikte kalmaktadır.

9. Başvurucu 15/3/2016 tarihli dilekçesiyle 12/2/2016 tarihinde doğan çocuğunun bakımı ve ihtiyaçlarını karşılayabilmek için Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığında infazın ertelenmesini talep etmiştir.

10. Başsavcılık 23/3/2016 tarihinde infaz erteleme talebinin reddine itiraz yolu açık olmak üzere karar vermiştir. Kararda, başvurunun 25/7/2013 tarihinde 0-6 yaş grubunda çocuğu bulunması nedeniyle hakkında denetimli serbestlik uygulanmak suretiyle tahliyesine karar verildiği, farklı ceza yargılamalarından kesinleşen hapis cezaları nedeniyle 12/4/2014 tarihinde tekrar ceza infaz kurumuna gönderildiği, 15/4/2014 tarihinde ise gebe olması nedeniyle infaza ara verilerek tahliye edildiği belirtilmiştir. Ancak başvurunun ara verme kararına uymayarak 15/4/2014 tarihinde teslim olmadığı, çok sayıda ceza kararı nedeniyle hakkında arama kararlarının mevcut olduğu, ayrıca resmî olarak evli olmadığı, doğum raporunu ibraz etmediği, gebeliğini cezaların infazını engellemek amacıyla kullandığı ifade edilmiştir. Başvurucu hakkında 21 yıl 65 ay 7 gün kesinleşmiş hapis cezasının olduğu vurgulanarak başvurunun eylem ve tutumları nedeniyle 13/12/2014 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 16. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen tehlikeli hükümlülerden sayılması gerektiği ve aynı Kanun maddesinin (4) numaralı fıkrası hükümlerinin uygulanamayacağı vurgulanmıştır.

11. Başvurucunun anılan karara itirazına ilişkin olarak Diyarbakır İnfaz Hâkimliği, 30/3/2016 tarihinde karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir. Kararda, 5275 sayılı Kanun'un 17. maddesi uyarınca infazın ertelenmesi talepleriyle ilgili verilecek kararların Cumhuriyet savcısının takdir yetkisinde olduğu, bu kararlara karşı Kanun'da itiraz ya da şikâyet yolu öngörülmediği ve İnfaz Hâkimliğine bu konuda değerlendirme yapma yetkisinin tanınmadığı ifade edilmiştir.

12. Başvurucunun bu karara itirazı Diyarbakır 2. Ağır Ceza Mahkemesince 18/4/2016 tarihinde kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.

13. Nihai karar başvuruya 18/4/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

14. Başvurucu 6/5/2016 tarihinde bireysel başvuru yapmıştır.

15. Başvurucunun tedbir talebinin incelenmesi aşamasında Ceza İnfaz Kurumunun 27/6/2016 tarihli yazısıyla Kurum mevcudunun kapasitesinin çok üzerinde olduğu, koşunun mevcudu ile Kurumun fiziki yapısı bir arada değerlendirildiğinde çocukların gelişimi ve yaşamı için uygun ortamın bulunmadığı bildirilmiştir. Anayasa Mahkemesinin 28/6/2016 tarihli ara kararı ile başvurucunun tedbir talebi kabul edilerek başvurucunun ve çocuklarının maddi ve manevi bütünlüğü bakımından oluşan tehlikenin ortadan kaldırılması konusunda gerekli tedbirlerin alınmasına hükmedilmiştir. Ayrıca Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan incelemede Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulu Başkanlığının 7/7/2016 tarihinde, anılan tedbir kararı gereği başvurucunun durumuna uygun başka bir ceza infaz kurumuna nakline karar verdiği görülmüştür. Bu karar sonrası başvurucunun 19/7/2016 tarihinde Adıyaman E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna, 18/8/2016 tarihinde de hâlen kalmakta olduğu Sincan Kapalı Kadın Ceza İnfaz Kurumuna naklinin yapıldığı anlaşılmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 5275 sayılı Kanun'un "Hapis cezasının infazının hastalık nedeni ile ertelenmesi" kenar başlıklı 16. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş

olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.

(5) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu saliverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkrada öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur..”

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

17. Türkiye tarafından 14/9/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 20/11/1989 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 3. maddesi şöyledir:

“1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

2. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

3. Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların; hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler.”

18. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 6. maddesi şöyledir:

“1. Taraf Devletler, her çocuğun temel yaşama hakkına sahip olduğunu kabul ederler.

2. Taraf Devletler, çocuğun hayatta kalması ve gelişmesi için mümkün olan azami çabayı gösterirler.”

19. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’nin 6. maddesi şöyledir:

“1. Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin

sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.

2. Bu Sözleşmede belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.”

20. 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.”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

21. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), önüne gelen birçok davada aile hayatına saygının kamu makamlarına ebeveynler ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve ayrılığa devletin değil bir ebeveynin yol açtığı durumlarda da bunun geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün bireyler arasındaki ilişkiler alanında dahi aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış, hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

22. Aile hayatına saygı hakkı bakımından devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılması mümkün olmadığından her iki durum yönünden de aynı ilkeler geçerlidir. Buna göre aile hayatına saygının gereklerinin devletin negatif veya pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelenmesinde en önemli nokta, bireyin hukuki menfaati ile kamu menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının belirlenmesidir (*Powell ve Rayner/Birleşik Krallık*, B. No: 9310/81, 21/2/1990, § 41; *Lopez Ostra/İspanya*, B. No: 16798/90, 9/12/1994, § 51; *Evans/Birleşik Krallık [BD]*, B. No: 6339/05, 10/4/2007, § 75; *Hristozov ve diğerleri/Bulgaristan*, B. No: 47039/11, 358/12, 13/11/2012, § 117).

23. AİHM, çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte uyumsuzluğa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte; bu bağlamda ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini, çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No: 60328/09, 3/5/2012, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre [BD]*, B. No: 41615/07, 6/7/2010, § 139).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 7/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

25. Başvurucu; infazın ertelenme talebinin çeşitli tarihlerde işlediği suçlardan dolayı almış olduğu cezalar gerekçesiyle reddedilmesiyle aslında çocuğunun cezalandırıldığını, devletin uygulama ve kararlarında öncelikle çocukların yararını gözetmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak yeni doğan ve boğazından rahatsız olan çocuğunun sağlıklı bir ortamda annesi ile buluşmasını sağlayacak çözümler üretmek yerine anneyi ve çocuğu ceza infaz kurumunda tutma yolunun tercih edilerek çocuğunun sağlıklı bir ortamda büyümesinin engellendiğini vurgulamıştır. Başvurucu bu nedenlerle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

26. Bakanlık görüşünde; ilgili mevzuat ve AİHM içtihatları hatırlatıldıktan sonra somut olayda Başsavcılığın kararının 5275 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen istisna hükmüne dayandığı, başvuru hakkındaki daha önce verilen infaza ara verme kararına uymayarak yaklaşık iki yıl boyunca teslim olmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda başvuru hakkındaki mevzuata göre eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar arasında değerlendirilmesinin makul karşılanması gerektiği vurgulanarak hak ihlalinin bulunmadığı ifade edilmiştir.

B. Değerlendirme

27. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

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

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

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

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

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

29. Ceza infaz kurumunda çocukların anneleriyle kalması, devletin ebeveynler ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde yüklendiği pozitif yükümlülüğünden kaynaklandığı ve özü itibarıyla aile birliğinin devamını sağlamaya yönelik olduğu açıktır. Bu bağlamda somut olaydaki şikâyetlerin çocuğun yüksek yararının da gözetilerek aile birliğinin devamını sağlayacak koşulların oluşturulmasına yönelik olduğu da gözönünde bulundurulduğundan başvuru aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

31. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfî surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 26).

32. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. Anayasa'nın 41. maddesinde, her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir (*Serpil Toros*, B. No: 2013/6382, 9/3/2016).

33. Ayrıca Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de geçtiği şekliyle çocuğun yararı, Anayasa'nın 41. maddesi ifadesiyle çocuğun yüksek yararı mahkemeler, idari makamlar ile yasama organı tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde gözetilmesi gereken bir ilkedir. Bu bağlamda çocuklar üzerinde etki doğuracak bir işlem yapılacağı zaman bu işlemin çocuğun yararına uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapılması aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir.

34. Çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ilişki kurma ve ilişkiyi sürdürme hakkının varlığı esastır. Bu kapsamda çocuğun yüksek yararı ilkesi kapsamında kamusal makamlar bir yandan ebeveyn ile çocuk arasındaki aile bağının devamlılığını

sağlamak, diğer yandan çocuğun zihinsel ve fiziksel gelişimini sürdürebileceği bir ortamda yaşamasını sağlayacak önlemleri almakla yükümlüdürler. Ceza infaz kurumundaki uygulamalarla ilgili idarenin geniş takdir yetkisi olmakla birlikte anılan yükümlülüğün mahpus olan anneleri ile birlikte ceza infaz kurumlarında kalan çocuklar yönünden geçerli olmadığı söylenemez.

35. Öte yandan çocuğun üstün yararının neyi gerektirdiğinin belirlenmesi somut olayların özelliklerine göre değişmekle birlikte ceza infaz kurumlarında geçici olarak barındırılan çocuklara sağlıklı koşulların sağlanması konusunda devletin yükümlülüklerinin bulunduğu her durumda gözetilmelidir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilir. Bununla birlikte esas olarak kadının mahpus olduğu gözetilerek kadının cezası ile ilişkilendirilen kurallar ile kararlarda çocuğun yüksek yararının hesaba katılması ve ceza infaz kurumu uygulamaları ile koşullarından çocuğun en az düzeyde etkilenmesini sağlayacak tedbirlerin alınması gerektiği vurgulanmalıdır.

36. Ayrıca kamu kurumları tarafından mahpus ile ilgili işlem ve kararlardan beklenen kamusal yarar ile çocuğun yüksek yararı arasında bir dengeleme yapılması ve çocuğun menfaatlerinin gözetildiğini gösteren ilgili, yeterli gerekçeler sunulması gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte çocukların gelişim süreci dikkate alındığında kamusal makamlarca alınan tedbirlerin çocuğun yaşına uygun gereksinimleri karşılayacak yeterlikte olması ve ilgili tedbirlerin hızlı bir şekilde uygulanması ceza infaz kurumu koşullarının çocuk ve annesi üzerinde yaratabileceği olumsuz sonuçları önlemek açısından önemlidir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

37. Başvuru konusu olayda uygulanan 5275 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (4) numaralı fıkrasında "*gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ayı geçmemiş kadınların hapis cezalarının infazının erteleneceği*" yönündeki düzenlemenin bir yandan kadını, diğer yandan ise çocuğu korumaya yönelik bir fonksiyonu olduğu ve çocuğun sağlıklı bir ortamda annesiyle buluşmasını sağlamayı amaçladığı açıktır. Ayrıca düzenlemeyle belli koşullarda, mahpus olan annenin ceza infaz kurumunda tutulmasından beklenen kamusal yarara göre çocuğun yüksek yararına üstünlük öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

38. Somut olayda başvuruçunun Ceza İnfaz Kurumunda 12/2/2016

tarihinde doğan bebeği ve 2/1/2014 doğumlu bir çocuğuyla birlikte kaldığı, başvurusunun bebeğin bakımı ile Ceza İnfaz Kurumunun koşullarını gerekçe göstererek infazın ertelenmesini talep ettiği görülmüştür. Başsavcılığın ise mahpusun infaz ettiği ceza miktarı ile daha önceki davranış ve tutumlarını değerlendirerek başvurusunun tehlikeli hükümlülerden sayılması gerektiğini talebin reddine ilişkin kararında vurguladığı görülmüştür. Ancak nitelikli hırsızlık suçundan hapis cezaları olan başvurusunun neden tehlikeli hükümlü sayılması gerektiğine ilişkin yeterli bir gerekçe sunulmadığı gibi başvurusunun talebinin çocuğun bulunduğu koşullar ve gereksinimleri ile birlikte değerlendirilmediği, sadece mahpus annenin durumuyla ilişkilendirilebilecek kuralların hükme esas alındığı anlaşılmaktadır.

39. Ayrıca kamusal makamlar tarafından koğuşun mevcudu ile Kurumun fiziki yapısının çocukların gelişimi ve yaşamı için uygun olmadığı kabul edilmesine rağmen infaz erteleme talebi reddedilen başvurusunun çocuğu ile birlikte çocuğun yaşına ve gereksinimlerine uygun, sağlıklı bir ortamda kalmasının sağlanmadığı görülmüştür. Bunun yanında mahpusun cezası ile ilişkilendirilen kararlarda aile hakkına saygı hakkı bağlamında çocuğun yüksek yararının hesaba katılmadığı, mahpusun Ceza İnfaz Kurumunda tutulması ile çocuğun yüksek menfaatleri arasında bir dengeleme yapılmadığı gibi Ceza İnfaz Kurumunun koşullarından çocuğun en az düzeyde etkilenmesini sağlayacak uygun ortam sağlama ya da koşulları daha uygun bir kuruma nakil gibi tedbirlerin alınmadığı anlaşılmaktadır.

40. Açıklanan gerekçelerle aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmediği anlaşıldığından Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

41. 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, başvurusunun 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.”

42. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında, ihlal sonucuna varıldığında ihlalin ortadan nasıl kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir.

43. Başvurucu, lehine 50.000 TL tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

44. Somut başvuruda ulaşılan ihlal sonucunun Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen hapis cezasının infazının ertelenmesi talebinin reddine ilişkin karardan kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

45. Başvuruda Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

46. Anayasa Mahkemesinin tedbir kararından sonra başvurusunun çocuğun durumuna uygun bir ceza infaz kurumuna naklinin yapıldığı gözetildiğinde aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmadığı anlaşılmıştır. Öte yandan başvurusunun aile hayatına saygı hakkının güvencelerinden yararlandırılmaması nedeniyle başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ödenmesine, tazminata ilişkin diğer taleplerin reddine karar verilmesi gerekir.

47. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin başvurusuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A.Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruçunun 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,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 7/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye

Selahaddin MENTEŞ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİCİ BÖLÜM

KARAR

ÜMİT BALABAN BAŞVURUSU (3)

(Başvuru Numarası: 2016/2821)

Karar Tarihi: 29/5/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 18/7/2019-30835

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Engin GÜNDÜZ
Başvurucu	: Ümit BALABAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kızıyla hafta içi telefon görüşmesi yapamayan hükümlünün görüşme gününün hafta sonuna alınması talebinin reddi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

ii. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/2/2016 tarihinde yapılmıştır.

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

4. Komisyonca başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne ve kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu; vücut dokunulmazlığına, şerefe ve mal varlığına karşı işlediği suçlardan dolayı toplam 95 yıl 96 ay 152 gün hapis cezasıyla cezalandırılmış olup başvuru tarihinde Tekirdağ 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (Ceza İnfaz Kurumu) hükümlü bulunmaktadır.

9. Başvurucu, İzmir 7. Aile Mahkemesinin 14/4/2011 tarihli kararıyla eşinden boşanmış; 2006 yılında doğan müşterek çocukları H.E.B.nin velayeti anneye verilmiştir. Ayrıca çocuğun her ayın 1. ve 3. hafta sonları cumartesi saat 9.00'dan akşam saat 17.00'ye kadar, dinî bayramların 2. günü ile her yıl 1 Temmuz sabahından 31 Temmuz akşamına kadar baba yanında kalmasına karar verilerek başvuru ile çocuğu arasında şahsi ilişki tesis edilmiştir. Karar tarafların temyiz talebinde bulunmaması nedeniyle 2/11/2011 tarihinde kesinleşmiştir.

10. Başvurucu; kızının hafta sonları ailesi tarafından alındığını, gerek eğitim görmesi gerekse annenin yanında olması nedeniyle hafta içinde kızıyla telefonda görüşemediğini, telefonla görüşme hakkını hafta sonu kullanmak istediğini belirten dilekçesini 23/11/2015 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu idaresine sunmuştur.

11. Başvurucunun talebi, Ceza İnfaz Kurumu İdare ve Gözlem Kurulunun (Kurul) 26/11/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Karar gerekçesinde mevzuat hükümlerine atıf yapılarak hafta sonları Ceza İnfaz Kurumunda sadece nöbetçi vardiya personelinin bulunduğu, bu personelin ise sayıca yetersiz olması nedeniyle talebin karşılanmasının ciddi anlamda güvenlik sorunu teşkil edeceği şeklinde değerlendirmeye yer verilmiştir.

12. Başvurucunun ilgili Kurul kararına karşı yaptığı şikâyet başvurusu, kararda usul ve yasaya aykırılık bulunmadığını belirten Tekirdağ 2. İnfaz Hâkimliğinin (İnfaz Hâkimliği) 8/12/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

İnfaz Hâkimliği kararına karşı yapılan itiraz ise kararın usul ve yasaya uygun olduğu gerekçesiyle Tekirdağ 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 28/12/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

13. Başvurucu; İnfaz Hâkimliğine sunduğu dilekçesinde, daha önce tutulmakta olduğu Ankara 2 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumuna aynı taleple yaptığı başvurunun benzer gerekçeyle reddedildiğini, bu işleme karşı şikâyetle bulunması üzerine Ankara Batı İnfaz Hâkimliğinin 16/4/2015 tarihli kararıyla telefon görüşmesinin hafta sonu idarece uygun görülen gün ve saatte yaptırılmasına karar verildiğini dile getirmiştir.

14. Nihai karar 7/1/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 4/2/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "*Hükümlünün telefon ile haberleşme hakkı*" kenar başlıklı 66. maddesinin birinci 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."

17. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (Tüzük) "*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,

..."

B. Uluslararası Hukuk

18. 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."

19. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devletin yükümlülüğü,

sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23).

20. Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (*Abdulaziz, Cabales ve Balkandalı/Birleşik Krallık [GK]*, B. No: 9214/80..., 28/5/1985, § 67).

21. 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; *Ouinan/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, § 41).

22. 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 sağlamalıdırlar ...”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23.23. Mahkemenin 29/5/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

24. Başvurucu; sekiz yıldır Ceza İnfaz Kurumunda bulunduğunu, boşanması sonucu kızının velayetinin eski eşine verildiğini, İzmir’de ikamet eden ailesinin üç veya dört ayda bir ziyaretine gelebildiğini, bu nedenle tek iletişim kaynağının telefon olduğunu ileri sürmüştür. Ceza İnfaz Kurumunda telefonla görüşme zamanının hafta içi 09.00-17.00 saatleri arası olacak şekilde düzenlendiğini belirten başvurucu; gerek kızının eğitim görmesi gerekse velayetin eski eşinde olması nedeniyle kızıyla hafta içi telefonla görüşemediğini, telefonla görüşme hakkını ancak kızının başvurucunun ailesine verildiği hafta sonlarında yani başvurucunun ailesinin yanında iken kullanabileceğini, başvuru tarihi itibarıyla dört aydır kızının sesini duymadığını ifade etmiştir. Başvurucu, telefon görüşmelerinin çoğu ceza infaz kurumunda hafta sonları yapılmasına rağmen tutulduğu Ceza İnfaz Kurumunda sadece hafta içi yapılması nedeniyle aile hayatına saygı hakkı ile haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

25. Bakanlık görüşünde; başvurucunun kızının öğrenim gördüğü okulun tam gün olarak 09.00-15.00 saatleri arasında eğitim verdiği, telefon kayıtlarının incelenmesi neticesinde başvurucunun haftalık telefon görüşünün saat 16.00 sıralarında yaptırıldığı ve çeşitli tarihlerde

kız kardeşi C.B. ve annesi H.B.ye ait telefon numaraları üzerinden kızıyla telefon görüşmesi yaptığının tespit edildiği belirtilmiştir. Başvurucunun kızıyla telefon görüşmesini okuldan dönüş saatine uygun bir saatte yaptığı, hafta sonu telefonla görüşme talebinin reddedilmesinde ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz ve doğal sonuçları ile ceza infaz kurumunun düzeni ve güvenliği meşru amacı temelindeki kamu yararı arasındaki dengenin gözetildiği, alınan kararların Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükleri ihlal eder nitelikte olmadığı ileri sürülmüştür.

26. Başvurucu; Bakanlık görüşüne itiraz ederek kızının epilepsi hastası olduğunu, kızıyla ancak yarı yıl veya yaz tatilleri ile tedavi için ailesinin yanına gittiğinde telefonda görüşebildiğini, bu sürenin yılda en fazla on iki hafta olduğunu, bunun dışındaki zamanlarda kızıyla görüşemediğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca Ceza İnfaz Kurumu uygulamasının keyfîlik içerdiğini, yaşadığı sıkıntıları daha da ağırlaştırdığını belirtmiştir.

B. Değerlendirme

27. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

"Devletin temel amaç ve görevleri, ... Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

28. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

29. Anayasa'nın 41. maddesi şöyledir:

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

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

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına

açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

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

30. 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 aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

32. Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (*Murat Atılğan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny [GK]*, B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

33. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri ebeveynin-mevcut olayda babanın-çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. Anayasa'nın 41. maddesinde de her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel, doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve kapsamı farklılaşabilmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 41).

34. 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).

35. 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 özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge sağlanmalıdır (*Mehmet Zahit Şahin*, § 37).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

36. Başvuruda aksi yönde bir iddia ileri sürülmediğinden başvuruçunun Tüzük'te öngörülen koşullar dâhilinde ve Tüzük'ün verdiği yetkiye istinaden idare tarafından belirlenen gün ve saatlerde telefonla görüşme hakkını kullanabildiği, bu hususta bir kısıtlamayla karşılaşmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte başvuruçunun, idarece hafta içi olarak belirlenen telefonla görüşme hakkını hafta sonları kullanmak istemektedir. Başvuruçunun bu talebini, velayeti annede olan kızının şahsi ilişki tesisine dair mahkeme kararı gereğince hafta sonlarında anneden alınarak başvuruçunun ailesine verildiği ancak bu koşullar altında kızıyla telefon görüşmesi yapabileceği hususlarına dayandırmaktadır.

37. Bakanlık görüşünde belirtildiği üzere başvuruçunun kızı hafta içi 09.00-15.00 saatleri arasında eğitim nedeniyle okulda bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumunda telefon görüşmeleri ise hafta içi 09.00-17.00 saatleri arasında yapılabilmektedir. Buna göre başvuruçunun çocuğuyla görüşebilmesi için okul çıkışından itibaren iki saat süresi bulunmaktadır. Ceza İnfaz Kurumunda uygulanan telefon görüşmelerine yönelik prosedür de gözönüne alındığında başvuruçunun bu koşullar altında çocuğuyla görüşmekte zorluk yaşadığı iddiası makul karşılanmalıdır. Ayrıca başvuruçunun hafta sonlarında kendi ailesinin yanında bulunması nedeniyle kızıyla daha kolay iletişim kurduğu iddiası da önemsiz görülemez. Belirtilen bu hususlar başvuruçunun bakımından özel bir durum oluşturmaktadır.

38. Somut olayda başvuruçunun talebini değerlendiren Kurul kararında; hafta sonları görev yapan nöbetçi vardiya personelinin sayıca az olduğu, bu nedenle Ceza İnfaz Kurumunda güvenlik sorunu yaşanacağı belirtilmiştir. Buna karşılık hafta sonu görevyapan personelin sayısı ve görevlerine dair somut bilgilere kararda yer verilmemiş, yaşanacağı belirtilen güvenlik sorunu hakkında genel ifadeler dışında objektif bir gerekçe ortaya konulamamıştır. Ayrıca gerek Kurul kararında gerekse derece mahkemelerinin kararlarında başvuruçunun yukarıda açıklanan, özellik arz eden durumu tartışılmamış; telefon hakkını hafta içi yerine hafta sonunda kullanması hususunda başvuruçuya bir olanak sunulmasının Ceza İnfaz Kurumunun güvenliğini ne şekilde tehlikeye düşüreceği yeterince izah edilmemiştir. Oysa başvuruçunun daha önce tutulduğu ceza infaz kurumunun benzer kararına karşı yaptığı şikâyet başvurusu sonucunda İnfaz Hâkimliğince olaya özgü koşullar tartışılarak hafta sonunda telefon görüşü yaptırılmasına karar verilmiştir.

39. Neticede idarenin ve yargı mercilerinin başvuruçunun özel olan ve istisna teşkil eden durumunu göz ardı etmesi, başvuruçunun kızıyla kişisel ilişki ve aile bağı kurmasını ciddi ölçüde güçleştirmektedir. Bu itibarla olayda aile hayatına saygı hakkı bakımından devletten beklenen pozitif yükümlülükler çerçevesinde alınması gereken makul tedbirlerin alınmadığı, bu yönde yargısal makamlarca oluşturulan gerekçelerin de yeterli olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

40. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

41. 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, başvuruçunun 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.”

42. Başvurucu 100.000TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

43. 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.

44. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (*Mehmet Doğan*, § 57).

45. Anayasa Mahkemesi *Mehmet Doğan* kararında bireysel başvuru kapsamında bir temel hak ve hürriyetin ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından sözü edilebilmesi için temel kuralın mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanması olduğunu vurgulamıştır (*Mehmet Doğan*, § 55).

46. Anayasa Mahkemesi, başvuruçunun özel olan ve istisna teşkil eden durumuyla ilgili bir değerlendirme yapılmadan talebinin reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

47. Olayda ihlalin Ceza İnfaz Kurumu işleminden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte işleme karşı yapılan yargısal başvurunun reddedilmesi ve dolayısıyla yargılamada ihlalin giderilememesi nedeniyle ihlalin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı görülmektedir. Bu durumda aile hayatına saygı 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 Tekirdağ 2. İnfaz Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

48. Diğer taraftan somut olay bağlamında yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi ihlale yol açan yargılama sürecine muhatap olan başvuruçunun bu sürede uğradığı bütün zararları gidermemektedir. Dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle ve yeniden yargılama suretiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçuya net 5.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Tekirdağ 2. İnfaz Hâkimliğine (8/12/2015 tarihli ve E.2015/1221, K.2015/1295) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuya net 5.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben 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 29/5/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Burhan ÜSTÜN

Üye

Hicabi DURSUN

Üye

Kadir ÖZKAYA

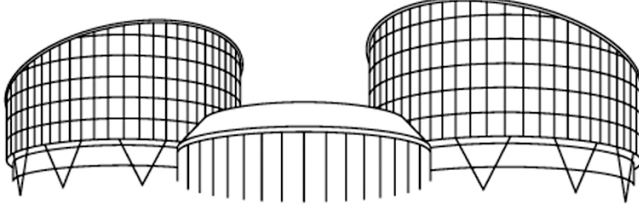
Üye

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Yaşam Hakkı

(Tıbbi Müdahaleler ve Müdahale Eksikleri)

-
- *Nihat Soylu / Türkiye Kararı (AİHM)*
 - *S.A. / Türkiye (AİHM)*
-



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İKİNCİ BÖLÜM**

NİHAT SOYLU / TÜRKİYE KARARI

(Başvuru No. 48532/11)

KARAR

**STRAZBURG
11 Aralık 2018**

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

© **T.C. Adalet Bakanlığı, 2019.** Bu gayri resmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Nihat Soylu / Türkiye davasında,

Başkan,

Robert Spano,

Yargıçlar,

Paul Lemmens,

Ledi Bianku,

Işıl Karakaş,

Julia Laffranque,

Valeriu Gri(ço,

Jon Fridrik Kj0lbro,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 20 Kasım 2018 tarihinde gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde, Türk vatandaşları olan Nihat Soylu'nun ("başvuran") 27 Nisan 2011 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru (No. 48532/11) bulunmaktadır.

2. Başvuran, İstanbul Barosuna bağlı Avukat F. Algan tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, oğlunun ölümünden sorumlu tuttuğu kişiler hakkında yürütülen yargılamaların etkinlikten yoksun olduğunu iddia etmiştir.

4. Başvuru, 7 Şubat 2013 tarihinde Hükümete bildirilmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran 1953 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedir.

A. Başvuranın Oğlunun Ölümüne Yol Açan Olaylar Zinciri

6.Yere sabitleştirilmemiş bir kale direği, 22 Haziran 1999 tarihinde, ilkokul alanı içinde başvuranın oğlunun üzerine düşmüştür. Çocuk, sağlık ocağına götürülmüş ve burada görevli doktor M.T., çocuğa ağrı kesici ilaç vermiş ve çocuğu birkaç saat müşahede altında tuttukten sonra evine göndermiştir.

7. Başvuran, kazadan haberdar edilmemiştir.

8.Başvuran, saat 22.00 sularında, oğlunun hastalandığını tespit ederek, oğlunu Sinop Atatürk Devlet Hastanesine götürmüştür. Bu hastanede görevli doktor Y.A., ilgili üzerinde birkaç muayene gerçekleştirmiş ve bu muayeneler sonucunda, hastanın genel durumunun iyi olduğu kanısına varmıştır. Bununla birlikte, Doktor Y.A., genel cerrahi konsültasyonu talep etmeye karar vermiştir. Doktor Y.A., bu durumu nöbetçi uzman doktor K.C.ye bildirmiş ve K.C., bu doktordan nöbetçi cerrah S.Y.yi aramasını istemiştir. Y.A., söz konusu cerrahla telefon ile iletişim kurmuş ve cerrahdan başvuranın oğlunu muayene etmesi için hastaneye gelmesini istemiştir. S.Y., gelmesinin gerekli olmadığı ve muayenelerin tekrarlanmasının ve hastanın ertesi güne kadar müşahede altında tutulmasının uygun olacağı yönünde cevap vermiştir.

9. Y.A., 23 Haziran 1999 tarihinde, saat 08.00'de S.Y.yi yeniden aramış ve hastaneye gelmesini istemiştir.

10. S.Y., saat 08.30'da hastaneye gelmiş ve hastayı muayene etmiştir. S.Y., iç organlarda perforasyon teşhisi koymuş ve hastayı ameliyat etmeye karar vermiştir.

11. Doktorlara göre, başvuran Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) bağlı olduğunu ve hastaneye yatırılma masraflarının ödenmesine ilişkin sorunları önlemek için bu kurumun sigorta sistemi kapsamına giren bir kuruluştta oğlunun ameliyat edilmesinin daha iyi olacağını belirtmiştir. S.Y., hastayı Sinop SSK Hastanesine yeniden yönlendirmeye karar vermiştir.

12.Başvuranın oğlu saat 09.30'da bu kurumun acil servisine kabul edilmiş ve burada bir cerrah tarafından muayene edilmiş ve cerrah hastanın acilen ambulansla ve bir hemşirenin refakatinde Samsun SSK Hastanesine nakledilmesine karar vermiştir.

13.Hasta, bu üçüncü kurumda muayene edilmesinin ardından, Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesi Hastanesine nakledilmiş ve burada acil olarak saat 16.00'da ameliyat edilmiştir.

14. Hasta ertesi gün hayatını kaybetmiştir.

B. Başvuran Tarafından Açılan Davalar

1. Ceza Davası

15. Başvuran, 30 Haziran 1999 tarihinde, kasıtsız adam öldürme nedeniyle, sağlık ocağının doktoru, Sinop Atatürk Devlet Hastanesi doktorları ve Sinop SSK Hastanesi doktoru hakkında Sinop Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuştur.

16. İç soruşturmanın ardından, yetkili idareler, sorumluluğun yüklenilebileceği kendi memurları hakkında ceza soruşturmasının başlatılmasına izin vermişlerdir.

17. Ceza soruşturmasına izin verilmesi yönündeki bu kararlar, aralarında Danıştayın da bulunduğu idare mahkemeleri önünde itiraza konu edilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu itirazlar reddedilmiştir.

18. Sonuç olarak, ilgililer Sinop Asliye Ceza Mahkemesinde suçlanmışlardır.

19. Sinop Asliye Ceza Mahkemesi, 24 Aralık 2002 tarihinde, Yüksek Sağlık Kurulundan bilirkişi incelemesinin yapılmasını talep etmiştir.

20. Yüksek Sağlık Kurulu, 16 Ocak 2004 tarihinde raporunu sunmuştur. Aralarında on üniversite profesörünün de bulunduğu, kendisine danışılan on altı bilirkişi şunları tespit etmiştir:

-Sağlık Ocağında görevli doktor M.T.nin hastanın muayenesinde ihmalkâr davranması ve genel cerrahi konsültasyonu talep etmemesi nedeniyle, bu doktora 1/8 oranında sorumluluk yüklenmiştir;

-Atatürk Hastanesinde görevli nöbetçi cerrah S.Y.ye 8/8 oranında sorumluluk yüklenmiştir;

-Hastayı bizzat görmeyen ve durumun telefonla yönetilmesini isteyen Atatürk Hastanesinde görevli nöbetçi uzman doktor K.C.ye 2/8 oranında sorumluluk yüklenmiştir;

-Hastanın Samsun SSK Hastanesine nakledilmesine karar veren

Sinop SSK Hastanesinde görevli cerraha 8/8 oranında sorumluluk yüklenmiştir.

21.Sinop Asliye Ceza Mahkemesi, 1 Mart 2007 tarihinde, kamu davasının zaman aşımına uğradığı gerekçesiyle davanın kayıttan düşürülmesine karar vermiştir.

2. Hukuk Davası

22.Başvuran ve eşi, 9 Mart 2000 tarihinde, Sağlık Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, oğullarının okuduğu ilkokulun müdürü ve spor dersi öğretmeni, sağlık ocağının doktoru, Sinop Atatürk Devlet Hastanesinin doktoru ve Sinop SSK Hastanesinin doktoru hakkında Sinop Asliye Hukuk Mahkemesinde ("Asliye Hukuk Mahkemesi") tazminat davası açmıştır. Başvuran ve eşi, çocuklarının ölüm tarihinden itibaren gecikme faizleriyle birlikte, manevi tazminat olarak 4.000.000.000 Türk Lirası (TRL) ve maddi tazminat olarak 500.000.000 TRL (her biri 250.000.000 TRL) talep etmiştir. İlgililer öte yandan, hastaneye yatırılma, nakil ve gömülme masraflarının geri ödenmesine yönelik olarak 500.000.000 TRL talep etmişlerdir.

23.Davalı idare, uyuşmazlığın idare mahkemelerinin yetkisi kapsamına girdiğini ileri sürmüştür. Asliye Hukuk Mahkemesi, başvuran ve eşi tarafından açılan dava hakkında karar vermek için ceza yargılamasının sonucunun beklenmesine karar vermiştir.

24.Başvuranın avukatı, 22 Haziran 2004 tarihinde, ıslah talebinde bulunmuştur. Söz konusu avukat, gecikme faiziyle birlikte, 15.250.000.000 TRL talep etmiştir.

25.Adli Tıp Kurumu, 11 Haziran 2008 tarihinde, Asliye Hukuk Mahkemesinin talebi üzerine bir bilirkişi raporu sunmuştur.

26.Bu raporu düzenleyen bilirkişiler, sağlık ocağının doktoru M.T. nin hastayı hastaneye göndermekten ziyade müşahede altında tutmaya karar vererek, ihmalkâr davrandığı kanısına varmışlardır. Bilirkişiler, Sinop Atatürk Hastanesinde görevli cerrah S.Y.nin acil bir durumda bulunan hastayı ameliyat etmek yerine, bir başka hastaneye nakletmeye karar vererek hata yaptığı kanaatine varmışlardır. Bilirkişiler diğer yandan, Sinop Asliye Ceza Mahkemesinden, Samsun SSK Hastanesinde görevli cerrahın sorumluluğunun incelenmesi için gereken unsurları talep ettiklerini, ancak bu unsurları elde edemediklerini belirtmişlerdir.

27. Bilirkişi raporunda, 22 Mayıs 2009 tarihinde, başvuranın uğradığı maddi zararın 15.821 Türk Lirası (TRY) olduğu ve 2 Ağustos 2003 tarihinde hayatını kaybeden başvuranın eşinin herhangi bir zarara maruz kalmadığı tespit edilmiştir.

28. İkinci bilirkişi raporunda, 1 Haziran 2010 tarihinde, başvuranın uğradığı zarar 15.250 TRY olarak hesaplanmış ve başvuranın hayatını kaybeden eşine herhangi bir tazminatın ödenemeyeceği belirtilmiştir.

29. Asliye Hukuk Mahkemesi, 28 Eylül 2010 tarihinde yetkili olduğunu belirtmiş ve oğullarının ölüm tarihinden itibaren hesaplanan gecikme faizleriyle birlikte, başvurana ve eşine 2.000 TRY manevi tazminat ve 15.250 TRY maddi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

30. Yargıtay, 2 Temmuz 2012 tarihinde, uyuşmazlığın idare mahkemelerinin yetkisi kapsamına girdiği gerekçesiyle, bu kararı bozmuştur. Yargıtay, 24 Aralık 2012 tarihinde, başvuran tarafından sunulan karar düzeltme talebini reddetmiştir.

31. Asliye Hukuk Mahkemesi, 8 Mart 2013 tarihinde, Yargıtay kararına uymaya karar vermiş ve başvuranın davasını reddetmiştir.

32. Yargıtay, 5 Haziran 2013 tarihinde, başvuran tarafından yapılan temyiz başvurusunu reddetmiştir.

3. Disiplin Soruşturmaları

33. İç soruşturmanın sonunda, 20 Şubat 2000 tarihinde, İl Milli Eğitim Müdür Yardımcısı, başvuranın oğlunun üzerine düşen kale direğinin sabitleştirilmesi için gereken tedbirleri almadığı gerekçesiyle, İlkokul Müdürü S.Y.A. hakkında uyarı cezası vermiştir.

34. İl Milli Eğitim Müdür Yardımcısı, 22 Şubat 2000 tarihinde, İlkokulun Beden Eğitimi Öğretmeni R.K. hakkında da yaptırım uygulamıştır.

35. İl Müdürü, 7 Mart 2000 tarihinde, S.Y.A. hakkında verdiği disiplin cezasını kaldırmaya karar vermiştir.

36. Sağlık Bakanlığı bünyesinde yapılan iç soruşturmanın sonunda, 11 Ocak 2001 tarihinde, Sağlık Bakanlığı İl Müdürlüğü, Atatürk Hastanesinde görevli nöbetçi uzman doktor K.C. hakkında, başvuranın oğlunu bizzat muayene etmediği ve nöbetçi cerrahla da bizzat iletişim kurmadığı gerekçesiyle kınama cezası vermiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

37. Olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi aşağıdaki gibidir:

Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk Arasında Münasebet

Ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını tâyin hususunda dahi hukuk hâkimi takyit etmez.

38. Türk mahkemeleri tarafından bu metin hakkında yapılan yorumlama özellikle, 9 Nisan 2014 tarihli Yargıtay Hukuk Daireleri Kurulunun kararında (E. 2013/4-1008 K. 2014/490) özetlenmektedir. Bu kararın somut olayla ilgili bölümleri aşağıdaki şekildedir:

Bu açık hüküm (Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi) dikkate alındığında, ne ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararının ne de kusuru ve kusurun derecesinin değerlendirilmesini, zararın miktarını, failin ceza ehliyetini ve kusurun sorumluluğunu düzenleyen ilkelerin hukuk hâkimini bağlamadığı konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Bununla birlikte, öncelikle, Yargıtayın yerleşik içtihadı ve doktrin uyarınca, ceza hâkimi tarafından tespit edilen maddi gerçeklerin ve özellikle, "failin kanuna aykırılığı" hususunun hukuk hâkimi için tamamen bağlayıcı olduğunu belirtmek gerekmektedir.

Başka bir deyişle, maddi gerçekleri ve ihtilaf konusu bir davranışın varlığını tespit eden ceza yargılaması, taraflar bakımından kesin bir delil teşkil etmektedir (Yargıtay, Hukuk Daireleri Kurulu, 10.1.975, 1971/406 E., 1975/1 K. ; Yargıtay, Hukuk Daireleri Kurulu, 23.1.1985, 1983/10-372 E., 1985/21 K. ; Yargıtay, Hukuk Daireleri Kurulu, 27.4.2011, 2011/17-50 E., 2011/231 K.).

Yargıtayın içtihadı ve doktrin tarafından genel olarak kabul edilen husus uyarınca, ceza mahkemelerinin kararlarına ilişkin olgusal tespitler hukuk hâkimini bağlamaktadır. Maddi bir gerçeğin varlığı ya da yokluğu, kesinleşmiş bir ceza mahkemesi kararına konu edildiğinde, bu husus bundan böyle bir hukuk mahkemesi önünde tartışılmaz (Yargıtay, Hukuk Daireleri Kurulu, 11.10.1989, 1989/11-373 E., 472 K. ; Yargıtay, Hukuk Daireleri Kurulu, 27.4.2011, 2011/17-50 E., 2011/231 K.).

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

I. Davanın Konusu Hakkında

39. Başvuran, iç hukuk yollannın etkin olmamasından şikâyet etmektedir. Başvuran, ulusal mahkemelerin oğlunun ölümünün bir dizi ihmalden kaynaklandığını kabul etmemelerinden şikâyetçi olmaktadır: Her şeyden önce, makamlar başvurunu kazadan haberdar etmemişler ve oğlunun derslerin sonunda normal olarak evine dönmesine izin vermişlerdir; ertesi gün, acil olarak yapılması gereken ameliyat gerçekleştirilmemiş ve başvuranın oğlu bir hastaneden bir diğerine nakledilmiştir; tedaviye gecikmeli olarak başlanmış ve dolayısıyla, tedavi doğru bir şekilde uygulanmamıştır.

40. Bu açılardan, başvuran, kazadan ve oğlunun tedavisinden sorumlu olanlar hakkında açılan ceza davasının herhangi bir sonuca varmamasından, zira bu ceza davasının makul bir süre içinde tamamlanmamasından ve kamu davasının zaman aşımına uğramasıyla sonuçlanmasından şikâyetçi olmaktadır.

41. Başvuran aynı zamanda, oğlunun ölümünden sorumlu olanlar hakkında yürütülen tazminat davasının kendi kanaatine göre çok uzun sürmesinden şikâyet etmektedir. Başvuran, Asliye Hukuk Mahkemesini, duruşmaları sürekli olarak ertelemekle suçlamaktadır. Başvurana göre, Asliye Hukuk Mahkemesi, son olarak kendisine tazminatlar ödenmesine karar verse bile, bu tazminatların değeri zaman geçtikçe düşmüş ve böylelikle, ödenen meblağlar maruz kalınan zararı giderme kapasitesini kaybetmiştir.

42. Başvuran, açıkça Sözleşme'nin özel bir hükmünü ileri sürmektedir.

43. Hükümet, hukuk ve ceza davalarının süresine ilişkin başvuranın şikâyetlerinin Sözleşme'nin 2. maddesinin değil, yalnızca 6. maddesinin kapsamına girdiği kanısına varmaktadır. Hükümete göre, başvuru formunda kullanılan ifadelerin hiçbiri Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında bir şikâyet olarak yorumlanamaz.

44. Başvuran, şikâyetlerinin Sözleşme'nin 2, 6. ve hatta 13. maddeleri kapsamına girdiğini ifade etmektedir.

45. Mahkeme, bir şikâyetin iki unsur içerdiğini hatırlatmaktadır: Olgusal iddialar ve hukuki argümanlar. Mahkeme, *jura novit curia* (hâkim hukuku kendiliğinden uygular) ilkesi uyarınca, Sözleşme ve Protokolleri gereğince başvuranlar tarafından ileri sürülen hukuki gerekçelerle sınırlı olmadığını ve bir şikâyeti, başvuranlar tarafından ileri sürülenler dışındaki Sözleşme maddeleri ya da hükümleri kapsamında inceleyerek, bu şikâyete konu edilen olaylara ilişkin yapılacak hukuki nitelendirme hususunda karar verebilmektedir (*Radomilja ve diğerleri/Hırvatistan* [BD], No. 37685/10 ve 22768/12, § 126, 20 Mart 2018).

46. Somut olayda, Mahkeme, başvuranın esasen, oğlunun ölümüne ilişkin sorumlulukların tespit edilmesini ve uygun bir tazminatın elde edilmesini sağlamaya çalıştığı hukuk yollarının etkin olmamasından şikâyet etmektedir. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönü kapsamına girdiği kanısına varmaktadır. Dolayısıyla, Mahkeme, incelemesini bu hükmün ihlali iddiasıyla sınırlandıracaktır.

47. Sözleşme'nin 2. maddesinin somut olaya ilişkin kısmı aşağıdaki gibidir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur.”

B. Kabul Edilebilirlik Hakkında

1. Tarafların İddiaları

48. Hükümet, kabul edilemezliğe ilişkin birçok itiraz ileri sürmektedir.

49. Her şeyden önce, Hükümet, kasıtlı olmayan ölüm durumunda, hukuki başvuru yoluna öncelik verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla, Hükümete göre, ceza davasının süresine ilişkin sorun incelenmemelidir. Öte yandan, Hükümet, bu şikâyetin her halükârda kabul edilemez olduğu, zira başvuranın söz konusu yargılamayı sonlandıran mahkeme kararının verildiği 2 Nisan 2007 tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde Mahkemeye başvurmadığı kanısına varmaktadır.

50. Son olarak, Hükümet, iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmektedir. Hükümet, başvuranın, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunması gerektiğini ifade etmektedir. Hükümet, yukarıda belirtilen hukuk yolunu oluşturan kanunun 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girdiğini ve bu tarihte, hukuk davasının halen derdest olduğunu belirtmektedir.

51. Hükümetin birinci itirazına cevap olarak, başvuran, hukuk yollarının etkinliğinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve her hukuk yolunun ayrı şekilde incelenmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.

52. İkinci itiraza ilişkin olarak, başvuran, Hükümet tarafından belirtilen hukuk yolunun başvurusunu yaptığı tarihte mevcut olmadığına itiraz etmektedir. Ayrıca başvuran, ileri sürdüğü olayların, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun oluşturulduğu 23 Eylül 2012 tarihinden önce gerçekleştiğini ileri sürmektedir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

a) Altı Aylık Süre Kuralına Riayet Edilmesi Hakkında

53. Mahkeme, başvuranın Sözleşme bağlamındaki şikâyetine ilişkin etkin bir tazminat elde etmek amacıyla Türk hukuk sisteminin kendisine sunduğu başlıca hukuk yollarını kullandığını gözlemlemektedir. Başvuran özellikle, - davaya ilişkin koşullarda ilk bakışta (*prima facie*) en uygun dava olan - tazminat davasını açtığı anda, bu türden bir davanın adli mahkemeler önünde başladığı tarihten itibaren başarısızlığa uğrayacağını açık olduğunu kanıtlayamamıştır ve böylelikle, altı aylık sürenin hesaplanması için bunun dikkate alınmaması gerekmektedir (bk., örnek olarak, *Rezgui/Fransa* (k.k.), No. 49859/99, AİHM 2000-XI, ve *Moussaieva ve diğerleri/Rusya* (k.k.), No. 74239/01, 1 Haziran 2006, ve). Gerçekte, uzun bir davanın sonunda, Asliye Hukuk Mahkemesi, başlangıçta, başvuranın lehine bir karar vermiş (yukarıda 29. paragraf), ancak Yargıtay, ikinci olarak, dava hakkında karar vermeye yetkili mahkemenin İdare Mahkemesi olduğu kanaatine varmıştır (yukarıda 30. paragraf).

54. Bu nedenle, davaya ilişkin koşullarda, yargılamaların tamamını dikkate almak ve yargılamaların Sözleşme'nin 2. maddesiyle ortaya konulan usuli yükümlülükleri yerine getirip getirmediğini incelemek gerekmektedir (*Lopes de Sousa Fernandes/Portekiz* [BD], No. 56080/13, §§ 127-139, 19 Aralık 2017).

55. Sonuç olarak, Mahkeme, Hükümet tarafından ileri sürülen altı aylık süre kuralına riayet edilmediği yönündeki itirazı reddetmektedir.

b) İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

56. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi koşuluna riayet edil-

mesinin genel kural olarak, başvurunun Mahkemeye yapıldığı tarihte değerlendirildiğini hatırlatmakta (*Valada Matos das Neves/Portekiz*, No. 73798/13, § 102, 29 Ekim 2015) ve somut olayda, başvurunun Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun oluşturulduğu 23 Eylül 2012 tarihinden önce, 27 Nisan 2011 tarihinde sunulduğunu kaydetmektedir.

57. Mahkeme, bu durumda, bir diğer yaklaşımı kabul etmesini haklı gösteren herhangi bir durum fark etmemektedir.

58. Ayrıca Mahkeme, somut olayda olduğu gibi, yargılamanın yukarıda belirtilen hukuk yolunun oluşturulduğu tarihte ulusal mahkemeler önünde halen derdest olduğu bir davada bu türden bir itirazı daha önce reddettiğini hatırlatmaktadır (*Öztünç/Türkiye*, No. 14777/08, §§ 50-61, 9 Şubat 2016).

59. Dolayısıyla Mahkeme, Hükümetin bu itirazını da reddetmektedir.

60. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve öte yandan, başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesinin bulunmadığını tespit ederek, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

C. Esas Hakkında

1. Tarafların İddiaları

61. Başvuran özellikle, oğlunun ölümüne ışık tutmak ve sorumlu tuttuğu kişileri hesap vermeye zorlamak için açtığı davaların, kendi ifadesine göre çok uzun sürmesi nedeniyle etkin olmamasından şikâyet etmektedir.

62. Hükümet, Mahkemenin konuya ilişkin içtihadının farkında olduğunu belirtmekte ve aşağıdaki argümanları sunmaktadır:

- Ceza davası kapsamında suçlanan kişilerin sayısı önemlidir ve sahip oldukları hukuk yollarını kullanan ilgililer, İdare Mahkemesini ve Danıştayı soruşturma izni hakkında karar vermeye zorlamışlardır ve bu durum, ceza davasının uzamasına yol açmıştır;

- Şüphelilerin doktor olması nedeniyle, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan mevzuat, Yüksek Sağlık Kuruluna başvurul-

masını ve bu kurum tarafından bir raporun hazırlanmasını gerektirmiş ve bu rapora karşı yapılan itirazlar başka raporların düzenlenmesini gerektirmiştir.

- İki disiplin soruşturması açılmış ve birçok kişi hakkında yaptırımlar uygulanmıştır.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

63. Mahkeme, sağlık alanında Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan usuli yükümlülük konusundaki genel ilkeler için, *Lopes de Sousa Fernandes* (yukarıda anılan karar, §§ 214-221) kararına atıfta bulunmaktadır.

64. Somut olayda, Mahkeme, başvuranın iç hukukta öngörülen birçok hukuk yolunu kullandığını kaydetmektedir. Dolayısıyla, davaya ilişkin somut koşullarda, Sözleşme'nin 2. maddesi tarafından güvence altına alınan yaşam hakkının taşıdığı temel önem ve Mahkemenin bu hükümden doğan usuli yükümlülüğe atfettiği özel önem göz önünde bulundurularak, Türk hukuk düzeninin bir bütün olarak, söz konusu davanın gerektiği gibi incelenmesine imkân verip vermediğini tespit etmek gerekmektedir (*Kudra/Hırvatistan*, No. 13904/07, § 107, 18 Aralık 2012).

65. Ceza yargılamasına ilişkin olarak, Mahkeme, bu yargılamanın başvuranın oğlunun ölümüne ilişkin sorumlulukların tespit edilmesine imkân vermediği, zira yargılamanın kamu davasının zaman aşımına uğramasıyla sonuçlandığını belirtmektedir. Dolayısıyla, bu yargılamanın etkin olarak yürütüldüğü kabul edilemez.

66. Hukuk davasına ilişkin olarak, Mahkeme, başvuranın oğlunun ölümünün 23 Haziran 1999 tarihinde meydana geldiğini ve tazminat davasının 9 Mart 2000 tarihinde hukuk mahkemelerinde açıldığını ve bu davanın, uyuşmazlığın on üç yıldan fazla bir süre sonra, 5 Haziran 2013 tarihinde adli mahkemelerin yetkisi kapsamına girmediği kanısına varan bir kararla sonuçlandığını tespit etmektedir. Mahkeme, ihmalkârlık suçlamalarına ışık tutmak amacıyla açılan bir davanın, iç hukukta uzun bir süre boyunca devam etmesinin Sözleşme'nin 2. maddesinin gerekleriyle pek bağdaşır olmadığı kanısına varmaktadır. Mahkeme, bu türden yavaşlıkların, yalnızca davacı taraf için değil, aynı zamanda ilgili sağlık çalışanları için de dayanılması güç bir belirsizliği uzatabilecek nitelikte olduğu kanaatine varmaktadır. Mahkemeye göre, yargı siste-

mini, mahkemelerine Sözleşme'nin gereklerini, bilhassa 2. maddeden doğan yükümlülüklerde yer alan gereklilikleri karşılama imkânı verecek şekilde düzenleme görevi Devlete aittir.

67. Mahkeme, disiplin soruşturmalarına ilişkin olarak, bilirkişi raporlarının ve Asliye Hukuk Mahkemesinin daha fazla kişinin sorumlu olduğunu kabul etmesine rağmen, son olarak, yalnızca iki kişi, Atatürk Hastanesinde görevli nöbetçi uzman doktor K.C. ve ilkokulun beden eğitimi öğretmeni R.K. hakkında yaptırımların (sırasıyla uyarı ve kınama cezaları) uygulandığını saptamaktadır (yukarıda 20 ve 26. paragraflar).

68. Ayrıca Mahkeme, başvuranın bu soruşturmaya katılmadığını anlaşıldığını, uygulanan yaptırımların hafif kaldığını ve bu yaptırımlarda, atfedilen olayların hayata zarar verme boyutunun dikkate alınmadığını saptamaktadır.

69. Dolayısıyla Mahkeme, bu disiplin soruşturmalarının bir yandan, sorumlulukların tamamının tespit edilmesine imkân vermemesi ve diğer yandan, bu soruşturmaların yol açtığı yaptırımların uygun bir telafi teşkil etmek için tek başına yeterli olmaması sebebiyle, Sözleşme'nin 2. maddesi anlamında etkin olarak değerlendirilemeyeceği kanısına varmaktadır.

70. Son olarak, Mahkeme, hukuk davasının sonunda, başvuranın aynı zamanda adli mahkemelerin görevsizlik kararı uyarınca, idare mahkemeleri önünde tazminat davası açma imkânına sahip olduğunu, ancak bu davayı açmadığını tespit etmektedir. Bununla birlikte, hukuk mahkemelerinin makul bir süre içinde yetkili olmadıkları sonucuna varmadıklarını belirtmek gerekmektedir. Gerçekte, hukuk mahkemeleri, davanın açılmasından on üç yıldan fazla bir süre sonra bu sonuca ulaşmışlardır. Asliye Hukuk Mahkemesi öncelikle, idare tarafından ileri sürülen itiraza rağmen yetkili olduğu kanısına varmış ve ceza davasının sonucunun beklenmesine karar verdikten sonra, on yıllık bir yargılamanın sonunda ilk derece mahkemesi olarak başvuranın lehine bir karar vermiştir. Bu unsurlar dikkate alındığında, başvuranın idare mahkemeleri önünde bir dava açarak yargılamayı sürdürmemekle suçlanması mantıksızdır.

71. Mahkeme ayrıca, başvuranın, tıbbi ihmalin oğlunun ölümüne sebebiyet verdiği iddiasında bulunduğu savunulabilir bir şikâyet karşısında, ulusal sistemin, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Sözleşme'nin 2. maddesi bağlamında Devlete düşen yükümlülüğe uygun ola-

rak yeterince hızlı ve uygun bir cevap getirmediği değerlendirilmesinde bulunmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 2. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

72. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Eğer Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder. ”

73. Başvuran, maddi tazminat olarak 73.160 Türk Lirası talep etmektedir. Başvuran, bu meblağın 23 Haziran 1999 tarihinden itibaren yasal faizlerle birlikte, 28 Eylül 2010 tarihli kararında Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından kendisine ödenmesine karar verilen 15.250 TRY tutarındaki miktara tekabül ettiğini belirtmektedir. Başvuran ayrıca, oğlunun hastaneye yatırılma ve gömülme masrafları için 5.000 TRY talep etmektedir.

74. Başvuran, manevi tazminat olarak 43.750 avro talep etmektedir.

75. Masraf ve giderlere ilişkin olarak, başvuran, avukat masrafları için 13.320 TRY (ulusal mahkemeler önünde temsil için 3.320 TRY ve Mahkeme önünde temsil için 10.000 TRY) ve diğer yargılama masrafları için 2.000 TRY talep etmektedir. Başvuran bu bağlamda, Mahkeme önünde kendisini temsil eden avukatla yapılan ve 10.000 TRY tutarının ödenmesini öngören sözleşmeyi ibraz etmektedir. Başvuran ayrıca, Asliye Hukuk Mahkemesi önünde görülen davanın sonunda, karşı tarafın avukatlarına 2.000 TRY ödemeye mahkûm edildiğini belirtmektedir.

76. Hükümet, bu taleplerin tamamına itiraz etmektedir. Hükümet, 16 Ağustos 2013 tarihinde, başvuranın yargılamanın çok uzun sürmesi nedeniyle Tazminat Komisyonunda dava açtığını ve 10.320 TRY talep ettiğini belirtmektedir. Hükümet, bu davanın söz konusu makam önünde derdest olduğunu eklemektedir.

77. Mahkeme daha önce, mağdurun, Sözleşme organları önünde haklarının ihlal edildiğine dair şikâyetle bulunmadan önce iç hukuk

yollarını tüketerek bir netice alamamasının ardından, Mahkemeden adil tazmin elde edebilmek için ikinci defa bu hukuk yollarını tüketmesi gerektiğinde, Sözleşme tarafından oluşturulan prosedürün toplam uzunluğunun, insan haklarının etkin şekilde korunması fikriyle pek bağdaşmadığının ortaya çıkabileceği kanısına varmıştır. Bu türden bir gereklilik, Sözleşme'nin amacı ve konusuyla bağdaşmayan bir duruma neden olabilecektir (*Oğur/Türkiye*, [BD], No. 21594/93, § 98, AİHM 1999-III).

Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesine riayet edilmesi hususunda vardığı sonuçları ve ihtilaf konusu olayların on dokuz yıldan fazla bir süre önce meydana gelmesi durumunu göz önünde bulundurarak, başvuran tarafından sunulan adli tazmin talebi hakkında karar vermesi gerektiği kanısına varmaktadır.

78. Mahkeme, tespit edilen ihlal ile iddia edilen maddi zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığı kanaatine varmaktadır. Mahkeme sonuç olarak, talebin bu kısmını reddetmektedir.

79. Mahkeme buna karşın, başvuranın belirli bir manevi zarara maruz kaldığı kanısına varmakta ve kendisine 10.000 avro ödenmesine karar vermektedir.

80. Masraf ve giderlerle ilgili olarak, Mahkemenin içtihadına göre, bir başvurana yalnızca, masraf ve giderlerin doğruluğunu, gerekliliğini ve ödenen miktarların makul olduğunu ispatlaması kaydıyla, bu masraflar iade edilebilmektedir. Mahkeme, somut olayda elinde bulunan belgeleri ve içtihadını dikkate alarak, bütün masraflar bağlamında 3.000 avro ödenmesinin makul olduğunu değerlendirmekte ve bu meblağın başvurana ödenmesine karar vermektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine;
3. a) Davalı Devlet tarafından başvurana, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki geçerli döviz kuru üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere, aşağıdaki meblağları ödemekle yükümlü olduğuna;

i) Ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 10.000 avro (on bin avro),

ii) Başvuran tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, masraf ve giderler için 3.000 avro (üç bin avro);

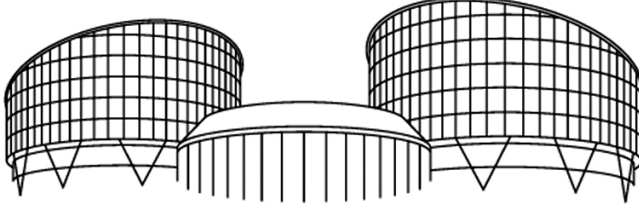
b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu miktarlara Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

4. Adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine

karar vermiştir.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş, ardından Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca 11 Aralık 2018 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Robert Spano
Yazı İşleri Müdürü
Başkan



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KABUL EDİLEBİLİRLİK HAKKINDA KARAR

Başvuru no. 62299/09

S.A. / Türkiye

16 Ocak 2018 tarihinde,

Başkan

Robert Spano,

Yargıçlar Ledi Bianku,

Işıl Karakaş,

Nebojsa Vucinic,

Valeriu Gri(co,

Jon Fridrik Kjølbros,

Stephanie Mourou-Vikström,

ve Bölüm yazı İşleri Müdürü Stanley Naismith'in katılımıyla oluşturulan Avrupa insan hakları Mahkemesi ("ikinci Bölüm") Daire olarak toplanarak,

© **T.C. Adalet Bakanlığı, 2018.** Bu gayri resmi çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

12 Kasım 2009 tarihinde yapılan başvuruya ve başvuran tarafından cevaben sunulan görüşlere ilişkin gerçekleştirilen müzakerelerin ardından, aşağıdaki kararı vermiştir:

OLAY

1. Başvuran S.A., Türk vatandaşı olup 1963 doğumludur ve Eskişehir'de ikâmet etmektedir. Başvuran S.A., Mahkeme önünde, Eskişehir Barosu'na bağlı olan Avukat N. Günaydın tarafından temsil edilmiştir.

2. Türk Hükümeti ("Hükümet") kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Davanın kendine özgü koşulları, taraflarca ifade edildiği şekilde aşağıdaki gibi özetlenebilir.

4. 11 yaşında olan başvuranın oğlu S.A., 12 Eylül 2003 tarihinde, babasının talebi üzerine Eskişehir Devlet Hastanesi'nde ("Hastane") sünnet olmuştur.

5. Bu cerrahi müdahalenin basit olduğu değerlendirilmesi nedeniyle, Hastane çocuğun adına sağlık dosyası düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, bu müdahale hastanenin kayıtlarında yer almıştır.

6. Başvuran, müdahale sırasında atılan kesiğin gerektiğinden daha önemli olduğunu ve iyileşmenin, kalan prepüsün iç kısmının glans ile yapışmasıyla meydana geldiğini iddia etmektedir. Başvuran, müdahaleyi yapan doktor hakkında şikâyetçi olmuştur. Ayrıca ceza soruşturması başlatılmıştır.

7. Osmangazi Üniversitesi Hastanesi Üroloji Bölümü ("Üniversite Hastanesi"), 25 Eylül 2003 tarihli raporda, özellikle aşağıda yer alan tıbbi bir görüş sunmuştur:

"Prepüs şişmiş, ödematöz ve penisin üzerinde hiperimi bulunmaktadır.

Sünnet yapılan bölgede ameliyattan sonra bir enfeksiyon meydana gelmiştir.

Cildin altındaki penis tıkanıklığı, cerrahi bir hataya bağlı olmaktadır. Bu durum, hastanın obez olmasından kaynaklanmaktadır."

8. Doktor H.S., 24 Ekim 2003 tarihli sağlık raporunda şu şekilde ifadelerde bulunmaktadır:

"Sünnet olan S.A.'yı muayene ettim. S.A. obez olan bir çocuktur. Bu tür bir çocuğun sünnet olması, zorlu olabilmekte ve sorunlar oluşturabilmektedir. Nitekim, obez olan kişilerde penis adipoz doku ile kaplanmaktadır (yağ kitlesi). Dolayısıyla, S.A., prepüsünde yapılan sünnet, her zamankinden daha önemli olmuştur. Glanların önünde meydana gelen yara izi, penis ve ciltle kaplanmıştır. Bu durum, hiçbir şekilde penisin işlevlerini etkilememiştir. Yalnızca, estetik sonuçlarla ilgili bir hata söz konusudur ve yeniden bir sünnet ameliyatıyla bu hatanın düzeltilmesi mümkündür."

9. Eskişehir Adli Tıp Kurumu ("Ali Tıp Kurumu"), 10 Aralık 2003 tarihinde, doktor B.U. tarafından düzenlenen bir sağlık raporu sunmuştur.

Bu raporda, Üniversite Hastanesi Üroloji Bölümü tarafından 25 Eylül 2003 tarihinde düzenlenen rapor tespitleri onaylanmıştır.

10.Eskişehir Cumhuriyet savcısı, 16 Aralık 2003 tarihinde, yukarıda belirtilen sağlık raporlarına dayanarak, kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

11. Kütahya Ağır Ceza Mahkemesi, 29 Ocak 2004 tarihinde, bu kararın gerek usul kuralları gerekse yasal hükümlere uygun olduğu gerekçesiyle, kovuşturmaya yer olmadığı konusundaki kararı onaylamıştır.

12. Disiplin nitelikteki yerel adli bir soruşturma, 6 Şubat 2004 tarihinde, Eskişehir Valiliği ("Valilik") tarafından başlatılmıştır.

13. Bu soruşturma çerçevesinde, bir ön inceleme raporu 18 Mart 2004 tarihli dosyaya eklenmiştir. Bu raporu düzenleyen adli tabip, Üniversite Hastanesi Üroloji Bölümü'nden bir uzman talebinde bulunduğunu, bu bağlamda üroloji konusunda uzman bir doktor ve çocuk ürolojisi konusunda uzman bir doktor tayin edildiğini dile getirmektedir. Bununla birlikte, adli tabip, çocuğun babasının kesinlikle reddetmesi nedeniyle, bilirkişi raporu düzenlenmediğini belirtmektedir. Ayrıca adli tabip, ameliyattan sonra Doktor H.S.'nin başvuranın oğlunu muayene ettiğini ve sorunun tamamen estetik nitelikte olduğu kanaatine vardığını ve çocuğun penisinin dış görünümünü düzeltmeye yönelik ikinci bir müdahaleyle çözüme kavuşacağını dile getirmektedir. Adli tabip, ilgilinin yeni bir ameliyatı reddettiğini eklemektedir. Başvuran, ilgilinin uzlaştırmacı bir tutumunun bulunmadığını ve sağlık personeli tarafından önerilen çözüme açık görünmediğini ifade etmektedir. Ayrıca adli tabip, çocuğun babasının düzeltilebilir olan söz konusu estetik zararının telafi edilmesini engellediğini kanaatine varmaktadır. Adli tabip Valilikten, suçlanan sağlık personeli hakkında soruşturma izni verilmesi talebinde bulunmaktadır.

14. Valilik, aynı gün bir kararla, adli tabibin raporuna dayanarak, hastane personeli hakkında soruşturma izni verilmesini reddetmiştir.

15. Başvuran, 28 Temmuz 2004 tarihinde, idare nezdinde tazminata ilişkin bir ön talepte bulunmuştur.

16. İdare, 20 Ağustos 2004 tarihinde, talebi reddetmiştir.

17. Başvuran, 13 Eylül 2004 tarihinde, avukatı aracılığıyla Eskişehir İdare Mahkemesi'ne ("İdare Mahkemesi") başvurmuştur. Başvuran,

oğlunun penisin işlevsel rahatsızlığından muzdarip olduğunu iddia etmekte, maddi tazminat olarak 68.000 Türk lirası (TRY) ve manevi tazminat olarak ise 30.000 Türk lirası (TRY) talep etmektedir.

18.İdare Mahkemesi, 1 Mart 2005 tarihinde, davanın esası hakkında karar vermeden önce Adli Tıp Kurumu'ndan tıbbi bilirkişi raporu düzenlemesine karar vermiştir.

19.Adli Tıp Kurumu tabipleri, 15 Haziran 2005 tarihli bir raporla, başvuranın oğlunun sünnet ameliyatının, ambülatuar cerrahi bir müdahale ile yapıldığını ve hastanenin kayıtlarında bulunduğunu belirtmektedirler. Adli tabipler, hastayı 29 Aralık 2004 tarihinde muayene ettiklerini ve penisin işlevleri konusunda hiçbir sıkıntısının bulunmadığını tespit ettiklerini ifade etmektedirler. Adli tabipler, çocuğun kilolu olduğunu ve pubis hizasında yağın mevcut bulunduğunu eklemektedirler. Adli tabipler, sünnet sırasında müköz prepüsün yalnızca kısmen yerinden alındığını dile getirmektedirler. Adli tabipler, bir ürologun görüşünün alınması talebinde bulduklarını belirtmemektedirler. Sonuç olarak, adli tabipler cildin altındaki penisin tıkanmasının, başvuranın oğlunun obez olmasından kaynaklandığını belirterek, cerrahi müdahale sırasında hiçbir hatanın yapılmadığı sonucuna varmaktadırlar.

20.Başvuran, 21 Eylül 2005 tarihinde, yukarıda belirtilen rapora itiraz etmiştir. Başvuran, oğlunun sünneti sırasında atılan kesiğin bu tür müdahalede yapılanıkinden daha önemli olduğunu, ameliyatın başarısız olduğunu ve bu durumun basit bir gözlem ile tespit edilebileceğini iddia etmektedir.

21.Bu talep, dosyada bulunan sağlık raporlarının içeriklerinin bir karar verilmesi için yeterli olduğu gerekçesiyle, İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

22. İdare Mahkemesi, 9 Kasım 2005 tarihli bir kararla, idareye atfedilebilir bir hizmet kusuru bulunmadığından başvuranın davasını reddetmiştir. Bu anlamda, hâkimler gerekçelerinde özellikle 15 Haziran 2005 tarihli Adli Tıp Kurumu'nun rapor tespitlerine dayanmışlardır.

23.Başvuran, avukatı aracılığıyla temyiz talebinde bulunmuştur.

24.Danıştay, 19 Mart 2008 tarihinde, gerek usul kuralları gerekse yasal hükümlere uygun olduğu gerekçesiyle, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

25.Ayrıca Danıştay, 3 Nisan 2009 tarihinde, başvuran tarafından yapılan karar düzeltme talebini de reddetmiştir. Bu karar, 18 Mayıs 2009 tarihinde başvurana tebliğ edilmiştir.

ŞİKÂyetLER

26.Başvuran, Sözleşme'nin 12. maddesini ileri sürerek, oğlunun muzdarip olduğu ameliyattan sonraki komplikasyonlar nedeniyle, fiziksel bütünlüğünün zarar görmesinden şikâyet etmektedir. Özellikle bu bağlamda, başvuran cerrahi müdahale sırasında bir hata yapıldığını, bu hatanın üreme kabiliyetine ve dolayısıyla aile kurmasına engel olduğunu iddia etmektedir. Ayrıca başvuran, yerel mahkemeler tarafından taleplerinin reddedilmesinin Sözleşme'nin 6. maddesine ihlâl teşkil ettiğini iddia etmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

27.Başvuran, başarısız olan sünnet nedeniyle, oğlunun muzdarip olduğu sekellerden yerel makamları sorumlu tutmaktadır. Ayrıca başvuran, bu bağlamda alınan çözümden şikâyet etmektedir.

28.Hükümet, bu iddiayı kabul etmemektedir.

29.Mahkeme, özellikle kişilerin ahlâki ve fiziksel bütünlüğüne bağlı konuların kapsamına girdiği Sözleşme'nin 8. maddesi açısından başvuranın şikâyet ettiği olayların incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmaktadır (*Trocellier/Fransa* (kabul edilebilirlik hakkında karar), No. 75725/01, 5 Ekim 2006).

30.Başvuranın oğlunun tıbbi bir ihmalin mağduru olup-olmadığı konusunun belirlenmesi Mahkeme'nin görevi değildir. Mahkeme'nin görevi, ulusal adli sistemin, kullanılabilir etkin başvuru yollarıyla ilgili olarak başvuranın oğlunun tıbbi ihmal mağduru olduğu iddialarına, Sözleşme ile uyumlu bir şekilde karşılayıp-karşıladığı konusunun belirlenmesidir.

31.Mahkeme, başvuranın iki iç hukuk yolunu kullandığını gözlemlemektedir. Başvuran, ceza davası ve telafi için idari dava açmıştır. Ayrıca Mahkeme, ulusal makamların re'sen disiplin nitelikte yerel idari bir soruşturma başlattıklarını da tespit etmektedir.

32.Mahkeme, başvuranın taleplerinin reddedilmesi için yerel makamların tıbbi bilirkişi raporlarına dayandıklarını kaydetmektedir. Özellikle Adli Tıp Kurumu, başvuranın oğlunun sünnetin ardından penisinde

işlevsel hiçbir rahatsızlığının bulunmadığını tespit etmiştir. Müdahaleyi yapan doktorlara atfedilebilecek hiçbir ihmalin bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Bu tür durumlarda, Mahkeme doktorların tespitlerini yeniden söz konusu etmenin ve bilirkişilerin vardıkları tespitlerin doğru niteliği hakkında sahip olduğu tıbbi bilgilerden yola çıkarak varsayımda bulunmanın kendi görevi olmadığını hatırlatmaktadır (bk., diğer kararlar arasında, *Tysigc/Polonya*, No. 5410/03, § 119, AİHM 2007-I ve *Yardımcı/Türkiye*, No. 25266/05, § 59, 5 Ocak 2010). Somut olayda, Mahkeme, bu durumda, ulusal makamların ulaştığı gerçeği bulmak ve ulaştıkları sonucu sorgulamak için hiçbir neden görmemektedir.

33.Öte yandan Mahkeme, başvuranın yerel mahkemeler önünde iddiasını desteklemek amacıyla, iddiaları bağlamında tıbbi bilirkişi raporu elde etmek için özel veya devlete ait bir sağlık kurumu nezdinde hiçbir girişimde bulunmadığını tespit etmektedir.

34.Başvuran, ikinci bir müdahale olan oğlunun penisinin dış görünüşünün düzeltilmesi için doktorlar tarafından önerilen çözümü de kabul etmemiştir. Bu noktada Mahkeme, sağlık çalışanlarının klinik kararının söz konusu edilmesinin kendisine ait bir görev olmadığını hatırlatmaktadır (*Glass/Birleşik Krallık*, No. 61827/00, § 87, AİHM 2004-II).

35.Dolayısıyla, Mahkeme dosyadaki unsurları dikkate alarak yerel mahkemelerin kararlarının keyfi ve açıkça mantıksız olmadığı kanaatine varmaktadır.

36. Mahkeme, başvuranın şikâyetlerinin açıkça dayanaktan yoksun olduğunu ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3 ve 4. fıkraları uyarınca reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

37. Mahkeme, bu gerekçelerle, oy birliğiyle,

Başvurunun kabul edilemez olduğuna *karar vermiştir*.

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş; 15 Şubat 2018 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith

Bölüm Yazı İşleri Müdürü

Robert Spano

Başkan

Yaşam Hakkı

(Devletin Gözetimi Altındaki Çocuklar)

-
- *Semra Omak Başvurusu (2) (AYM)*
-



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SEMRA OMAK BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2016/78494)

Karar Tarihi: 12/11/2019

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Recep KÖMÜRCÜ

Üyeler : Engin YILDIRIM
Celal Mümtaz AKINCI
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL

Raportör : Hasan SARAÇ

Başvurucu : Semra OMAK

Vekili : Av. Berrak Pınar ALIOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza infaz kurumunda bir tutuklunun intihar etmesini önleyici tedbir alınmaması ve olaya ilişkin olarak etkili ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle yaşam hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 9/9/2016 tarihinde yapılmıştır.

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

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

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

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

7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru dilekçesi ve ekleri ile onaylı suretleri Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) tarafından gönderilen soruşturma dosyası içeriğinden tespit edilen ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, Trabzon E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (Ceza İnfaz Kurumu) tutuklu iken 10/11/2015 tarihinde yaşamını yitiren 2000 doğumlu E.N.nin annesidir.

A. E.N.nin Ceza İnfaz Kurumuna Girişi ve Ölümü

10. Başvurucunun oğlu E.N, Trabzon Başsavcılığınca (Başsavcılık) hırsızlık suçundan yürütülen soruşturma kapsamında 9/10/2015 tarihinde tutuklanmış ve tutuklama kararının infazı için Ceza İnfaz Kurumuna konulmuştur.

11. E.N. ilk olarak 12/10/2015 tarihinde ve sonrasında 23/10/2015 tarihinde Kurumun Psiko-sosyal Servisinde iki kez görüşme yapmıştır. Bu serviste düzenlenen Hükümlü-Tutuklu Ön Görüşme Tanıma Takip Formu'nda E.N.nin kişisel ve ailevi bilgileri ile tutuklu bulunduğu suçlara ilişkin bilgilerin yanında " *Geçmişte tedavi gördüğü ya da şu anda tedavi görmesini gerektirecek psikolojik bir rahatsızlığı var mı? Varsa nedir?*" sorusuna " *Kaşüstü Hst. Psk. İlaçlar kendi bırakmış*" şeklinde bir cevabın da yer aldığı görülmektedir. Bunun yanında " *Geçmişte kendisine zarar verme girişimi oldu mu? Olduysa ne şekilde?*" sorusuna E.N, silahla intihar girişimi olduğunu beyan etmiştir. Bu formdaki bilgilere göre E.N. ayrıca iki kez evden kaçmış, yaşına rağmen alkol tükettiğini de ifade etmiştir. Buna ilaveten E.N. ailevi problemleri nedeniyle anneannesi ile yaşamaktadır. Formun *Değerlendirme* kısmında ise herhangi bir görüşe yer verilmemiştir.

12. E.N. hakkında Çocuk Mahkemeleri tarafından aldırılmış 20/4/2015 tarihli sosyal inceleme raporu bulunmaktadır. Başvurucu bu raporun Ceza İnfaz Kurumuna sunulup sunulmadığına ilişkin olarak bir beyanda bulunmamıştır. Bununla birlikte bu raporda belirtilen hususların infaz görevlilerince tespit edildiğini ve E.N ile iki defa görüşme yapıldığını iddia etmektedir. Söz konusu raporun ilgili kısımları şöyledir:

"[E.N.nin] özellikle annenin evliliğinden sonra tutum ve davranışlarının olumsuz yönde değiştiği, üvey babanın çocuğa ilgi sevgi göstermediği, çocuğun da ona karşı tepkili olduğu, [E.N.nin] öz

babasını uzun yıllardır tanımadığı, geçen yıl babası ile karşılaştığı, öz babasının da çocukla ilgilenmediği öğrenilmiştir. Çocuğun evlenene kadar annesiyle birlikte yaşadığı, yaklaşık bir yıldır da anneannesiyle kaldığı, zaman zaman evden ayrıldığı, dışarıda kaldığı, çocuktan haber alamadıkları, annesi ve diğer akrabalarıyla çatışma yaşadığı, istekleri karşılanmayınca agresifleştiği, hakaret ve tehdit ettiği, çabuk sinirlenme, öfke patlamaları yaşama, kendine zarar verme, eşyaları kırma, sabırsız tutumlar sergileme gibi davranışlarının bulunduğu, evden kaçtığı, aile denetimine uymadığı belirlenmiştir. [E.N.nin] davranış bozuklukları nedeniyle Kaşüstü Numune Hastanesi ve Özel İmperyal Hastanesinde psikiyatrik tanılmasının yapıldığı, çocuk için ilaç tedavisi önerildiği ancak [E.N.nin] tedaviyi sürdürmediği anlaşılmıştır.

...

Suçta sürüklenen çocuk [E.N.] ile ilgili gerçekleştirilen sosyal incelemeler sonucunda çocuğun temel fiziksel ve biyolojik gereksinimlerinin anne ve anneanne tarafından karşılandığı belirlenmiştir. Ancak S[uça] S[ürüklenen] Ç[ocuk].un [SSÇ] kişilik özellikleri, psikolojik durumu, tutum ve davranışları bütün olarak değerlendirildiğinde, [E.N.nin] şiddet suç içerikli olaylara karışma hususunda risk altında bulunduğu düşünüldüğünden,

1) Çocuğun ebeveynleri ile olan iletişimin olumlu ve nitelikli düzeyde olmaması, eğitim- öğretimden uzaklaşması, akademik başarısızlık yaşamaması, gelecek yaşam sürecine ilişkin nitelikli plan ve öngörülerinin bulunmaması, sosyal uyum ve davranış bozuklukları sergilemesi nedeniyle SSÇ'ye psiko-sosyal kimlik gelişiminde kişisel eğitsel rehberlik danışmanlık yapılması, ayrıca suçta sürüklenen çocuğun ebeveynlerine çocuğun eğitsel, sosyal, kültürel, psişik gelişimi, çocuğa karşı ilgi, sevgi şefkat sunumu, çocuk yetiştirme, etkili iletişim, nitelikli anne baba tutumları, çocuk/ergenlik psikolojisi gibi konularda bilgi verilmesi amacıyla, çocuk hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5.1.a maddesi gereğince danışmanlık tedbiri uygulanmasının, alınan danışmanlık tedbiri kararının 5395 sayılı Kanunun 45.1.a maddesi gereğince Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'ne yönlendirilmesi, aynı kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrası gereğince tedbir kararının süreçleri hakkında üçer aylık sürelerle rapor istenmesinin,

2) SSÇ'nin aşırı sinirlenme, tepkisel ve agresif davranışlar sergileme gibi olumsuz anti sosyal tutum-davranışlarının rehabilite edilmesi, ruhsal sağlığının korunması amacıyla gereken norölojik ve psikiyatrik teşhis ve tedavi sürecinin tekrar değerlendirilmesi için, çocuk hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5.1.d maddesi gereğince sağlık tedbiri uygulanmasının, alınan tedbir kararının 5395 sayılı Kanunun 45.1.d. maddesi gereğince il Halk Sağlığı Müdürlüğüne gönderilmesi, aynı Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrası gereğince tedbir kararının süreçleri hakkında üçer aylık sürelerle rapor istenmesinin uygun olduğu kanaatine varılmıştır. "

13. E.N.nin Kurum kantininden daha önceden elde ettiği çamaşır ipini çocuk koğuşunun mutfak bölümünde bulunan, güvenlik kameralarının da rahatça görebileceği kalorifer peteği borusuna bağlayarak 10/11/2015 tarihinde intihar ettiği anlaşılmıştır. Kamera kayıtlarına göre E.N. eylemlerine saat 20.13'te başlamıştır.

14. Kamera kayıtlarına ve daha sonra alınan rapora göre intiharı ilk olarak E.N.nin koğuşta bulunan arkadaşları saat 20.28 civarında görmüş ve acil yardım butonlarına basarak infaz ve koruma memurlarına haber vermişlerdir.

15. Altı infaz ve koruma memurunun saat 20.30 gibi olay yerine geldiği, E.N.yi alarak sedyeye koyduğu, sağlık görevlileri tarafından ilk müdahalenin saat 20.46 sıralarında yapılabildiği, sağlık görevlileri nezaretinde Ceza İnfaz Kurumundan çıkarılan E.N.nin hastaneye götürüldüğü ve yoğun bakıma alındığı fakat müdahalelere rağmen saat 02.00 sıralarında öldüğü anlaşılmıştır.

16. Ölüm olayı hakkında on üç infaz ve koruma memuru tarafından bir tutanak düzenlenmiştir. 10/11/2015 tarihli tutanak şöyledir:

"Trabzon E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda 10/11/2015 Salı günü nöbetimizde saat 19:55 sularında bir sonraki vardiyaya görev teslimi için akşam sayımı hazırlığı esnasında B-1 bolu çocuk odasının ziline çalması, akabinde odada çıkan gürültü üzerine görevli memurun oda mazgalından yapmış olduğu kontrolde odada kalan çocuk tutukluların içeride çok önemli ve acil bir durum olduğunu haber verdiği, görevli memurun oda mazgalından yaptığı ilk kontrolün ardından oluşturulan ekiple derhal odaya girildiğinde odanın mutfak kısmında bulunan bahçe kapısının önünde çocukların toplanmış halde oldukları görüldü Yanlarına gidildiğinde çocuk tutuklu

[E.N.nin] bahçe kapısının kenar kısmında sırtının duvara yaslanmış vaziyette, kurum kantininden temin edilen çamaşır ipi parçasının boynuna bağlı vaziyette olduğu, ipin kesik olan diğer parçasının ise yaklaşık 1.5-2 metre yükseklikte bulunan kalorifer borusuna bağlı vaziyette olduğu, odada bulunan diğer çocuk tutukluların ise [E.N.nin] boynunda bulunan ipi yine kurum kantininden temin edilen meyve bıçağı ile kesmeye çalıştıkları görüldü.

Derhal çocuk tutuklu [E.N.nin] boynundaki ip çözülmüş ve nefes alması sağlanmaya çalışılmış, aynı zamanda 112 acil servis'e telefonla haber verildi. Çocuk tutuklu [E.N.] derhal bulunduğu odadan sedye ile alınarak kapı altı bölümüne çıkarıldı. Takribi 15 dakika (20:10 sularında) sonra kuruma gelen 112 Acil Servis elemanlarınınca yapılan ilk kontrol ve müdahalenin ardından çocuk tutuklu [E.N.nin] 112 Acil Servis aracılığı ile hastaneye sevki sağlanmıştır.

İş bu tutanak tarafımızca 4 suret olarak tanzim edilmiş ve birlikte imza altına alınmıştır."

B. Olaylarla İlgili Soruşturmalar

1. Disiplin Soruşturması Kapsamında Yapılan İşlemler ve Karar

17. Aralarında Kurum müdürü, ikinci müdür ve idare memurlarının da bulunduğu on yedi kişi hakkında Başsavcılık tarafından olayla ilgili olarak disiplin soruşturması başlatılmıştır.

18. Cumhuriyet savcısı tarafından yürütülen disiplin soruşturması sonucunda disiplin cezası verilmesine yer olmadığına 17/2/2016 tarihinde karar verilmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

".. [K]işinin eylemine saat 20:13 sıralarında başlaması ve görevli infaz koruma memurlarının olaya saat 20:30 sıralarında müdahale etmiş olmaları durumunda olaya geç müdahalede bulunarak ihmalî davranışta bulundukları düşünülmüş olsa da, çocuk koğuşunda bulunan kamera görüntülerinin kurumda bulunan diğer tüm güvenlik kamerası görüntüleri ile birlikte güvenlik ve gözetim servisi odasında bulunan 4 adet LCD ekrana yansıtıldığı, her ekranın 16 eşit parçaya bölünmüş kamera görüntülerini gösterdiği, toplamda 4 ekranda 64 görüntünün birlikte görüldüğü, olay yerini gösteren görünümün sağ alt LCD'nin CH3 nolu bölümünde olduğu ve bu bölümün LCD ekranın en üst kısmında kaldığı, olayın oluş şeklinin

güvenlik ve gözetim servisi odasında bulunan LCD ekrandan nasıl görüldüğünün ve olay cd'leri ile karşılaştırılması amacıyla 15/01/2016 tarihinde yapılan tespit; kurumda görevli bir infaz koruma memurunun görevleridirilerek olay yerine gönderildiği ve LCD ekrandan görünüş şeklinin kamerayla kayıt altına alındığı, kayıt altına alınan bu görüntülerle olayın gösteren cd kayıtlarının görüntülerini karşılaştırılması için bilirkişiden rapor alındığı, 03/02/2016 tarihli bilirkişi raporunda, olayına ilişkin görüntüler ile yapılan tespitteki görüntüler denetime elverişli şekilde karşılaştırmalı olarak fotoğraf haline getirildiği, raporun ve karşılaştırmalı görüntülerin incelenmesinde olay anına ilişkin gerçek görüntülerde ölen [E.N.nin] boynuna ip taktığının ve asıldığı net olarak görülmesine rağmen LCD ekranındaki görüntüde ekranın üst kısmında tarih-saat ve görüntü numarası kısmı olduğu, LCD ekran görüntülerinde görevlendirilen infaz koruma memurunun dirsek bölümünden yukarı kısmın tarih ve saat bölümünün altında kalması nedeniyle görünmediği, bu durumda ölen [E.N.nin] boynuna ip takmasının ve kendisini kalorifer borusuna asma anının ekranda bulunan tarih ve saat gösteren kısmın altında kalmış olması nedeniyle güvenlik ve gözetim servisi odasında bulunan LCD ekranda görünmesinin ve farkedilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilerek, böylece hakkında soruşturma yapılan memurların soruşturmaya konu olayın meydana gelmesinde ve neticenin gerçekleşmesinde herhangi bir kusur ya da ihmallerinin olduğuna dair delil bulunmadığı anlaşıldığından haklarında idari yaptırım uygulanmasına yer olmadığına dair karar verilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır. "

2. Ceza Soruşturması Kapsamında Yapılan İlk İşlemler ve Alınan Raporlar

a. Olay Yeri İncelemesi

19. Olay hakkında kendisine bilgi verilen nöbetçi Cumhuriyet savcısı, olay yerine intikal ederek Olay Yeri İnceleme ekibiyle birlikte çeşitli araştırmalar yapmıştır. Olay yeri incelemesi sonucunda hazırlanan 20/3/2014 tarihli olay yeri inceleme raporunun ilgili kısmı şöyledir:

"Trabzon E Tipi Kapalı Ceza infaz Kurumunda tutuklu olarak bulunan yaşı küçük [E.N.] isimli şahsın intihar girişiminde bulunduğu bildirilmesi üzerine Ceza İnfaz Kurumuna ait 61 VE 654 plakalı resmi araçla şoför [E.T.] ile Cumhuriyet Savcısı [H.T.] cezae-

vine intikal etti. 5271 sayılı CMK'nın 169. maddesi uyarınca acele halin varlığı sebebiyle cezaevinde infaz koruma memuru olarak çalışan [O.K.ya] yemin verdirilerek Zabıt Katibi olarak görevlendirildi. Jandarma olay yeri inceleme ekibinin cezaevine intikal etmesiyle birlikte olayın gerçekleştiği çocuk koğuşu olarak ayrılan bölüme gelindi. Girişte sağda yatakhane kısmına çıkan mcrdivncnrcin olduğu, devamında sağ tarafta tuvalet ve banyo olarak kullanılan bir bölümün olduğu girişin sağ çaprazında mutfak tezgahının olduğu, tezgahın üstünde bir adet su bardağının kırılmış vaziyette olduğu, tezgahın yanında kalorifer peteğinin bulunduğu, peteğin yanında da avlu denilen kısma açılan demir bir kapının olduğu, petek ile tezgah arasında bir adet süpürge ve bir adet faraşın olduğu, kalorifer peteği borusunun yerden yüksekliği 1.70 cm kısmında san ve mavi renkli çamaşır ip[iyle] bu iplere bağlı muhtemelen nevresimden koparılmış mavi renkli bez parçasının olduğu, peteğin altında yerde sarı renkli çamaşır ipi parçasının bulunduğu, peteğin olduğu yeri yani olay yerini çaprazında güvenlik kamerasının bulunduğu. tezgahın altında büyük çöp kutusunun bulunduğu, çöpün içinde üst tarafta 2015/10895 soruşturma, 2015/3439 esas nolu iddianame suretinin kınştırılmış vaziyette olduğu. peteğin karşısında bulunan tv sehpasının alt bölümünde 'Hz. Muhammed ve Evrensel Mesaj' adlı kitabın bulunup kitabın ilk sayfasında bir not olduğunun görüldüğü, kitabın üzerinde gerekli incelemeler yapılması için olay yeri inceleme ekibince kitabın incelenmesi talimatı verildi. Tuvaletler ve banyo ol[a]rak kullanılan yer incelendiğinde lavabonun altında sarı renkli çamaşır ipinin mavi renkli nevresim parçasının ve bir kağıt parçasının olduğu, kağıt parçasına bakıldığında herhangi bir şeyin yazmadığı görüldü. Bu bölümün içerisinde bulunan iki tane büyük kovanın birinde sallanır vaziyette sarı renkli çamaşır ipi parçasının bulunduğu, havalandırma kısmında ise bir tişörtten kesilmiş benzeyen bez parçasının olduğu görüldü. Şahsın kaldığı koğuş incelendiğinde şahsa ait olduğu beyan edilen elbise dolaplarının üstünde bulunan siyah renkli montun olduğu, mornun içerisinde çeşitli kağıt parçalarının olduğu, kaldığı yatak kısmında bulunan mavi renkli yastık kılıfından bir parçanın koparılmış olduğu görüldü. Daha sonra güvenlik kamerası incelendiğinde olay öncesi, olay anı ve olay sonrasına ilişkin görüntülerin bulunduğu, bu görüntülerin Cd ortamına aktarılarak soruşturma dosyasına eklenme talimatı verildi. Olay yeri inceleme ekibine olay yerinde gerekli incelemelerin, fotoğraflamaların ve basit krokinin çizilmesi talimatı verildi. Cezaevi idaresine

şahsın aynı koğuştta kaldığı arkadaşlarının ifadelerinin alınması talimatı verildi. Cezaevi idaresi tarafından güvenlik kamera görüntüleri Cd ortamına aktarılarak Curnhurivei Savcısına sunuldu, tutanağa eklenmek üzere teslim alındı. 10/11/2015 Saat 23.1.5 "

20. Kesin ölüm sebebinin tespiti amacıyla yapılan klasik otopsi işlemleri sonucunda kişinin ölümünün ası sonucu meydana gelmiş olduğu değerlendirilmiştir. Otopsi raporunda ayrıca cesetten alınan kanda alkol (etanol ve metanol) ve diğer aranan maddelerin (antipsikotikler ve antidepresanlar dâhil) bulunmadığı belirtilmiştir.

21. Başsavcılık ayrıca Ceza İnfaz Kurumu kamera kayıtlarının incelenmesi için 30/11/2015 ve 3/2/2016 tarihli iki bilirkişi raporu almıştır. Raporda; E.N.nin saat 20.12'de çekmeceleri olan eşya dolabının üzerinden ip ya da ipe benzeyen bir nesneyi aldığı, nesneyi kafasının gireceği şekilde ayarladığı, saat 20.13'te bu nesneyi kalorifer borusuna bağladığı ve eylemine başladığı, yarım adım öne gittikten sonra sağ bacağı diz kısmından bükülmek suretiyle arka tarafa doğru yere yavaşça düşmeye başladığı, saat 20.15-20.18 arasında ise üç defa daha kıpırdadığı, bu aşamadan sonra ilk olarak saat 20.28'te onunla aynı koğuştta kalan bir kişinin E.N.nin yanına yaklaşp sol ayağına tekme attığı ve başına baktığı, hemen tezgâhın üzerinden bir şeyler bulmaya çabaladığı, bu sırada başka birinin daha geldiği, kendi aralarında haberleşen beş kişinin daha olay yerine gelmesinin ardından Ceza İnfaz Kurumu görevlilerinin saat 20.30'da E.N.nin yanına geldiği, 112 görevlilerinin saat 20.46'da müdahaleye başladığı, saat 20.49'da ise E.N.nin sedye ile taşınarak hastaneye götürüldüğü belirtilmiştir. İkinci kez alınan bilirkişi raporunda ise göre Ceza İnfaz Kurumunda bulunan tüm güvenlik kamera görüntülerinin canlı olarak izlenebildiği, dört adet LCD televizyon ekranının on altı eşit parçaya bölündüğü, dört ekranda toplamda altmış dört görüntünün olduğu, kamera odası güvenlik kamerası toplu gösterim ekranında saat ve güvenlik kamerasının adının olayın gerçekleştiği bölümü gösteren güvenlik kamerası görüş açısının uzak bölümünde bazı alanların görüntülenmesini engellediği açıklanmıştır.

b. Başvurucu, Tanıklar ve Şüphelinin İfadeleri

22. Cumhuriyet savcısı 4/1/2016-6/1/2016 tarihlerinde müşteki sıfatıyla başvuruçunun ifadesine başvurmuştur. Başvuruçucu ilk ifadesinde özetle psikolojik rahatsızlıkları bulunan oğlunun bu durumunun görevlilerce bilindiğini, görevlilerin görevlerini ihmal ederek dikkatsiz

davrandıklarını, olay saatinden çok sonra sabah 09.00 civarında arandığını beyan etmiştir. Başvurucu, ikinci ifadesinde ise oğluyla Ceza İnfaz Kurumunda olduğu süre içinde bir defa açık görüş yaptığını, oğlunun kendisine Ceza İnfaz Kurumunda kötü davrandıklarını, kilolu, uzun boylu, kaba bir görevlinin her hafta kendilerine sıra dayığı çektğini, omuzlarına vurduğunu anlattığını, ayrıca oğluna tuvaletleri temizlettiklerini, bulaşık yıkattıklarını, oğlunun Ceza İnfaz Kurumuna uyum sağlamadığını beyan ettiğini ifade etmiştir.

23. Cumhuriyet savcısı olay tarihinde E.N. ile aynı Ceza İnfaz Kurumunda kalmakta olan, olay anında E.N.yi ilk gören ve diğer arkadaşlarına haber veren S.E. başta olmak üzere sekiz tanığın ifadesine başvurmuştur. S.E.nin ifadesi şöyledir:

“Olay tarihinde akşam 20.00 vardiyasına 5-10 dakika kala [H.A.] alt katta banyo yapıyordu. [H.A.], [E.N.yi] üst kata göndererek benden tıraş bıçağı istedi. Verdiğim tıraş bıçağını kör olduğunu söyleyerek [E.N.] tekrar yanıma geldi. Ben de [E.N.ye] başkapermatik olmadığını bunun ile tıraş olmasını söyledim. [E.N.] aşağıya indi. Bende yaklaşık 10 dakika sonra aşağıya indim. Aşağıya indiğimde [E.N.nin] kalorifer borusuna çamaşır ipi ile asılı olduğunu gördüm. Ayakları yerde uzanır vaziyette idi. Ben ilk önce [E.N.] şaka yapıyor zannettim. O yüzden kısa süreli bir duraksama yaşadım. Daha sonra [E.nin] dilinin başka bir renk aldığını gördüğümde korku ile yanına gittim ve [E.N.yi] tutup yukarıya kaldırdım. Bu esnada odada kalan diğer arkadaşlara bağıırıyordum. Yanımıza ilk [B.] geldi. Ben de [B.ye] diğer arkadaşlara ve görevlilere haber ver dedim. Bir yandan da [E.N.yi] tutmaya devam ediyordum. Bir ara [E.N.yi] bırakıp boğazındaki ipi kesmek amacı ile yanında bulunan mutfak tezgahından bıçak almaya gittim. Ancak telaş içerisinde bıçak bulamadım. Bu esnada diğer arkadaşlarda geldiler. Hep birlikte [E.N.yi] kaldırdık. Görevliler daha gelmemişti. Defalarca zile ve kapıya vurmamıza rağmen görevliler hemen gelmediler. Hatta görevlilerden biri durumu kendisine anlattığımızda baş memurun geleceğini, içeriye girmek için onu beklediklerini söyledi. Yani görevliler biz çağırmamıza rağmen içeriye girmekte geç kaldılar. Yaklaşık 10 dakika geç geldiler. Bu arada ben ipi kesmek amacı ile tezgahta bulunan bir bardağı kırdım ve ipi kestim. Daha sonra görevliler geldiler. [E.N.yi] odadan dışarıya çıkardılar. Bildiğim kadarı ile [E.N.yi] aynı odada kaldığımız arkadaşlarla herhangi bir sıkıntısı yoktu. Ancak kendisi ile sohbet ettiğimizde [E.N.] bize ailevi sorunlarının olduğunu, annesinin ve

babasının boşandıklarını ve her ikisinin de başka birisi ile evlediklerini, kendisinin bu duruma çok içerlediğini, üvey babasının istemesi sebebi ile annesinin yanına gidemediğini, hatırladığı kadarı ile annesi ile bir defa açık görüş yaptığını, dayısının açık görüşe geldiğinde dayısı ile görüşmek istemediğini, annesinde kalamadığı için çoğu zaman meydan ve terminalde kaldığını anlatıyordu. Ben [E.N.yi] kalorifer borusunun dibinde görmeden önce odada şakalaşıp oyun oynuyorduk. Herhangi bir sorun görünmüyordu. [E.N.] bu sorunları sebebi ile zaman zaman merdivenin altında yalnız başına oturuyordu. Bizimle pek fazla bir arada bulunmuyordu. [E.N.nin] kendisini asacağını, intihar etmek isteyeceğini hiç tahmin etmezdim. Çünkü bu yönde hiçbir hareketi olmadı. Bizim çocuk koğuşumuz ile gardiyanlardan [M.] isimli birisi bizimle ilgilenmektedir. Bu gardiyan bize gayet iyi davranmaktadır. Sorunlarımızla ve isteklerimizle ilgilenmektedir. Herhangi bir şikâyetimiz yoktur. ”

24. İfadelerine başvuru olan diğer tanıklar da benzer şekilde beyanda bulunmuşlardır. Bu tanıklar, ifadelerinde özetle E.N.nin ailevi sorunları nedeniyle psikolojik sorunlarının bulunduğunu, Ceza İnfaz Kurumuna bu durum hakkında dilekçe verdiğini bildiklerini ifade etmişlerdir.

25. Olayın kamuoyunda bilinir hâle gelmesinden sonra çok sayıda dernek ve sivil toplum temsilcisinin yerel başsavcılıklar aracılığı ile suç duyurusunda bulunmasının ardından Başsavcılık tüm dosyaların birleştirilmesine karar vermiştir.

26. Olayın tek şüphelisi olduğu Başsavcılık tarafından değerlendirilen infaz koruma memuru M.Ö.nün ifadesine 14/12/2015 tarihinde başvurulmuştur. M.Ö.nün ifadesi şöyledir:

“Ben yaklaşık 16 yıldır Trabzon E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz koruma memuru olarak görev yapmaktayım, olay tarihinde 08.00-20.00 nöbetinde vardiya infaz koruma baş memuru [P.A.nın] izinli olması nedeniyle ceza evi müdürü [S.S.nin] görevlendirmesiyle sorumlu baş memur yardımcısı olarak görevliydim, saat 19.55 sıralarında bir sonraki vardiyaya görev teslimi için sayım hazırlığı yapıyorduk, bir sonraki vardiyanın sorumlusu [M.G.ye] ceza evinde herhangi bir olay olmadığı hakkında bilgi veriyordum, bu esnada baş memurun telefonu çaldı, telefona ben baktım, bizim vardiyadaki görevli ismini hatırlayamadığım infaz koruma memuru bir arkadaş çocuk tutukluların kaldığı B-1 odasında sorun olduğunu

söylemeleri üzerine hemen B-1 odasına gittim, odaya gittiğimde diğer memur arkadaşlar ve birkaç çocuk tutuklu adını sonradan öğrendiğim [E.N.] isimli çocuk tutukluyu tutuyorlardı, [E.N.] boynundan iple bağlı şekilde kalorifer borusunun dibinde oturuyordu, ben geldiğimde [E.nin] boynundaki ipi kesmeye çalışıyorlardı, ben bu esnada hemen 112 acil servisinin çağırılması talimatı verdim, 10-15 dakika içerisinde 112 acil servis geldi, gerekli müdahaleyi yapıp hastaneye götürdüler, daha sonrasında sayımı yapıp nöbeti teslim ettik, olay tutanağı tuttuk dedi.

SORULDU: ceza evinin cevabi yazısında belirtildiği gibi hükümlü ve tutukluların ortak yaşam alanı ve havalandırmasını gösteren kamera sadece çocuk odasında bulunmaktadır, ceza evinde toplamda 63 adet kamera bulunmaktadır, bu kameralar ani müdahale odasında bulunan 4 adet LCD ekran televizyon vasıtasıyla 08.00-17.00 saatleri arasında ani müdahale ekibi memurlarınca takip edilmektedir, söz konusu görüntüler infaz ve koruma baş memurluğu odasında bulunan 2 adet bilgisayar ekranından da seyredilebilmektedir, saat 17.00 den sonra kameraları takip etme sorumluluğu vardiya baş memurluğundadır, bizim vardiyalarımız genellikle 10-15 kişilik olur vardiyamızdan özel olarak kameraları takip etmekle görevli bir personelimiz yoktur, baş memurluk odasında genellikle baş memurlar bulunmaktadır, vardiyadaki diğer personeller ise koridorlarda görev yapmaktadır, kameralar ara ara baş memur ve durumu müsait olan X-Ray cihazındaki görevli arkadaş ile kapı altı bölümünde görevli arkadaşlar zaman zaman gelip kameralara bakarlar, olay tarihinde bu arkadaşların isimleri [M.M.M] ile [M.A.U.] dur ancak bu arkadaşlarla biz olay tarihinde diğer vardiyayı nöbeti devretmek için hazırlık yapıyorduk, bu nedenle bu arkadaşlar sorumlu oldukları alanda idiler, kamera sayısının çok fazla olması ve bu işle görevli bir personelimizin olmayışı nedeniyle bütün kameraları sürekli takip etme şansımız yoktur, zaten genellikle de nöbet devirlerinin 15 dakika öncesi ile 15 dakika sonrası nöbet devir teslim işlemleri yapıldığından kameraları takip etme olanağı bulunmamaktadır, olayda tam nöbet devri sırasında olmuştur, ben üzerime atılı suçlamayı kabul etmiyorum, bu olayda bizim herhangi bir kusurumuz, ihmalemiz yoktur''

27. Cumhuriyet savcısı tarafından başka bir ifade alma işleminin yapıldığına dair dosya içinde bir veriye ulaşılamamıştır.

c. Soruşturma Kapsamında Yapılan Diğer Araştırmalar

28. Başsavcılık 16/11/2015 tarihinde Ceza İnfaz Kurumuna müzekkere yazarak olayla ilgili olarak tüm bilgi ve belgelerin temini ile gönderilmesi, ölen E.N. ile aynı odada kalanların ifadelerinin alınması ve gönderilmesi, olayın meydana geldiği odada olay tarihinde görevli olan personelin görev listesinin gönderilmesi, ayrıca Ceza İnfaz Kurumunda ve odada bulunan güvenlik kameralarının personel tarafından denetiminin nasıl yapıldığı, sürekli kameraları takip eden personelin olup olmadığı, bu konuda olay esnasında görevli olan personelin açık kimlik ve adres bilgilerinin bildirilmesi, yapılan idari soruşturmanın safahatı hakkında bilgi verilmesi ve belgelerinin onaylı örneklerinin gönderilmesi talimatını vermiştir.

29. Ceza İnfaz Kurumu; kameraların ani müdahale odasında bulunan televizyon vasıtasıyla takip edilmekte olduğunu, kameraları takip etme görevinin 08.00-17.00 saatleri arasında gündüz ani müdahale ekibi memurlarının, saat 17.00'den sonra ise vardiya başmemurluğunun sorumluluğu altında olduğunu, ayrıca yine söz konusu görüntülerin infaz ve koruma başmemurluğu odasında bulunan iki bilgisayardan da seyredilebildiğini, bu işle ayrıca görevlendirilmiş bir personelin bulunmadığını, her vardiyanın kendi içinde takibini yaptığını açıklamış ve gündüz ekibi ve vardiya başmemurlarının imzasını içeren belgeleri sunmuştur.

30. Başsavcılık; bundan başka 25/4/2016 tarihinde E.N.nin psikolojik durumuyla ilgili olarak Ceza İnfaz Kurumuna dilekçe verdiği ve Ceza İnfaz Kurumunda kaldığı süreçte kötü muameleye maruz kaldığı iddialarına ilişkin olarak E.N.nin bu şekilde bir dilekçe verip vermediği, vermiş ise bu dilekçelerle ilgili olarak Kurum tarafından ne gibi işlemlerin yapıldığı, ölene psikolojik destek verilip verilmediği hususlarında bilgi verilmesi, E.N.nin tutuklu olarak kaldığı süreye ait kamera görüntülerinin CD hâline getirilip gönderilmesi, E.N.nin ıslak imza ve yazılarını taşıyan tüm dilekçe, ifade vs. belgelerin temin edilip gönderilmesini Ceza İnfaz Kurumundan talep etmiştir.

31. Ceza İnfaz Kurumu istenen bazı belgeleri göndermiş ve E.N. tarafından mahkemelere, savcılıklara, diğer kamu kurum veya kuruluşlarına gönderilen dilekçelerin bulunmadığını, ayrıca Ceza İnfaz Kurumuna geldiği ilk tarihte ve 23/10/2015 tarihinde olmak üzere Psikososyal Servisi tarafından kendisiyle iki kez görüşme yapıldığını, kamera kayıt-

larının 15-20 günlük süreler sonunda otomatik olarak silinmesi nedeniyle ölene ait geçmiş kayıtların bu nedenle gönderilemediğini beyan etmiştir.

32. Ceza İnfaz Kurumu idaresinden düzenlenen belgeye göre Kurum psikoloğu tarafından 12/10/2015 tarihinde yapılan görüşme sonucunda "Görüşme Notları" adı altında not tuttuğu anlaşılmıştır. Aynı tarihli kayda göre E.N.nin dayısıyla telefon ile irtibata geçildiği, E.N.nin Kurumda olduğunu bilgisinin dayısına verildiği ve geçmiş yaşamıyla ilgili bilgilerin de dayısından alındığı notunun düşünüldüğü tespit edilmiştir. Bundan başka 23/10/2015 tarihli görüşmede de E.N.nin olumsuz duygularını ifade etmesinin sağlandığı, kendisine psikolojik destek verildiği ve stresle başa çıkma üzerine kendisiyle çalışıldığı anlaşılmıştır.

33. Başsavcılık bunların yanında ölenin Ceza İnfaz Kurumunda bulunan notlarla mukayesesi yapılmak üzere çeşitli tarihlerde yargı mercilerine ve kamu kurumlarına yazı yazarak ölene ait ıslak imzalı belgelerin gönderilmesini talep etmiş ve Samsun Kriminal Polis Laboratuvarında da incelemesini yaptırmıştır.

d. Soruşturma Sonucunda Verilen Karar

34. Başsavcılık, soruşturma kapsamında elde ettiği verileri dikkate alarak 21/6/2016 tarihinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Söz konusu karar şöyledir:

"Olay tarihinde ölen [E.N.nin] tutuklu olarak bulunduğu Trabzon E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda intihar girişiminde bulunduğu bildirilmesi üzerine ilgili Cumhuriyet Savcısı tarafından olay yerine intikal edilerek gerekli incelemelerin yapıldığı, çocukların kaldığı bölüme gelindiğinde mutfak olarak kullanılan yerde kalorifer peteği borusunun bulunduğu, buraya sarı ve mavi renkli çamaşır ipleriyle bu iplere bağlı bez parçasının olduğu, olayın gerçekleştiği yer olan kalorifer peteğini gören güvenlik kamerasının bulunduğu, detaylı incelemeler için olay yeri inceleme ekibine gerekli talimatların verildiği, [E.N.nin] kaldırıldığı hastanede vefat etmesi üzerine ölü muayene ve klasik otopsi işlemlerinin yapıldığı, cezaevi idaresi tarafından tutulan tutanaklara göre olayın 10/11/2015 günü saat 19.55 sıralarında bir sonraki vardiyaya görev teslimi için akşam sayımı hazırlığı esnasında gerçekleştiği, B-1 nolu çocuk odasının zilinın çalması üzerine görevlilerin odaya gidip durumu kontrol ettikleri, odaya girdiklerinde odanın mutfak kısmında bulunan bah-

çe kapısının önünde çocuk tutuklu [E.N.nin] sırtını duvara yaslamış vaziyette, çamaşır ipi parçasının boynuna bağlı olduğu, ipin kesik olan diğer parçasının ise kalorifer borusuna bağlı olduğu, derhal müdahale edilerek ölenin boynundaki ip çözülmeye çalışıldığı ve 112 acil servise haber verildiği, yaklaşık 15 dakika sonra 112 acil servisin gelerek [E.N.yı] hastaneye sevk ettikleri, [E.N.nin] hastanede tedavi altına alındığı, yoğun bakımda iken tüm müdahalelere rağmen kurtarılamayarak saat 02.00 da vefat ettiği, olay yeri inceleme raporunda bu hususların ayrıntılı olarak belirtildiği, Cezaevi İdaresinin 19/11/2015 tarihli cevabi yazısına göre, kurumda toplam 63 adet kameranın bulunup, bu kameralarda hükümlü/tutukluların ortak yaşam alanı ve havalandırmasını gösteren kameranın sadece çocuk odasında bulunduğu, söz konusu kameraların ani müdahale odasında bulunan 4 adet LCD ekran televizyon vasıtasıyla takip edildiği, saat 17.00 dan sonra kameraları takip etme sorumluluğunun vardiya baş memurluğunda olup, kameraları takip etmekle görevlendirilmiş her hangi bir personelin bulunmadığı hususlarının belirtildiği, [E.N.] ile olay tarihinde aynı odada kalmakta olan çocuk tutukluların Cumhuriyet Savcısı huzurunda alınan beyanlarında özetle, [E.N.nin] kendilerine ceza evinde kaldığı süre içerisinde ailevi sıkıntılarının olduğundan, anne babasının boşanıp yeniden evlenmeleri sebebiyle bu duruma içerlediğinden, evde kalamadığından çoğu zaman dışarıda meydan ve terminalde kaldığından bahsettiğini, [E.N.nin] odada yalnız başına oturduğunu, kendileriyle fazla konuşmadığını belirttikleri, kameranın incelenmesi amacıyla aldırılan bilirkişi raporuna göre, [E.N.nin] olay öncesinde ipi alarak kalorifer peteğinin yanına gittiği, ipi elleriyle ayarlayarak kafasının üst tarafına kadar getirip kafasına göre ayarlamaya çalıştığı, daha sonra ipi kalorifer borusuna bağlayıp, arka kısmı kalorifer borularına yüzü güvenlik kamerasına bakacak şekilde ipi boynuna geçirdiği, daha sonra bulunduğu yerden yarım adım kadar geri kalorifer borusuna doğru giderek öne doğru eğildiği, sağ dizini bükerek başını öne eğip geriye doğru düştüğü, duvarın görüş açısını engellediği için düştükten sonra sadece bacaklarının dizden aşağısının görüldüğü, yaklaşık 15 dakika sonra aynı odada kalan bir başka tutuklunun ölenin kalorifer peteğinin yanında oturur vaziyette bulunduğu, yaklaşık 2 dakika sonrada ceza evi görevlilerinin olay yerine geldikleri, yaklaşık 16 dakika sonra da sağlık görevlilerinin geldikleri, görevlilerin ve 3 tutuklu şahsın öleni başka bir yere taşıdıkları hususlarının belirtildiği, olay tarihinde vardiya baş memuru görevi-

ne geçici olarak bakan [M.Ö.nün] şüpheli olarak alınan ifadesinde özetle, olay tarihinde baş memurun izinli olması sebebiyle görevlendirmeye sorumlu baş memur yardımcısı olduğunu, saat 19.55 sıralarında bir sonraki vardiyaya görev teslimi için sayım hazırlığı yaptıkları esnada çocuk tutukluların kaldığı B-1 odasında sorun olması üzerine buraya gittiklerinde ölenin boynundan iple bağlı şekilde kalorifer borusunun yanında oturur vaziyette olduğunu gördüklerini, hemen 112 acil servise haber verdiklerini, olayla ilgili olarak her hangi bir kusurunun ve ihmalinin bulunmadığını beyan ederek üzerine atılı suçlamaları kabul etmediği, otopsi raporuna göre kesin ölüm sebebinin ası ve gelişen komplikasyonlar sonucu olduğunun belirtildiği, müşteki ve vekilinin [E.N.nin] psikolojik rahatsızlıkları bulunup, ceza evi idaresinin bunu bilmesine rağmen bu konuda her hangi bir şey yapmadıklarından, görevlilerin [E.N.ya] kötü davranıp darp ettiklerinden bahisle şikayetçi oldukları, ceza evi görevlileriyle ilgili yürütülen disiplin soruşturması kapsamında aldırılan bilirkişi raporuna göre ceza evinde bulunan tüm güvenlik kamera görüntülerinin canlı olarak izlenebildiği 4 adet LCD televizyon ekranının 16 eşit parçaya bölünerek kamera görüntülerini gösterdiği ve 4 ekranda toplamda 64 görüntünün olduğu, kamera odası güvenlik kamera toplu gösterim ekranında saat ve güvenlik kamerasının adının olayın gerçekleştiği bölümü gösteren güvenlik kamerası görüş açısının uzak bölümünde bazı alanların görüntülenmesini engellediğinin tespit edildiği, ceza evi idaresinin 27/04/2016 tarihli cevabi yazısına göre, [E.N.nin] ceza evinde kaldığı süreçte her hangi bir mahkemeye, savcılığa, kurum veya kuruluşa gönderilen dilekçesinin olmadığı, [E.N.nin] kurumu ilk geldiğinde ve 23/10/2015 tarihinde olmak üzere kurum psiko-sosyal servisinde resen 2 kez görüşme yapıldığının belirtildiği, tüm bu hususlar bir arada değerlendirildiğinde kamera görüntülerinden de açıkça anlaşılacağı üzere, ölenin çamaşır ipleriyle kendisini kalorifer borularına bağlamak suretiyle intihar ettiğinin anlaşıldığı, intihar etmenin başlı başına ceza kanunlarımızda suç olarak düzenlenmediği, ancak intihara yönlendirmenin suç olarak düzenlendiği, somut olayımızda ölenin intihara yönlendirildiğine dair her hangi bir delilin bulunmadığı, aynı odada kalan arkadaşlarının beyanlarından anlaşılacağı üzere, ölenin daha önce intihar etme şeklinde bir fikrinin olduğundan kimseye bahsetmediği, ailevi sıkıntıları nedeniyle psikolojik rahatsızlıklarının bulunduğu, müşteki ve vekili tarafından ileri sürülen kötü muamele iddialarının ise soyut nitelikte kalıp , diğer tutuklular tarafından

ceza evinde her hangi bir kötü muameleye maruz kaldıkları yönünde bir iddiadan bahsedilmediği, ölenin annesi olan müştekinin kötü muamele iddialarını öğrenir öğrenmez değil de, oğlu öldükten yani aradan delilerin sağlıklı bir şekilde toplanabilmesi için gereken süreden sonra gündeme getirmesi nedeniyle somut her hangi bir delilin elde edilemediği, olayda şüpheli herhangi bir durumun bulunmadığının yapılan otopsi işlemleri, tanık beyanları, otopsi raporu ve kamera görüntülerinden anlaşıldığı, intihara bağlı ölüm olayının herhangi bir suç ya da suç unsuru oluşturmadığı, olay nedeni ile kusur izafe edilebilecek herhangi bir şahsın da bulunmadığı tüm soruşturma evrakı kapsamında anlaşılma, şüpheli hakkında üzerine atılı suçtan yukarıda açıklanan gerekçelerle KAMU ADINA KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA [karar verilmiştir.]

35. Başvurucu; E.N.nin psikolojik rahatsızlıkları olup Ceza İnfaz Kurumu idaresinin bunu bilmesine rağmen bu konuda gerekli tedbirleri almadıklarını, olay saatini gösteren kamera kayıtları ile idarenin düzenlemiş olduğu ilk tutanağın saatleri arasında farklılıklar bulunduğunu, E.N.nin eylemine başlaması ile infaz koruma memurlarının müdahalesi arasında zaman farkının bulunduğunu, olaya 15 dakika geç müdahale edildiğini, kameraların yetkililerce aktif izlenmediğini, kötü muamele iddialarının yeterince araştırılmadığını, ölüm olayının ailesine geç haber verildiğini belirterek itirazda bulunmuştur.

36. Trabzon 1. Sulh Ceza Hâkimliği 1/8/2016 tarihinde itirazın redine karar vermiştir.

37. Bu karar 11/8/2016 tarihinde başvuruçunun vekiline tebliğ edilmiştir.

38. Başvurucu 9/9/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

C. Bireysel Başvuru Sonrasında Açılan Tam Yargı Davası Süreci

39. Başvurucu, bireysel başvuru yaptıktan sonra Bakanlık Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne başvurarak olay nedeniyle uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etmiştir.

40. Talebinin reddedilmesi üzerine başvuruçucu 17/1/2017 tarihinde Trabzon İdare Mahkemesinde 10.00 TL maddi ve 350.000 TL manevi tazminat istemli olarak tam yargı davası açmıştır.

41. Mahkeme 26/2/2018 tarihli kararı ile maddi tazminat isteminin reddine ve 30.000 TL manevi tazminatın ödenmesine karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“..Olayda, dosya içerisinde yer alan bilirkişi raporu, ifade tutanakları ile tüm bilgi ve belgelerin birlikte değerlendirilmesinden, davacının oğlu [E.N.nin] Çocuk Tutuklu Ön Görüşme Tanıma Takip Formunda daha öncesinde silahla intihar girişiminde bulunduğunu beyan ettiği, kurumda yapılan psikolog görüşmelerinde Emirhan'ın psikolojik desteğe ihtiyacı olduğunun belirtildiği, ailevi sorunlarının üzerinde olumsuz etkiler oluşturduğu anlaşılmamasına rağmen bu konuda gerekli tedbirlerin alınmadığı, denetim ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmediği hususları gözönünde bulundurulduğunda, tutuklu ve hükümlülerin can güvenliğinden sorumlu olan idarenin koruyucu tedbirlerin alınmasına ilişkin sorumluluğunu yerine getirmedeğinden meydana gelen ölüm olayında kusurlu olduğu sonucuna varılmaktadır.”

42. Anılan karar aleyhine kanun yollarına başvurulması nedeniyle henüz kesinleşmemiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

43. Benzeryöndeki içtihatlar için bkz. *Serfinaz Öztürk* (2014/18274, 21/9/2017), *Necla Özer ve Müslim Özer* (B. No:2013/3782, 21/4/2016), *Mehmet Kaya ve diğerleri* (B. No: 2013/6979, 20/5/2015) başvuruları hakkında verilen kararlar.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

44. Mahkemenin 12/11/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

45. Başvurucu, oğlu E.N.nin psikolojik sorunlarının Ceza İnfaz Kurumu görevlilerince bilinmesine rağmen gerekli ve yeterli tedbirlerin alınmaması ve ölüm olayı hakkında etkili soruşturma yürütülmemesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü ve ihlalin tespiti ile etkili bir soruşturma yapılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

46. Bakanlık görüşünde; başvurucunun oğlunun intihar etme dü-

şüncesinde olduğunun olay tarihinde kamu görevlileri tarafından bilinmesinin dinlenen ifadeler nazara alındığında mümkün olmadığı, Başsavcılığın derhâl olaya el koyarak gerekli tüm işlemleri yaptığı, ölüm nedenine ilişkin rapor, ölüm anını gösteren kamera kayıtları ve alınan ifadeler değerlendirildiğinde ölüm olayının gerçekleşmesine bir başkasının eyleminin neden olduğuna dair herhangi bir delil veya emare bulunmadığını nazara alan Başsavcılığın kısa bir sürede (yaklaşık yedi ay) soruşturmayı tamamlayarak takipsizlik kararı verdiği, başvuruçunun soruşturmaya katılımı konusunda herhangi bir engelle karşılaşmadığı, takipsizlik kararına itiraz etme imkânı bulundu belirtilmiştir.

47. Başvuruçucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin E.N.nin intihar riskini bildiklerini, buna rağmen yeterli tedbirleri almadıklarını, olay nedeniyle açmış olduğu tam yargı davasında iddialarının kabul gördüğünü ve tazminata hükmedildiğini ifade etmiş ve soruşturmanın yeniden açılması talebinde bulunmuştur.

B. Değerlendirme

48. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, ...hakkına sahiptir."

49. 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."

50. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçucu 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 başvuruçunun şikâyetinin yaşam hakkı bağlamında temel olarak ölüm olayının devletin gözetiminde meydana gelmesi nedeniyle yaşamın korunmamasına ve ölüm olayı hakkında etkili bir soruşturma yürütülmemesine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Başvuruçucu her ne kadar çocuğun üstün yarar ilkesi ile sağlık hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de başvuruçunun bu yöndeki iddialarının yaşam hakkı kapsamında etkili bir so-

ruşturma yürütme yükümlülüğü çerçevesinde incelenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

51. Başvurucu *İddialar* kısmında özetlendiği üzere Ceza İnfaz Kurumundaki bir infaz koruma memurunun oğluna kötü muamelede bulunduğunu iddia etmişse de başvurucunun bu iddiasını makul şüphesinin ötesinde delillerle ortaya koyması gerekmekte olup somut olayda bu yöndeki iddiasını temellendirecek somut bulgu ve kanıtları ortaya koyamadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu iddia hakkında herhangi bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

53. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurucunun yaşama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Yaşamı Koruma Yükümlülüğünün ihlal Edildiğine ilişkin iddia

i. Genel İlkeler

54. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı birbiriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklardan olup devletin bu konuda pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin negatif bir yükümlülük olarak yetki alanında bulunan hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermeme, bunun yanı sıra pozitif bir yükümlülük olarak yine yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını gerek kamusal makamların gerek diğer bireylerin gerekse kişinin kendisinin eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, §§ 50, 51).

55. Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen ölüm olaylarında Anayasa'nın 17. maddesi devlete, elindeki tüm imkânları kullanarak bu konuda ihdas edilmiş yasal ve idari çerçevenin yaşamı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir. Bu yükümlülük, kamusal olsun veya olmasın yaşam hakkının tehlikeye girebileceği her türlü faaliyet bakımından geçerlidir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 52).

56. Bu kapsamda bazı özel koşullarda devletin kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı yaşamı korumak amacıyla gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü de bulunmaktadır (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014, § 74). Ceza infaz kurumlarında gerçekleşen ölüm olayları için de geçerli olabilecek bu yükümlülüğün ortaya çıkması için ceza infaz kurumu yetkililerinin kendi kontrolleri altındaki bir kişinin kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bilip bilmediklerini ya da bilmeleri gerekip gerekmediğini tespit etmek, böyle bir durum söz konusu ise bu riski ortadan kaldırmak için makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerekmektedir (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, B. No: 2013/6979, 20/5/2015, § 72). Ancak özellikle insan davranışının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlemin veya yürütülecek faaliyetin tercihi dikkate alınarak pozitif yükümlülük yetkililer üzerine aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmamalıdır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 53; *Sadık Koçak ve diğerleri*, § 74).

57. Tutuklanan veya hürriyeti bağlayıcı cezasının infazına başlanan kişilerin daha önce sahip oldukları pek çok özgürlükten mahrum kalmalarının ve günlük yaşamlarında ciddi nitelikte bir değişim yaşamalarının doğal bir sonucu olarak psikolojik durumları bozulabilmekte, dolayısıyla kırılgan ve korumasız bir konumda bulunan bu kişilerin intihar riski artabilmektedir. Bu nedenle yasal ve ikincil düzenlemelerin ceza infaz kurumu yetkililerine bu kişiler hakkında daha duyarlı ve dikkatli olma görevi yüklemesi, tutuklu veya hükümlü kişilerin hayatlarının tehlikeye atılmasını önleyici tedbirler alınmasını sağlaması gerekmektedir. Bu amaçla öncelikle ceza infaz kurumunda kalan kişilerin davranışlarının ve sağlık durumlarının takip edilmesi, gerektiğinde doktor muayene-

sine başvurulması, diğer yandan bu konuda eğilimi olduğu anlaşılanlar açısından kendileri için en uygun yerlerde kalmalarının temin edilmesi, intihar eylemlerinde kullanılabilecek kesici/delici eşyalara, kemer, çamaşır ipi veya ayakkabı bağcıkları gibi eşyalara el konması suretiyle bu tip risklerin azaltılmasına yönelik önlemlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, § 73).

58. Bu bağlamda bir tutuklunun veya hükümlünün kendine zarar verme ihtimalini kişi özgürlüğüne aşırı bir sınırlama getirmeyecek ölçüde en aza indirecek tedbirlerin alınması yetkililerden beklenebilecektir. Bir hükümlü veya tutuklu açısından daha sıkı tedbirlerin gerekip gerekmediği ve bunların uygulanmasının makul olup olmadığı, başvuru konusu yapılan her bir somut olayın koşullarına göre değişecektir (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, § 74).

59. Ceza infaz kurumunda bulunan veya askerlik vazifesini yerine getiren bir kişinin sağlığı ve güvenliği açısından gerekli tedavi türünün ve kalması uygun olan yerin belirlenmesinin -o kişinin bu konulardaki muhakeme yeteneğinin somut olayın şartları içinde sağlıklı olmadığı- nın açık olduğu durumlarda- sadece kendi tercihlerine göre yapılması mümkün değildir (*Mehmet Kaya ve diğerleri*, § 82).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

60. Başvurucu, yukarıda belirtilen iddialarla (bkz. § 45) yaşam hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

61. Somut olayda ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin yaşam ve sağlıklarının korunması için oluşturulması gereken yasal ve idari çerçevenin oluşturulmadığı yönünde ileri sürülen bir eksiklik olmadığı gibi bu konuda Anayasa Mahkemesi tarafından resen gözetilmesi ve incelenmesi gereken bir hususun da bulunmadığı anlaşılmıştır.

62. Dolayısıyla mevcut başvuruda, öncelikle yukarıda (bkz. §§ 54-59) yer verilen ilkeler çerçevesinde öncelikle intihar olayında gerçek ve yakın riskin bilinip bilinmediğinin veya bilinmesi gerekip gerekmediğinin belirlenmesi, bu soruya olumlu yanıt verilmesi hâlinde ise yetkililerin önleyici idari tedbir alıp almadığının ortaya konması gerekmektedir.

63. Hırsızlık suçundan tutuklanan ve 9/10/2015 tarihinde Ceza İnfaz Kurumuna konulan 15 yaşındaki E.N. 12/10/2015 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu Psikososyal Servisi ile bir görüşme gerçekleştirmiştir. Formda, E.N.nin Kaşüstü Devlet Hastanesi Psikiyatri Servisinde tedavi

gördüğü ve bu yerden verilen ilaçların E.N. tarafından kendi isteğiyle bırakıldığı açıkça görülmektedir. Formda, tutuklunun ne gibi psikiyatrik hastalığının olduğu, ne zaman başladığı, hangi ilaçların verildiği, takibinin gerekip gerekmediği veya bu anlatıya göre Ceza İnfaz Kurumunda kendisine önem gösterilip gösterilmeyeceğine dair kayıtların bulunmadığı, formun *Değerlendirme* kısmının boş bırakıldığı anlaşılmıştır.

64. Bu hususa ilaveten E.N.nin silahla intihara teşebbüs ettiği bilgisi de Psikososyal Servisi ile yapılan ilk görüşmede açıkça beyan edilmiştir. Buna göre Ceza İnfaz Kurumuna giren ve olay tarihinde 15 yaşında olan E.N.nin geçmiş hikâyesinde kendisine açıkça zarar verme teşebbüsünde bulunduğu bilgisi ilgili kurum personeli tarafından bilinmektedir.

65. Ayrıntıları yukarıda (bkz. § 32) açıklandığı üzere aynı tarihte E.N.nin dayısı ile irtibata geçilmiş ve durumu hakkında bilgi de alınmıştır. Bununla birlikte E.N.nin psikolojik durumu hakkında dayısının ne gibi bilgilere sahip olduğu, bunların Ceza İnfaz Kurumunda bulunan E.N. üzerindeki etkilerinin neler olabileceği hususunda bir değerlendirilmenin yapılmadığının bu aşamada vurgulanması gerekmektedir.

66. Bununla birlikte Ceza İnfaz Kurumu psikoloğu tarafından yapılan iki görüşme de de E.N.nin aktif veya pasif intihar eğilimler taşıdığına veya gösterdiğine dair kayıtlar bulunmamaktadır.

67. Cezai ehliyetini ortadan kaldıracak ya da azaltacak nitelikte bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığı hususunun tespiti amacıyla E.N. hakkında bir inceleme yapıldığına dair dosya içinde bir belgeye rastlanmamıştır. Ayrıca başvuru ile diğer tanıkların ifadelerinde geçtiği şekliyle E.N.nin Kurum idaresine dilekçe verdiğine veya başkaca bir talepte bulunduğuna ilişkin olarak başvuru tarafından bir veri sunulmadığı gibi resen yapılan incelemede de bu hususa dair bir bilgiye rastlanmamıştır. Ceza İnfaz Kurumu tarafından Başsavcılığa gönderilen resmî yazıda başvuru tarafından dilekçe verilmediği açıkça belirtilmiştir.

68. Bu tespitler ve tanıkların ifadeleri dikkate alındığında E.N.nin Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin dikkatini çekebilecek derecede intihara eğilim gösterip göstermediğinin şu tespitler sonrasında yapılması gerekmektedir:

- E.N., Ceza İnfaz Kurumuna girdiği tarihte on beş yaşındadır.
- Kurum psikoloğu ile yapılan ilk görüşme sonucunda düzen-

lenen rapora göre Ceza İnfaz Kurumuna girmeden önce bir psikiyatri polikliniğine müracaatı bulunmaktadır ve verilen ilaçları iradesiyle bırakmıştır.

- Ceza İnfaz Kurumu kayıtlarına göre psikiyatrik rahatsızlıkları ile ilgili olarak Kurum tabibinden veya başka bir hastanenin psikiyatri ve benzeri polikliniklerinin hizmetlerinden yararlanmak istediğine dair talebi bulunmamaktadır.

- Tanık ifadelerine göre E.N.nin ailevi problemlerinin bulunduğu, yalnız kalmak istediği ve zaman zaman yalnız kaldığı sabittir.

- E.N. olaydan önce silahla intihar teşebbüsünde bulunmuş ve bu bilgi görevlilere beyan edilmiştir.

- Ceza İnfaz Kurumu idarecileri, diğer ilgililer ve tanıklar E.N.nin intihar etme düşüncesinin bulunduğunu ifade eden bir cümlesine tanık olmamıştır.

69. Tüm bu tespitler sonrasında E.N.nin kendisine zarar verme riskinin bilinirliğinin tartışılması gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken ise E.N.nin yaşı ve Ceza İnfaz Kurumu kayıtlarında yer alan hikâyesi değerlendirilmelidir.

70. Öncelikle *Olay ve Olgular* kısmında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere (bkz. §§ 9-16) 15 yaşındaki E.N., Ceza İnfaz Kurumuna girişi sırasında önceki intihar girişiminden Kurum Psikososyal Servisi görevlisine bahsetmiştir. Bundan başka E.N.nin İnfaz Kurumuna girmeden önce psikiyatrik problemlerinin olması nedeniyle hastaneye müracaat ettiği fakat kendisine verilen ilaçları kendi iradesiyle bıraktığı hususu da kayıtlarda açıkça bulunmaktadır. Nihayet E.N.nin dayısı ile iletişim sağlanmış ve E.N.nin psikolojik durumu hakkında bilgi alınmıştır. Tüm bu koşullar birlikte değerlendirildiğinde somut olayda, E.N.nin intihar etme riskinin Ceza İnfaz Kurumu yetkililerince bilindiğinin kabulü gerekmektedir.

71. Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin hassas olan bu husus karşısında makul ve gerekli önleyici tedbirleri alıp almadıklarının değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre kendilerine beyan edilen intihar etme riski karşısında yetkililerin E.N.nin psikolojik durumunun yeniden gözden geçirilmesi, varsa kendi kurumlarında, yoksa diğer hastanelerin ilgili servislerinde E.N.nin tıbbi desteği almasının sağlanmaları gerektiği izahtan varestedir. Bunun yanında E.N.ye sağlanacak tıbbi desteğin

yanında E.N.nin Kurum içinde de özel hayatına müdahale etmeyecek ölçüde sıkı takibinin yapılmasının gerektiği bir diğer önleyici tedbir olarak Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin yaşam hakkının korunması bağlamında görevleri arasında kalacağı da kabul edilmelidir.

72. Somut olay bakımından ayrıca tüm teknik imkânlarla rağmen E.N.nin eylemlerine başlamasından itibaren gözetlenemediğinin ve ilgili personel tarafından geç müdahale edildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bilirkişi raporlarından da anlaşılacağı üzere Ceza İnfaz Kurumunun ilgili alanlarının kameralar aracılığıyla gözetlendiği, buna rağmen E.N.nin eylemlerinin farkına varılmadığının da altı çizilmelidir. Yaşam hakkının korunması bağlamında yaşı küçük olan çocuklar başta olmak üzere kırılgan grupların devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu bu dönem içinde teknik cihazlar veya başkaca imkânlarla, yasal mevzuatın da elverdiği ölçüde sıkı takiplerinin yapılması, bu alanda yetişmiş personelin istihdamı yaşamı korumak için etkili işleyen bir organizasyon kurma yükümlülüğünün bir parçasıdır.

73. Nihai olarak henüz bir çocuk olan, geçmişinde yaşadığı sorunlar nedeniyle intihar eğilimi olan ve ruhsal tedaviye muhtaç ölen E.N., devletin kontrolü altında tutulduğu sırada yaşamını yitirmiştir. Özgürlüğünden mahrum olan kişilerin daha hassas ve değişken veya dengesiz duygusal yapıya sahip olabilecekleri gözönüne alındığında kamu makamlarının ceza infaz kurumundaki kişilerin hayatlarının tehlikeye atılmasını önleyici tedbirler alınması hususunda daha duyarlı ve dikkatli olma görevleri bulunmaktadır (*B.Ç. ve diğerleri*, B. No: 2015/10144, 9/5/2019, § 79). Somut olayda yaş, ruhsal durum ve ölenin geçmiş hikâyesi gibi subjektif kriterler söz konusuysen hürriyeti kısıtlandığı için yaşamı zaten korunmaya muhtaç olan ölene karşı daha fazla korumaya ilişkin makul ve gerekli tedbirlerin alınması noktasında daha fazla özen yükümlülüğü bulunduğu altı çizilmelidir.

74. Yapılan bu tespit ve açıklamalar sonrasında incelenmekte olan somut başvuruda özetle Ceza İnfaz Kurumu yetkililerinin bilinen gerçek ve yakın risk karşısında E.N.nin yaşamının korunması için gerekli olan tüm makul tedbirleri aldıklarının söylenemeyeceği sonucuna varılmıştır.

75. Açıklanan gerekçelerle E.N.nin yaşamının kendi eylemlerine karşı korunamaması sebebiyle Anayasa'nın 17. maddesinin gerektirdiği yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Yaşam Hakkının Usul Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel İlkeler

76. Anayasa Mahkemesinin yaşam hakkının usul boyutu konusunda benimsediği genel ilkelere göre şüpheli bir ölüm olayı hakkında yürütülen ceza soruşturmasının etkililiği için;

i. Soruşturma makamlarının resen ve derhâl harekete geçerek ölüm olayını aydınlayabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 57),

ii. Kamu görevlilerinin karıştığı iddia edilen ölümlere ilişkin soruşturmaları yürüten soruşturma makamlarının olaya karışmış olabilecek kişilerden bağımsız olması ve soruşturma makamlarının sadece hiyerarşik ve kurumsal bağımsızlığının yeterli olmayıp aynı zamanda soruşturmanın fiilen de bağımsız olarak yürütülmesi (*Cemil Danişman*, B. No: 2013/6319, 16/7/2014, § 96),

iii. Ceza soruşturmasının fiilen hesap verilebilirliği sağlamak için soruşturma sürecinin kamu denetimine açık olması, ayrıca her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmalarının sağlanması (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 58),

iv. Hukuk devletine bağlılığın sağlanması ve hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve teşvik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi amacıyla ceza soruşturması makul bir özen ve süratle yürütülmesi (*Salih Akkuş*, B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 30) gerekir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

77. Başvurucu, yukarıda (bkz. § 45) belirtilen iddialarla oğlunun ölüm olayı hakkında etkili bir soruşturma yürütülmediğini ileri sürmüştür.

78. Başvuru konusu olayda E.N.nin ölümü ile sonuçlanan elim hadise ile sonrasında ilgili mercilerce yapılan işlemlerin ayrıntıları yukarıda (bkz. §§ 9-32) özetlenmiştir.

79. Başsavcılık tarafından yapılan araştırmalar dikkate alındığın-

da E.N.nin üçüncü kişi ya da kişilerce öldürülüp öldürülmediğine ilişkin etkili bir ceza soruşturması yürütüldüğü anlaşılacakla birlikte söz konusu ölüm olayında ilgili kişilerin cezalandırılmasını gerektirecek nitelikte ağır bir ihmalin bulunup bulunmadığı hususunda kapsamlı bir araştırmanın yapılmadığı anlaşılmıştır. Başka bir anlatımla E.N.nin üçüncü kişi ya da kişilerin eylemi neticesinde öldürülüp öldürülmediği hususu etkili bir şekilde araştırılarak ortaya konmakla birlikte ölüm olayının cinayet iddiası dışındaki yönlerinin ortaya konulamadığı, varsa sorumlu kişilerin belirlenebilmesine imkân tanıyan etkili bir soruşturmanın yürütülmediği anlaşılmıştır.

80. Bunların yanında olayla ilgili olarak Ceza İnfaz Kurumu idarecilerinin kusurlarının olup olmadığının hiçbir şekilde incelenmeye alınmadığı, bu kişilerin bu ve benzeri olaylarda ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikteki eylemlere karşı ilgili personele eğitimler sağlayıp sağladıkları, personelin görev ve talimatlarını tam olarak yerine getirebilmeleri için ilgili mevzuatı ve sonuçlarını tebliğ edip etmedikleri hususları da irdelenmemiştir. Diğer bir ifadeyle olayın basit bir ölüm olayı gibi değerlendirilerek olay anında ve saatinde görevli olan ve ilgili talimatların da kendisine tebliğ edilmediği ortaya çıkarılmayan bir infaz koruma memurunun tek başına olaydan sorumlu olduğu değerlendirilerek ihmal veya kusurları bulunma ihtimali bulunan diğer idarecilerin durumlarına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır.

81. Bu tespitlerden başka E.N.nin Ceza İnfaz Kurumuna geldikten sonra gerek E.N. ile gerekse de E.N.nin dayısı ile görüşmeler gerçekleştiren psikoloğun ölüm olayındaki etkisinin ve kusur durumunun da hiçbir şekilde soruşturmaya alınmadığı ve araştırılmadığı tespit edilmiştir. Bir başka anlatımla E.N.nin durumu hakkında ek özel tedbirler gerekip gerekmediği hususunda değerlendirme raporlarında herhangi bir şekilde olumlu veya olumsuz görüş bulunmaması, dahası yapacağı tespit ve önerileri ile özgürlüğünden yoksun kalan kişiler üzerinde doğrudan etkisi olabilecek bir personelin ceza soruşturmasında ifadesine başvurulmaması soruşturmada önemli bir eksiklik olarak kabul edilmiştir. Yine E.N.nin kırılğan ve özel önem verilmesi gereken durumu karşısında eylemini gerçekleştirdiği ipi nasıl temin ettiği, bulundurulmasının mevzuata veya somut olaya uygun olup olmadığı da hiçbir şekilde araştırılmamıştır.

82. Soruşturmanın etkililiği konusunda bu bölümde yer verilen değerlendirmeler bir bütün hâlinde ele alındığında Cumhuriyet Başsav-

cılığı tarafından yürütülen soruşturmada ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulamadığı, dolayısıyla somut olayda yürütülen soruşturmanın teoride olduğu gibi fiilen de hesap verilebilirliği sağlayamadığı kanaatine varılmıştır.

83. Açıklanan gerekçelerle somut olayda yürütülen ceza soruşturmasında yaşam hakkının usule ilişkin boyutunun da (etkili ceza soruşturması yürütme yükümlülüğü) ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

84. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurusunun 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.”

85. Başvurucu, yaşam hakkının ihlalinin tespiti ile etkili bir soruşturma yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuş fakat tazminat talebinde bulunmamıştır.

86. 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.

87. *Mehmet Doğan* kararında özetle uygun giderim yolunun tespit edilebilmesi için 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).

88. 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 hususlarında 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).

89. Mevcut başvuruda, başvuruya konu Başsavcılık soruşturmasında ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmadığı, yürütülen soruşturmanın teoride olduğu gibi fiilen de hesap verilebilirliği sağlamadığı (bkz. §§ 77-83) gerekçesiyle Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yaşam hakkının hem maddi hem de usul boyutunun ihlal edildiğine karar verilmiştir. Buna göre ihlalin soruşturma makamlarının işlem ve eylemlerinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

90. Bu durumda yaşam hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. İhlal kararının uygulanması bağlamında ilgili Cumhuriyet Başsavcılığının yapması gereken iş, önceki kovuşturmaya yer olmadığına dair kararını kaldırmak ve akabinde ihlal kararında tespit edilen eksiklikleri giderecek şekilde yeni bir soruşturma yapmaktan ibarettir.

91. Açıklanan gerekçelerle yaşam hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden soruşturma yapılmak üzere Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

92. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 2.475 vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddia-
nın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddia-
nın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşamı
koruma yükümlülüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

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

C. Kararın bir örneğinin yaşam hakkının ihlalinin sonuçlarının orta-
dan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmak üzere Trabzon Cum-
huriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE,

D. 239,50 TL harç ve 2.475 vekâlet ücretinden oluşan toplam
2.714,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruçunun Hazine ve
Maliye Bakanlığına başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılma-
sına, 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
12/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Recep Kömürcü

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Yaşam Hakkı / Maddi ve Manevi Varlığı Koruma ve Geliştirme (Zorunlu Aşı Uygulaması)

-
- *Salih Gökalg Sezer Başvurusu (AYM)*
-



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ
İKİNCİ BÖLÜM**

KARAR

SALİH GÖKALP SEZER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/5629)
Karar Tarihi: 21/11/2017

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Raportör Yrd. : Hikmet Murat AKKAYA
Başvurucu : Salih Gökalp SEZER
Temsilcisi : Mehmet SEZER

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, bebeklik dönemi aşı uygulamasının ebeveyn tarafından kabul edilmemesi üzerine bu hususta mahkemece sağlık tedbiri kararı verilmesi nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/4/2014 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 görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu Salih Gökalp Sezer 28/7/2013 tarihinde doğmuştur.

9. Adana Valiliği Halk Sağlığı Müdürlüğü, Sağlık Bakanlığının 13/3/2009 tarihli ve 2009/17 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi çerçevesinde 27/8/2013 ile 25/9/2013 tarihleri arasında Hepatit B doz aşısı ile bazı rutin aşuların yapılmasının gerektiği başvurunun temsilcisine bildirilmiştir. Baba Mehmet Sezer 3/9/2013 tarihinde vermiş olduğu dilekçede başvurucuya aşı yapılmasını istemediğini beyan etmiştir.

10. Yüreğir Sosyal Hizmetler Merkezi Müdürlüğü'nün istemi üzerine (kapatılan) Adana 4. Çocuk Mahkemesinin 3/3/2014 tarihli kararı ile 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca aşı ile korunabilir hastalıkların ortaya çıkmasını önlemek, dolayısıyla bu hastalıklardan kaynaklanan ölümlerin ve sakatlıkların önüne geçmek için sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir.

11. Başvurucunun temsilcisinin itirazı, Adana 1. Çocuk Mahkemesinin 14/3/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Gerekçenin ilgili kısmı şu şekildedir:

“..

5395 sayılı yasanın 5/1-d maddesine göre çocuklar hakkındaki hakim tarafından alınacak koruyucu ve destekleyici tedbirlerden biri de çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonu için verilecek olan sağlık tedbidir.

Adana 4. Çocuk Mahkemesince aşılamanın çocuk ve toplum sağlığı açısından faydal oluşu dikkate alınarak aşı yapılabilmesi amacıyla küçük hakkında sağlık tedbiri kararı verilmiştir. Bu kararın çocuğun vücut bütünlüğüne yönelik keyfi bir saldırı ve zararlı sonuçlara yol açabilecek tıbbi bir ameliyenin başlangıcını oluşturduğu tezi kabul edilemez.

Dünya Sağlık Örgütü 22-27 Nisan 2013 tarihlerini 1. Dünya aşı haftası olarak kabul etmiştir. Ülkemizde de Dünya Sağlık Örgütü'nün kabul ettiği aşı takvimine göre doğumda başlamak üzere ilköğretim 8. Sınıfa kadar genişletilmiş bağışıklık programı çerçevesinde çocukların aşılama benimsenmiştir,

İnsanlık tarihi boyunca hastalıklara bağlı yeni doğan ölümleri ve sakatlanmaları, tıbbın gelişme çağında olduğu ve aşılamanın yaygınlaşmadığı dönemlerde oldukça yaygın iken dünyada olduğu gibi ülkemizde de aşılamanın yaygınlaşması sayesinde çocuk hastalıklarında önemli ölçüde azalma olmuş, bazı hastalıkların artık görülmediği gözlenmiştir.

Öte yandan aşının kızarıklık, ateş gibi görülen bazı yan etkileri dışında sağlığa zarar veren maddeler içerdiği, otizme ya da hiperaktiviteye neden olduğu iddiaları bilimsel olarak kanıtlanmış tezler değildir. Yine aşuların sağlık için zararlı maddeler içerdiği hususundaki itirazcının iddiası da vehimden öteye geçmediği gibi, bu iddia hiçbir bilimsel çalışma, laboratuvar analizi, gözlem ya da başkaca kabul gören bir yöntemle de ortaya konulmuş değildir.

Bu durumda sağlığı ile ilgili tercihleri yapacak yaşta olmayan küçük Salih Gökalg Sezerin babası ve kanuni temsilcisi dahi olsa itirazcı Mehmet Sezerin oğlunun gelecekte yaşayacağı sağlık problemlerini, kalıcı hastalıkları, sakatlıkları bir takım kulaktan dolma bilgiler nedeniyle göze alma pahasına küçüğün aşılmasına karşı çıkması, hem küçüğün hem de bulaşıcı hastalıklar nedeniyle toplumun sağlığı bakımından kabul edilebilir bir davranış tarzı değildir.

Anne ve baba küçüğün menfaatine olan tedbirler almaktan kaçınır ya da zararına olacak bir tutum içerisine girer ise devletin müdahalesi şarttır, birey ve kamu sağlığı açısından kamu yararı söz konusu olduğundan bu durum kişi hak ve hürriyetlerine, kişinin vücut bütünlüğüne müdahale sayılamaz."

12. Anılan karar başvuru sahibinin temsilcisine 26/3/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

13. 25/4/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

14. Sağlık Bakanlığı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu (Halk Sağlığı Kurumu) tarafından Anayasa Mahkemesine gönderilen 7/7/2015 tarihli yazıda-zorunlu aşı uygulamasının ve Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli

ve 2008/14 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesinin (Genelge) kanuni dayanağı bağlamında- 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 1., 2. ve 3. maddeleri çerçevesinde Sağlık Bakanlığına verilen yetkilerden bahsedilmiştir. Genelge'nin uygulamaya konulduğu tarihte yürürlükte bulunan 13/12/1983 tarihli ve 181 sayılı mülga Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile hâlihazırda

yürürlükte bulunan 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) hükümlerinden söz edilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi, bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar, belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevinin Halk Sağlığı Kurumuna verildiği belirtilmiştir. Söz konusu yazıda ayrıca 1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinde yer alan "*Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum ve aşı*" ifadesini içeren

hükümle zorunlu aşı uygulamasının 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde belirtilen hastalıklardan birinin zuhuru veya zuhurundan şüphelenilmesi durumunda alınacak tedbirler arasında sayıldığı ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun'un 64. maddesi uyarınca 57. maddede belirtilen hastalıklardan başka bir hastalığın istilai şekil alması veya böyle bir tehlikenin baş göstermesi durumunda da ilgili hastalığa karşı 1593 sayılı Kanun'da yer alan tedbirlerin alınması vazifesinin de Sağlık Bakanlığına verildiği, söz konusu düzenleme karşısında 57. maddede belirtilen hastalıklar haricinde olmakla birlikte diğer bulaşıcı ve salgın hastalıkların da zorunlu aşı uygulaması kapsamında değerlendirilebilmesi imkânı bulunduğu belirtilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

15. 5395 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" kenar başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda,

1. Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu,

...

İfade eder."

16. 5395 sayılı Kanun'un "Koruyucu ve destekleyici tedbirler" kenar başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

...

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

Yönelik tedbirdir. "

17. 11/4/1928 tarihli ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinin ilk cümlesi şöyledir:

"Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatim alırlar. "

18. 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesi şöyledir:

"Kolera, veba (Bübön veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayı tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi- paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı, çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tifli (İltihabı nuhai kuddamii sincabii haddi tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiyle husule geldiğinden şüphe

olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduz müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir. "

19. 1593 sayılı Kanun'un 64. maddesi şöyledir:

"57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrî ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır. "

20. 1593 sayılı Kanun'un 72. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"57 nci maddede zikredilen hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde aşağıda gösterilen tedbirler tatbik olunur:

...

2- Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki. "

21. 1593 sayılı Kanun'un 88.-94. maddeleri.

22. 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) "İlkelere" kenar başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Sağlık hizmetlerinin sunulmasında aşağıdaki ilkelere uyulması şarttır:

...

d) Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz. "

23. Yönetmelik'in "Rızası olmaksızın tıbbi ameliyeye tabi tutulmama" kenar başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz. ”

24. Yönetmelik'in *“Hastanın rızası ve izin”* kenar başlıklı 24. maddesi şöyledir:

“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.

Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.

Sağlık kurum ve kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türl Medeni Kanununun 346 nci ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır

Yeterliğin zaman zaman kaybedildiği tekrarlayıcı hastalıklarda, hastadan yeterliği olduğu dönemde onu kaybettiği dönemlere ilişkin yapılacak tıbbi müdahale için rıza vermesi istenebilir.

Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki

tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur. ”

25. Yönetmelik'in "Tedaviyi reddetme ve durdurma" kenar başlıklı 25. maddesi şöyledir:

"Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.

Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz. ”

26. 181 sayılı mülga KHK'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Sağlık Bakanlığının görevleri şunlardır:

...

(b) Bulaşıcı, salgın ve sosyal hastalıklarla savaşarak koruyucu, tedavi edici hekimlik ve rehabilitasyon hizmetlerini yapmak,

(c) Ana ve çocuk sağlığının korunması ve aile planlaması hizmetlerini yapmak,

..."

27. 181 sayılı mülga KHK'nın 9. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

(a) Toplum sağlığını ilgilendiren her türlü koruyucu sağlık hizmetinin verilmesini sağlamak, bu hizmetlere halkın katkı ve iştirakini temin etmek,

(b) Bulaşıcı, salgın, sosyal ve dejenatif hastalıklarla mücadele ile aşılama ve bağışıklık hizmetlerini yürütmek,

28. 663 sayılı KHK'nın 2. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının ilgili kısımları şöyledir:

“(1) Bakanlığın görevi; herkesin bedeni, zihni ve sosyal bakımdan tam bir iyilik hali içinde hayatını sürdürmesini sağlamaktır.

(2) Bu kapsamda Bakanlık;

(a) Halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi,

ile ilgili olarak sağlık sistemini yönetir ve politikaları belirler. ”

29. 663 sayılı KHK'nın 26. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Bakanlık politika ve hedeflerine uygun olarak, temel sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli, Bakanlığa bağlı Türkiye Halk Sağlığı Kurumu kurulmuştur.

(2) Kurumun görev, yetki ve sorumlulukları şunlardır;

(a) Halk sağlığını korumak ve geliştirmek, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele etmek,

(c) Bulaşıcı, bulaşıcı olmayan, kronik hastalıkla ve kanser ile anne, çocuk, ergen, yaşlı ve engelli gibi risk gruplarıyla ilgili olarak izleme, sürveyans, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapmak, bununla ilgili verilerin toplanmasını sağlamak, belirlenen hedefler doğrultusunda plan ve programlar hazırlamak, uygulamaya koymak, denetlenmesini sağlamak, değerlendirmek, gerekli önlemleri almak, bu konuda politika ve düzenlemelerin oluşturulması için Bakanlığa teklifte bulunmak,

30. Sağlık Bakanlığının 25/2/2008 tarihli ve 2008/14 sayılı Genişletilmiş Bağışıklama Programı Genelgesi.

B. Uluslararası Hukuk

31. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) ” 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); bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünün, onlara sağlanan tıbbi bakımın seçimine katılımlarının ve bu husustaki rızalarının ve maruz kaldıkları sağlık risklerini değerlendirebilmelerine olanak tanıyan bilgilere erişimin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında olduğuna dikkat çekmektedir (*Therese Trocellier/Fransa* (k.k.), B. No: 75725/01, 5/10/2006).

33. Zorunlu aşı uygulamalarının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında AİHM içtihadına da konu edildiği ve Mahkemece, uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiği görülmektedir. Mahkemece ele alınan ve kanunilik şartını sağladığı tespit edilen müdahaleler açısından genel olarak söz konusu uygulamanın bireyin ve toplumun sağlığını korumaya ilişkin meşru amaç dikkate alınarak yapılan dengelemede, bireyin vücut bütünlüğünün korunmasına ilişkin menfaat karşısında kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve söz konusu müdahalelerin özel hayata saygı hakkını ihlal etmediğine hükmedildiği görülmektedir (*Boffa ve diğerleri/San Marino* (k.k.), B. No: 26536/95, 15/1/1998, § 4; *Solomakhin/Ukrayna*, B. No: 24429/03, 15/3/2012, §§ 33-38).

34. 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 Bulduğuna Dair Kanun ile onaylanması uygun bulunarak 20/4/2004 tarihinde yürürlüğe giren Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (Biyotıp Sözleşmesi) " *kural*" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat vermesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçlan ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir.

İlgili kişi, muvafakatim her zaman, serbestçe geri alabilir.

35. Biyotıp Sözleşmesi'nin " Muvafaka verme yeteneği olmayan kişilerin korunması"kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"1) Muvafakat verme yeteneğine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, aşağıdaki 17 ve 20'nci maddelere uygun olarak, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir.

2) Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.

Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır.

3) Bir yetişkin, yasal olarak akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip değilse, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir.

İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmaktadır.

4) Madde 5'de belirtilen bilgiler, benzer koşullarda yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen temsilci, yetkili makam, kişi veya kuruma da verilmelidir.

5) Yukarıda 2'nci ve 3'üncü paragraflarda belirtilen izin, ilgili kişinin menfaatine daha uygun olacaksa her zaman geri çekilebilir.

36. Biyotıp Sözleşmesi'nin "Acil durum"kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"Acil bir durum nedeniyle uygun muvafakat alınmadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir tıbbî müdahale derhal yapılabilir. "

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 21/11/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

38. Başvurucu temsilcisi, velayeti altında bulunan başvurucu-ya çocukluk dönemi aşılmasının uygulanmasını kabul etmediği hâlde bu hususta Mahkemece sağlık tedbiri uygulanmasına karar verildiğini belirterek koruyucu tedavi niteliğinde olan aşı hakkında mevzuatın herhangi bir zorunluluk getirmediyi ileri sürmüştür. Başvurucu; aşı hakkında sahip olduğu olumsuz bilgiler nedeniyle çocuğuna aşı yaptırmak istemediğini, ayrıca diğer mahkemelerce verilen ve aşı yaptırmak istemeyen veliler hakkında kararların mevcut olduğunu belirterek Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

39. İddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları şöyledir:

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

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

40. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un “ *Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar*” kenar başlıklı 46. maddesinde bireysel başvuru hakkına sahip olabilecek sùjeler açıkça belirtilmiş olup bireysel başvuruda bulunulabilmesi için başvuruya konu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücü eylem veya işleminden ya da ihmalinden dolayı başvurucunun güncel bir hakkının ihlal edilmesi, bu ihlalden dolayı başvurucunun kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olması koşullarının mevcudiyeti aranmaktadır.

41. Kamu makamlarının başvurucu aleyhine belirli adımlar atmaya karar verdiği ve müdahalenin yalnızca kararın icrasından ya da infazından ibaret olacağı durumlarda ilgili temel hakka yönelik işlem den doğrudan etkilenme tehdit veya tehlikesiyle karşı karşıya olunduğu açıktır.

42. Somut başvuru açısından da Adana Valiliği Halk Sağlığı Müdürlüğü tarafından başvurucu hakkında Hepatit B ilk doz aşısı ile Genişletilmiş Bağışıklama Programı kapsamındaki bazı aşuların uygulanması için sağlık tedbirine hükmedilmesinin talep edildiği görülmüştür. İlgili yargısal süreç sonucunda, (kapatılan) Adana 4. Çocuk Mahkemesinin 3/3/2014 tarihli ve 2014/32 Tedbir Talep sayılı kararıyla başvurucu hakkında 5395 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi uyarınca sağlık tedbiri uygulanmasına karar verildiği görülmektedir. Başvurucu hakkındaki sağlık tedbiri uygulanmasına ilişkin karar ile başvurucunun vücut bütünlüğüne yönelik söz konusu müdahaleden doğrudan etkilenme ihtimaliyle karşı karşıya olduğu ve devam eden süreçte karşılaşılabilecek işlemin kararın icrasından ibaret olacağı görüldüğünden başvurucunun söz konusu kamusal işlem nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilendiği, dolayısıyla başvuruya konu ihlal iddiasının Anayasa Mahkemesinin kişi bakımından yetkisi kapsamında olduğu anlaşılmaktadır.

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

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

44. Temsilcisi tarafından bebeklik dönemi aşularının uygulanmasına muvafakat edilmeyen başvurucu hakkında bebeklik dönemi aşularının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının başvurucunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına müdahale oluşturduğu açıktır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

45. 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. ”

46. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlükleri sınırlama ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler gözönünde bulundurulurken sınırlandırılabilirliğini ortaya koymaktadır. Söz konusu müdahalenin meşru olduğunun kabul edilebilmesi için müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen güvence ölçütlerine riayetle gerçekleştirilmiş olması zaruridir. Dolayısıyla özel hayata saygı hakkına yapıldığı iddia edilen müdahalelerin incelemesinde öncelikle müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

i. Genel İlkeler

47. Anayasa Mahkemesinin zorunlu aşı uygulamasına ilişkin daha önceki kararlarında (*Halime Sara Aysal* [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, §§ 60-73; *Esmâ Fatıma Kızılsa ve Rukiye Erva Kızılsa*, B. No: 2013/7246, 23/3/2016, §§ 64-77; *Muhammed Ali Bayram*, B. No: 2014/4077, 29/6/2016, §§ 59-67) genel ilkelere yer verilmiştir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

48. Başvuruya konu idari ve yargısal süreçte başvurucuya aşı uygulaması yapılması hususundaki talep ve kararların 5395 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendi temelinde oluşturulduğu görülmektedir. Söz konusu düzenlemede; çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına yönelik olarak sağlık tedbirini uygulanabileceği belirtilmektedir. Somut başvuru açısından da başvurucuya çocukluk dönemi aşılarının uygulanmasının ebeveyn tarafından reddi üzerine ilk derece mahkemesi tarafından sağlık tedbirini uygulanmasına hükmedildiği ve kararın itiraz kanun yolundan geçerek kesinleştiği anlaşılmaktadır.

49. Esasen uygulanacak tıbbi müdahalenin türü ve kapsamı hakkında bir açıklamada bulunulmaksızın çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbi bakım ve rehabilitasyonunu içerecek şekilde, genel olarak sağlık tedbirine hükmedileceğine işaret eden söz konusu düzenlemenin somut başvuruda olduğu gibi doğan her çocuğa belirli bir yaş periyoduna bağlı olarak ve ebeveynin rızası hilafına, ilgili idarece belirlenecek olan her türlü aşının tatbiki yetkisi verildiği şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Aksinin

kabulü hâlinde uygulanacak tıbbi müdahalenin tür ve kapsamı belirsiz olacak şekilde rıza verilmeyen müdahale türlerinin gündeme gelmesi muhtemeldir.

50. Bu kapsamda somut başvuru açısından 5395 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinin başvuruya konu müdahalenin kanuni temelini ihtiva etmesi gereken unsurlardan olan öngörülebilirlik niteliğini taşımadığı, Anayasa'nın 17. maddesi anlamında müdahalenin meşruiyet unsurlarından biri olan kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır {*Halime Sare Aysal*, § 69}.

51. Zorunlu aşı uygulamasının kanuni temeli bağlamında Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen 1593 sayılı Kanun'un 57. ve 72. maddeleri ile Sağlık Bakanlığının 2008/14 sayılı Genelge'sinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

52. 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde belirli hastalık türleri sayılmış, 72. maddede ise 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda bir kısım tedbire başvurulacağı belirtilmiş ve söz konusu tedbirler arasında hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması şeklindeki tedbire de yer verilmiştir. İlgili Genelge'de ise genel bağışıklama programına ilişkin ilke ve usuller belirlenerek bebeklik dönemini de kapsayacak şekilde belirli yaş grupları için çeşitli periyotlar dâhilinde bazı aşuların uygulanmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Söz konusu Genelge kapsamında yer verilen aşı türlerine bakıldığında 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıklar için tatbiki öngörülenlerle sınırlı bir düzenleme olmadığı anlaşılmakta; başvurucuya tatbiki öngörülen aşuların da 1593 sayılı Kanun'un 57. maddesinde tahdidi olarak sayılan hastalıkları tam olarak karşılamadığı, bu kapsamda 57. maddede zikredilen hastalıklardan birinin ortaya çıkması veya ortaya çıkmasından şüphe edilmesi durumunda hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı uygulanması hususunu düzenleyen 72. madde hükmünün de başvuruya konu uygulamanın kanuni dayanağı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

53. Bunun yanı sıra 1593 sayılı Kanun'da münferiden çiçek aşısının mecburi bir aşı olarak öngörüldüğü ve söz konusu yükümlülüğün zaman ve kişi grupları dikkate alınarak anılan Kanun'un 88.-94. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlendiği görülmektedir. Bunun dışındaki

aşı uygulamasının Sağlık Bakanlığının ilgili Genelgesi kapsamında ve belirlenen program çerçevesinde yapıldığı görülmekle birlikte genel ve zorunlu aşı uygulamasına dayanak oluşturacak bir kanun hükmünün mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

54. Halk Sağlığı Kurumu tarafından gönderilen yazı içeriğinde belirtilen ve aşı uygulamasının kanuni dayanağı bağlamında yer verilerek halk sağlığının korunması ve geliştirilmesi, hastalık risklerinin azaltılması ve önlenmesi, sağlık için risk oluşturan faktörlerle mücadele edilmesi, bulaşıcı ve bulaşıcı olmayan kronik hastalıklar ve belirli hastalık ve risk grupları ile ilgili izleme, inceleme, araştırma, bağışıklama ve kontrol çalışmaları yapılması görevini Halk Sağlığı Kurumuna verdiği belirtilen Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'nın da Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer alan bir temel hakka yönelik sınırlandırma ve müdahale açısından dayanak olamayacağı açıktır.

55. Yukarıda yer verilen tespitler uyarınca başvuruya konu müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşıldığından söz konusu müdahale açısından diğer güvence ölçütlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

56. Açıklanan gerekçelerle zorunlu aşı uygulaması bağlamında başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

57. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararının 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.

58. Başvurucu, uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasını talep etmiştir.

59. Somut başvuruda zorunlu aşı uygulaması açısından maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

60. Zorunlu aşı uygulaması açısından maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu karardan bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın devredildiği ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

61. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Adana (kapatılan) 4. Çocuk Mahkemesinin 2014/32 Değişik İş sayılı dosyasının devredildiği ilgili mahkemeye GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

D. 206,10 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemenin, kararın tebliğini takiben 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,

Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
21/11/2017 tarihinde karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Engin Yıldırım	Serdar ÖZGÜLDÜR	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye	Üye	
Muammer TOPAL	M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrası "Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz." hükmünü taşımaktadır. Bu düzenlemenin gerekçesinde ise "Maddenin ikinci fıkrası işkence, eziyet yahut insan hürriyetiyle bağdaşmayan ceza ve muamele yasağı koymaktadır. Uzun açıklamalara gerek yoktur ki işkence, eziyet yahut insan hürriyetiyle bağdaşmayan ceza veya muamele, bugün ulaşılmış bulunduğumuz uygarlık düzeyinde, hem insani duyguları rencide eder niteliktedir; hem de kişinin vücut bütünlüğüne bir tecavüzdür." denilmektedir. Anayasa'nın 56. maddesinde de **"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak;** insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek **amacıyla** sağlık kuruluşlarını tek elden plânlayıp hizmet vermesini düzenler..." hükmü yer almakta; maddenin gerekçesinde ise "Vatandaşın korunmuş çevre şartlarında **beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamak Devletin ödevidir."** denilmektedir.

Anayasayla Devlete verilen, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmeyi sağlamak görevinin yasal bazda yansıması 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanununda ana hatlarıyla yer almaktadır. Nitekim, anılan Kanun'un 1. maddesinde **"Memleketin sıhhi şartlarını ıslah ve milletin sıhhatine zarar veren bütün hastalıklar veya sair muzır amillerle mücadele etmek ve müstakbel neslin sıhhatli olarak yetişmesini temin ve halkı tıbbi ve içtimai muavenete mazhar eylemek umumi Devlet hizmetlerindedir."** denilmek suretiyle, halkın sağlığının korunması ve gelecek nesillerin sağlıklı biçimde yetişmesi için gerekenlerin yapılması Devlete bir görev olarak verilmiş bulunmaktadır. Aynı Kanun'un 2-4. maddelerinde de Sağlık Bakanlığı'nın bu konudaki görevleri detaylı biçimde sayılmış, bu meyanda ülkedeki her tür ateşli, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadelenin bu Bakanlığın görevleri arasında olduğuna işaret edilmiştir. Kanun'un 57. maddesinde kolera, veba, lekeli humma vb. hastalıklar tek tek sayılmak suretiyle belirtilmiş ve Kanun'un 72. maddesinde bu bulaşıcı ve salgın hastalıklardan biri zuhur ettiği veya zuhurundan şüphelenildiği takdirde alınacak tedbirler arasında **"Hastalara veya hastalığa maruz bulunanlara serum veya aşı tatbiki de"** sayılmıştır. Ne var ki yine Kanun'un 64. maddesinde **"57nci madde de zikredilenlerden başka her hangi**

bir hastalık istilai şekil aldığı **veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde**, o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşrû ilana ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmına tatbika **Sihhat ve İctimai muavenet Vekaleti Salahiyettardır.**” denilmek suretiyle, 57. maddede sayılanların dışındaki hastalıklar yönünden de 72. madde de sayılan tedbirleri almaya **(bu meyanda aşı tatbikine)** Sağlık Bakanlığı’nın yetkili olduğu hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, önleyici mahiyetteki genel ve zorunlu aşı uygulamasının yasal dayanağının bulunmadığı, belirlilik ilkesinin yokluğu nedeniyle kanunilik şartının gerçekleşmediği yolundaki değerlendirmeye katılmaya imkân yoktur. Anayasa’nın belirtilen hükümleri ve gerekçeleri ile 1593 sayılı Kanun’un işaret edilen düzenlemelerin açıklığı karşısında, Devletin sağlıklı bir nesil yetiştirme ve toplum sağlığını koruma görevinin bir parçası olarak, genel ve zorunlu aşı programı uygulamasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Konunun, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde değerlendirilmesinde ise 18 yaşını doldurmamış, bedensel, zihinsel, ahlâki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen çocukların (bu meyanda bebeklik çağımdakilerin) **“korunma ihtiyacı olan çocuk”** olarak değerlendirildiği, bu gruba girenlerin üstün yararları gözetilerek, Kanunda bir takım “koruyucu ve destekleyici tedbirler” öngörüldüğü, bu meyanda “sağlık tedbiri”nin de sayıldığı, bu tedbirlerin alınması için yetkili mahkemelere (Çocuk Hâkimi, Aile Mahkemesi) başvuru usulü ve şartlarının ve başvuruya yetkili kişilerin Kanunda ayrıntılı biçimde düzenlendiği, yetkili kurum olarak görevlendirilen Aile Sosyal ve Politikalar Bakanlığı 11 Müdürlüklerinin “genişletilmiş bağışıklama programı’nda yer alan zorunlu aşıların uygulanması esnasında ebeveynlerce buna izin verilmemesi halinde, aşı uygulanacak çocuğun (bebeğin) “korunmaya muhtaç çocuk” olarak nitelendirilerek, mahkemelere başvurulduğu ve “sağlık tedbiri” talebinde bulunduğu görülmektedir. Başvurunun somutunda da, bu yoldaki sağlık tedbiri talebi mahkemece kabul edilmiş; bu karara karşı vaki itiraz da İtiraz Mahkemelerince reddedilmiştir. Uygulamada derece mahkemelerinin, ebeveynlerin rızasının şart olduğuna dair verdiği bazı kararlar olduğu gibi; bu başvuruda olduğu gibi, çocuğun üstün yararı gözetildiğinde sağlığın korunmasında anlaşılmaktadır.

5395 sayılı Kanun’un 3/1-a ve 5/1-d maddeleri gözetildiğinde, çocuğun (bebeğin) korunmaya muhtaç çocuk olarak kabul edilerek hakkın-

da bebeklik dönemi koruyucu aşlarının yapılması yolunda mahkeme kararıyla başvuru "sağlık tedbiri"nin çocuğun vücut bütünlüğüne yapılan müdahalede "kanunilik" şartını bu yönü itibarıyla de sağladığı açıktır, ayrıca, bu müdahalenin benimsenen sağlık politikası çerçevesinde, küçük yaştaki çocukları ve toplum sağlığını koruma amacına yönelik olduğu, sağlık politikası gereği bu tür uygulamaların yapılmasının, kamu düzeni ve toplum sağlığı gözetildiğinde zorunlu ve gerekli bulunduğu, ülkemizde bulunan üç milyona yakın mültecinin taşıyabileceği hastalık tehlikesi gözetildiğinde ve ülkemizin dünyaya örnek gösterilen zorunlu aşı uygulamasının sonuçları dikkate alındığında ebeveynlerin küçük çocuklarına aşı yapılmasına izin vermemelerinin kamu düzeni ve toplum sağlığı açısından büyük risk oluşturulabileceği, dolayısıyla başvuru çocuğuna aşı yapılması yolundaki müdahalenin (sağlık tedbirinin) "acil bir sosyal ihtiyaç" teşkil ettiği ve çocukların gelişme sürecinde karşılaşılabilecekleri muhtemel hastalıklara karşı bir önlem niteliğinde olduğu dikkate alındığında, bu müdahalenin (aşı yaptırılması yolundaki mahkeme kararının) ölçülü ve orantılı olduğu görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarının incelenmesinde de, zorunlu aşı uygulamaları ile ilgili olarak, kamu sağlığının korunması şeklindeki menfaate üstünlük tanındığı ve zorunlu aşılama şeklindeki müdahalelerin, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında özel hayata saygı hakkını ihlâl etmediği sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır (Olsson/İsveç, B. No: 10465/83, 24.3.1998, § 67; Boffa ve diğ. /San Marino (k.k.), B. No: 26536/95, 15.1.1998, § 4; Solomakhin/ Ukrayna, B. No: 2442903, 15.3.2012, §§ 33-38).

Açıklanan nedenlerle, başvuru yönünden, Anayasa'nın 17. maddesinin ihlâl edilmediği ve başvurunun reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan, ihlâlin mevcudiyeti sonucuna ulaşan çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Bölümümüz çoğunluğu, bebeklik dönemi aşı uygulamasının ebeveyn tarafından kabul edilmemesinden dolayı mahkemece sağlık tedbiri kararı verilmesi sebebiyle temel hakların ihlal edildiği iddiasını konu alan bireysel başvurunun kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek bir neden bulunmadığını belirterek (§ 43) kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Bilindiği gibi, 6216 sayılı Kanunun 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bireysel başvurunun ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem veya ihmali nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabileceği; 47. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ise “başvurucu ve varsa temsilcisinin” kimlik bilgileri ile fıkrafta sayılan hususların belirtilmesi gerektiği hükme bağlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 59. maddesinde de aynı hususlar daha ayrıntılı olarak düzenlenmekte; maddenin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde “Başvurucunun adı, soyadı, vatandaşlık numarası, doğum tarihi ve yeri” ile bentte belirtilen diğer bilgilerin; (e) bendinde “kanunî temsilcisi... varsa, kanunî temsilcisinin” bentte sayılan bilgilerin ve (e) bendinde “Başvurucunun güncel ve kişisel bir temel hakkının doğrudan zedelendiği iddiasının dayanakları”nın başvuru formunda yer alması gerektiği hükme bağlanmaktadır. İçtüzüğü’nün 61. maddesinde de bireysel başvurunun, bizzat başvuru veya başvuru kanunî temsilcisi varsa onun tarafından yapılabileceği belirtilerek buna ilişkin hükümlere yer verilmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun, dava ehliyetinin medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği ve medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanların kanunî temsilcileri tarafından temsil edileceği yönündeki 51. ve 52. maddeleri hükümlerinin bireysel başvuru konusunda somutlaştırılması anlamına gelen kanunî temsile ilişkin yukarıdaki hükümlere göre, dava açma ehliyeti bulunmayan bebek adına da ancak kanunî temsilcisi (velisi) tarafından bireysel başvuruda bulunulabilir.

Oysa incelenen başvuruda, kararda başvuru olarak gösterilen bebeğin babası tarafından ve kanunî temsilcilik sıfatı belirtilmeden, başvuru olarak doğrudan kendi adı, soyadı ve diğer bilgileri belirtilmek suretiyle bireysel başvuruda bulunduğu, matbu bireysel başvuru formunda başvuru ve kanunî temsilcisine ait farklı bölümler bulun-

masına rağmen, başvurucuya ait bölümde çocuktan bahsedilmediği ve başvuru formunun diğer bölümlerinde çocuğun adı dışımda hiçbir kimlik bilgisine yer verilmediği görülmektedir.

Başvuru formunun “Sonuç Talepleri” Bölümünde de söz konusu sağlık tedbiri kararının, aşı yaptırılması konusunda veliye baskı uygulanması anlamına geldiğinden Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürüldüğü anlaşılmaktadır.

6216 sayılı Kanununun 49. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruların incelenmesinde bu Kanunda ve İçtüzükte hüküm bulunmayan hâllerde ilgili usul kanunlarının bireysel başvurunun niteliğine uygun hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmakta; 6100 sayılı Kanunda da bu konuda bir hüküm bulunmamakla birlikte, “kanunî temsilci, (temsil ettiği kişinin adını yazmadan ve temsilci sıfatını bildirmeden) davayı kendi adına açarsa, böyle bir dava(nm) sıfat yokluğundan reddedil(eceği), ancak dava dilekçesinin tümünden, davanın temsil edilen (dava ehliyeti bulunmayan) kişi adına açıldığı anlaşılabilirse, o zaman davanın reddedile(meyeceği); davaya, dava ehliyeti bulunmayan adına kanunî temsilci tarafından devam edil(eceği)” kabul edilmektedir (Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü,

A. I, 4. bs., Ankara 1979, s. 686 ve bu bölümdeki dipnotlarda atfı yapılan Yargıtay kararları).

Yukarıda da belirtildiği üzere, kararda başvurucu olarak belirtilen çocuk başvuru formunda başvurucu olarak gösterilmemekte, hatta açıkça güncel ve kişisel bir hakkının ihlal edildiği bile ileri sürülmemekte, buna karşılık velisinin bu yönde iddialarla “başvurucu” olarak kendi kimlik bilgileriyle (ve bebeğin ismi dışımda hiçbir kimlik bilgisine yer vermeden) başvuruda bulunduğu görülmektedir. Üstelik başvuru dilekçesinin tamamından başvurunun temsil edilen bebek adına yapıldığı da anlaşılammakta; 6100 ve 6216 sayılı Kanunlarla İçtüzükte böyle bir durumda Mahkememizce re’sen düzeltme yapılmasına imkân veren bir hüküm de bulunmamaktadır.

Bu itibarla başvurunun bebeğin adına yapıldığının anlaşıldığı ve başvuru formunda başvurucu olarak gösterilen kişinin başvuru temsilcisi olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki bir kabulün kabul edilebilir bulunmasının ve bu sıfatların düzeltilerek bireysel

başvurunun incelenmesinin, yukarıda belirtilen Kanunların ve İÇTüzüğü'n ilgili hükümlerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in bazı kararlarında da belirtildiği üzere, usul kuralları uygulanırken mahkemeye erişim hakkını engelleyecek şekilde katı şekilcilikten de, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak şekilde aşırı esneklikten de kaçınmak gerekmektedir. Ancak başvurunun sıfat yokluğundan reddedilmesi yukarıda belirtilen usul kurallarının uygulanmasında "katı şekilci" bir yaklaşım olarak değerlendirilemeyeceği gibi, çoğunluğun kabulü, başvuru şartı olarak belirlenen usul şartlarının ortadan kalkmasına yol açacak esneklikte bir yoruma işaret etmektedir.

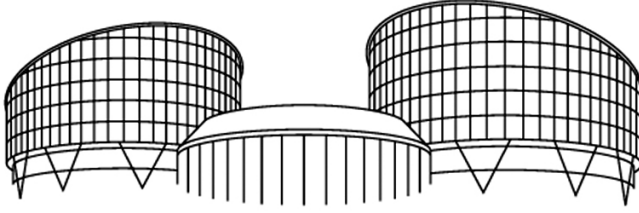
Bu sebeplerle, kendi adına bireysel başvuruda bulunan Mehmet Sezer'in mahkemece verilen sağlık tedbiri kararından dolayı güncel ve kişisel bir hakkının doğrudan etkilenmesi söz konusu olmadığından, incelenen başvurunun kişi bakımından yetkisizlik sebebiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği ve kendi adına başvuruda bulunan kişinin başvuru temsilcisi olarak, çocuğunun da başvuru olarak gösterilmesi suretiyle başvurunun incelenmesine devam edilmesinin yukarıda belirtilen kanunlara göre mümkün olmadığı düşünülmesiyle çoğunluğun kabul edilebilirlik kararına katılmıyorum.

Üye

M. Emin KUZ

Kötü Muamele Yasası (Cezaevlerindeki İhmaller)

-
- *Yiğit ve Diğerleri / Türkiye Kararı (AİHM)*
 - *F.E. ve Diğerleri Başvurusu (AYM)*
-



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İKİNCİ BÖLÜM**

YİĞİT VE DİĞERLERİ / TÜRKİYE KARARI
(Başvuru No. 74521/12)

KARAR

STRAZBURG

23 Haziran 2020

İşbu karar kesinleşmiştir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2020. Bu gayri resmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Yiğit ve diğerleri / Türkiye davasında,

Başkan

Valeriu Grifco,

Hâkimler Arnfinn Bårdsen,

Peeter Roosma,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdür Yardımcısı* Hasan Bakırcı'nın katılımıyla Komite olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), Türkiye Cumhuriyeti aleyhine sunulan, yukarıda belirtilen başvuruyu (No. 74521/12), bu başvuru kapsamında, ekteki listede belirtilen yedi Türk vatandaşının ("başvuranlar") 26 Eylül 2012 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca Mahkemeye başvurmalarını, Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin şikâyetin Türk Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesi yönündeki kararı, tarafların görüşlerini, Mahkemenin başvurunun bir Komite tarafından incelenmesine karşı Hükümetin dile getirdiği itirazı reddettiği kararı dikkate alarak, 26 Mayıs 2020 tarihinde gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

Mevcut dava, tutuklular ile cezaevi gardiyanları arasında yaşanan bir tartışma sırasında kötü muamele iddialarıyla ilgilidir.

OLAY VE OLGULAR

1. Başvuranlar, ekte bulunan listede belirtilen tarihlerde doğmuşlardır. Başvuranlar, Adana Barosuna bağlı Avukat S. Aracı Bek tarafından temsil edilmektedirler.

2. Hükümet, kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Söz konusu dönemde reşit olmayan başvuranlar, 2010 yılında farklı tarihlerde, yasa dışı silahlı bir örgüt olan PKK'nın gösterilerine katıldıkları gerekçesiyle tutuklanarak, Pozantı Çocuk Ceza İnfaz Kurumu'na konulmuşlardır.

4. Başvuranların, tanıdıkları tutukluların buldukları bir birime nakledilme talepleri, Cezaevi İdaresi tarafından 5 Ocak 2010 tarihinde reddedilmiştir. Başvuranlar, içinde buldukları yaşam alanını ateşe vermişler, sloganlar atmışlar ve kapılarına barikat kurmuşlardır. Bu olay

sırasında, dokuz pencere, banyo kapısı ve televizyon kırılmış, sandalyeler, bir masa ve dolapların bir kısmı yakılmıştır.

5. Başvuranlar, 22 Ocak 2010 tarihinde, Ceyhan M Tipi Ceza İnfaz Kurumu'na nakledilmişlerdir. Başvuranlar, PKK üyesi olan diğer tutukluların buldukları bir yaşam alanına konulmaları amacıyla iki gün boyunca sloganlar atmışlardır.

6. İdarenin başvuranların yeni bir yaşam alanına konulmalarına karar vermesi nedeniyle, 25 Ocak 2010 tarihinde, Ceyhan Ceza İnfaz Kurumu gardiyanları ile bu nakledilmeye karşı çıkan başvuranlar arasında bir arbede yaşanmıştır. Birçok gardiyan, ilgilileri etkisiz hale getirmek ve yeni yaşam alanlarına götürmek için müdahalede bulunmuştur.

7. Aynı gün, Ceza İnfaz Kurumu Müdürü, olay sırasında müdahale eden yirmi üç gardiyanın ifadelerini almıştır. İlgililer, müdahalenin başvuranların şiddet içeren davranış ve kışkırtmalarıyla gerekli hale geldiğini belirterek, olayları ayrıntılı olarak anlatmışlardır.

8. Ceza İnfaz Kurumu Müdürü, 27 Ocak 2010 tarihinde, başvuranların ifadelerini almıştır ve başvuranlar, gardiyanlar tarafından saldırıya uğradıklarını ve darp edildiklerini iddia etmişlerdir.

9. Başvuranların avukatı, 28 Ocak 2010 tarihinde, Ceyhan Cumhuriyet Savcısı'na ("Cumhuriyet Savcısı") suç duyurusunda bulunmuştur.

10. Cumhuriyet Savcısı, 1 Şubat 2010 tarihinde, tıbbi muayene için başvuranların nakledilmesine karar vermiş ve ileri sürülen olayların yaşandığı tarihte müdahale eden personelin kimliği hakkında bilgi talep etmiştir.

11. Başvuranlar, 4 Şubat 2010 tarihinde, Ceyhan Devlet Hastanesinde ("Hastane") muayene edilmişlerdir. Bu muayenelere ilişkin raporlara göre, ilgililerin yaralanmaları hayati tehlike taşımamakta ve basit tıbbi müdahale ile tedavi edilebilmekteydi. Raporlarda, aşağıdaki bireysel tespitler de belirtilmiştir:

- Haval Yiğit: Sırtta ve sağ bacağın üst kısmında subjektif bir ağrı hissi.

- Ahmet Ayaz: Bel bölgesinin sağ tarafında hafif bir morartı ve ağrı hissi.

- Hasan Şeker: Burunda 0,5 cm çapında eski bir lezyon.

- Murat Dinçer: İlgilide herhangi bir lezyon tespit edilmemiştir.

- İnan Taş: Sağ dirsekte 1 cm çapında dikilmiş eski bir lezyon izi ve sol kaval kemiği üzerinde subjektif bir ağrı hissi.

- Uğur Daşgan: Kafada sol parietal bölgede subjektif bir ağrı hissi, sol ayak başparmağının tırnağının altında hematoma ve sol kaval kemiği üzerinde ağrı hissi.

- Kani Fırat: Başın derisinde oksipital bölgede 1 cm çapında iyileşmiş lezyon izi, sol kolda ve sol uylukta ağrı hissi.

12. Cumhuriyet Savcısı, 9 Şubat 2010 tarihinde, Ceza İnfaz Kurumu İdaresinden, olayla ilgili olarak başlatılan iç soruşturma dosyasının bir nüshasının kendisine iletilmesini talep etmiştir.

13. Kani Fırat hariç olmak üzere, başvuranlar, 15 Şubat 2010 tarihinde, Cumhuriyet Savcısı tarafından dinlenmiştir. Başvuranların ifadelerine göre, İdare, ilgililere, C/16 no.lu yaşam alanına nakledileceklerini bildirmiş ve ilgililer bu duruma itiraz etmişler, zira ilgililer tanıdıkları tutukluların buldukları bir başka yaşam alanına nakledilme isteklerini dile getirmişlerdir. Ceza İnfaz Kurumu İdaresi, ilgililerin taleplerini reddetmiş, ardından yaklaşık yirmi gardiyan ilgililerin yaşam alanlarına gelmişler ve ilgililere coplarla vurmaya ve hakaret etmeye başlamışlardır. Gardiyanlar ayrıca, ilgililerin üzerine kovalarla soğuk su dökmüşlerdir. Bu başvuranlar, ardından tümünün revire götürüldüğünü iddia etmişlerdir. Başvuranlar ayrıca, yaşam alanlarının duvarlarına, kapısına veya pencerelerine vurmadıklarını belirtmişlerdir.

14. Ceza infaz kurumu gardiyanlarının ifadeleri, 24, 25 ve 26 Şubat 2010 tarihlerinde, Cumhuriyet Savcısı'nın kararı üzerine ceza infaz kurumu idaresi tarafından yeniden alınmıştır.

15. Kani Fırat'ın ifadesi, 26 Mart 2010 tarihinde, ilgilinin bu süre zarfında nakledildiği Mersin'deki Cumhuriyet Savcısı tarafından istinabe yoluyla alınmıştır. Kani Fırat'ın ifadelerine göre, gardiyanlar yaşam alanlarına geldikleri ve kendilerini darp etmeye başladıkları sırada, kendisi, bitişikteki iç avluya götürülmüş ve bir gardiyan başına süpürgeyle vurmuştur. İlgili bayılmış, ardından revirde uyandırılmış ve revirin doktoru yarasını tedavi etmiştir.

16. Cumhuriyet Savcısı, 14 Nisan 2011 tarihinde, kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Cumhuriyet Savcısı, verdiği kararda, ileri

sürülen olayların meydana geldiği tarihte, başvuranların bir başka yaşam alanına nakledilmeyi reddettiklerinin, koridorlara kaçarak, karışıklığa neden olduklarının, yaşam alanlarının kapısının kilidini ve pencere camlarını kırdıklarının tespit edildiğini belirtmiştir. Gardiyanlar önce, ilgilileri sakinleştirmeye çalışmışlardır. Başvuranlar, kırık cam parçaları, su bardakları ve çay fincanları atarak, gardiyanlara saldırmışlar ve süpürgelerle vurmuşlardır. Gardiyanlar, başvuranları etkisiz hale getirmek ve yeni yaşam alanlarına götürmek için orantılı bir güç kullanmışlardır. Cumhuriyet Savcısı, tıbbi raporlara atıfta bulunmuş ve ilgililerin basit tıbbi müdahalelerle tedavi edilebilecek yaralanmalardan muzdarip olduklarını belirtmiştir. Cumhuriyet Savcısı böylelikle, güç kullanımında kanunla düzenlenen sınırlara uyulmaması suçunun kurucu unsurlarının somut olayda oluşmadığı kanısına varmıştır.

17. Osmaniye Ağır Ceza Mahkemesi, 2 Şubat 2012 tarihinde, Cumhuriyet Savcısı'nın etkin bir soruşturma yürüttüğü ve bu soruşturma kapsamında toplanan delil unsurlarının gardiyanlar hakkında bir yargılamanın başlatılmasını gerektirecek nitelikte olmadığı kanaatine vararak, söz konusu kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı başvuranlar tarafından yapılan itirazı reddetmiştir. Bu karar, 29 Mart 2012 tarihinde başvuranlara tebliğ edilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

18. Başvuranlar, kötü muameleye maruz kaldıklarını iddia etmekte ve bu bağlamda yürütülen soruşturmanın etkin olmamasından şikâyet etmektedirler. Başvuranlar, Sözleşme'nin 3, 5, 6. ve 13. maddelerini ileri sürmektedirler.

19. Hükümet, başvuranların iddialarını kabul etmemektedir. Hükümet, ilgililer hakkında zorlayıcı güç kullanılmasının, ceza infaz kurumu personeline karşı şiddet içeren tepkileri nedeniyle haklı gösterildiğini ve ilgilileri kontrol altına alma yönündeki meşru amaçla orantılı olduğunu ileri sürmektedir.

20. Mahkeme, bir şikâyetin, olgusal iddialar ve hukuki argümanlar olmak üzere iki unsur içerdiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, "Hâkim hukuku kendiliğinden uygular" ("*jura novit curid*") ilkesi gereğince, Sözleşme ve Protokolleri uyarınca başvuran tarafından ileri sürülen hu-

kuki gerekçelere bağlı kalmadığını ve bir şikâyeti, başvuran tarafından ileri sürülenler dışındaki Sözleşme maddeleri ya da hükümleri kapsamında inceleyerek, bu şikâyete konu edilen olaylara ilişkin yapılacak hukuki nitelendirme hususunda karar verebileceğini hatırlatmaktadır (*Radomilja ve diğerleri/Hırvatistan* [BD], No. 37685/10 ve 22768/12, § 126, 20 Mart 2018). Somut olayda, Mahkeme, şikâyetlerin yalnızca Sözleşme'nin 3. maddesi açısından incelenmesi gerektiği kanaatine varmaktadır. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.”

21. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve öte yandan, başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle bağdaşmadığını tespit ederek, kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

22. Konuya ilişkin genel ilkelerle ilgili olarak, Mahkeme, *El-Masri/ Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* ([BD], No. 39630/09, §§ 182-185 ve 195-198, AİHM 2012), *Mocanu ve diğerleri/Romanya* ([BD], No. 10865/09 ve diğer 2 başvuru, §§ 314-326, AİHM 2014 (özetler)) ve *Bouyid/Belçika* ([BD], No. 23380/09, §§ 81-90, 100-101 ve 114-123, AİHM 2015) kararlarına atıfta bulunmaktadır.

23. Mahkeme, somut olayda, başvuranlar ile ceza infaz kurum personeli arasında bir tartışmanın yaşandığına itiraz edilmediğini kaydetmektedir. Davaya ilişkin ortaya konulan koşullar aynı zamanda, kullanılan gücün, başvuranların davranışlarıyla, yani istedikleri yaşam alanının dışındaki bir yaşam alanına nakledilmeyi fiziksel olarak engellemeleriyle ve kışkırtma durumlarıyla gerekli hale geldiğinin belirtilmesine imkân vermektedir. Mahkeme dolayısıyla, kullanılan gücün orantılılığını inceleyecektir.

24. Başvuranlar, coplarla darp edildiklerini, hakarete uğradıklarını ve üzerlerine kovalarla su döküldüğünü iddia etmektedirler.

25. Mahkeme, başvuranların, iddialarına göre, olayların yaşandığı 25 Ocak 2010 tarihinde cezaevinin revirinde ilk defa muayene edildiklerini veya tedavi edildiklerini tespit etmektedir (yukarıda 13 ve 15. paragraflar). Bununla birlikte, bu amaçla herhangi bir kaydın tutulmadığı anlaşılmaktadır.

26. Mahkeme, ilgililerin yalnızca, ileri sürülen olayların meydana

geldiği 4 Şubat 2010 tarihinden dokuz gün sonra resmi olarak tıbbi bir muayeneye tabi tutulduklarını gözlemlemektedir (yukarıda 6 ve 11. paragraflar). Mahkeme ayrıca, bu bağlamda düzenlenen tıbbi raporlarda, niteliği ve bunların meydana gelmiş olabileceği tarihin tespit edilmesi mümkün olmaksızın, başvurularında “eski” olarak belirtilen bazı lezyonların bulunduğu ifade edildiğini saptamaktadır.

27. Bu nedenlerle, başvurular Haval Yiğit ve Murat Dinçer ile ilgili olarak yaralanmabulunmadığına ilişkin belirti, davanın kendine özgü koşullarında herhangi bir önem taşımamaktadır.

28. Mahkeme ayrıca, başvuruların uyumlu ifadelerine göre, Kani Fırat’ın başından darbe aldığını ve ilgili hakkında düzenlenen tıbbi raporda, ilgilinin vücudunun bu yerinde “iyileşmiş bir yaranın” bulunduğu belirtiltiğini tespit etmektedir (bk., yukarıda 11. paragraf).

29. Öte yandan, Mahkeme, gardiyanların ifadelerinin ceza infaz kurumu müdürü tarafından alındığını ve Cumhuriyet Savcısı’nın ilgilileri bizzat dinlemeksizin bu belgelerle yetindiğini saptamaktadır. Bu nedenle, Cumhuriyet Savcısı, ceza infaz kurumu personelinin başvurduğu yöntemleri veya kullanılan gücün derecesini kesin olarak tespit etmeye çalışmamıştır.

30. Başvuruların tamamen yetkili makamların kontrolü altında bulunmasını, olayların meydana geldiği tarihte veya olayların ardından makul bir süre içinde ilgililerin sağlık durumunu belirten tıbbi raporların alınmamasını ve Cumhuriyet Savcısı’nın gardiyanları sorgulamamasını dikkate alarak Mahkeme, müdahalenin ilgililerin davranışlarıyla gerekli hale geldiğini kabul ederek, güç kullanımının orantılılığına ışık tutabilecek nitelikte bir soruşturmanın somut olayda yürütülmediği kanaatine varmaktadır. Sonuç olarak, Sözleşme’nin 3. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.

31. Soruşturmanın etkinliğine zarar veren bu unsurlar, başvuruların yaralanmalarının ne zaman ve ne şekilde meydana gelmiş olabileceği hususuyla ilgili bir sonuca varılmasını da engellemektedir (bk., örnek olarak, güç kullanımının orantılılığı ve gerekliliği ile ilgili bir inceleme için, *Ahmet Akman/Türkiye*, No. 33245/05, §§ 41-42, 13 Ekim 2009). Bununla birlikte, Mahkeme, elinde bulunan unsurları dikkate alarak, başvuruların davranışlarının, ilgililerin kendilerine zarar vermelerini engellemek ve meydana gelmiş yaralanmaları açıklayabilmek için orantılı güç kullanımını gerektirdiği şeklinde değerlendirilebileceği hususunu göz ardı edemez. Böylelikle Mahkeme, başvuruların bu olaylar sırasın-

da kötü muameleye maruz kaldıklarını “her türlü makul şüphenin ötesinde” (yukarıda anılan *Bouyid* kararı, § 82) tespit edemez. Dolayısıyla Mahkeme, Sözleşme’nin 3. maddesinin esas yönünden ihlal edildiğini belirtmek için yeterli unsurlara sahip değildir (bk., aynı anlamda, *Nasrettin Aslan ve Zeki Aslan/Türkiye*, No. 17850/11, §§ 47-49, 30 Ağustos 2016). Bununla birlikte, Mahkeme, bu sonucun yukarıda tespit edildiği üzere, ulusal hukukta yürütülen soruşturmanın etkin olmamasından kaynaklandığının altını çizmektedir (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), *Daşlık/Türkiye*, No. 38305/07, §§ 52 ve 54, 13 Haziran 2017, bu davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), *Danelia/Gürcistan*, No. 68622/01, §§ 42-45, 17 Ekim 2006, ve *Döndü Erdoğan/Türkiye*, No. 32505/02, §§ 48-50, 23 Mart 2010, söz konusu davalarda herhangi bir delil unsurunun bulunmaması, soruşturmanın etkin olmaması dikkate alınarak makamlara atfedilmiştir).

II. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

32. Sözleşme’nin 41. maddesi uyarınca,

“Eğer Mahkeme, bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

33. Başvuranlar, kendilerine verilen süreler içinde adil tazmin bağlamında herhangi bir talep sunmamışlardır. Sonuç olarak, Mahkeme, bu bağlamda ilgililere herhangi bir meblağın ödenmesine gerek olmadığı kanısına varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna,
2. Sözleşme’nin 3. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine,
3. Sözleşme’nin 3. maddesinin esas yönünden ihlal edilmediğine karar vermiştir.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü’nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gereğince 23 Haziran 2020 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Hasan Bakırcı

Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Valeriu Gri’co

Başkan



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

F.E. VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU
(Başvuru Numarası: 2014/15586)

Karar Tarihi: 23/1/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 1/3/2019 - 30701

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	:Engin YILDIRIM
Üyeler	:Recep KÖMÜRCÜ Muammer TOPAL M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	:Murat ŞEN
Başvurucular	:1. F.E. 2. A.D. 3. B.D. 4. H.E. 5. K.Ş. 6. M.K. 7. B.K. 8. F.T. 9. E.T. 10. M.H.A. 11. H.B.
Vekilleri	:Av. Senem DOĞANOĞLU Av. Hürmüz BİÇER Av. Dilan COŞKUN Av. Fatma GÜNEŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, infaz koruma memurlarının hükümlü ve tutuklu çocuklara sistematik ve insan onuruna aykırı bir şekilde davranarak kötü muamele yaşağını ihlal ettikleri iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 23/9/2014 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 ekleri ile Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla Ankara Batı (Sincan) Cumhuriyet Başsavcılığından temin edilen belgelere göre ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. Başvurucular olayların meydana geldiği 1/1/2014 tarihinde Ankara (Sincan) Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda terör örgütü üyeliği suçundan tutuklu olarak bulunmaktadır. Başvurucuların doğum tarihleri 1/3/1996 ile 10/12/1997 tarihleri arasında değişmekte olup tamamı olay tarihinde 16-17 yaş grubundadır.

9. Başvuruculardan F.E., A.D., B.D., H.E. C-10 ünitesinde; M.K., K.Ş., B.K., F.T., E.T., M.H.A. ve H.B. C-12 ünitesinde kalmaktadır.

10. 1/1/2014 tarihinde Ceza İnfaz Kurumunda görevli dört infaz koruma memuru saat 16.05'te sayım için C-10 ünitesine gelmişlerdir. Sayım esnasında başvuruculardan H.E.nin sayım için üst kattan inmemesi üzerine C-10 ünitesinde kalan başvurucular ile infaz koruma memurları arasında tartışma başlamıştır.

11. Başvurucular, tartışmanın nedeninin başvuruculardan H.E.nin hasta olması sebebiyle sayım için üst kattan inmemesi üzerine infaz koruma memurlarının sayıma herkesin katılmasında ısrarcı olarak hakaret ve tehditlerde bulunmaları olduğunu ileri sürmüşlerdir. İnfaz koruma memurları ise tartışma nedeninin başvuru H.E.nin sayım için çağrıldığında sayıma karşı çıkması ve diğer tutuklu çocukların hakarete bulunması olduğunu belirtmişlerdir.

12. İnfaz koruma memurları ile tutuklu çocuklar arasında başlayan tartışma esnasında başvuru B.D. infaz koruma başmemuruna kafa atarak

saldırmıştır. Bu olay üzerine diğer tutuklu çocuklar da diğer infaz koruma memurlarına vurmaya başlamışlardır. İnfaz koruma memurları da karşılık vermeye başlamıştır. Bu esnada başvuru H.E. de üst kattan inerek önce başmemura, daha sonra infaz koruma memurlarına saldırmıştır. Başvurucular temizlik için kullanılan çekpas sopalarını alarak saldırmaya devam etmişlerdir.

13. Kavga seslerinin duyulması ve başmemurun yardım istemesi üzerine diğer infaz koruma memurları da C-10 ünitesine gelerek tutuklu ve hükümlüleri kontrol altına almaya çalışmış ve kontrol altına alınan çocuklar müşahede odasına götürülmüştür.

14. İnfaz koruma memurlarının iddiasına göre, C-10 ünitesindeki tutuklu çocukların C-12 ünitesine işaret etmesiyle buradaki tutuklu çocuklar da hakaret ederek camlara vurmaya başlamıştır. İnfaz koruma memurlarından birinin C-12 ünitesinin kapısını sürgülemesi üzerine tutuklu çocuklar dışarıya çıkamamıştır. Dışarı çıkamayan çocuklar kapılara vurup bağirmaya başlamış ve diğer ünitelerdeki hükümlü ve tutukluları kışkırtıp isyan çıkarmaya çalışmışlardır. Dışarı çıkmaları engellenen C-12 ünitesindeki çocuklar üst kata çıkarak ünite içinde bulunan masa tenisi masası, ayakkabılıklar, odalarda sabit hâlde bulunan elbise dolapları, yatak ve nevresimlerle barikat kurmuşlardır.

15. Olay, Ceza İnfaz Kurumu müdürü ve ikinci müdürüne bildirilmiş, bunun üzerine mesaide olmayan bazı infaz koruma memurları da göreve çağırılmıştır. Ayrıca 112 Acil Servis aranarak C-12 ünitesine nasıl müdahale yapılacağı planlanmıştır.

16. Görevli infaz koruma memurları öncelikle çocuklara ihtarda bulunarak olayların sona erdirilmesini istemiştir. Tutuklu çocuklar uyarıları reddederek ellerindeki sert cisimleri ve eşyaları merdivenden çıkmaya çalışan infaz koruma memurlarının üzerine atmışlardır. Tutuklu çocukların yangın çıkarma tehditleri üzerine yangın söndürme tüpü ve tazyikli su ile müdahalede bulunulmuştur. Bu esnada üst kattan atılan bir dolap yangın söndürme tüpünü patlatmıştır. İnfaz koruma memurlarından bazıları atılan cisimler nedeniyle yaralanmıştır.

17. Olayların kontrol altına alınmasından sonra C-10 ünitesindeki dört çocuk 1 No.lu müşahede bölümüne, C-12 ünitesindeki yedi çocuk ise 2 No.lu müşahede bölümüne konulmuştur. Bu çocuklara, müşahede bölümüne götürülürken infaz koruma memurlarına ve kendilerine zarar vermelerini engellemek için plastik kelepçe takılmıştır.

18. Olay sonrasında tutuklu on bir çocuk hakkında idari soruşturma başlatılmış ve kaldıkları kurumun değiştirilmesine karar verilmiştir. Dört çocuk

İzmir (Şakran) Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna, dört çocuk İstanbul (Maltepe) Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna 3/1/2014 tarihinde nakledilmiştir.

19. Ceza İnfaz Kurumu müdürü tarafından 2/1/2014 tarihinde Ankara Batı (Sincan) Cumhuriyet Savcılığına da suç duyurusunda bulunulmuştur. Öte yandan olay günü görevli infaz koruma memurları hakkında da idari soruşturma başlatılmıştır. Olaylara ilişkin olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Türkiye İnsan Hakları Kurumu (TİHK) iki ayrı rapor hazırlamıştır.

A. Tutuklu Çocukların Beyanları

1. Başvurucu F.E.nin Beyanları

20. Başvurucu F.E. olaydan bir gün sonra 2/1/2014 tarihinde avukatlarla görüşmüştür. Görüşme tutanağı kapsamında başvurucu, H.E.nin hasta olması sebebiyle sayıma çıkmadığını, H.E.nin gelmesi için infaz koruma memurunun sayım alanında koltuğa oturarak bacak bacak üstüne atması üzerine A.D.nin "Saygılı ol" dediğini ve infaz koruma memurunun küfrettiğini, B.D.nin de infaz koruma memuruna kafa attığını ve koğuşa gelen infaz koruma memurlarının kendilerini dövdüğünü, sonra ise müşahede odasına götürdüklerini ifade etmiştir. Başvurucu, müşahede odasında kendisine giyecek ve yemek verilmediğini ileri sürmüştür; ayrıca ayağının kırık olduğunu beyan etmesine rağmen sağlık raporunda bu hususun belirtilmediğini ifade etmiştir. Başvurucu olaydan sonra müşahede odasında tekrar dayak atıldığını ve ellerinin kelepçelendiğini iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, kendisine bir battaniye verildiğini ve olaydan bir gün sonra yatak verildiğini belirtmiştir.

21. Başvurucunun TİHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

"C10 Ünitesinde kalan F.E., Hakkari'den Sincan Cezaevine nakledildiğini, yolculuk esnasında kendisine yemek verildiğini, olay günü H.E. isimli arkadaşının hasta olması nedeniyle aşağıdaki sayıma inmediğini, infaz koruma memurlarının inmesi için ısrarcı olduklarını, daha sonra memurların kendilerine küfrettiklerini ve B.D. isimli arkadaşlarının üzerine atıldıklarını, ancak ilk hareketin arkadaşlarından mı yoksa memurlardan mı geldiğini bilmediğini, kendilerinden istenmesine rağmen adli mahkumlar gibi ayakta sayım vermediklerini, ortak kullanım alanında oturarak sayım verdiklerini, arbededen sonra memurların kendilerini döverek müşahede odasına götürdüklerini, aynı gün doktora götürüldüklerini, müşahede odasının pencerelerinin kapalı olduğunu ve

kaloriferlerin yandığını ifade etmiştir.”

22. Başvurucunun 9/1/2014 tarihinde suça sürüklenen çocuk sıfatıyla Cumhuriyet savcısına verdiği beyan şöyledir:

“Biz C10 koğuşunda A.D., B.D., H.E. olduğu halde dört kişi kalıyorduk. Olay günü H.E. hasta olduğu için sayım nedeniyle aşağı inmek istemedi 6-7 tane İnfaz Koruma Memuru odaya geldi. Niye sayıma gelmiyorsun dedi o da hastayım dedi, aşağıya gelmezsen biz burda oturacağız dediler. O esnada ben mutfağa geçtim dönüşte bağırma sesleri duydum, “siz kimsiniz, bize karşı gelemezsiniz” diye İnfaz koruma memurları bağırdı. A.D. ile B.D.nin üstüne İnfaz koruma memurları atladılar ben ne oluyor demeye kalmadan beni şu anda adını bilmediğim ancak fotoğrafını görsem tespit edeceğim infaz koruma memuru darp etmeye başladı. “piçler, o.. Çocukları” diyerek bana küfür etti. Daha sonra koğuşta bulunan A., B., H. ve beni döverek aşağı müşahede odasına götürdüler burada süngerli odaya doğru çektiler. C12 de ne olduğunu ben bilmiyorum ancak bizim üzerimizde çakmak yoktu duyduğum kadarıyla C12 de kalan tutuklulara İnfaz koruma memurlarından biri küfür etmiş, sıra size de gelecekdemiş bu nedenle bu kişilerde barikat kurmuşlar ben hiç biryeri kırmadım, ancak bana infaz koruma memurları vurunca bende onlara vurdum kendimi savundum. Olay bu şekilde olmuştur. Ben infaz koruma memurlarından şu anda şikayetçi değilim dedi.”

2. Başvurucu A.D.nin Beyanları

23. Başvurucu A.D.nin TIHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

“Olay esnasında C10 koğuşunda (ünite) kalmakta olan A.D., olay günü C10 koğuşunda (ünite) dört kişi oturduklarını, H.E. adlı arkadaşlarının hasta olduğunu, memurlar ısrarla “aşağıya geleceksin, köpek gibi ayağımıza geleceksin” diyerek küfür ettiklerini, ayak ayaküstüne attıklarını, “ayak ayaküstüne atmayın, bize saygı gösterin” dediklerini, bunun üzerine olayların çıktığını, olay gününe kadar sayım verdiklerini bir sorun yaşamadıklarını, olay günü H.E.’nin hasta olduğunu, küfür etmeksizin güzelce konuşulseydi arkadaşlarının aşağıya ineceğini ve bu olayın olmayacağını, fiili saldırıyı ilk olarak kimin başlattığını bilemediğini, ilk saldırı hareketini kendilerinin de yapmış olabileceğini, olay esnasında cam kırmadıklarını ve hiçbir şeye zarar vermediklerini,

Sincan Cezaevine olaylardan önce iki hafta önce gelmiş olduğunu, ayakta sayım konusunda görevliler ısrar etmeleri nedeniyle açlık grevine

gitmeyi düşündüklerini, kendilerinin diğer adli tutuklu ve mahkûmlardan farklı bir muameleye tabi tutulduklarını, örneğin Kürtçe şarkı söyledikleri için tutanak tutularak disiplin cezası verilmekle tehdit edildiklerini,

Olaydan sonra, kendisine arkadan kelepçe takıldığını, elleri kelepçeli olarak süngerli odada altı saat kaldığını, bilahare kampüsteki hastaneye götürüldüğünü, hastanede jandarma komutanının kendisi için “rapor rapor vermeyin” dediğini, doktorla görüşüp konuştuğunu, kendisine doktor raporu verildiğini ancak raporun içeriğini görmediğini, hastaneden dönüşte çıplak aramaya maruz kalmadığını, kamerasız odada dövüldüğünü,

Müşahede odasında yataksız ranza üzerinde iki gün yattığını, ertesi güne kadar yatak verilmediğini, ayakları ve ellerinin yara olduğunu, boynunu kırıpratmadığını, ellerinin kelepçe izi olduğunu, odada bulunan üst camın kenarının açık olduğunu, kaloriferin yanmadığını odanın soğuk olduğunu, elbisesinin kendisine verilmediğini, müşahedede kaldığı sırada yemek verildiğini,

... ifade etmiştir.”

24. Başvurucunun mağdur sıfatıyla İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği beyan şöyledir:

“Olay günü Ankara Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz kurumunun C-10 koğuşunda ... bulunduğum esnada [infaz koruma memurları] koğuşa gelerek sayım yapacaklarını söylediler. H. dışındaki 2 kişi ve beni saydılar. Bu esnada hasta olan ve yatakta yatan arkadaşımız H.E. üst kattan aşağı inip infaz koruma başmemuru K.O.ya görüldü. Rahatsız olduğunu söyleyerek yatağına gitmek istediğini beyan etti. Ancak başmemur K.O. H.E.ye dönerek “köpek gibi ayağıma geleceksin” diye bağırdı. Ben ve diğer 2 arkadaşım sayımda bir sorun olmadığını H.nin hasta olduğunu belirtmemize rağmen baş memur K.O. talebinde ısrarcı oldu. 2. Müdür ... ve baş memur ... başka infaz koruma memurlarını çağırdılar. Bu memurlar geldikten sonra baş memur ve diğer memurlar bana ve arkadaşlarıma ana avrat küfür ettiler. “sizi süründüreceğiz müşahede odasına götürüp döveceğiz” diye tehditte bulundular ayrıca beni ve arkadaşlarıma darp ettiler. Beni tehdit eden hakarete bulunan ve darp eden görevlilerden şikayetçiyim, cezalandırılmalarını istiyorum ... dedi.”

3. Başvurucu B.D.nin Beyanları

25. Başvurucu B.D. olaydan bir gün sonra 2/1/2014 tarihinde avukatlarla

görüşmüştür. Görüşme tutanağında başvuru, H.E.nin hasta olması sebebiyle sayıma çıkamadığını, bunun üzerine infaz koruma memurunun "Ben ne dersem o olur" diyerek sayım alanına gelmesini istediğini, daha sonra A.D. ile diğer infaz koruma memurunun tartışmaya başladığını belirtmiştir. Başvuru tartışma üzerine elliye yakın infaz koruma memurunun koğuşa gelerek diğer arkadaşları ile birlikte kendisini de dövdüğünü, ellerinin kelepçelenerek müşahede odasına götürüldüğünü, infaz koruma memurlarının hakaret ve tehdit içeren sözler söylediğini ileri sürmüştür. Başvuru, yapılan muayenesinde doktorun vücudundaki tüm izleri yazmadığını ve muayene sonrasında da darbedildiğini iddia etmiştir.

26. Başvurucunun TİHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

"Olay esnasında C10 koğuşunda kalmakta olan B.D., olay günü H.E. adlı arkadaşının hasta olduğunu, oturarak sayım verdiklerini, gardiyanların "aşağıya ineceksin," "Köpek gibi ayağıma geleceksin" diyerek kendilerini tahrik ettiklerini, A.D. ve kendisine küfrettiklerini, kendilerinin de küfürle karşılık verdiklerini ve kavga çıktığını, H.E.'nin C12'den C10'a yeni geldiğini, H.E.'nin hasta ve halsiz olduğunu bildirdiğini, "Bu günlük böyle olsun" dediğini, kendisinin sıkıntı çıkmasın diye ayakta sayım verdiğini, hatta H.E.'ye "Sıkıntı çıkmasın, sürünerek in" dediğini, A.D. ile görevli memurun bu sırada tartıştığını, bana da "Sizin gibi teröristleri çok gördük" deyince dayanamayıp görevliye kafa attığını, arbede çıkınca ellerine geçirdikleri temizlik malzemesinin sopalarıyla görevlilere karşılık verdiklerini, süngerli odada kelepçelendiklerini, sol kolunda yarasının olduğunu,

Sayımla ilgili daha önce bir sorun yaşamadıklarını, açlık grevine girince Savcının "Tamam oturarak sayım versinler" dediğini, olay sonrasında süngerli odada baygın olarak uzun süre kaldıklarını, süngerli odada ve kamerasız odada darp edildiklerini, hastaneden döndükten sonra müşahede odasında soğukta yataksız demir ranzanın üzerinde iki gün kaldığını,

... ifade etmiştir."

27. Başvuru 19/2/2014 tarihinde Maltepe Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan tahliye edildikten sonra kendisine ulaşamadığından Cumhuriyet Başsavcılığınca beyanı alınamamıştır.

4. Başvuru H.E.nin Beyanları

28. Başvuru H.E. olaydan bir gün sonra 2/1/2014 tarihinde avukatlarla görüşmüş ve görüşme tutanağına göre olay günü odasında hasta yattığını,

sayıma inmediği için koğuş arkadaşları ile infaz koruma memurlarının kavga etmeye başladığını, arkadaşlarına bakmaya gittiğinde infaz koruma memurlarının arkadaşlarını dövdiğünü gördüğünü, daha sonra kendisini de dövüklerini belirtmiştir. İnfaz koruma memurları kendisini koğuştan çıkardığında “İnsanlık onuru işkenceyi yenecek” şeklinde slogan attığını, bunun üzerine kafasını duvara sürttüklerini beyan etmiştir. Başvurucu ayrıca müşahede odasına atıldığını, odanın soğuk ve pis bir yer olduğunu, odada yatak olmadığını, sadece kendisine bir battaniye verdiklerini, burada ayakları ve elleri (tersten) kelepçeli olarak bırakıldığını ileri sürülmüştür. Başvurucu, hastaneye gidiş gelişte de dövüldüğünü ve bu sırada çıplak arama yapıldığını iddia etmiştir. Başvurucu, infaz koruma memurlarının sürekli tehdit ve hakarete bulunduğunu, bu esnada üzerine portakal kabuğu atıldığını belirtmiştir.

29. Başvurucunun TİHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

Olay esnasında C10 koğuşunda kalmakta olan H.E., sayım günü grip olduğunu, kalkacak durumunun olmadığını ve üst kattaki odasından kalkıp sayım yerine gelemediğini, sayım yapan görevlilere yukarıdan görüldüğünü, “hastayım gelemem, aşağıya gelmemi bu sefer istemeyin” dediğini, aşağıda ortak alanda bir görevlinin ısrarla aşağıya gelmesini istediğini, oturarak ayak ayaküstüne attığını, bir arkadaşının görevliye “ayak ayaküstüne atmayın” dediğini, bu sırada gardiyanın arkadaşına vurduğunu, diğer arkadaşının da ona kafa attığını, bu arada 10-15 gardiyanın daha koğuşa geldiğini, bilahare 30-40 kişi olduklarını, “tamam, geri çekiliyoruz” dediklerini ancak yüzünü duvara vura vura müşahedeye götürdüklerini, görüşme sırasında heyete dönerek “Yüzümde yara var bakın gözüküyor, Raporda belli, dişim sallanıyor, dişime yumrukvurdular.” diyerek olayı anlatmaya devam etmiş ve olay sırasında slogan attığını, “sesini kes” diyerek kendisine daha fazla vurmaya başladıklarını, ellerine ve ayaklarına kelepçe vurduklarını, müşahede odasına götürdüklerini, süngerli odada kendisini duvardan duvara vurduklarını, nefes almakta zorlandıklarını, orada bir süre beklediklerini, bilahare kötü kelimelerle küfürler ederek hastaneye götürdüklerini, hastanede doktora “darp izi ne olacak?” diye sorduğunu, kendisini büyük hastaneye sevk ettiklerini, orada askerler ve gardiyanların olduğunu, onların da kendisine küfrettiklerini, ring arabasında da küfrettiklerini, cezaevine gelince beyaz saçlı gardiyanın arama odasında üzerindeki elbiseyi pantolonunu zorla çıkarttığını, sadece iç çamaşırının kaldığını, pantolonunu yırtarak çıkardıklarını, kemerle vurmaya başladıklarını, daha sonra kapıyı açarak üzerini giydirdiklerini, bir gardiyanın ellerinden tuttuğunu bu sırada diğer

gardiyanların kendisine vurmaya başladıklarını, kendisini “hücreye” attıklarını, orada da vurduklarını, diğer arkadaşlarının da çıplak aramaya tabi tutulmak istendiğini, kaldığı “hücrede” yatak olmadığını, elbiselerinin üzerinde oturduğunu, odada cam olmadığını,

Bir senedir cezaevinde olduğunu, kendisine kinli davranıldığını, “bir senedir buradasın sana göstereceğiz” diyerek üzerine portakal kabukları atıp tükürdüklerini, yemek vermediklerini ve hakaret ettiklerini, yine sabah gelip hakaret ettiklerini, kendisine kahvaltı vermediklerini, bir gardiyanın kendisine yemek vermediğini ve hakaret edip küfrettiğini, avukatlarla görüşme yaptıklarını ve onlara her şeyi anlattıklarını, bunun üzerine gardiyanların yatak verdiklerini,

C12’de olanları bilmediğini, ancak C12’de kalan arkadaşlarının müşahedeye geldiklerinde üzerlerinin ıslak olduğunu, gaz koktuklarını,

Olay olmadan önce cezaevi müdürünün kendilerini “Eğer kurallara uymazsanız sizi hücreye atarız.” diyerek tehdit ettiğini, sayımı oturarak verdiklerini, yönetimin ise her zaman ayakta sayım yapmak istediğini, kendilerini zorlamalarına rağmen bunu yapmadıklarını, gerginlik olunca cezaevi savcısının kendilerine tenis masasının yanında sayım vereceklerini söylediğini, kendilerinin ise oturarak sayım vermek istediklerini savcının da buna onay vermesi üzerine uygulamanın böyle devam ettiğini,

Hastaneye giderken ve gelirken üst araması yapıldığını, Cezaevi Savcısı üst araması yapılmayacak demesine rağmen aramanın yapılmaya devam edildiğini, kitaplarının yırtıldığını, ayda bir askerlerin arama yaptığını, gardiyanların da bir hafta sonra gelip keyfi arama yaptığını,

...

Olaydan önce 2013 Mart ayında sayım vermemek için açlık grevine gittiklerini, zorla sayıma götürüldüklerini, bu eylemden dolayı kendisine disiplin cezası verildiğini ve beş gün müşahede odasında (hücrede) kaldığını,

...ifade etmiştir.”

30. Başvurucu 18/2/2014 tarihli dilekçesi ile ifade vermek istememiş, daha sonra tekrar beyanı alınmak istendiğinde ise 7/3/2014 tarihinde İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan tahliye edildikten sonra kendisine ulaşılamadığından Cumhuriyet Başsavcılığınca beyanı alınamamıştır.

5. Başvurucu K.Ş.nin Beyanları

31. Başvurucu K.Ş.nin TİHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

“Olay esnasında C12 koğuşunda kalmakta olan K.Ş., C10 koğuşunda yaşanan arbedeyi kendi koğuşlarından görebildiklerini, sonradan öğrendiklerine göre bir arkadaşlarının hastalığını gerekçe göstererek, “Kalkamıyorum, gelemiyorum” demiş olduğunu, kavganın başlangıcını ve görevlilerle tutuklu çocukların birbirlerine girmesini koğuşlarından görebildiklerini,

Gardiyanların zorla saygı gösterilmesini istediklerini, sayım esnasında ayaklarına gelmelerini istediklerini, ana babalarına ve kardeşlerine küfredildiğini, kendilerinin de gördükleri olaylara tepki gösterdiklerini, ne oluyor diye sorduklarını, arkadaşlarının dövüldüğünü gördüklerini,

Olaydan önce Müdürün kendilerini müşahede odasına atmakla tehdit ettiğini, müdürün kışkırtması ile olayların geliştiğini, memurlarla bir sorunlarının olmadığını, olay esnasında ölümle tehdit edildiklerini, “Savcıyı çağırın” dediklerini, barikat kurduklarını, camı ve bilgisayarı kırdıklarını, korktuklarını orada öleceklerini sandıklarını, ancak dinlemediklerini, ellerinde çakmakları olsaydı yangın çıkartacaklarını, memurların, buldukları koğuşu bastığını hortumla su ve gaz sıktıklarını, yüzlerinin yandığını, yangın tüpü gibi bir şeyle gaz sıkıldığını, gardiyanların yukarıya çıktıklarını kendilerinin bir odaya girdiklerini, ve burada dayak yediklerini, ellerinin kelepçelendiğini, süngerli odada altı saat dövüldüklerini, oradan hastaneye götürülürken arama odasında dövüldüklerini, hastaneye gittiklerini dönünce müşahede odasında kendisini yeniden dövüldüklerini, sabaha kadar yerde ıslak mermerin üzerine yattığını, yatak olmadığını, yatak istediklerini, elbiselerinin ıslak olduğunu, odada kaloriferin yandığını ancak odanın soğuk olduğunu,

...

Aramayı çıplak yapmak istediklerini, buna zorladıklarını ancak kendilerinin kabul etmediğini,

... ifade etmiştir.”

32. Başvurucunun mağdur sıfatıyla İstanbul Anadolu Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği beyan şöyledir:

“Ankara Çocuk ve Gençlik kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hüküm özlü

olarak bulunduğum sırada diğer tutuklu ve hükümlü arkadaşlarımızla birlikte cezaevi idaresinden bazı taleplerimiz oldu. İdare bu taleplerimizi kabul etmedi. Bunun üzerine arkadaşlarımızdan O. ve B. ve H.E. açlık grevine girdiler. Açlık grevi devam ederken Cezaevi Savcısı bizimle görüştü. Taleplerimizi kabul etti. Bu taleplerimiz arasında sayımı oturtarak verme hususunda vardı. Ancak Savcının talimatına rağmen cezaevi müdürü sayımı ayakta alacağını söyledi. Olay günü Cezaevi Müdürü, infaz koruma başmemurları ve infaz koruma memurları koğuşa girerek sıraya girmemizi istediler. Savcıyla görüştüğümüzü talebimizin kabul edildiğini bu nedenle ayakta sayım vermeyeceğimizi söyledik. Görevliler zor kullandılar. Bu arada hasta olan ve yatakta yatan arkadaşımız H.E. zorla yataktan kaldırılmak istendi. Biz bu duruma engel olmak istedik. Cezaevi müdürü, infaz koruma başmemurları ve infaz koruma memurları bana ve arkadaşlarıma ana avrat küfür ettiler. "sizi süründüreceğiz, işkence yapacağız, süngerli odaya götürüp döveceğiz" dediler. Ayrıca beni ve arkadaşlarımı darp ettiler. Beni tehdit eden hakarete bulunan ve darp eden görevlilerden şikayetçiyim cezalandırılmalarını istiyorum. Uzlaşmakta istemiyorum dedi."

6. Başvurucu M.K.nın Beyanları

33. Başvurucu M.K. olaydan bir gün sonra 2/1/2014 tarihinde avukatlarla görüşmüştür. Görüşme tutanağında başvurucu; ellerinde hareket kısıtlılığı olduğunu, karnının ağrıdığını ve müşahede odasında soğukta yerde yattığını belirtmiştir. Başvurucu ayrıca olaylar esnasında soğuk, tazyikli su ve biber gazı ile müdahale edildiğini, dövülerek müşahede odasına atıldığını ileri sürmüştü; yumuşak oda olarak tanımlanan müşahede odasında eli ve ayağı kelepçeli iken dövüldüğünü iddia etmiştir.

34. Başvurucunun TİHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

"C12 koğuşunda kalan M.K., arkadaşlarından duyduğu kadarıyla, bir arkadaşının hasta olduğunu, bu arkadaşının ne tür bir hastalığı olduğunu bilmediğini, sayım sırasında aşağıya inememiş olduğunu, görevlilerin küfür ettiklerini, B.D. isimli arkadaşının gardiyana kafa attığını duyduğunu ifade etmiştir. Daha sonra C12 koğuşunda kalmakta iken C10'daki sesleri duyduklarını ve protesto ettiklerini, koğuşun üst katına çıktıklarını, üzerlerine tazyikli su ve gaz sıkıldığını, kendilerinde çakmak vs. olmadığından ateş yakma imkânlarının olmadığını, bir arkadaşının kafasının duvara vurulduğunu, dolapları devirdiklerini, arkadaşlarının yüzleri eğilerek müşahede odasına götürdüklerini, orada iken üzerinin ıslak olduğunu ve

üşüdüğünü, bazı arkadaşlarının kaldığı odaların camlarının kırık olduğunu, kendisinin kaldığı odanın camının kırık olmadığını, olayda parmağının yaralandığını, olay sırasında niteliğini bilemediği bir gaz sıkıldığını, bundan etkilenerek kusmaya başladığını, 7-8 kişinin eli kelepçeli olarak 10 saat yumuşak oda adı verilen müşahede odasında kaldığını, hepsinin kelepçeli ve üzerleri ıslak olduğunu, gece hastaneye gönderildiklerini, hastanede gardiyan ve jandarmaların bulunduğunu ve doktorla hiç başa kalamadıklarını, hastaneden dönüşte 10-20 gardiyanın üzerlerine saldırdığını, elbiseleri çıkartılarak arama yapıldığını ve arama odasında dövüldüklerini, bu olaydan önce müdürün kendilerini "sizi yumuşak odalara atacağım, aklınız başınıza gelecek" diye tehdit ettiğini, telefonda görüşmek için önceden kayıt yaptırdıklarını, görüşmelerinde bir sorun yaşamadıklarını, ... ifade etmiştir."

35. Başvurucu 13/3/2014 tarihinde İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan tahliye edildikten sonra kendisine ulaşamadığından Cumhuriyet Başsavcılığınca beyanı alınamamıştır. Öte yandan başvuru vekili 28/4/2016 tarihli ek dilekçesinde başvuru vekilinin vefat ettiğini belirtmiştir.

7. Başvurucu B.K.nın Beyanları

36. Başvurucu B.K. olaydan bir gün sonra 2/1/2014 tarihinde avukatlarla görüşmüştür. Başvurucu görüşme tutanağında; C-12 koğuşunda kaldığını, olay günü C-10 koğuşunda olanları protesto ettiklerini, bunun üzerine yetmiş yakın infaz koruma memurunun koğuşlarına girerek önce su, daha sonra biber gazı sıkıldığını belirtmiştir. Başvurucu, gazın etkisi geçtikten sonra infaz koruma memurlarının kendilerini koğuştan çıkarıp döverek ve elleri ters kelepçeli olarak müşahede odasına götürdüklerini, beş altı saat orada tutulduktan sonra hastaneye sevk edildiklerini beyan etmiştir. Başvurucu ayrıca hastaneye götürülürken infaz koruma memurlarının çıplak arama yapmaya çalıştıklarını ve kendisini tekrar darbettiklerini ileri sürmüştür. Başvurucu müşahede odasında da dört infaz koruma memuru ellerini tutarken iki infaz koruma memurunun tekme ve tokatla kendisini dövdüğünü iddia etmiş ve müşahede odasında kendisine battaniye verilmediğini belirtmiştir.

37. Başvurucunun tahliye edilmesi nedeniyle görüşme yapılamadığından TİHK raporunda beyanı bulunmamaktadır.

38. Başvurucu 30/1/2014 tarihinde Maltepe Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan tahliye edildikten sonra kendisine ulaşamadığından Cumhuriyet Başsavcılığınca beyanı alınamamıştır.

8. Başvurucu F.T.nin Beyanları

39. Başvurucu F.T.nin TİHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

“Olay esnasında C12 koğuşunda kalmakta olan F.T., C10’da kalan H.E.’nin olay günü hasta olduğunu, gardiyanların aşağıya inmesi hususunda ısrar ve küfür ettiklerini, bunun üzerine kargaşanın çıktığını duyduklarını, kendilerinin de C12 koğuşundan olayları gördüklerini, bunun üzerine kendilerinin de koğuş kapısına vurduklarını, daha sonra gardiyanların kendilerini almaya geldiklerini, içeriye su ve biber gazı sıktıklarını, demir sopalarla ve karavana ile kendilerine vurduklarını, ısladıklarını ve sürüklenerek götürüldüklerini, olaylar sırasında gardiyanlara saldıran bir arkadaşlarının olmadığını ve koğuşta 50-60 gardiyanın olduğunu, üst kattaki kamerayı kapattıklarını, bilgisayarı kırdıklarını, kendilerini savunmak için eşyaları yıgıdıklarını, masaları, dolapları engel olsun diye çıkışa koyduklarını, koğuşun rengini anlayamadığın bir gazla kaplandığını, hastaneden getirildikten sonra müşahede odasında ve küçük arama yerinde dövüldüklerini, elleri kelepçeli ve üzerleri ıslak hâlde beton zeminde kaldıklarını,

Arama yerinde kendilerine soyunun denildiğini, zorla kaba elbiselerini soyduklarını, hastaneden dönünce dövüldüklerini, montunun ve elbiselerinin kanlı vaziyette olduğunu, kendisinin süngerli odada kalmadığını, müşahede odasına konulduğunu, odada yatak olmadığını, elbiselerinin ıslak ve eli kelepçeli olarak betonda yerde kaldığını, camı kırık olduğundan odanın soğuk olduğunu, Ankara’dan, İzmir’e nakil sırasında araçta dört kişi birlikte geldiklerini, yolda kendilerine bir defa yemek verildiğini, yolculuk süresince mola verilmediğini, Sincan cezaevinden ayrıldıktan sonra emanette bulunan parasını tam olarak aldığını, ancak bir kısım elbiseleri ile kitaplarının eksik olduğunu,

...ifade etmiştir.”

40. Başvurucunun mağdur sıfatıyla Aliğa Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği beyanı şöyledir:

“..olay günü akşam 17:00’de sayım verdik bu esnada bizde camdan dışarı diğer koğuşa bakıyorduk. Daha sonra bir grup infaz koruma memurudiğerodada bulunanarkadaşlarımıza saldırmaya başladılar. Bizde koğuştan neler oluyor diye bağırırmaya başladıkve onlarda bunun üzerine bizim koğuşun kapıları kapattılar onları hücreye aldıktan sonra bizim koğuşunkapısının önünde toplandılar ve konuşmaya başladılar

bizim anladığımız kadarıyla hazırlık yapıyorlardı. Kapıda bir grup gardiyanı görünce korktuk veyukarı çıkarak bize saldıracaklarını sanarak masaları aldık ve korktuğumuz için saklandık ve içeri bir grup infaz koruma memuru girdi ve odanın içerisine sarı renkli gaz bombası şeklinde bir madde attılar bu esnada biz yukarıda bulunuyorduk daha sonra kendileri yukarı çıkarak yangın hortumuyla bizi ıslattılar biz kendimizi korumak için odaya girdik ancak onlarda bizim arkamızdan gelerek ellerinde karavana ve sopalarla bize saldırdılar bizi darp ettiler bu esnada fırlattıkları karavanalardan bir tanesi duvara çarparak geri infaz koruma memuru çarptıayrıca gardiyanlardan bir tanesi sopayı sallarken diğer infaz koruma memuruna çarptı. Biz sadece masaları kendimizi korumak için merdivenin önüne koydukancak onlara yukarı çıkmak için masaları zarar verdiler. Biz hiç bir şekilde masaları veya diğer eşyalara zarar vermedik. Bizi odadan çıkardıktan sonra ikincikatını merdiveninden aşağıya doğrufırlattılar. Bizi sürükleyerek koridora çıkardılar koridorda 30-40 tane infaz koruma memuru vardı. Yanlarından hergeçtiğimizde bize hepsi vurdu darp etti bizleri müşahedenin önünde yere dizdiler ellerimizi arkadan ayaklarımıza plastik kelepçe taktılar. Bizi bu halde hücreye attılar sonra hücre kapısının önünde kameralı ortamda bize vurdular. Bizi ıslak halimizlebetonaattılar ve orada battaniyesiz yataksız orada yatırdılar. Hücrede olduğumu esnada bizi hastaneye götürdüler neden hastaneye götürdüklerini bilmiyorum. Hastaneden rapor aldılar hastane dönüşünde debizi dövmeye başladılar ve bu esnada benim burnumun üst kemiği kırıldığı haldehiç bir şekilde bu raporda geçilmedi. Daha sonra beni hücreye geri aldılargecesürekli olarakpsikolojik baskı yaptılar uyamamızı engellediler küfürettiler daha sonra 03/01/2014 günü bizi alarak zorlaring aracına bindirdiler. Bu olaylar olmadanönce 28/12/2013 günümüdür bizi çağırdı bize ayağınızı denk alın sizi sürüm sürüm süründürceğim size işkence yapacağım sizi hücrelerde çürüteceğimadınızı unutturacağım” şeklinde sözler söyleyerek tehdit etti bu olaylar için önceden hazırlık yapmışlardır. Bizi gardiyanlar döverken bize hitaben” 1,5 için yılın intikamını da alacağız ”şeklinde sözler sarf ediyorlardı. Bizi sürekli olarak tahrik ediyorlardı. Biz birkaç defa uzlaşmak istesekte kabul etmediler sözlü ve fiziki tacizlerine devam ediyorlardı. Beni darp eden bana hakaret eden küfür eden fiziki ve psikolojik işkence uygulayan olay tarihinde görevli infaz koruma memurlarından olay tarihinden önce bizi odasına çağırarak biz tehdit eden 1 müdürden şikayetçiyim ve davacıyım dedi.”

9. Başvurucu E.T.nin Beyanları

41. Başvurucu E.T.nin TİHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

“E.T. ifadesinde; kendisinin C12 koğuşunda kaldığını, Mersin’den Sincan Cezaevine naklen geldiğini belirterek olay günü arkadaşlarının dövülmesini duyunca olayı protesto etmek amacıyla C12 koğuşunun kapılarına vurduklarını, üzerlerine hortumla su sıkıldığını, daha sonra sarı renkte gaz sıkıldığını, karavana kapağı ile kafasına vurulduğunu, bilahare kendilerinin yumuşak odaya götürüldüklerini, bu odada ellerinin plastik kelepçeyle kelepçelendiğini, 3-5 saat bu vaziyette bekletildiklerini, daha sonra kampüsteki hastaneye buradan da Sincan Devlet Hastanesine götürüldüklerini, kendisinin doktorlarla görüşmesinde bir sıkıntı yaşamadığını, son olaya kadar da Cezaevinde sosyal aktivitelere katılma konusunda ve diğer etkinliklerde sıkıntı yaşamadıklarını, ilk gün kendisinin kalmış olduğu müşahede odasının kaloriferinin bozuk olduğunu ve üzerinin ıslak olması nedeniyle üşüdüğünü, ancak sabah kaloriferin tamir edildiğini, kendilerinin çıplak aramaya maruz kalmadığını ifade etmiştir.”

42. Başvurucunun suça sürüklenen çocuk sıfatıyla Ankara Batı (Sincan) Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği beyanı şöyledir:

“Olay günü H.E. isimli arkadaşımız hasta olduğundan dolayı aşağı sayıma inemediğinden İnfaz Koruma Memurları arkadaşımız H.E.yi dövmüş bizde sinirlendik camlara vurduk, ancak hiç bir şeyi kırmadık, suçlamayı kabul etmiyorum, memur kabininin kapısını da kırmaya çalışmadık, H.E.yi hangi İnfaz Koruma Memurları dövdü bilmiyorum, H.E. dayak yediğinde ben C12 koğuşunun penceresinden H.nin bulunduğu C10 numaralı koğuşun penceresine bakıyordum H.E.nin dayak yediğini gördüm ama kimin vurduğunu seçemedim. Dayak yediğini görünce biz de tepki gösterdik ancak slogan atmadık, memurları dövmedik, camlara vurduk bütün tepkimiz buydu bunun dışındaki hiçbir suçlamayı kabul etmiyorum. Şunu da eklemek istiyorum memurların girişini engellemek için yataklarla barikat kurduk, elbise dolaplarını sökerek barikatı destekledik bu bölüm doğrudur. Biz hiç kimseye kendimizi yakarız diye tehditte bulunmadık çocuk koğuşunda zaten çakmak yok nasıl yakacağız, İnfaz Koruma Memurlarının nasıl yaralandığını da bilmiyorum ben hiç kimseye birşey atmadım atanı veya darp edeni de bilmiyorum görmedim. Bize biber gazı attılar biz zaten odada nefessiz kaldık. Olay beyanımda belirttiğim şekilde cereyan etmiştir bunun dışında hiçbir suçlamayı kabul etmiyorum ayrıca İnfaz Koruma Memurlarından şu anda hatırlamadığım

ismini bilmediğim kişiler beni dövüştür teşhis te yapamam çünkü gözüm o anda şişti bende İnfaz Koruma Memurlarından şikayetçiyim dedi.”

10.Başvurucu M.H.A.nın Beyanları

43. Başvurucu M.H.A. olaydan bir gün sonra 2/1/2014 tarihinde avukatlarla görüşmüştür. Görüşme tutanağında başvuru; C-12 koğuşunda kaldığını, C-10 koğuşunda kalan arkadaşlarının darbedildiğini gördüklerini, bunun üzerine kapılarının kapatıldığını ve C-12 koğuşunda kalan arkadaşları ile slogan attıklarını beyan etmiştir. Daha sonra C-10 koğuşundakilerin müşahede odasına götürüldüğünü görmeleri üzerine infaz koruma memurlarının kendilerine de saldıracaklarını düşünerek üst kata çıktıklarını ve saldırıyı engellemek için masaları merdivene koyduklarını belirtmiştir. Başvurucu; infaz koruma memurlarının tazyikli su sıkarak müdahaleye başladığını, arkadaşlarını görme talebinin müdür tarafından reddedilmesi üzerine aşağıya inmediklerini ileri sürmüştür. Daha sonra gaz ile müdahale yapıldığını iddia eden başvuru; infaz koruma memurlarının kendilerini dövdüğünü, müşahede odasına götürülürken de dövüldüğünü, müşahede odasında elleri (tersten) ve ayakları kelepçeli olarak bırakıldığını, odada yatak olmadığını ve sadece bir battaniye olduğunu belirtmiştir. Başvurucu; doktor muayenesi esnasında yanında askerler olduğundan rahat konuşmadığını, hastane dönüşü kamerasız bir odada dövüldüğünü, çıplak arama yapıldığını, müşahedeye alınmadan yine dövüldüğünü ve arkadaşlarının sesini duyduğunu ifade etmiştir.

44. Başvurucunun TİHK raporunda belirtilen beyanı şöyledir:

“Olay esnasında C12 koğuşunda kalmakta olan M.H.A., C10’da hasta bir arkadaşının olduğunu, bu kişinin sayım sırasında aşağıya inemediğini, gardiyanın O’nu gördüğü halde aşağıya gelmesi için ısrar ettiğini, başgardiyanın bacak bacak üstüne attığını, küfür ettiğini, arbede sırasında önce gardiyanın saldırdığını duyduğunu, 40-50 gardiyanın geldiğini, sayımda sürekli sorun çıkardıklarını, oturarak sayım verdiklerini, sayım sırasında ayağa kalkarak sıraya girmelerinin istendiğini, tek koğuşta dokuz kişi kaldıklarını, bazı sorunlar yaşandığını, daha sonra sayı azalınca ayrı ayrı koğuşlara ayrıldıklarını,

Olay öncesinde kapının gece kapalı kalmamasını istediklerini, bundan dolayı sorun çıktığını, sayım meselesi yüzünden cezaevi müdürünün kendilerini disiplin cezası vermekle tehdit ettiğini ve nihai olarak olayın asıl sebebinin gece ve gündüz kaldıkları odaların kapılarını açık bırakmak istemeleri olduğunu,

C10 koğuşunda olanları duyduğunda kendilerine de aynısı yapılacak diye önlem almak için üst kata çıktıklarını, masa, sandalye ve dolap gibi eşyaları görevlilerin yukarıya çıkmalarını önlemek için merdiven başına koyduklarını, arkadaşlarının sağ ve salim olduklarını görmek istediklerini, sağlam olduğunu görünce kendilerinin inceklerini söylediklerini, üst katın kamerasını kendilerinin kırdıklarını, birkaç görevlinin üniteye gelerek kendileriyle temasa geçip müdahale etmeye başladıkları sırada çakmak aradıklarını ancak bulamadıklarını, bunu bir gardiyanın duyduğunu ve görevlilerin yatakları ve diğer eşyaların yakılacağını düşündüklerini, bu sırada bir anda 'pıss' diye bir ses duyduklarını, üzerlerine su ve gaz sıkıldığını, buldukları koridorun gazla dolduğunu, gazın renginin beyaz mı, sarı mı olduğunu anlayamadıklarını,

Müşahede odasına götürülürken gardiyanların kendilerini dövdüklerini, kendisinin yumuşak odaya götürülmediğini, elleri ve ayaklarından kelepçelediklerini, hücreye atıp orada dövdüklerini, müşahede odasında üç saat kaldığını, daha sonra kelepçenin çıkarılarak hastaneye götürüldüğünü, hastaneden geri gelirken yine kendisini dövdüklerini, üst araması yaptıklarını, kamerasız odaya aldıklarını, üstsüz arama yapmak istediklerini, "soyunun" dediklerini, ancak soyunmadıklarını bunun üzerine gardiyanların kendilerini dövdüklerini, tekmelerden dolayı darp raporunun olduğunu, beyin tomografisi için Sincan Devlet Hastanesine götürüldüğünü,

Müşahede odasında yatak bulunmadığını, camın kırık olduğunu, İnsan Hakları Derneğinden ziyaretçiler gelince yatak verdiklerini, ayın üçüne kadar müşahede odasında kaldıklarını, nakledilirken kendilerine yemek verildiğini,

...

Olay olana kadar Sincan Cezaevinde yedi aydır kaldığını, bu süre içerisinde bir sorun olmadığını, ilk defa sayım ve kapıların kapatılıp kapatılmaması sorunu yüzünden gerginlik çıktığını, sayımı ayakta değil de oturarak vermek istediklerini, sayıma iki üç görevlinin geldiğini,

Ankara'daki olayın gerçek sebebinin, kendi koğuşlarında kalmak isteyen diğer siyasi suçlulara izin verilmemesi olduğunu, kendi koğuşlarında tüzük oluşturduklarını, bu tüzüğe uymayan arkadaşların ayrıldıklarını, ayakta sayıma razı olmalarının teslim olmak gibi bir anlama geleceğini düşündüklerini, diğer koğuşlarda kalan ve 'bağımsızlar' olarak adlandırdıkları arkadaşlarına da kötü davranıldığını,

...ifade etmiştir."

45. Başvurucu 13/2/2014 tarihinde İzmir Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan tahliye edildikten sonra kendisine ulaşamadığından Cumhuriyet Başsavcılığınca beyanı alınamamıştır.

11.Başvurucu H.B.nin Beyanları

46. Başvurucu H.B.nin tahliye edilmesi nedeniyle kendisiyle görüşme yapılamadığından TİHK raporunda beyanı bulunmamaktadır.

47. Başvurucunun suça sürüklenen çocuk sıfatıyla 9/1/2014 tarihinde Sincan Cumhuriyet Başsavcılığına verdiği beyanı şöyledir:

“Ben C12 koğuşunda bulunuyordum, C10 da bulunan H.E.yi pencereden baktığımızda H’ye 30-50 civarında İnfaz koruma Memurunun vurduğunu gördük, H.yi sürükleyerek yumuşak odaya attılar. Ben fotoğraflarını görsem döven infaz koruma memurlarını tespit edebilirim ancak fotoğraflarını görmem lazım şu anda isimlerini bilmiyorum. H. hiç kimseye kafa vurmadi. Tutanakta ismi bulunmayan A.D. isimli kişi baş memur olan infaz koruma memuruna kafa attı. Bunun dışında da ben ve arkadaşlarım vurmadi. Memur kapısının kilitli kapısının kilidini biz kırmadık, ancak C12 ünitesinde bulunan bizler masa tenisi masasını, ayakkabılıkları, elbise dolaplarını ve yatakları yığmak suretiyle barikat oluşturduk fakat koridor kamerasını kırmadık. İnfaz Koruma memurlarından bana da vuranlar oldu isimlerini bilmiyorum. Fakat dediğim gibi fotoğraf gösterilirse teşhis yapabilirim. Ben infaz koruma memurlarından şikayetçi değilim ama adaletin yerini bulmasını istiyorum. İnfaz Koruma memurları o gün ‘o..çocukları’ diyerek bize hakarete bulundular niye direniyorsunuz diyerek direnmediğimiz halde bizi dövdüler biz henüz barikat kurmadan neden arkadaşlarımızı dövüyorsunuz deyince bizi dövdüler, sonra barikati kurduk. Zaten sıra size de gelecek dediler. Daha sonra da bizi dövdüler. Benim diyeceğim bundan ibarettir. Sunu da eklemek istiyorum olayları yatıştırdıktan sonra bizi yumuşak odaya attılar, raporlarımızı aldılar daha sonra bizi demir yatakta yatırdılar. bunları da belirtmek istiyorum.dedi.”

48. Başvurucunun mağdur/şikayetçi sıfatıyla Silopi İlçe Emniyet Müdürlüğüne verdiği beyan şöyledir:

“.. 01/01/2014 tarihinde benim de bulunmuş olduğum cezaevinde kavga çıktı. Bir anda cezaevi içinde kargaşa olmaya başladı. Benim bulunduğum koğuşun karşısında bulunan koğuşta bulunan çocuklar arasında kavga çıkmıştı. Bu kargaşa sırasında olayı bastırmaya gelen gardiyanlar karşı koğuşta bulunan H.E.yi dövdüklerini gördüm. H.yi

döven gardiyanların yüzlerini göremedim. Kim olduklarını hatırlamıyorum. Gardiyanlar içeriye girdikten sonra bizim koğuşa da gelerek beni ve arkadaşlarımı darp etmeye başladılar. Benim kafama ve koluma vurdular. Beni darp eden gardiyanlar kalabalıktı yaklaşık 30-40 kişi vardı. Beni darp eden gardiyanları tanımıyorum. İsimlerini bilmiyorum. Teşhis için bana gösterilen resimlerden şahısları tanıyamadım. Bu olayla ilgili davacı ve şikâyetçi değilim.”

B. Sağlık Raporları

1. Başvuruculara İlişkin Sağlık Raporları

49. Başvurucular olay günü önce Kampüs Hastanesine, ardından da 22.00'den sonra Sincan Devlet Hastanesine sevk edilmişlerdir. Her iki Hastane tarafından pek çoğunda tarih ve saat belirtilmeksizin genel adli muayene yapılarak Genel Adli Muayene Formu düzenlenmiş ve teşhis Müdüriyetçe sevk için hazırlanan resmî yazının altına derkenar olarak yazılmıştır.

50. Anılan raporlar kapsamında Adli Tıp Kurumunun hazırladığı 9/1/2014 ve 14/1/2014 tarihli raporlarda başvuruçuların yaralanmasının kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir durum olmadığı, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde, hafif nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte Adli Tıp Kurumu o tarihte Ceza İnfaz Kurumunda tutulan H.B., F.E. ve E.T.nin muayenesini yapıp rapor hazırlarken diğer başvuruçular için Kampüs ve Sincan Devlet Hastanesinde hazırlanan raporlar üzerinden sonuca ulaşmıştır. Bu bağlamda raporda belirtilen başvuruçuların vücudunda tespit edilen bulgular şu şekildedir:

“1-) B.K.; haricen lezyon olmadığı her iki elin ödemli olduğu çekilen grafisinin normal olarak değerlendirilmiştir.

2-) B.D.; sağ elde ödem, sağ frontalde 1 cm.lik ödem ve ekimoz, occipital bölgede 1 cm.lik ödem ve hiperemi, sağ kol lateralde 10x5 cm.lik ekimo, sol kol medialde 5x5 cm.lik ekimoz bulunduğu nörolojik defisit olmadığı, çekilen grafisinin normal olduğudeğerlendirilmiştir.

3-) A.D.; sol kulak arkasında 2x3 cm.lik ödem ekimoz, sol temporalde 3 cm ebadında ödem, sağ elbileği dorsalinde hassasiyet 1.parmak distal falanks üzerinde hassasiyet bulunduğu nörolojik defisit çekilen grafisinin normal olduğu değerlendirilmiştir.

4-) H.E.; Kampüs hekimince düzenlenen raporunda sol maksilla üzerinde 3x3 cm ebadında ekimoz, sağ tibia üzerinde 1x1 cm ebadında

sıyrık, sol göz kapağı üzerinde 0,5 cm.lik sıyrık bulunduğu çekilen direk kafa grafisinde occipital kemikte fraktür olduğu ileri tetkik ve tedavi için bir üst merkeze sevki uygun görülmüştür.

Sincan Devlet Hastanesi Acil Tıp uzmanınca düzenlenen raporda darp sonucu getirildiği fizik muayenesinde sol kaş üzeri ve sol zigomatik bölgede hiperemi ve hassasiyet bulunduğu, sol paryeto occipitalde minimal hassasiyet bulunduğu belirtilmiştir.

5-) K.Ş.; sağ acromionda 3x1 cm.lik ekimoz, sol scapula medialinde 2 adet 1x0,5 cm.lik ekimoz olduğu belirtilmiştir.

6-) F.T.; İlk muayenesinde baş dönmesi iki kez bayılma öyküsü olduğu, sağ bacakta ağrı yakınması bulunduğu fizik muayenede sağ tibia proksimalinde ödem, sol ve sağ elbileklerinde ekimoz, sağ zigomatik kemik üzerinde hassasiyet bulunduğu, kafa grafisinde herhangi bir patolojik bulguya rastlanmadığı belirtilmiştir.

7-) M.K.; alın orta saçlı deri bitiminde çizgi şeklinde ekimoz, sağ el tenar bölgede 1 cm.lik ekimoz bulunduğu değerlendirilmiştir.

8-) M.H.A.; ilk muayene raporunda çenede 1 cm.lik kesi, burunda şişlik ekimoz bulunduğu değerlendirilmiştir.

9-) H.B.; sol omuz başında 0,5 cm.lik birbiri ile irtibatlı yüzeysel sıyrık, boyun sağ alt kısmında 2 cm.lik sıyrık, sağ el bileğinde dorso medialden başlayıp palmar yüzü geçip dorso lateralde sonlanan 8-10 cm uzunluğunda çift sıralı kenar kısımlarında sıyrık bulunan kelepçe izi olduğu belirtilmiştir."

10-) F.E.; sol ayak parmağında hafif ödem hassasiyet, sağ kasıkta morluk ve 1x1 cm ebadında ekimoz olduğu tespit edilmiştir.

11-) E.T.; sol gözde subkonjktival kanama, sol periorbital ekimotik alan, sol occipitalde 3x3 cm.lik ödem, sağ ve sol el bileklerinde yüzeysel sıyrık olduğu belirtilmiştir."

51. Anılan raporda tespit edilen bulgular ile Avukat Görüşme Tutanağında belirtilen bulguların benzer nitelikte olduğu görülmüştür.

2. İnfaz Koruma Memurlarına ilişkin Sağlık Raporları

52. İnfaz ve koruma memurları olayın ardından önce Kampüs Hastanesinde, daha sonra da saat 17.30 sıralarında Sincan Devlet Hastanesinde muayene

edilerek haklarında rapor verilmiştir. Her iki Hastane tarafından genel adli muayene tutanağa bağlanmış, infaz ve koruma memurlarından bazılarında çeşitli darp ve cebir izleri tespit edilmiştir.

53. Anılan raporlar kapsamında Adli Tıp Kurumunun hazırladığı 9/1/2014 ve 14/1/2014 tarihli raporlarda yirmi infaz koruma memurunun yaralanmasının kişinin yaşamını tehlikeye sokan bir durum olmadığı, basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde, hafif nitelikte olduğu belirtilmiştir. Bunun dışında infaz koruma memurlarının vücudunda değişik boyutlarda ödem ve ekimozlar tespit edilmiştir.

C. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporu

54. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun (Komisyon) 29/1/2014 tarihli toplantısında kabul edilen Ankara Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun inceleme raporunun ilgili kısımları şöyledir:

“..

Ankara Çocuk ve Gençlik Ceza İnfaz Kurumu, Komisyonumuzun 19.04.2013 tarihli raporunda belirttiği üzere, bir ceza infaz kurumundan çok eğitim birimini andırmaktadır. Çocuklara sunulan fiziki şartlar ve psiko-sosyal servis hizmetlerinin faaliyetleri oldukça üstün standartlardadır. Böyle bir Kurumda en hafif kötü muamele uygulaması dahi ıslah çalışmalarını tehlikeye atabileceğinden, en üst seviyeden kabul edilemez bir husus olacaktır.

Komisyonumuz suça süreklenen çocukların ve genel olarak çocuk haklarına gösterdiği hassasiyetin bir gereği olarak, fiziki şiddet uygulandığına ilişkin haberlerin bazı medya kuruluşlarında yer alması üzerine, yerinde inceleme yapmak amacıyla ivedilikle harekete geçmiştir. Böylece muhtemel insan hakkı ihlallerinin cezasız kalmamasını takip etmeyi ve olaya ilişkin hızlı bir inceleme gerçekleştirerek, konu hakkında kamuoyunun etraflıca bilgilendirilmesini hedeflemiştir.

Sonuç olarak,

1. Olay öncesinde, Kurum görevlilerinin sayım amaçlı ünitelerde bulunduğu ve hasta olduğu iddia edilen H.E. adlı çocuğun üst kattan inmesini beklediği anlaşılmaktadır.

2. Çocukların infaz koruma memurları tarafından önceden hazırlanan bir program/plan çerçevesinde dövüldüğü ve eziyete maruz bırakıldığı yönündeki iddialar tamamen gerçeklere aykırıdır. Zira rutin bir sayımda görülebileceği üzere, üniteye toplamda 4 görevlinin girdiği ve olayların başlamasını tetikleyen hadisenin bir çocuğun infaz koruma görevlisine kafa atması olduğu, görüntülerden net olarak izlenebilmektedir.

3. Kurumda dinlenen çocukların ifadelerindeki tutarsızlıklar dikkat çekici bulunmuştur. Olay günü C-12 ünitesinde bulunan bir çocuk, C-10 ünitesindeki olayların başlangıcını görmüş gibi beyanda bulunmuştur. Ayrıca hem hastaneye götürülmeden önce dayak yediğini, hem de hastanede izler görünmesin diye hastane muayenesi sonrası dövüldüklerini söylemiştir.

4. Sayıları 20 ila 50 arasında değişen infaz koruma memurlarının çocuklara müdahale ettiği iddiasının asılsız olduğu kanaatine varılmıştır. Görüntülerde olaylara aktif müdahale eden personel sayısının 15'i aşmayacağı görülmektedir. Olay günü resmi tatil olması sebebiyle Kurumda 26 adet infaz koruma memurunun görevde bulunduğu, bu nedenle lojmanlarda kalan personele haber verildiği öğrenilmiştir.

5. Çocuklara biber gazı sıkıldığı, işkence amaçlı ıslatıldıkları iddialarının gerçeği yansıtmadığı değerlendirilmektedir. Zira Kurumun çocukları barındırması nedeniyle Kurumda biber gazı bulunmamaktadır. Suyun ise, C-12 ünitesinde barikat kuran çocukların "burayı yakacağız" demesi üzerine müessif bir olaya sebep vermemek için kullanıldığı öğrenilmiştir. Yine aynı amaçla yangın söndürme tüplerinin hazır bulundurulduğu, 112 acil servisine ve itfaiyeye haber verildiği öğrenilmiştir.

6. Çocukların olayı önceden tasarlamış oldukları yönünde bir kanaat oluşmuştur. Zira C-10 ünitesinde olay başlamadan önce, bir çocuğun C-12 ünitesiyle iştareleştiği kamera görüntülerinden izlenmektedir. Çocukların bu kararı kendi başlarına mı aldıkları, yoksa dışarıdan bir yönlendirmenin mi bulunduğu tespit edilememiştir.

7. Çocukların doktorlar tarafında muayene edilmediği yönündeki iddiaları doğrulamak mümkün değildir. Zira Komisyonumuza sunulan adli muayene raporlarında çocukların tıbbi muayenelerinin ayrıntılı bir şekilde yapıldığı görülmektedir. Ayrıca çocukların vücutlarının çeşitli yerlerinde ödem, çizgi halinde ekimoz ve lezyon türü unsurların bulunduğu not edildiği görülmektedir.

8. Çocukların doktor raporlarında gözlenen ödem, ekimoz ve lezyon türü sorunlar, ceza infaz kurumu görevlileri ile çocuklar arasında cereyan eden arbede esnasında oluşması mümkün boyutlardadır.

9. Arbedenin gerçekleştiği yerlerden biri olduğu düşünülen C-12 ünitesinin üst katındaki kameranın çocuklar tarafından kırılmış olması, bazı konuların aydınlığa kavuşturulmasını zorlaştırmaktadır. Ayrıca kamera kırmanın büyük bir art niyet olduğu eklenmelidir.

10. Çocukların saldırısına maruz kalan ve barikat kuran çocuklara müdahalede eden infaz koruma memurlarından zarar gören 12'sinin, 1 ila 7 gün arasında değişen istirahat raporu almak zorunda kaldığı tespit edilmiştir. Ayrıca bir infaz koruma memuruna "parmak diğer kırığı" tanısının konulduğu görülmektedir.

11. Kamuoyunu yanıltmak ve çocuklara ilişkin kamuoyundaki hassasiyeti suiistimal etmek amaçlı haberlerin yayılması en çok çocukları hak kaybına uğratacak bir husustur. Bu konuda bazı sivil toplum kuruluşlarının duyarlı olması gerektiği değerlendirilmektedir."

D. Türkiye İnsan Hakları Kurumu Raporu

55. TİHK, Ankara (Sincan) Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda meydana gelen olaylara ilişkin olarak 10/7/2014 tarihli bir rapor yayımlamıştır. Raporunda, olaya karışan tutuklu çocukların büyük bir kısmının beyanları ve olaya ait kamera görüntüleri rapora yansıtılmıştır (kamera kayıtlarına ilişkin tespitler için bkz. TİHK Raporu, s. 32-53). Öte yandan olaylara ilişkin değerlendirme altı başlıkta yapılmıştır. Bu başlıklar şöyledir:

- “1. Krize Müdahale ve Zor Kullanma Yetkisi Bakımından*
- 2. Müşahede Tutma (Odaya Kapatma) Olayı Bakımından*
- 3. İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Bakımından*
- 4. Şikâyet Hakkı ve Etkili Soruşturma Bakımından*
- 5. İspat Külfeti Bakımından*
- 6. İnfaz Kurumlarının İdaresi Bakımından”*

56. TİHK, yukarıda belirtilen başlıklar altında yaptığı değerlendirmede infaz koruma memurlarının krize müdahale ve zor kullanma yetkisini kullanmaları açısından tutuklu çocuklara kötü muamele olarak kabul edilecek şekilde davrandıklarını, müşahede odasında tutulmanın kanuni dayanağının

ortaya konulması gerektiğini, çocukların çıplak arandığına, doktorun adli raporu düzenlerken jandarma ve polisin orada olduğuna dair iddiaların etkili bir şekilde soruşturulması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca İnfaz Kurumunun idaresine yönelik sayım, teknil, nakil, çocuklara görev verilmesi ve mesai saati dışında uzman bulunmaması hususları değerlendirilmiştir. Rapor, tavsiyeler ile sonlandırılmıştır.

E. Başvurucuların İddiaları Hakkında Yürütülen Adli İşlemler

57. Olayların ertesi günü 2/1/2014 tarihinde Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü tutuklu çocuklar hakkında Ankara Batı (Sincan) Cumhuriyet Başsavcılığına (Cumhuriyet Başsavcılığı) suç duyurusunda bulunmuş, olaya karışan tutuklu ve hükümlülerin doktor raporları ile Kurum görevlilerinin doktor raporları ve olaya ait kamera görüntülerini içeren CD'ler Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir.

58. Cumhuriyet Başsavcılığı 8/1/2014 tarihinde müşteki memurların ifadelerinin alınması için Savcılıkta hazır bulundurulmasını istemiştir. Öte yandan başvurucular ile 2/1/2014 tarihinde görüşen avukatlar, tutuklu çocuklar ile yaptıkları görüşme tutanaklarını ekleyerek infaz koruma memurlarının kötü muamelede buldukları iddiası ile 10/1/2014 tarihinde suç duyurusunda bulunmuşlardır.

59. Aynı şekilde nakledilen bazı başvurucuların şikâyet dilekçeleri yetkisizlik kararı ile Ankara Batı (Sincan) Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Ceza infaz kurumlarında tutulan bazı hükümlüler de olaylara ilişkin olarak basından duydukları haberler üzerine suç duyurusunda bulunmuşlardır.

60. Cumhuriyet Başsavcılığı, ifadesi alınamayan ve diğer ceza infaz kurumlarına sevk edilen çocukların beyanlarının alınması için ilgili Cumhuriyet başsavcılıklarına talimatlar yazmıştır. Ayrıca 9/1/2014 tarihinde, olaylara ilişkin olarak hazırlanan adli raporların değerlendirilmesi için Sincan Adli Tıp Kurumu Şube Müdürlüğünden tekrar rapor istenmiştir. Bunun dışında tutuklu çocukların olay gecesi alınan raporları dışında tekrar hastaneye sevk edildiklerine dair bir evraka rastlanmamıştır.

61. 10/1/2014 tarihinde tutuklu çocukların infaz koruma memurlarına yönelik şikâyeti ile tutuklu çocuklar hakkında yürütülen soruşturma tefrik edilmiştir.

62. Diğer taraftan olaya ilişkin kamera kayıtlarının incelenmesi için bilirkişi görevlendirilmiştir. Bilirkişi iki ayrı rapor hazırlamış, 6/3/2014 ve 6/6/2014 tarihinde bu raporları sunmuştur.

63. Cumhuriyet Başsavcılığı bazı çocukların tahliye edilmeleri nedeniyle beyanlarını alamamıştır. H.B. dışındaki çocukların beyanları Cumhuriyet savcılığı tarafından bizzat alınmıştır.

64. Cumhuriyet Başsavcılığı infaz koruma memurları hakkında basit yaralama, hakaret, tehdit, zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçlarından başlattığı soruşturmada 9/6/2014 tarihinde kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde Komisyon raporuna atıfta bulunularak infaz koruma memurlarının orantılı güç kullanarak isyanı engellediği; hakaret ve tehdit iddialarına ilişkin olarak ise soyut iddia dışında somut herhangi bir bulgu olmadığı belirtilmiştir. Kararda başvurucuların müşahede odasında darbedilme, ters kelepçe takılma, çıplak aranma iddiaları değerlendirilmemiştir.

65. Başvurucular tarafından bu karara karşı yapılan itiraz, Ankara Batı 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 12/8/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Karar 28/8/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir.

66. Başvurucular 23/9/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV.İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

67. 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. ve 18. maddeleri şöyledir:

“Madde 4- (1) Bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla;

a) Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması,

b) Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi,

c) Çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tâbi tutulmaması,

d) Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması,

e) Çocuğun, ailesinin, ilgililerin, kamu kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının işbirliği içinde çalışmaları,

f) İnsan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi,

g) Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi,

h) Kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimini ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi,

i) Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması,

j) Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması,

k) Çocukların bakılıp gözetildiği, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulmaları,

l) Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemler alınması, ilkeleri gözetilir.”

“Madde 18- (1) Çocuklara zincir, kelepçe ve benzeri aletler takılamaz. Ancak; zorunlu hâllerde çocuğun kaçmasını, kendisinin veya başkalarının hayat veya beden bütünlükleri bakımından doğabilecek tehlikeleri önlemek için kolluk tarafından gerekli önlem alınabilir.”

68. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 2., 11., 45., 49. ve 50. maddeleri şöyledir:

“İnfazda temel ilke

Madde 2- (1) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin kurallar hükümlülerin ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, doğum, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî veya diğer fikir yahut düşünceleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konumları yönünden ayırım yapılmaksızın ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınmaksızın uygulanır.

(2) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz.

Çocuk kapalı ceza infaz kurumları

Madde 11- (1) Çocuk tutukluların ya da çocuk eğitimevlerinden disiplin veya diğer nedenlerle kapalı ceza infaz kurumlarına nakillerine karar verilen çocukların barındırıldıkları ve firara karşı engelleri olan iç ve

dış güvenlik görevlileri bulunan, eğitim ve öğretime dayalı kurumlardır.

(2) Oniki-onsekiz yaş grubu çocuklar, cinsiyetleri ve fizikî gelişim durumları göz önüne alınarak bu kurumların ayrı ayrı bölümlerinde barındırılırlar.

(3) Bu hükümlüler, kendilerine özgü kurumun bulunmadığı hâllerde kapalı ceza infaz kurumlarının çocuklara ayrılan bölümlerine yerleştirilirler. Kurumlarda ayrı bölümlerin bulunmaması hâlinde, kız çocukları kadın kapalı ceza infaz kurumlarının bir bölümünde veya diğer kapalı ceza infaz kurumlarının kendilerine ayrılan bölümlerinde barındırılırlar.

(4) Bu kurumlarda çocuklara eğitim ve öğretim verilmesi ilkesine tam olarak uyulur.

Çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin tedbirleri

Madde 45- (1) Çocuk hükümlüler hakkında uygulanabilecek disiplin tedbirleri, çocuğun disiplin cezası gerektiren eyleminin gerçekleşme riskinin bulunması hâlinde bu riski ortadan kaldırmak veya soruşturma sürerken giderilmesi güç ve imkânsız zararların doğmasını önlemek amacıyla uygulanan ve ceza niteliği taşımayan koruma ve önleme amaçlı tedbirlerdir.

(2) Çocuklar hakkında uygulanabilecek disiplin tedbirleri şunlardır:

a) Teşvik esaslı ayrıcalıkları ertelemek.

b) Kaldığı odayı ve yatakhaneyi değiştirmek.

c) Bulunduğu kurumun başka bir kısmına nakletmek.

d) Meslek eğitiminin bütünlüğünü ve sürekliliğini bozmayacak şekilde çalıştığı işyerini veya atölyeyi değiştirmek.

e) Belli yerlere girmesini yasaklamak.

f) Bazı eşyaları bulundurmasını veya kullanmasını yasaklamak.

Yönetim tarafından alınabilecek tedbirler

Madde 49- (1) Yönetim, disiplin soruşturması yapılan hükümlünün odasını, iş ve çalışma yerini değiştirebilir, hükümlüyü kurumun başka kesimine nakledebilir veya diğer hükümlülerden ayırabilir.

(2) Kurumun düzeninin ve kişilerin güvenliklerinin ciddî tehlikeyle

karşı karşıya kalması hâlinde, asayiş ve düzeni sağlamak için Kanunda açıkça belirtilmeyen diğer tedbirler de alınır. Tedbirlerin uygulanması, disiplin cezasının verilmesine engel olmaz.

Zorlayıcı araçların kullanılması

Madde 50- (1) Hiçbir hâlde zincir ve demire vurmak tedbir olarak uygulanmaz. Kelepçe ve bedensel hareketleri kısıtlayıcı araçlar;

a) Yetkili makamın önüne getirildiğinde çıkarılmak kaydıyla, sevk ve nakil sırasında kaçmayı önlemek için,

b) Hekimin talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbî nedenlerle,

c) Diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine veya başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurum en üst amirinin emriyle kullanılabilir.

(2) Çocuk hükümlüler için birinci fıkranın (a) bendi hükmü uygulanmaz."

69. 6/4/2006 tarihli ve 26131 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün (İnfaz Tüzüğü) 22. maddesinin (8) numaralı fıkrası ile 46. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(8) "İnfaz ve koruma başmemuru ile infaz ve koruma memuru, kurumun güvenliğini bozan firara teşebbüs, isyan, rehin alma, saldırı, yasaya veya düzenlemelere dayalı bir emre karşı aktif veya pasif fiziki direnme gibi olaylar ile 5237 sayılı Kanunun 25 inci maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ortaya çıktığında kurum en üst amirinin izni ile zor kullanılabilir. Acil hâllerde tehlikenin ortadan kaldırılması amacıyla izin alınmaksızın da zor kullanılabilir. Durumu derhâl en üst amire iletir. Zor kullanan personel gerekenden fazla kuvvet kullanamaz."

"Madde 46- (1) Kurumlarda, oda ve eklentilerinde, hükümlünün üst ve eşyasında habersiz olarak her zaman arama yapılabilir. Kurumun tamamında her ay bir kez mutlaka arama yapılır. Oda ve eklentilerinde yapılacak aramalarda bir hükümlü hazır bulundurulur.

(2) Hükümlünün üzerinde, kuruma sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, çıplak olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir.

a) Çıplak arama, hükümlünün utanma duygusunu ihlal etmeyecek şekilde ve kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir,

b) Arama sırasında önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır, bedenin alt kısmındaki giysiler üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler de mutlaka aranır,

c) Çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. Aranılan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğu dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir,

d) Çıplak olarak arama, mümkün olan en kısa süre içinde bitirilir.

...

(9) Arama ve sayımlar sırasında insan onuruna saygı esastır.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Birleşmiş Milletler Belgeleri

70. 18/6/2003 tarihli ve 25142 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak onaylanması uygun bulunan 16/12/1966 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 7. maddesi şöyledir:

“Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.”

71. 27/1/1995 tarihli ve 22184 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 20/11/1989 tarihli Çocuk Haklarına İlişkin BM Sözleşmesi’nin 37. ve 39. maddeleri şöyledir:

“Madde 37- Taraf Devletler aşağıdaki hususları sağlarlar:

Hiçbir çocuk, işkence veya diğer zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulmayacaktır. Onsekizyaşından küçük olanlara, işledikleri suçlar nedeniyle idam cezası verilemeyeceği gibi salıverilme koşulu bulunmayan ömür boyu hapis cezası da verilmeyecektir.

Hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri gözönünde tutularak davranılacaktır. Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır.

Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesi isteme hakkına da sahip olacaktır.

Madde 39- Taraf Devletler, her türlü ihmal, sömürü ya da suistimal, işkence ya da her türlü zalimce, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulaması ya da silahlı çatışma mağduru olan bir çocuğun, bedensel ve ruhsal bakımdan sağlığına yeniden kavuşması ve yeniden toplumla bütünleşebilmesini temin için uygun olan tüm önlemleri alırlar. Bu tür sağlığa kavuşturma ve toplumla bütünleştirme, çocuğun sağlığını, özgüvenini ve saygınlığını geliştirici bir ortamda gerçekleştirilir.”

72. 10/8/1988 tarihli ve 19895 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 10/12/1984 tarihli BM İşkenceye ve Diğer Zalimane Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme’nin 1. maddenin (1) numaralı fıkrası ile 2. ve 4. maddeleri şöyledir:

“Madde 1 - Bu Sözleşme bakımından ‘işkence’, bir kimseye, kendisinden bir ikrar veya üçüncü kişiyle ilgili bilgi elde etmek, kendisinin veya üçüncü kişinin işlediği veya işlediğinden şüphelenilen bir fiil nedeniyle cezalandırmak, kendisine veya üçüncü kişiye gözdağı vermek veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir gerekçeyle, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir kişi tarafından veya bu kişilerin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle üçüncü kişi tarafından, kasten işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak ağır acı veya ıstırap veren her hangi bir fiildir. Kanuni yaptırımlardan kaynaklanan veya yaptırımın doğasında bulunan veya bu yaptırımlarla rastlaşan acı veya ıstırap, işkence sayılmaz.

Madde 2 - İşkenceyi önleme yükümlülüğü ve işkenceyi haklı gösterme yasağı

1. Her bir Taraf Devlet kendi egemenliği altındaki ülkelerde işkence fiillerinin işlenmesini önlemek için etkili yasal, idari, yargısal veya diğer tedbirleri alır.

2. Her ne olursa olsun, savaş durumu, savaş tehdidi, iç siyasal huzursuzluk veya diğer olağanüstü hal gibi herhangi bir istisnai durum, işkenceyi haklı göstermek için ileri sürülemez.

3. Bir amirin veya bir kamu makamının verdiği bir emir, işkenceyi haklı göstermek için ileri sürülemez.

Madde 4- İşkenceyi cezalandırma yükümlülüğü

1. Her bir Taraf Devlet bütün işkence fiillerini kendi ceza kanunda suç olarak düzenler. İşkence fiilini işlemeye teşebbüs ile her hangi bir kimsenin işkenceye iştirak etme veya katılma oluşturan fiilleri de aynı şekilde suç olarak düzenlenir.

2. Her bir Taraf Devlet bu fiillerin aşırılıklarını göz önünde tutarak uygun cezalar ile cezalandırır.”

73. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu'nun (İstanbul Protokolü) birinci ekinin 2. ve 6. maddeleri şöyledir:

“2. Devletler, işkence ve kötü muamele şikayetleri ve bildirimlerinin, anında ve etkili bir biçimde soruşturulmasını sağlamakla yükümlüdürler. Açık bir şikayetin olmadığı durumlarda bile işkence ve kötü muamele yapıldığına ilişkin belirtiler varsa, soruşturma yapılmalıdır. Soruşturmayı yürütenler, bu tür olayların faili olduğundan şüphelenilen kişiler ve onların hizmet ettiği kurum ve kuruluşlardan bağımsız, soruşturma yürütebilecek vasıfta, tarafsız kişiler olmalıdır. Bu kişilerin tarafsız tıp uzmanlarına veya konuyla ilgili diğer uzmanlara erişim veya bu tür uzmanları çağırma yetkileri olmalıdır. Soruşturmalar yürütülürken, en yüksek profesyonel standartlara uygun yöntemler kullanılmalı ve soruşturma sonuçları kamuya açıklanmalıdır.

...

6a) İşkence ve kötü muamele soruşturmalarında çalışan tıp uzmanları

her zaman en yüksek etik standartlara uygun biçimde davranmalı ve tıbbi araştırma ve muayeneden önce kişinin bilgilendirilmiş onamını almalıdır. Muayene, tıp biliminin kabul edilmiş standartlarına uygun biçimde yürütülmelidir. Muayene, tıp uzmanının denetimi altında, devlet görevlileri ve güvenlik güçleri mensuplarının mevcut olmadığı bir ortamda, kişinin mahremiyetine saygı göstererek yapılmalıdır.

6b) Tıp uzmanı muayenenin hemen sonrasında doğru bir yazılı rapor hazırlamalıdır. Bu raporda en azından aşağıdaki bilgiler yer almalıdır:

(i) Görüşme Koşulları: Görüşme yapılan kişinin adı, muayene sırasında mevcut olanların adları, bu kişilerin muayene yapılan kişiyle olan ilişkileri, görüşmenin kesin tarihi, saati, görüşme yapılan yerin adresi (uygun olduğu durumlarda görüşme yapılan odanın yeri), görüşme yapılan yerin tanımı (örneğin klinik, cezaevi, ev vb.); görüşme yapıldığı sıradaki koşullar (muayene için geldiğinde veya muayene sırasında kişinin tabii olduğu kısıtlamalar, görüşme sırasında odada güvenlik güçlerinin mevcut olup olmadığı, tutukluyla eşlik edenlerin hal ve tavrı, muayeneyi yapan kişiye yönelik tehditkar ifadeler vs.) ve diğer geçerli unsurlar;

(ii) Öykü: Gerçekleştiği iddia edilen işkence ve kötü muamele yöntemleri, işkence ve kötü muamelenin ne zaman gerçekleştiği, bütün fiziksel ve psikolojik semptomlar ve şikayetler de dahil olmak üzere kişinin görüşme sırasında anlattığı öykünün detaylı bir raporu;

(iii) Fiziksel ve Psikolojik Muayene: Uygun tanı koyucu testler ve mümkün olduğu durumlarda bütün yaralanmaların renkli fotoğrafları da dahil olmak üzere klinik muayene sonucunda elde edilen bütün fiziksel ve psikolojik bulguların kaydı.

(iv) Değerlendirme: Fiziksel ve psikolojik bulgular ile işkence ve kötü muamele arasındaki muhtemel ilişkinin değerlendirilmesi. Gerekli tıbbi ve psikolojik tedavi ve/veya yapılması gereken başka tıbbi testler ve muayeneler için görüş ve tavsiyeler;

(v) Yazar: Raporda muayeneyi yapan kişilerin adları açıkça belirtilmeli ve rapor hazırlayanlar tarafından imzalanmalı;

6c) Hazırlanan rapor gizli tutulmalı ve rapor muayene edilen kişiye veya kişinin yasal temsilcisi olarak atadığı kimseye teslim edilmelidir. Muayene edilen kişi veya temsilcisinin muayene süreci hakkındaki görüşleri de sorulmalı ve raporda bu kişilerin görüşlerine de yer verilmelidir. Uygun olduğu durumlarda, işkence veya kötü muamele

iddialarını soruşturmakla yetkili olanlara da yazılı rapor verilmelidir. Bu raporun yetkili kişilere güvenli bir biçimde ulaştırılmasını güvenceye almak, Devlet'in sorumluluğudur. Muayene edilen kişinin rızası veya bu tür bir talepte bulunma yetkisi bulunan mahkemenin yetki vermesi istisna olmak üzere, rapor başka kimseye verilmemelidir."

2. Avrupa Konseyi Belgeleri

74. 1/2/2001 tarihli ve 24305 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 25/1/1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesi şöyledir:

"Bir çocuğu ilgilendiren davalarda, çocuğun esenliğinin ağır bir tehlike altında olduğunun iç hukuk tarafından belirlendiği durumlarda, adli merciin resen harekete geçme yetkisi vardır."

75. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz."

76. 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 ve kötü muamele yasağının Sözleşme'nin 15. maddesinde belirtilen toplum hayatını tehdit eden kamusal tehlike hâlinde dahi hiçbir istisnaya yer vermediği belirtilmiştir (bkz. Selmouni/Fransa [BD], B. No: 25803/94, 28/7/1999, § 95; Labita/İtalya [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 119; Bouyid/Belçika [BD], B. No: 23380/09,28/9/2015, § 81; Raninen/Finlandiya, B. No: 20972/92, 16/12/1997, § 55).

77. Öte yandan bir muamele veya cezanın kötü muamele olduğunu söyleyebilmek için eylemin minimum ağırlık eşliğini aşması beklenir (bkz. 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).

78. AİHM, tutuklu ve hükümlülerin korunmasız ve zayıf durumda olduklarını ve en zor şartlarda dahiyetkililerin bu kişilerin fiziksel esenliklerini korumakla sorumlu olduklarını belirtmiştir (Keenan/Birleşik Krallık, B. No: 27229/95, 3/4/2001, § 91; Tarariyeva/Rusya, B. No: 4353/03, 14/12/2006, §

73; Vladimir Romanov/Rusya, B. No: 41461/02, 24/7/2008, § 57).

79. Bununla birlikte AİHM, ceza infaz kurumlarında bir şiddet potansiyeli bulunduğu ve tutulan kişilerin direnişinin çok çabuk ayaklanmaya dönüşebileceğini kabul etmektedir (Satık ve diğerleri/Türkiye, B. No: 31866/96, 10/10/2000, § 58; Dedovsky ve diğerleri/Rusya, B. No: 7178/03, 15/5/2008, § 81). Bu bağlamda Sözleşme'nin 3. maddesinin güvenliği sağlamak için güç kullanılmasını yasakladığı söylenemez, ancak bu güç zorunlu hâllerde kullanılmalı ve aşırı olmamalıdır (Ivan Vasilev/Bulgaristan, B. No: 48130/99, 12/4/2017, § 63).

80. AİHM, tamamen duyuşal yalıtma ile birlikte bütünüyle sosyal yalıtmanın kişiliği tahrip edeceğini ve güvenlik veya başka gerekçelerle haklı gösterilmeyecek bir insanlık dışı muamele biçimi oluşturacağını belirtmiştir. Diğer taraftan mahkûmların diğer mahkûmlarla görüşmesinin yasaklanmasının güvenlik, disiplin veya önleyici tedbirlerin gerektirdiği koşullarda Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir (Öcalan/Türkiye [BD], B. No: 46221/99, 12/5/2005, § 191). AİHM ayrıca sıkı güvenlik rejimine ilişkin bir tedbir olan tek başına tutmanın, kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bir müdahale sayılmayacağını ifade etmiştir (Van der Ven/Hollanda, B. No: 50901/99, 4/2/2003, § 50). Uzun süre başkalarından ayrı tutmanın Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında bir ihlal oluşturup oluşturmayacağı değerlendirirken olayın içinde bulunduğu özel koşullara, tedbirin zorunluluğuna, süresine, izlenen amaca ve ilgili kişi üzerindeki etkilerine bakılması gerekir (Rohde/Danimarka, B. No: 69332/01, 21/7/2005, § 93).

81. AİHM, içtihatlarında çıplak arama konusunu da ele almaktadır. AİHM, ceza infaz kurumu güvenliğini sağlamak, suç işlenmesini ya da düzenin bozulmasını engellemek amacıyla çıplak arama yapılmasının gerekli olabileceğini kabul etmektedir (Van Der Ven/Hollanda, § 60). Ancak somut olayın şartları açısından bu uygulamanın üzüntü ve aşağılama duygusunu artırabileceği, bu yönüyle kamu otoritelerinin hükümlü/tutukluların onurunu zedelemeyecek şekilde uygun davranmaları gerektiği değerlendirilmektedir (Van Der Ven/Hollanda, §§ 61, 62; Valaşinas/Litvanya, B. No: 44558/98, 24/7/2001, § 117; Iwańczuk/Polonya, B. No: 25196/94, 15/11/2001, § 59; Frerot/Fransa, B. No: 70204/01, 12/6/2007, §§ 38-47; Pawel Pawlak/Polonya, B. No: 13421/03, 30/10/2012, § 141).

82. AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesinin tartışılabilir ve makul şüphe uyandıran kötü muamele iddialarının etkin biçimde soruşturma yükümlülüğü

getirdiğine dikkat çekmektedir (bkz. Labita/İtalya, § 131). AİHM'in içtihadında tanımlanan etkinlik için minimum standartlar soruşturmanın bağımsız, tarafsız, kamu denetimine açık olmasını, yetkili makamların titizlikle ve çabuklukla çalışmasını gerektirmektedir (bkz. Mammadov/Azerbaycan, B. No: 34445/04, 11/1/2007, § 73; Çelik ve İmret/Türkiye, B. No: 44093/98, 26/10/2004, § 55).

83. 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).

84. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesinin (CPT) 27/11/2013 tarihinde Ankara (Sincan) Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna gerçekleştirdiği ziyaret sonrası hazırladığı Rapor 15/1/2015 tarihinde yayımlanmıştır (CPT/İlnf (2015), § 6). Anılan Raporda, ziyarette bulunan delegasyonun -2012 yılında yapılan ziyaretteki ölçekte olmamakla birlikte- Ceza İnfaz Kurumu görevlileri tarafından çocuklara fiziksel kötü muamelede bulunduğu iddiaları ile karşılaştığı belirtilmiştir. Bu iddiaların çoğu tokat, yumruk, tekme ya da plastik sopa ile ele ve/veya ayak tabanına vurma şeklindeki cismani cezalardır (Raporun 49. paragrafı).

85. Anılan Raporda, iddialara ilişkin olarak görevlilerin ve idarenin hükümlü/tutuklulara yönelik kötü muamelelerinin kabul edilemez olduğu ve bundan dolayı cezalandırılabilirliklerinin görevlilere ve idareye düzenli aralıklarla, kesin bir talimat olarak iletilmesi tavsiye edilmiştir. Talimatın bir parçası olarak da çocuklara karşı fiziksel cezalandırmanın hiçbir türünün uygulanamayacağını hatırlatılması gerektiği belirtilmiştir (Raporun 510. paragrafı).

86. Öte yandan Raporda 10/10/2013 tarihli Rapora atıfta bulunularak (CPT/İnf (2013) 27, § 31) Ceza İnfaz Kurumunun maddi koşullarının çok iyi olduğu, yaşam alanlarının geniş olduğu, Kurumda dokuz hücre olduğu, hücrelerde yatak, masa, sandalye, raf ve dolap olduğu belirtilmiştir (Raporun 69. paragrafı).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

87. Mahkemenin 23/1/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

88. Başvurucular; Ankara (Sincan) Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumundaki C-10 ve C-12 koşullarında tutuklu olarak buldukları 1/1/2014 tarihinde C-10 koşullarında bulunan çocukların infaz koruma memurları tarafından ayakta sayım vermeye zorlanması sırasında, hasta olması sebebiyle tutuklu çocuklardan birinin buna karşı çıktığını, bu nedenle infaz koruma memurları tarafından duruma müdahale edildiğini, yapılan müdahalelerin planlı olarak C-12 koşullarında bulunan çocuklara da uygulandığını, müdahale sırasında yapılan ve daha öncesinde uygulanan muamelelerin insan haklarına aykırı olduğunu, bu kapsamda ayakta sayım vermeye zorlandıklarını, onur kırıcı ve rencide edici bir şekilde çıplak olarak arandıklarını, infaz koruma memurlarınca zor kullanıldığını, özellikle kameranın kayıt almadığı yerlerde işkenceye maruz bırakıldıklarını ve ilgili kamera kayıtlarının Savcılık dosyasına sunulmadığını, ellerinin ters kelepçelendiğini ve ayaklarından kelepçelenerek müşahede/süngerli oda adı verilen hücrede tutulduklarını, yemek gibi temel ihtiyaçlarının karşılanmadığını, C-12 koşullarında bulunanlara yangın söndürme tüpleriyle gaz ve tazyikli su sıkıldığını, buna gerekçe olarak yangın çıkaracakları iddiası ileri sürülmüş ise de ellerinde yakıcı bir aletin olmadığını idare tarafından bilindiğini, olaylardan yaklaşık dört saat sonra alınan sağlık raporlarından işkenceye uğradıklarının anlaşıldığını, bu nedenlerle suç duyurusunda bulduklarını fakat maruz kaldıkları işkence ve kötü muameleler hakkında etkin bir soruşturma yapılmadığını, bu durumun İstanbul Protokolü'nün getirdiği esaslara uygun olmadığını ve ayrıca çocuk olmaları nedeniyle gösterilmesi gereken dikkat ve özenin kendilerine gösterilmediğini belirterek Anayasa'nın 17., 19., 38., 40. ve 41. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür; yeniden soruşturma yapılması ve tazminat talebinde bulunmuşlardır.

B. Değerlendirme

89. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucuların Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlal edildiği şikâyetlerinin özü başvurucuların müşahede/süngerli oda tabir edilen hücre tipi odalarda tutulmasıdır. Başvurucuların hücre tipi olduğunu iddia ettikleri odalarda tutulmasının- tutuklu olarak ceza infaz kurumunda bulunan başvurucuların kişi özgürlüklerinin zaten kısıtlı olduğu gözetildiğinde- Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında değil Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası düzenlenen kötü muamele yasağı çerçevesinde incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Aynı şekilde başvuruların Anayasa'nın 36., 40. ve 41. maddelerinde etkin soruşturma yapılmadığına yönelik iddialarının da

Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında incelenmesi gerektiği kabul edilmiştir.

90. Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 17. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

91. 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."

92. Somut olayda on bir ayrı başvuruçunun iddiaları vekilleri vasıtasıyla bireysel başvuruya konu olmuştur. Bununla birlikte başvuruçuların soruşturma aşamasındaki beyanları kapsamında Ceza İnfaz Kurumundaki olaylara ilişkin iddiaları farklılık içermektedir. Özellikle başvuruçuların C-10 ve C-12 ünitelerinde ayrı ayrı kaldıkları gözönüne alındığında iddiaların ve eylemlerin her bir başvuruçucu için kendi beyanları kapsamında ayrı incelenmesi gerekmektedir.

93. Bu bağlamda başvuruçuların avukatları ile görüşme tutanakları, TİHK raporu, kolluk ve/veya Cumhuriyet Savcılığına verdikleri beyanlar gözetilerek başvuruçucu F.E.nin çıplak arama ve kelepçe takılmasına ilişkin, başvuruçucu B.D., K.Ş., E.T.nin da çıplak aramaya ilişkin herhangi bir şikâyeti olmadığından çıplak arama başlığı altında diğer başvuruçuların iddiaları değerlendirilmiştir. Öte yandan H.B. dışındaki diğer tüm başvuruçular müşahede odasının koşullarından (odada yatak olmaması, battaniye verilmemesi, soğuk olması ve yemek verilmemesi gibi) şikâyetçi olmuşlardır. Dolayısıyla müşahede odasının şartlarına yönelik iddialar başvuruçucu H.B. dışındaki diğer başvuruçuların iddiaları kapsamında değerlendirilmiştir.

94. Başvuruçular 1/1/2014 tarihinde ve sonrasında meydana gelen

olaylardan bağımsız olarak Ceza İnfaz Kurumunun olaylardan önceki bazı uygulamalarından da şikâyetçi olmuşlardır. Bu bağlamda başvurucular ayakta sayım yapmaya zorlanmalarının insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak olaylara sebep olan bu uygulamaya ilişkin olarak başvurucuların olaylardan önce infaz hâkimliği nezdinde herhangi bir şikayette bulduklarına dair bir veri sunulmamıştır. Bu nedenle ayakta sayım almaya zorlanma konusu münhasıran değerlendirilmemiştir. Bunun dışında Ceza İnfaz Kurumunun yaşam standartları, idarenin genel uygulamaları, hükümlü/tutuklu çocukların gelişim, koruma, eğitim ve katılım haklarının korunması gibi hususlar başvurucuların buna ilişkin yetkili kamu otoriteleri nezdinde şikâyetçi olmamaları ve CPT raporları (bkz. §§ 84-86)gözetilerek ayrıca incelenmemiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

a. Başvurucu M.K. Yönünden

95. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 80. maddesine göre başvurunun incelenmesinin sürdürülmesini haklı kılan bir sebebin olmadığı kanaatine varılması hâlinde başvurunun düşmesine karar verilebilir. Bununla birlikte anılan maddenin (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 edilebilir (Bayram Şahin, B. No: 2013/463, 16/5/2013, § 16).

96. Başvurucular vekili 28/4/2016 tarihli ek dilekçesinde, Mersin 1. Çocuk Mahkemesinin talimat cevabından başvuruculardan M.K.nın vefat ettiğini öğrendiklerini belirtmiştir. Başvurucu vekilinin bildiri mi ve mirasçılardan başvuruya devam etme yönünde iradelerini makul bir süre içinde bildirmediikleri gözetilerek başvurunun incelenmesine devam etmeyi gerekli kılan ve İçtüzük'ün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen nedenlerden birinin de bulunmadığı değerlendirilmiştir.

97. Açıklanan gerekçelerle başvurucu M.K.nın başvurusunun düşmesine karar verilmesi gerekir.

b. Diğer Başvurucular Yönünden

98. Başvuruculardan H.B. ve F.E. soruşturma aşamasında şikâyetçi olmamış ise de olayların resen soruşturmayı gerektirmesi ve başvurucular vekilinin Cumhuriyet Başsavcılığının kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararına yaptığı itirazın Ankara Batı 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 12/8/2014 tarihli kararıyla anılan başvurucuların şikâyetçi olup olmadıkları değerlendirilmeden esastan

incelenerek reddedildiği gözetilerek anılan başvuruçuların başvurularının incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

99. Bu kapsamda 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.

2. Esas Yönünden

100. Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anılan fıkıyla özel olarak insan onurunun korunması amaçlanmıştır (Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 80).

101. Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulma yasağı mutlak bir nitelik taşımakta olup bu kapsamda öncelikle kamusal yetkiyle güç kullanan görevlilerin hiçbir şekilde kişilerin beden ve ruh bütünlüğüne zarar vermemelerini gerektirir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 81).

102. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesi 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde ayrıca devlete, kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir muameleye maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yükler. Bu ödev üçüncü kişiler tarafından işlenen fiilleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla yetkililerce bilinen ya da bilinmesi gereken bir kötü muamelenin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirlerin alınmaması durumunda devletin sorumluluğu ortaya çıkabilir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 82).

103. 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 ya da insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye ya da cezaya tabi tutmama sorumluluğunu (negatif yükümlülük) içermemekte; ayrıca bireylerin bu tür muameleye maruz kalmasını engelleyecek etkili önleyici mekanizmaların kurulması yönünde pozitif bir yükümlülük de içermektedir.

104. Kötü muamele yasağının usul boyutu ise, bu yasağın ihlal edildiğine yönelik tartışılabilir ve makul şüphe uyandıran iddiaların sorumlularının

tespitini ve cezalandırılmasını sağlayacak etkili bir soruşturma yapılması sorumluluğunu (pozitif yükümlülük) içermektedir.

105. Somut olay karmaşıklığı ve başvuruçuların maruz kaldıklarını iddia ettikleri muamelenin farklılığı gözetilerek ayrı başlıklarda incelenmiştir. Bu bağlamda başvuruçuların şikâyetleri maddi boyut açısından krize müdahale ve zor kullanma yetkisinin kullanılması, müşahede odasına alınma, sonrasında ileri sürülen iddialar ile çıplak arama olarak üç başlıkta incelenmiştir. Bu hususlara ilişkin şikâyetlerin etkili soruşturulmadığı iddiaları ise "Usul Boyutu" başlığı altında incelenmiştir.

a. Anayasa'nın 17. Maddesinin Maddi Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel İlkeler

106. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası mağdurların eylemi veya yetkililerin saiki ne olursa olsun kötü muamele yasağının ihlal edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Saikin önemi ne kadar yüksek olursa olsun yaşam hakkı gibi en zor koşullarda bile işkence, eziyet veya insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yapılamaz. Anayasa'nın 15. maddesinin ikinci fıkrası gereğince savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hâllerde bile bu yasağın askıya alınmasına izin verilmemiştir. Anılan maddelerdeki hakkın mutlaklık niteliğini güçlendiren felsefi temel, söz konusu kişinin eylemi ve suçun niteliği ne olursa olsun herhangi bir istisnaya, haklılaştırıcı faktöre veya menfaatlerin tartılmasına izin vermemektedir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 104).

107. Bununla birlikte her kötü muamele iddiasının Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının getirdiği korumadan ve devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerden yararlanması beklenemez. Bu bağlamda kötü muamele konusundaki iddialar uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için soyut iddiaya dayanan şüphe ötesinde makul kanıtların varlığı gerekir. Bu kapsamdaki bir kanıt yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilmemiş birtakım karinelere oluşabilir. Bu bağlamda kanıtlar değerlendirilirken ilgililerin süreçteki tutumları da dikkate alınmalıdır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 95).

108. 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).

109. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında geçen bu kavramlar arasında nitelik değil yoğunluk farkının bulunduğu görülmektedir. Bir muamelenin işkence olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirleyebilmek için anılan fıkrada geçen eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele kavramları ile işkence arasındaki ayrıma bakmak gerekir. 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).

110. Buna göre anayasal düzenleme kapsamında kişinin maddi ve manevi varlığına en fazla zarar veren muamele işkencedir. Muamelenin ağırlığının yanı sıra İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde işkencenin özellikle bilgi almak, cezalandırmak veya yıldırma amacıyla ya da ayrımcı bir nedenle yapıldığı belirtilmiştir (bkz. § 72; Cezmi Demir ve diğerleri, § 85).

111. 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 geçmemelidir. İşkenceden farklı olarak eziyette, ızdırıp vermenin belli bir amaç doğrultusunda yapılması şartı aranmaz (Cezmi Demir ve diğerleri, § 88).

112. 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).

113. Bir muamelenin anılan kavramlardan hangisinin kapsamında olduğunu belirleyebilmek için her somut olayın kendi özel koşulları içinde değerlendirilmesi gerekir. Aleni olarak yapılması veya kamuoyunun bilgi sahibi olması muamelenin aşağılayıcı niteliğinin belirlenmesinde rol oynasa da

muamelenin aleni olmadığı durumlarda kişinin kendini değersiz hissetmesi de bu seviyedeki bir kötü muamele için yeterli olabilir. Ayrıca muamelenin küçük düşürme ya da alçaltma kastı ile yapılıp yapılmadığı dikkate alınmakla birlikte böyle bir amacın belirlenememesi muamelenin kötü muamele olmadığı anlamına gelmeyecektir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 90).

114. Tutulma koşulları, tutulanlara yapılan uygulamalar, ayrımcı davranışlar, kamu görevlileri tarafından sarf edilen hakaretamiz ifadeler, engelli kimselerin karşılaştığı kimi olumsuz durumlar, normal olmayan bazı şeyleri yedirip içirme gibi aşağılayıcı davranışlar insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele olabilir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 90). Bununla birlikte Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yasaklanmış bir eylem tehdidinde bulunmak da yeterince yakın ve gerçek olması koşuluyla bu maddenin ihlali sonucunu doğurma 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

(1) Olaya Müdahale ve Zor Kullanma Yetkisinin Kullanılması Yönünden

115. Hükümlü veya tutuklular, Anayasa'nın 19. maddesi kapsamında hukuka uygun olarak kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkında mahrum bırakılırken (İbrahim Uysal, B. No: 2014/1711, 23/7/2014, §§ 29-33) genel olarak Anayasa'nın koruma alanı kapsamında bulunan diğer hak ve özgürlüklere sahiptir. Bununla birlikte ceza infaz kurumunda tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması gibi güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir, makul gerekliliklerin olması durumunda sahip oldukları haklar sınırlanabilir (Turan Günana, B. No: 2013/3550, 19/11/2014, § 35).

116. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki kural, hükümlü ve tutuklulara yönelik uygulamalar için de geçerlidir. Bu husus 5275 sayılı Kanun'un "İnfazda temel ilke" kenar başlıklı 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz" ve yine Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde "Hürriyeti bağlayıcı cezanın zorunlu kıldığı hürriyetten yoksunluk, insan onuruna saygının korunmasını sağlayan maddî ve manevî koşullar altında çektirilir" şeklindeki düzenleme ile açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla tutuklamaya veya hapis cezasına mahkûmiyete ilişkin bir kararın yerine getirilmesi için sağlanacak şartlar, insan onuruna saygıyı koruyacak nitelikte olmalıdır (Turan Günana, § 36).

117. Bununla birlikte özgürlüğünden mahrum bırakılan bir kişiye yönelik olarak-kendi eylem ve tavırları mutlaka kuvvet kullanılmasını gerektirmedikçe-zora başvurulması, insan onurunun zedelenmesi ve ilke olarak Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen yasağın ihlal edilmesi sonucunu doğurabilir (Cezmi Demir ve diğerleri, § 92). Buna karşılık Anayasa'nın 17. maddesinin bir yakalamayı gerçekleştirmek için güç kullanımını yasakladığı söylenemez. Ancak bu tür bir güç sadece kaçınılmaz ve asla aşırı olmamak kaydıyla kullanılabilir. Ayrıca kişinin kendi davranışından veya tutumundan dolayı fiziksel güce başvurmak kesinlikle zorunlu hâle gelmedikçe bu gibi fiiller, prensip olarak kötü muamele yasağını ihlal edecektir. Buna göre yakalama sırasında kötü muamele yapıldığı iddiaları değerlendirilirken güç kullanmayı gerektiren bir durumun olup olmadığı ve kullanılan gücün orantılı olup olmadığı gözetilmelidir (Gülşah Öztürk ve diğerleri, B. No: 2013/3936, 17/2/2016, § 52).

118. Somut olay açısından güç kullanmanın koşulları değerlendirirken başvuruçuların 16-17 yaş grubunda çocuk olduğu da gözönünde tutulmalıdır. Bu bağlamda otoriteyle çatışmanın ergenlik çağının olağan davranışları olduğu, bu nedenle çocukların tutulduğu kurumların kuralları bu dönemin özellikleri dikkate alınarak belirlenmeli; bu kurumlarda çalışanlar da bu davranışlarla baş etme konusunda uzmanlığa dayalı becerilere sahip kılınmalıdır.

119. Güç kullanmayı gerektiren bir durumun varlığı değerlendirilirken öncelikle güç kullanmanın hukuka uygun olup olmadığı, sonra ise gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda C-10 ile C-12 ünitelerine yapılan müdahalenin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

120. İnfaz Tüzüğü'nün 22. maddesinin (8) numaralı fıkrasında; infaz koruma memurlarının kurumun güvenliğini bozan firara teşebbüs, isyan, rehin alma, saldırı, kanuna veya düzenlemelere dayalı bir emre karşı aktif veya pasif fiziki direnme gibi olaylar ile 5237 sayılı Kanun'un 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ortaya çıktığında zor kullanma yetkisinin bulunduğu hükmüne yer verilmiştir. Bunun dışında anılan hususlarla karşılaşıldığında bu durumlara karşı kurum içinde kimin hangi yöntemi nasıl kullanacağına yönelik özel bir düzenlemeye rastlanmamıştır.

121. Anılan Tüzük hükmü kapsamında infaz koruma memurlarının C-10 ve C-12 ünitelerinde meydana gelen olaylara ilişkin olarak zor kullanma yetkilerinin hukuki dayanağı konusunda herhangi bir sorun görülmemiştir. Somut olaydaki saldırı, aktif direnme ve isyan eylemlerinin faileri 16-17 yaş grubu arasındaki çocuklardır. Ulusal ve uluslararası birçok hukuki düzenlemede çocukların

korunması için gerekli her türlü önlemin alınması gerektiği vurgulanmıştır (bkz. §§ 67-75). Bu bağlamda çocuk ve gençlik kapalı ceza infaz kurumlarında anılan sorunlara kimin hangi yöntemle ve nasıl müdahale etmesi gerektiği ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Bununla birlikte somut olayın gelişimi açısından infaz koruma memurlarına yönelik bir düzenleme olmaması-olayların vahameti ve sonuçları gözönüne alındığında- münhasıran kötü muamele yasağının pozitif yükümlülüğünün ihlali olarak yorumlanamaz.

122. Somut olayda infaz koruma memurları sayım için C-10 ünitesine gelmişler ve sayım için üst katta bulunan çocuğu da aşağıya çağırmışlardır. Sayımı geciktirmenin veya sayıma geç çıkmanın İnfaz Tüzüğü'nün 46. maddesinde uyarı cezasını gerektiren bir disiplin suçu olarak da düzenlendiği gözetildiğinde infaz koruma memurunun sayım için ısrarlı olması kabul edilebilir bir husustur. Nitekim sayımın tek amacı firarın engellenmesi değil Ceza İnfaz Kurumunda düzenin ve disiplinin sağlanması, çocuklar yönünden herhangi bir cebire maruz kalıp kalmadığının tespitidir.

123. İnfaz koruma memurunun sayım için çocuğun aşağıya inmesi yönündeki ısrarı esnasında başvuruculardan B.D. infaz koruma memuruna kafa atmıştır. Aynı şekilde bu sırada aşağı katta bulunan iki çocuk da diğer infaz koruma memurlarına saldırmıştır. Sayıma inmeyen çocuk da aşağı inerek önce sayıma çağıran infaz koruma memuruna, daha sonra diğer memurlara saldırmıştır. İnfaz koruma memurlarının olaya ilk tepkisi kendilerini korumak yönünde olmuştur. Kargaşayı öğrenip koğuşa gelen diğer infaz koruma memurları ile birlikte çocuklar kontrol altına alınmaya çalışılmıştır.

124. C-10 ünitesinde çocuklar kontrol altına alınmaya çalışılırken infaz koruma memurları cop, gaz veya herhangi bir müdahale ekipmanı kullanmamıştır. Buna rağmen çocuklar çekpas sopasını kullanarak görevlilere saldırmıştır. Aynı şekilde çocukların attığı sandalye çocuklara geri atılmıştır. Ancak bu münferit tepkilerin heyecanın yükseldiği ve duygu yoğunluğunun olduğu bir anda meydana geldiği değerlendirilmelidir.

125. Çocuklar kontrol altına alınmak içinünite dışına çıkarılarak kelepçelenmiş ve müşahede odasına götürülmüştür. 5275 sayılı Kanun'un 50. maddesinde, çocuklarla ilgili olarak kelepçe ve bedensel hareketi kısıtlayıcı araçların ancak hekimin talimat ve gözetiminde olmak üzere tıbbi nedenlerle ve diğer kontrol usullerinin yetersizliği hâlinde hükümlünün kendisine ya da başkalarına zarar vermesine veya eşyayı tahrip etmesine engel olmak için kurumun en üst amirinin emriyle kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Bu bağlamda olayın gelişimi ve çocukların davranışları açısından kelepçe takma zorunluluğunun ortaya çıktığı açıktır.

126. C-12 ünitesinde tutulan çocuklar ise C-10 ünitesindeki olayları görünce slogan atmaya başlamış ve C-10 ünitesindeki tutuklulara katılmak istemişlerdir. Bir infaz koruma memurunun C-12 ünitesinin kapısını sürgülemesiyle tutuklu çocuklar dışarı çıkamamış, ancak ünitenin üst katına çıkıp merdivenlere barikat kurarak kendilerini yakma tehdidinde bulunmuşlardır. Bunun üzerine infaz koruma memurları tazyikli su ve ellerinde yangın tüpüyle tutuklu çocukları kontrol altına almaya çalışmışlardır. Bu esnada tutuklu çocuklar ellerine geçen sert cisimleri infaz koruma memurlarının üzerine atmaya başlamış, attıkları bir dolap ise yangın tüpünün patlamasına neden olmuştur. Bu nedenle ortaya yayılan kimyasal, tutuklu çocuklardagazla müdahale edildiği algısı uyandırmıştır. Daha sonra infaz koruma memurları tutuklu çocukları kontrol altına alarak müşahede odasına götürmüştür. Kelepçe takılarak tutuklu çocukların müşahede odasına götürülmesi somut olayın şartları açısından orantısız bir müdahale olarak değerlendirilemez.

127. Öte yandan başvuruçuların adli muayenesi sonucunda tespit edilen yaraların koğuştaki müdahale esnasında mı yoksa müşahede odasındaki -iddia ettikleri- darp olayları esnasında mı gerçekleştiği tespit edilememiştir. Bununla birlikte kamera görüntüleri, çocukların birbirlerini aktif olarak direnme ve saldırıya teşvik ettiklerini, bunun sonucunda kendilerine fiziki güç uygulandığını göstermektedir. Bu bağlamda C-10 ve C-12 üniteleri içinde yapılan müdahalede zor kullanma yetkisinin sınırlarını aşacak şekilde şiddet uygulandığı gözlemlenmemiştir. Dolayısıyla olaylara müdahalede çocuklara uygulanan zor kullanmanın bu aşamada sırf bir misilleme veya bedensel ceza oluşturmadığı gözetilerek gereksiz ve orantısız bir müdahale olduğu söylenemez. Nitekim etkisiz hâle getirmek için fiziki güç kullanılmasından sonra da çocuklara şiddet uygulandığı iddiası aşağıda ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir.

128. Açıklanan gerekçelerle başvuruçulara yapılan müdahaleyle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

129. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesinin maddi boyutunun ihlaline ilişkin savunulabilir şikâyetlerin bulunmadığı yönünde varılan tespitler gözönünde bulundurulduğunda (bkz. §§ 115-128) anılan maddenin usul boyutuna ilişkin şikâyetler, incelenebilecek nitelikte bulunmamıştır. Dolayısıyla olaylara müdahale ve zor kullanma yetkisinin kullanılması yönünden başvuruçuların Anayasa'nın 17. maddesinin usul boyutunun ihlaline ilişkin iddiaları ayrıca değerlendirilmemiştir.

(2) Müşahede Odasına Alınmaya ve Sonrasına İlişkin İddialar Yönünden

130. 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. Ceza infaz kurumunda tutulmanın pratik gerekleri çerçevesinde mahkûmların sağlık ve esenlikleri gibi hususların yeterli bir şekilde güvence altına alınması, mahkûmlara gerekli tıbbi yardımın sağlanması da insan onuruna yakışır koşulların sağlanması için gereklidir (Turan Günana, § 39).

131. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde ceza infaz kurumunda tutulma koşullarını değerlendirirken başvuru sahiplerinin somut olaylara ilişkin iddiaları ile birlikte koşulların bir bütün olarak gözetilmesi ve bu kapsamda önlemlerin şiddeti, amacı ve bireyler için sonuçlarının birlikte değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir (Turan Günana, § 38).

132. Somut olayda başvuru sahipleri, anılan olayların ardından kontrol altına alınmış ve kelepçeli olarak müşahede odasına götürülmüştür. Mevcut kayıtlar başvuru sahiplerinin bu yöndeki iddialarını doğrular niteliktedir. Bununla birlikte başvuru sahibi çocukların müşahede odasına kapatılması bir disiplin cezasından kaynaklanmamıştır. Meydana gelen saldırı, aktif direnme ve isyan eylemlerini sonlandırmak, ceza infaz kurumunun disiplinini ve düzenini tekrar sağlamak amacıyla başvuru sahipleri müşahede odasına konulmuştur. Dolayısıyla burada geçici bir tedbir olarak müşahede odasına konulma söz konusudur. Nitekim idarenin bu uygulaması İnfaz Tüzüğü'nün 49. maddesi kapsamında "kurum düzeninin ve kişilerin güvenliklerinin ciddi tehlikeyle karşı karşıya kalması hâlinde, asayiş ve düzeni sağlamak için Kanunda açıkça belirtilmeyen diğer tedbirleri" alma yetkisine dayanmaktadır. Bu yetki disiplin cezası olarak değerlendirilemez. Sonuç olarak başvuru sahiplerinin müşahede odasına konulması ceza infaz kurumunda düzenin sağlanması için tek başına kötü muamele olarak kabul edilemez. Özellikle başvuru sahiplerinin olayın ertesi günü aileleri ve avukatları ile görüşebilmesi bu tedbirin geçici olarak alındığını açıkça ortaya koymaktadır. Başvuru sahiplerinin da müşahede odasında uzun tutuldukları yönünde iddiaları bulunmamaktadır.

133. Öte yandan ceza infaz kurumlarında kötü muamele olarak kabul edilecek hususlar farklı şekillerde tezahür edebilir. Bunların birçoğu ceza infaz kurumu idaresi ve görevlilerinin kasıtlı davranışlarından kaynaklanabileceği gibi idari hatalar veya yetersiz kaynaklar sebebiyle de ortaya çıkabilir. Bu bağlamda müşahede odalarında yatak bulunmaması, soğuk olması ve yemek verilmemesi gibi iddialar kötü muamele yasağı çerçevesinde incelenmesi gereken hususlardır. Ancak bu durumda dahi başvuru sahiplerinin iddialarının yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilmemiş birtakım karinelere dayanması gerekmektedir. CPT'nin 2012 ve 2013 yılında gerçekleştirdiği ziyaretler sonrası hazırlanan raporlar gözetildiğinde (bkz. §§ 84-86) başvuru sahiplerinin bu iddialarının maddi boyut yönünden incelenmesini sağlayacak emarelere dayanmadığı anlaşılmaktadır.

134. Başvuru sahiplerinin kontrol altına alındıktan sonra kamerasız alanlarda darbedilmesi, elleri ve ayakları kelepçeli olarak müşahede odasında tutulmaları, doktor raporunun gerçekleri yansıtmayacak şekilde yazılması yolundaki iddialarının da kötü muamele yasağının maddi boyutu kapsamında incelenebilmesi için tartışılabilir ve makul şüphe uyandırıcı olması gerekir.

135. Bu bağlamda kötü muamele konusundaki iddialar, uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için her türlü şüpheden uzak, makul kanıtların varlığı gerekir. Bu nitelikteki bir kanıt yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilemeyen birtakım karinelere dayanabilir. Ancak bu koşulların tespiti hâlinde kötü bir muamelenin varlığından bahsedilebilir (Cuma Doygun, B. No: 2013/394, 6/3/2014, § 28).

136. Öte yandan bireysel başvurulara ilişkin şikâyetlerin incelenmesinde Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu rol ikincil nitelikte olup bazı durumların ortaya koyduğu şartlar nedeniyle ilk derece mahkemesi ve Cumhuriyet savcılığı rolünü üstlenmesinin kaçınılmaz olduğu hâllerde çok dikkatli davranması gerekmektedir. Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında yapılan şikâyetlerin incelenmesinde böyle bir durumla karşılaşma riski bulunmaktadır. Anılan maddede güvence altına alınan yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı ihlali ile ilgili iddialarda bulunulduğu zaman Anayasa Mahkemesi, bu konu hakkında tam bir inceleme yapmalıdır. Ancak soruşturma ve kovuşturma aşamasında delilleri değerlendirmek kural olarak Cumhuriyet savcıları ve derece mahkemelerinin işi olduğundan Anayasa Mahkemesinin görevi, bu makamların maddi olaylara ilişkin yaptıkları değerlendirmenin yerine kendi değerlendirmesini koymak değildir. Bu nedenle öncelikle yapılması gereken, bireysel başvuru dosyasındaki iddialar ile soruşturma ve/veya kovuşturma

dosyasındaki değerlendirmede ortaya konulan delillerin kötü muamele yasağının maddi boyutu açısından yeterli olup olmadığını değerlendirmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin cezai sorumluluk bağlamında suça ya da masumiyete ilişkin bir bulguya ulaşma görevi bulunmamaktadır. Diğer taraftan derece mahkemelerinin bulgularının Anayasa Mahkemesini bağlamamasına rağmen normal şartlar altında bu mahkemelerin maddi olaylara ilişkin yaptığı tespitlerden ayrılmak için de kuvvetli nedenlerin bulunması gerekir.

137. Başvurucuların müşahede odasında kendilerine yönelik olarak yapılanlara dair iddialarının maddi boyutunun incelenmesi için soruşturma dosyası, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu raporu (bkz. § 54) ve TİHK raporu (bkz. §§ 55, 56) kapsamında yeterli delil olmadığı gibi başvurucuların tartışılabilir ve makul şüphe uyandıran deliller ortaya koyabildiği de söylenemez. Özellikle başvurucuların adli muayene sonrasında da darp olayının devam ettiği yönündeki şikâyetleri temelinde herhangi bir maddi delil ortaya konulmamış ve Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından da bu hususa ilişkin bir delil soruşturma dosyasına yansıtılmamıştır. Bu nedenle başvurucuların anılan iddialarının kötü muamele yasağının usul boyutu kapsamında incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

138. Aynı şekilde tutuklu çocukların saldırıları ve isyan girişimleri zor kullanma ile kontrol altına alındıktan yaklaşık dört saat sonra çocukların hastaneye sevk edilerek sağlık muayenesinin neden geciktirildiği de dosyadan anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte olaylar esnasında birçok infaz koruma memurunun da yaralandığı (bkz. §§ 52, 53) gözetildiğinde gecikmenin bir cezalandırma amacından mı yoksa sayının çokluğu nedeniyle bir imkân yetersizliğinden mi kaynaklandığı anlaşılamamıştır. Bu nedenle bu iddiaların da kötü muamele yasağının usul boyutu kapsamında incelenmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

(3) Çıplak Arama Yönünden

139. Çıplak arama yapılması çocuklar dâhil hükümlü ve tutuklular açısından tek başına kötü muamele yasağını ihlal eden bir durum olarak değerlendirilemez. Nitekim bu tür bir aramayla, ceza infaz kurumlarının güvenliğinin sağlanması, hükümlü ve tutukluların kurum içinde kendilerine, diğer hükümlü/tutuklulara ve infaz koruma memurlarına zarar verecek veya suç oluşturacak uyuşturucu maddelerin, kesici ve delici aletlerin sokulmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. İnfaz Tüzüğü'nün 46. maddesi de bu hususu düzenleyerek çıplak aramanın hukuki dayanağını ortaya koymuştur (Turan Günana (5), B. No: 2013/5545, 15/12/2015, §§ 64, 65).

140. Öte yandan çıplak arama usulü ve sıklığı kötü muamele yasağının ihlali sonucunu da doğurabilir. Özellikle ceza infaz kurumunda güvenlik, düzen ve suç işlenmesinin önlenmesi amacını aşacak ve hükümlü/tutuklular yönünden insan onurunu zedeleyecek nitelikte bir uygulamaya dönüşmesi kötü muamele yasağı yönünden gözönünde bulundurulması gereken hususlardır. Çocukların özgürlüklerinden mahrum edilme nedeni ne olursa olsun yetişkinlerden daha hassas olduğu unutulmamalıdır. Bu yüzden çocukların fiziksel ve ruhsal olarak korunmasını sağlamak için özellikle dikkatli olmak gerekir. Bu bağlamda çocukların aynı cinsiyetten personel tarafından aranması, çok sık arama yapılarak aramanın rencide etme uygulamasına dönüşmemesi, başkalarının karşısında yapılmaması gerekmektedir.

141. Somut olayda başvuruçuların şikâyeti çıplak arama yapılmasıdır. Bununla birlikte çıplak aramanın usulü, sıklığı, uygulanması açısından onurlarını zedeleyecek bir usulde yapılıp yapılmadığı dile getirilmemiştir. Başvuruçularının bir kısmının da soruşturma aşamasında çıplak aramadan şikâyetçi olmadığı gözetildiğinde kötü muamele yasağının maddi boyutunun ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

142. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesinin maddi boyutunun ihlaline ilişkin savunulabilir şikâyetlerin bulunmadığı yönünde varılan tespitler gözönünde bulundurulduğunda (bkz. §§ 140-141) çıplak arama iddiaları yönünden başvuruçuların Anayasa'nın 17. maddesinin usulî boyutunun ihlaline ilişkin iddiaları ayrıca değerlendirilmemiştir.

b. Anayasa'nın 17. Maddesinin Usul Boyutunun İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Genel İlkeler

143. 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, kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda bunların sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamaktır (Cezmi Demir ve diğerleri, § 110).

144. 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 sağlayacak mekanizmaların oluşturulması gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Bu mümkün 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, § 25).

145. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer taraftan burada yer verilen değerlendirmeler hiçbir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinin 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 (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, 2012/752, 17/9/2013, 56).

146. 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 yapılıp yapılmaz harekete geçmeli, bir şikâyet şikâyet olmasa bile kötü muamele olduğunu gösteren yeterli belirtiler olduğunda soruşturma açmalıdır(Cezmi Demir ve diğerleri, §§ 114, 116).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

147. Başvuru konusu olayda kötü muamele yasağının usul yönü açısından incelenmesi gereken husus başvuruçuların kontrol altına alındıktan sonra kamerasız alanlarda darbedilmesi, ellerinin ve ayaklarının kelepçeli olarak müşahede odasında tutulmaları, doktor raporu için geç gönderilmeleri ve raporun gerçekleri yansıtmayacak şekilde yazılmasıdır.

148. Öncelikle belirtilmesi gereken husus, insan hakları ihlalleri ile ilgili iddialarda soruşturma yükümlülüğünün mutlaka iddiayı kabul etme anlamına gelmediğidir. Bununla birlikte iddiaların ciddiye alınması ve adil bir sonucu garanti eden bir usulle soruşturma yapılması kötü muamele yasağının usul zorunluluğunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda kötü muamele iddiasına yönelik soruşturmalarda en temel husus, mağdur beyanlarının alınması ve doktor muayenesinin geciktirilmeden ayrıntılı olarak yapılmasıdır. Zira doktor raporu

iddia edilen muamelenin olup olmadığı, olmuşsa boyutlarının tespiti açısından olmazsa olmaz bir delil niteliğindedir.

149. Başvuru konusu olayda başvurucular müşahede odasına alındıktan yaklaşık dört saat kadar sonra (bkz. § 10, 49) doktor muayenesine götürülmüştür. Yapılan soruşturmada bu gecikmenin nedenleri araştırılmadığı gibi bu uygulamanın başvurucuları cezalandırmak amacıyla yapıp yapılmadığı da değerlendirilmemiştir. Bununla birlikte başvurucular beyanlarında tutarlı olarak doktorun ayrıntılı muayene yapmadan ve yanlarında güvenlik görevlileri varken raporu hazırladığını iddia etmişlerdir. Buna rağmen bu husus da araştırılmamış ve tekrar rapor alma gerekliliği gözetilmemiştir. Öte yandan başvurucuların doktor muayenesinden sonra müşahede odasında darp olaylarının devam ettiğine yönelik ısrarlı ve tutarlı iddialarına rağmen bu hususta da ek rapor aldırılmamıştır.

150. Devletin kontrolü altında bulunan kişilere yönelik tıbbi muayenelerin sağlanması, kötü muameleye karşı önemli tedbirlerden birini oluştururken bu muayenelerin usulüne uygun olarak yapılması ve raporların usulüne uygun düzenlenerek gerekli mercilere sunulması vazgeçilmez bir öneme sahiptir. Tıbbi muayeneler güvenilir ve gerçeğe uygun raporlarla sonuçlanmalı; bunun için de muayeneler güvenlik görevlileri ve diğer kamu görevlilerin bulunmadığı bir şekilde, tıp uzmanlarının kontrolünde özel olarak yapılmalıdır (İstanbul Protokolü ek 1, madde 6).

151. Somut olayda Ceza İnfaz Kurumu tarafından aldırılan sağlık raporunun gerekli koşulları taşıyıp taşımadığının araştırılmayarak tek başına karara esas alınmasının anılan ilkelere aykırılık teşkil ettiği anlaşılmaktadır.

152. Öte yandan başvurucuların etkisiz hâle getirilmelerinden sonra darp olayına maruz kaldıklarına yönelik iddiaları da ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Özellikle başvurucuların kameranın bulunmadığı yerlerde ve müşahede odasında darbedildikleri yolundaki iddiaları değerlendirilmemiştir. Savcılık kararındaki temel değerlendirme Komisyonun incelemesi ve olaylara müdahaledeki zor kullanma yetkisinin aşılmayıp aşılmadığı ile sınırlı kalmıştır. Başvurucuların olaydan sonra yapıldığını iddia ettikleri uygulamalar ise incelenmemiştir. Bu bağlamda olayların kontrol altına alınmasından sonrasına ilişkin iddiaların gerçek olup olmadığı, gerçek ise güç kullanmayı gerektiren bir durum olup olmadığı, sırf bir misilleme veya bedensel cezaya yönelik bir uygulama olup olmadığı değerlendirilmemiştir.

153. Açıklanan gerekçelerle başvuruculardan H.B. dışındaki başvurucuların Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü

muamele yasağının usul boyutu bakımından ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

154. 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.”

155. Başvurucular ayrı ayrı 50.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

156. Başvuruda, kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

157. Kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu kararın bir örneğinin yeniden soruşturma yapılmak üzere Ankara Batı (Sincan) Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

158. M.K. ve H.B. dışındaki başvuru sahiplerinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkına yönelik müdahale ile olay hakkında etkili bir ceza soruşturması yürütülmemesi nedenleriyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında M.K. ve H.B. dışındaki başvuru sahiplerine ayrı ayrı net 10.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

159. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.681,10 TL yargılama giderinin başvuru sahiplerine müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvuru sahiplerinin kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Başvuru sahibi M.K.nın başvurusunun DÜŞMESİNE,

C. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlaline ilişkin şikâyetlerin KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

D. 1. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi yönden İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

2. Başvuru sahibi H.B. yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul yönünden İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

3. Diğer başvuru sahipleri yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul yönünden İHLAL EDİLDİĞİNE,

E. Kararın bir örneğinin kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmak üzere Ankara Batı (Sincan) Cumhuriyet Başsavcılığına GÖNDERİLMESİNE,

F. M.K. ve H.B. dışındaki başvuru sahiplerine AYRI AYRI net 10.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

G. 206,10 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.681,10 TL yargılama giderinin BAŞVURUCULARA MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

H. Ödemelerin, 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,

I. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 23/1/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Engin YILDIRIM

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Kötü Muamele Yasası (Çocuğun Cinsel İstismarı)

-
- *S.B. ve Diğerleri Başvurusu (AYM)*
 - *İ.G. ve Diğerleri Başvurusu (AYM)*
-



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

S.B. VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/59765)

Karar Tarihi: 17/6/2020

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

RESEN GİZLİLİK KARARI VERİLDİ

Başkan : Kadir ÖZKAYA

Üyeler : Engin YILDIRIM
Celal Mümtaz AKINCI
Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL

Raportör : Elif ÇELİKDEMİR ANKİTÇİ :

Başvurucular : 1. S.B.
2. A.H.B.
3. B.B.

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, çocuğun cinsel istismarına yönelik şikâyetin soruşturma makamlarınca etkili soruşturulmaması sonucu kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 16/9/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. İkinci ve üçüncü başvurucu, birinci başvurucunun çocukları olup sırasıyla 2006 ve 2005 doğumludurlar.

9. Türk vatandaşları olan birinci başvurucu, eşi ve çocukları İngiltere’de ikamet ederlerken 2015 yılının Temmuz ayında tatil nedeniyle Türkiye’ye gelmişlerdir. Türkiye’ye gelmeden önce çocuklarında fark ettiği davranış bozukluklarının sebebini tespit etmek amacıyla birinci başvurucu S.B., birlikte yaşadıkları eve kamera yerleştirmiştir.

10. Yerleştirilen kamera vasıtasıyla elde edilen görüntülerde, birinci başvurucunun eşi D.B.nin ortak çocukları olan ikinci ve üçüncü başvuruculara yönelik cinsel istismara yönelik davranışlarının olduğu iddiasıyla S.B. Denizli Cumhuriyet Başsavcılığına (Savcılık) şikâyette bulunmuştur.

11. Bu arada S.B.nin eşi D.B. aleyhine Denizli 2. Aile Mahkemesinde boşanma davası açmasının ertesinde D.B. yanında çocukları olmaksızın İngiltere’ye dönmüş, hakkındaki suçlamayı reddetmiş ve S.B. yi özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçunu işlediği iddiasıyla Savcılığa şikâyet etmiştir.

12. Savcılığa 22/12/2015 tarihinde çocuğun cinsel istismarı ve özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçlarından yürütülen iki soruşturma, aralarında bağlantı olduğu gerekçesiyle birleştirilmiştir.

13. Başvurucu S.B. soruşturma dosyasına, çocukların ruhsal tedavi gördüğüne dair sağlık ve değerlendirme raporları sunmuştur.

14. Pamukkale Üniversitesi Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Ana Bilim Dalı tarafından düzenlenen 11/1/2016 tarihli raporlara göre çocuklar “*depresif duygudurum ile giden uyum bozukluğu*” tanısı ile takip ve tedavi edilmektedir.

15. Özel bir psikoloji ve aile danışma merkezi tarafından düzenlenen 16/12/2015 tarihli değerlendirme raporuna göre anneye karşı aşırı korku tepkileri gözlemlenen çocukların anneleriyle olan ilişkileri nedeniyle ortaya çıkan duygusal tahribatla ilgili uzun süreli psikiyatrik ve psikolojik destek almaları gerekmektedir.

16. Kolluk aracılığıyla dinlenen çocuk başvuruçulardan B.B, soruşturma konusu olayla ilgili ifade vermek istemezken, diğer çocuk A.H.B. babasının iddialarını kısmen doğrular mahiyette beyanda bulunmuştur.

17. Başvurucu A.H.B.nin ifadesine göre annesi D.B. evde iç çamaşlırlarıyla dolaşmış, cinsel organlarını göstermiş, çocukların da kendi cinsel organlarını göstermelerini istemiş, onlara dokunmuş ve zaman zaman çocuklara küfürle hitap etmiştir.

18. Birinci başvuruçunun akrabaları olan F.K. ve A.K. çocuklardaki davranış bozukluklarına ilişkin tanıklık yapmış, ayrıca A.K. çocuklarının önünde şüpheli D.B.nin bazı cinsel davranışlarını gördüğünü ifade etmiştir.

19. Yapılan soruşturma sonucu Savcılık 28/1/2016 tarihinde, çocuğun cinsel istismarı suçuna ilişkin olarak D.B. hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

“Her ne kadar müşteki gizli kayıtlarla eve kamera yerleştirilerek takibat yapmış ise de, elde edilen yasadik delillerle hüküm kurulamayacağı ve mahkumiyet kararı verilemeyeceği, Yargıtay’ın bir çok içtihat kararlarında belirtilmiş olması nedeniyle şüpheli hakkında yüklenen suçtan kamu adına kovuşturmaya yer olmadığına..”

20. Diğer taraftan bu soruşturmaya birlikte yürütölen özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçuna yönelik olarak birinci başvuruçunun hakkında yapılan soruşturmaya ilişkin bir işlem yapılmadığı, şikâyet hakkında herhangi bir karar verilmediği anlaşılmaktadır.

21. Savcılığın D.B. hakkındaki kovuşturma yapılmamasına yönelik kararına başvuruçunun S.B. tarafından yapılan itiraz, Denizli 2. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından reddedilmiş; anılan karar başvuruçuya 19/8/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

22. Başvurucu 16/9/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

23. Bireysel başvurudan sonra başvuruçunun eşi D.B. başvuruçunun S.B. aleyhine 25/10/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi ile 22/11/2007 tarihli ve 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Yön ve Kapsamına Dair Kanun’a dayanarak çocukların mutlak meskenine iadesini talep etmiştir. Talep, Denizli

3. Aile Mahkemesince 25/1/2018 tarihinde reddedilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“..müşterek çocukların velayetlerinin yargılama (boşanma) sonuçlanıncaya kadar tedbiren davalı babaya verilmesine karar verildiği, davalı [S.B.nin] müşterek çocukları gönüllü olarak İngiltere’ye iade etmeyeceğini beyan ettiği, müşterek çocukların mahkememiz huzurunda alınan beyanlarında davacı annelerinin kendilerine yönelik olarak cinsel istismarda bulunduğunu, uygunsuz hal ve hareketler sergilediğini, şiddet uyguladığını, babalarının yanında kalmak ve Türkiye’de yaşamak istediklerini, İngiltereye dönmek istemediklerini beyan ettikleri, mahkememizce aldırılan sosyal inceleme raporunda müşterek çocukların davalı babaları yanında mutlu olduklarının ve davalının sunduğu yaşam standartlarına uyum sağladıklarının gözlemlenmesi, davalı anne hakkında müşterek çocuklara yönelik cinsel istismara dair suçlamalar ve deliller bulunması doğrultusunda, müşterek çocukların da davacı yanında kalmak istememeleri neticesinde müşterek çocuklar [B.] ve [A.H.nin] davacı anneye iade edilmesinin uygun olmayacağı kanaatine varıldığı belirtilmiştir, müşterek çocukların davacı annenin davranışlarından olumsuz yönde etkilendikleri, bu sebeple psikolojik tedavi gördükleri, çocukların anne yanında kalmalarının bedeni, fikri, ahlaki gelişmelerine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunduğu, geri dönmelerinin çocukları fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı yönünde ciddi risk bulunduğu, çocukların yaşadıkları ortama ve koşullara uyum sağladıkları Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 1980 tarihli Lahey Sözleşmesinin 13/b maddesi hükmü uyarınca çocukların mutad meskenlerine iadesi isteminin reddine karar verilmesi gerektiği...”

24. Başvurucu ve eşi arasında görülen boşanma davası sonunda Denizli 1. Aile Mahkemesi, 19/2/2019 tarihinde tarafların boşanmalarına ve çocukların velayetlerinin başvurucu S.B.ye verilmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“..davalının K. isimli erkek ve başka erkekleri evine alarak evlilikte bulunması gereken sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği, B.A. isimli kişiyle de görüşerek güven sarsıcı davranışlar sergilediği, davalının çocuklarına karşı uygunsuz cinsel davranışlarda bulunduğu, davacı erkeğin de davalı kadına fiziki şiddet uyguladığı, davacı erkeğin evin

ve ailesinin ihtiyaçlarını karşılamayarak birlik görevlerini ihmal ettiği, taraflar arasında geçimsizlik bulunduğu ve evlilik birliğini yürütme iradesinden uzak oldukları, evli kalmalarının kendilerine, müşterek çocuklarına, topluma, ailesine fayda sağlamayacağı, mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığına kuşkusuz olduğu, mahkememizce boşanmaya neden olan olaylarda davalı kadının daha fazla kusurlu olduğu kanaatine varılarak ... tarafların boşanmalarına karar vermek gerekmiştir.

Tarafların müşterek çocukları B. ve A.H.nin babalarının yanında kalıyor olması ve kurulu düzeninin bozulmaması ve aldirılan sosyal inceleme raporu ve Denizli 3.Aile Mahkemesi'nin ... sayılı dosyasındaki beyanları dikkate alınarak velayetlerinin davacı birleşen davalı babaya verilmesine, ... alınan sosyal inceleme raporu ve çocuklarına karşı olan davranışları dikkate alınarak yatılı olmayacak şekilde anneyle şahsi ilişki kurulmuştur..."

25. Boşanma davasına ilişkin yargılama inceleme tarihi itibarıyla istinaf aşamasındadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

26. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk için bkz. Z.C. [G.K.], B. No: 2013/3262, 11/5/2016, §§24-29, 32-43; G.K.K, B. No: 2014/19797 9/1/2018, §§ 27-33.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 17/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

28. Başvurucu S.B. çocuklarının anneleri tarafından cinsel yönden istismar edilmelerine rağmen oğlu A.H.B.nin ifadesi ve diğer deliller göz ardı edilerek, olaya ilişkin detaylı araştırma yapılmaksızın anneleri hakkında kovuşturamama kararı verilmesi nedeniyle başvuru çocukların Anayasa'nın 17., 36., 40. ve 41. maddelerinde düzenlenen anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

29. Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı "

kenar başlıklı 17. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

30. 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). Bu sebeple başvuru sahiplerinin adil yargılanma hakkına yönelik şikâyetleri Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında kaldığından sadece bu madde yönünden inceleme yapılmıştır. Somut başvurudaki suçla ilgili iddialar mahiyetleri gereği Anayasa'nın 17/1. veya 17/3. maddelerinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması veya kötü muamele yasağı kapsamında olmasına karşın (Z.C., § 47) bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası gereği maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkını aşarak üçüncü fıkrası gereği kötü muamele yasağına girmesi için asgari bir eşiğe ulaşması gerekmektedir.

31. 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 gerginlik ve duygu yoğunluğunun olduğu bir anda meydana gelip gelmediği de gözönünde tutulmalıdır (Cezmi Demir ve diğerleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 83).

32. Yukarıda yer verilen kıstaslar kapsamında çocuğun cinsel istismarı iddiasına yönelik eylemlerin nitelikleri ve sonuçları gereği kötü muamele yasağı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

33. 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.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

34. Anayasa Mahkemesinin kötü muamele yasağı kapsamında devletin sahip olduğu pozitif yükümlülükler açısından benimsediği temel yaklaşıma göre devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen olaylarda Anayasa'nın 17. maddesi devlete, bu konuda ihdas edilmiş bulunan yasal ve idari çerçevenin elindeki tüm imkânları kullanarak maddi ve manevi varlığı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını, buna ilave olarak işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 52; *G.K.K.*, § 45; *E.A.* [GK], B. No: 2014/19112, 17/5/2018, § 49).

35. Anayasa'nın 17. maddesi ayrıca devlete, kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muamele-ye-bu muameleler üçüncü kişiler tarafından yapılmış olsa bile- maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yüklemektedir (*Cezmi Demir*, § 82; *G.K.K.*, § 46; *E.A.*, § 50).

36. Devletin pozitif yükümlülüğünün bir parçası olarak usul yükümlülüğü 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 (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 106; *Tahir Canan*, § 25).

37. Ceza soruşturmasının amacı, insan onurunu koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap vermelerini sağlamak olmakla birlikte bu yükümlülük, kesin olarak bir sonuç elde etmeyi değil uygun araçları kullanmayı gerektirir. Diğer yandan Anayasa'nın 17. maddesi, başvuruçulara üçüncü kişileri bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı vermediği gibi devlete tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi de yüklenmez (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 113; *G.K.K.*, § 48).

38. 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; *G.K.K.*, § 49).

39. Ceza soruşturmasının etkili olması için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek kötü muamele iddiasını aydınlayabilecek ve sorumluların belirlenmesini sağlayabilecek bütün delilleri tespit etmeleri gerekir (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 114; *Z.C.*, § 92; *G.K.K.*, § 50).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

40. Başvurucu baba, diğer başvurucular olan çocuklarının cinsel yönden istismar edildiğini iddia ederek Savcılığa şikâyetçi olmuş; konutlarına gizlice yerleştiği kamera ile elde ettiği görüntüler ile çocukların psikolojik tedavi görmeleri gerektiğine ve gördüklerine ilişkin değerlendirme ve sağlık raporlarını soruşturma makamlarına iletmıştır. Başvurucu S.B. ayrıca eşi ile arasında görülen boşanma davası sürecinde elde edilen delilleri-özellikle çocukların beyanlarını içeren tutanakları- daha sonra soruşturma dosyasına sunmuştur.

41. Savcılıkça, başvurunun sunduğu görüntülerin yasak delil kapsamında kaldığı değerlendirilerek şikâyet edilen eş hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Gizlice görüntü elde edilmesi nedeniyle başvuru hakkında da özel hayatın gizliliğini ihlal etme suçu yönünden soruşturma açılmış ise de herhangi bir karar verilmeksizin-dava açılmadan veya kovuşturmanın kararı verilmemesi soruşturma kapanmıştır [nedeni tespit edilememekle birlikte sehven olduğu düşünülmektedir].

42. Başvurucunun gizli kamera görüntülerine (hukuka aykırı delile) dayanarak şikâyetçi olması nedeniyle soruşturma makamlarınca, çocuğun cinsel istismarı iddiasıyla delil toplanmaksızın şüpheli anne hakkında kovuşturmanın kararı verilerek soruşturmanın kapatılmış olduğu anlaşılmaktadır.

43. Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve failerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran çocuklar için daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar, çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması

devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almasına özellikle vurgu yapılmaktadır (AYM, E.2015/43, K.2015/101, 12/11/2015, § 16).

44. Bir taraftan yasal düzenlemelerle çocuklar aleyhine işlenen cinsel suçların daha ağır yaptırımlarla cezalandırılması öngörülerek bu suçların caydırıcılığının artırılması hedeflenirken diğer taraftan bu suçlarla ilgili yapılan şikâyet veya ihbarların özensiz biçimde soruşturması, hedeflenen caydırıcılığı zedeleyecek mahiyettedir. Devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında, gerçekleştiği iddia edilen çocukların istismarlarına yönelik eylemlere ilişkin soruşturmaların ancak ciddiyetle ve detaylı yapılması halinde çocukların korunmasından tam anlamıyla söz edilebilecektir.

45. Elbette savunulabilir iddiası olan kişilerin soruşturma makamlarına başvurusuyla başlayan soruşturma sürecinin sonunda, eksiksiz toplanan deliller analiz edilirken usulsüz olması nedeniyle değerlendirmeye esas alınmaması gerekli görülenler gerektiğinde yok kabul edilerek bir sonuca ulaşılabilir. Anayasa Mahkemesinin yargı makamlarının delil değerlendirmesi ve hukuki yorumlarına müdahale etmesi kural olarak düşünülemez ise de delillerin analizi sonucu ulaşılan sonuçların Anayasa'da güvence altına alınan temel hakları-somut olayda kötü muamele yasağını- işlevsiz hâle getirecek mahiyette olmaması gerekmektedir.

46. Bu bağlamda başvuruçunun temin ettiği kamera görüntüleri, soruşturma makamlarınca *yasak delil* olarak nitelendirilerek değerlendirmeye esas alınmamıştır. Başvuruçunun tarafından delil olarak sunulan görüntülerin hukuka uygun olup olmadığının olayın koşullarının bütün olarak değerlendirilmesi suretiyle soruşturma veya yargı makamlarınca detaylı analiz edilmesi sonucu belirlenebileceği hususunda şüphe yoktur. Somut olayda görüntülerin sadece başvuruçunun eşinin bilgisi olmaksızın elde edilmesi nedeniyle hukuka aykırı kabul edildiği, bununla birlikte sunulan diğer delillerin Savcılık kararında tartışılmadığı görülmektedir.

47. Başvuruçunun iddialarını desteklediği öne sürülen görüntüle-

rin soruşturmaya yansıyan tek delil olmadığı anlaşılmaktadır. Başvurucu çocuklar ile tanık beyanlarının yanı sıra başvurucu baba tarafından temin edilen çocuklar hakkındaki sağlık raporları da başvurucunun iddiasını savunulabilir kılmakta ve bu doğrultuda kötü muamele yasağı bakımından devletin usul yükümlülüğünü doğuracak mahiyette bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, çocuğun cinsel istismarı gibi ağır nitelikteki bir suça ilişkin yapılan şikâyeti destekleyen makul delillerin varlığı da dikkate alındığında suçun soruşturulması için aranan koşulların sağlandığı tespit edilebilmektedir. Bu durumda soruşturma makamlarınca özenle soruşturma yürütülerek tüm delillerin eksiksiz toplandıktan sonra toplanan bu delillerin tartışılarak bir sonuca ulaşılması gerekmektedir.

48. Belirtilen bu tespitler ışığında yürütülecek adli sürecin mutlaka bir dava açılması ya da açılan davanın belli bir hükümlerle sonuçlanması gerektiği anlamına gelmemekle birlikte başvuru konusu olayda başvurucunun makul delillerle desteklediği savunulabilir bir iddiası olmasına karşın soruşturma makamları tarafından kötü muamele iddialarının ciddiyetle öğrenme çabası içinde olunmadığı değerlendirilerek yürütülen soruşturmanın etkili olmadığı sonucuna varılmıştır.

49. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağı kapsamında devletin usul yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

50. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvurucunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme,

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

51. Başvurucu ihlalin tespit edilmesini ve soruşturmanın yeniden açılmasını talep etmiştir.

52. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

53. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

54. İncelenen başvuruda kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. İhlalin soruşturma ve bu kapsamda verilen Savcılık kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

55. Bu durumda kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden soruşturma ise ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden soruşturma kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir soruşturma yapılmasından ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden soruşturma yapılmak üzere Denizli Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

56. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvuruya konu olayın niteliği gereği kamuya açık belgelerde başvurucların kimliğinin GİZLİ TUTULMASINA,

B. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden soruşturma yapılmak üzere Denizli Cumhuriyet Başsavcılığına (Soruşturma 2015/33390) GÖNDERİLMESİNE,

E. 239,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvuruclarına ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvuruclarının 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,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Kadir ÖZKAYA

Engin YILDIRIM

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

Recai Akyel



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

İ.G. VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/8116)

Karar Tarihi: 23/1/2019

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

RESEN GİZLİLİK KARARI VERİLDİ

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Recep KÖMÜRCÜ Muammer TOPAL M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ
Raportör	: Hüseyin MECEK
Başvurucular	: 1. İ.G.
Vasisi	: S.G. 2. S.G. 3. Y.G.
Vekili	: Av. Raife DOĞAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; ırza geçme, zorla kaçırıp alıkoyma ve tehdit suçlarından açılan davanın zamanaşımından düşme kararıyla sonuçlanmasının kötü muamele yasağını ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 30/4/2015 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 eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

8. 1986 doğumlu, mental retardasyon (zeka geriliği) ve yürüyüş bozukluğu bulunan başvuru İ.G. diğer başvuruçuların oğludur. İzmir 4. Sulh Hukuk Mahkemesinin 14/3/2008 tarihli kararıyla kısıtlanan başvuru İ.G.ye annesi S.G. vasi olarak atanmıştır.

9. 15/5/2002-18/5/2002 tarihlerinde suça sürüklenen dört çocuğun livata yoluyla başvuruçunun ırzına geçtiği öne sürülmüştür.

10. Başvuru İ.G. başvuru konusu olay tarihlerinde bir ayakkabı dükkanında çalışmaktadır. Çalıştığı işyeri sahibi, başvuruçunun durgunlaştığını annesine iletmıştır. Bunun üzerine çocuğuyla konuşan başvuru anne S.G., çocuğunun ırzına dört kişi tarafından geçildiğini duyunca olayı kolluğa bildirmiştir.

11. Suça sürüklenen çocuklar K.Ş., Z.A. ve O.Ş. on beş yaşından küçüktür. Diğer suça sürüklenen çocuk S.Ş. ise 18 yaşın altındadır. O tarihteki meri mevzuat uyarınca on beş yaşından küçüklerin yargılamaları çocuk mahkemelerinde yapıldığından suça sürüklenen çocuklar K.Ş., Z.A. ve O.Ş. hakkında Savcılık tarafından ayırma kararı verilerek başka bir numara üzerinden soruşturma sürdürülmüştür. Kanun değişikliğiyle on sekiz yaşından küçüklerin de çocuk mahkemelerinde yargılanacakları düzenlenince dosyalar daha sonra birleştirilmiştir.

12. Suça sürüklenen çocuk S.Ş. hakkında 27/5/2002 tarihinde; diğer suça sürüklenen çocuklar hakkında ise 4/7/2002 tarihinde iki ayrı ceza mahkemesinde kamu davası açılmıştır.

13. 2/8/2002 tarihinde kovuşturmalar birleştirilmiştir.

14. Dosyaların birleştirildiği ağır ceza mahkemesi 5/11/2013 tarihinde görevsizlik kararı vererek dosyayı görevli ağır ceza mahkemesine göndermiştir. Yargılama bu mahkemece sürdürülmüştür.

15. Mahkeme 26/9/2007 tarihinde, suça sürüklenen çocuk S.Ş. hakkında açılan davanın ölüm nedeniyle düşmesine, diğer suça sürüklenen çocukların ise delil yetersizliğinden beraatine karar vermiştir.

16. Başvurucular tarafından temyiz edilen hüküm Yargıtay ilgili Dairesince 3/7/2012 tarihinde suça sürüklenen çocuk S.Ş. yönünden onanmıştır. Suça sürüklenen çocuk K.Ş.'nin ise kayden on iki yaşından küçük olması dolayısıyla beraat hükmü, ceza verilmesine yer olmadığına şeklinde düzeltilerek onanmıştır. Suça sürüklenen çocuklar K.Ş., Z.A. ve O.Ş. hakkında tehdit suçundan açılan dava ise zamanaşımı nedeniyle düşürülmüştür. O.Ş. ve Z.A. hakkında ırza geçme ve zorla kaçırıp alıkoyma suçlarından verilen beraat kararları ise eylemlerin sübuta erdiği gerekçesiyle bozulmuştur.

17. Bozmaya uyularak sürdürülen yargılama neticesinde mahkeme 16/5/2013 tarihinde zorla kaçırıp alıkoymadan açılan davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine, ırza geçme suçundan ise suça sürüklenen çocuklar O.Ş. ve Z.A.'nın 3 yıl 7 ay 22 gün hapisle cezalandırılmasına karar vermiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“..Mağdur [İ.G.] 02/02/1984 doğumlu olup, suç tarihlerinde 18 yaşını bitirmiştir. Mağdura ait İzmir Adli Tıp Şube Müdürlüğünce düzenlenen 23/05/2002 tarihli doktor raporunda boynunun sol ve sağ yanında her iki kol üst kısmında sol omzunda ekimozlar olduğu, anüs muayenesinde saat kadranına göre 6 hizasında anal fissür bulunduğu, anal sfinkterin sirküler yapısını kaybettiği, vertikal çizgi şeklini aldığı, sfinkter tonusunun anlamlı derecede azalmış olduğu, livataya maruz kaldığı ve livatanın son 5 günden daha eski tarihte meydana geldiği, ayrıca şahsın orta derecede mental retarde olduğu, kendisine yönelik fiili livata eyleminin kötülüğünü yeteri kadar idrak içinde olmadığı, ruhsal açıdan mukavemete muktedir olmadığı belirtilmiştir. Davaya katılan [S.G.]nin ve mağdur [İ.G.]nin aşamalarda birbiri ile çelişmeyen anlatımları, mağdurun olay yerini gösterdiğine dair tutanak, suça sürüklenen çocuklar hakkında cinsel erişkinlikleri ile ilgili alınan raporlar, yapılan yargılama ve tüm dosya kapsamından, mağdurun durgunlaştığını fark eden çalıştığı işyeri sahibinin mağdurun annesine durumu söylemesi üzerine müştekinin mağdurla konuştuğu ve mağdurun annesine olayı anlattığı ve müştekinin de karakola giderek şikayette bulunduğu, 15/05/2002 suç tarihinde suça sürüklenen çocuklar [O.Ş., Z.A.] ve daha sonra vefat eden [S.Ş.] ile suç tarihinde 12 yaşından küçük olan [K.Ş.]nin mağduru çalıştığı dükkandan çağırarak zorla mahallede bulunan boş inşaata götürdükleri, ikisinin kolundan tutarak ve diğerinin de bıçağı boynuna dayayarak sırayla fiili livata suretiyle ırzına geçtikleri,

bu olaydan 3 gün sonra da suça sürüklenen çocuk [O.Ş.]nin mağduru evden çağırıp yine aynı inşaata zorla diğer suça sürüklenen çocuklarla birlikte götürdükleri, boğazına ip geçirerek ve darp ederek sırayla zorla fiili livatada buldukları, mağdura ait doktor raporunda da belirtildiği gibi mağduru vücudundaki yaralardan dolayı 10 gün işten güçten kalır derecede yaralayarak eylemlerini gerçekleştirdikleri ve adli tıp raporunun mağdurun iddiasını doğruladığı, mağduru da kimseye bahsetmemesi için -bahsedersen seni keseriz, doğrarız- diye tehdit ettikleri, anal muayenede de fiili livata eyleminin doğrulandığı, böylece suça sürüklenen çocukların iki ayrı tarihte beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan mağdura karşı birlikte tehdit ve zorla alıkoyma ile fiili livata yani organ sokmak suretiyle cinsel istismarda buldukları sabit olmuştur.

..."

18. Karar, suça sürüklenen çocuklar ve katılanlar (başvurucular) tarafından temyiz edilmiştir.

19. Başvurucular 21/4/2014 tarihli dilekçeyle, on bir yıldan fazla devam eden yargılamanın süresinin makul olmadığını belirterek Yargıtaydan dosyanın öncelikli olarak incelenmesini talep etmişlerdir.

20. Yargıtay 29/1/2015 tarihinde zorla kaçırıp alıkoymadan verilen zamanaşımı nedeniyle düşme kararını onamış, ırza geçme suçundan verilen mahkûmiyet kararlarını ise 11 yıl 3 aylık zamanaşımı süresi gerçekleştiğinden düşürmüştür.

21. 2/4/2015 tarihinde başvurularda tebliğ edilen karara karşı 30/4/2015 tarihinde yapılan bireysel başvuruda süre aşımı bulunmamaktadır.

IV. İLGİLİ HUKUK

22. İlgili hukuk için bkz. Tuncay Alemdaroğlu, B. No: 2012/827, 15/10/2014, §§ 19-22; Bilal Çiçek, B. No: 2014/29, 13/7/2016, §§ 34, 35.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 23/1/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Gizlilik Yönünden

24. Başvuru formunda kamuya açık belgelerde kimliğin gizli tutulması yönünde bir talep mevcut değildir.

25. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesine göre kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde temel amaç çocuğun yüksek yararının korunmasıdır.

26. Çocuklar hakkında yürütülen idari ve yargısal işlemlerde kimliklerinin başkaları tarafından belirlenmemesi çocuğun yüksek yararı bakımından önemlidir. Başvurucunun kimliğinin ifşa edilmesi, küçük yaşta yaşadığı ileri sürülen bazı olaylar nedeniyle hayatının geri kalan kısmında maddi ve manevi bütünlüğü üzerinde menfi sonuçlar doğurma potansiyeli taşıdığından Anayasa Mahkemesi tarafından resen, kamuya açık belgelerde tüm başvuru sahiplerinin kimliğinin gizli tutulmasına karar verilmiştir.

B. Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia Yönünden

1. Başvurucuların İddiaları

27. Başvurucular; ırza geçme, zorla kaçırıp alıkoyma ve tehdit suçu failleri hakkında açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilerek faillerin hak ettikleri cezayı almamalarından ve adalete olan güvenlerinin zedelenmesinden dolayı adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

2. Değerlendirme

a. Başvurucu S.G. ve Y.G. Yönünden

28. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar" kenar başlıklı 46. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bireysel başvuru ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenler tarafından yapılabilir."

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

30. 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).

31. Başvuru konusu olayda ise başvurucu İ.G. ye karşı işlendiği iddia edilen ırza geçme, alıkoyma ve tehdit suçlarından yapılan yargılamanın zamanaşımı nedeniyle düşme kararıyla sonuçlanmasının kötü muamele yasağını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Başvuru formunda, oğullarının yaşadığı olayların -her ebeveynin yaşadığı ızdıraptan öte- başvurularda ayrıca ne tür bir mağduriyet oluşturduğu noktasında özellik gösteren bir açıklama mevcut değildir.

32. Açıklanan gerekçelerle başvurucu S.G. ve Y.G.'nin bireysel başvuru ehliyeti bulunmadığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Başvurucu İ.G. Yönünden

(i) Kabul Edilebilirlik Yönünden

33. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Anayasa Mahkemesi birçok kararında cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara ilişkin başvuruları -kural olarak- kötü muamele yasağı kapsamında ele aldığından (A.D., B. No: 2014/7967, 23/5/2018; Z.C. [GK], B. No: 2013/3262, 11/5/2016; R.K., B. No: 2013/6950, 20/4/2016; G.G.K., B. No: 2014/19797, 9/1/2018; E.A. [GK], 2014/19112, 17/5/2018) incelemenin bu doğrultuda yapılmasına karar vermiştir.

34. Başvurucunun şikâyetini dile getirme şekli, yaralanmasıyla sonuçlanan olayla ilgili olarak yetkili makamlar tarafından etkili bir soruşturma yürütülmediği konusundaki usul yükümlülüğü kapsamına girmektedir. Bu nedenle somut olay açısından incelemenin kötü muamele yasağının sadece etkili soruşturma yükümlülüğüne ilişkin usul boyutu kapsamında yapılması gerektiği değerlendirilmiştir.

35. 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.

(ii) Esas Yönünden

36. Kamu görevlisi olmayan kişiler arasında gerçekleşen ve zamanaşımına uğrayan davalara ilişkin iki başvuruda Anayasa Mahkemesince yargılamanın makul sürat ve özenle yürütülmesine dair ilkeler belirlenerek (Bilal Çiçek, §§ 44-52; Tuncay Alemdaroğlu, §§ 36-47) ihlal kararı verilmiştir.

37. 15/5/2002-18/5/2002 tarihlerinde gerçekleştiği öne sürülen ırza geçme, alıkoyma ve tehdit suçlarından açılan kamu davası sonucunda mahkemenin 26/9/2007 tarihli beraat kararlarının katılanlar tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay tehdit suçunun zamanaşımına uğraması nedeniyle düşme kararı vermiş; iki fail hakkında verilen beraat kararlarını ise bozmuştur (bkz. § 16).

38. Yargıtayın bozma kararı üzerine mahkemece 16/5/2013 tarihinde alıkoyma suçunun zamanaşımı süresi dolduğundan düşme kararı verilmiştir. Irza geçme suçundan Mahkemece verilen mahkûmiyet kararı ise Yargıtayın 29/1/2015 tarihli kararıyla zamanaşımından düşmeyle sonuçlanmıştır.

39. Buna göre iki dereceli yargılama sürecinde kamu davalarından zamanaşımı süresi en fazla olan ırza geçme suçu, on üç yıla yakın bir müddet zarfında zamanaşımı nedeniyle düşmeyle sonuçlanmıştır. Alıkoyma ve tehdit suçlarından açılan davalar bakımından ise daha önce zamanaşımına dayalı düşme kararı verilmiştir. Somut olayda yukarıdaki ilkelerden ayrılmayı gerektiren bir husus bulunmamaktadır.

40. Başvurucunun davanın hızlı ve etkili bir şekilde sonuçlanmasındaki menfaati ve gecikmesinde bir rolünün bulunmaması, davanın çok karmaşık olmaması gibi hususlar gözönünde bulundurulduğunda on üç yıla yaklaşan yargı süresinin uzun olduğu anlaşılmaktadır. Bunun da ötesinde failer hakkında mahkeme tarafından verilen ilk beraat kararından sonra suçun sübuta erdiği Yargıtayca da kabul edilerek kötü muamele faillerinin cezasız kalmasına yol açılmış, hukukun üstünlüğüne olan inancın zedelenecek hukuka aykırı eylemlere hoşgörü gösterildiği ya da kayıtsız kalındığı görünümünün verilmesine neden olunmuştur.

41. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının usule ilişkin boyutunun ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

(iii) 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

42. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir...

(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 başvuruçunun 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.”

43. Başvuruçunun İ.G. yönünden kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

44. Başvuruçunun 500.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

45. Kötü muamele yasağının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçuya net 25.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

46. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvuruçunun İ.G.ye ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM**Açıklanan gerekçelerle;**

A. Kamuya açık belgelerde başvuruçuların kimliğinin GİZLİ TUTULMASINA,

B. 1. Başvuruçunun S.G. ve Y.G.'nin başvurusunun kişi bakımından yetkisizlik nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Başvuruçunun İ.G.'nin kötü muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiğine ilişkin iddiasının KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının usul boyutunun İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Başvurucu İ.G.'ye net 25.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

E. 1. 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucu İ.G.'ye ÖDENMESİNE,

2. Başvurucular S.G. ve Y.G.'nin yönünden yapılan yargılama giderlerinin üzerlerinde BIRAKILMASINA,

F. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvurusunun 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,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 23/1/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Engin YILDIRIM

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

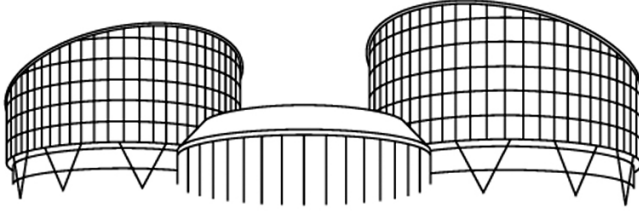
Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Özgürlük ve Güvenlik Hakkı

-
- *Agit Demir / Türkiye (AİHM)*
 - *Furkan Omurtag Başvurusu (AYM)*
 - *Semra Omak Başvurusu (AYM)*
 - *Mehmet Eren Owayolu Başvurusu (AYM)*
 - *Tarak ve Depe / Türkiye Kararı (AİHM)*
-



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İKİNCİ BÖLÜM**

AGİT DEMİR / TÜRKİYE

(Başvuru No. 36475/10)

KARAR

STRAZBURG

27 Şubat 2018

İşbu karar Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecek olup bazı şekli değişikliklere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2018. Bu gayriresmi çeviri, Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir

Ağit Demir / Türkiye davasında,

Başkan

Robert Spano,

Yargıçlar

Paul Lemmens,

Ledi Bianku,

Işıl Karakaş,

Nebojsa Vucinic,

Jon Fridrik Kjölbro,

Stephanie Mourou-Vikström,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla Daire halinde toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm) 6 Şubat 2018 tarihinde gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda anılan tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde, Türk vatandaşları Ağit Demir'in ("başvuran") 5 Mayıs 2010 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru (No. 36475/10) bulunmaktadır.

2. Başvuran, Mahkeme önünde, Diyarbakır Barosuna bağlı Avukatlar Daniş Beştaş ve M. Beştaş tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran bilhassa, bir gösteriye katılması nedeniyle tutuklanması ve hakkında alınan tedbirlerden ötürü Sözleşme'nin birçok maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir.

4. Başvuru 6 Eylül 2011 tarihinde Hükümete bildirilmiştir. Öte yandan, Mahkeme, 30 Haziran ve 4 Aralık 2014 ile 27 Ağustos 2015 tarihlerinde tarafları ek görüşlerini sunmaya davet etmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

5. Başvuran 19 Aralık 1996 doğumlu olup, Şırnak'ta ikamet etmektedir.

6. DTP (Demokratik Toplum Partisi) 5 Aralık 2009 tarihinde, silahlı örgüt PKK'nın (Kürdistan İşçi Partisi) lideri Abdullah Öcalan'a- ilgilinin, Cizre'de, İmralı Cezaevindeki tutukluluk koşullarını protesto etmek amacıyla- destek gösterisi düzenlemiştir.

7. Polis memurları tarafından 18 Ocak 2010 tarihinde düzenlenen tutanaktan, 4 Aralık 2009 tarihinde, PKK ile bağlantısı olduğu iddia edilen internet sitelerinde, 5 Aralık 2009 tarihinde Cizre'de, Abdullah Öcalan'ın tutukluluk koşullarını protesto etmek için yapılacak olan gösteriye katılma çağrısında bulunan makaleler yayımlandığı anlaşılmaktadır. Söz konusu tutanakta ayrıca, 5 Aralık 2009 sabahı, saat 09.30 itibariyle, bir grup göstericinin DTP binası önünde toplandığı ve -izinsiz- gösteri sırasında, içlerinden bazılarının maskeli olduğu göstericilerin, güvenlik güçlerinin dağılma emrine uymayı kabul etmedikleri ve Abdullah Öcalan'ın portresini havada sallayarak ve güvenlik güçlerine taşlar fırlatarak, "Öcalan'sız dünyayı başınıza yıkarız" ve "Biji Serok Apo" gibi Abdullah Öcalan lehine sloganlar attıkları belirtilmektedir.

8. Video kayıtlarından hareketle başvuranın kimliğinin teşhis edilmesi sonrasında, Cizre Cumhuriyet Başsavcılığı 18 Ocak 2010 tarihinde, PKK adına suç işlediği, bu örgüt lehine propaganda yaptığı ve silah ya da başka araçlar yardımıyla polisleri direndiği şüphesiyle ilgili hakkında yakalama müzekkeresi çıkarmıştır. Cizre İlçe Emniyet Müdürlüğü Çocuk Şubesi aynı gün, olayların meydana geldiği dönemde 13 yaşında olan başvuranı yakalamıştır.

9. Şırnak Barosu tarafından atanan avukatın refakatinde 19 Ocak 2010 tarihinde başvuranın ifadesi alınmıştır. Başvuran bilhassa aşağıdaki konu hakkında sorguya çekilmiştir:

" Dosyaya konulan fotoğraflardan hareketle, terör örgütünün [PKK] çağrısı üzerine düzenlenen gösteri sırasında güvenlik güçlerine taş fırlattığınız ve bu gösteri esnasında, terör örgütünün lideri Abdullah Öcalan'ın portresini tuttuğunuz tespit edilmiştir. Bu konuda ne söyleyeceksiniz? "

Başvuran, ifadesinde, Abdullah Öcalan portresini taşıdığını kabul etmiş; ancak güvenlik güçlerine taş attığını kabul etmemiştir. Avukatı, müvekkilinin küçük olduğu gerekçesiyle saliverilmesini talep etmiştir.

10. Cumhuriyet Savcısı aynı gün, başvuranın ayırt etme ve anlama kapasitesiyle ilgili olarak Cizre Devlet Hastanesi tarafından bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermiştir. Aynı gün düzenlenen bilirkişi raporunda, ilgilinin, fiillerini idrak etmek için gerekli kapasiteye sahip olduğu belirtilmiştir.

11. Yine aynı gün, re'sen atanan avukat refakatinde, Cizre Sulh Ceza Hâkimi tarafından başvuranın ifadesi alınmıştır. Sulh ceza hâkimi, mevcut delil durumunu, makul şüphenin varlığını ve şüpheliye atılı suçun Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 100. maddesinin 3. fıkrasında sıralanan suçlardan olmasını -silahlı bir terör örgütüne mensup olma (Türk Ceza Kanunu'nun 314. maddesi (TCK)- göz önünde bulundurarak, başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir. Başvuran ifadesinde, video kayıtlarından alınan fotoğraflarda görünenin kendisi olduğunu kabul etmiştir. Başvuranın avukatı, müvekkilinin ihtilaf konusu gösteriye, bunun bir eğlence olduğu düşüncesiyle katıldığı iddiasında bulunmuştur.

12. Hükümete göre, 27 Ocak tarihinde serbest bırakılma talebinde bulunulmuş, bu talep reddedilmiş ve bu karara itiraz edilmemiştir.

13. Cumhuriyet savcısı 9 Şubat 2010 tarihli iddianameyle, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'na dayanarak, Diyarbakır Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi önünde ceza davası açmıştır. PKK ile bağlantısı olduğu iddia edilen bazı internet sitelerinde yayımlanan ihtilaf konusu gösteri ile ilgili makalelere atıfta bulunarak, başvuran hakkında bilhassa PKK'nın çağrısı üzerine yasadışı bir gösteriye katılmak ve bu örgüte üye olmak (TCK'nın 314. maddesinin 2. fıkrası), terör propagandası yapmak (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesi), polise karşı direnmek (TCK'nın 265. maddesi) suçlarından iddianame düzenlenmiştir. Cumhuriyet savcısı son olarak, başvuranın yaşı nedeniyle TCK'nın 31. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasını talep etmiştir.

14. Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi 16 Şubat 2010 tarihinde, 5395 sayılı Kanun'a atıfta bulunarak iddianameyi kabul etmiş ve başvuranın tutukluluk halinin devam edip etmeyeceği hususunu avukatı yokluğunda re'sen incelemiştir. Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, üzerine atılı suçları, kaçma, delilleri karatma ve tanıklara baskı yapma ihtimali ile CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasının a) bendinde öngörülen makul

suç şüphesinin varlığını göz önünde bulundurarak, ilgilinin tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. Ayrıca, durumuna en uygun cezanın belirlenmesi amacıyla küçüğün sosyal ortamı ve kişiliği hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesine karar vermiştir. Öte yandan, başvuranın küçük olduğu ve avukat yardımı olmadan yargılanamayacağı gerekçesiyle avukat tayin edilmesini talep etmiştir.

15. Başvuran, birinci duruşma esnasında, 13 Nisan 2010 tarihinde, hakkındaki tüm iddialara karşı çıkmıştır. Başvuran, okul yolunda, kendisini göstericilerin ortasında bulunduğu; üzerinde Abdullah Öcalan portesinin olduğu pankartı yerde gördüğünü ve başka bir niyeti olmadan kaldırdığını ifade etmiştir. Başvuranın avukatı ayrıca, yaşı nedeniyle, müvekkilinin çocuk mahkemesi tarafından yargılanması gerektiğini ileri sürmüştür. Başvuranın avukatı, 19 Ocak 2010 tarihli bilirkişi raporuna itiraz etmiş ve çocuğun saliverilmesini talep etmiştir.

16. Ağır Ceza Mahkemesi aynı gün, birinci duruşma sonunda, başvuranın tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmasına ve ilgilinin, video kayıtlarında görünen kişi olup olmadığının tespit edilmesi konusunun aydınlatılması amacıyla bilirkişi raporu düzenlenmesine karar vermiştir.

17. Hükümetin görüşlerinden, başvuranın 19 ila 26 Ocak 2010 tarihleri arasında Şırnak'ta bir cezaevinde tutuklu kaldığı; sonrasında 26 Ocak günü Siirt Cezaevine nakledildiği ve tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılincaya kadar burada tutuklu kaldığı anlaşılmaktadır. Hükümet, başvuranın, Siirt'te tutuklu bulunduğu süre boyunca yetişkinlerden ayrı olarak tutulduğunu belirtmiştir. Başvuran ise, yetişkinler için planlanmış bir cezaevinde, suçlu küçüklere tahsis edilen bir bölümde diğer küçük tutuklularla birlikte tutulduğunu ifade etmiştir. Bu bağlamda, tutukluluk koşullarıyla ve ailesinin ziyaretleriyle ilgili başkaca herhangi bir unsur ibraz etmeden, Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesinde küçükler için bir cezaevi bulunmadığının altını çizmiştir.

18. CMK'nın 250. maddesini değiştiren 6008 sayılı 22 Temmuz 2010 tarihli Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren, küçüklerin özel yetkili mahkemeler tarafından yargılanabilmesine son verilmiştir.

19. Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi 7 Aralık 2010 tarihinde, atılı suçun kendi görev alanına girmediği; çocuk mahkemesi olarak Şırnak Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına girdiği kanaatiyle yetkisizlik kararı vermiştir.

20.Şırnak Ağır Ceza Mahkemesi 22 Temmuz 2010 tarihli mevzuat değişiklikleri sonrasında, 10 Ocak 2011 tarihinde, söz konusu suçun kendi görev alanına girmediği; Çocuk Mahkemesi olarak Cizre Asliye Ceza Mahkemesinin görev alanına girdiği kanaatiyle yetkisizlik kararı vermiştir.

21.Olaya ilişkin video kayıtlarıyla ilgili 8 Ağustos 2011 tarihli bilirkişi raporunda, başvuranın, içlerinden bazılarının maskeli olduğu göstericiler arasında bulunduğu, Abdullah Öcalan'ın portresini taşıdığı ve elinde tuttuğu bir taşı güvenlik güçlerine doğru fırlattığı belirtilmiştir.

22.Çocuk Mahkemesi olarak Cizre Asliye Ceza Mahkemesi, başvuranı 8 Mart 2012 tarihinde, 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2.fıkrası ile 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 2. fıkrası ve 33. a) maddesinin 2. fıkrası uyarınca kanuna aykırı gösteriye katılma ve terör örgütü lehine propaganda yapma suçlarından bir yıl on beş gün hapis cezasına mahkûm etmiştir. Bu karara varırken, ilgilinin, terör örgütünün çağrısı üzerine düzenlenen yasadışı bir gösteriye katıldığını ve bu örgütün lideri Abdullah Öcalan'ın portresini taşıdığını ileri sürmüştür. Aynı zamanda, aynı gösteri sırasında güvenlik güçlerine direnmenin ve taş atmanın da 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 2. fıkrasında ve 33 a) maddesinin 2. fıkrasında öngörülen suçu teşkil ettiği değerlendirmesinde bulunmuştur. Ancak, CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrası uyarınca üç yıllığına hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Son olarak, başvuranın, TCK'nın 314. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen suçtan beraatine karar vermiştir.

23.Söz konusu karar 5 Nisan 2012 tarihinde kesinleşmiştir.

II. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARASI HUKUK KURALLARI

1. Küçüklerle İlgili Ulusal ve Uluslararası Kurallar

24.Küçüklerle ilgili ulusal ve uluslararası hukuk kuralları *Güveç/Türkiye* (No. 70337/01, §§ 49-64, AİHM 2009 (özetler)) ve *Süzer/Türkiye* (No.13885/05, §§ 52-57, 23 Nisan 2013 kararlarında yer almaktadır; küçüklerle ilgili tutukluluk koşullarıyla ilgili olarak *Kuparadze/Gürcistan* (No. 30743/09, §§ 42-44, 21 Eylül 2017) kararına bakınız.

2. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu

25.Bilhassa, 5395 sayılı 3 Temmuz 2005 tarihli Çocuk Koruma Kanunu'nun 4. maddesinin 1. fıkrasının j) bendi uyarınca, bir çocuğun

tutulması son çare bir tedbir olmalıdır. 5395 sayılı Kanun'un 20. maddesinde, CMK'nın 109. maddesinde sayılanlara ek olarak, küçükler için adli kontrol tedbirleri öngörülmektedir. Küçüklerle ilgili olarak, ancak adli kontrol tedbirinden sonuç alınamaması ya da bu tedbire riayet edilmemesi halinde tutuklama kararı verilebileceği belirtilmektedir.

5395 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca, on beş yaşını doldurmamış çocuklar hakkında üst sınırı beş yılı aşmayan hapis cezasını gerektiren fiillerinden dolayı tutuklama kararı verilemez.

3. 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu

26.3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki şekildedir:

" Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (...) "

4. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu

27. Olayların meydana geldiği tarihte, 22 Temmuz 2010 tarihinde yayımlanan 6008 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklendiği haliyle, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 32. maddesinin 2. fıkrası, izin alınmamış bir gösteri sırasında güvenlik güçlerinin gösterinin dağıtılmasına ilişkin ikazlarına uymayan kişilerin TCK'nın 264. maddesi uyarınca cezalandırılmasına hükmetmektedir. 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinin 2. fıkrası olayların meydana geldiği tarihte aşağıdaki gibidir:

" Kamu görevlisine karşı görevini yapmasını engellemek amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (...) "

Olayların meydana geldiği tarihte 2911 sayılı Kanun'un 33. maddesinin a) bendi aşağıdaki gibidir:

" Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine [aynı kanunun] 23 üncü maddenin (b) bendinde sayılan silah veya araçları taşıyarak katılanlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (...) "

Aynı kanunun 23. maddesinde, -taş taşımak suretiyle bir gösteriye katılmanın da dâhil olduğu- toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin kanuna aykırı sayıldığı koşullar sıralanmıştır.

5. Ceza Kanunu

28. TCK'nın 314. maddesinin 2. fıkrası aşağıdaki gibidir:

"(...)

2. *Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir. (...)"*

29. Olayların meydana geldiği tarihte, TCK'nın 31. maddesinin 2. fıkrası, işlediği fiilin sonuçlarını algılama yetisi olmayan 12-15 yaş arasındaki çocukların ceza sorumluluğunun bulunmadığını öngörmektedir.

6. Ceza Muhakemesi Kanunu

30. Olayların meydana geldiği tarihte, CMK'nın 100. maddesi aşağıdaki gibidir:

"1. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

2. Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) *Şüpheli veya sanığın (...) 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. (...)"

CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında sıralanan bazı suçlar için, tutuklama gerekçelerinin bulunduğu dair yasal bir karine bulunmaktadır. CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasının ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

"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 suçlar;*

(...)

11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (Madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

(...)”

CMK'nın 101. maddesi gereğince, tutukluluğun devamına ve alternatif tedbirlerin yetersizliğine ilişkin kararlar gerekçelendirilmelidir.

CMK'nın 109. maddesi uyarınca, en fazla üç yıl hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, tutuklama gerekçeleri bulunsa bile, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebilir.

7. Yargıtay İçtihatları

31. Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından oluşturulan içtihatlarla göre (bk. örneğin 17 Haziran 2015 tarihli ve 2015/1404 E- 2015/1868 K sayılı karar), 2911 sayılı Kanun'un 32. ve 33. maddelerinde öngörülen suçlar kapsamında işlenen fiiller, 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi uyarınca düşünce ve kanaat açıklama metodu olarak değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, 6352 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesi, 31 Aralık 2011 tarihine kadar işlenen ifade özgürlüğüyle ilgili suçlar söz konusu olduğunda, ceza davasının ve soruşturmanın açılmasının ertelenmesi olanağını öngörmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

32. Başvuran, tutuklanmasının zorunlu olmadığını ve bir suç işlediğine dair hakkında şüphelenilmesi için makul sebeplerin bulunmadığını ileri sürmektedir. Özellikle, başvuran bu tedbire son çare olarak karar verilmediğini ve kendi ifadesine göre, tutuklanmasına ilişkin ilgili iç hukukun gerekliliklerine aykırı olarak karar verildiğini belirtmektedir. Başvuran aynı zamanda, tutukluluğunun süresinden de şikâyet etmektedir. Başvuran bu bağlamda, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi ile 3. fıkrasını ileri sürmektedir. Öte yandan, başvuran Sözleşme'nin 13. maddesini ileri sürerek, tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına itiraz etmesine olanak sağlayacak etkin bir hukuk yoluna sahip olmamasından şikâyet etmektedir. Mahkeme, bu şikâyetin, Söz-

leşme'nin 13. maddesine nazaran özel bir hüküm ("*lex specialis*") teşkil eden, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası açısından incelenmesi gerektiği kanısına varmaktadır.

Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi ile 3 ve 4. fıkralarının somut olaya ilişkin kısımları aşağıdaki gibidir:

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

(...)

c) *Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;*

(...)

3. *İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir.*

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

33. Hükümet, başvuranın iddialarını kabul etmemektedir.

A. Başvuranın tutuklanmasının yasallığı hakkında (Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi)

1. *Kabul edilebilirlik hakkında*

34. Mahkeme öncelikle, tarafların, 27 Ağustos 2015 tarihli ek bir bildiriyle, diğerlerinin yanı sıra, başvuranın Sözleşme'nin 5. maddesi-

nin 1. fıkrası bağlamındaki şikâyeti hakkında görüşlerini sunmaya davet edildiklerini tespit etmektedir. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. ve 4. fıkraları bağlamındaki şikâyetlerin kabul edilemez olduğunu daha önce ileri süren Hükümetin (aşağıda 46. paragraf), Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası bağlamındaki şikâyetle ilgili olarak herhangi bir kabul edilemezlik itirazı ileri sürmediğini saptamaktadır.

35. Mahkeme, bu şikâyetin Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrası anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve öte yandan, başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesinin bulunmadığını tespit ederek, bu şikâyetin kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir.

2. Tarafların iddiaları

36. Başvuran, davaya ilişkin koşulları dikkate alarak, tutuklanmasının zorunlu olmadığını ve suç işlediğinden şüphelenilmesi için makul sebeplerin bulunmadığını ileri sürmektedir. Başvuran, yaşını göz önünde bulundurarak, tutuklanmasının son çare tedbiri olması gerektiğini ve söz konusu durumun bu şekilde olmadığını eklemektedir.

37. Hükümet, başvuranın iddialarını reddetmektedir. Hükümet, söz konusu tutuklanmanın CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası bakımından makul sebeplere dayandığı kanısına varmaktadır. Hükümet, başvuranın TCK'nın 314. maddesi uyarınca yasadışı silahlı bir örgüte üye olmakla suçlandığını belirtmektedir. Hükümet, 5395 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir çocuğun tutukluğunun son çare tedbiri olması gerekse bile, küçüklerin CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen bir suç söz konusu olduğunda tutuklanabileceklerini ifade etmektedir. Hükümet bir yandan, video kayıtlarının başvuranın güvenlik güçlerine taşlar attığını gösterdiğini ve diğer yandan, ilgilinin ayrıca terör örgütü lehine propaganda yapmak, bu örgüt adına suç işlemek ve 2911 sayılı Kanun'un hükümlerine riayet etmemekle suçlandığını eklemektedir. Hükümet, başvuranın tutukluluğunun yerel mevzuatla uyumlu olduğu sonucuna varmaktadır.

3. Esas hakkında

38. Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası anlamında tutukluluğun yasallığı için gereken unsurlardan birinin keyfilik bulunmaması olduğunu hatırlatmaktadır (*Jecius/Litvanya*, No. 34578/97, § 56, AİHM 2000-IX, *Konolos/Romanya*, No. 26600/02, § 45, 7 Şubat

2008 ve *Korneykova/Ukrayna*, No. 39884/05, § 33, 19 Ocak 2012, bu kararda yapılan atıflarla birlikte). Özgürlükten yoksun bırakma, yalnızca daha az katı diğer tedbirlerin, tutukluluğu gerektiren kişisel menfaati ya da kamu yararını korumak için yetersiz olarak kabul edilmesi ve değerlendirilmesi durumunda haklı gösterilecek kadar ağır bir tedbirdir. Dolayısıyla, özgürlükten yoksun bırakmanın ulusal hukuka uygun olması yeterli değildir ve bu durumun davanın koşullarında gerekli olması da gerekmektedir (bk., *Ambruszkiewicz/Polonya*, No. 38797/03, §§ 29-32, 4 Mayıs 2006, *Ladent/Polonya*, No. 11036/03, § 55, 18 Mart 2008, *Khayredinov/Ukrayna*, No. 38717/04, § 27, 14 Ekim 2010, yukarıda anılan *Korneykova* kararı, § 43, yine bk., *Bolech/İsviçre*, No. 30138/12, § 45, 29 Ekim 2013, ve, kısa bir süre önce, *Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye*, No. 36443/06, § 81, 14 Nisan 2015). Yetkili makamlar, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c) bendi bağlamında bir tutukluluğun makul niteliği hakkında karar vermeye davet edildiklerinde, tutukluluğun devamına alternatif tedbirlerin bulunup bulunmadığını araştırma yükümlülüğüne sahiptirler (*Tinner/İsviçre*, No. 59301/08 ve 8439/09, § 58, 26 Nisan 2011).

39. Mahkeme ardından, iç hukukta, CMK'nın 100. maddesinden anlaşıldığı şekliyle (yukarıda 30. paragraf), bir kişinin tutuklanmasının, ancak atılı suçu işlediğine dair hakkında kuvvetli şüphenin bulunması ve ayrıca, şüphelinin kaçma riski veya delilleri değiştirme ve tanıklar, mağdurlar ya da diğer kişiler üzerinde baskı kurma riski gibi bir tutukluluk gerekçesinin bulunması halinde mümkün olduğunu hatırlatmaktadır. Bu iki koşul kümülatiftir: Kuvvetli şüphelerin varlığına, Kanun'a göre, en azından bir tutukluluk gerekçesinin varlığı eklenmelidir. Son olarak, bu iki koşul bir araya gelse bile, özgürlükten yoksun bırakmadan daha az katı tedbirlerin uygulanmasının öngörülmesi gerekmektedir. Aynı zamanda, bazı suçlar için, Türk hukukunda (CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrası) tutukluluk gerekçelerinin varlığına (kaçma riski ya da delilleri değiştirme ve tanıklar, mağdurlar veya diğer kişiler üzerinde baskı kurma riski) ilişkin yasal bir karinenin bulunduğunu da vurgulamak gerekmektedir. Bununla birlikte, bu "katalog" suçlar ayrıntılı bir şekilde sırayla belirtilmekte ve ulusal makamları öncelikle alternatif tedbirleri öngörme yükümlülüğünden muaf tutmamaktadır.

40. Küçüklerin tutuklanmasına ilişkin olarak, Türk mevzuatı, bu durumun son çare tedbiri olması gerektiğini (5395 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının j) bendi- yukarıda 25. paragraf) öngörmektedir. Özellikle, 5395 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca, bir küçüğün tu-

tuklanmasına, yalnızca adli kontrol tedbirinin etkin olmadığına ortaya çıkması veya bu tedbire uyulmaması halinde karar verilebilmektedir.

41. Somut olayda, Mahkeme, başvuranın, atılı suçların işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphenin varlığına ve CMK'nın 100. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen katalog bir suçun- silahlı bir terör örgütüne üye olmak (TCK'nın 314. maddesinin 2. fıkrası) söz konusu olmasına dayanan Sulh Ceza Hâkimi tarafından tutuklandığını tespit etmektedir. Böylelikle, Hâkim, tutukluluk halinin devamının gerekliliğine ilişkin yasal karineyi uygulamıştır. Hâkim ayrıca, bütün delillerin yargılamanın bu aşamasında toplanmadığı kanısına varmıştır.

42. Mahkeme bununla birlikte, esasen, bir gösteriye katılmak yoluyla bir terör örgütü lehine propaganda yapma suçunun ilgili hakkındaki yöneltilen suçlamaların merkezinde yer aldığını ve bu suçlamalara dayanılarak, ilgilinin iki aydan fazla bir süre boyunca tutukluluk halinin devam ettirildiğini saptamaktadır. Gerçekte, soruşturmaya ve ceza davasına ilişkin dosyadaki unsurlar ışığında, başvuran hakkında oluşan şüphelerin temelinde bulunan olaylar, ilgilinin terör örgütünün çağrısı üzerine düzenlenen bir gösteriye katılmasına ilişkin eylemlere benzetilmektedir.

43. Oysa bu türden bir suçlama (bir gösteri sırasında terör örgütü lehine propaganda yapmak), Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen suçlar arasında yer almamakta ve bu durum, Mahkemeyi bu hükme dayanarak sanığın tutuklanmasının gerekliliği karinesini oluşturan unsurların varlığı konusunda şüpheler duymasına neden olmaktadır (bk., *mutatis mutandis*, *Şık/Türkiye*, No. 53413/11, § 61, 8 Temmuz 2014).

44. Şüphesiz, yukarıda açıklandığı üzere (39. paragraf), Sulh Ceza Hâkimi, CMK'nın 100. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tutuklama kararı verebilmektedir. Bununla birlikte, tutukluluk koşulları bir araya gelse bile, Hâkim her durumda, adli kontrol gibi, iç hukuk tarafından öngörülen daha az katı tedbirlerin uygulanmasını da öngörmelidir. Bu gereklilik, küçüklerin tutuklanmasına ilişkin olarak daha belirgindir. Oysa tutuklama kararında Sulh Ceza Hâkimi tarafından ileri sürülen gerekçeler, tutukluluk tedbirinin- başvuranın yaşı bakımından- özellikle iç hukukun gerektirdiği üzere, son çare olarak kullanıldığının düşünülmesine imkân vermemektedir (yukarıda 25. paragraf). 19 Ocak 2010 tarihli karar değerlendirildiğinde, başvuranın tutuklanmasına karar veren Hâkimin

öncelikle tutukluktan başka tedbirleri öngördüğü anlaşılmamaktadır.

45. Sonuç olarak, Mahkeme, 13 yaşında bir küçüğün tutuklanması, bilhassa iç hukuk tarafından öngörülmesine rağmen alternatif tedbirlerin somut olayda öngörülmediği dikkate alındığında, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası anlamında yasaya uygun olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmaktadır.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ihlal edilmiştir.

B. Sözleşme'nin 5. maddesinin 3 ve 4. fıkraları bağlamındaki şikâyetler hakkında

46. Başvuran, tutukluluk süresinden ve tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına itiraz etmesine imkân sağlayacak etkin bir hukuk yoluna sahip olmamasından şikâyet etmektedir.

47. Sözleşme'nin 5. maddesinin 3 ve 4. fıkraları bağlamındaki şikâyetlerin bildirilmesinin ardından, 12 Mart 2012 tarihinde sunulan görüşlerinde, Hükümet, başvuranın tutukluluk süresi bağlamındaki şikâyetine ilişkin olarak iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürerek, iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia etmiştir. Hükümete göre, başvuran ne tutuklama emrine ne de tutukluluk halinin devamına hükmeden kararlara karşı itiraz etmemiştir. Diğer yandan, yine Hükümete göre, başvuranın CMK'nın 141. maddesi ile devamındaki maddelere dayanarak, yerel mahkemeler önünde tazminat davası açması gerekmektedir.

48. Başvuran, Hükümetin itirazını reddetmekte ve Hükümet tarafından ileri sürülen itiraz yolunun şikâyetlerini telafi edecek nitelikte olmadığını ileri sürmektedir.

49. Mahkeme, tutukluluk süresine ilişkin şikâyetle ilgili olarak, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin olarak yukarıda vardığı sonuçları dikkate alarak ve somut olayda ortaya konulan başlıca hukuki sorunu incelediğini değerlendirerek, bu şikâyetin kabul edilebilirliği ve esasının incelenmesine gerek olmadığı kanaatine varmaktadır (bk., aynı doğrultuda, *Holomiov/Moldova*, No. 30649/05, § 131, 7 Kasım 2006 ; bk., *mutatis mutandis*, *Zervudacki/Fransa*, No. 73947/01, §§ 60-61, 27 Temmuz 2006, ve yukarıda anılan *Lütfiye Zengin ve diğerleri* kararı, § 92 ; yine bk., *Valentin Câmpeanu adına Hukuki Kaynaklar Merkezi/Romanya* [BD], No. 47848/08, § 156, AİHM 2014). Ayrıca, başvuranın tutuklama emrine ilişkin bir şikâyette bulunmadığını kaydetmek gerekmektedir.

50.Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası bağlamındaki şikâyetle ilgili olarak, Mahkeme, bu şikâyetin aşağıda belirtilen sebeplerle kabul edilemez şekilde olması nedeniyle, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmemesi bağlamındaki itirazının incelenmesine gerek olmadığı kanısına varmaktadır.

51.Mahkeme, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının, özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının Sözleşme anlamında yasallığı için gereken usul ve esas gerekliliklerine riayet edilip edilmediğinin denetlenmesi amacıyla bir mahkeme önünde dava açma hakkı tanıdığını hatırlatmaktadır. Bu denetimden sorumlu olan mahkeme, yasaya aykırı tutukluluk durumunda tahliye karar verme yetkisine sahip olmalıdır (bk., diğer kararlar arasından, *M.M./Bulgaristan*, No. 75832/13, § 51, 8 Haziran 2017). Hukuk yolları, bir kişinin, tutukluluğunun yasallığı konusunda, gerektiği takdirde, tahliye edilmesine imkân verebilecek nitelikte hızlı yargısal denetimin yapılmasını sağlayabilmesi amacıyla, kişinin tutukluluğu boyunca mevcut olmalıdır. Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası yeterince kesin hukuk yollarını öngörmektedir, aksi takdirde erişilebilirlik ve etkinlik koşulları yerine getirilmeyecektir (*Kadem/Malta*, No. 55263/00, § 41, 9 Ocak 2003).

52.Mahkeme öncelikle, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının tutukluluğun uzatılması yönündeki kararın resen verilmesinden itibaren değil, yalnızca bu türden bir karara karşı bir davanın açıldığı tarihten itibaren uygulandığını hatırlatmaktadır (*Knebl/Çek Cumhuriyeti*, No. 20157/05, § 76, 28 Ekim 2010 ve *Hebat Aslan ve Firas Aslan/Türkiye*, No. 15048/09, § 60, 28 Ekim 2014). Başvuranın tahliye talebine ve resen tutukluluğun uzatılmasına ilişkin kararlara karşı itiraz etme imkânı bulunmaktaydı.

53.Oysa başvuran itiraz yolunun Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası anlamında bir hukuk yolu teşkil etmediğini ileri sürmektedir. Başvuran, iddiasını desteklemek için *Koşti ve diğerleri/Türkiye* (No. 74321/01, 3 Mayıs 2007), ve *Bağrıyanık/Türkiye* (No. 43256/04, § 51, 5 Haziran 2007) kararlarına atıfta bulunmaktadır.

54.Mahkeme, eski Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörüldüğü şekliyle itiraz davasına ilişkin olarak, ceza mahkemelerinin basmakalıp gerekçelerden hareketle başvuranın tutukluluk halinin devamına karar vermeleri durumunun, yalnızca Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrası-

nın ihlal edildiği sonucuna varmak için değil, aynı zamanda bu türden gerekçelere itiraz edilmesine ilişkin olarak bir itiraz yolunun başarı olasılığını araştırmak için de temel unsurlardan biri olduğunu hatırlatmaktadır (*Koştı ve diğerleri/Türkiye*, No. 74321/01, 3 Mayıs 2007). Ayrıca, birçok defa, Mahkeme, itiraz davasının, adli bir nitelik taşıması ve özgürlükten yoksun bırakmaya uygun usuli güvenceleri sunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının gerekliliklerini yerine getirmediği kanısına varmıştır (bk., özellikle, yukarıda anılan *Bağrıyanık* kararı, § 51, bk. yine *Şayık ve diğerleri/Türkiye* davaları, No. 1966/07 ve diğer altı başvuru, §§ 30-32, 8 Aralık 2009, ve *Sevim ve diğerleri/Türkiye* No. 7540/07 ve diğer iki başvuru, §§ 30-31, 5 Ocak 2010).

55. Mahkeme bununla birlikte, tutukluluğu ve itiraz davasını düzenleyen Türk mevzuatının 17 Aralık 2004 tarihinde değiştirildiğini kaydetmektedir. 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni Ceza Muhakemesi Kanunu yine 17 Aralık 2004 tarihinde kabul edilmiştir. Yeni CMK'nın hükümleri, bir tutuklunun temsilcisi ya da müdafisine, itiraz talebinin incelenmesi sırasında adli makam tarafından dinlenme imkânı sunmaktadır.

56. Mahkeme, yerleşik içtihadına göre, bir tutukluluğa karşı yapılan itirazı inceleyen bir mahkemenin, adli nitelikteki bir makama ilişkin güvenceleri sunması gerektiğini tekrarlamaktadır. Dava, çekişmeli olmalı ve her durumda taraflar, savcı ve tutuklu arasında "silahların eşitliğini" güvence altına almalıdır (*Nikolova/Bulgaristan* [BD], No. 31195/96, § 58, AİHM 1999-II). Bu bağlamda, yeni CMK tarafından öngörülen itiraz davasına ilişkin olarak, Mahkeme, usuli güvencelerden bazılarının yerine getirilmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (bk., diğer birçok karar arasından, Cumhuriyet savcısının görüşünün tebliğ edilmemesi: *Altınok/Türkiye*, No. 31610/08, §§ 57-61, 29 Kasım 2011; geçerli bir gerekçe olmaksızın dosyaya erişimin kısıtlanması: *Şık/Türkiye*, No. 53413/11, § 75, 8 Temmuz 2014).

57. Mahkeme bununla birlikte, başvuranın tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına itiraz etmesine imkân sağlayacak her türlü hukuk yolunun bulunmamasından şikâyet etmekle yetindiğini saptamaktadır. Mahkeme, bu bağlamda, özellikle başvuranın tutuklanması ve tutukluluğunun uzatılması hakkında uygulanan denetimin, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasının gerektirdiği üzere, ilgilinin tutukluluğunun yasallığıyla ilgili olması (*R.T.Yunanistan* kararıyla kıyaslayınız,

No. 5124/11, § 98, 11 Şubat 2016) ve gerektiği takdirde, ilgilinin tahliyesine neden olması (bk., *mutatis mutandis*, yukarıda anılan M.M. kararı, § 58 ; aksi yönde bir karar için, *Suso Musa/Malta*, No. 42337/12, § 59, 23 Temmuz 2013, yine bk., Sözleşme'nin 13. maddesi bağlamındaki şikâyetin incelemesi kapsamında, *Valada Matos das Neves/Portekiz*, No. 73798/13, § 93, 29 Ekim 2015) halinde, usuli güvencelerin yerine getirilmemesinin tek başına, itiraz yolunu etkisiz kılmadığı kanaatine varmaktadır.

58.Somut olayda, Mahkeme, bir mahkeme önünde oluşturulan itiraz yolunun (*Gavril Yossifov/Bulgaristan* kararıyla kıyaslayınız, No. 74012/01, § 60, 6 Kasım 2008) Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası anlamında "bir hukuk yolu" teşkil etmek için yeterli bir kapsamda olduğundan şüphe etmek için herhangi bir neden görmemektedir. Oysa başvuran ne tutuklanmasına hükmeden 19 Ocak 2010 tarihli karara ne de tutukluluk halinin devamına ilişkin 16 Şubat 2010 tarihli karara karşı itiraz etmiştir.

59.Yukarıda belirtilenler ışığında, Mahkeme, başvuranın Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası anlamında bir mahkeme önünde bir hukuk yoluna sahip olduğu sonucuna varmaktadır. Ayrıca Mahkeme, ilgilinin bir mahkeme önünde, tutuklanmasına ve tutukluluk halinin devamına itiraz etme imkânına sahip olmadığını ortaya koymadığı ve böylelikle, şikâyetin bu hususta Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrası anlamında açıkça dayanaktan yoksun olduğu kanısına varmaktadır.

II. SÖZLEŞME'NİN 11. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

60.Başvuran, başvuru formunda, Sözleşme'nin özel bir hükmünü ileri sürmeksizin, Kürt sorununa ilişkin bir gösteriye katılması nedeniyle hakkında açılan ceza davasına ve tutuklama tedbirine tabi tutulmasından şikâyet etmiştir. Ardından, başvuran, 7 Haziran 2012 tarihinde cevap olarak sunduğu görüşlerinde, Abdullah Öcalan'a destek gösterisine katıldığı ve bu gösteri sırasında, PKK liderinin bir portresini taşıdığı gerekçesiyle mahkûm edildiğini belirterek, Sözleşme'nin 10. maddesini açıkça her hâlükârda ileri sürmüştür.

Mahkeme, davanın koşullarında, Sözleşme'nin 10. maddesinin, özel bir hüküm ("*lex specialis*") olan Sözleşme'nin 11. maddesine nazaran genel bir hüküm ("*lex generalis*") olarak değerlendirildiği ve böylelikle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ayrıca dikkate alınmasına gerek

olmadığı kanısına varmaktadır (bk., *mutatis mutandis*, *Ezelin/Fransa*, 26 Nisan 1991, § 35, A serisi No. 202, bk., bilhassa, yukarıda anılan *Lütfiye Zengin ve diğerleri* kararı, § 35, ve *Gülcü/Türkiye*, No. 17526/10, § 75, 19 Ocak 2016). Dolayısıyla, başvuranın şikâyetinin Sözleşme'nin 10. maddesi ışığında, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

Sözleşme'nin 11. maddesinin somut olaya ilişkin kısmı aşağıdaki gibidir:

"1. Herkes, barışçıl olarak toplanma (...) hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

61. Hükümet, başvuranın iddiasını kabul etmemektedir.

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

62. Hükümet, başvuranın ifade özgürlüğüne ilişkin şikâyetini ulusal mahkemeler önünde ileri sürmediğini belirterek, iç hukuk yollarının tüketilmemesine itiraz etmektedir. Hükümet, başvuranın Mahkeme önünde, cevaben görüşlerinde Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin şikâyeti ileri sürmediğini eklemektedir.

63. Başvuran bu iddialara itiraz etmektedir.

64. Mahkeme, öncelikle başvuranın, başvuru formunda Sözleşme'nin 11. maddesiyle ilgili şikâyetini sadece özü itibarıyla ileri sürmüş olsa da, her hâlükârda, Asliye Ceza Mahkemesinin kararını verdiği tarih olan 8 Mart 2012 tarihinden itibaren hesaplanan altı aylık süre içerisinde sunulan 7 Haziran 2012 tarihli cevaben görüşlerinde, bu şikâyetini açıkça belirttiğini kaydetmektedir. Mahkeme, bunun ardından İçtüzüğünün 54. maddesinin 2. fıkrasının c) bendi uyarınca, tarafları ek görüşlerini sunmaya davet etmiştir.

65. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazla ilgili

olarak, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasının amacının, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin olarak, Sözleşmeciler Devletlere, kendilerine karşı iddia edilen ihlalleri Mahkeme'ye sunulmadan önce-normal yoldan mahkemeler aracılığıyla- engelleme veya telafi etme imkânı tanımak olduğunu hatırlatmaktadır. Bu hüküm, "belirli bir esneklik ve aşırı şekilci olmaksızın" uygulanmalıdır; ilgilinin, daha sonra Strazburg'da sunmak istediği şikâyetlerini, "en azından özü itibarıyla ve iç hukuk tarafından belirlenen şartlarda ve sürelerde" ulusal mahkemeler önünde sunmuş olması yeterlidir (Fressoz ve Roire/Fransa [BD], No. 29183/95, § 37, AIHM 1999 I).

32. Mahkeme somut olayda, başvuran hakkında ulusal mahkemeler önünde başlatılan ceza yargılamasının, özellikle terör örgütü lehinde propaganda yapma suçuna dayandırıldığını kaydetmektedir. Asliye ceza mahkemesinin dayandığı temel olay ve olgular, başvuranın, PKK Lideri Abdullah Öcalan'ın portresini taşıdığı ve polisler doğru taşlar fırlattığı yasa dışı bir gösteriye katılmasıyla ilgilidir. Başvuran da, davaya konu olayların nitelendirilmesine itiraz ederek, savunmasını kaçınılmaz olarak bu suçlamaya dayandırmıştır (karşılaştırınız *Yılmaz ve Kılıç/Türkiye*, No. 68514/01, § 39, 17 Temmuz 2008). Başvuran, polisler taş fırlattığını reddetmiş ancak, gösterinin video kayıtlarından alınan görüntülerde Abdullah Öcalan portresi taşıdığı görülen kişi olduğunu kabul etmiştir (yukarıdaki 7, 9 ve 11 paragraflar). Şüphesiz, başvuran, gösteriye katılmak istemediğini ileri sürmemiştir: başvuran öncelikle bir eğlencenin söz konusu olduğunu düşündüğünü (bk. yukarıdaki 11. paragraf) ve ardından kendisini tesadüfen göstericiler arasında bulunduğunu iddia etmiştir (bk. yukarıdaki 15. paragraf). Bununla birlikte, başvuran, bir terör örgütü lehinde propaganda yapmaktan mahkûm edilmiştir.

33. Mahkeme'ye göre, bu dava, başvuranın özünde ifade özgürlüğü hakkını kullanmış olabileceği kanaatine varılan *Yılmaz* davasından (daha önce anılan *Yılmaz ve Kılıç*, § 10) biraz ayrılmaktadır (*idem*, § 43). Nitekim, başvuran gibi, *Yılmaz* da kendisine isnat edilen bazı fiilleri, nitelendirilmelerini reddederek, kabul etmekle yetinmiştir (*idem*, §§ 10, 13 ve 39, ayrıca bk. *Müdür Duman/Türkiye*, No. 15450/03, § 30, 6 Ekim 2015).

34. Yukarıda belirtilenler ışığında ve davanın kendine özgü koşulları dikkate alındığında, Mahkeme, olayların meydana geldiği tarihte küçük olan başvuranın (bk. *(aksi yönde bir karar için) a contrario, Kasparov ve diğerleri/Rusya*, n° 21613/07, § 72, 3 Kasım 2013), ilgili görüntülerden

kendisini tanıyarak ve bir eğlencenin söz konusu olduğunu düşündüğünü ileri sürerek, özünde gösteri özgürlüğü hakkını ileri sürdüğünün değerlendirilebileceği sonucuna varmaktadır (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)* bk. *Özgür Radyo-Ses Radyo Televizyon Yayın Yapım ve Tanıtım A.Ş./Türkiye (No. 1)*, No. 64178/00 ve diğer 4 başvuru, § 68, 30 Mart 2006, ve daha önce anılan *Yılmaz ve Kılıç*, §§ 37-43). Mahkeme ayrıca, dolaylı bir şekilde olsa da, ulusal mahkemeler önünde görülen davada barışçıl olarak gösteri yapma özgürlüğünün söz konusu olduğunu ve başvuran tarafından ulusal mahkemeler önünde ileri sürülen gerekçelerin, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerine bağlı bir şikâyet içerdiklerini (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)* bk. daha önce anılan *Fressoz ve Roire*, § 39) gözlemlemektedir.

Dolayısıyla Mahkeme, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair ilk itirazını reddetmektedir.

35.Mahkeme, başvurunun bu kısmının, Sözleşme'nin 35. Maddesinin 3. Fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle örtüşmediğini tespit ederek, kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların İddiaları

36.Başvuran, DTP tarafından düzenlenen bir gösteriye katılmak ve Abdullah Öcalan'ın bir portresini taşımak suçlarından mahkûm edildiğinden şikâyet etmektedir. Başvuran özellikle gösteriye katılmasının, ifade özgürlüğü hakkı alanına girdiğini ve yasa dışı örgüt lehine propaganda yapmaktan mahkûm edilmesinin ifade ve toplanma özgürlüğü hakkının kendisi tarafından kullanımına haksız bir müdahale olduğunu iddia etmektedir.

37.Hükümet, *Murat Vural/Türkiye* (No. 9540/07, § 54, 21 Ekim 2014) kararına atıfta bulunarak, ihtilaf konusu bir fiil veya davranışın, niteliği ve amacı ya da söz konusu fiili işleyen kişinin niyeti bakımından değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Hükümet, ulusal makamlar tarafından alınan ifadeler dikkate alındığında, başvuranın ihtilaf konusu gösteriye katılmasının, ifade özgürlüğü kapsamına girmediği kanısındadır. Hükümet ayrıca, barışçıl olmayan bir gösterinin söz konusu olduğunu ve başvuranın bu gösteriye katılırken sadece kendisini ifade

etme amacı bulunmadığını ileri sürmektedir. Hükümet ayrıca, başvuranın yasa dışı bir gösteriye katılmaktan, yasa dışı bir örgütü desteklemekten, polislerin üzerine taş fırlatmaktan, kısaca güvenlik güçlerine direnmekten yargılandığını ve mahkûm edildiğini hatırlatmaktadır. Hükümete göre, dolayısıyla başvuranın ifade özgürlüğü hakkının kullanımına müdahalede bulunulmamıştır. Hükümet son olarak, başvuranın mahkûmiyetinin kanun tarafından öngörüldüğünü ve demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirtmektedir.

2. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

a) **Müdahalenin bulunduğu hakkında**

38.Mahkeme öncelikle, başvuranın toplanma özgürlüğü hakkının kullanımına müdahalede bulunulup bulunulmadığı konusunda, taraflar arasında tartışma olduğunu tespit etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, *Gülcü* (daha önce anılan) kararında, Gülcü'nün tutukluluğunun ve mevcut davaninkilerle kıyaslanabilir suçlardan mahkûmiyetinin, Sözleşme'nin 11. maddesiyle güvence altına alınan başvuranın toplanma özgürlüğü hakkının kullanımına bir müdahale teşkil ettiğini hatırlatmaktadır (*idem*, § 102). Dolayısıyla Mahkeme, yukarıda belirtilenler bakımından ve şikâyetin sunulma şeklini dikkate alarak, 13 yaşından küçük olan başvuranın tutuklanmasının, bu tedbirin iki aydan fazla süre boyunca devam ettirilmesinin ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla birlikte mahkûm edilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme'nin 11. maddesi tarafından güvence altına alınan toplanma özgürlüğü hakkının kullanımına "müdahale" olarak değerlendirildiği sonucuna varmaktadır (diğer kararlar arasında bk. *Women On Waves ve diğerleri/Portekiz*, No. 31276/05, § 28, 3 Şubat 2009 ve *Schwabe ve M.G./Almanya*, No. 8080/08 ve 8577/08, § 100, AİHM 2011 (özetler)).

b) **Müdahalenin haklılığı**

39.Mahkeme, ihtilaf konusu müdahalenin kanunla öngörüldüğü ve Sözleşme'nin 11. maddesinin 2. fıkrası anlamında milli güvenliğin ve kamu düzeninin korunması gibi meşru bir amaç taşıdığı hususunun taraflar arasında tartışmaya yer bırakmadığını kaydetmektedir (daha önce anılan *Yılmaz ve Kılıç*, § 60). Somut olaydaki çekişme, müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı konusunda ilgilidir.

40.Mahkeme, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerine ilişkin içtihatla-

rından doğan ilkelerine atıfta bulunmaktadır (*Faruk Temel/Türkiye*, No. 16853/05, §§ 53-57, 1 Şubat 2011 ve *Kudrevicius ve diğerleri/Litvanya* [BD], No. 37553/05, § 144, AİHM 2015).

41. Mahkeme, mevcut davada başvuranın, şiddet eylemleri içeren bir gösteriye katıldığı ve Abdullah Öcalan'ın portresini taşıdığı gerekçeyle, özellikle terör örgütü lehine propaganda yapmak suçundan hükümün açıklanmasının geri bırakılmasıyla birlikte cezaya mahkûm edildiğini gözlemlemektedir.

Halbuki Mahkeme içtihatlarına göre, bir gösteri sırasında sadece Abdullah Öcalan'ın portresini taşımanın şiddet kullanmaya, silahlı direnişe veya başkaldırıya teşvik eden bir ifade şekli olarak değerlendirilmeyeceğini hatırlatmaktadır. Burada, Mahkeme'nin nazarında dikkate alınması gereken temel bir unsur olarak değerlendirilen nefret söylemi söz konusu değildir (diğer birçok karar arasında bk. *Bahçeci ve Turan/Türkiye*, No. 33340/03, § 31, 16 Haziran 2009 ve daha önce anılan *Lütfiye Zengin ve diğerleri*, §§ 49-50).

42. Başvurana isnat edilen suçlarla ilgili olarak, 8 Mart 2012 tarihli karardan, başvuranın aynı gösteri sırasında polislere taş fırlatmaktan ve güvenlik güçlerine direnmekten mahkûm edildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme'ye göre, kamu tartışması ve siyasi tartışmanın sınırlarını açıkça aşan fiiller söz konusudur. Mahkeme bu bağlamda, yerleşik içtihatlarına göre, Devletlerin, makamların ülkedeki hukuki ve kamusal düzeni korumak için başvurabilecekleri makul ve uygun tedbirlerin seçiminde belirli bir takdir yetkisini hatırlatmaktadır (daha önce anılan *Gülcü*, § 116). Mahkeme, bu konuda başvuran hakkında tedbir alınmasının, "zorunlu bir sosyal ihtiyacı" makul olarak karşılayabileceği kanısındadır. Bununla birlikte, başvuranın tutukluluğu ve cezaya mahkûm edilmesi ile izlenen meşru amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi varsa, incelenmesi uygundur.

43. Bu bağlamda Mahkeme, mevcut davadakilere benzer suçlamaların isnat edildiği ve mahkûm edilmiş bir çocuk hakkında alınan tedbirlerin orantılılığıyla ilgili olarak, *Gülcü* kararında (yukarıda anılan), küçük bir kişinin yakalanması ve tutuklanmasının son tahlilde alınması gereken tedbirler olduğunu ve bu tedbirlerin mümkün olduğunca kısa süreyle uygulanması gerektiğini belirttiğini hatırlatmaktadır (daha önce anılan *Gülcü*, § 115). Mahkeme dolayısıyla, küçük bir kişi hakkında alınan bu türden tedbirlerin orantısız olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme,

mevcut davayı içtihatları ışığında incelediğinde, Hükümetin, mevcut durumda kendisinin farklı bir sonuca varmasına sebep olacak herhangi bir olgu ya da iddia sunmadığı kanaatine varmaktadır. Nitekim, başvuranın dosyasında bulunan hiçbir unsur, ulusal mahkemelerin ilgilinin genç yaşını yeterince dikkate aldıklarını belirtmemektedir. Yukarıda belirtildiği gibi (bk. 45. paragraf), hâkimler, başvuranın tutuklanmasına son tahlilde karar vermemişlerdir. Yine asliye ceza mahkemesinin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına hükmetmiş olması, zaten iki aydan uzun süre tutukluluğa maruz kalmış olan başvuranın söz konusu ertelemeye karar verilen tarihten itibaren üç yıllık bir hapis cezası tehdidiyle karşı karşıya kalmış olması sebebiyle, bu kararın önemini azaltmamaktadır.

44. Mahkeme, davalı Devlet tarafından ileri sürülen gerekçelerin, somut olayla ilgili gerekçeler olmasına rağmen, söz konusu müdahalenin haklılığını göstermek için yeterli olduklarının değerlendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Sözleşmeciler devletlerin konu hakkında sahip oldukları takdir yetkisine rağmen, Mahkeme, başvuran hakkında alınan tedbirlerle izlenen meşru amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmadığı kanaatindedir.

45. Dolayısıyla Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir.

III. İDDİA EDİLEN DİĞER İHLALLER HAKKINDA

46. Başvuran ayrıca, Sözleşme'nin 3, 6, 7, 8 ve 14. maddeleri ile 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinin de ihlal edildiğinden şikâyet etmektedir.

Başvuran öncelikle, yaşına rağmen, yetişkinler için tasarlanan bir cezaevinde tutulduğundan ve bu sebeple psikolojik olarak büyük bir sıkıntı yaşadığından şikâyet etmektedir. Başvuran, tutukluluğunun Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele teşkil ettiği kanısındadır. Başvuran ayrıca, genel anlamda, Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesinde çocuklara özel cezaevlerinin bulunmadığından şikâyet etmektedir. Diğer taraftan başvuran, Sözleşme'nin 8. maddesini ileri sürerek, Siirt Cezaevi ile Cizre'de bulunan evi arasındaki mesafe sebebiyle, ailesiyle görüşme imkânından düzenli olarak faydalanamadığını ve dolayısıyla aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğinden şikâyet etmektedir. Başvuran yine tutuklanmasının okul hayatını kesintiye uğratması sebebiyle, 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesinde öngörülen eğitim hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Başvuran ayrıca, Sözleşme'nin 6. maddesini ileri sürerek, ceza davasının süresinden şikâyet etmektedir. Başvuran, hakkında açılan ceza davasının, yaşının küçük olması sebebiyle, özel yetkili ağır ceza mahkemesi önünde görülmemesi gerektiği kanaatindedir. Başvuran, Sözleşme'nin 6 ve 7. maddelerini ileri sürerek, Cumhuriyet savcısının TCK'nın 314. maddesine dayandırılan iddianamesinin, cezaların yasallığı ilkesini ihlal ettiğini savunmaktadır. Başvuran son olarak, Kürt sorununa bağlı bir gösteriye katılımı -ki kendisine göre bu gösteriye istisnai olarak katılmıştır- sebebiyle suçlanması ve bir terör örgütüne üye olmaktan hakkında başlatılan ceza kovuşturmaları nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığını iddia etmektedir. Başvuran tüm bu unsurlar içerisinde Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği görüşündedir.

A. Sözleşme'nin 3 ve 8. Maddelerine ilişkin şikâyetler ile Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. Maddesine ilişkin şikâyet

47. Hükümet, başvuranın iddialarına itiraz etmektedir. Hükümet, Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin şikâyetle ilgili olarak, bu hükmün, iç hukuka uygun olarak kovuşturulan başvuranın durumunda uygulanmadığı kanaatindedir. Hükümet ardından, başvuranın Şırnak F Tipi Kapalı Cezaevinden Siirt Cezaevine sevk edildiğini, burada başvuranın, 5275 sayılı Kanun'un 23. maddesi gereğince sadece küçüklere ayrılan bir yerde yetişkinlerden ayrı tutulduğunu ve bütün tutukluluğu süresince, ailesi ile sıklıkla iletişim kurma imkânına sahip olduğunu belirtmektedir. Hükümet, başvuranın sınav tarihlerinden önce serbest bırakıldığını da eklemektedir.

48. Başvuran ise, yetişkinlere ayrılan bir cezaevinde tutuklu bulundurulmasının, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Başvuran, tutukluluk koşullarına ve ailesine tanınan ziyaret imkânlarına ilişkin olarak başka bir unsur sunmaksızın, daha açık olarak, Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesinde küçüklere özel bir cezaevi bulunmaması sebebiyle, küçüklerin, yetişkinler için tasarlanmış bir cezaevinin suçlu çocuklara ayrılan bir bölümünde tutulduğunu belirtmiştir.

49. Mahkeme, özgürlükten yoksun bırakıcı tedbirlerle ilgili olarak, 3. maddenin ileri sürülebilmesi için, verilen acı ve yapılan küçük düşürmenin her hâlükârda özgürlükten yoksun bırakmanın kaçınılmaz olarak içerdiği acı verme ve küçük düşürmenin ötesine geçmiş olması gerektiğinin yine altını çizmiştir. Devletin, her mahkûmun insan onuruna

saygı ile uyumlu koşullarda tutulduğundan, tedbirin icra şekillerinin, ilgiliyi, tutukluluğa bağlı acının kaçınılmaz seviyesini aşan yoğunlukta bir sıkıntıya veya sınava tabi tutmadığından ve tutukluluğun uygulama gereklilikleri bakımından, mahkûmun sağlığının ve esenliğinin uygun şekilde güvence altına alındığından emin olması gerekmektedir (*Mur-sic/Hırvatistan* [BD],

No. 7334/13, § 99, AİHM 2016). Mahkeme, çocuklara ilişkin olarak, yürürlükteki uluslararası hukuk mevzuatına göre (ilgili uluslararası kurullarla ilgili olarak bk. *Kuparadze/Gürcistan*, No. 30743/09, § 42-44), küçüklerin tutukluluk kuralları, tutukluluk halinde yetişkinlerle küçükler arasında bir ayırım yapılmasını gerektirdiğinin, tutukluluğun tedbir amaçlı veya mahkûmiyet kararından sonra olması gerektiğinin ve bu küçükler, durumları, yaşları ve ihtiyaçları sebebiyle, özel bir dikkatle davranılması zorunluluğunun altını çizmektedir. Makamların bu konu hakkındaki tutumu, her zaman çocuğun üstün menfaatini gözetmelidir (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)*, *Blokhin/Rusya* [BD], No. 47152/06, § 138, AİHM 2016). Mahkeme ayrıca, daha önce anılan, küçüklerin tutuklanmasıyla ilgili *Güveç* ve *Blokhin* davalarında, özellikle yaşlarına ve özel ihtiyaçlarına açıkça uygun olmayan tutukluluk koşulları sebebiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmış olduğunu hatırlatmaktadır (daha önce anılan *Güveç*, §§ 91-99 ve daha önce anılan *Blokhin*, §§ 141-149).

50. Mahkeme, somut olayda 13 yaşındaki bir erkek çocuğunun, iki aydan uzun süre boyunca yetişkinlerin de tutuklu bulunduğu bir cezaevinde tutulduğunu kaygıyla tespit etmekte (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)* bk. *M.M./Birleşik Krallık* (k.k.), No. 58374/00, 8 Ocak 2002) ve tutukluluğun, bu kadar küçük bir çocuk üzerinde zarar verici etkilerinin olabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, küçük bir kişinin koruma tedbiri olarak bu türden bir cezaevinde tutuklu bulundurulmasının, tek başına insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele teşkil etmediğini hatırlatmaktadır (bk. *D.G./İrlanda*, No. 39474/98, § 97, AİHM 2002 III, daha önce anılan *Kuparadze*, § 60; aynı anlamda, mahkûmiyet sonrası tutukluluk konusunda bk. *V./Birleşik Krallık* [BD], No. 24888/94, § 98, AİHM 1999-IX). Ayrıca Mahkeme, Hükümetin başvuranın söz konusu cezaevlerindeki mevcut tutukluluk koşullarını detaylı olarak betimlememesine rağmen, başvuranın açık olarak, yetişkinler için tasarlanmış olan cezaevi bünyesinde suçlu çocuklara ayrılan bir bölümde diğer küçük tutuklularla birlikte tutulduğundan şikâyet ettiğinin gözlemlenmesi gerektiği kanaatindedir (bk. yuka-

rıdaki 82. paragraf). Bu bağlamda, başvuranın iddiasına aykırı olarak, yetişkinler için tasarlanmış olan cezaevi bünyesinde suçlu çocuklara ayrılan bir bölümde tutulması, tek başına Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından bir sorun doğurmaz (aynı anlamda bk. daha önce anılan *Kuparadze*, § 60). Diğer taraftan, dosyada bulunan hiçbir unsur, başvuranın yetişkinlerle birlikte tutuklu bulundurulduğunun ve dolayısıyla cezaevinin ortak alanlarında onlarla iletişim halinde olduğunun tespit edilmesine imkân vermemektedir. Bu bağlamda mevcut dava, on beş yaşında olan bir başvuranın, iç hukuk ve Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri ihlal edilerek, beş yıldan uzun süre boyunca tutuklu yetişkinlerle birlikte ve kendisini intihar etmeyi denemeye götürece kadar akıl sağlığını bozan koşullarda tutulduğu *Güveç* (daha önce anılan) davasından ayrılmaktadır (daha önce anılan *Güveç*, § 91-94).

51. Mahkeme, sahip olduğu unsurlar ve başvuranın başvurusunda ileri sürdüğü iddiaları bakımından, ilgilinin, tutukluluğunun koşullarının 3. madde tarafından öngörülen ağırlık eşliğini aştığına dair iddiasını, somut ve ikna edici bir şekilde desteklemediği sonucuna varmaktadır.

52. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesine ve Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. Maddesine ilişkin şikâyetlerle ilgili olarak, bu şikâyetlerin genel anlamda sunulduğunu ve hiçbir şekilde desteklenmiş görünmediğini gözlemlemektedir.

53. Yukarıda belirtilenler ışığında, sonuç olarak, başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca reddedilmesi gerekmektedir.

B. Sözleşme'nin 6, 7 ve 14. maddelerine ilişkin şikâyetler

54. Mahkeme, ceza davasının süresiyle ilgili şikâyete ilişkin olarak, dikkate alınması gereken dönemin, 18 Ocak 2010 tarihinde başladığını ve Cizre Asliye Ceza Mahkemesi'nin 5 Nisan 2012 tarihinde kesinleşen 8 Mart 2012 tarihli kararıyla sona erdiğini kaydetmektedir. Dolayısıyla tek bir mahkeme önünde görülen yargılama yaklaşık olarak iki yıl, iki ay sürmüştür. İlk derece mahkemesi önünde görülen davanın süresinin, mevzuat değişiklikleri neticesinde ulusal mahkemeler tarafından verilen yetkisizlik kararları sebebiyle uzadığı doğrudur. Bununla birlikte, toplam süre ile yasal değişikliklerin başvuran lehine olduğu ve bu değişikliklerin yargılamanın süresinde büyük ölçüde bir uzamaya sebep olmadığı dikkate alındığında, bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3 ve 4. fıkraları uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilmesi uygundur.

55.Sözleşme'nin 6, 7 ve 14. maddelerine ilişkin şikâyetlerin geri kalanıyla ilgili olarak, Mahkeme, kendisine sunulan unsurların tamamı ve bu şikâyetlerin dayanaksız niteliği bakımından, söz konusu maddelerin ihlal edildiğine dair bir görünüm bulunmadığını tespit etmektedir. Dolayısıyla bu şikâyetler, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3 ve 4. fıkraları uyarınca açıkça dayanaktan yoksundur.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

56.Sözleşme'nin 41. maddesi gereğince,

“Şayet Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmecî Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

57.Başvuran, maruz kaldığı manevi zarar için 40.000 avro (EUR) talep etmektedir.

58.Hükümet, bu miktara itiraz etmektedir.

59.Mahkeme, başvurana manevi tazminat olarak 7.500 avro ödemesinin uygun olduğu kanaatindedir.

B. Masraf ve Giderler

60.Başvuran ayrıca, ulusal mahkemeler önünde görülen yargılamada yapmış olduğu masraf ve giderler için 5.500 EUR ve Mahkeme önünde yapmış olduğu masraf ve giderler için 6.500 EUR talep etmektedir. Başvuran bu bağlamda, belge olarak, avukatının çalışma saatlerini gösteren bir makbuz ile Diyarbakır Barosu'nun avukatlık hizmeti ücretlerini gösteren tabloyu Mahkeme'ye sunmaktadır.

61.Hükümet bu miktarlara itiraz etmektedir.

62.Mahkeme içtihatlarına göre, bir başvuranın, sadece Mahkeme önünde yaptığı masraf ve giderlerinin doğruluğunu, gerekliliğini ve oranlarının makul niteliğini ispatlayabilmesi halinde, bu miktarlar kendisine geri ödenebilmektedir. Mahkeme, kendisine sunulan unsurları, yukarıda sıralanan kriterleri ve davanın karmaşıklığını dikkate alarak,

tüm masrafları karşılığında başvurana 3.000 EUR ödenmesinin makul olduğu kanaatindedir.

C. Gecikme Faizi

63.Mahkeme, gecikme faizi olarak, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvuranın tutukluluğunun yasallığına ve barışçıl olarak gösteri yapma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin şikâyetlerin kabul edilebilir olduğuna ve Sözleşme'nin 3, 5 § 4, 6, 7, 8 ve 14. maddeleri ile Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 2. maddesine ilişkin şikâyetlerin kabul edilemez olduğuna,

2. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine,

3. Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasına ilişkin şikâyetin kabul edilebilirliğinin ve esasının incelenmesine gerek olmadığına,

4. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine,

5. a) Sözleşme'nin 44. maddesinin 2. fıkrasına uygun olarak, davalı Devletin başvurana, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden Türk lirasına çevrilmek üzere aşağıdaki miktarları ödemekle yükümlü olduğuna:

i. her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 7.500 EUR (yedi bin beş yüz avro),

ii. başvuran tarafından ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, masraf ve giderler için 3.000 EUR (üç bin avro) ödenmesine,

b) Söz konusu miktarlara, belirtilen sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapıldığı tarihe kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına,

6. Başvurunun geri kalan kısmıyla ilgili olarak, adil tazmin taleplerinin reddedilmesine

karar vermiştir.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İçtüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, 27 Şubat 2018 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith

Yazı İşleri Müdürü

Robert Spano

Başkan



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

FURKAN OMURTAG BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2014/18179)

Karar Tarihi: 25/10/2017

R.G. Tarih ve Sayı: 7/12/2017-30263

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Burhan ÜSTÜN
Üyeler : Serruh KALELİ
Hicabi DURSUN
Haşan Tahsin GÖKCAN
Rıdvan GÜLEÇ
Raportör Yrd. : Yusuf Enes KAYA
Başvurucu : Furkan OMURTAG
Vekili : Av. Sevil ARACI BEK

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, kendisine cinsel istismarda bulunan kişiyle aynı cezaevine konulması nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını korunması hakkının; tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak ve eş değer hâkimlikçe yapılması, tutukluluğun haksız ve orantısız olması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/11/2014 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 sunmuştur.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurunun yapıldığı tarihte çocuk olan başvurucu, başka bir suçtan tutuklu olarak Ceyhan M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda bulunmaktayken 17/2/2014 tarihinde başka bir şahsın kendisine cinsel istismarda bulunduğu bahisle şikâyetçi olmuştur. Bu olaydan sonra başvurucu 21/3/2014 tarihinde tahliye edilmiştir.

10. Ceyhan 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 10/3/2015 tarihli kararıyla başvurucunun şikâyetçi olduğu şahsın cinsel istismar suçundan 12 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu karar Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 8/10/2015 tarihli ilamıyla onanarak kesinleşmiştir.

11. Başvurucu, daha sonra Ceyhan Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/9/2014 tarihli kararı ile hırsızlığa teşebbüs suçundan tutuklanmıştır. Tutuklama kararının gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Suça sürüklenen çocuğun üzerine atılı suçu işlediği yönündeki kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların mevcut olması, suça sürüklenen çocuğun davranışları, suça sürüklenen çocuğun kaçacağı şüphesini uyandıran somut olguların mevcut olması ve CMK'nın 109. maddesindeki adli kontrol uygulanmasının da şu andaki mevcut delil durumu itibari ile yetersiz kalacağı kanaatine varılarak suça sürüklenen çocuğun CMK 100. vd. maddeleri uyarınca tutuklanmasına...”

12. Başvurucu 19/9/2014 ile 29/9/2014 tarihleri arasında Ceyhan M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna konulmuş; çocuk olması ve daha önce bulunmuş olduğu odada cinsel istismara uğramış olması nedenleriyle arkadaşları arasında rencide olacağı, psikolojisinin bozulacağı ve bu durumun kendisini etkileyeceği düşüncesiyle 29/9/2014 tarihinde Ankara Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna sevk edilmiştir.

13. Ankara Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda kaldığı süre içinde 29/9/2014 ile 23/10/2014 tarihleri arasında sadece B Blok 6 No.lu ünitelerde kaldığı, aynı Ceza İnfaz Kurumunda bulunan M.A.n-mise 6/10/2014 tarihinde Maltepe Çocuk ve Gençlik Kapalı Ceza İnfaz

Kurumuna naklinin gerçekleştirildiği, aynı Ceza İnfaz Kurumunda buldukları süre zarfında da ayrı ayrı bloklarda ve ünitelerde tutuldukları anlaşılmıştır.

14. Başvurucunun tutuklama kararma itirazı Ceyhan Sulh Ceza Hâkimliğinin 25/9/2014 tarihli ve Osmaniye Sulh Ceza Hâkimliğinin 13/10/2014 tarihli kararlarıyla reddedilmiştir.

15. Ceyhan Cumhuriyet Başsavcılığının 26/9/2014 tarihli iddianamesi ile başvurucu hakkında mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlal ve hırsızlığa teşebbüs suçlarını işlediği iddiasıyla kamu davası açılmıştır.

16. Ceyhan 5. Asliye Ceza Mahkemesi E.2014/756 sayılı dosyada 26/9/2014 tarihinde tensip zaptını düzenleyerek başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına karar vermiştir.

17. Başvurucunun bu karara yaptığı itiraz, Ceyhan Ağır Ceza Mahkemesinin 1/10/2014 tarihli kararı ile reddedilmiştir.

18. Ret kararı başvurucuya 16/10/2014 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 17/11/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

19. Başvurucu, Ceyhan Asliye Ceza Mahkemesinin 23/10/2014 tarihli kararı ile tahliye edilmiştir.

20. Ceyhan 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 28/4/2015 tarihli kararıyla, bina eklentileri içinde muhafaza olunan eşya hakkında hırsızlık suçundan 6.600 TL, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan 2.000 TL, mala zarar verme suçundan 1.320 TL adli para cezası ile başvurucunun cezalandırılmasına karar verilmiştir.

21. Mala zarar verme suçu yönünden verilen hüküm miktar itibarıyla kesinleşmiştir. Diğer suçlardan kurulan hükümlerin temyiz incelemesi devam etmektedir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

22. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tutuklama nedenleri" kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

"(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin

ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; (2)

...

7. Hırsızlık (madde 141,142),

..."

23. 3/7/2005 tarihliye 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun "Tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili bölümü şöyledir:

"Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi,

...

İfade eder."

24. 5395 sayılı Kanun'un "Adli kontrol" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

“(1) Suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma

evrelerinde adlî kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 109 uncu maddesinde sayılanlar ile aşağıdaki tedbirlerden bir ya da birkaçına karar verilebilir:

a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.

b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek.

c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak.

(2) Ancak bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınmayacağına anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir.”

25. 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.”

26. 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un “Adlî para cezasının infazı” kenar başlıklı 106. maddesinin(4) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Çocuklar hakkında hükmedilen adlî para cezasının ödenmesi hâlinde, bu ceza hapse çevrilemez.”

27. 16/5/2001 tarihliye 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu’nun “/nfaz hakimliğine şikâyet ve usulü ” kenar başlıklı 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları 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 onbeş gün, herhalde yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde şikâyet yoluyla infaz hakimliğine başvurulabilir.

Şikâyet, dilekçe ile doğrudan doğruya infaz hakimliğine yapılabileceği gibi; Cumhuriyet başsavcılığı veya ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürlüğü aracılığıyla da yapılabilir. İnfaz hakimliği dışında yapılan başvurular hemen ve en geç üç gün içinde infaz hakimliğine gönderilir. Sözlü yapılan şikâyet, tutanağa bağlanır ve bir sureti başvurana verilir.”

28. 4675 sayılı Kanun’un “İnfaz hâkimliğince şikâyet üzerine verilen kararlar” kenar başlıklı 6. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları şöyledir:

“İnfaz hâkiminin kararlarına karşı şikâyetçi veya ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, tebliğden itibaren bir hafta içinde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre acele itiraz yoluna gidilebilir.

İtiraz, infaz hakimliğinin kurulduğu yer ağır ceza mahkemesine yapılır. İnfaz hâkimi aynı zamanda bu mahkemenin üyesi olduğu takdirde itirazla ilgili karara katılamaz.”

B. Uluslararası Hukuk

29. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) çocukların korunmasına ilişkin uluslararası metinleri dikkate alarak çocukların tutuklanması tedbirinin son çare olarak düşünülmesi ve tutukluluk süresinin mümkün olduğunca kısa tutulması gerektiğini belirtmiştir (*Nart/Türkiye*, B. No: 20817/04, 6/5/2008, §§ 28-35; *Selçuk/Türkiye*, B. No: 21768/02, 10/1/2006, §§ 26-37; *Güveç/Türkiye*, B. No: 70337/01, 29/1/2009, §§ 106-110).

30. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesi şöyledir:

“Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır,”

31. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinin 1. fıkrası şöyledir:

“Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir.”

32. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 37. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

“Taraflar Devletler, aşağıdaki hususları sağlarlar:

b) Hiç bir çocuk yasa dışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.

c) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır.”

33. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 40. maddesinin ilgili bölümü şöyledir:

“7. Taraflar Devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlal ettiği kabul edilen her çocuğun; çocuğun yaşı ve yeniden topluma kazandırılmasının ve toplumda yapıcı rol üstlenmesinin arzu edilir olduğu hususları göz önünde bulundurularak, taşıdığı saygınlık ve değer duygusunu geliştirecek ve başkalarının da insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı duymasını pekiştirecek nitelikte muamele görme hakkını kabul ederler.

3. Taraflar Devletler, hakkında ceza yasasını ihlal ettiği ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlal ettiği kabul olunan çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulmasını teşvik edecek ve özellikle şu konularda çaba göstereceklerdir:

b) Uygun bulunduğu ve istenilir olduğu takdirde, insan hakları ve yasal güvencelere tam saygı gösterilmesi koşulu ile bu tür çocuklar için adli kovuşturma olmaksızın önlemlerin alınması.

4. Koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin uygulanmasında, çocuklara durumları ve suçları ile orantılı ve kendi esenliklerine olacak biçimde muamele edilmesi sağlanacaktır.”

34. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesinin 25/4/2007 tarihli ve 10 No.lu Genel Yorumu'nun ilgili kısımları şöyledir:

“23. Kanunla ihtilaf halindeki çocuklar, çocuğun toplumla yeniden bütünleşmesini ve toplumda yapıcı bir rol üstlenmesini destekleyecek şekillerde muamele görme hakkına sahiptir (ÇHS madde 40(1)). Bir çocuğun tutuklanması, gözaltına alınması veya hapsedilmesi ancak başvurulacak son çare olarak kullanılabilir (ÇHS madde 37 (b)). Bu nedenle, çocuk adaletine yönelik kapsamlı bir politikanın bir parçası olarak, çocukların esenliklerine uygun ve içinde buldukları şartlara ve işledikleri suça orantılı bir şekilde muamele görmesini sağlamak için geniş bir etkili tedbirler dizisi geliştirmek ve uygulamak gereklidir. Özellikle, koruma tedbiri, yönlendirme ve gözetim kararları, danışmanlık, şartlı salıverme, bakım için yerleştirme, eğitim ve meslek öğretme programları ve diğer kurumsal bakım seçenekleri gibi çeşitli düzenlemelerin mevcut olması gerekmektedir (ÇHS madde 40 (4)).

...

28. Yetkili bir makam tarafından (çoğu zaman savcılık) adli kovuşturma başlatıldığında, adil ve hakkaniyetli yargılanma ilkeleri uygulanmalıdır... Aynı zamanda, çocuk adalet sistemi, kanunla ihtilaf halindeki çocuklar için sosyal ve/veya eğitsel tedbirlerin kullanılmasına yönelik ve özgürlükten yoksun bırakma ve özellikle mahkeme öncesi gözaltı tedbirlerinin kullanımını sadece son çare olarak başvurulabilecek tedbirler olarak katı bir şekilde sınırlamaya yönelik yeterli olanak sağlamalıdır. Kovuşturmanın yerleştirme düzenlemeleri aşamasında, özgürlükten yoksun bırakma sadece son çare olarak başvurulacak bir tedbir olarak ve uygun olan en kısa süreler için kullanılmalıdır (ÇHS madde 37 (b)). Bu, rehberlik ve gözetim kararları, denetimli serbestlik, toplum izleme veya gündüz bildirim merkezleri ve erken tahliye olasılıkları gibi düzenlemelerin azami düzeyde ve etkili bir şekilde kullanılmasına olanak vermek için Ta-

raf Devletlerin iyi eğitilmiş denetimli serbestlik hizmetlerine sahip olması gerektiği anlamına gelmektedir.

...

71. Komite, bir suçta verilen tepkinin her zaman sadece suçun ciddiyeti ve koşulları ile değil, aynı zamanda çocuğun yaşı, çocuğun daha az kusurlu olması ilkesi, çocuğun içinde bulunduğu şartlar ve ihtiyaçları ile ve toplumun çeşitli ve özellikle uzun vadeli ihtiyaçları ile orantılı olması gerektiğini vurgulamak ister. Sadece cezalandırıcı olan bir yaklaşım, ÇHS madde (40)Vde çocuk adaleti için sıralanan öncü ilkelere uygun değildir..."

35. 30/7/2012 tarihli ve CRC/C/TUR/CO/2-3 sayılı MBM Çocuk Hakları Komitesi Sonuç Gözlemleri: Türkiye" isimli belgenin konuyla ilgili kısımları şöyledir:

"67. Komite, Taraf Devlete, çocuk adaleti sistemini; Çocuk Haklarına Dair Sözleşmedin özellikle 37, 39 ve 40. maddelerinin yanı sıra, Çocuk Ceza Adaleti Yönetimi için Asgari Standart Kurallar (Pekin Kuralları), Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Yönlendirici İlkeler (Riyad İlkeleri), Özgürlüklerinden Yoksun Bırakılmış Çocukların Korunmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Kuralları (Havana Kuralları), Ceza Adaleti Sisteminde Çocuklara Yönelik Girişime Dair Viyana Yönlendirici İlkeleri ve Komite'nin çocuk adaleti sisteminde çocuğun halklarına ilişkin 10 No.lu Genel Yorumu (2007) gibi bu alanla ilgili diğer uluslararası standartlara tam olarak uygun hale getirmesini tavsiye eder. Komite bilhassa, Taraf Devleti:

a) Çocuk adalet sisteminde çalışan meslek elemanlarının sayısını artırmaya;

...

c) Tutuklu bulundurulmuş çocukların sayısının azaltılması amacıyla, çocukların söz konusu olduğu soruşturmaları ve dava sürecini hızlandırmaya;

d) Çocuklar hakkındaki tutuklama işlemine son çare olarak başvurulmasını ve çocuklar için alternatif tedbirler uygulanmasını sağlamak için acil tedbirler almaya; davet etmektedir."

36. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin 27/6/2014 tarihinde kabul ettiği 2010 (2014) sayılı ve "Çocuk Dostu Adalet: Retorikten Gerçeğe" başlıklı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"6. Bilhassa, Meclis, üye Devletleri:

6.1. Bazı üye Devletlerde gerçekleştirilen pozitif uygulamaların ardından, kanunla ihtilaf halinde olan çocuklara yönelik olarak bu konuda özel olarak hazırlanmış kanunlar, usuller ve diğerlerinin yanı sıra bir Çocuk Ombudsmanı kurumu gibi kuruluşlar aracılığıyla özel bir çocuk adaleti sistemi kurmaya;

6.2. cezai ehliyet yaşını en az 14 olarak tayin etmeye ve daha genç suçlular hakkındaki resmi kovuşturmalara bir dizi uygun alternatif geliştirmeye;

6.3. ağır suçlar söz konusu olduğunda dahi, asgari cezai ehliyet yaşına istisnai getirilmesini yasaklamaya;

6.4. çocuklar hakkındaki tutuklama işleminin en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulmasını sağlamaya ve bunları özellikle aşağıda belirtilen yollar aracılığıyla yapmaya:

6.4.1. tercihen asgari cezai ehliyet yaşından büyük olacak şekilde, çocuğun daha küçük olması halinde özgürlüğünden yoksun bırakılmasına izin verilmeyen bir yaş sınırı tayin edilmesi;

6.4.2. yargılama öncesi tutukluluğa ve dava sonrası hapis cezası hükümlerine karşı, aralarında eğitimsel tedbirlerin, toplumsal yaptırımların ve tedavi programlarının da yer aldığı, özgürlüğünden yoksun bırakma tedbiri içermeyen geniş bir dizi alternatif tedbir ve yaptırımlar geliştirilmesi;

6.4.3. çocuklara uygulanan her türlü müebbet hapis cezasının kaldırılması;

6.4.4. çocuk hakkında hükmedilecek cezalar için makul bir üst sınır belirlenmesi;

6.4.5. çocuğa uygulanabilecek özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirlerin ve/veya yaptırımların düzenli olarak denetime tabi tutulması;

6.5. son çare olarak başvuru özgürlükten yoksun bırakma tedbirinin, özellikle uygun eğitim ve tedavi programları tesis edil-

mesi yoluyla, çocuğun rehabilitasyonunu ve topluma kazandırılmasını amaçlamasını sağlamaya;

6.6. adli yargılama yöntemine başvurulmaksızın çocuk suçlulara uygulanacak, insan hakları standartlarına saygılı ve diğerlerinin yanı sıra onarıcı adalet ilkelerine dayalı geniş bir dizi yönlendirici program geliştirmeye;

6.7. yalnızca çocuklar tarafından ifa edildiklerinde suç olarak nitelendirilen eylemler olan statü suçlarını suç olmaktan çıkarmaya;

6.8. çocuk haklarının bu bağlamda etkili bir şekilde uygulanmasını güvence altına almak amacıyla, çocuk adaleti yönetimine dâhil olan tüm aktörlerin bu konuda uygun eğitimi almalarını sağlamaya;

6.9. polis, sosyal hizmet uzmanı, psikiyatri hemşireleri ve gençlik çalışanlarının da aralarında yer aldığı çok yönlü bir ekibin çocuk suçlularca işlenen suçların soruşturmalarını kolaylaştırmasına ve bu çocuklara ve ailelerine destek ve rehabilitasyon hizmetleri sağlamasına olanak tanımak gayesiyle, diğerlerinin yanı sıra, hızlı bir müdahale sistemi kurmak suretiyle çocuk suçluların tutuklanmasının önüne geçmeye;

...

davet eder. "

37. Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kurallarının (Pekin Kuralları) ilgili kısmı şöyledir:

"13. Tutuklu Yargılama

13.1 Yargılamanın tutuklu olarak yapılmasına en son çare olarak başvurulmalı ve süre mümkün olduğu kadar kısa tutulmalıdır.

13.2 Tutukluluk yerine mümkün olduğu kadar yakın gözetim, yoğun bakım veya bir aile yanına yahut eğitim kurumuna yerleştirme gibi alternatif önlemler getirilmelidir.

13.3 Tutuklu olarak yargılanmakta olan çocuklara Birleşmiş Milletlerce kabul edilen hükümlülerin Islahı İçin Asgari Standart Kuralların tanıdığı tüm haklar tanınmalıdır.

13.4 Tutuklu olarak yargılanmakta olan çocuklar yetişkin olan suçlulardan ayrı bir kurumda veya aynı kurum içinde ayrı bir bölümde tutulmalıdır.

13.5 Tutukluluk sırasında bütün çocuklar, yaşlarının, cinsiyetlerinin ve kişiliklerinin gerektirdiği bütün sosyal, kültürel, eğitim, psikolojik ve tıbbi yardım ve bakımlardan yararlandırılmalıdır.

...

17. Yargılamada ve Hükümde Uyulması Gereken İlkeler

17.1 Yargılama yapan makama aşağıda yazılı ilkeler kılavuzluk etmelidir:

(a) Verilecek ceza sadece suçun ağırlığı ve işleniş tarzıyla değil, çocuğun içinde bulunduğu koşullar ve ihtiyaçları ve hem de toplumun gereksinimleri ile de oranlı olmalıdır.

(b) Çocuğun kişisel özgürlüğüne getirilecek kısıtlamalar çok dikkatli bir incelemeden sonra konulmalı ve bu kısıtlamaların mümkün olduğu kadar az olmasına özen gösterilmelidir.

(c) Özgürlükten yoksun bırakma, suçun başka bir kişiye yönelik ciddi bir saldırı niteliğinde bulunması veya çocuğun ciddi suç işlemeyi itiyat haline getirmiş olması halleri dışında verilmemelidir.

(d) Çocuğun ıslah edilmesi ilkesi çocuklara ilişkin davalarda yol gösterici ilke olmalıdır.

17.2 Çocuklar hakkında idam cezası verilemez.

17.3 Çocuklar hiçbir halde fiziksel bir cezaya maruz bırakılmamalıdır.

17.4 Yetkili makamın her zaman için yargılamaya ara verme yetkisi olmalıdır.”

38. Dışişleri bakan vekillerinin 24/9/2003 tarihli 853. toplantısında Avrupa Konseyi üye ülkelerine yönelik olarak kabul edilen, çocuk suçluluğuna ve çocuk yargılamasına dair yeni yolları konu alan Bakanlar Komitesi tavsiye kararının [Rec(2003)20] konuyla ilgili kısmı şöyledir:

“16. Çocuk şüpheliler tutukluluğu başvurulacak son çare olmalı, bu süre yargılamanın başlaması öncesinde altı aydan daha

uzun olmamalıdır. Bu süre ancak soruşturmaya dahil olmamış bir yargıcın davaya ilişkin her türlü gecikmenin istisnai koşullardan kaynaklandığı hususunda tam bir kanaate sahip olması koşuluyla uzatılabilir.

17. İmkan varsa çocuk şüpheliler için tutukluluğunun alternatif yollar izlenmeli} akrabalarının, koruyucu ailelerin yanına ya da destek alabilecekleri başka konaklama imkanları sağlanmalıdır. Tutukluluk hiçbir zaman bir ceza veya gözdağı metodu veya çocuk korumanın veya zihinsel sağlık tedbirlerinin yedeği olarak kullanılmamalıdır.”

39. Bakan Delegation Komitesinin 17/9/1987 tarihli 410. oturumunda Bakanlar Komitesince kabul edilmiş olan, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin çocuk suçluluğuna karşı toplumsal tepkiler hakkında üye devletlere R (87) 20 sayılı tavsiye kararının ilgili bölümleri şöyledir:

“Üye Devletlerin hükümlerine, gerekiyorsa, mevzuat ve uygulamalarını aşağıdaki amaçlarla yeniden gözden geçirmelerini tavsiye eder:

...

7. Daha büyük yaşta çocuklarca işlenen çok ciddi suçlara ilişkin istisnai durumlar dışında, küçüklerin tutuklu yargılanmasından kaçınılması; bu gibi durumlarda ise, tutukluluk süresinin sınırlandırılması ve küçüklerin yetişkinlerden ayrı yerde tutulması; kural olarak tutuklama kararının, alternatif teklifler konusunda bir sosyal yardım bölümüne danışıldıktan sonra verilmesinin sağlanması...”

40. Yaptırım veya tedbirlere maruz kalan çocuk suçlular için Avrupa kurallarına dair Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin CM/Rec(2008) II sayılı ve 5/11/2008 tarihli tavsiye kararının ilgili bölümleri şöyledir:

“A. Temel ilkeler

...

Bir yaptırım ya da tedbir kararının alınması ya da uygulanmasında çocuğun yüksek yararı gözetilmeli, bunun sınırları işlenen suçun ağırlığı ile belirlenmeli (orantısallık ilkesi), ayrıca gerektiğinde psikolojik, psikiyatrik veya sosyal araştırma raporlarıyla belirlenmek

üzere çocuğun yaşı, fiziksel ve zihinsel iyiliği, gelişimi, kapasitesi ve özel koşulları (kişileştirme ilkesi) dikkate alınmalıdır.

...

10. Bir çocuğun özgürlüğünden yoksun bırakılması tedbiri başvurulabilecek en sor yoldur ve uygulanabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulur. Çocukların yargılama öncesi tutuklu bulundurulmalarının önüne geçilmesi için özel çaba sarf edilmelidir..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

41. Mahkemenin 25/10/2017 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Maddi ve Manevi Varlığın Korunması Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

42. Başvurucu; daha önce kendisine cinsel istismarda bulunan kişi ile tutuklandıktan sonra aynı Ceza İnfaz Kurumuna konulduğunu, bu nedenle psikolojisinin bozulduğunu ileri sürmüştür.

43. Bakanlık görüşünde; başvurucunun kendisine cinsel istismarda bulunan kişi ile bir hafta süreyle aynı kurumda kaldığı ancak bu süre içinde hiçbir şekilde aynı ortamda bulunmadıkları, Cezaevi idaresinin başvurucunun özel durumunu gözetip bu kapsamda gerekli nakil işlemlerini yaptığı belirtilmiştir.

44. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında yaşının küçüklüğü ve yaşadığı kötü olaylardan dolayı oluşan özel durumunun dikkate alınmadığını, kendisini istismar eden kişiyle aynı cezaevinde kaldığını düşünmesinin dahi yeterince kötü bir durum olduğunu ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

45. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Başvurucunun bireysel başvuru konusu şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve delilleri zamanında bu makamlara sunması, bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir (*İsmail Buğra*

İşlek, B. No: 2013/1177, 26/3/2013, § 17).

46. Başvurucu, şikâyet ettiği hususa ilişkin olarak kaldığı Kurum Müdürlüğüne yazılı ya da sözlü olarak herhangi bir şikâyet başvurusunda bulunmamış; olay Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüklerince tespit edilerek bu konuda gerekli önlemler alınmıştır.

47. Ceza infaz kuramlarında barındırılan hükümlü ve tutukluların kuram uygulamalarına karşı öncelikle infaz hâkimliklerine şikâyet, infaz hâkimliği kararlarına karşı da ağır ceza mahkemelerine itiraz edebildikleri anlaşılmaktadır (bkz. §§ 27, 28). Ancak başvurusunun bu yollara başvurmadığı gözetildiğinde hukuk sisteminde mevcut yargısal yollar tüketilmeksizin bireysel başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

48. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Tutukluluğa İtiraz İncelemesinin Duruşmasız Olarak Yapıldığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

49. Başvurucu 1/10/2014 tarihli tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşma açılmadan evrak üzerinden yapıldığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

50. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarına ve bu kapsamda sunulan görüşlerine atfen başvuru hakkında görüş sunulmayacağı bildirilmiştir.

b. Değerlendirme

51. 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.”

52. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, yakalama veya tutuklama yoluyla özgürlüğünden yoksun bırakılan kişiye özgürlüğünden

yoksun bırakılmasının yasaya uygunluğunun özünü oluşturan usule ve esasa ilişkin koşullar ile ilgili olarak yetkili bir yargı merciine başvurma hakkı tanımaktadır. Hürriyeti kısıtlanan kişinin şikâyetleri ile ilgili olarak yetkili yargı merciince yapılacak değerlendirmenin adli nitelik taşıması ve özgürlükten mahrum bırakılan kişilerin itirazları bakımından onlara uygun olan teminatları sağlaması gerekir. Ayrıca bu fıkra, tutukluluğun yasaya aykırı olup olmadığının hâkim önünde düzenlenen duruşmalarda etkili olarak incelenmesini talep etme ve tutukluluk hâlinin gerekli olup olmadığının yetkililer tarafından hızlı bir şekilde tespit edilmesini isteme hakkını da teminat altına almaktadır (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, B. No: 2012/1158, 21/11/2013, §§ 64-66).

53. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası uyarınca tutukluluğun devamına ilişkin olarak mahkemelerce verilen kararlara yapılan her itirazda başvuruçunun dinlenmesi gerekli olmamakla beraber tutuklu kişinin makul aralıklarla dinlenmeyi talep etme hakkı vardır. Tutukluluğunun gözden geçirilmesi esnasında yapılan incelemede "çelişmeli yargı" ve "silahların eşitliği" ilkelerine riayet edilmesi gerekir (*Aslan ve Hebat Aslan*, § 68).

54. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında öngörülen kural dikkate alındığında hürriyeti kısıtlanan kişinin durumu hakkında kısa sürede karar verilmesi dâhil olmak üzere tutukluluk kararma karşı yapılan her itirazda duruşma yapılması ceza yargılaması sistemini işlemez hâle getirecektir. Bu nedenle Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan yargılama usulüne ilişkin yükümlülükler, duruşma yapmayı gerektirecek özel bir durum olmadığı sürece tutukluluğa karşı yapılacak her itiraz için duruşma yapılmasını gerektirmez (*Firas Aslan ve Hebat Aslan*, § 73).

55. Somut olayda başvuruçucu, Ceyhan Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/9/2014 tarihli kararıyla tutuklanmıştır. Tutuklama kararı verildiği esnada başvuruçucu ve müdafii de hazır bulunmuştur. 26/9/2014 tarihinde başvuruçunun tutukluluk hâlinin devamına karar verilmiştir. Bu karara yapılan itiraz, Ceyhan Ağır Ceza Mahkemesinin 1/10/2014 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Bu nedenle Ceyhan Sulh Ceza Hâkimliğince 19/9/2014 tarihinde yapılan incelemeden on iki gün gibi makul bir süre sonra 1/10/2014 tarihinde Ceyhan Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde yapılan itiraz incelemesinde duruşma yapılması bir zorunluluk olarak kabul edilemez. Başvuruçunun ve müdafinin sözlü olarak dinlenmesinden sonra tutukluluğun devamına karar verildiği tarihten on iki gün

sonra yapılan itiraz incelemesinin duruşmasız olmasının Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasına bir aykırılık oluşturmayacağı açıktır.

56. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Tutukluluğa İtiraz İncelemesinin Başka bir Sulh Ceza Hâkimliğince Yapıldığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun iddiaları ve Bakanlık Görüşü

57. Başvurucu, tutukluluğuna yaptığı itirazın tutuklama kararı veren hâkimlikle eş değer konumda olan bir hâkimlikçe yapıldığını belirterek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 13. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

58. Bakanlık görüşünde; Osmaniye Sulh Ceza Hâkimliğince yapılan incelemenin etkisiz olduğunun söylenemeyeceği, bu Mahkemenin itiraz edilen kararı denetleyerek işin esası hakkında karar vermeye yetkisinin olduğu ileri sürülmüştür.

59. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında bu hususa ilişkin bir açıklamada bulunmamıştır.

b. Değerlendirme

60. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, Anayasa'nın 40. maddesine (Sözleşme'nin 13. maddesi) göre özel hüküm (*specialis*) niteliğinde olduğundan başvurunun bu şikâyetinin de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı çerçevesinde Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında incelenmesi gerekir.

61. Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan kişiye tutuklanmasının yasallığı hakkında süratle karar verebilecek ve tutulması kanuni değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır. Anılan Anayasa ve Sözleşme hükümleri, esas olarak tutukluluğun yasallığa ilişkin itiraz başvurusu üzerine bir mahkeme nezdinde yürütülmekte olan davalardaki tahliye talepleri veya tutukluluğun uzatılması kararlarının incelenmesi açısından bir güvence oluşturmaktadır (*FirasAslan ve Hebat Aslan*, § 30).

62. 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 48. maddesine göre kurulan sulh ceza hâkimliklerinin kararlarma 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.

63. Anayasa Mahkemesi; 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).

64. Ceza yargılama usulündeki kanun yolunda temel ilke, cezai nitelikteki kararların ilk kararı veren mahkemeden bağımsız ve ayrı bir merci tarafından etkili bir şekilde denetlenmesi olup bu mercinin yüksek görevli veya üst düzeyde bir merci olması zorunlu değildir. 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 yetkileri bulunmaktadır. Dolayısıyla öngörülen kanun yolunun etkili olduğu anlaşılmaktadır.

65. Açıklanan nedenlerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

66. Başvurucu; tutuklanmasının hukuka aykırı ve orantısız olduğunu, cinsel istismara uğraması nedeniyle psikolojisinin ciddi şekilde bozulduğunu, çocuk yaşta olmasına rağmen özel durumunun hiçbir şe-

kilde gözetilmediğini, yargılandığı davadaki suçlamanın tutuklanmasını gerektirir nitelikte olmadığını, tutukluluğunun devamına yaptığı itirazların sonuçsuz kaldığını, hukuki durumunun tutuklanmasını gerektirmeyecek nitelikte olmasına rağmen tahliyesinin sağlanmadığını, haksız yere tutuklu kaldığını belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

67. Bakanlık görüşünde; başvurucunun tutuklanmasına yönelik gerekçelerin ilgili ve yeterli olduğu, işlediği iddia edilen suç itibarıyla tutuklanmasında yasal bir engel olmadığı, suç işlediği yönünde kuvvetli şüphenin olduğu belirtilmiştir.

68. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında kendisinin kaçma ve delilleri karartma şüphesinin olmadığını, çocuk olduğu hususunun ve özel durumunun dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

i. Kabul Edilebilirlik Yönünden

69. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedenin de bulunmadığı anlaşılan tutukluluğun hukuki olmadığına ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Esas Yönünden

(1) Genel İlkeler

70. 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 (*Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

71. 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 müdahalenin somut başvuruya ilişkin olarak Anayasa'nın 13.

maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir {*Halas Aslan*, B. No: 2014/4994, 16/2/2017, §§ 53, 54}.

72. 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}.

73. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin ancak kaçmalarını, delilleri yok etmelerini veya değiştirmelerini önlemek maksadıyla ya da bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hâllerde hâkim kararıyla tutuklanabilecekleri belirtilmiştir {*Halas Aslan*, § 57}.

74. 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}.

75. Ayrıca Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında tutuklama kararının "kaçma" ya da "delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini" önlemek amacıyla verilebileceği belirtilmiştir {*Halas Aslan*, § 58}.

76. 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}.

77. Ölçülülük ilkesi; "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik, öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını

yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını; orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

78. 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 (*Aslan*, § 72).

79. 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).

80. 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.

81. 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 Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 79). 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).

82. Son olarak çocuklar hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığı durumlarda bunların yanı sıra yukarıda bahsedilen uluslararası sözleşmeler ve belgeler ışığında (bkz. §§ 30-40) tutuklamanın çocuklar

bakımından en son başvurulacak yol olduğu, eğer tutukluluk bir zorunluluksa bunun mümkün olan en kısa sürede sonlandırılması gerektiği dikkate alınmalıdır. Ancak bu durum, çocuklar hakkında hiçbir şekilde tutuklama tedbirinin uygulanamayacağı şeklinde anlaşılmamalıdır. Bakanlar Komitesinin Avrupa Konseyine üye devletlere yönelik tavsiye kararında da belirtildiği üzere (bkz. § 39) kısmen daha büyük yaştaki çocuklar tarafından işlenmiş olan çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda tutuklama tedbirinin uygulanması gerekebilir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

83. Başvurucu, hırsızlığa teşebbüs suçunu işlediği iddiasıyla 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Bu itibarla başvurunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

84. Başvurucunun tutuklanmasına konu olayda soruşturma mercilerinin tespitine göre başvuru; olay tarihinde hırsızlık yapmak amacıyla üç katlı binanın bahçesine girmiş; evin bahçesinde bulunan tek odalı malzeme odasının kilidini adli emanete alman su borusu anahtarı ile kırmış ve bu esnada görülmesi üzerine kaçarken yakalanmıştır. Dolayısıyla olayda kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu açıktır.

85. Başvurucunun kaçarken yakalandığı da dikkate alındığında başvurunun tutuklanmasına karar veren Hâkimlikçe tutuklama nedeni olarak dayarılan kaçma şüphesine (bkz. § 11) ilişkin olgusal bir temelin bulunduğu anlaşılmaktadır.

86. Öte yandan başvuru hakkındaki tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda başvurunun suç tarihinde çocuk olduğunun ayrıca gözönüne alınması gerekir.

87. Somut olayda tutuklamaya karar verilirken tutuklama kararında başvurunun çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla başvurunun tutuklanmasına karar verilirken uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan ilkelere riayet edildiği, bu bağlamda diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının yetersizliğinden bahsedilirken başvurunun yaşının dikkate alındığı söylenemeyecektir.

88. Öte yandan çocuklar hakkındaki tutuklamanın ancak çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda mümkün olduğu dikkate alındığında başvuruçunun tutuklanmasına karar verilirken tutuklamaya konu hırsızlığa teşebbüs suçunun somut olayın koşullarında ne denli ciddi bir suç olduğu ortaya konulamamıştır. Ayrıca başvuruçuya isnat edilen suçun cezası itibarıyla da ağır bir suç olduğu söylenemez. Nitekim yapılan yargılama sonucunda da başvuruçun üzerine atılı suçlardan adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. 5275 sayılı Kanun'un 106. maddesinde yer alan, çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde bu cezanın hapse çevrilemeyeceği şeklindeki hüküm (bkz. § 26) de dikkate alındığında somut olayda suçun önemi ve uygulanacak olan yaptırımın ağırlığı açısından tutuklama kararı verilmesinin ölçülü olduğu kabul edilemez.

89. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

90. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir..."

91. Başvuruçucu 500.000 TL maddi, 500.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

92. Somut olayda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

93. İhlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçuya net 18.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

94. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvuruçunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvuruçunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

95. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Kişinin maddi ve manevi varlığının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız olarak yapıldığına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Tutukluluğa itiraz incelemesinin eş değer bir hâkimlikçe yapıldığına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 18.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 206,10 TL harç ve 1.800 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.006,10 TL yargılama giderinin BAŞ VURUCUYA 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 Ceyhan 5. Asliye Ceza Mahkemesine (E.2014/756, K.2015/530) GÖNDERİLMESİNE,

Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 25/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Serruh KALELİ	Hicabi DURSUN
Üye	Üye	
Hasan Tahsin GÖKCAN	Rıdvan GÜLEÇ	



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SEMRA OMAK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/19167)

Karar Tarihi: 17/7/2019

R.G. Tarih ve Sayı: 10/9/2019-30884

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Engin YILDIRIM

Üyeler : Celal Mümtaz AKINCI

Muammer TOPAL

M. Emin KUZ

Yıldız SEFERİNOĞLU

Raportör Yrd. : Yusuf Enes KAYA

Başvurucu : Semra OMAK

Vekili : Av. Berrak Pınar ALİOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/12/2015 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. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

6. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucunun oğlu E.N. (10/9/2000 doğumlu, 15 yaşında) mala zarar verme, hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlal etme suçlarını işlediği iddiasıyla 8/10/2015 tarihinde göz altına alınmıştır.

9. E.N. 9/10/2015 tarihli Savcılık ifadesinde “Ö.B. ve T.G. ile birlikte yaklaşık 10 gün önce geceleyin saat 01.30 sıralarında ...iş merkezinde bulunan bir çay ocağının yanına gezdiğimiz araç ile birlikte gittik. Çay ocağının yan tarafına aracı park ettik. Kapıyı açmaya çalıştık, önce açamadık. Kapının üstünden girmeyi denedik ancak yine boyumuz yetmedi, kapıya tekme ile vurarak kapıyı açtık. Ö. ile birlikte çay ocağının içerisine girdik. İçerisinde bozuk para olan iki tane kumbarayı aldık. Başkaca bir şey almadan dışarıya çıktık. T. ise dışarıda arabanın içerisinded bizleri bekliyordu. O gün benim üzerimde arkasında 3 numara yazan Trabzonspor forması vardı. Ö.nün üzerinde hatırladığım kadarıyla gri renkli üzerinde mavi yıldızlar olan ve arkasında 23 numara yazan tişört bulunuyordu.” şeklinde beyanda bulunmuştur.

10. Savcılık 9/10/2015 tarihinde, atılı suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların ve tutuklama nedeninin bulunduğunu belirtilerek E.N.yi tutuklanması talebiyle Trabzon 1. Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiştir.

11. E.N. 9/10/2015 tarihinde yapılan sorgusunda “Bu konuda daha önce ifade vermiştim. O ifademi aynen tekrar ederim. Olay tarihinde arkadaşım Ö.B. ve T.G. ile birlikte gece saat 12.00-1.00 gibi ... iş merkezinde bulunan çay ocağına girelim dedik. Çay ocağının kapısı kapalıydı. Birlikte girmeye karar verdik. Tekme atarak kapıyı açtık. Daha sonra kamerada da görüleceği üzere Ö. ile birlikte içeriye girdik. T. ise siz girin ben gözetmen olarak kalayım dedi. T. girmedi. Dolaba Ö. baktı. İki tane kumbara gibi birşey buldu. İçlerinde 300 TL civarında bozuk para vardı. İki kutuyu da Ö. aldı. Ben de olay anında oradaydım. Sağa sola bakıyordum. Birlikte dışarı çıktık. T. bizi arabada bekliyordu. Arabayı T. sürdü. Olay bu şekilde olmuştur. Pişmanım.” şeklinde beyanda bulunmuştur.

12. Başvurucu sorgusunun tamamlanmasından sonra hırsızlık suçundan 9/10/2015 tarihinde tutuklanmıştır. Tutuklama kararının gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“[Başvurucunun] üzerine atılı hırsızlık suçunun vasıf ve mahiyeti, atılı suçun şüpheli tarafından işlendiğini gösterir somut delillerin mevcudiyeti, maddede öngörülen cezanın aşağı ve yukarı haddi, delillerin henüz toplanmamış olması, eylemin niteliği, yar-

gılama sonucunda verilmesi muhtemel cezaya nazaran şüphelinin kaçma ihtimalinin bulunması, eylemin CMK 100/3 maddesindeki katalog suçlardan olması nedeniyle ve bu aşamada adli kontrolün yetersiz kalacağı kanaatiyle CMK 100. maddesi gereğince tutuklanmasına... [karar verildi.]”

13. Bu karara yapılan itiraz 15/10/2015 tarihinde Trabzon 2. Sulh Ceza Hâkimliğince reddedilmiştir. Ret kararının ilgili kısmı şöyledir:

“[Başvurucunun] üzerine atılı hırsızlık suçunu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösterir somut delillerin bulunması (dosyada bulunan Kamera görüntüleri, müşteki beyanı, SSÇ (Suça sürüklenen çocuk) Ö.B.nin beyanı, tanık beyanı) şüphelinin samimi ikrarı, dosyasında mevcut görüntü inceleme tutanağı, atılı suçun CMK’nın 100/3. maddesinde belirtilen katalog suçlardan oluşu, cezanın alt ve üst sınırı, işin önemi, şüphelinin tutuklulukta geçireceği sürenin yargılama sonrasında alması muhtemel ceza miktarı ile orantılı ve ölçülü olacağı, delillerin tam olarak toplanmamış bulunması, şüpheliye uygulanabilecek adli kontrol hükümlerinin bu aşamada yetersiz kalacağı değerlendirilerek şüpheli müdafinin tutuklama kararına itirazının reddine karar vermek gerekmiş [tir].”

14. Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığının 4/11/2015 tarihli iddianamesiyle başvuru ve Ö.B. hakkında hırsızlık, işyeri dokunulmazlığını ihlal etme, mala zarar verme ve nitelikli olarak konut dokunulmazlığını ihlal etme suçlarını işledikleri iddiasıyla kamu davası açılmıştır. İddianamenin ilgili kısmı şöyledir:

“Yapılan olay yeri incelemesinde SSÇ E.N.nin parmak izlerinin ele geçirildiği, güvenlik cd’si görüntülerinde izlenen gri renkli tişörtün SSÇ Ö.B.den ele geçirildiği, iş yeri kapısı, kenarlarına zarar verilmiş olduğunun tespit edildiği, Suça sürüklenen çocuklar E.N. ve Ö.B. şüpheli T.G. ile birlikte geceleyin müştekiye ait iş yerinin kapısını tekme ile açmak, kapıya zarar vermek suretiyle iş yeri içerisine girerek müştekinin şikayetinde belirtmiş olduğu şekilde yaklaşık 250TL tutarındaki parayı çaldıkları, Suça sürüklenen çocuklar hakkında atılı suçtan kamu davası açmaya yeterli delil bulunduğu sonucuna varılmakla;Suça sürüklenen çocukların, açık yargılama-sının mahkemenizce yapılarak yukarıda belirtilen sevk maddeleri-

ne göre cezalandırılmasına, emanette kayıtlı bulunan suç delilinin dosya arasında saklanmasına karar verilmesi kamu adına talep ve iddia olunur.”

15. Trabzon Çocuk Mahkemesi 5/11/2015 tarihinde iddianamenin kabulüne karar vermiş ve E.2015/242 sayılı dosya üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır.

16. Trabzon Çocuk Mahkemesince 5/11/2015 tarihinde yapılan tensip incelemesinde E.N. hakkında başka dosyada alınan sosyal inceleme raporunun dava dosyasına konulmasına, E.N.nin tutukluluk hâlinin devamına ve duruşmanın 3/12/2015 tarihine ertelenmesine karar verilmiştir. 20/4/2015 tarihli sosyal inceleme raporunda E.N. ilgili şu değerlendirmelerde bulunulmuştur:

“ E.N.nin özellikle annenin evliliğinden sonra tutum ve davranışlarının olumsuz yönde değiştiği, üvey babanın çocuğa ilgi sevgi göstermediği, çocuğun da ona karşı tepkili olduğu E.N.nin öz babasını uzun yıllardır tanımadığı, geçen yıl babası ile karşılaştığı, öz babasının da çocukla ilgilenmediği öğrenilmiştir. Çocuğun evlenene kadar annesiyle birlikte yaşadığı, yaklaşık bir yıldır da anneannesiyle kaldığı, zaman zaman evden ayrıldığı, dışarıda kaldığı, çocuktan haber alamadıkları, annesi ve diğer akrabalarıyla çatışma yaşadığı, istekleri karşılanmayınca agresifleştiği, hakaret ve tehdit ettiği, çabuk sinirlenme, öfke patlamaları yaşama, kendine zarar verme, eşyaları kırma, sabırsız tutumlar sergileme gibi davranışlarının bulunduğu, evden kaçtığı, aile denetimine uymadığı belirlenmiştir. E.N.nin davranış bozuklukları nedeniyle Kaşüstü Numune Hastanesi ve Özel İmperyal Hastanesinde psikiyatrik tanılmasının yapıldığı, çocuk için ilaç tedavisi önerildiği ancak E.N.nin tedaviyi sürdürmediği anlaşılmıştır.

...

Suçta sürüklenen çocuk E.N. ile ilgili gerçekleştirilen sosyal incelemeler sonucunda çocuğun temel fiziksel ve biyolojik gereksinimlerinin anne ve anneanne tarafından karşılandığı belirlenmiştir. Ancak SSC'nin kişilik özellikleri, psikolojik durumu, tutum ve davranışları bütün olarak değerlendirildiğinde, E.N.nin şiddet suç içerikli olaylara karışma hususunda risk altında bulunduğu düşünüldüğünden,

1) Çocuğun ebeveynleri ile olan iletişimin olumlu ve nitelikli düzeyde olmaması, eğitim- öğretimden uzaklaşması, akademik başarısızlık yaşaması, gelecek yaşam sürecine ilişkin nitelikli plan ve öngörülerinin bulunmaması, sosyal uyum ve davranış bozuklukları sergilemesi nedeniyle SSC'ye psiko-sosyal kimlik gelişiminde kişisel eğitsel rehberlik danışmanlık yapılması, ayrıca suça sürüklenen çocuğun ebeveynlerine çocuğun eğitsel, sosyal, kültürel, psişik gelişimi, çocuğa karşı ilgi, sevgi şefkat sunumu, çocuk yetiştirme , etkili iletişim, nitelikli anne baba tutumları, çocuk/ergenlik psikolojisi gibi konularda bilgi verilmesi amacıyla, çocuk hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 5.1.a maddesi gereğince danışmanlık tedbiri uygulanmasının, alınan danışmanlık tedbiri kararının 5395 sayılı Kanunun 45.1.a maddesi gereğince Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü'ne yönlendirilmesi, aynı kanunun 8. maddesinin ikinci fıkrası gereğince tedbir kararının süreçleri hakkında üçer aylık sürelerle rapor istenmesinin,

2) SSC'nin aşırı sinirlenme, tepkisel ve agresif davranışlar sergileme gibi olumsuz anti sosyal tutum-davranışlarının rehabilite edilmesi, ruhsal sağlığının korunması amacıyla gereken norölojik ve psikiyatrik teşhis ve tedavi sürecinin tekrar değerlendirilmesi için, çocuk hakkında 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 5.1.d maddesi gereğince sağlık tedbiri uygulanmasının, alınan tedbir kararının 5395 sayılı Kanunun 45.1.d. maddesi gereğince il Halk Sağlığı Müdürlüğüne gönderilmesi, aynı Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrası gereğince tedbir kararının süreçleri hakkında üçer aylık sürelerle rapor istenmesinin uygun olduğu kanaatine varılmıştır. "

17. E.N. 10/11/2015 tarihinde Trabzon E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu çocuk koğuşunda saat 20.30 sularında kendini asarak yaşamına son vermiştir.

18. Mahkeme 3/12/2015 tarihli duruşmada, E.N.nin vefat etmesi nedeniyle hakkındaki dosyanın tefrikine karar vermiştir. Tefrik kararı üzerine E.N. hakkındaki dosya, Trabzon Çocuk Mahkemesinin E.2015/278 sayılı dosyasına kaydedilmiştir. Trabzon Çocuk Mahkemesi 3/12/2015 tarihinde E.N. hakkındaki davanın düşürülmesine karar vermiştir.

19. Başvurucu 7/12/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Nitelikli Hırsızlık" kenar başlıklı 142. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

" (1) Hırsızlık suçunun;

...

h) (Ek: 18/6/2014-6545/62 md.) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,

İşlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükümlenir."

21. 5237 sayılı Kanun'un "Suçun gece vakti işlenmesi" kenar başlıklı 143. maddesi şöyledir:

"Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."

22. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tutuklama nedenleri" kenar başlıklı 100. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.

(2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir:

a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa.

b) Şüpheli veya sanığın davranışları;

1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme,

2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma,

Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyorsa.

(3) *Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir:*

a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; (2)

...

7. Hırsızlık (madde 141,142)

..."

23. 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun "Tanımlar" kenar başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

"Bu Kanunun uygulanmasında;

a) *Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi,*

...

İfade eder."

24. 5395 sayılı Kanun'un "Temel ilkeler" kenar başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla;

...

i) *Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çare olarak başvurulması,*

j) *Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması, ilkeleri gözetilir."*

25. 5395 sayılı Kanun'un "Adli kontrol" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

“(1) Suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma evrelerinde adlî kontrol tedbiri olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 109 uncu maddesinde sayılanlar ile aşağıdaki tedbirlerden bir ya da birkaçına karar verilebilir:

a) Belirlenen çevre sınırları dışına çıkmamak.

b) Belirlenen bazı yerlere gidememek veya ancak bazı yerlere gidebilmek.

c) Belirlenen kişi ve kuruluşlarla ilişki kurmamak.

(2) Ancak bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınmayacağına anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklama kararı verilebilir. ”

B. Uluslararası Hukuk

26. Çocukların tutuklanması ile ilgili uluslararası hukuk için bkz. *Furkan Omurtag* (B. No: 2014/18179, 25/10/2017, §§ 29-40) başvurusu hakkında verilen karar.

27. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesi bağlamında genel kural olarak kişinin yakın akrabalarının mağdur statülerinin bulunmadığını zira kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının transfer edilemez bir hak olduğunu belirtmiştir (*Khayrullina/Rusya*, B. No: 29729/09, 19/12/2017, § 91; *Lykova/Rusya*, B. No: 68736/11, 22/12/2015, § 64). Ancak AİHM kişinin devletin sorumluluğu olduğu iddia edilen koşullarda ölmüş veya kaybolmuş olması ya da kişinin tutulmasının yaşam hakkı şikâyetiyle yakından bağlantılı olması durumunda kişinin yakınlarına başvuru yapma yetkisini tanımıştır (*Lykova/Rusya*, § 64; *Kats ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 29971/04, 18/12/2008, § 135). *Kats ve diğerleri/Ukrayna* davasında başvuru yapan kızın sağlık sorunları nedeniyle ulusal hukukun gerektirdiği şekilde, hemen serbest bırakılması gerektiğine ilişkin yargı kararına rağmen serbest bırakılmamıştır. AİHM, bu nedenle başvuru yapan kızın hukuka aykırı olarak tutuklanmasına ilişkin şikâyetlerinin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki şikâyetleriyle yakından bağlantılı olduğuna ve Sözleşme'nin 5. maddesinin ihlal edildiğini iddia etme hakları olduğuna karar vermiştir (*Kats ve diğerleri/Ukrayna*, § 135).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 17/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

29. Başvurucu; tutuklanmasına karar verilen oğlunun çocuk olma durumunun dikkate alınmadığını ve tartışılmadığını, tutuklama nedenlerinin bulunmadığını, tutuklama tedbirine son çare olarak başvurulması ilkelerine uygun davranılmadığını, oğlu hakkında verilen sosyal inceleme raporunun dikkate alınmadığını, bu raporla oğlunun psikiyatrik sorunlarının olduğunun saptandığını, buna rağmen maktu ifadelerle tutukluluğun devamına kararı verildiğini belirterek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

30. Bakanlık, başvurunun, başvurucular tarafından başlatılan ve ancak ölümleri sonucunda akrabaları tarafından takip edilen davalardan ayrı olduğunu, bireysel başvuru formunun incelenmesi neticesinde, başvurucunun iddia ettiği ihlallerden kişisel olarak zarar gördüğünü ileri sürmediğini, 5. madde kapsamındaki şikayetlerin vefat eden E.N. adına yapıldığını, dava dosyasında, başvurucunun, E.N.'nin tutuklanmasından ya da yapılan diğer işlemlerden zarar gördüğü sonucuna varmak için hiçbir kanıt bulunmadığını belirterek başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

31. Anayasa'nın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

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

32. Anayasa'nın "*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."

33. 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). Bu itibarla somut olayda başvuru tarafından iddialarının özünün tutuklamanın hukuki olmadığına yönelik olduğu anlaşıldığından şikâyetlerinin Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında incelenmesi gerekir. Başvuru tarafından tutukluluğun devamına ilişkin kararın avukat ve sosyal çalışma görevlisi olmadan tebliğ edildiğine ilişkin iddiasının ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

I. Kabul Edilebilirlik Yönünden

34. 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).

35. Bireysel başvuru yolunu işletebilecekler esas itibarıyla doğrudan mağdur sıfatını taşıyan kişiler olmakla birlikte somut olayın koşullarına ve ihlal edilen hakkın niteliğine göre doğrudan mağdur ile arasında kişisel ve özel bir bağ bulunan, dolayısıyla da Anayasa ve Sözleşme'nin ihlalden olumsuz olarak etkilenmiş veya ihlalin sona ermesinden meşru ve kişisel bir menfaati bulunan kimseler de *dolaylı mağdur* sıfatıyla bireysel başvuruda bulunabileceklerdir (*Engin Gök ve diğerleri*, B. No: 2013/3955, 14/4/2016, § 53).

36. Diğer taraftan *dolaylı mağduriyetin* ortaya çıkması, somut olayın koşullarına ve ihlal edilen hakkın niteliğine bağlı olarak değişebilmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, mağdurun bizzat başvuru yapmasının mümkün olmadığı ve yakın akrabalık ilişkisinin bulunduğu kimi durumlarda -özellikle yaşama hakkının söz konusu olduğu- başvuruların ihlalden doğrudan etkilenmemiş olmalarına rağmen ihlalden dolaylı olarak etkilenmeleri nedeniyle bu etkiye dayanarak kendi adlarına başvuru yapabileceklerine de karar vermiştir (*Sadık Koçak ve diğerleri*, B. No: 2013/841, 23/1/2014; *Rıfat Bakır ve diğerleri*, B. No: 2013/2782, 11/3/2015).

37. Ancak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında dolaylı mağduriyetin söz konusu olup olmadığının tartışılması gerekir. Kişi hürriyeti

ve güvenliği kişiye sıkı sıkıya bağlı, transfer edilemez bir haktır. Kural olarak doğrudan mağdurun ölümüyle veya kaybedilmesiyle yakından bağlantılı olmaksızın ileri sürülen ihlal iddiaları bakımından yakın akrabaların veya eşin mağdur statüsü bulunmamaktadır. Bununla birlikte kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal ettiği iddia edilen tedbirin yaşam hakkı şikâyetiyle yakından bağlantılı olması-yaşam hakkıyla ilgili şikâyetin esasından bağımsız olmak üzere- durumunda yakın akrabaların veya eşin başvuru yapabileceklerinin kabul edilmesi gerekir.

38. Somut olayda başvurucu, adına başvuru yaptığı oğlunun yasal temsilcisi konumundadır. Başvurucunun oğlu devletin kontrolü altındaki ceza infaz kurumunda yaşamına son vermiştir. Yaşam hakkı ile ilgili başvuru dosyasındaki (B. No: 2016/78494) dilekçesinde başvurucu; oğlunun sosyal inceleme raporu gereğince psikiyatrik tedavi edilmesi gereken birisi olduğunu, tanık ifadeleriyle de oğlunun psikolojik sorunlar yaşadığının teyit edildiğini, buna rağmen intiharına giden süreçte engelleyici bir faaliyette bulunulmadığını, bundan ceza infaz kurumu yönetiminin sorumlu olduğunu belirtmiştir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde yaşam hakkı şikâyetinin sonucundan bağımsız olarak başvurucunun tutuklanmasının hukuka aykırı olduğu şikâyetinin yaşam hakkı şikâyetiyle yakından bağlantılı olduğu değerlendirilmiştir. Bu cihetle başvurucunun başvuru yapmaya yetkili olduğunun kabul edilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

39. 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).

40. 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).

41. 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).

42. 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 oluşturması hâllerinde tutuklama kararı verilebilecektir. Maddede ayrıca işlendiği konusunda kuvvetli şüphe bulunması şartıyla tutuklama nedeninin varsayılabileceği suçlara ilişkin bir listeye yer verilmiştir (*Halas Aslan*, §§ 58, 59).

43. 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).

44. 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 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 Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 79; *Gülser Yıldırım (2)*, § 124).

45. Son olarak çocuklar hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığı durumlarda bunların yanı sıra yukarıda bahsedilen uluslararası söz-

leşmeler ve belgeler ışığında (*Furkan Omurtag*, §§ 30-40) tutuklamanın çocuklar bakımından en son başvurulacak yol olduğu, eğer tutukluluk bir zorunluluksa bunun mümkün olan en kısa sürede sonlandırılması gerektiği dikkate alınmalıdır. Adli kontrol gibi ulusal hukuk tarafından öngörülen daha az katı tedbirlerin uygulanması özellikle çocuklar yönünden gözönünde bulundurulmalıdır. Ancak bu durum, çocuklar hakkında hiçbir şekilde tutuklama tedbirinin uygulanamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Bakanlar Komitesinin Avrupa Konseyine üye devletlere yönelik tavsiye kararında da belirttiği üzere (bkz. 26) kısmen daha büyük yaştaki çocuklar tarafından işlenmiş olan çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda tutuklama tedbirinin uygulanması gerekebilir (*Furkan Omurtag*, § 82).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

46. Başvurucunun oğlu, hırsızlık suçundan 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Bu itibarla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına tutuklama suretiyle yapılan müdahalenin kanuni bir temeli bulunmaktadır.

47. Başvurucunun oğlunun tutuklanmasına konu olayda soruşturma mercilerinin tespitine göre olay yeri incelemesinde başvurucunun oğlunun parmak izlerinin ele geçirildiği, başvurucunun oğlunun ve diğer şüphelilerin geceleyin müştekiye ait işyerinin kapısını tekme ile açmak, kapiya zarar vermek suretiyle işyerine girerek 250 TL tutarında para çaldıkları belirtilmiştir. Başvurucunun oğlu da gerek ifadesinde gerekse sorgusunda suçu işlediğini kabul etmiştir. Dolayısıyla olayda kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu açıktır.

48. Somut olayda, tutuklama kararını veren Mahkeme hırsızlık suçunun vasıf ve mahiyetine bu suç için öngörülen cezanın aşağı ve yukarı haddine, delillerin henüz toplanmamış olmasına, yargılama sonucunda verilmesi muhtemel cezaya nazaran kaçma ihtimalinin bulunmasına, eylemin 5271 sayılı 100. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki maddesindeki katalog suçlardan olmasına atıf yapmıştır. E.N.nin tutuklanmasına karar verilen nitelikli hırsızlık suçu Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleri arasında olup isnat edilen suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir (bkz. §§ 20-21; 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. Dolayısıyla başvuruçunun oğlu yönünden dayanan tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin olduğu söylenebilir.

49. Son olarak tutuklama tedbirinin ölçülü olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Bir tutuklama tedbirinin Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri kapsamında ölçülü olup olmadığının belirlenmesinde somut olayın tüm özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda başvuruçunun çocuk olduğunun ayrıca gözönünde bulundurulması gerekir.

50. Çocukların tutuklanmasına ilişkin olarak 5395 sayılı Kanun'da bu durumun son çare tedbiri olması gerektiği belirtilmiştir. Özellikle 5395 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca, bir çocuğun tutuklanmasına yalnızca adli kontrol tedbirinden sonuç alınamaması, sonuç alınmayacağına anlaşılması veya bu tedbirlere uyulmaması durumunda karar verilebilmektedir. Bu hükümden somut olayda öncelikle adli kontrol tedbirinin uygulanması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira adli kontrol tedbirinden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağına anlaşılması veya bu tedbirlere uyulmaması sonucuna varılabilmesi için öncelikle bu tedbire başvurulması gerekmektedir.

51. Somut olayda tutuklamaya karar verilirken tutuklama kararında başvuruçunun oğlunun çocuk olduğunun dikkate alındığına dair herhangi bir değerlendirmeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla başvuruçunun tutuklanmasına karar verilirken uluslararası sözleşme ve belgelerde yer alan ilkelere riayet edildiği, bu bağlamda diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasının yetersizliğinden bahsedilirken başvuruçunun yaşının dikkate alındığı söylenemeyecektir. Tutuklama kararında sulh ceza hâkimi tarafından ileri sürülen gerekçeler, tutukluluk tedbirinin-başvuruçunun oğlunun yaşı bakımından- özellikle iç hukukun gerektirdiği üzere son çare olarak kullanıldığına düşünülmesine imkân vermemektedir. Ayrıca tutuklama kararı veren hâkimliğin başvuruçunun tutuklanmasına karar verirken öncelikle tutuklamadan başka tedbirleri öngördüğü anlaşılmamaktadır. Bu gerekçelerle tutuklamanın ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

53. 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, başvuru 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.”

54. Başvurucu 33.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

55. Somut olayda, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

56. İhlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 27.500 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

57. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvuru hakkının ihlal edildiğini 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.

58. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Başvurucuya net 27.500 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

D. 226,90 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.701,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

E. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben 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 Trabzon Çocuk Mahkemesine (E.2015/278 sayılı kararla ilgilidir) GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Engin YILDIRIM
mer TOPAL

Üye
Celal Mümtaz

Üye
AKINCI Muam-

Üye
M.Emin KUZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET EREN OVAYOLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/36232)

Karar Tarihi: 10/12/2019

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan : Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler : Burhan ÜSTÜN

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : Fatih HATİPOĞLU

Başvurucu : Mehmet Eren OVAYOLU

Vekili : Av. Adnan EROL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; gözaltına alınanın hukuki olmaması, gözaltı süresinin makul süreyi aşması ve tutuklama tedbirinin hukuki olmaması nedenleriyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 29/9/2017 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, görüş bildirmemiştir.

OLAY VE OLGULAR

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

7. Sosyal medyada paylaştığı mesajlarla terör örgütü propagandası yaptığı ihbarı üzerine Gaziantep Cumhuriyet Başsavcılığınca (Baş-

savcılık) başvuru hakkında PKK terör örgütü ile bağlantılı suçlardan soruşturma başlatılmıştır.

8. Başsavcılık başvurucaı 11/8/2017 tarihinde gözaltına almıştır. Başvurucunun ilk ifadesi 23/8/2017 tarihinde Cumhuriyet savcısı tarafından alınmıştır. Başvurucunun ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

“..Benim Facebook hesabım 3-4 ay önce çalınmıştı. Yaklaşık 25 gün önce Facebook hesabım cep telefonu numaram üzerine kayıtlı olduğu için geri alabildim. Benim cep telefon numaram ... Facebook'ta kullanıcı adım Eren Ekincidir. PKK içerikli görüntüler, fotoğraflar benim hesabım çalıdıktan sonra hesabıma yüklenmiştir. Hesabımı geri aldığında bunları sildim. Ben önceden soruşturma geçirmedim. Ailemden de hiçbir kimse terör örgütü üyeliğinden soruşturma geçirmemiştir. Aramada ele geçirilen Arnova marka tablet, Huawei marka telefon ... kız kardeşime aittir. Samsung marka telefon ise bana aittir. Ben Ş.Y. isimli şahsı ilk defa duydum. Ben (PKK'lıyım, ben bugün 4'te çıkıyorum, dağa çıkacağım ...) gibi cümleler kullanmadım. E.A. isimli şahsı tanımıyorum. Bu şahısla herhangi bir tartışma olmadı. Benim Instagram hesabım vardır. Facebook üzerine kayıtlı olduğu için ona da 3 ay boyunca giremedim. Ben whatsapp'tan PKK/KCK terör örgütü adına eylem yapan şahısların fotoğraflarını paylaşmadım. Youtubedan PKK/KCK terör örgütüne ait resim ve videoları izlemedim, indirmedim ... numaralı hatla herhangi bir yazışma yapmadım. 'Eylemler iyi geçmedi' şeklinde herhangi bir ifade kullanmadım. Facebook'ta benim hesabımda gözükten PKK/KCK içerikli paylaşımları ben yapmadım. Üzerime atılı suçlamayı kabul etmiyorum...”

9. Başvurucu müdafinin Savcılıktaki beyanlarının ilgili kısmı şöyledir:

“Youtube'da izlenildiği iddia edilen videoların müvekkil tarafından izlendiğini gösterir. Herhangi bir delil bulunmamaktadır. Bir an için söz konusu videoların müvekkil tarafından izlenildiğini kabul etsek dahi içeriğinin dahi suç unsuru olup olmadığı tartışmalı olan videoları salt izlemek atılı suçu oluşturmayacağı gibi en basit anlamda propaganda suçunu da oluşturmayacaktır. Söz konusu videoları izlemek kişiyi örgüt sempatizitanı yapmayacaktır. Kaldı ki yerleşik Yargıtay içtihatları örgütlere sempati duymanın herhangi bir suç oluşturmayacağını belirtmektedirler. Suç unsuru olarak de-

ğ erlendirilebilecek yazışmalar müvekkil tarafından kabul olunmamıştır. Bu anlamda müvekkilin savunmasına iştirak ediyoruz. Müvekkil tarafından kabul olunmayan yazışmaların bir tanesinde aynı gün saat 4'te dağa çıkacağını belirtmiştir fakat müvekkil huzurdadır. Herhangi bir şekilde dağa çıkmamıştır. Bir diğer yazışmada ise bir polis memurunu vuracağından bahsetmektedir. Yine Gaziantep'te faili meçhul herhangi bir polis öldürme olayı gerçekleşmemiştir. Bir başka yazışmada ise Gaziantep'te 9 kişinin öldürülmesinden bahsedilmiş ve devrimcilik böyle bir şey denmiştir. Gaziantep'te bugüne kadar 9 kişinin öldüğü herhangi bir terör saldırısı gerçekleşmemiştir. Yakın tarihte Gaziantep'te bir damat tarafından 9 aile üyesi öldürülmüştür. Burdan da anlaşılacağı üzere yazışmalar her kim tarafından yapılmış ise hayal gücü gelişkin bir kişi olup gerçeklerle herhangi bir bağı bulunmamaktadır. Bir kişinin örgüt üyeliği ile suçlanabilmesi için örgütün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösterir. Kod adı aldığını gösterir ve örgüt adına somut faaliyetlerin bulunduğunu gösterir. En azından emarelerin bulunmasını gerektirir. Müvekkil açısından bu emareler bulunmamaktadır. Suç niteliğini propaganda olarak değerlendirilmesi halinde dahi propaganda suçunun alt ve üst limiti müvekkilin çocuk oluşu herhangi bir delil karartma olayının gerçekleşmesinin mümkün olmaması ve son olarak müvekkilin ekonomik koşulları kaçmaya ya da saklanmaya izin vermeyeceği göz önünde bulundurulur ise öncelikle herhangi bir adli kontrol kararı uygulanmadan sayın savcımız aksi kanaatte ise uygun adli kontrol tedbirleri uygulanarak adli kontrol şartıyla salıverilmesini talep ederiz..."

10. Savcılık aynı tarihte başvuruçuyu terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanması talebiyle sulh ceza hâkimliğine sevk etmiştir.

11. Gaziantep 5. Sulh Ceza Hâkimliği 23/8/2017 tarihinde başvuruçunun sorgusunu yapmıştır. Başvuruçucu, sorguda Savcılık ifadesine benzer beyanlarda bulunmuştur.

12. Gaziantep 5. Sulh Ceza Hâkimliği 23/8/2017 tarihinde başvuruçunun terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmasına karar vermiştir. Tutuklama kararının ilgili kısmı şöyledir:

"SSÇ [suça sürüklenen çocuk]'ler S.S. M.S.Y., H.S. ve Mehmet Eren Ekinci[Ovayolu]'ye yüklenen suçu işlediklerine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin

bulunması, atılı suçun niteliği, atılı suç için Kanunda öngörülen cezanın miktarı, mevcut delil durumu, atılı suçun 5271 sayılı CMK'nın 100/3. maddesi gereğince suçun işlendiği hususunda kuvvetli suç sebeplerinin varlığı nedeniyle tutuklama nedeni var sayılan suçlardan olması hususları gözetildiğinde CMK'nın 109. maddesinde belirtilen adli kontrol tedbirleri ile bir koruma tedbiri olan tutuklama ile hedeflenen amaca ulaşamayacağı, soruşturma konusu fiilin önemi gözetildiğinde tutuklamanın haksızlığa yol açmayacak mahiyette olup ölçülülük ile orantılılık ilkelerine uygun olması nedenleriyle CMK'nın 100. ve devamı maddeleri gereğince SSÇ'lerin atılı suçtan ayrı ayrı tutuklanmalarına... [karar verildi.]”

13. Başvurucunun tutuklama kararına yaptığı itiraz, Gaziantep 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 8/9/2017 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Karar gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“..Şüphelilerin üzerine atılı suçlarının niteliği, mevcut delil durumu, delillerin toplanmamış olması, tutuklama nedenlerinin varlığı ve adli kontrol tedbirlerinin yetersiz kalıp suça konu olayla ilgili tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu, tutuklama şartlarının halen devam ettiği, tüm dosya kapsamından ... [anlaşılma] itirazların reddi ile ... tutukluluk halinin devamına... [karar verilmiştir.]”

14. Başvurucu 29/9/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

15. Başsavcılık 22/10/2017 tarihli iddianame ile başvuru ve bir kısım suça sürüklenen çocuk hakkında terör örgütüne üye olma, bir kısım suça sürüklenen çocuk hakkında ise terör örgütü propagandası yapma suçlarından cezalandırılmaları istemiyle aynı yer ağır ceza mahkemesinde kamu davası açmıştır.

16. İddianamede öncelikle PKK terör örgütüyle ilgili genel bilgilere ve özellikle terör örgütü liderinin talimatları doğrultusunda oluşturduğu belirtilen gençlik yapılanmasına ilişkin bilgilere yer verildikten sonra başvurucuya ve aynı dosyada haklarında kamu davası açılan diğer kişilere yöneltilen suçlamalara ilişkin somut olgulara yer verilmiştir. Bu olgular özetle şöyledir:

i. *Başvurucuya ait olduğu tespit edilen EREN EKİNCİ (DAYE EZGERİLLAME) adlı sosyal paylaşım sayfasının bağlı olduğu hesabın “Koçovalı, Keçe Dine, Zeynep'im Prenses, Zeynep'im,*

daye ez gerillame” takma adlarının kullanıldığı ve adı geçen hesaptan yapılan paylaşımlarla PKK/KCK’nın propagandasının yapıldığı belirtilerek değişik tarihlerdeki paylaşımlara yer verilmiştir. Buna göre başvuruçunun;

- 6/4/2016 tarihinde PKK/KCK-PYD/YPG-YPJ terör örgütü mensubu kişilerin silahlı resimlerini paylaşarak terör örgütlerinin propagandasını yaptığı iddia edilmiştir.

- 1/5/2016 tarihinde *“BUGÜN GAZİANTEP’İ BOMBA DOKUZ VAN ALDI GOZUMUN ONUNDE DOKUZ CAN GİTTİ DEVRİMCİLİK BOYLE BİSEYDİR TEK YOL DEVRİM”* içerikli mesajı paylaşarak aynı tarihte Gaziantep Emniyet Müdürlüğüne PKK tarafından yapılan bombalı saldırı eyleminin devrim için gerekli olduğu vurgusunu yaparak suçlu övdüğü iddia edilmiştir.

- 16/5/2016 tarihinde *“TEK YOL DEVRİM (KÜRDİSTAN)”* içerikli mesajla birlikte Che Guevara’nın resmini paylaşarak terör örgütü propagandası yaptığı iddia edilmiştir.

- 27/5/2016 tarihinde *“KÜRDÜM ... VARSA YARGILA DEVLET”* içerikli mesajla birlikte PKK lideri Abdullah Öcalan’ın resminin basılı olduğu tişörtleri giyen PKK üyelerinin resimlerini paylaşarak PKK/KCK’nın propagandasını yaptığı iddia edilmiştir.

- 16/7/2016 tarihinde *“HERKEZ BELASİNİ BULUYOR TEK YOL DEVRİM. VURUN KENDİ MİLLETİNE VURUYO DİNGİLLER VURUN LA HAAAA”* içerikli mesajı paylaşarak 15 Temmuz darbe teşebbüsünü gerçekleştiren Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması’nın (PDY) eylemini desteklediği ve suçlu övdüğü ileri sürülmüştür.

- 22/8/2016 tarihinde *“DEVLETİYİ DİNLE BU PATLAMALARIN OSUÇU HEP SİZSİNİZ TAMAMI SURİYELİLER BURAYA YERLEŞTİKTEN SONRA BU OLAYLAR OLMAYA BAŞLADI ONCA ASKERİMİZ ONCA POLİSİMİZ ÖLDÜ SİZ SUSTUNUZ MİLLET SUSMADI BU SURİYELİLER BURAYA GELDİĞİNDEN BELİDİR CAN GİDİYOR CANLI BMBA YOKTU BURDA HEMEN KİM YAPTI TERERÜST MARKET SOYULUYOR TERERÜST BANKA SOYULUYOR TERERÜSTDÖVÜŞ OLUYO TERERÜST O KADAR KOLAYMI TERERÜSTLERİN ÜSTÜNE ATMAK ... AL GEL BİR TERERÜSTE BURDA BENİM GEL AL TAMAM...”* içerikli yazıyı

paylaştığı, ayrıca söz konusu yazıya *"ABİM KESTİLER AMQ TÜRK DEVLETİ SES ÇIKARMADI BİZ VURDUK HAPİSLİK OLDUK VARMİ BOLE BİŞEY BENDE VURUP BU STTEN SONRA DAGA ÇIKICAM ADAMSA BU YAZIYI OKURLAR BENİDE BULURLAR"* şeklinde yorum yazdığı belirtilerek söz konusu paylaşım ve yorum ile devleti suçladığı, PKK üyelerini masum göstermeye çalıştığı, böylece PKK/KCK'nın propagandasını yaptığı ileri sürülmüştür.

- 5/12/2016 tarihinde *"İSTANBULDA YÜRÜYÜŞ VAR KAÇRILIR MI BU FIRSAT"* içerikli mesajla birlikte yüzünü puşi ile kapattığı fotoğrafını paylaştığı belirtilerek PKK/KCK adına gerçekleştirilecek olan eyleme katıldığı ve başkalarının da eyleme katılması yönünde çağrıda bulunduğu ileri sürülmüştür.

- 9/2/2017 tarihinde *"ZU WERE DINOMUN"* (ACELE GELİN DELİ) içerikli mesajla birlikte yüzünü puşi ile kapattığı fotoğrafını paylaştığı belirtilerek PKK/KCK adına sokak eylemi yapmak üzere çağrıda bulunduğu, PKK/KCK terör örgütünün gençlik yapılanması Devrimci Gençlik Hareketi (DGH) (eski adı YDG-H) adına faaliyette bulunduğu ileri sürülmüş ve terör örgütünün propagandasını yaptığı iddia edilmiştir.

- 18/4/2017 tarihinde *"EM JİYANE KURDON EM JİYANE PKKNE"* (KÜRT YAŞARIZ PKK'LI YAŞARIZ) içerikli mesajla birlikte zafer işareti yaptığı fotoğrafını paylaştığı belirtilerek terör örgütünün propagandasını yaptığı iddia edilmiştir.

ii. Başvurucudan ele geçirilen dijital materyallerin incelenmesi sonucu yapılan tespitler özetle şöyledir:

- Başvurucunun Ş.Y. adlı kullanıcıya gönderdiği *"BEN PKKLIYIM," "BENBU GÜNDORTTE CİKİYORUM," "HAKKARI ÇUKURCAOVA"* ve *"DAGA CİKCAM"* şeklindeki mesajlarda açıkça PKK/KCK üyesi olduğunu ve terör örgütünün silahlı yapılanmasına katılacağını yazdığı belirtilmiştir.

- Başvurucunun E.A. adlı kullanıcıya *"BENPKKLİYUM," "PKK YÎ TUTYOZ"* şeklindeki mesajları göndererek PKK/KCK'yı savunduğu, ayrıca yüzü puşi ile kapalı bir resmini göndererek E.A.yı tehdit ettiği ileri sürülmüştür.

- Papatya adlı kullanıcıya *"BEN VURACAM POLİSİ"* şeklinde mesaj göndererek emniyet görevlilerine yönelik silahlı eylem

yapacağını ifade ettiği belirtilmiştir.

- *Instagram*'da "*GERİLLA AŞK*" içerikli mesajı paylaştığı, yazıştığı kişilerle birbirlerine PKK/KCK terör örgütü mensubu kişilerin hitap şekli olan "*HEVAL*" kelimesi ile hitap ettikleri belirtilmiştir.

- *Whatsapp*'ta yaptığı 4/8/2017 tarihli yazışmada yüzleri kapalı şekilde PKK/KCK adına eylem yapan kişilerin resmi ile "*İSTANBUL*" yazısını paylaştığı belirtilerek söz konusu paylaşımlardan başvuruçunun PKK/KCK-YDG-H mensubu olarak eylem yaptığının anlaşıldığı ileri sürülmüştür.

- *Youtube* geçmişinde PKK/KCK terör örgütü lideri Abdullah Öcalan'a ait resimler, PKK/KCK-PYD/YPG terör örgütüne ait sembol ve işaretlerin bulunduğu çok sayıda resim ile videolar, terör örgütü mensuplarına ait resimler, videolar, terör örgütünü öven, örgüte katılımı ve eylem yapmayı özendirici video ve resimler ile müziklerin bulunduğu belirtilmiştir.

- Cep telefonu üzerinden yaptığı bir yazışmada mesaj gönderdiği kişiye bir barınaktan bahsederek "*EYLEMLER İYİ GEÇMEDİ*" ve "*İSİM VAR SANA YAZCAM*" içerikli mesajları gönderdiği, karşısındaki kişinin de "*BİSMİL CREW RAPERİN SENDE BÖYLE YAP TMM*" içerikli mesajı gönderdiği belirtilerek başvuruçunun PKK/KCK-YDG-H içinde faaliyet yürüttüğü iddia edilmiştir.

- Cep telefonunda PKK/KCK lideri Abdullah Öcalan'a ait resim ile videolar, PKK/KCK-PYD/YPG terör örgütüne ait sembol ve işaretlerin bulunduğu çok sayıda resim ile video, silahlı teröristlere ait resim ve videolar, terör örgütünü öven, örgüte katılımı ve eylem yapmayı özendirici nitelikte resim ve videolar, yüzleri puşi ile kapalı şekilde eylem yapan kişilerin resimleri ve müziklerin bulunduğu belirtilmiştir.

iii. Sonuç olarak Savcılık; başvuruçunun PKK'nın gençlik yapılanması olan DGH içinde eylem ve faaliyetlerde bulunduğunu, terör örgütünün propagandasını yaptığını, suçu ve suçluyu övdüğünü, terör örgütü adına yapılan eylemleri ve terör örgütünün silahlı yapılanmasına katılımı özendirici faaliyetlerde bulunduğunu, böylece örgütün hiyerarşik yapısı içinde yer alarak terör örgütüne

üye olma suçunu işlediğini iddia etmiştir.

17. Gaziantep 9. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 1/11/2017 tarihinde iddianameyi kabul etmiş ve Mahkemenin E.2017/416 sayılı dosyası üzerinden kovuşturma aşaması başlamıştır.

18. Mahkeme 1/11/2017 tarihinde yaptığı tensip incelemesi sonunda başvuruçunun tahliyesine karar vermiştir. Mahkeme, başvuruçunun hakkında ikametgâhına en yakın kolluk birimine haftanın belirli günlerinde ve belirli saatlerde başvurarak imza vermek şeklinde adli kontrol tedbiri uygulanmasına da karar vermiştir.

19. Mahkeme 19/9/2018 tarihinde yaptığı duruşmada başvuruçunun savunmasını almıştır. Başvuruçunun Mahkemedeki savunmasının ilgili kısımları şöyledir:

".. İkinci olan soyismimi Ovayolu olarak değiştirdim ... yakalanmadan yaklaşık bir buçuk yıl önce facebook hesabım çalındı, almak için arkadaşlarla biraz uğraştık ama geri alamadım. Instagram hesabım da facebook hesabıma bağlı olduğundan ona da ulaşamadım. Paylaşımları ben yapmadım. Telefonda çıkan resim ve videolar ve youtube geçmişi bana ait değildir. Ben telefonu ikinci el olarak almıştım suçsuzum beraatimi talep ederim, ben fabrikada çalıştığım için imza atmak şeklinde verilen adli kontrol tedbirinin kaldırılmasını talep ederim..."

... Paylaşımlardaki, evde çekilen yüzü puşili fotoğraf bana aittir, ancak paylaşımları ve yazı paylaşımlarını ben yapmadım, sokakta çekilen yüzü kapalı kişi ben değilim ..."

20. Mahkeme 4/4/2019 tarihinde yaptığı duruşmada başvuruçunun terör örgütü propagandası yapma suçundan 1 yıl 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Karar gerekçesinin ilgili kısımları şöyledir:

"PKK/KCK Terör Örgütünün Yapısına İlişkin Genel Değerlendirmeler ve Silahlı Terör Örgütüne Üye Olma Suçu; Bölücü terör örgütü Kürdistan İşçi Partisi (PKK) adıyla kuruluşunu ilan ettiği 1978 yılından günümüze kadar ideolojisinde, stratejisinde, yapılanmasında, eylemetotlarında ve hattada dönemseldedeflerinde zaman zaman değişikliğe gitmiş [Nisan 2002'de KADEK (Kongreya Azadi u Demokratik a Kurdistan-Kürdistan Özgürlük ve Demokrasi Kongresi) kurulmuş, Kasım 2003'de KADEK feshedilerek yerine

KONGRA-GEL (Kongreya Gele Kurdistan-Kürdistan Halk Kongresi) kurulmuş, Mart 2005'de PKK parti olarak yeniden kurulmuş, bunun yanında KONGRA-GEL ve diğer tüm alt unsurları kapsayan bir üst yapılanma olan KKK (Koma Komalen Kurdistan-Kürdistan Topluluklar Birliği) kurulmuş] Mayıs 2007 yılından itibaren kendisini KCK (Koma Civaken Kurdistan-Kürdistan Halklar Topluluğu) olarak tanımlamıştır.

Halihazırda terör örgütü; teröristbaşı/örgüt üst yönetimi/örgüt kadroları/örgüte müzahir medya tarafından KCK olarak adlandırılmaktadır. KCK, bölücü terör örgütünün ana çatıyapılanması olarak yurt içindeki ve dışındaki tüm örgütsel yapıları altında barındırmakta, (4) ülke toprakları üzerinde konfederal bağımsız bir Kürdistan devleti kurulması amacıyla terörist faaliyetlerine devam etmektedir. Nitekim Yargıtay 9. Ceza

Dairesinin 28/12/2011 tarihli ve 2011/30790 sayılı kararı ile de KCK'nın terör örgütü olduğu onanmıştır.

PKK/KCK; Amacı Türkiye Cumhuriyetinin hakimiyeti altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırıp bu bölgede Marksist-Leninist ilkelere dayalı bir Kürt devleti kurmak olan ve bu amaçla çok sayıda öldürme, yaralama, yağma, tehdit, adam kaçırma ve bombalama gibi eylemlerde bulunan ve eylemlerini sürdürmeye devam eden silahlı bir terör örgütüdür. PYD/YPG ise bu örgütün Suriye uzantısıdır. Abdullah Öcalan ise yıllarca bu silahlı terör örgütünün elebaşılığını yapmış daha sonra yargılanıp mahkum olmuş hükümlü bir kişidir.

Örgüt üyeliği ise; Ayrıntıları Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 24.04.2017 gün, 2015/3 Esas ve 2017/3 sayılı kararında ve dairece de benimsenen, istikrar kazanmış yargısal kararlarda açıklandığı üzere; 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 işlemeye 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. Silahlı örgüte üyelik suçunun oluşabilmesi için örgütle organik bağ kurulması ve kural olarak süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gerektiren eylem ve faaliyetlerin bulunması aranmaktadır. Ancak; Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 26.10.2017 gün, 2017/1809 Esas ve 2017/5155 sayılı kararında da ifade edildiği üzere; niteliği, işleniş biçimi, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, örgütün amacı ve menfaatlerine katkısı itibarıyla süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk özelliği olmasa da ancak örgüt üyeleri tarafından işlenebilen suçların faillerinin de örgüt üyesi olduğunun kabulü gerekir. 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 kanununun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgüt olduğunu bilerek üye olmak kastı ve iradesiyle hareket etmelidir. Suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte üye olmak suçu için de saikin 'suç işlemek amacı' olması aranır. Örgüte üye olmak fiili bir katılma olup örgüte üye olmak için yöneticilerinin rızasının varlığına gerek yoktur, tek taraflı irade ile bile örgüte katılmak mümkündür. Bu nedenle örgüt üyeliğinin oluşumunda temel ölçü, kişinin rızasıyla örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmasıdır. Örgütle organik bağ, canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağıdır.

Bu açıklamalar kapsamında; terör örgütü üyesi, örgütün amacını bilerek ve bu amacı benimseyerek örgüte giren, bu örgüt ile organik bağ içerisinde olan, örgütün hiyerarşik yapısında yer alan ve bu suretle örgüt tarafından verilecek emir ve talimatları yerine getirmeye koşulsuz olarak hazır olan kişidir.

Terör Örgütünün Propagandasını Yapmak Suçu;

Türk Dil Kurumu'nun güncel Türkçe sözlüğünde propaganda; 'Bir öğreti, düşünce veya inancı başkalarına tanıtmak, benimsetmek ve yaymak amacıyla söz, yazı vb. yollarla gerçekleştirilen çalışma' şeklinde tanımlanmıştır.

Terör; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde; '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 girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir' şeklinde tanımlanmıştır.

3713 sayılı Kanunun 7. maddesi 1. fıkrasında; 'Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar, Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre, örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılacağı' düzenlenmiştir.

3713 sayılı Kanunun 7. maddesi 2. fıkrasında; 'Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişinin, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı, ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacağı, Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmese dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde; Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması, Slogan atılması, Ses cihazları ile yayın yapılması, Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi" fiil ve davranışların da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılacağı' düzenlenmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesinde; 'Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti' başlığı altında; 'Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması,

millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sıralarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir şeklinde düzenlenme yapılmıştır.

İfade özgürlüğü; Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesinin 10. Maddesinde; 'Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığını sağlaması için yasayla öngörülen bazı biçim ve koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir' şeklinde düzenlenmiştir.

Propaganda sözlük anlamı itibariyle bir öğreti, düşünce ve inancı başkalarına yaymak amacıyla söz, yazı ve benzeri yollarla gerçekleştirilen bir çalışmadır. Bir düşüncüyü açıklayıp yaymak amacı taşıyan propaganda eylemi de esas itibariyle ifade özgürlüğü güvencesi kapsamındadır ve fakat bütün hak ve özgürlükler gibi düşüncüyü açıklayıp yayma hürriyetinin de kötüye kullanılmayacağı açıktır. Demokratik olmayan vasıtalarla şiddete, isyana ve yıkıcı eylemlere tahrik ve teşvik etmek, terörizmi ve terörizmin kullandığı yöntemleri meşru göstermek niteliğindeki propaganda faaliyetleri milli güvenlik, kamu düzeni, kamu yararı, genel asayiş, toprak bütünlüğünün korunması, suçun önlenmesi amacıyla ifade

özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi gerek Türk hukukunda, gerekse mukayeseli hukuk alanında kabul edilmektedir.

İfade hürriyetini düzenleyen AİHS'nin 10. maddesinin birinci fıkrasında 'Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahaleleri olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü, haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar', ikinci fıkrasında ise, '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 ve 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.' denilmektedir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 4/7/2012 tarih ve 2009/13825 Esas 2012/23385 Karar sayılı ilamında da açıkça yer verildiği üzere; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında, kamuyu ilgilendiren sorunların kamuya açık olarak tam bir serbestlik içerisinde tartışılabilmesi, şiddeti teşvik eden eylemler hariç bu tartışmanın boyutlarının Devlet organları tarafından maksimuma çıkarılması gerektiği vurgulanmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında, ifade hürriyetinin iki istisnası olduğuna işaret edilmektedir. Birinci istisna şiddeti teşvik edici ve övücü söylemler, ikinci istisna ise azınlıklara karşı nefret söylemidir. Bunun için önce yazı veya sözün içeriğine bakılmalıdır.

Yazı veya sözler;

- a) Şiddet, bir araç olarak öngörüyorsa,
- b) Kişileri hedef gösterip kanlı bir intikam istiyorsa,
- c) Benimsenen düşünceler için şiddete başvurmanın meşru olduğu ileri sürülüyorsa,
- d) İnsanda saldırgan duygular uyandıracak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtıyorsa, ifade hürriyetinden yararlanmayabilir. (Sürek/Türkiye,

No.1 Büyük Daire, No 26682/95, Güzel ve Özer /Türkiye, 6 Temmuz 2010 kararı)

Yazı veya sözün kim tarafından, nerede, nasıl bir ortamda, hangi koşullar altında yazıldığı veya söylendiği değerlendirilmelidir. Mahkeme 'yakın ve mevcut tehlike' ölçütüne yaklaşarak sözleri söyleyen kişinin ne kadar etkili olduğu, söylenen yer ve zaman bakımından söylenenlerin şiddet yaratmaya müsait olup olmadığına bakılması gerektiğini kabul etmektedir (Zana / Türkiye, 25 Kasım 1997 kararı).

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 26. maddesinde: 'Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkında sahiptir.' düzenlemesine yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde ise: 'Herkes görüşlerin açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir.' düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemelerle, özgürlükçü, demokratik devletlerin temelini oluşturan düşünceyi açıklama özgürlüğü, bireyin özgürce düşünmesi ve düşündüklerini başkalarına açıklayabilmesi güvence altına alınmıştır.

Anayasamızda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, mutlak niteliğe sahip yani kendilerine istisna veya sınırlama getirilemeyen hak ve özgürlükler hariç diğer hak ve özgürlükler için sınırlama ve müdahale getirilmiştir. Türkiye Cumhuriyet Anayasasının 26/2. maddesine göre: 'Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması ...' amaçları ile sınırlanabilir. Terörün, terör örgütünün, cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapmanın, örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması veya taşınmasının düşünce açıklama özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Terörle Mücadele Kanununun 7/2. maddesinde de bu tür davranışların cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Terör ile mücadele kendine özgü bir takım zorlukları

barındırdığından devletler bu mücadelede daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte terör ile mücadelede bir hukuk rejimidir. Uluslararası hukuktan kaynaklananyükümlülüklerin ihmal edilebileceği bir alan değildir.

Toplantı veya gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın siyasi kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakı tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır.

Somut olay yukarıdaki açıklamalar ile birlikte değerlendirilecek olursa;

...

SSÇ Mehmet Eren Owayolu (Ekinci) Yönünden: SSÇ hakkında düzenlenen iddianamede; SSÇ'nin 09.02.2016, 18.04.2016, 05.12.2016, 22.08.2016, 16.07.2016, 27.05.2016, 16.05.2016, 01.05.2016, 06.04.2016 ve 17.10.2016 tarihli paylaşımları ile PKK lehine propaganda faaliyetinde bulunduğu, dijital materyal inceleme sonucunda, mesajlaşma içeriklerinde 'BEN PKK LIYIM', 'BEN BU GÜN DORTTE ÇIKIYORUM', 'HAKKARI ÇUKURCAOVA', 'DAGA ÇIKCAM', 'BENN PKKLİYUM', 'PKK Yİ TUTYOZ', 'BEN VURACAM POLİSİ', 'EYLEMLER İYİ GEÇMEDİ', 'İSİM VAR SANA YAZCAM', 'BİSMİL CREW RAPERİN SENDE BÖYLE YAP TMM' şeklinde mesajlarının olduğu, Instagramdaki paylaşımında 'GERİLLA AŞK' yazısını paylaştığı, whatsapp mesajlarında çeşitli mesajlarının olduğu, Youtube Geçmişinde PKK/ KCK terör örgütünün elebaşısı hükümlü terörist A.Öcalan'a ait resimler, çok sayıda PKK/KCK-PYD/YPG terör örgütüne ait sembol işaretlerin bulunduğu resimler/videolar, terör örgütü mensubu silahlı terörist şahıslara ait resimler/videolar, terör örgütünü övücü örgüte katılımı ve eylem yapmayı özendirici nitelikte video/resimler ve müziklerin bulunduğu iddia edilmiştir.

SSÇ'nin kendisine ait olduğunu kabul ettiği sosyal medya hesabından 6 Nisan 2016 ve 17 Ekim 2016 tarihlerdeki

paylaşımlarda PKK/KCK-PYD/YPG-YPJ terör örgütü mensubu şahısların silahlı resimlerini paylaştığı, anılan paylaşımlarda silahlı örgüt mensuplarının bulunmasının PKK/KCK-PYD/YPG silahlı terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek şekilde paylaşımlar olduğu, paylaşımların içeriği dikkate alındığında düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında kaldığının kabulünün mümkün bulunmadığı, iddianamede geçen diğer paylaşımlarda örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösteren, öven ya da teşvik eden bir içerik olmadığı,

Sanıktan ele geçirilen dijital materyallerin incelenmesi sonucu düzenlenen dosya içindeki raporda SSÇ tarafından, 'BEN PKK LIYIM', 'BEN BU GÜN DORTTE ÇIKIYORUM', 'HAKKARI CUKURCAOVA', 'DAGA ÇIKCAM'ı'BENN PKKLİYUM', 'PKK Yİ TUTYOZ', 'BEN VURACAM POLİSİ', 'EYLEMLER İYİ GEÇMEDİ', 'SİM VAR SANA YAZCAM', 'BİSMİL CREW RAPERİN SENDE BÖYLE YAP TMM' şeklindeki mesajlarda, SSÇ örgüt mensubu olduğunu, dağa çıkacağını, eylemlere katıldığı yönünde mesaj içeriklerinin bulunduğu anlaşıldığı, SSÇ'nin örgüte katılma amacıyla dağa katılma yönünde irade beyan etmesinin, kişinin örgüt üyesi olduğunu göstermeyeceği, hatta yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre bu amaçla seyahat ederken yakalanmasının dahi atılı suçu oluşturmayacağı, yine SSÇ'nin 'BEN PKK LIYIM' şeklindeki mesaj içeriğinin de tek başına SSÇ'nin örgüt üyesi olduğunu göstermeyeceği, kişinin örgüt üyesi olarak kabul edilmesi için örgütün hiyerarşik yapısına dahil olup, organik bağ kurmasının gerektiği, SSÇ'nin bu mesajının tek başına örgütle organik bağ kurduğunu göstermediği,

Yine SSÇ'den ele geçirilen dijital materyallerde; Youtube Geçmişinde PKK/KCK terör örgütünün elebaşısı hükümlü terörist A.Öcalan'a ait resimler, çok sayıda PKK/KCK-PYD/YPG terör örgütüne ait sembol işaretlerin bulunduğu resimler/videolar, terör örgütü mensubu silahlı terörist şahıslara ait resimler/videolar ve müzikler bulunduğu, anılan tespitlerin propaganda amacıyla paylaşıldığına dair bir tespitin olmadığı gibi, örgüte veya örgüt mensuplarına ait video izlenmesinin, müziklerin dinlenmesinin kişinin örgüt mensubu olduğunu tek başına göstermeyeceği, dosya kapsamındaki diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde, anılan tespitlerin SSÇ'nin örgüte sempatisini gösterdiği, SSÇ'nin

dosyaya yansıyan eylemlerinin sempati boyutunu aşarak üyelik boyutuna ulaşmadığı anlaşılmıştır.

Her ne kadar SSÇ savunmasında söz konusu facebook hesabının kendisine ait olduğunu ancak hesabının çalındığını, paylaşımları kendisinin yapmadığını belirtmiş ise de; savunmasının kendisini suçtan ve cezadan kurtarmaya yönelik olduğu, bu nedenle itibar edilemeyeceği, zira hesabı çalındıktan sonra adli mercilere herhangi bir şekilde müracat etmediği, adli soruşturmalardan kurtulmak amacıyla adli mercilere başvurmamasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu anlaşılmış ve SSÇ'nin savunmasına itibar edilmemiştir.

SSÇ'nin az yukarıda detaylandırılan, dosyaya yansıyan eylemlerinde atılı suçun unsurlarının bulunmadığı, sanığın silahlı terör örgütünün hiyerarşik yapısına dahil olduğunu gösterir biçimde çeşitlilik, devamlılık ve yoğunluluk içermemesi karşısında örgüt üyesi olarak kabul edilmesine yasal olanak bulunmadığı, ancak sosyal medya hesabından 6 Nisan 2016 ve 17 Ekim 2016 tarihlerdeki paylaşım içerikleri nazara alındığında, SSÇ'nin eylemlerinin terör örgütü propagandası yapmak suçunu oluşturduğu anlaşıl原因 olarak SSÇ'nin eylemine uyan 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7/2 Maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilmiştir. Suçun işleniş biçimi, suçun konusunun önem ve değeri, suça ilişkin eylemlerinin yoğunluğu dikkate alınarak SSÇ hakkında alt sınırdan ceza tayini yoluna gidilmiş, aynı suç işleme kastıyla farklı tarihlerde eylemleri bulunduğundan TCK'nun 43.maddesi gereği cezasında artırım yapılmış, SSÇ'nin daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması, cezanın SSÇ'nin geleceği üzerindeki etkileri, SSÇ'nin bir daha suç işlemeyeceğine dair mahkememizde olumlu kanaat olduğu ve şartları olduğu anlaşıl原因 olarak SSÇ hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. "

21. Anılan karar 12/4/2019 tarihinde kesinleşmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

22. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk için bkz. Gülser Yıldırım (2), [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 64-89 ; Furkan Omurtag, B. No: 2014/18179, 25/10/2017, §§ 22-40.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 10/12/2019 tarihinde yaptığı toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Gözaltına Almanın Hukuki ve Gözaltı Süresinin Makul Olmadığına İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu; şartları oluşmadığı hâlde gözaltına alınmasının hukuki olmadığını, gözaltına alma işleminin hukuka aykırı olarak gerçekleştirildiğini ve gözaltı süresinin makul olmadığını ileri sürerek kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

2. Değerlendirme

25. 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-İlgili Yargıtay içtihatlarına atıf yaparak-4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 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).

26. Somut olayda başvurucunun gözaltı tedbirinin hukuki olmadığına ve gözaltı süresinin makul olmadığına ilişkin iddialarıyla ilgili olarak anılan kararlarda varılan sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

27. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Tutuklamanın Hukuki Olmadığına İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

28. Başvurucu, tutuklamayı gerektirecek somut bir delil olmadığı hâlde tutuklanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal

edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca tutuklama kararının ve tutuklamaya itiraz üzerine verilen kararın gerekçesiz, şablon bir karar olduğunu ifade etmiştir. Öte yandan başvurucu, Hâkimlik tarafından daha hafif sonuçlar doğuran adli kontrol tedbirleri yerine tutuklama tedbiri uygulanmasının ölçülü olmadığını da ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

29. 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."

30. 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 kaçırmalarını, delillerin yokedilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hâkim kararıyla tutuklanabilir."

31. Başvurucunun bu bölümdeki iddialarının Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Genel İlkeler

32. Genel ilkeler için bkz. Gülser Yıldırım (2), §§ 110-124; Furkan Omurtag, §§ 70-82.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

33. Somut olayda öncelikle başvurucunun tutuklanmasının kanuni dayanağının olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başvurucu, iddianameye de konu olan eylemleri nedeniyle terör örgütüne üye olma suçundan 5271 sayılı Kanun'un 100. maddesi uyarınca tutuklanmıştır. Başvurucunun suç tarihinde on yedi yaşında olduğu anlaşılmaktadır.

Türk ceza mevzuatında başvuruçunun yaşı nedeniyle veya üzerine atılı suç yönünden bir tutuklama yasağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvuruçunun tutuklanmasının kanuni dayanağı vardır.

34. Bu aşamada tutuklamanın ön koşulu olan suçun işlendiğine dair kuvvetli belirtinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

35. Somut olayda başvuruçucu, terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmıştır. Gaziantep 5. Sulh Ceza Hâkimliği tutuklama kararında isnat edilen suçlamaya ilişkin olarak dosya içeriğine atfen somut delillerin bulunduğunu belirterek kuvvetli suç şüphesinin bulunduğu sonucuna varmıştır (bkz. § 13).

36. Başvuruçucu hakkında düzenlenen iddianamede ise başvuruçunun sosyal medyadaki yazışmalarına ve paylaşımlarına, cep telefonu üzerinden gönderdiği bir kısım mesaja yer verilmiştir. İddianamede ayrıca cep telefonunda tespit edilen bir kısım resim ve videodan içerik olarak bahsedilmiştir. Savcılık *başvuruçunun terör örgütüne üye olma suçunu işlediğini iddia etmiştir.*

37. Savcılık tarafından suçlamaya esas alınan bir kısım sosyal medya paylaşımı ve mesajlaşma içeriği *"EM JİYANE KURDONEMJİYANE PKKNE" (KÜRT YAŞARIZ PKKLI YAŞARIZ), "... CANLI BMBA YOKTUR BURDA HEMEN KİM YAPTI TERERÜST MARKET SOYULUYOR TERERÜST BANKA SOYULUYOR TERERÜST DÖVÜŞ OLUYO TERERÜST O KADAR KOLAYMI TERERÜSTLERİN ÜSTÜNE ATMAK ... AL GEL BİR TERERÜSTE BURDA BENİM GEL AL TAMAM ...", "ABİM KESTİLER AMQ TÜRK DEVLETİ SES ÇIKARMADI BİZ VURDUK HAPİSLİK OLDUK VARMİ BOLE BİŞEY BENDE VURUP BU STTEN SONRA DAGA ÇIKICAMADAMSA BU YAZIYI OKURLAR BENİDE BULURLAR", "TEK YOL DEVRİM (KÜRDİSTAN)", "BU GÜN GAZİANTEPJİ BOMBA DOKUZ VAN ALDİ GOZUMUN ONUNDE DOKUZ CAN GİTTİ DEVRİMÇİLİK BOYLE BİSEYDİR. TEK YOL DEVRİM", "BENPKK LIYIM", "BEN BU GÜN DORTTE ÇİKİYORUM", "HAKKARİ ÇUKURCAOVA", "DAGA ÇIKCAM", "BENN PKKLİYUM", "PKK Yİ TUTYOZ", "BEN VURACAMPOLİSİ" ve "GERİLLA AŞK" şeklindedir.*

38. İddianamede, başvuruçunun söz konusu mesaj ve yazışmalarla birlikte kendisinin ve bir kısım teröristin örgütü simgeleyen kıyafetlerle çekilmiş fotoğraflarını paylaştığı da belirtilmiştir. Ayrıca iddianamede; başvuruçunun sosyal medya geçmişinde ve cep telefonunda

PKK lideri Abdullah Öcalan'a ait resimler, PKK/KCK-PYD/YPG terör örgütüne ait sembol ve işaretlerin bulunduğu çok sayıda resim ve video, terör örgütü mensuplarının silahlı resimleri ve videoları, terör örgütünü öven, örgüte katılımı, eylem yapmayı özendirici nitelikte video, resim ve müziklerin bulunduğu belirtilmiştir (bkz. § 17).

39. Soruşturma makamları başvurusunun PKK'nın eylemlerini açıkça meşru gördüğünü, PKK'nın gençlik yapılanmasının bir kısım eylemine katıldığını, örgütün eylemlerini desteklediğini ve örgütün söylemlerini sosyal medyada yaymaya çalıştığını iddia etmiştir. Başvurucunun yaptığı belirtilen söz konusu paylaşımların terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da övecek veya teşvik edecek nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre tutuklama kararında gösterilen delillerin suç işlendiğine dair kuvvetli belirti olarak kabul edilmesinin temelsiz ve keyfi olduğu söylenemez.

40. 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.

41. Başvurucunun tutuklanmasına karar verilen terör örgütüne üye olma suçu Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleri arasında olup 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. § 29; Gülser Yıldırım (2), § 148).

42. Somut olayda Gaziantep 5. Sulh Ceza Hâkimliğince başvurusunun tutuklanmasına karar verilirken işlendiği iddia olunan terör örgütüne üye olma suçunun niteliğine ve tutuklama nedenlerinin kanunen bulunduğu varsayılan suçlardan olmasına dayanıldığı görülmektedir. Dolayısıyla tutuklama kararının verildiği andaki genel koşullar (6-7 Ekim olayları ve hendek olayları olarak bilinen terör eylemleri ile devamında yaşanan terör olayları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülser Yıldırım (2), §§ 19-30) ve somut olayın yukarıda belirtilen özel koşulları ile Gaziantep 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından verilen kararın içeriği birlikte değerlendirildiğinde başvuru yönünden dayanılan tutuklama neden-

lerinin olgusal temellerinin olmadığı söylenemez.

43. 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). Bu bağlamda başvuru suç tarihinde çocuk olduğunun ayrıca gözönüne alınması gerekir (Furkan Omurtag, § 86).

44. Öncelikle örgüt 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, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, § 214; Devran Duran, § 64).

45. Öte yandan çocuklar hakkında tutuklama tedbirinin uygulandığı durumlarda tutuklamanın çocuklar bakımından başvurulacak en son yol olduğu, eğer tutukluluk bir zorunluluksa bunun mümkün olan en kısa sürede sonlandırılması gerektiği dikkate alınmalıdır. Ancak bu durum, çocuklar hakkında hiçbir şekilde tutuklama tedbirinin uygulanamayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi çocuklar tarafından işlenmiş olan çok ciddi suçlara ilişkin istisnai olaylarda tutuklama tedbirinin uygulanması mümkündür (Furkan Omurtag, § 82).

46. Furkan Omurtag kararında başvuru hakkındaki hırsızlığa teşebbüs suçundan tutuklanmasına karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi tutuklamaya konu hırsızlığa teşebbüs suçunun somut olayın koşullarında ne denli ciddi bir suç olduğunun ortaya konulmadığını, ayrıca başvurucuya isnat edilen suçun cezası itibarıyla da ağır bir suç olduğunun söylenmeyeceğini belirterek tutuklamanın ölçülü olmadığı sonucuna varmıştır (Furkan Omurtag, § 88).

47. Anayasa Mahkemesi yakın zamanda verdiği Enver Oktay Babatürk (B. No: 2016/15355, 9/10/2019) kararında ise başvuru hakkındaki tutuklamaya konu suçun niteliğini ve somut olayın gerçekleştiği koşulları dikkate alarak yaptığı değerlendirmede çocuk olan başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu sonucuna varmıştır (Enver Oktay Babatürk § 62)

48. Somut olayda başvurucu; 6-7 Ekim olayları, hendek olayları ve devamında-PKK tarafından gerçekleştirilen- yoğun terör eylemlerinin yaşandığı bir süreçte paylaştığı sosyal medya mesajları, özellikle PKK tarafından Gaziantep'te Emniyet binasına yönelik olarak gerçekleştirildiği belirtilen (iki polis memurunun şehit olduğu bir çok emniyet görevlisinin ve sivil kişinin yaralandığı) bir terör eyleminden hemen sonra PKK'nın şiddet eylemini olumlayan ve meşru gören sosyal medya paylaşımları nedeniyle yöneltilen suçlamalar kapsamında PKK terör örgütüne üye olma suçundan tutuklanmıştır. Dolayısıyla somut olayın genel ve özel koşulları dikkate alındığında Hâkimliğin isnat edilen suç için öngörülen yaptırımın ağırlığını, işin niteliğini ve önemini de gözönünde tutarak başvurucu hakkında uyguladığı tutuklama tedbirinin ölçülü olduğu ve adli kontrol uygulamasının yetersiz kalacağı sonucuna varmasının keyfî ve temelsiz olduğu söylenemez.

49. 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.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Gözaltına almanın hukuki olmadığına ve gözaltı süresinin makul olmadığına ilişkin iddianın başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Tutuklamanın hukuki olmadığına ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA 10/12/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Burhan ÜSTÜN

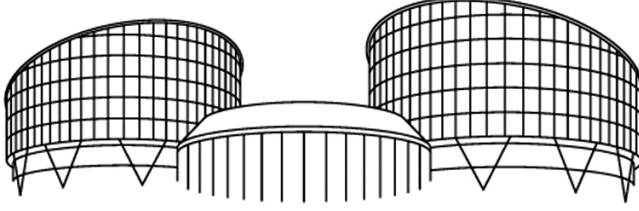
Hicabi DURSUN

Üye

Üye

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İKİNCİ BÖLÜM**

TARAK VE DEPE / TÜRKİYE KARARI

(Başvuru No. 70472/12)

KARAR

**STRAZBURG
9 Nisan 2019**

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

© **T.C. Adalet Bakanlığı, 2019.** Bu gayri resmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Tarak ve Depe / Türkiye davasında,

Başkan,

Robert Spano,

Yargıçlar,

Paul Lemmens,

Işıl Karakaş,

Valeriu Grişco,

Stephanie Mourou-Vikström,

Arnfinn Bårdsen,

Darian Pavli,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 19 Mart 2019 tarihinde gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde, iki Türk vatandaşı olan Yasemin Tarak ("Y. Tarak") ve Birtan Sinan Depe'nin ("B. S. Depe") 20 Eylül 2012 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru (No. 70472/12) bulunmaktadır.

2. Y. Tarak, B. S. Depe'nin annesidir ve ebeveyn yetkisine sahiptir. B. S. Depe'nin başvurunun yapıldığı tarihte reşit olmaması nedeniyle, Y. Tarak, oğlunu ilgilendiren olay ve şikâyetlerden dolayı oğlu adına dava açmıştır. Mahkeme, uygulamaya ilişkin nedenlerle, söz konusu olay ve şikâyetleri bizzat B. S. Depe tarafından sunulduğu şekliyle belirtecektir.

3. Başvuranlar sırasıyla, Gaziantep ve İstanbul Barosuna bağlı avukatlar N. Bulgan ve T. Demir tarafından temsil edilmişlerdir. Türk Hükümeti ("Hükümet") ise kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

4. Başvuranlar özellikle, B. S. Depe'nin sekiz yaşında olduğu sırada, 2001 yılında özgürlüğünden yoksun bırakılmasından şikâyet etmişlerdir.

5. Başvuru, 8 Temmuz 2015 tarihinde Hükümete bildirilmiştir.

OLAY VE OLGULAR

DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuranlar sırasıyla 1967 ve 1993 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedirler.

7. Polis, 26 Ekim 2001 tarihinde, akşamleyin geç saatlerde, aynı gün meydana gelen hırsızlığa ilişkin bir soruşturma kapsamında C.Ö. ve diğer kişilerin evinde aramalar yapmıştır. Bazı çalınan eşyalar bu adreslerde bulunmuş ve bu eşyalara el konulmuştur. Hırsızlığa katıldığından şüphelenilen üçüncü bir kişinin Y. Tarak'ın evinde bulunduğu dair haber alan polis memurları, söz konusu başvuranın evine gitmişlerdir. Hiç kimsenin kapıya cevap vermemesi nedeniyle, polis memurları, 27 Ekim 2001 tarihinde, belirtilmeyen bir saatte, yukarıda belirtilen olayların seyrini özetleyen bir tutanak düzenlemişlerdir. Bu belge, B. S. Depe hakkında herhangi bir bilgi içermemektedir.

8. Y. Tarak'a göre, polisler, evinde bulunmaması nedeniyle komşusu C.Ö.nün evine bırakmış olduğu oğlunu beraberinde götürmüşlerdir. Y. Tarak, iki karakolda da oğlunun durumunu sormuştur, ancak bir netice alamamıştır. Y. Tarak, 28 Ekim 2001 tarihinde yakalanarak Beyoğlu Karakoluna götürüldüğünde, oğlunu bir masanın üzerinde uyurken görmüştür. Çocuk, aynı gün, Y. Tarak Cumhuriyet Savcısı'nın huzuruna çıkarılıncaya kadar Y. Tarak ile birlikte kalmıştır.

A. Beyoğlu Cumhuriyet Savcısı Tarafından Yürütülen Soruşturma

9. Bir avukat tarafından temsil edilen Y. Tarak, 31 Ekim 2001 tarihinde şikâyette bulunmuştur. Y. Tarak, oğlunun polisler tarafından gözetilmesine alındığını, darp edildiğini ve tehdit edildiğini iddia etmiş ve oğlunun psikolojik durumuna ilişkin bir muayene yapılmasını talep etmiştir.

10. B. S. Depe, 1 Kasım 2001 tarihinde, Beyoğlu Cumhuriyet Savcısı ("Cumhuriyet Savcısı") tarafından dinlenmiştir. B. S. Depe, 26 Ekim 2001 tarihinde, saat 23.00 sularında veya gece yarısı, C. Ö.nün evinde bulunduğu sırada, bu evdeki diğer kişilerle birlikte karakola götürüldüğünü belirtmiştir.

A. S. Depe, karakolda annesinin bulunduğu yeri açıklaması için

sorgulandığını ve uzun saçlı bir polis memuru tarafından tokatlandığını ifade etmiştir. B. S. Depe, iki gün boyunca karakolda tutulduğunu ileri sürmüştür.

11. Cumhuriyet Savcısı, 6 Kasım 2001 ile 7 Mart 2003 tarihleri arasında, Emniyet Müdürlüğüne, B. S. Depe'nin özgürlüğünden yoksun bırakılmasından sorumlu polislerin ceza soruşturması kapsamında ifadelerinin alınması amacıyla kendi huzuruna çıkarılmasını sağlaması yönünde talimat vermiştir. Cumhuriyet Savcısı'nın huzuruna çağrılan polis memurları arasında, Emniyet Müdürlüğü Kriminal Dairesi Müdürü, ekip amiri ve başvuranın gözaltına alınmasından sorumlu olan kişi ile 27 Ekim 2001 tarihli tutanağı düzenleyen polisler bulunmaktadır.

12. Cumhuriyet Savcısı'nın talebi üzerine, 12 Kasım 2001 tarihinde, İstanbul Üniversitesi Hastanesinin Psikiyatri Servisi tarafından B. S. Depe'nin psikolojik durumuna ilişkin geçici bir tıbbi rapor düzenlenmiştir. Bu raporda, çocuğun kendisine karşı saldırganlık belirtileri, korku, başkaları tarafından sevilme arzusu ve şefkat gereksinimi gösterdiği belirtilmiştir.

13. Emniyet Müdürlüğü, 4 Ekim 2002 tarihinde, Cumhuriyet Savcısı'na, kayıtlara göre başvuranların gözaltına alınmadıkları yönünde bilgi vermiştir.

14. Cumhuriyet Savcısı, 17 Ekim ve 21 Kasım 2002 tarihlerinde, Emniyet Müdürlüğüne, 27 ve 28 Ekim 2001 tarihleri arasında Kriminal Dairesinde görevde olan polislerin listesini kendisine bildirmesi yönünde talimat vermiştir.

15. Cumhuriyet Savcısı tarafından çağrılan polisler, 9 Ekim 2002 ve 29 Eylül 2003 tarihleri arasında, farklı şehirlere atanmaları nedeniyle istinabe yoluyla dinlenmişlerdir. Söz konusu polisler, haklarında yapılan suçlamaları kabul etmemişler ve aralarından bazıları, reşit olmamış bir kişinin gözaltına alınamayacağını ileri sürmüşlerdir.

16. Cumhuriyet Savcısı, 15 Nisan 2003 tarihinde, yeniden başvuranların ifadelerini dinlemiştir ve başvuranlar olaylara ilişkin anlatımlarını tekrarlamışlardır. Y. Tarak, 28 Ekim 2001 tarihinde karakola götürüldüğünde oğlunu bir polis memurunun masasında uyurken gördüğünü ve oğlunun kendisine, bir önceki günden beri bu yerde tutularak, uzun saçlı bir polis memuru tarafından darp edildiğini ve tehdit edildiğini söylediğini belirtmiştir. Y. Tarak, oğlunun aynı gün kendisi Cumhuriyet

Savcısı'nın huzuruna çıkarılınca kadar kendisinin yanında kaldığını eklemiştir.

17. C. Ö., 17 Haziran 2003 tarihinde, Cumhuriyet Savcısı tarafından tanık olarak dinlenmiştir. Cumhuriyet Savcısı daha önce, söz konusu olaylara ilişkin ifade vermesi için kendisine gönderilen ilk celplere cevap vermeyen C. Ö.nün yakalanması yönünde Emniyet Müdürlüğüne üç kez talimat vermiştir. İfadesini verdiği sırada, C. Ö. özellikle, 26 Ekim 2001 tarihinde, saat 21.00 sularında, Y. Tarak'ın evinden ayrılmasının gerekmesi nedeniyle, arkadaşları ve B. S. Depe ile birlikte kendi evinde bulunduğu sırada, polis memurlarının evine geldiklerini ve hepsini karakola götürdüklerini belirtmiştir. C. Ö., çocuğun ayrı bir odada tutulduğunu belirtmiştir. C.Ö., sorgusunun ardından serbest bırakıldığını ve geceyi karakolda geçirmeden, kısa bir süre sonra bir başka şehre Aksaray'a doğru yola çıktığını eklemiştir.

18. Cumhuriyet Savcısı'nın talebine cevap olarak, İstanbul Üniversitesi Hastanesinin Psikiyatri Servisi 12 Ağustos 2004 tarihinde, nihai tıbbi raporunu sunmuştur (yukarıda 12. paragraf). Bu raporda, 2 ve 13 Kasım 2001 tarihleri arasında yapılan konsültasyonların ve psikiyatrik ve psikometrik takibin sonunda, B. S. Depe'de, travma sonrası ruhsal bozukluk, enürezi (beş yaşın üstündeki çocuklarda veya yetişkinlerde istem dışı ve bilinçsiz bir şekilde uyku sırasında idrar kaçırmayla karakterize edilen bir hastalık) ve enkoprezi (dışkı kaçıрма şekli) semptomlarının teşhis edildiği belirtilmiştir.

19. Ardından, bir diğer Cumhuriyet Savcısı dosyayı devralmıştır. Cumhuriyet Savcısı, 23 Kasım 2004 tarihinde, aşağıda belirtilen polisler hakkında, B. S. Depe'nin yasaya aykırı bir şekilde tutulduğu (yetkiyi kötüye kullanarak özgürlükten yoksun bırakmayı yasaklayan, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu'nun 181. maddesi) ve ilgiliye kötü muamelelerin uygulandığı (kötü muameleleri yasaklayan Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesi) gerekçesiyle bir iddianame düzenlemiştir:

- Birim Amiri Ö. A.;
- Komiser L. T.;
- Arama tutanağını düzenleyen polis memurları R. U., Y. E., N. Ö. ve S.Ö.;
- Gözaltından sorumlu olan kişi M. S.;

- Karakolda bazı tutanakları hazırlayan polis memuru E. K.

B. Beyoğlu Asliye Ceza Mahkemesinde Başlatılan Ceza Yargılaması

20. Beyoğlu Asliye Ceza Mahkemesi ("Asliye Ceza Mahkemesi"), 1 Aralık 2004 tarihinde, sanıkların, ikamet ettikleri illerin mahkemeleri tarafından istinabe yoluyla sorgulanmasına karar vermiştir.

21. İç hukuktaki yargılamada başvuranların avukatı, 15 Mart 2005 tarihli duruşma sırasında, Y. Tarak'ın yakalandığı gün karakola gittiğinde, B. S. Depe'nin de karakolda bulunduğunu belirtmiştir. Başvuranların avukatı, Cumhuriyet Savcısı'nı bu durumdan haberdar ettiğini ve söz konusu Savcı'nın kendisine çocuğun sorumluluğunu üstlenebilecek bir ebeveynin arandığı yönünde cevap verdiğini belirtmiştir.

22. Bu duruşma sırasında, başvuranlar, yargılamaya müdahil taraf olarak kabul edilmişlerdir.

23. Y. Tarak, 7 Mart 2006 tarihli duruşma sırasında, yakalandığı gün, polisler oğlunun karakolda bulunma nedenini sorduğunu belirtmiştir. Y. Tarak, polis memurlarının kendisine çocuğun anne ve babasının bulunmaması sebebiyle çocuğun sorumluluğunun üstlenildiği yönünde cevap verdiklerinde, bu durumu kanıtlayan bir belgenin kendisine sunulmasını talep ettiğini, ancak belgenin sunulmadığını eklemiştir.

24. Asliye Ceza Mahkemesi, 9 Haziran 2006 ve 31 Ekim 2006 tarihlerinde, N. Ö.nün hakkında verilen celp emirlerine rağmen henüz mahkeme huzuruna çıkmaması nedeniyle, N. Ö. hakkında zorla getirme emri çıkarmıştır.

25. Başvuranlar, 7 Mart ve 26 Mayıs 2006 tarihlerinde, Asliye Ceza Mahkemesi tarafından dinlenmişler ve olaylara ilişkin kendi anlatımlarını tekrarlamışlardır.

26. Polis memuru S. Ö., 8 Haziran 2007 tarihinde, Asliye Ceza Mahkemesi tarafından sorgulanmıştır. S. Ö., olay tutanağını imzalayan kişi olmadığını ve bir isim benzerliğinin söz konusu olduğunu belirtmiştir. İlgili polis memurunun bulunması amacıyla 9 Aralık 2008 tarihine kadar Asliye Ceza Mahkemesi ile İdare arasında pek çok yazışma yapılmıştır, ancak bir sonuca varılamamıştır.

27. Başvuran taraf, 7 Nisan 2009 tarihli duruşmada hazır bulunma-

miştir.

28.2005 ve 2009 tarihleri arasında yapılması öngörülen birçok duruşma, bazı sanıkların mahkeme huzuruna çıkarılmaması ve Asliye Ceza Mahkemesi tarafından gerekli bilgilerin beklenmesi gibi gerekçelerin de dâhil olduğu farklı gerekçeler nedeniyle ertelenmiştir.

29. Aynı süre boyunca, diğer sanıklar, istinabe yoluyla farklı mahkemeler tarafından dinlenmişlerdir. Söz konusu polisler, haklarında yapılan suçlamaları kabul etmemişler ve aralarından bazıları, reşit olmamış bir kişinin gözaltına alınamayacağını ileri sürmüşlerdir.

30. Asliye Ceza Mahkemesi, 4 Aralık 2009 tarihinde, kamu davasının zamanaşımına uğraması nedeniyle yargılamanın sona erdirilmesine karar vermiştir. Asliye Ceza Mahkemesi özetle, kötü muamele suçlamasına ilişkin olarak, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan eski Türk Ceza Kanunu'nun, ceza sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresinin yedi yıl altı ay olarak hesaplanmasına imkân verdiğini ve bu sürenin olayların meydana geldiği 27 ve 28 Ekim 2001 tarihlerinde işlemeye başlaması nedeniyle sona erdiğini belirtmiştir.

31. Aynı gün, başvuranlar temyiz başvurusunda bulunmuşlardır. Başvuranların avukatı, dilekçesinde kısaca, ihtilaf konusu kararın "kanuna ve usule aykırı olduğunu ve bozulması gerektiğini" ifade etmiştir.

32. Yargıtay, 23 Mayıs 2012 tarihinde, Asliye Ceza Mahkemesinin kararını onamıştır.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK KURALLARI

B. Ceza Zamanaşımı

33. Olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan (765 sayılı) eski Türk Ceza Kanunu'nun somut olaya ilişkin hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 102

"Kanunda başka türlü yazılmış olan ahvalin maadasında huku-ku amme davası:

(...) 3. Beş seneden ziyade ve yirmi seneden az ağır hapis veya beş seneden ziyade hapis yahud hidematı ammeden müebbeden mahrumiyet cezalarından birini müstelzim cürümlerde on sene,

4. Beş seneden ziyade ve yirmi seneden az ağır hapis veya beş seneden ziyade hapis yahud hidematı ammeden müebbeden mahrumiyet cezalarından birini müstelzim cürümlerde on sene,”

Madde 104

“Hukuku amme davasının müruru zamanı, mahkûmiyet hükümü yakalama, tevkif, celb veya ihzar müzekkereleri, adli makamlar huzurunda maznunun sorguya çekilmesi, maznun hakkında son tahkikatın açılmasına dair olan karar veya C. müddeiumumisi tarafından mahkemeye yazılan iddianame ile kesilir.

Bu halde müruru zaman, kesilme gününden itibaren yeniden işlemeğe başlar. Eğer müruru zamanı kesen muameleler müteaddid ise müruru zaman bunların en sonuncusundan itibaren tekrar işlemeğe başlar. Ancak bu sebepler müruru zaman müdetini 102 nci maddede ayrı ayrı muayyen olan müddetlerin yarısının ilavesiyle baliğ olacağı müddetten fazla uzatamaz.”

Madde 117

“Gerek dava ve gerek ceza müruru zamanı resen tatbik olunur ve bundan ne maznun ve ne de mahkûm vazgeçemezler.”

Madde 243

“Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikâyet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikâyet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.”

Madde 245

“Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabıta ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalde başka surette bir kimse hakkında suimuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylese üç aydan beş seneye kadar hapis ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet ce-

zaları ile cezalandırılır. (...)"

B. Özgürlükten Yoksun Bırakma ve Zorlama

34.Eski Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesi, özel kişiler tarafından özgürlükten yoksun bırakma suçu için beş yıla kadar ağır hapis cezasını öngörmekteydi. 181. madde, yetkiyi kötüye kullanarak gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakmayı üç yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırmaktaydı.

35.188. madde, yetkiyi kötüye kullanarak gerçekleştirilen özgürlükten yoksun bırakmayı üç yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırmaktaydı. Söz konusu maddeler, sırasıyla fail tarafından elde edilen sonuca veya ağırlaştırıcı koşulların varlığına bağlı olarak beş ve sekiz yıla kadar cezaları öngörmekteydi (188. maddeye göre, ateşli silahların kullanımı, yüzün gizlenmesi ve teröre yol açan işaretlerin kullanımı söz konusudur).

36.1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren (5237 sayılı) yeni Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinin 1. fıkrası, özgürlükten yoksun bırakma için beş yıla kadar ağır hapis cezasını öngörmektedir. Söz konusu maddenin 3. fıkrasının (c) ve (d) bentlerinde, suçun göreviyle bağlantılı olarak veya yetkiyi kötüye kullanarak bir memur tarafından işlenmesi halinde, cezanın iki katına çıkarıldığı belirtilmektedir.

C. Temyiz Başvurusu

37.(1412 sayılı) Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 320. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Temyiz Mahkemesi, temyiz istida ve layihasında irat olunan hususlar ile temyiz talebi usule ait noksanlardan dolayı olmuş ise temyiz istidasında bu cihete dair beyan edilecek vakıalar hakkında tetkikler yapabileceği gibi hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder."

38.Konuya ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Kanun) ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 288:

- (1) Temyiz, ancak hükmün hukuka aykırı olması nedeniyle dayanır.
- (2) Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır.

Madde 289:

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.

Madde 301

“Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusun-

da bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar.”

Madde 302

“(1) Bölge adliye mahkemesinin temyiz olunan hükmünün Yargıtayca hukuka uygun bulunması hâlinde temyiz isteminin esastan reddine karar verilir.

(2) Yargıtay, temyiz edilen hükmü, temyiz başvurusunda gösterilen, hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle bozar. Bozma sebepleri ilâmda ayrı ayrı gösterilir.

(3) Hüküm, temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulduğunda, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykırılık hâlleri de ilâmda gösterilir.

(4) Hükmün bozulmasına neden olan hukuka aykırılık, bu hükme esas olarak saptanan işlemlerden kaynaklanmış ise, bunlar da aynı zamanda bozular.

(5) 289 uncu Madde hükümleri saklıdır.

D. Ceza Sorumluluğu Yaşı ve Korunması Gereken Bir Küçüğün

Sorumluluğunun Üstlenilmesi

39.Olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan eski Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi, ceza sorumluluğu yaşını on bir olarak belirlemiştir. Olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan 23480 sayılı Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 18. maddesinde, on bir yaşından küçük olan çocukların suçun bir yıldan fazla bir hapis cezasını gerektirdiği durumlar haricinde yakalanamayacağı ve bu durumda yapılacak işlemin çocuğun yaşının belirlenmesiyle ve kimliğinin doğrulanmasıyla sınırlı olması gerektiği belirtilmektedir. Çocuk, bu işlemin hemen ardından serbest bırakılmalıdır ve olayların tespitine ilişkin çalışmalara katılamayacaktır. Çocuğun kimliği ve işlenen suç, yetkili mahkemenin başkanından koruma tedbirlerini talep etmesi gereken Cumhuriyet Savcısı'na hemen iletilmektedir. Olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan Çocuk Mahkemeleri Hakkında 2253 sayılı Kanun'un 10 ve 11. maddelerinde, on bir yaşından küçük çocuklar hakkında herhangi bir adli soruşturmanın başlatılmayacağı belirtilmekte-

dir. Çocuk tarafından işlenen suçun bir yıldan fazla bir hapis cezasını gerektirdiği durumlarda, ebeveynler ya da vasiler, çocuğun korunması ve bakımı için gereken tedbirleri almaya davet edilmektedirler ve bunun yerine getirilmemesi halinde, çocuk sırasıyla koruyucu bir aileye, yurda ya da benzeri sosyal hizmetlere, devlet eğitim kurumlarına veya çocuğun kişiliğine bağlı güçlüklerin olması durumunda, hastanelere veya çocuklara yönelik devlet kurumlarına veya özel kurumlara yerleştirilmektedir.

40.Halen yürürlükte olan Türk Ceza Kanunu'nun 31. maddesinde, ceza sorumluluğu yaşı on iki olarak belirtilmektedir. Daha önceki fıkrada belirtilenlere benzer olan hükümler, 25832 sayılı Yönetmelik ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda yeniden ele alınmaktadır. Aynı tedbirler, her türlü kamu makamının ya da çocuktan sorumlu olan herkesin talebi üzerine, bu Kanun (3. madde) anlamında "korunması gereken bir çocuk" olarak değerlendirilen bütün küçükler için uygulanmaktadır (madde 6). Koruma tedbirleri hakkındaki kararlar, çocuk hâkimi tarafından verilmektedir (madde 7).

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

41.Başvuran, özgürlüğünden yoksun bırakılmasının kendi ifadesine göre yasaya aykırı niteliğinden şikâyet etmekte ve Sözleşme'nin 5. maddesini ileri sürmektedir.

42.Mahkeme, başvuranın şikâyetinin Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası açısından incelenmesine karar vermektedir. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

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

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

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması; (...).”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

43.Hükümet, başvuranın, kendi iddialarına göre, 28 Ekim 2001 tarihinde serbest bırakıldığı gerekçesiyle bu şikâyetin geç sunulduğu ve bu tarihin davaya ilişkin koşullarda altı aylık sürenin başlangıç noktasını teşkil ettiği kanaatine varmaktadır. Öte yandan, Hükümet, bir avukat tarafından temsil edilen başvuranların 28 Kasım 2008 tarihli duruşma sırasında veya, bunun söz konusu olmaması halinde, Asliye Ceza Mahkemesi tarafından zamanaşımının daha önce tespit edilmesi nedeniyle Yargıtay'ın kararından önce soruşturmanın etkin olmadığına farkına varmaları gerektiği kanısına varmaktadır.

44.Başvuran, Hükümet tarafından dile getirilen itiraz hakkında herhangi bir görüş sunmamaktadır.

45.Mahkeme, itirazın birinci yönüne ilişkin olarak, hem başvuruların şikâyetinin hem de Cumhuriyet Savcısı tarafından polisler hakkında düzenlenen iddianamenin Birtan Sinan Depe'nin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıyla ilgili olduğunu kaydetmektedir (yukarıda 9 ve 19. paragraflar). Mahkeme dolayısıyla, bu bağlamda bir yargılamanın mevcut olduğu ve Hükümet tarafından ileri sürülen aksine, ilgilinin serbest bırakılma tarihinin altı aylık sürenin başlangıç noktası olarak ele alınmasına imkân veren herhangi bir unsurun bulunmadığı kanaatine

varmaktadır. Mahkeme, 3 ve 5. maddelerde belirtilen yasaklamalar söz konusu olduğunda, şikâyette bulunma yolunun, Türk hukuku bağlamında, Sözleşme'nin 35. maddesi uyarınca uygun ve yeterli bir başvuru yolu teşkil edebileceğini hatırlatmaktadır (*Hüseyin Yıldırım/Türkiye*, No. 2778/02, § 63, 3 Mayıs 2007). Aynı yaklaşım için ayrıca bakınız, *K.-F./Almanya*, 27 Kasım 1997, §§ 47-52, *Karar ve Hükümlerin Derlemesi* 1997-VII). Bu koşullarda, Mahkeme, itirazın birinci yönünün reddedilmesi gerektiği kanısına varmaktadır.

46. Mahkeme, itirazın ikinci kısmına ilişkin olarak, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen altı aylık sürenin birinci amacının hukuki güvenliği sağlamak ve Sözleşme bakımından sorunlar ileri süren davaların, ilgili makam ve diğer kişilerin uzun bir süre boyunca belirsizlik içinde kalmalarını engelleyerek, makul bir süre içinde incelenmesini sağlamak olduğunu hatırlatmaktadır. Ayrıca bu kural, potansiyel başvurana, başvuruda bulunma imkânını değerlendirebilmesi ve gerektiği takdirde, sunulması gereken kesin şikâyet ve argümanları belirleyebilmesi için yeterli bir düşünme süresi sunmaktadır. Bu kural, bir davada olayların tespit edilmesini kolaylaştırmaktadır, zira zamanla, ileri sürülen sorunların hakkaniyete uygun olarak incelenmesi sorun yaratabilecektir (*Sabri Güneş/Türkiye* [BD], No. 27396/06, § 39, 29 Haziran 2012, ve bu paragrafta yer alan atıflar).

47. Potansiyel başvurular, ceza soruşturmasının ilerleme durumu nu özenli bir şekilde araştırmalıdır. Söz konusu başvurular, etkin bir soruşturmanın yürütülemeyeceği açıkça anlaşıldığında harekete geçmelidirler. Başvurulara ait olan özen yükümlülüğü, birbiriyle yakından ilişkili olsa da iki ayrı yöne sahiptir: Bir yandan, ilgililer, soruşturmanın ilerlemesi hakkında yerel makamlar nezdinde ivedilikle araştırma yapmalıdırlar ve diğer yandan, başvuruların bu aşamaya hangi tarihte ulaşıldığının tespit edilmesinin, muhakkak dava koşullarına bağlı olduğunu ve tam olarak belirlenmesinin zorluğunu dikkate alarak, soruşturmanın etkin olmadığına farkına vardıklarında ya da bu durumun farkına varmaları gerektiğinde Mahkemeye ivedilikle başvurmaları gerekmektedir (*Mocanu ve diğerleri/Romanya* [BD], No. 10865/09 ve diğer 2 başvuru, §§ 262-269, AIHM 2014 (özetler), ve bu paragraflarda yer alan atıflar).

48. Somut olayda, Mahkeme, başvuruların hukuki yönden, kamu davasının zamanaşımına uğradığı yönündeki tespite karşı temyiz başvurusunda bulunma imkânına sahip olduklarını ve başvurularının yüksek mahkeme tarafından şekil yönünden kabul edildiğini gözlemle-

mektedir. Dolayısıyla başvurular, bu türden bir başvuruda bulunmakla ya da bu başvurunun sonucunu beklemekle suçlanamayacaklardır. Bununla birlikte, Hükümet, Yargıtay'ın ceza zamanaşımını tespit eden bir kararı bozmasının yasal olarak engellendiğini belirtmemektedir (ayrıca bk., "İlgili İç Hukuk Kuralları" başlıklı kısımda, yukarıda 37. paragrafta yer alan "Temyiz Başvurusu" başlıklı kısım). Mahkeme dolayısıyla, itirazın bu kısmını da reddetmektedir.

49. Mahkeme, bu şikâyetin, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve öte yandan, başka herhangi bir kabul edilemezlik gerekçesiyle bağdaşmadığını tespit ederek, kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

B. Esas Hakkında

50. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasına ilişkin genel ilkelerle ilgili olarak, Mahkeme, *S., V. ve A./Danimarka* [BD], No. 35553/12 ve diğer 2 başvuru, §§ 73-77, 22 Ekim 2018) kararına atıfta bulunmaktadır.

51. Hükümet, iddia edilen olayların ulusal yargı makamları tarafından tespit edilmediği kanısına varmaktadır. Hükümet, Sözleşme'nin 3, 5 ve 8. maddelerine ilişkin ilgili içtihadın farkında olduğunu belirterek, Mahkemeyi öncelikle bu olayların gerçekleşip gerçekleşmediğini belirtmeye davet etmektedir.

52. Mevcut davanın kendine özgü koşullarında, Mahkeme, başvuranın karakolda tutulup tutulmadığını tespit etmelidir. Bu bağlamda, Mahkeme, gerçekte tutulmanın söz konusu olmadığı ancak bir kişinin makamların kontrolü altında bir yere girdiğinin ve bu tarihten sonra bir daha görülmediğinin tespit edilmesinin mümkün olduğu durumlarda, söz konusu yerde nelerin yaşandığı hakkında makul bir açıklama sunma ve bu kişinin makamlar tarafından tutulmadığını, ancak söz konusu yerden ayrıldığını tespit etme görevinin Hükümete ait olduğunu belirttiğini hatırlatmaktadır (*Varnava ve diğerleri/Türkiye* [BD], No. 16064/90 ve diğer 8 başvuru, §§ 183-184, AİHM 2009, *Hassan/Birleşik Krallık* [BD], No. 29750/09, § 49, AİHM 2014).

53. Mahkeme aynı zamanda, bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılıp bırakılmadığını tespit etmek için, kişinin somut durumundan yola çıkılması ve dikkate alınan tedbirin türü, süresi, etkileri ve uygulanma koşulları gibi kişinin özel durumuna özgü kriterlerin tamamının dikkate alınması gerektiğini hatırlatmaktadır. Özgürlükten yoksun bırakma ve

özgürlüğü kısıtlama arasında yapılması gereken ayırım nitelikte ya da özünde değil, yalnızca derece veya yoğunluktadır. Bu kategorilerden birinde ya da diğerinde bir sınıflandırma yapılması bazen zordur, zira bazı marjinal durumlarda yalnızca bir takdir meselesi söz konusudur, ancak Mahkeme Sözleşme'nin 5. maddesinin uygulanabilirliği veya uygulanamazlığı hususundaki bir seçimi bertaraf edemeyecektir (*Guzzardi/İtalya*, 6 Kasım 1980, §§ 92-93, A serisi No. 39, ve *H.L./Birleşik Krallık*, No. 45508/99, § 89, AİHM 2004-IX).

54.Somut olayda, Mahkeme, Y. Tarak'ın bulunmaması nedeniyle Birtan Sinan Depe'ye bakan komşu C. Ö.nün evinde 26 Ekim 2001 tarihini 27 Ekim'e bağlayan gece polislerin bulunmasının taraflar arasında tartışma konusu yapılmadığını gözlemlemektedir. Mahkeme, polisler tarafından düzenlenen tutanağın ayrıca bu durumu kanıtladığını kaydetmektedir (yukarıda 7. paragraf).

55.Mahkeme, C.Ö.nün de bizzat Birtan Sinan Depe gibi, Cumhuriyet Savcısı'nın huzurunda, çocuğun karakola götürüldüğünü ileri sürdüğünü belirtmektedir. Mahkeme dolayısıyla, ilgililer tarafından belirtilen olayların 28 Ekim 2001 tarihine kadar 26 Ekim'i 27 Ekim'e bağlayan geceden itibaren meydana geldiği kanısına varmaktadır.

56.Mahkeme, C. Ö.ye göre, Birtan Sinan Depe'nin karakolun bir başka odasında tutulduğunu kaydetmektedir. C. Ö. de karakolda geceyi geçirmeden ifadesinin alınmasının ardından serbest bırakıldığını ve kısa bir süre sonra şehirden ayrıldığını belirtmiştir (yukarıda 17. paragraf).

57.Mahkeme ardından, iç hukuktaki yargılamada başvuruların avukatının da B. S. Depe'nin karakolda bulunup bulunmadığına ilişkin bir ifade verdiğini belirtmektedir. Söz konusu avukat gerçekte, Asliye Ceza Mahkemesi önündeki 15 Mart 2005 tarihli duruşma sırasında, Y. Tarak'ın yakalanmasının ardından kendisiyle görüşmek için 28 Ekim 2001 tarihinde karakola gittiğinde B. S. Depe'nin de karakolda bulunduğunu belirtmiştir. Başvuruların avukatı, söz konusu dönemdeki Cumhuriyet Savcısı'nı bu durumdan haberdar ettiğini ve Savcı'nın kendisine çocuğun sorumluluğunu üstlenebilecek bir ebeveynin arandığı yönünde cevap verdiğini ileri sürmüştür (yukarıda 21. paragraf).

58.Mahkeme bununla birlikte, her türlü olasılığa karşın ve polisleri suçlayan başvuruların, avukatın ve Cumhuriyet Savcısı'nın iddialarına rağmen, polislerin B. S. Depe'nin hiçbir zaman karakolda bulunmadı-

ğını ima ederek, gözaltına alınmadığını belirttiklerini kaydetmektedir.

59.Oysa Mahkeme, B. S. Depe'nin 26 Ekim 2001 tarihini 27 Ekim'e bağlayan gece karakola götürüldüğü yönündeki iddialarla veya ilgilinin 28 Ekim 2001 tarihinde karakolda bulunduğu yönündeki, iç hukuktaki yargılamada başvuranların avukatının iddiasıyla çelişen herhangi bir unsur tespit etmemektedir. B. S. Depe'nin 28 Ekim 2001 tarihinden önce karakoldan ayrıldığını, örnek olarak C. Ö. veya bir başka sorumlu komşu, bir ebeveyn veya akraba tarafından çocuğun sorumluluğunun üstlenilmesi halinde, bu durumun söz konusu olabileceğini belirten herhangi bir unsur da bulunmamaktadır. Mahkeme ayrıca, Hükümetin örnek olarak, B. S. Depe'nin karakola gelmesinin ardından bir çocuk kurumuna ya da benzer bir makama makul bir süre içinde sevk edildiğini belirten herhangi bir belge ya da ifade sunmadığını tespit etmektedir. Ayrıca bir küçüğün karakolda bulunup bulunmadığı hakkında nöbetçi Cumhuriyet Savcısı'na bir görüş sunulmadığını belirtebilecek herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Mahkeme ayrıca, dosyanın, avukatın çocuğun karakolda bulunup bulunmadığı hakkında ertesi gün yukarıda belirtilen konuşmayı yaptığı Cumhuriyet Savcısı'nın görüşünün Asliye Ceza Mahkemesi tarafından alınıp alınmadığının belirtilmesine imkân vermediğini ifade etmektedir (yukarıda 21. paragraf).

60.Mahkeme, yukarıda ifade edilenleri dikkate alarak, resmi bir gözaltının söz konusu olup olmadığı hususu üzerinde durmaksızın, söz konusu tarihte sekiz yaşında olan B. S. Depe'nin polis memurları tarafından karakola götürüldüğü ve annesi Y. Tarak gelinceye kadar en azından 27 Ekim'den 28 Ekim 2001 tarihine kadar tek başına karakolda tutulduğu sonucuna varılmasını sağlayan tutarlı ve kesin pek çok unsurun bulunduğu kanaatine varmaktadır.

61.Dolayısıyla, B. S. Depe'nin kişisel durumu çok küçük yaşta olmasıyla ve karakola geldikten sonra kendisine refakat edilmemesiyle nitelendirilmekteydi. Bu nedenle, sekiz yaşında olan başvuran karakolda tek başına bırakılmış ve savunmasız bir durumda kalmıştır. Bu türden koşullarda Mahkeme, B. S. Depe'nin karakoldan tek başına ayrılmasının beklenememesi nedeniyle, kapalı, korunan ve izinsiz her türlü çıkışın yasak olduğu bir binada bulunup bulunmadığını incelememiştir. Mahkemeye göre, bu unsurlar açıkça Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası anlamında özgürlükten yoksun bırakma olarak yorumlanmaktadır.

62.Mahkeme, Hükümetin söz konusu özgürlükten yoksun bırakmanın bu hükümle izin verilen meşru amaçlardan birini izleyip izlemediği hakkında herhangi bir görüş sunmadığını gözlemlenmektedir. Dosya, bu türden bir durumun söz konusu olduğunun belirtilmesini sağlayan herhangi bir unsur içermemektedir (bir küçüğün yetkili bir mahkeme tarafından mahkûm edilmesinin ardından tutuklanması hakkında bk., *T./Birleşik Krallık* [BD], No. 24724/94, §§ 7-9, 19, 27, 101-104, 16 Aralık 1999). Sonuç olarak, Mahkeme, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılmasının keyfi olduğu kanısına varmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 3. MADDESİ HAKKINDA

63.B. S. Depe, Sözleşme'nin 3. maddesini ileri sürerek, polis tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılmasından ve bunun psikolojik durumu üzerinde zararlı etkilere yol açmasından şikâyet etmektedir. B. S. Depe aynı zamanda, hırsızlıkla bir bağlantısı olduğundan şüphelenilen annesinin nerede bulunduğunu belirtmesi için darp edildiğini ve tehdit edildiğini iddia etmektedir.

64. Aynı hüküm açısından, Y. Tarak, sekiz yaşında olan oğlunun nerede olduğunu bilmemesinden kaynaklanan endişe nedeniyle duyduğu manevi ızdırap sebebiyle insanlık dışı bir muameleden dolayı mağdur olduğu kanaatine varmaktadır.

65.Başvuranlar, Sözleşme'nin 6. maddesine dayanarak, şu hususlardan şikâyet etmektedirler:

-Başvuranın gözaltına alınmasından sorumlu olan kişilerin tespit edilmesini ve cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte etkin bir soruşturmanın yapılmaması;

- Herhangi bir yüzleştirme işleminin düzenlenmemesi;

-Polis memuru S. Ö.yü tespit etmek için grafolojik bir incelemenin yapılmaması;

-Yargılamanın çok uzun sürmesi ve makamların özen göstermeleri nedeniyle ceza sorumluluğunun zamanaşımına uğraması.

66.Mahkeme öncelikle, başvuranların hukuk mahkemesinde maddi tazminat talebinde bulunmaksızın ve bunu yapma hakkını saklı tutmaksızın ceza davasında müdahil taraf olduklarını tespit etmektedir.

Ayrıca, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren, devam eden ceza yargılaması kapsamında hukuk davasının açılması bundan böyle mümkün değildir. Bu koşullarda, Mahkeme, başvuranların, medeni haklarını korumak veya tazmin etmek için değil, yalnızca sanıkların mahkûm edilmelerini sağlamak amacıyla müdahil taraf olma taleplerini sundukları sonucuna varmaktadır. Dolayısıyla, Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulanmadığı kanaatine varmaktadır (bk., *Beyazgül/Türkiye*, No. 27849/03, § 44, 22 Eylül 2009, ve *Ciddi/Türkiye*, (k.k.), No. 7280/13, §§ 24-25, 13 Mart 2018).

67. Bu nedenle, Mahkeme, bir şikâyetin iki unsur içerdiğini hatırlatmaktadır: Olgusal iddialar ve hukuki gerekçeler. Mahkeme, *jura novit curia* (hâkim hukuku kendiliğinden uygular) ilkesi uyarınca, Sözleşme ve Protokolleri gereğince başvuranlar tarafından ileri sürülen hukuki gerekçelerle sınırlı kalmamakta ve bir şikâyeti, başvuranlar tarafından ileri sürülenler dışındaki Sözleşme maddeleri ya da hükümleri kapsamında inceleyerek, bu şikâyete konu edilen olaylara ilişkin yapılacak hukuki nitelendirme hususunda karar verebilmektedir (*Radomilja ve diğerleri/Hırvatistan* [BD], No. 37685/10 ve 22768/12, § 126, 20 Mart 2018). Somut olayda, Mahkeme, başvuranların şikâyetlerinin tamamının Sözleşme'nin 3. maddesi açısından incelenmesinin uygun olduğu kanaatine varmaktadır. Söz konusu madde aşağıdaki şekildedir:

“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

68. Hükümet, başvuranların iddialarına karşı çıkmaktadır. Ayrıca Hükümet, başvurunun bu kısmıyla ilgili olarak, başvuranların zamanaşımının Asliye Ceza Mahkemesi tarafından daha önce tespit edilmesi nedeniyle Yargıtay kararından önce soruşturmanın etkin olmadığını farkına varmaları gerektiği kanaatine varmaktadır. Bunun yanı sıra Hükümet, başvurunun temelinde yer alan ve iddia edilen olayların tespit edilmediği kanısına varmaktadır.

69. Başvuranlar, Hükümet tarafından dile getirilen itiraz hakkında herhangi bir görüş sunmamaktadırlar.

70. Mahkeme, yukarıda belirtilen 48. paragrafa atıfta bulunmaktadır ve aynı gerekçeyle Hükümetin itirazını reddetmektedir. Bununla birlikte, Mahkeme, başvurunun bu kısmının aşağıda yer alan gerekçelerle kabul edilemez olduğu kanaatine varmaktadır.

A. İlgili Genel İlkeler

71. *Mahkeme*, El-Masri /Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti ([BD], No. 39630/09, §§ 182-185 ve 195-198, AİHM 2012), *Mocanu* ve *diğerleri* (yukarıda anılan karar, §§ 314-326) ve *Bouyid/Belçika* ([BD],- No. 23380/09, §§ 81-90 ve 114-123, AİHM 2015) kararlarında belirtilen genel ilkelere atıfta bulunmaktadır.

72. Mahkeme, kötü bir muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girmesi için asgari ağırlık seviyesine ulaşması gerektiğini hatırlatmaktadır. Bu asgari eşiğin değerlendirilmesi görecelidir; bu değerlendirme, davaya ilişkin verilerin tamamına, özellikle muamelenin süresine ve fiziksel veya zihinsel etkilerine, bazen de mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi unsurlara bağlıdır (yukarıda anılan *Bouyid* kararı, § 81, ve *Mursic/Hırvatistan* [BD], No. 7334/13, § 97, 20 Ekim 2016).

B. Genel İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

1. Başvuranın Özgürlüğünden Yoksun Bırakılması

73. Mahkeme yukarıda daha önce, B. S. Depe'nin Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasını ihlal edecek şekilde özgürlüğünden yoksun bıraktığı sonucuna vardığını hatırlatmaktadır (54-62. paragraflar). Mahkeme, yalnızca özgürlükten yoksun bırakmanın Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olup olmadığı hususunda, başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakıldığı bu süre boyunca içinde bulunduğu maddi koşullardan şikâyet etmediğini kaydetmektedir. Dosya, İstanbul Üniversitesi Hastanesinin tıbbi raporunda belirtilen psikolojik sekellerin (yukarıda 18. paragraf) objektif olarak, karakolda geçirilen süreye bağlı olabileceğinin belirtilmesini sağlayan herhangi bir unsur içermemektedir. Dolayısıyla, Mahkeme, insanlık dışı bir muameleyi nitelendirmek için gereken ağırlık eşiğine, yalnızca başvuranın özgürlüğünden yoksun bırakılması nedeniyle somut olayda ulaşılmadığı kanısına varmaktadır. Sonuç olarak, bu şikâyet açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca reddedilmelidir (ülkede yasa dışı olarak kalan yetişkinlere yönelik kapalı bir merkezde yaklaşık iki ay boyunca refakatçi olmadan beş yaşında bir çocuğun idari olarak tutulmasıyla ilgili olarak, *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga/Belçika* kararıyla karşılaştırınız, No. 13178/03, §§ 50-58, AİHM 2006-XI, ve uygun olmayan koşullarda refakatçiyle birlikte çocukların idari olarak tutulmasına ilişkin iddialarla ilgili olarak bk., *Muskhadzhiyeva ve diğer*

leri/Belçika, No. 41442/07, §§ 55-63, 19 Ocak 2010, ve *Popov/Fransa*, No. 39472/07 ve 39474/07, §§ 91-103, 19 Ocak 2012).

2. Tokat ve Tehdit İddiası

74. B. S. Depe, “uzun saçlı” bir polis memuru tarafından kendisine tokat atılmasından ve tehdit edilmesinden şikâyetçi olmaktadır.

75. Mahkeme, Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı kötü muamele

iddialarının uygun delil unsurlarıyla desteklenmesi gerektiğini hatırlatmaktadır. Mahkeme, iddia edilen olayların tespit edilmesi için, “makul her türlü şüphenin ötesinde” delil kriterinden yararlanmaktadır; bununla birlikte, bu türden bir delil, yeterince ağır, somut ve uyumlu birtakım ipuçlarından veya aksi kanıtlanmamış karinelere çıkarılabilmektedir. Bu hususla ilgili olarak, Mahkeme, söz konusu olayların, tamamen ya da büyük ölçüde, gözaltında bulunan kendi kontrolleri altındaki kişilerin durumunda olduğu gibi, yalnızca makamların bilgisi dâhilinde olması halinde, bu süre boyunca meydana gelen her türlü yaralanmanın güçlü fiili karinelere yol açtığını belirtmiştir. Bu durumda ispat yükü Hükümete düşmektedir: Mağdurun anlatımı hakkında şüphe uyandıran olayları tespit eden delilleri sunarak tatmin edici ve ikna edici bir açıklama sunma görevi Hükümete aittir. Mahkeme, bu türden bir açıklama yapılmadığında, Hükümetin aleyhine olabilecek sonuçlar çıkarma hakkına sahiptir. Bu durum, gözaltına alınan kişilerin hassas bir durumda bulunmalarıyla ve makamların bu kişileri korumakla yükümlü olmalarıyla haklı gösterilmektedir (yukarıda anılan *Bouyid* kararı, §§ 82-83, ve burada yer alan atıflar).

76. Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlalden dolayı mağdur olduklarını belirten kişiler, söz konusu olan karineden yararlanmak için, daha önce polisin ya da benzer bir yetkilinin ellerinde buldukları sırada kötü muamelenin izlerini taşıdıklarını kanıtlamalıdır. Mahkemenin incelemesine sunulan pek çok davanın gösterdiği üzere, bu kişiler çoğunlukla söz konusu amaçla, Mahkemenin önemli bir delil değeri olduğunu kabul ettiği, yaraları veya darp izlerini belirten tıbbi belgeleri sunmaktadırlar (yukarıda anılan *Bouyid* kararı, § 92).

77. Somut olayda, Mahkeme, başvuruların 28 Ekim 2001 tarihinde serbest bırakılmalarına rağmen, iddia edilen tokattan muhtemelen bahsedebilecek bir tıbbi rapor elde etmeye çalışmadıklarını kaydetmektedir. Dosyada, bu bağlamda bir delil başlangıcı teşkil edebilecek nite-

likte herhangi bir unsur da yer almamaktadır. Dolayısıyla, Mahkemenin bu iddianın dayanaklı olduğunu belirtmesini sağlayacak herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Sonuç olarak, bu şikâyet aynı zamanda açıkça dayanaktan yoksun olup, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca reddedilmelidir.

3. Başvuranın Endişesi

78. Mahkeme, bir ebeveynin çocuğuna uygulanan kötü muamelelerden dolayı mağdur olup olmadığı hususunun, ebeveynin duyduğu acıya, mağduru yakınları için kaçınılmaz olarak değerlendirilebilecek duygusal sıkıntıdan ayrı bir boyut ve nitelik kazandıran özel faktörlerin varlığına bağlı olduğunu yeniden ifade etmektedir. Bu faktörler arasında, akrabalık yakınlığı- bu bağlamda, ebeveyn-çocuk bağına öncelik verilecektir- ilişkinin kendine özgü koşulları, ebeveynin söz konusu olaylara hangi ölçüde tanık olduğu ve makamların ebeveynin şikâyetlerine tepki verme şekli yer almaktadır. Bu türden bir ihlalin özü, makamların kendilerine bildirilen durum karşısındaki tepki ve davranışlarında bulunmaktadır. Özellikle, bu son unsur bakımından bir ebeveyn, makamların davranışından dolayı doğrudan mağdur olduğunu ileri sürebilmektedir (yukarıda anılan *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga* kararı, §§ 61-62).

79. Somut olayda, Mahkeme daha önce yeniden, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası açısından B. S. Depe'nin karakolda bulunması karşısında ulusal makamların uygun bir tepki vermediklerini tespit ettiğini ve bu hükmün ihlal edildiği sonucuna vardığını vurgulamaktadır (yukarıda 54-62. paragraflar). Mahkeme, Y. Tarak'ın anne olarak sekiz yaşında olan oğlunun en azından bir gün boyunca tutulması nedeniyle endişe duyduğundan şüphe etmemektedir. Bununla birlikte, davanın koşulları, Mahkemenin Sözleşme'nin 3. maddesinin gerektirdiği ağırlık eşliğine somut olayda ulaşıldığını belirtmesine imkân vermemektedir. Sonuç olarak, bu şikâyet aynı zamanda açıkça dayanaktan yoksun olup, Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca reddedilmelidir.

4. Ceza Soruşturması

80. Başvuranlar ayrıca, ceza sorumluluğunun zamanaşımına uğradığının tespit edilmesiyle sonuçlanan soruşturmanın etkin olmamasından şikâyet etmektedirler.

81. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin esas yönüyle ilgili

şikâyetlerin kabul edilemezliğine ilişkin yukarıda vardığı sonuçlar ışığında, başvuran tarafın kendi içtihadı anlamında savunulabilir bir şikâyet ileri süremediği kanısına varmaktadır. Sonuç olarak, etkin bir soruşturma yürütme yönündeki pozitif yükümlülük, mevcut davaya ilişkin koşullarda ulusal makamlara yüklenmemiştir (*Malinovskis/Letonya* (k.k.), No. 48435/07, § 53, 4 Mart 2014, ve *Öcalan/Türkiye* (k.k.), No. 12261/10, §§ 34-35, 4 Eylül 2018).

82. Mahkeme, yukarıda belirtilenleri dikkate alarak, başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olduğu ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendi ve 4. fıkrası uyarınca reddedilmesi gerektiği kanaatine varmaktadır.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

83. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Eğer Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırmaya çalışıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

84. Başvuranların her biri, bireysel olarak maruz kaldıklarını düşündükleri manevi zarar bağlamında 75.000 Türk lirası (TRY) (talebin yapıldığı 4 Mart 2016 tarihinde uygulanabilir döviz kuruna göre yaklaşık 23.500 avro) talep etmektedir.

85. Hükümet, bu talepleri kabul etmemektedir.

86. Mahkeme, bu süre zarfında reşit olan B. S. Depe bakımından Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği yönünde vardığı sonucu göz önünde bulundurarak, ilgiliye manevi zarar bağlamında 7.500 avro ödenmesi gerektiği kanısına varmaktadır.

B. Masraf ve Giderler

87. Başvuranlar ayrıca, ulusal mahkemeler ve Mahkeme önünde yapmış oldukları masraf ve giderler karşılığında 11.030 TRY talep et-

mehtedirler. Başvuranlar yalnızca, 1.000 TRY (talebin sunulduğu tarihte yaklaşık 313 avro) tutarında bir çeviri faturası sunmaktadırlar.

88.Hükümet, Mahkemeyi, bu talepleri reddetmeye davet etmektedir.

89.Mahkemenin içtihadına göre, bir başvurana, yalnızca masraf ve giderlerinin doğruluğunu, gerekliliğini ve oranlarının makul niteliğini ispatlaması halinde, bu miktarlar geri ödenebilmektedir; ayrıca, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 60. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, taleplerin rakamla, kategorilere ayrılarak ve ilgili kanıtlayıcı belgelerle birlikte sunulması gerekmektedir, aksi takdirde, Mahkeme, bu taleplerin tamamını ya da bir kısmını reddedebilmektedir (*Paksas/Litvanya* [BD], No. 34932/04, § 122, AİHM 2011 (özetler)). Somut olayda, Mahkeme, yalnızca çeviri masraflarına ilişkin kanıtlayıcı bir belgenin sunulduğunu tespit ederek ve hakkaniyete uygun olarak, B. S. Depe'ye 300 avro ödenmesine karar vermektedir.

C. Gecikme Faizi

90.Mahkeme, gecikme faizi olarak, bu miktarlara, Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası bağlamındaki şikâyetin kabul edilebilir olduğuna ve başvurunun geri kalan kısmının kabul edilemez olduğuna;
2. Özgürlüğünden yoksun bırakılması sebebiyle Birtan Sinan Depe hakkında Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine,
3. a) Davalı Devletin Birtan Sinan Depe'ye, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca, işbu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki geçerli döviz kuru üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere aşağıdaki meblağları ödemekle yükümlü olduğuna;
 - i. Ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 7.500 avro (yedibinbeşyüz avro),
 - ii. Birtan Sinan Depe tarafından ödenmesi gereken her türlü

vergi tutarı hariç olmak üzere, masraf ve giderler için 300 avro (üçyüz avro) ödenmesine,

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu miktarlara Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına,

4. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin reddine

karar vermiştir.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş, ardından Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, 9 Nisan 2019 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith

Yazı İşleri Müdürü

Robert Spano

Başkan

Adil Yargılama Hakkı

-
- *Burak Şahin Taşçı ve Ozancan Yılmaz Başvurusu (AYM)*
 - *Serpil Toros Başvurusu (AYM)*
-



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

BURAK ŞAHİN TAŞÇI VE OZAN CAN YILMAZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/7485)

Karar Tarihi: 17/7/2018

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Serdar ÖZGÜLDÜR
Üyeler	: Hicabi DURSUN Hasan Tahsin GÖKCAN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Tuğçe TAKCI
Başvurucular	: 1. Burak Şahin TAŞÇI 2. Ozancan YILMAZ
Vekili	: Av. Naim KARAKAYA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, haksız ve gerekçesiz olarak tutuklanma ve tutukluluğun devamına karar verilmesi nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; mahkûmiyet verilmesinde tek delil olan mağdur beyanının alındığı duruşmaya katılamamaları, mağdura soru sormamaları ve cezayı azaltabilecek nitelikteki delil toplanmadan mahkumiyet karar verilmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 22/4/2015 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. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuşlardır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden ulaşılan bilgi ve belgelere göre ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucuların her ikisi de 1995, mağdure ise 1996 doğumlu olup olay İstanbul'da gerçekleşmiştir.

10. 10/5/2011 tarihinde arkadaşlarının evindeyken diğer sanık P.K. tarafından mağdurenin dövülüp gözleri bağlandıktan sonra başvurucuların mağdureye cinsel istismarda buldukları iddiasıyla başvurucular hakkında Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığının 11/8/2011 tarihli iddianamesiyle çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmaları talebiyle kamu davası açılmıştır.

11. Mağdur çocuk B.S.Ö. hakkında olay akabinde 10/5/2011 tarihinde Fatih Sultan Mehmet Hastanesinden alınmış üst dudak bileşkesinde ödem, yüzeysel açılma, her iki elmacık kemiğinde kızarıklık bulunduğu rapor mevcuttur.

12. Başvurucular 10/5/2011 tarihinde müsnet suçtan gözaltına alınmış, Kadıköy 5. Sulh Ceza Mahkemesinin 11/5/2011 tarihli kararıyla tutuklanmış ve başvuruculardan Ozancan Yılmaz 12/7/2011 tarihinde, Burak Şahin Taşçı ise 9/4/2012 tarihinde tahliye olmuşlardır.

13. Üsküdar Ağır Ceza Mahkemesinin (Mahkeme) 2011/276 esasına kaydedilen yargılamanın 22/9/2011 tarihli ilk celsesinde suça sürüklenen çocuklar (SSÇ) olan başvurucular on sekiz yaşından küçük olduklarından duruşmaların kapalı yapılmasına karar verilmiştir. Başvurucular, müdafileri, şikayetçi, mağdure, vekili, mağdura resen tayin edilen baro avukatı ve pedagogun katılımıyla başlayan duruşmada

pedagogun mağdurenin anne ve babasının duruşmadan çıkarılması gerektiğine dair önerisi de gözetilerek oybirliğiyle mağdurenin anne ve babasıyla başvuruçuların duruşma salonundan çıkarılmasına karar verilmiştir.

14. Aynı celsede, başvuruçuların müdafileri huzurunda ve kamera kaydı eşliğinde mağdurenin beyanının alınmasını müteakip başvuruçuların duruşma salonuna alınarak yokluklarında yapılan işlemlerin okunduğu duruşma tutanağından anlaşılmaktadır.

15. Mahkeme; aynı celsede mağdurenin muayenesi için Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca belirlenen 5/9/2012 tarihinin geç olduğunu, mağdurenin korunmaya ihtiyacı olan çocuk ve sanıkların da suç tarihinde on sekiz yaşından küçük olduğunu, dolayısıyla olayın aciliyet taşıdığını bildirilerek mağdurenin muayenesinin mümkün olan en kısa süreye alınması konusunda Adli Tıp Kurumuna yazı yazılmasına da karar vermiştir.

16. Başvuruçucu vekilleri, dilekçeyle ve sonraki duruşmalarda sözlü olarak, başvuruçuların yokluğunda mağdurenin beyanının alınmasına ve beyanların başvuruçuların duruşmaya geri alınmalarından sonra kendilerine okunduğuna dair tutanağa geçen ibareye itiraz etmişlerdir. Başvuruçucu vekilleri 16/11/2011 tarihli bir sonraki duruşmada *“.. geçen oturumda mağdurenin ifadesi alındığı sırada SSCÇ’ler duruşma salonu dışına çıkarılmışlar ve içeri alındıklarında da mahkemenizce de yokluklarında yapılan işlemler okunup diyecekleri sorulmuştur diye yazılmıştır, fakat böyle bir işlem yapılmamıştır. Olayı yaşayan SSCÇ’lerdir ve mağdura doğrudan soru yönelmek istemektedirler, bu haklarından mahrum kalmışlardır, ayrıca mağdur, Ozancan Yılmaz’ın dolaba girdiği hususunda açıklamalarda bulunmuştur, biz o dolabın bulunduğu evde Ozancan Yılmaz’ın dolabın içerisine girip giremeyeceği konusunda uygulamalı keşif yapılmasını istiyoruz ... ”* şeklinde itirazlarını dile getirerek keşif talebinde bulunmuşlardır.

17. Mahkeme aynı celsede, dolapta keşif yapılması talebinin dosyaya ve delillere uygun düşmediği gerekçesiyle reddine karar vermiştir. Ayrıca, Mahkemenin müdafilerin mağdureye soru sorulamadığına ilişkin itirazlarına dair verdiği ve mağdurenin başvuruçuların müdafilerinin huzurunda beyanda bulunduğu ve mağdureye hangi sorulan yönelteceklerini somutlaştırarak yazılı olarak bildirmeye hakları olduğuna işaret ettiği ara kararın ilgili kısmı şöyledir:

“Mağdurun ifadesinin kayda alındığı ve dinlendiği sırada SSÇ müdafilerinin hazır buldukları ve bu oturumda SSÇ müdafilerinin mağdurun anlatımlarının müvekkillerine izah ettiklerinde bazı soruların sorulması gereğinin duyulduğunu bildirdikleri ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 201. maddesi uyarınca sanık ve katılanın mahkeme başkanı veya hakim aracılığı ile soru yöneltebileceği ve yöneltilen soruya itiraz edildiğinde, sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine mahkeme başkanınca karar verileceği, aynı Kanun’un 236. maddesi uyarınca cinsel istismara uğradığı ve ruh sağlığının bozulduğu ileri sürülen çocuk veya mağdurun bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği, maddi gerçeğinin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk hallerinin saklı olması bildirilmiş olması karşısında SSÇ müdafilerinin müvekkilleri ile görüşerek mağdura ne gibi sorular yöneltebileceğini somutlaştırıp, yazılı olarak mahkememize bildirdiklerinde o soruların mağdura yöneltilip yönetilmeyeceği hususunda bir karar verilmesine ... ”

18. 22/12/2011 tarihinde gerçekleşen bir sonraki celsede başvuru vekilleri, mağdurenin başvuruçunun yokluğunda dinlenmesine ve mağdureye sorulması istenen soruların Mahkemeye yazılı olarak sunulmasına dair karara itirazlarını sunmuşlardır. Duruşma tutanağında itiraza ilişkin kısım şu şekildedir:

“.. mahkemenizce mağdura sorulacak soruların somutlaştırılıp bildirilmesi için tarafımıza süre verilmekle beraber biz bu ara kararının adil yargılama ilkesine ve hukuka aykırı olduğunu düşünüyoruz, çünkü sorulacak soruların önceden belirlenmesi halinde mağdurun soruya göre kendisini hazırlayabilmesi söz konusu olacağından bu ara karardan dönülerek mağdurun mahkemeniz huzurunda yeniden dinlenmesini ve ortaya çıkacak durumlara göre sanıkların soru sormalarının ve adil yargılama haklarının sağlanması gerekmektedir. Geçen oturumdan sonra incelediğimiz compact diskte görüntü olmakla beraber ses kaydı bulunmamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 55. maddesinde mağdurun ifadesinin sesli olarak kayda alınması öngörülmüştür bu bakımdan mağdurun yeniden sesli ve görüntülü olarak dinlenmesini tekrar ediyoruz.”

19. Mahkeme aynı celsede talep üzerine mağdurenin olay tarihine kadar kullandığı psikiyatrik ilaçların tespiti için reçete dokümanının Sosyal Güvenlik Kurumundan istenmesine karar vermiştir. Mahkeme,

mağdurenin yeniden dinlenmesi talebine ilişkin olarak ise mağdurenin duruşma sırasında usulüne uygun olarak dinlendiğini, ses ve görüntü kaydının mükemmel olduğunun anlaşıldığını belirterek talebi reddetmiş; SSÇ müdafilerinin mağdura önceki celsedeki ara kararda belirtilen biçimde soru sorma talepleri bulunması halinde soracakları soruları somutlaştırıp mahkemeye bildirmeleri için gelecek oturuma kadar süre verilmesine karar vermiştir.

20. Başvurucu vekilleri sundukları dilekçelerle mahkeme heyeti hakkında hakimin reddi talebinde bulunmuş, Mahkeme talebi reddetmesi üzerine yapılan itiraz da İstanbul Çocuk Ağır Ceza Mahkemesince reddedilmiştir. Bunun üstüne 8/2/2012 tarihli bir sonraki celsede, başvuru vekillerinin benzer yöndeki taleplerinin Mahkemece reddine karar verilmiş olup başvuru vekillerinin bu yöndeki taleplerini yargılamanın ilerleyen safhalarında sürdürdükleri anlaşılmaktadır.

21. Aynı celsede başvuru vekillerinin mağdurenin olaydan önce çeşitli sorunları nedeniyle ilaç kullandığını, olaydan sonra ise ilaç kullanmadığını belirterek mağdurenin tedavisine dair yeterli araştırma yapılmadan, talep edilen reçete gelmeden dosyanın Adli Tıp Kurumu tarafından inceleme yapılmak üzere gönderilmesinin hatalı olduğuna ilişkin itirazları, Mahkemece mağdurenin olaydan önce çeşitli ruhsal sorunlarının ya da hastalığının bulunup bulunmamasının sonuca etkili olmadığı gerekçesiyle Sosyal Güvenlik Kurumuna yazılan yazı cevabının beklenmesine dahi yer olmadığı belirtilerek reddedilmiştir. Bir sonraki celsede, başvuru vekillerinin reçetenin geldiğini bildirmeleri ve reçetedeki ilaçların hangi tür hastalıklarda kullanıldığına dair bilirkişi raporu alınması talebinde bulunmaları üzerine Mahkemece talep kabul edilerek 26/3/2012 tarihli müzekkere ekinde reçeteler değerlendirmede gözetilmek üzere Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kuruluna iletilmiştir.

22. Olaya dair düzenlenen 20/2/2012 tarihli Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporunda, İstanbul Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 30/06/2011 tarihli raporuyla mağdureye akut stres bozukluğu ve major depresif bozukluk teşhisi konduğu ve mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu tespitine yer verildiği belirtilerek *"mağdurenin 27/1/2012 tarihinde yapılan muayenesinde ve dava dosyasının incelenmesinde mağduresi bulunduğu olaydan kaynaklanmış ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede olan (Travma Sonrası Stres Bozukluğu) denilen psikiyatrik bozukluğun tespit edildiği ... mağduresi*

bulunduğu olay nedeniyle ruh sağlığının bozulduğu "oy birliği ile mütalaa edilmiştir. Anılan raporda "Sosyal Güvenlik Kurumunun 13/2/2012 tarihli yazısı ekinde gönderilen reçete bilgilerinin incelenmesinde, 14/01/2011 tarihinde Concerta 36 mg, Ritalin 10 mg reçete edildiği, 23/02/2011 tarihinde Concerta 36 mg, Ritalin 10 mg, 06/05/2011 tarihinde Concerta 36 mg, 14/12/2011 tarihinde Risperdal 1 mg 100 ml solüsyon, Concerta 36 mg reçete edildiğinin" görülerek değerlendirilmede gözetildiği anlaşılmıştır.

23. Mahkeme 7/2/2013 tarihli kararıyla başvuru sahiplerinin nitelikli cinsel istismar suçundan neticeten onar yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, mağdurenin çelişkili beyanları dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından başvuru sahiplerinin beraat etmeleri gerektiğine yönelik bir karşı oyla hükmetmiştir.

24. Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 18/3/2015 tarihli kararıyla hüküm onanmıştır.

25. Başvuru sahipleri nihai kararı 28/3/2015 tarihinde öğrendiklerini bildirmişlerdir.

26. Başvuru sahipleri 22/4/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

27. İlgili ulusal ve uluslararası hukuk için bkz. Bedri Böcekli, B. No: 2015/7794, 11/6/2018, §§ 29-36.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 17/7/2018 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

29. Başvuru sahipleri, haksız ve gerekçesiz olarak tutuklandıklarını ve tutukluluğun devamını karar verildiğini ileri sürmüştürler.

30. Anayasa Mahkemesi, benzer iddiaların ileri sürüldüğü başvurulara ilişkin olarak birçok kararında *zaman bakımından yetkisiyle* ilgili ilkeleri belirlemiştir. Buna göre 23/9/2012 tarihinden önce verilen bir kararın sona eren tutukluluk durumuna ilişkin başvuruların zaman

bakımından yetkisi dışında kaldığı kabul edilmiştir (Osman Büyüksu, B. No: 2013/5512, 3/4/2014, §§ 20-24; Ali Öksüz, B. No: 2013/6065, 3/4/2014, §§ 20-23; Cevdet Genç, B. No: 2012/142, 9/1/2014, §§ 24-29).

31. Somut olayda başvuru sahiplerinin suç isnadına bağlı tutukluluk durumları tahliye edildikleri 12/7/2011 ve 9/4/2012 tarihlerinde yani bireysel başvuruların incelenmeye başlandığı tarih olarak belirlenen 23/9/2012 tarihinden önce sona ermiştir.

32. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Mahkemenin Bağımsız ve Tarafsız Olmadığına İlişkin İddia

33. Başvuru sahipleri; yargılama sırasında mahkemenin taraflı davrandığını, lehe delillerin toplanmasına dair tüm taleplerini haksız ve gerekçesiz olarak reddettiğini, bazı ara kararların alınması sırasında müzakerelere savcının da katıldığını, hâkimin reddi taleplerinin de haksız olarak reddedildiğini ileri sürmüştürler.

34. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinde açıkça -adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak- davanın tarafsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkından söz edilmiştir. Anayasa'nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca, bu hak da adil yargılanma hakkının zimni bir unsurudur (AYM, E.2002/170, K.2004/54, 5/5/2004). Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu nazara alındığında Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (AYM, E.2005/55, K.2006/4, 5/1/2006; E.1992/39, K.1993/19, 29/4/1993).

35. Genel olarak tarafsızlık; davanın çözümünü etkileyecek bir önyargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması ve davanın tarafları karşısında, onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 61).

36. Tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak üzere iki boyutu bulunmakta olup bu kapsamda hakimın birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığının yanı sıra kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı izlenimin de dikkate alınması gerekmektedir (AYM, E.2005/55, K. 2006/4, 5/1/2006). Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yakın bir bağının bulunması veya yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir. Ancak belirli bir uyuşmazlıkta yargılamayı yürüten hakimın taraflardan birine yönelik ön yargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe, tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur. Bunun yanı sıra yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin her hangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmekte olup bu husus tarafsızlığın nesnel boyutuna işaret etmektedir (*Tahir Gökatalay*, § 62, benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Gregory/Birleşik Krallık*, B. No. 22299/93, 25/02/1997, §§ 43–49; *Fey/Avusturya*, B. No. 14396/88, 24/2/1993, §§ 28-36; *Hauschildt/Danimarka*, B. No. 10486/83, 24/5/1989, §§ 46–48; *McGonnell/Birleşik Krallık*, B. No.28488/95, 08/2/2000, §§ 55- 57).

37. Başvuruya konu yargılamada, ilgili usul hükümleri uyarınca yargılama faaliyetini devam ettiren yargılama makamının tarafların adil yargılanmaya ilişkin meşru beklentileri üzerinde menfi etkide bulunacak bir izlenime sahip olmadığı gibi mahkeme heyetindeki hakimlerin tarafsızlığına ilişkin karineyi ortadan kaldıracak şekilde, yargılamayı yürüten heyetin taraflardan birine yönelik ön yargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil de bulunmadığı ve bu hususun kanıtlanmadığı anlaşılmıştır.

38. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Silahların Eşitliği İlkesinin İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

a. Keşif Talebinin Reddine ve Adli Tıp Kurumu Raporuna İlişkin İddialar

39. Başvurucular; mağdurenin başvuruculardan birinin odada saklandığı dolaptan çıktıktan sonra kendisine cinsel istismarda bulunduğuna yönelik beyanı gereğince olay yerinde keşif yapılması taleplerinin haksız olarak reddedildiğini, ayrıca mağdurenin tedavisine dair yeterli araştırma yapılmadan olay öncesinde de kullandığı ilaçlara ilişkin reçete gelmeden Adli Tıp raporu aldırılmasının haksız olduğunu ileri sürmüştürler.

40. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes *iddia, savunma ve adil yargılanma* hakkına sahiptir. Anayasa'nın anılan maddesinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak *iddia* ve *savunma* hakkına birlikte yer verilmesi, taraflara iddia ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir.

41. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, bu ibarenin Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dahil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dahil edilen *silahların eşitliği* ilkelerine Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir. Bu itibarla anılan ilkenin adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğine dahil olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Anılan ilkeye uygun yürütülmeyen bir yargılamanın hakkaniyete uygun olması olanaklı değildir.

42. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32). Bu usul güvencesi, uyuşmazlığın her iki tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkanı tanınmasını kapsamaktadır (*Yüksel Hançer*, B. No. 2013/2116, 23/1/2014, § 18).

43. Diğer taraftan belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme

ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir. Mevcut yargılamada sunulan delilin geçerli olup olmadığını, delil sunma ve inceleme yöntemlerinin yasaya uygun olup olmadığını denetlemek Anayasa Mahkemesinin görevi kapsamında olmayıp bu husustaki görevi başvuru konusu yargılamanın bütünlüğü içinde adil olup olmadığını değerlendirmektir (*Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27). Silahların eşitliği ilkesi kapsamında yapılacak inceleme de başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesidir (*Yüksel Hançer*, § 19).

44. Somut olayda ilk derece mahkemesi, keşif yapılması talebini dosyaya ve delillere uygun düşmediği gerekçesiyle reddetmiştir (bkz. § 18). Keşif talebinin reddedilmesine ilişkin kararın makul gerekçe taşıdığı, yeterli güvenceleri içeren bir usul çerçevesinde verildiği ve usule ilişkin imkanlar noktasında taraflar arasında farklı muamele yapılmadığı görülmektedir. Başvurucunun soruşturma evresinde delil toplama talebinde bulunmasına karşın bunun yerine getirilmediğine ilişkin bir iddiası da bulunmamaktadır.

45. Adli tıp raporuna ilişkin iddialar bakımından ise Mahkeme tarafından mağdurenin olay tarihine kadar kullandığı psikiyatrik ilaçların tespiti için reçete dökümünün Sosyal Güvenlik Kurumundan istenmesine karar verildiği (bkz. § 20), yine 26/3/2012 tarihli müzekkere ekinde reçetelerin değerlendirmede gözetilmek üzere Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kuruluna iletilindiği (bkz. § 22), 20/2/2012 tarihli Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu raporundaki değerlendirmeye ulaşılırken mağdurenin kullandığı ilaçlara değinildiği dolayısıyla mağdurenin psikolojik şartlarından haberdar olunduğu (bkz. § 23), ayrıca başvuru sahiplerinin temyiz aşaması da dahil yargılamanın tüm aşamalarında rapora ilişkin itirazlarını dile getirme olanaklarına sahip oldukları anlaşılmıştır.

46. Temyiz incelemesinden de geçerek kesinleşen mahkûmiyet hükmü başka delillerle desteklenerek oluşturulduğundan silahların eşitliği ilkesine aykırı ve sonucu itibarıyla bir tarafı diğer taraf karşısında önemli bir dezavantaj içine sokan bir uygulamanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Somut delillerini sunma ve inceletme noktasında taraflara uygun imkanlar tanınmıştır. Dolayısıyla yargılamanın bütünlüğü içinde silahların eşitliği ilkesine yönelik bir ihlalin olmadığı açık olduğu sonucuna varılmıştır.

47. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının da diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Tanık Sorgulama Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

i. Başvurucuların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

48. Başvurucular, beyanı mahkumiyetlerinde belirleyici delil kabul edilen mağduru sorgulayamamaları nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştürler.

49. Bakanlık görüşünde; mağdur beyanının hükme esas alınan tek delil olmadığı, mağdurun beyanının alınması sırasında yalnızca başvurucuların duruşma salonundan çıkarıldığı, müdafilerin hazır bulduklarının ve duruşma sonrası müdafiler ile başvurucuların mağdurun beyanı ile ilgili olarak görüştüklerinin, başvuru ve müdafii tarafından mağdura hangi sorunun sorulması gerektiği ya da alınan beyanın eksik yönlerine dair bir açıklamada bulunulmadığı, başvurucunun yargılamanın tüm aşamalarında müdafii aracılığıyla deliller üzerinde görüş bildirdiğinin ve çocuğun üstün yararı ilkesinin göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir.

50. Başvurucular, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarında başvuru formunda belirttikleri iddialarını tekrarlamışlardır.

ii. Değerlendirme

51. 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. "

(1) Kabul Edilebilirlik Yönünden

52. 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.

(2) Esas Yönünden

(a) Genel İlkeler

53. Anayasa Mahkemesi birçok kararında *tanık* kavramını özerk olarak yorumlamış ve tanığın sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda suçun iştirak edeni, olayın mağduru, şikayetçi (müşteki), devletin görevlendirdiği gizli/gizli olmayan soruşturmacı da tanık olabilir (*Selçuk Demir*, B. No: 2014/9783, 22/1/2015, § 35).

54. Anayasa Mahkemesi, benzer iddiaların ileri sürüldüğü başvurulara ilişkin olarak birçok kararında *tanık sorgulama hakkıyla* ilgili ilkeleri belirlemiştir. Buna göre bir ceza yargılamasında sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekme veya çektirme, lehine olan tanıkların da aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını isteme hakkı vardır. Sanığın hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde tanıklara soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanıkların beyanlarının doğruluğunu sınama imkanına sahip olması adil bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından gereklidir. Ancak başvuru sahiplerinin tanıklara soru sorabilmesi, onlarla yüzleşebilmeleri mutlak bir hak değildir. Makul gerekçelerle getirilen kısıtlamalar, kimi zaman başvuru sahibinin iddia tanıklarına soru sorabilme ve onlarla yüzleşme imkanını da ortadan kaldırmaktadır. Diğer yandan bir mahkumiyet-sadece veya belirleyici ölçüde- sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkanı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelerle dayandırılmış ise sanığın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (*Atila Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014, §§ 34-56; *Az. M.*, B. No: 2013/560, 16/4/2015, §§ 46-67; *Levent Yanlık*, B. No: 2013/1189, 18/11/2015, §§ 67-76; *İsmet Özkurul*, B. No: 2013/7582, 11/12/2014, §§ 44, 45).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

55. Somut başvuruda, her ne kadar başvuru vekillerinin kamera kaydında görüntü olsa da ses olmadığına dair itirazları bulunsa da (bkz. § 19), mağdurenin beyanının başvuru müdafilerinin huzurunda alındığı, Mahkemece iddia üzerine ses ve görüntü kaydının mükemmel olduğunun tekrardan tespit edildiği (bkz. § 20), müdafilere soru sorma talepleri bulunması halinde, soracakları soruları somutlaştırıp mahkemeye bildirmeleri için birden çok kere süre verildiği (bkz. §§ 18, 20), dolayısıyla başvuru sahiplerinin haklarına verilen bir zarar mevcut olsa bile yargılama aşamasında zararın telafi edildiği, buna rağmen müdafilerce

mahkemeye herhangi bir soru metni iletilmediği, başvuruçuların çocuğun üstün yararı ilkesi de gözetilerek pedagoğun önerisiyle duruşma salonundan çıkarıldığı, suça sürüklenen çocuklar duruşmaya geri geldiklerinde mağdurenin beyanının kendilerine okunduğuna dair duruşma tutanağının aksini kanıtlayacak herhangi bir delilin sunulmadığı, mağdurenin beyanını destekleyen birden çok adli raporun mevcut olduğu (bkz. §§ 12, 23) dolayısıyla mağdurenin beyanının mahkûmiyet kararı yönünden tek delil olmadığı gözetilerek başvuruçular hakkındaki mahkûmiyet hükmünün duruşmada sorgulanma imkanı bulunamayan tanık beyanlarına dayandırıldığı söylenemez.

56. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

C. Diğer İhlal İddiaları

57. Başvuruçular; eksik incelemeyle, lehe deliller toplanmadan, mağdurenin çelişkili beyanlarına itibar edilerek haksız olarak mahkum edildiklerini ileri sürmüştüler.

58. 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 tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir (*Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013, § 42).

59. Somut olayda başvuruçuların anılan iddialarının esas itibarıyla derece mahkemelerince verilen kararlarda delillerin değerlendirilmesinde isabet bulunmadığına ve dolayısıyla kararın sonucuna ilişkin olduğu görülmektedir. Yapılan yargılamada, Mahkemenin ve Yargıtayın kararında bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik oluşturan herhangi bir durum da tespit edilmemiştir.

60. Başvuruçular tarafından ileri sürülen ihlal iddialarının yukarıda belirtilen içtihat kapsamında kanun yolu şikayeti niteliğinde olduğu sonucuna varıldığından 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 *zaman bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Adil yargılanma hakkı yönünden mahkemenin bağımsız ve tarafsız olmadığına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Adil yargılanma hakkı yönünden silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddiaların *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

4. Adil yargılanma hakkı yönünden tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

5. Diğer ihlal iddialarının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yapılan yargılama giderlerinin başvuruçular üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/7/2018 tarihinde OYBİRLİĞİYLE 17/7/2018 karar verildi.

Başkan

Üye

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Hicabi DURSUN

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Üye

Kadir ÖZKAYA

Yusuf Şevki HAKYEMEZ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

SERPİL TOROS BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2013/6382)

Karar Tarihi: 9/3/2016

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Engin YILDIRIM
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Osman Alifeyyaz PAKSÜT Recep KÖMÜRCÜ M. Emin KUZ
Raportör	: Şebnem NEBİOĞLU ÖNER
Başvurucu	: Serpil TOROS
Vekili	: Av. Mehmet Recai BAĞCI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; çocuk hakkında alınan koruma kararının kaldırılmasına yönelik dava kapsamında verilen çocuğun anneye teslimine ilişkin kararın yerine getirilmemesi, çocuk hakkında yeni koruma kararları alınarak bu kararlara karşı yapılan itirazların reddi ve anneye çocuk ile görüşme imkanı sağlanmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının, koruma kararının kaldırılması talebiyle açılan davanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

ii. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 21/8/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine doğrudan yapılmıştır. Başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde başvurunun Komisyona sunulmasına engel

teşkil edecek bir eksikliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir.

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

4. Bölüm Başkanı tarafından 16/3/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

5. Başvurunun bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü 23/5/2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

6. Bakanlık tarafından Anayasa Mahkemesine sunulan görüş 2/6/2014 tarihinde başvurucaya tebliğ edilmiştir. Başvuruca, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını 17/6/2014 tarihinde ibraz etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

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

8. Başvuruca 1/7/2003 tarihinde bir kız çocuğu dünyaya getirmiştir. Çocuk doğumundan sonra para karşılığında, bakılması için bir ailenin yanına bırakılmış, başvuruca tarafından belirtilen aileye ödemedede bulunulmaması üzerine çocuk aile tarafından terkedilmiştir.

9. 20/9/2006 tarihli talep üzerine Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 5/10/2006 tarihli ve 2006/133 Değişik İş sayılı kararı ile çocuğun Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna (Kurum) bağlı olan ve Niğde'de bulunan bir kuruma yerleştirilmesine ve 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu uyarınca çocuk hakkında bakım ve sağlık tedbiri uygulanmasına karar verilmiştir. Koruma tedbirine ilişkin yargılama sürecinde düzenlenen 27/9/2006 tarihli sosyal inceleme raporunda; çocuğun Niğde ilinde yaşayan yakınları ile yapılan görüşmeler neticesinde yakınlarının çocuğun bakım ve sorumluluğunu üstlenmek istemediklerinin ve çocuğa karşı ilgisiz ve sevgisiz olduklarının tespit edildiği, gözlem sürecinde çocuğun darp edildiği ve kötü muameleye maruz kaldığına dair bulguların bulunduğu, ayrıca çocuğun yaşı, fizyolojik özellikleri dikkate alındığında çocukta olası zeka geriliği olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiş ve çocuğun sosyal tehlikelere maruz kalma ihtimali yüksek olduğundan

hakkında 5395 sayılı Kanun uyarınca bakım tedbiri alındığı, çocuğun şiddete maruz kaldığına dair bulguların varlığı nedeniyle psikolojik danışmanlık tedbiri alınarak şiddet ya da kötü muamelenin psikolojik etkilerinin hafifletilmesi ve sağlık tedbiri uygulanarak çocuğun maruz kaldığı şiddet ya da kötü muamelenin oluşturduğu fiziksel etkinin önüne geçilmesinin gerekli olduğu ifade edilmiştir.

10. Takip eden süreçte Kurum tarafından 24/5/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca koruma kararı talep edilmesi üzerine, Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/12/2007 tarihli ve 2007/190-196 Değişik İş sayılı kararı ile çocuğun koruma altına alınmasına, İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne teslimi ile Müdürlüğe ait bir kuruma yerleştirilmesine karar verilmiştir.

11. Niğde İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü bünyesinde hazırlanan 22/2/2008 tarihli sosyal çalışmacı raporunda 28/6/2006 tarihinden itibaren Kurum bakımında olan çocuğun kurumda kaldığı süreçte hiçbir yakınına ulaşamadığı ve arayanının bulunmadığı, çocuğun anne ve babasının çocuğa karşı özen yükümlülüklerini yerine getirmediklerinin anlaşıldığı, çocuğun beş yaşına gelmiş olması ve yaşı itibarıyla bir aileye ihtiyaç duyduğu gözönünde bulundurulduğunda evlat edinilmesinin uygun olduğu ve bu hizmetten yararlanabilmesi için 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 311. maddesi uyarınca anne ve babanın rızası aranmaksızın evlat edindirme işlemlerinden faydalanması gerektiği ifade edilmiştir.

12. Niğde İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü tarafından evlat edinmede ana babanın rızasının aranmaması talebiyle açılan dava neticesinde Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2008/116, K.2008/104 sayılı kararı ile davanın kabulüne ve çocuğun İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü tarafından evlatlık verilmesi işlemlerinde anne babanın rızasının aranmamasına hükmedilmiştir.

13. Başvurucu tarafından Ankara 7. Aile Mahkemesinde 13/5/2008 tarihinde açılan dava ile çocuk hakkında daha önce verilmiş olan Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/12/2007 tarihli ve 2007/190-196 Değişik İş sayılı koruma kararının kaldırılması talep edilmiştir.

14. Ankara 7. Aile Mahkemesinin 8/7/2008 tarihli ve E.2008/560, K.2008/862 sayılı kararı ile talebin reddine hükmedilmiş olup ret gerekçesinde; koruma kararının Değişik İş üzerinden verildiği, ilgili kararın kaldırılması talebinin de itiraz mahiyetinde olduğu ve bu nedenle

koruma kararını veren Mahkemeden talepte bulunulması gerektiği belirtilmiştir.

15. Devam eden süreçte başvuru tarafından Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde 17/9/2008 tarihinde açılan dava ile Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/12/2007 tarihli ve 2007 /1 90-196 Değişik İş sayılı koruma kararının kaldırılması talep edilmiştir. Dava dilekçesinde, annenin daha önce düzenli bir işi ve sosyal güvencesi olmaması nedeniyle çocuğuna bakamadığı ve bu nedenle çocuğun Kurum bakımına alındığı, Kurum bakımında olduğu süreçte beş yaşında olmasına rağmen üç ayrı ailenin yanına verilen çocuğun psikolojisinin bozulduğu, annenin halihazırda düzenli bir işi ve sosyal güvencesi olması nedeniyle çocuğuna bakabilecek durumda olduğu belirtilerek çocuğun evlat edindirme işlemlerinin durdurularak dava sürecinde tedbiren anneye teslimi veya Kurumda barındırılması, nihai olarak çocuk hakkındaki koruma kararının kaldırılarak evlat edindirme işlemlerinin durdurulması ve anneye teslimine karar verilmesi talep edilmiştir.

16. Yargılamanın 13/4/2009 tarihli celsesinde, sosyal hizmet uzmanı vasıtası ile rapor tanziminin talep edilmesi üzerine, Niğde Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü, Ankara Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğünden çocuk hakkında sosyal inceleme raporu düzenlenmesini talep etmiştir. Ankara'dan gelen 17/7/2009 tarihli sosyal inceleme raporu ile birlikte başvuru durumunu değerlendirilerek Mahkemeye 20/7/2009 tarihli inceleme raporu sunulmuştur. Raporda annenin, çocuğu terk ettiği koşullar ortadan kalkmış olsa da çocuğun Niğde'de bulunduğu birbuçuk yıllık süreçte çocuğu aramadığı ve kendisine ulaşamadığı, çocuktan sevgi ve aile sıcaklığını esirgemesi ve ebeveyn sorumluluğunu yerine getirmemesi nedeniyle çocuğun ihmal ve istismara uğradığı, çocuğun yanında olduğu aile ile sağlıklı anne-baba-çocuk ilişkisinin temellerinin atıldığı, çocuğun geçmiş yaşantısına karşı herhangi bir özlem beslemediği, aksine istismara uğradığı anılarını anlattığı, çocuğun bu sağlıklı ortamdan alınarak anneye teslim edilmesinin kalıcı psikososyal problemlere yol açacağı, bu nedenle çocuğun annesi ile temas kurmasının veya velayetinin anneye verilmesinin uygun olmayacağını düşünülmesi belirtilmiştir.

17. Yargılama sürecinde söz konusu rapora karşı yapılan itiraz üzerine Ankara Nöbetçi Asliye Hukuk Mahkemesine yazılan talimat aracılığı ile temin edilen ve uzman klinik psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanı tarafından tanzim edilen 30/11/2010 tarihli psikososyal

değerlendirme raporu düzenlenmiştir. Bu raporda; çocuğun annenin maddi imkansızlıkları nedeniyle bir aile yanına bırakıldığı ve anne tarafından maddi destek sağlanmayan aile tarafından sokağa terk edildiği, Niğde merkezde terk edilmiş olarak bulunan çocuğun Niğde Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğüne Niğde'de bulunan bir çocuk yuvasına yerleştirildiği, çocuk hakkında ilk sosyal inceleme raporunun 26/9/2006 tarihinde düzenlendiği, çocuğun Kurum bakımına alınmasının akabinde 30/1/2007 tarihinde Niğde Devlet Hastanesinde psikiyatri uzmanı tarafından tedavisinin yapıldığı ve fiziksel ve ruhsal yönden herhangi bir rahatsızlığının bulunmadığının tespit edildiği, devam eden süreçte çocuğun ana okuluna gönderildiği ve Kurumda kaldığı dönemde gönüllü aile hizmetlerinden yararlandırıldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, çocuğun ilk olarak 4/5/2007 tarihinde bir gönüllü aile ile irtibata geçirildiği, bu süreçte çocuğun koruyucu aile yanına verilme konusunda hazırlandığı ve büyük beklenti oluşturulduğu, belirtilen aile ile iletişiminin nasıl olacağı izlenmeden bu tür bir muameleye maruz kaldığı ve ailenin Kuruma tekrar gelmeyişiyle birlikte çocukta alt ıslatma, tırnak yeme ve şiddetli ağlama gibi olumsuz davranışlar geliştiği, bu tür davranışların nasıl ele alındığı ve ne tür bir tedavi yolu izlendiğine dair bir bilgi bulunmadığı, devam eden süreçte 6/7/2007 tarihinde başka bir ailenin gönüllü aile olma başvurusu üzerine çocuğun belirtilen aile ile tanıştırıldığı, yatılı olarak ailenin yanına verildiği ve bu süreçte yukarıda belirtilen davranışsa! bozuklukların gerilediğinin tespit edildiği ancak adres değişikliği sonrasında söz konusu aile ile Kurumun bağlantısının koptuğu ve bağ kurduğu insanlarla tekrar kopuş yaşamasının çocuğu tekrar travmatize ettiği, bu durumun Kurum ihmali dışında bir açıklamasının olamayacağı, devam eden süreçte 26/9/2007 tarihi itibarıyla başka bir ailenin koruyucu aile olarak çocukla ilgilenmeye başladığı, çocuğu yatılı olarak aldıkları ve çocukla duygusal bağ geliştirmeye başladıkları, ancak kurum uzmanları tarafından söz konusu ailenin gönüllü aile olmak değil evlat edinme isteği taşıdıkları gerekçesiyle ilişkilerinin ani bir şekilde kesildiği ve çocukta gelişimsel sorunların nüksettiği, nitekim söz konusu ailenin şikayeti üzerine başlatılan incelemede, çocuk için yanlış bir hizmet modelinin uygulandığı ve gönüllü aile hizmetlerinden değil evlat edindirme hizmetlerinden yaralandırılması gerektiğinin ortaya konulduğu, ilgili Genel Müdürlükten gelen bu müdahale sonrasında çocuğun son ilişki kurduğu aile ile iletişimine son verilerek evlat edindirme hizmetlerinden yararlandırılmak üzere Ankara'ya gönderildiği, burada önce farklı bir aileye verildiği, bu aile ile uyum problemi yaşaması üzerine 5/3/2008

tarihinde Ankara'daki bir çocuk yuvasına yerleştirildiği, daha sonra yaklaşık iki buçuk yıldır birlikte yaşadığı anlaşılan Ç. ailesinin yanına verildiği, bu kapsamda, annesinden yaklaşık üç yaşında ayrılan, bir süre tanımadığı bir aile ile kalan ve sonra sokağa bırakılan çocuğun devlet koruması altına alındıktan sonra üç farklı aile ile tanıştırıldığı ve daha sonra kurumsal yanlışlıklardan dolayı bu ailelerden koptuğu ve en sonunda evlat edindirilmek üzere başka bir aile yanına yerleştirildiği sonucuna ulaşıldığı ifade edilmiştir. Raporu da ayrıca başvuruçunun babası tarafından 12/3/2008 tarihinde çocuğu teslim alma talebiyle Niğde İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne başvurulduğu, çocuğun Ankara'da olduğunun bildirilmesi üzerine 1/4/2008 tarihinde Ankara İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne müracaat edildiği, Kurum tarafından çocuğun anne babanın rızası aranmadan evlat edindirme işlemlerinden faydalandırılmasına karar verildiği belirtilerek talebin reddedildiği tespitlerine yer verilmiştir. Raporun değerlendirme kısmında, sürece ilişkin olarak edinilen bilgi, görüşme ve izlenimler sonucunda başvuruçunun çocuğu ile hiçbir duygusal bağı olmayan, çocuğunu bir kazanç kapısı olarak gören ve ondan yararlanmak isteyen bir anne olduğunu düşündürecek somut bir bulgu ve gözleme rastlanılmadığı, başvuruçunun çocuk yetiştirme ve çocukla bağ kurmaya ilişkin tutum ve düşüncelerinin sağlıklı olduğu, bütün zihinsel meşguliyetinin çocuğunu yeniden geri alabilmek ve onu büyütebilmek üzerine olduğu, çocuğuna ve çocuğu ile ilişkisine dair sağlıklı değerlendirmeler yapabildiği, çocuğu ile ayrı olduğu döneme ilişkin üzgün ve pişman olduğu, hata ve eksikliklerini kabullendiği, ancak çok yoğun suçluluk duyguları yaşamadığı, süreçte kendi payını kabullenmekle beraber objektif ve sağlıklı değerlendirmeler de yapabildiği, geleceğe ilişkin planlarının da sağlıklı ve gerçekçi olduğu, kaynaklarına uygun biçimde yaşamını yönetebileceği kanaatine varıldığı, koruma altına alındığı süreçte üç yıl iki aylık takvim yaşında olduğu anlaşılan çocuğun anne yanından ayrıldığı andan itibaren yaşadığı sürece bakıldığında tekrar tekrar travmatize edilmiş bir çocuk olduğunun açıkça görüldüğü, bu durumun Kurum tarafından çocuğa uygulanan hizmet modeli ve bu modelin uygulanışı esnasında yaşanan önemli kurumsal yanlışlıklar ve telafi çabalarıyla şiddetlendiği, çocuğun Kuruma yerleştirildiği andan itibaren sürekli bağlanma ve kopuş yaşamak durumunda kalarak travmatize olduğu, çocuğun tekrar tekrar travmatize olmasına neden olan bağlanma ve kopuş ilişkileri nedeniyle başvuruçunun ile yeniden kurulacak olan ilişkinin ve bağı yeni bir travma oluşturacağı düşünülse bile çocuğun kendi varoluşunu anlamaya çalışırken annesi,

babası, geçmişi ve yaşadıklarıyla er geç yüzleşmek zorunda kalacağı gerçeği gözönünde bulundurulduğunda, başvuru ile yaşayacağı yeniden karşılaşma ve yüzleşmenin kaçınılmaz bir gerçeklik olduğu; çocuğun, annesinin kendisini bırakıp gitmesi nedeniyle kızgınlık, öfke gibi olumsuz duygular yaşadığı ve onu cezalandırmak istediği, kendi benliğini sağlıklı oluşturabilmek için annesiyle karşılaşma ve yüzleşmeye ihtiyaç duyduğunun anlaşıldığı, çok fazla travmatize olmuş bir çocuk için bu karşılaşma ve yüzleşme ihtiyacından kaçınılması ve bu gerçekliğin ötelenmesinin çocuğun varoluşu ve kendisiyle ilgili sağlıklı bir bütünleşmeyi yaşayabilmesini engelleyebilecek bir durum olduğu, bu nedenle çocuğun anne ile karşılaşmasının ve sağlıklı bir şekilde bu ilişkinin kurulmasının çok önemli ve çocuğun yararına olduğu belirtilmiştir. Sözü edilen tespitler ışığında raporun sonuç bölümünde, başvurucağın yaşadığı olumsuzluklar nedeni ile çocuğunu terk edip gitmediği, geçici olarak emanet ettiğinin düşünüldüğü, sonrasında zorlu yaşam koşullarına rağmen çocuğunu alabilmek için çaba gösterdiği, bu nedenle başvurucağın çocuğun velayetini almasının uygun olduğunun düşünüldüğü, velayetin alınması döneminde ise, bu dönem hem başvurucağın hem çocuk hem de çocuğun yanlarında bulunduğu aile açısından sıkıntılı bir dönem olacağından mutlaka profesyonel psikolojik destek almaları gerektiği, çocuk ile söz konusu aile arasında şahsi münasebet tesis edilmesinin de uygun olacağı; söz konusu davanın, başvurucağın veya çocuğun yanında bulunduğu aileden hangisinin koşullarının daha uygun olduğunu kıyaslamak üzerine kurulabilecek ve bunlar üzerinden değerlendirme yapılabilecek bir dava olmadığı, çocuğun yararı gözetilerek hem öz annesi hem de iki buçuk yıldır birlikte yaşadığı aile ile ilişkisinin korunmasının önemli olduğu, çocuğun öncelikle Ç. ailesinin yanında iken başvurucağın ile ilişkisinin yavaş yavaş ve sürece dayalı olarak kurulması gerektiği ve bu konuda psikologların belirleyeceği plana göre başvurucağın çocuğun yaşamına girmesinin ve diğer görüşmelerin düzenlenmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir.

18. Yargılama sırasında verilen ara kararıyla, çocuğun evlat edinilmesi işlemlerinin dava sonuçlanıncaya kadar tedbiren durdurulmasına karar verilmiştir.

19. Bunun yanı sıra 3/11/201 O tarihli ara kararı ile başvurucağın çocuk ile her ayın birinci hafta sonu Pazar günü 9.00-15.00 saatleri arasında şahsi ilişki tesisine karar verilmekle birlikte Ankara İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne bu hususun temini için yazılan müzekkereye

istinaden gönderilen cevabi yazıda, başvurucu ve yakınları tarafından çocuğa karşı sevgisiz ve ilgisiz olunması nedeniyle çocuğun koruma altına alınarak evlat edindirmede anne babanın rızasının alınmamasına hükmedildiği ve çocuğun iki buçuk yıldır evlat edindirilmek üzere bir ailenin yanında bulunduğu, yapılan incelemelerde bu aile ve çocuk arasında anne baba ve çocuk bağının geliştiği, ailesi tarafından terk edilme travmasını yeni atlatan ve düzenli hayata geçiş sağlayan çocuğun, söz konusu şahsi ilişki kararının uygulanması halinde tekrar travma yaşayacağı ve sosyo psikolojik açıdan telafisi mümkün olmayan zararların doğacağı bildirilerek söz konusu ara kararının tekrar değerlendirilmesinin talep edilmesi üzerine 30/11/2010 tarihli ara kararı ile 3/11/2010 tarihli ara kararından dönülmesine karar verilmiştir. 20. Söz konusu yargılama neticesinde Mahkemece verilen 25/5/2011 tarihli ve E.2008/525, K.2011/479 sayılı karar ile başvurusunun talebi reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, çocuğun koruma altına alınarak Kuruma yerleştirilmesi ve evlat edindirmede anne ve babanın rızasının aranmamasına ilişkin karar muhtevalarına yer verilmiş ve yargılama sırasında temin edilen 20/7/2009 tarihli inceleme raporu ile 30/11/2010 tarihli psikososyal değerlendirme raporuna değinilerek dosya içinde mevcut inceleme raporlarında çocuğun evlat edindirme hizmetlerinden faydalandırıldığı, bu aile yanında sağlıklı gelişim gösterdiği, aile birlik ve bütünlüğü içinde ilişki kurulduğunun belirtildiğine, hal böyle iken çocuğun bu ortamdan alınıp tekrar gerçek anneye verilmesinin çocuk üzerinde kalıcı olumsuz psikososyal problemlere ve geri dönüşümü olanaksız travmalara yol açabileceği tespitlerine yer verilmiştir.

21. İlk derece mahkemesi kararı temyiz edilerek Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10/12/2012 tarihli ve E.2011/19472, K.2012/29642 sayılı ilamı ile bozulmuştur. Bozma ilamının gerekçesinde; çocuk hakkında alınan korumaya ve evlat edindirme işlemlerinde anne babanın rızasının alınmamasına ilişkin kararların evrak üzerinden, hasımsız ve başvurucuya tebligat yapılmadan verildiği, koruma kararı verilmesi ve evlat edindirmede anne babanın rızasının aranmaması kararlarının çocuğun haklarına yönelik olduğu gibi getirdiği yükümlülükler ve doğurduğu sonuçlar bakımından da önemli olduğu, çocuğun yasal temsilcisi olan anne ve babasına davanın yöneltmesi, gösterdikleri delillerin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiği, bunun yanısıra 2828 sayılı Kanun'da bu tür davaların evrak üzerinden incelenerek karar verileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı, koruma kararının verildiği tarihin 27/12/2007, evlat edindirmede anne babanın

rızasının aranmaması kararının verildiği tarihin ise 17/3/2008 tarihi olduğu, 4/3/2008 tarihinde çocuğun Ankara'da koruyucu aile yanına yerleştirildiği, başvurusunun bu durumu öğrenir öğrenmez 13/5/2008 tarihinde Ankara 7. Aile Mahkemesinde dava açarak çocuğunun kendisine teslimi için yasal girişimlerde bulunduğu belirtilmiştir. Gerekçede devamlı bozma ilamına konu yargılama sırasında Ankara 7. Aile Mahkemesine yazılan talimatla alınan 30/11 /2009 tarihli raporda anne ile kişisel ilişki kurularak uygun ortamın sağlanması ve çocuğun velayetinin anneye verilmesinin uygun olacağı yönünde görüş bildirildiği, gerekçede dayanılan daha önceki kararların başvurucuya usulüne uygun tebligat yapılmadan alınmış olması, çocuğun koruyucu aile yanına yerleştirilmesinden kısa süre sonra başvuru tarafından dava açılması ve uzman bilirkişi heyetinin oluş ve kabule uygun raporu dikkate alındığında koruma kararının kaldırılarak çocuğun başvurucuya teslimine karar verilmesi gerekirken yargılamanın kısa sürede bitirilememesi nedeniyle çocuğun koruyucu aile yanında kaldığı sürenin uzamış olması gerekçe gösterilerek ret hükmü kurulmasının uygun olmadığı belirtilmiştir.

22. Bozma kararı sonrası Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2013/118 sayılı dosyası üzerinde yürütülen yargılamanın 1/4/2013 tarihli celsesinde, çocuğun tedbiren başvurusuya teslimine karar verilmiştir.

23. Belirtilen ara kararı üzerine başvuru tarafından Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ankara İl Müdürlüğüne verilen 3/4/2013 tarihli dilekçe ile ilgili ara kararı uyarınca çocuğun yanında bulunduğu aileden alınarak tarafına teslim edilmesi talep edilmiş, Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 23/5/2013 tarihli müzekkeresi ile de ara kararı gereğinin yerine getirilmesi hususu ilgili kuruma bildirilmiştir. 24. Bozma ilamı sonrası yürütülen yargılama neticesinde Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 8/5/2013 tarihli ve E.2013/118, K.2013/318 sayılı kararı ile Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/12/2007 tarihli ve 2007/190-196 Değişik İş sayılı koruma kararının kaldırılmasına ve çocuğun başvuru anneye teslim edilmesine karar verilmiştir.

25. İlk derece mahkemesi kararı temyiz edilmiş olup Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 12/6/2014 tarihli ve E.2014/9792, K.2014/13171 sayılı ilamı ile bozulmuştur. Bozma ilamının gerekçesinde; ilk derece mahkemesi tarafından bozmaya uyularak karar verilmiş ise de bozmadan sonra Kurum tarafından çocuğun geçici bakım sözleşmesiyle

teslim edildiği aile tarafından bir başka mahkemede evlat edinme davası açıldığı, evlat edinmeye karar verildiği ve bu kararın henüz kesinleşmediğinin anlaşıldığı, evlat edinme kararının kesinleşmesi durumunda bu davada verilen karar üzerinde değiştirici etkiye sahip olacağı, bu nedenle belirtilen kararın kesinleşmesinin beklenmesi ve neticesine göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

26. Bozma kararı sonrasında dosya Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2014/616 sırasına kaydedilmiş olup Niğde Aile Mahkemesinin faaliyete geçmiş olmasına binaen verilen 21/10/2014 tarihli ve E.2014/616, K.2014/771 sayılı görevsizlik kararı sonrasında dosyanın Niğde Aile Mahkemesinin E.2014/717 sırasına kaydı yapılmıştır. İlgili celselerde bozma ilamında işaret edilen evlat edinme davasına ilişkin Ankara 10 . Aile Mahkemesinin E.2012/1389 sayılı dosyasının sonuçlanmasının beklenilmesine karar verilmiş olup duruşma 16/3/2016 tarihine ertelenmiştir.

27. Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 8/5/2013 tarihli ve E.2013/118, K.2013/318 sayılı kararı sonrasında, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından 30/5/2013 tarihinde çocuk hakkında 5395 sayılı Kanun uyarınca acil koruma kararı verilmesi yönünde talepte bulunulmuş ve talep dilekçesinde, çocuğu yanında bulunduran aile tarafından Ankara 10. Aile Mahkemesinin E.2012/1389 sayılı dosyası üzerinde açılan evlat edinme davasında alınan beyanında çocuk tarafından, halihazırda birlikte olduğu aile ile kalmak istediği, onları anne ve babası olarak gördüğü, gerçek annesini hatırladığı, annesinin başında sigara söndürdüğünü, kalması için kendisini yanına alan ailelerden para aldığını ve bir süre sonra kendisini geri istediğini hatırladığı yönünde beyanda bulunduğu belirtilmiş ve teslimin herhangi yakın tarihli bir rapor düzenlenmeden yapılmasının çocuğun ruhsal dünyasında ağır bir travma oluşturacağı ifade edilmiştir. Dosyaya sunulan ve Ankara Aile ve Sosyal Politikalar Müdürlüğü bünyesinde bulunan sosyal çalışmacı tarafından düzenlenen 30/5/2013 tarihli raporda, Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından çocuğun anneye teslim edilmesi hususunda gönderilen müzekkere sonrasında, 29/5/2013 tarihinde çocuğun yanında bulunduğu aileye gönderilen yazı ile çocuğun teslim edilmesinin talep edildiği, aynı tarihte çocuğun örselenmeden teslim edilmesinin sağlanması amacıyla ne gibi bir yol izlenebileceğinin tespiti maksadıyla ilgili Müdürlükte görevli sosyal çalışmacı ve iki psikoloğun aile ile görüşmeye gittiği, görüşme esnasında ailenin tedirgin olduğu, çocuğun da götürüleceğinden korktuğu, bu nedenle çocuğun bir süredir

okula devam etmediğinin tespit edildiği, görüşme sürecinde çocuğun tedirgin ve sessiz olduğu, çocuğa süreç hakkında bilgi verilmeye ve annesine teslimi sürecinde endişelenmemesi için çocuğu rahatlatma yönünde telkinlerde bulunulmaya çalışılmak istendiği ancak çocuğun bu durumu hiç bir şekilde kabullenecek bir yapıda olmadığı, ailesinden ayrılırsa kendisine zarar vereceğini ifade ettiği belirtilmiş; yapılan tespitler çerçevesinde, çocuğun annesine teslimi durumunda öncelikli olarak uzman gözetiminde saatlik olarak görüşmelerinin sağlanması, bu görüşmelerin süre ve içeriğinin çocuğun talebi doğrultusunda düzenlenmesi ve bu süreçte çocuğun ailenin yanında kalmasının çocuk odaklı yaklaşıma uygun olacağı ifade edilmiştir. Uzman psikolog tarafından hazırlanan aynı tarihli görüşme raporunda da çocuğun davranışları ile ilgili benzer tespitlere yer verilmiş ve çocuğun, başka bir aileye ya da kuruluşa alınması halinde kaçarak yanında bulunduğu ailesine döneceğini, Kurumda kalsa bile kesinlikle annesine dönmek istemediğini beyan ettiği belirtilmiştir. İlgili talep Ankara 3. Çocuk Mahkemesinin 31/5/2013 tarihli ve 2013/126 Tedbir Talep sayılı kararı ile kabul edilerek 5395 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca otuz gün süre ile sınırlı olarak çocuğun acil koruma altına alınmasına karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, başvurusunun Niğde Sulh Ceza Mahkemesinin 15/1/2009 tarihli kararı ile çocuğunu terk etme suçundan mahkumiyetine hükmedildiği, bunun yanı sıra Ankara 6. Aile Mahkemesinin 9/7/2012 tarihli kararı ile başvurusunun çocuğa iki ay süre ile yaklaşmamasına karar verildiği ve dosya kapsamından başvurusunun çeşitli illerde lokantalarda servis elemanı olarak ve mutfak kısmında çalıştığı, bu nedenle sürekli olarak bir yerde yerleşmediğinin ve sık sık iş değiştirdiğinin belirlendiği tespitlerine yer verilmiştir. Gerekçede ayrıca, çocuğun küçük yaşta eziyet gördüğü ve bu halde sokağa terk edildiği, Kuruma geldiğinde nüfus kaydının dahi yapılmamış olması nedeniyle Kurumun talebi üzerine nüfus kaydının yapıldığı, hakkında koruma kararı ve sağlık tedbirine hükmedilerek yaşadığı travma nedeniyle tedavi gördüğü, evlat edindirilmek üzere kaldığı ailenin yanında okula başladığı ve dosyada mevcut sosyal inceleme raporlarına göre düzenli bir aile hayatına kavuştuğu, başvurusunun kendisini alma girişimi nedeniyle psikolojik travma yaşadığı, özel bir psikiyatri merkezi tarafından düzenlenen 16/4/2013 ve 18/4/2013 tarihli raporlarla da belirtilen hususun tevsik edildiği, 30/5/2013 tarihli rapor içeriği de dikkate alındığında çocuğun başvurucuya tesliminin telafisi güç psikolojik bir travmaya yol açabileceği ve bu kapsamda çocuğun başvurucuya tesliminin yararına olmayacağı,

uygun bir sosyal çözüm bulunana kadar çocuğun acil koruma altına alınmasının uygun olacağı belirtilmiştir.

28. Belirtilen koruma kararına karşı başvuru tarafından itiraz edilmiş ve itiraz dilekçesinde diğer itiraz ve iddiaların yanı sıra başvuruçunun çocukla görüştürülmediği, Kurumda kaldığı süreçte bir aileden alınıp diğerine verilmek suretiyle altı aile değiştirdiği ve travma üstüne travma yaşadığı, Kurum yetkililerinin çocuğu yanlarına alan ailelere verdiği yanlış bilgiler nedeniyle çocuğun, annesi tarafından 2008 yılından beri kendisine kavuşmak için verilen hukuk mücadelesini bilmeden annesine tepkili olarak büyüdüğü ifade edilmiştir. Söz konusu itiraz, Ankara 1. Çocuk Mahkemesinin 17/6/2013 tarihli ve 2013/33 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

29. 4/6/2013 tarihinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ankara İl Müdürlüğü bünyesinde gerçekleştirilen evlat edinme komisyon toplantısına ilişkin tutanakta; toplantının, acil koruma kararı sürecinde çocuğun halihazırda bulunduğu aile yanından alınıp alınmaması ve ne gibi işlemler gerçekleştirilmesi gerektiğinin değerlendirilmesi amacıyla yapıldığı belirtilmiş, çocuğun 4/3/2008 tarihinden beri belirtilen ailenin yanında kaldığı, koruma kararının kaldırılmasına ilişkin dava dosyasına sunulan 30/11/2010 tarihli raporun annenin ikamet adresinde sosyal inceleme yapılmadan gerçekleştirildiği, raporun tanzim tarihinin üzerinden uzun süre geçmesi nedeniyle güncelliğini yitirdiği, annenin ikametinde sosyal inceleme gerçekleştirilerek çocuk ile ilişki sürecinde karşılaşılabileceği muhtemel problemlerin üstesinden gelebilme düzeyinin ve yaşanılan çevre ile ev koşullarının çocuğun sağlıklı gelişimi için yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği, çocuğun süreç içerisinde annesi ile uzman gözetiminde saatlik olarak görüştürülmesinin sağlanması ve bu görüşmelerin süre ve içeriğinin çocuğun talebi doğrultusunda düzenlenmesi gerektiği, bu süreçte çocuğun ailenin yanında kalmasının uygun olacağı, ayrıca çocuk hakkında 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi gereğince koruma kararı talep edilmesinin ve evlat edinme sürecinde yaşanan gelişmeler nedeniyle koruyucu aile modeline geçiş sağlanması için çalışma yapılmasının uygun olduğu ifade edilmiştir.

30. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ankara İl Müdürlüğü tarafından 19/6/2013 tarihinde, acil koruma kararı sürecinde çocuğun aile yanından alınıp alınmaması ve ne gibi işlemler gerçekleştirilmesi gerektiğinin değerlendirilmesi amacıyla meslek gruplarından oluşan

bir komisyon toplandığı ve çocuk hakkında 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi gereğince koruma kararı talep edilmesi ile çocuk hakkında uygun olacak şekilde sosyal hizmet modellerinin belirlenmesinin uygun olacağı kanaatine varıldığı belirtilerek 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi gereğince koruma kararı talep edilmesi üzerine, Ankara 3. Çocuk Mahkemesinin 26/6/2013 tarihli ve 2013/126 Tedbir Talep sayılı kararı ile 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca çocuğun koruma altına alınmasına karar verilmiştir. Karar gerekçesinde, Ankara 3. Çocuk Mahkemesinin 31/5/2013 tarihli ve 2013/126 Tedbir Talep sayılı karar gerekçesinde yer verilen hususlar aynen tekrar edilmiştir.

31. Karara karşı başvuru tarafından yapılan itiraz, Ankara 1. Çocuk Mahkemesinin 10/7/2013 tarihli ve 2013/38 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

32. Ret kararı başvuru vekiline 22/7/2013 tarihinde tebliğ edilmiş olup 21/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

33. Belirtilen yargısal süreçlerin yanısıra çocuğun anne tarafından emanet edildiği ancak bir süre sonra çocuğu terk ettiği belirtilen şahıs ile anne hakkında, çocuğu terk etme suçu kapsamında yürütülen yargılama neticesinde, Niğde Sulh Ceza Mahkemesinin 15/1/2009 tarihli kararı ile başvuru ve diğer sanık hakkında öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza bağlamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

34. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Hukuk Müşavirliği tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 2/5/2014 tarihli yazıda; Ankara 10. Aile Mahkemesinin E.2012/1389 sırasına kayden yürütülen evlat edinme davası neticesinde 30/12/2013 tarihli kararla çocuğun yanında kaldığı aile tarafından evlat edinilmesine karar verildiği belirtilmiş, ayrıca 12/7/2013 tarihli Koruyucu Aile Sözleşmesi ile koruyucu aile modeline geçiş yapılarak bu hizmetten yararlandırılan çocuk için, başvuru annenin görüşme talebine istinaden 8/1/2014 tarihinde İl Müdürlüğünde görüşme planlandığı, ancak İl Müdürlüğüne gelmek istemeyen ve görüşmeyi reddeden çocuğun ağlayarak tepki verdiği, annesi ile görüşmeyi şiddetle reddettiği, bu nedenle görüşmenin gerçekleştirilemediği ifade edilmiş ve yazı ekinde sürece ilişkin diğer evrakla birlikte, çocuğun anneye teslimi halinde çocuğu nasıl bir hayat beklediği bilinmemekle beraber daha önce yaşadığı ayrılık travmasından daha büyük bir sorunla karşı karşıya kalacağı

tespitlerine yer verilen 24/4/2014 tarihli sosyal çalışmacı raporu ibraz edilmiştir.

B. İlgili Hukuk

35. 4721 sayılı Kanun'un "Koruma önlemleri" başlıklı 346. maddesi şöyledir:

"Aşağıdaki hallerde ana ve babadan birinin rızası aranmaz:

1. Kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa,

2. Küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa. "

36. 4721 sayılı Kanun'un "Koşulları" başlıklı 311. maddesi şöyledir:

"Küçük, gelecekte evlat edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilir ve ana ve babadan birinin rızası eksik olursa, evlat edinenin veya evlat edinmede aracılık yapan kurumun istemi üzerine ve kural olarak küçüğün yerleştirilmesinden önce, onun oturduğu yer mahkemesi bu rızanın aranıp aranmamasına karar verir.

Diğer hallerde, bu konudaki karar evlat edinme işlemleri sırasında verilir. Ana ve babadan birinin küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmemesi sebebiyle rızasının aranmaması halinde, bu konudaki karar kendisine yazılı olarak bildirilir. "

37. 4 721 sayılı Kanun 'un "Karar" başlıklı 312. maddesi şöyledir:

"Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hakim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır. "

38. 4721 sayılı Kanun'un "Çocukları yerleştirilmesi" başlıklı 347. maddesi şöyledir:

"Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terA edilmiş halde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir.

Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hakim aynı önlemleri alabilir.

Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır.

Nafakaya ilişkin hükümler saklıdır. "

39. 2828 sayılı Kanun'un "Koruma kararı" başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"Korunmaya muhtaç çocukların reşit oluncaya kadar bu Kanun hükümlerine göre Kurumca kurulan sosyal hizmet kuruluşlarında bakılıp yetiştirilmeleri ve bir meslek sahibi edilmeleri hususundaki gerekli tedbir kararı yetkili ve görevli mahkemece alınır. Bu karar için gerekli belgeler Kurumca düzenlenir ve ilgili mahkemeye gönderilir.

Haklarında derhal korunma tedbiri alınmasında zorunluluk görülen çocuklar mahkeme kararı alınıncaya kadar, bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda veya aile yanında mahalli mülki amirin onayı alınmak suretiyle bakım altına alınır. "

40. 5395 sayılı Kanun'un "Amaç" başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukları korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. "

41. 5395 sayılı Kanun'un "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) ...

1. Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu, ifade eder. "

42. 5395 sayılı Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 4. maddesi şöyledir:

“(1) Bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla;

a) Çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması,

b) Çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi,

c) Çocuk ve ailesinin herhangi bir nedenle ayrımcılığa tabi tutulmaması,

d) Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması,

e) Çocuğun, ailesinin, ilgililerin, kamu kurumlarının ve sivil toplum kuruluşlarının işbirliği içinde çalışmaları,

f) İnsan haklarına dayalı, adil, etkili ve süratli bir usul izlenmesi,

g) Soruşturma ve kovuşturma sürecinde çocuğun durumuna uygun özel ihtimam gösterilmesi,

h) Kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimi ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi,

i) Çocuklar hakkında özgürlüğü kısıtlayıcı tedbirler ile hapis cezasına en son çan, olarak başvurulması,

j) Tedbir kararı verilirken kurumda bakım ve kurumda tutmanın son çare olarak görülmesi, kararların verilmesinde ve uygulanmasında toplumsal sorumluluğun paylaşılmasının sağlanması,

k) Çocukların bakılıp gözetildiği, tedbir kararlarının uygulandığı kurumlarda yetişkinlerden ayrı tutulmaları,

*l) Çocuklar hakkında yürütülen işlemlerde, yargılama ve kararların yerine getirilmesinde kimliğinin başkaları tarafından belirlenememesine yönelik önlemler alınması, İlkeleri gözetilir.
”*

43. 5395 sayılı Kanun'un "Koruyucu ve destekleyici tedbirler" başlıklı 5. maddesi şöyledir:

“(1) Koruyucu ve destekleyici tedbirler, çocuğun öncelikle kendi aile ortamında korunmasını sağlamaya yönelik danışmanlık, eğitim, bakım, sağlık ve barınma konularında alınacak tedbirlerdir. Bunlardan;

a) Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere çocuk yetiştirme konusunda; çocuklara da eğitim ve gelişimleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol göstermeye,

b) Eğitim tedbiri, çocuğun bir eğitim kurumuna gündüzlü veya yatılı olarak devamına; iş ve meslek edinmesi amacıyla bir meslek veya sanat edinme kursuna gitmesine veya meslek sahibi bir ustanın yanına yahut kamuya ya da özel sektöre ait işyerlerine yerleştirilmesine,

c) Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimsenin herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi halinde, çocuğun resmî veya özel bakım yurdu ya da koruyucu aile hizmetlerinden yararlandırılması veya bu kurumlara yerleştirilmesine,

d) Sağlık tedbiri, çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması ve tedavisi için gerekli geçici veya sürekli tıbbî bakım ve rehabilitasyonuna, bağımlılık yapan maddeleri kullananların tedavilerinin yapılmasına,

e) Barınma tedbiri, barınma yeri olmayan çocuklu kimselere veya hayatı tehlikede olan hamile kadınlara uygun barınma yeri sağlamaya,

Yönelik tedbirdir.

(2) Hakkında, birinci fıkranın (e) bendinde tanımlanan barınma tedbiri uygulanan kimselerin, talepleri halinde kimlikleri ve adresleri gizli tutulur.

(3) Tehlike altında bulunmadığının tespiti ya da tehlike altında bulunmakla birlikte veli veya vasisinin ya da bakım ve gözetiminden sorumlu kimsenin desteklenmesi suretiyle tehlikenin bertaraf edileceğinin anlaşılması halinde; çocuk, bu kişilere teslim edilir. Bı fıkranın uygulanmasında, çocuk hakkında birinci fıkrada belirtilen tedbirlerden birisine de karar verilebilir. ”

44. 5395 sayılı Kanun'un "Kuruma başvuru" başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"(1) Adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kimseler çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir.

2) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhal yapar. "

45. 5395 sayılı Kanun'un "Koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması" başlıklı 7. maddesi şöyledir:

"(1) Çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı; çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya re'sen çocuk hakimi tarafından alınabilir.

(2) Tedbir kararı verilmeden önce çocuk hakkında sosyal inceleme yaptırılabilir.

(3) Tedbirin türü kararda gösterilir. Bir veya birden fazla tedbire karar verilebilir.

(4) Hakim, hakkında koruyucu ve destekleyici tedbire karar verdiği çocuğun denetim altına alınmasına da karar verebilir.

(5) Hakim, çocuğun gelişimini göz önünde bulundurarak koruyucu ve destekleyici tedbirin kaldırılmasına veya değiştirilmesine karar verebilir. Bu karar acele hallerde, çocuğun bulunduğu yer hakimi tarafından da verilebilir. Ancak bu durumda karar, önceki kararı alan hakim veya mahkemeye bildirilir.

(6) Tedbirin uygulanması, onsekiz yaşın doldurulmasıyla kendiliğinden sona erer. Ancak hakim, eğitim ve öğrenimine devam edebilmesi için ve rızası alınmak suretiyle tedbirin uygulanmasına belli bir süre daha devam edilmesine karar verebilir.

(7) Mahkeme, korunma ihtiyacı olan çocuk hakkında, koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanında 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk

Medenf Kanunu hükümlerine gön: velayet, vesayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında da karar vermeye yetkilidir. "

46. 5395 sayılı Kanun'un "Acil koruma kararı alınması" başlıklı 9. maddesi şöyledir:

"(1) Derhal korunma altına alınmasını gerektiren bir durumun varlığı halinde çocuk, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından bakım ve gözetim altına alındıktan sonra acil korunma kararının alınması için Kurum tarafından çocuğun Kuruma geldiği tarihten itibaren en geç beş gün içinde çocuk hakimine müracaat edilir. Hakim tarafından, üç gün içinde talep hakkında karar verilir. Hakim, çocuğun bulunduğu yerin gizli tutulmasına ve gerektiğinde kişisel ilişkinin tesisine karar verebilir.

(2) Acil korunma kararı en fazla otuz günlük süre ile sınırlı olmak üzere verilebilir. Bu süre içinde Kurumca çocuk hakkında sosyal inceleme yapılır. Kurum, yaptığı ince/em, sonucunda, tedbir kararı alınmasının gerekmediği sonucuna varırsa bu yöndeki görüşünü ve sağlayacağı hizmetleri hakime bildirir. Çocuğun, ailesine teslim edilip edilmeyeceğine veya uygun görülen başkaca bir tedbire hakim tarafından karar verilir.

(3) Kurum, çocuk hakkında tedbir kararı alınması gerektiği sonucuna varırsa hakimden koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilmesini talep eder. "

47. 5395 sayılı Kanun'un "Balam ve barınma kararlarının yerine getirilmesi" başlıklı 10 . maddesi şöyledir:

"Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından, kendisine intikal eden olaylarda gerekli önlemler derhal alınarak çocuk, resmf veya özel kuruluşlara yerleştirilir. "

48. Türkiye açısından 14/10/1990 tarihinde imzalanan ve 27/1/1995 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 20/11/1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesi şöyledir:

"(1)Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yaşama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.

(2)Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de gözönünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar.

(3) Taraf Devletler, çocukların bakımı veya korunmasından sorumlu kurumların, hizmet ve faaliyetlerin özellikle güvenlik, sağlık, personel sayısı ve uygunluğu ve yönetimin yeterliliği açısından, yetkili makamlarca konulan ölçülere uymalarını taahhüt ederler. "

49. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 9. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

"(1)Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında ya da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgâhının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebilir.

(2)Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde, ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır.

(3)Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, anababanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler. "

50. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi şöyledir:

"(1)Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.

(2)Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari

kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır. "

51. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 18. maddesi şöyledir:

"(1) Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler herşeyden önce çocuğun yüksek yararını gözönünde tutarak hareket ederler.

(2) Bu Sözleşme 'de belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar.

(3) Taraf Devletler, çalışan ana-babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü önlemi alırlar. "

52. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 19. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Sözleşme ye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkar muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar.

(2) Bu tür koruyucu önlemler; burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere,

gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir. "

53. Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 20. maddesi şöyledir:

"(1)Geçici ve sürekli olarak aile çevresinden yoksun kalan veya kendi yararına olarak bu ortamda bırakılması kabul edilmeyen her çocuk, Devletten özel koruma ve yardım görme hakkına sahip olacaktır.

(2) Taraf Devletler bu durumdaki bir çocuk için kendi ulusal yasalarına göre, uygun olan bakımı sağlayacaklardır.

(3) Bu tür bakım, başkaca benzerleri yanında. bakıcı aile yanına verme, İslam Hukukunda kefalet (kafa/ah), evlat edinme ya da gerekiyorsa çocuk bakımı amacı güden uygun kuruluşlara yerleştirmeyi de içerir. Çözümler düşünülürken, çocuğun yetiştirilmesinde sürekliliğin korunmasına ve çocuğun etnik, dinsel, kültürel ve dil kimliğine gereken saygı gösterilecektir. "

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

54. Mahkemenin 9/3/2016 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

55. Başvurucu; çocuğu hakkındaki koruma kararının kaldırılması talebiyle açtığı davanın makul sürede sonuçlandırılmadığını, mahkemece verilen çocuğun kendisine teslim edilmesine dair tedbir kararı ve nihai karar gereğinin Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı görevlilerince yerine getirilmediğini, ayrıca Kurum tarafından yapılan koruyucu ve destekleyici tedbir talebini içeren başvurunun incelemesinin duruşmasız yapıldığını, bu kapsamda delil ibraz etme ve savunma hakkı ile silahların eşitliği ilkelerinin ihlal edildiğini, ayrıca belirtilen tedbir talebinin değerlendirilmesinde talep sahibi Kurum bünyesinde görev yapan uzman raporunun da esas alındığını, tedbir talebinin kabulüne dair karar ile bu karara yapılan itiraz üzerine verilen kararın yeterli gerekçe ihtiva etmediğini, ayrıca belirtilen karar için kanun yolu olarak temyiz değil sadece itiraz imkanı tanınması suretiyle mahkemeye erişim ve etkili başvuru hakkının engellendiğini, belirtilen tüm bu süreçlerde ve özellikle Kurum tarafından çocuğun kendisine teslim edilmesine dair mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi

nedeniyle çocuğu ile görüşme imkanının elinden alındığını belirterek Anayasa'nın 20., 36. ve 40. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

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). Başvuru tarafından Anayasa'nın 10., 13., 20., 35. ve 36. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiği iddia edilmiş olmakla beraber ihlal iddialarının mahiyeti gereği, başvurunun aile hayatına saygı hakkı ve makul sürede yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

58. Başvuru anne, hakkındaki koruma kararı kaldırılarak kendisine teslimine karar verilen çocuğunun ilgili makamlarca kendisine teslim edilmediğini ve görüşme imkanı verilmediğini, belirtilen teslim kararını takiben verilen koruma kararlarına ilişkin yargısal süreçlere uygun şekilde katılımının temin edilmediğini ve verilen kararların yeterli gerekçe ihtiva etmediğini belirterek Anayasa'nın 20. maddesinde tanımlanan hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

59. Bakanlık görüş yazısında, adil yargılanma hakkı kapsamındaki iddialara ilişkin olarak yargı kararlarının yerine getirilmesinin adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olduğu; somut olayda ise idarenin, çocuğun devlet koruması altında olması cihetiyle o sırada anneye teslim edilmesini, ilgili kanunda yer alan tedbir alınması gerekli "acele durum" olarak nitelendirdiği ve bunun gereği olarak yine bir yargı organından geçici koruma tedbiri talep ettiği, aile hayatına saygı hakkının ihlali iddiasına ilişkin olarak ise müdahalenin ihlal teşkil etmemesi için kanunilik ve meşru amaç unsurlarını taşıması ve demokratik toplumda

zorunluluk şartının gerçekleşmesinin zaruri olduğu; aile yaşamına yönelik bir tasarrufun aile yaşamının sürdürülmesi veya aile bağlarının geliştirilmesini önlemek suretiyle aile yaşamına bir müdahale oluşturup oluşturmadığının incelenmesi gerektiği; bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından sürekli olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 8. maddesinin, ebeveynin çocukları ile biraraya gelmelerine imkan verecek tedbirlerin alınmasına ilişkin bir hakkı ve ulusal makamlar için de bu tür bir harekette bulunma yükümlülüğü içerdiği görüşünün dile getirildiği bildirilmiştir. Somut olayda, başvuru her ne kadar çocuğu ile kişisel bir ilişki kurmak değil, çocuğunun velayetini tamamen almayı amaçlayan girişimlerde bulunmuşsa da şikayet ettiği konunun aile yaşamının korunması ile ilgili olduğunun açık olduğu, buna karşılık devletin pozitif yükümlülüklerinin sadece anne için geçerli olmayıp henüz kendisini idare edemeyecek yaşta bulunan küçük bir çocuğun korunup kollanmasını da gerektirdiği, somut olayda çocuğun annesinin velayeti altında değil, devletin koruması ve vesayeti altında olduğu; başka bir deyişle devletin, bir annenin çocuğu ile kişisel ilişki kurabilmesinden ne kadar sorumlu ise aynı şekilde bir çocuğun bedensel ve ruhsal gelişimi ve geleceği için alınması gereken tedbirler konusunda da aynı ağırlıkta sorumlu olduğu, bu sorumluluk doğrudan kamu menfaati ile ilgili olduğundan 5395 sayılı Kanun başta olmak üzere ulusal mevzuat ve uluslararası mevzuatta, devletin çocuklar konusunda alabileceği tedbirlerin geniş olarak yer aldığı ifade edilmiştir.

i. Genel İlkeler

60. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrası hükümlerine göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

61. Anayasa'nın "*Özel hayatın gizliliği*" kenar başlıklı 20. maddesi şöyledir:

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

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

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir. ”

62. Anayasa'nın “Ailenin korunması ve çocuk hakları” kenar başlıklı 41. maddesi şöyledir:

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

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

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

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

63. 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. "

64. Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmi 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 yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz nünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Murat Atılgan*, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; *Marcus Frank Cerny*, (GK), B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36).

65. Aile yaşamındaki temel ilişkiler, kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilere dir. Resmi evlilik birlikleri kural olarak aile hayatı kapsamında güvence altına alınmakta olup evlilik içinde doğan çocuklar kendiliğinden evlilik birliğinin bir parçası sayılırlar. Somut başvuru açısından ise doğumundan itibaren başvuru anne ile çocuk arasında belirli süre devam eden bir ilişkinin söz konusu olduğu, akabinde çocuğun kamu korumasına alındığı fakat devam eden süreçte başvuru annenin çocuğa ilişkin koruma kararının kaldırılması ve velayetin gerektirdiği yetki ve sorumlulukların üstlenilmesi hususunda süregelen bir çaba içerisinde bulunduğu, bu kapsamda başvuru annenin doğal anne olması hasebiyle başvuru ve çocuk arasında hukuki anlamda bir soybağı bulunduğu gibi aile hayatının tesisi açısından önem arz eden kişisel bağın da fiilen mevcut olduğu görülmekte olup başvuru anne ile çocuğu arasındaki söz konusu ilişki aile yaşamının kurulması için yeterlidir.

66. Aile yaşamının temel unsuru, aile ilişkilerinin normal bir

şekilde gelişebilmesi ve bu bağlamda aile fertlerinin birlikte yaşama hakkıdır. Bu hakkın kapsamının, aile yaşamına saygı yükümlülüğünden ayrı düşünülmesi mümkün değildir (*Murat Atılğan*, § 24; *Marcus Frank Cerny*, § 38).

67. Ebeveyn ile çocukların birlikte yaşama istekleri aile yaşamının vazgeçilmez bir unsuru olup çocuğun herhangi bir nedenle kamu koruması altına alınmış olması, aile yaşamını ortadan kaldırmaz. Ebeveyn ve çocuk arasındaki aile yaşamının, anne ve babanın birlikte yaşamamaları veya ortak yaşama son vermeleri veya çocuğun kamu koruması altına alınması sonrasında da devam edeceği açık olup anne babanın ve çocuğun aile yaşamlarına saygı hakkı, belirtilen durumlarda ailenin yeniden birleştirilmesine yönelik tedbirleri de içermektedir (*Murat Atılğan*, § 25; *Marcus Frank Cerny*, § 39. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Olsson/İsveç*, B. No: 10465/83, 24/3/1988, § 59; *B./ Birleşik Krallık*, B. No: 9840/82, 8/7/1987, § 60; *Hokkanen/Finlandiya*, B. No: 19823/92, 23/9/1994, § 55; *Berrehab/Hollanda*, B. No: 10730/84, 21/6/1988, § 21; *Gluhakovic/Hırvatistan*, B. No: 21188/09, 12/4/2011, §§ 56, 57).

68. Aile yaşamına saygı hakkı kapsamında devlet için söz konusu olan yükümlülük, sadece belirtilen hakka keyfi surette müdahaleden kaçınmakla sınırlı olmayıp öncelikli olan bu negatif yükümlülüğe ek olarak aile yaşamına etkili bir biçimde saygının sağlanması bağlamında pozitif yükümlülükleri de içermektedir. Söz konusu pozitif yükümlülükler, bireyler arası ilişkiler alanında olsa da aile yaşamına saygıyı sağlamaya yönelik tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (*Murat Atılğan*, § 26; *Marcus Frank Cerny*, § 40. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *X ve Y/ Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 23; *Hokkanen/Finlandiya*, § 55).

69. Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri; ebeveynin, mevcut olayda annenin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir. 41. maddede, her çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmektedir. Söz konusu yükümlülüğün uluslararası sözleşmelerde de yer bulduğu görülmektedir (bkz. § 49). Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp her olayın özel koşullarına bağlı olarak alınacak tedbirlerin nitelik ve

kapsamı farklılaşabilmektedir (Marcus Frank Cerny, § 41 . Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Hokkanen/Finlandiya*, § 58; *Ignaccolo-Zenide/Romanya*, B. No: 31679/96, 25/1/2000, § 94; *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, B. No: 60328/09, 3/5/2012, § 49).

70. AİHM de önüne gelen birçok davada, aile yaşamına saygının kamu makamlarına ebeveyn ve çocuklarını bir araya getirmek şeklinde pozitif bir görev yüklediğini ve bu durumun, ayrılığa devletin değil ebeveynin yol açtığı durumlarda dahi geçerli olduğunu, bu alandaki pozitif yükümlülüğün aile yaşamına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış ve hem bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını hem de fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 42. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Hokkanen/Finlandiya*, § 58; *Glaser/Birleşik Krallık*, B. No: 32346/96, 19/9/2000, § 63; *Bajrami/Arnavutluk*, B. No: 35853/04, 12/12/2006, § 52).

71 . Bununla birlikte aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin, hangi koşullarda olumlu edimde bulunmayı gerektirdiğinin kesin çizgilerle belirlenmesi, söz konusu hak kapsamındaki ilişkilerin mahiyeti gereği kolay değildir. AİHM de özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda saygı kavramının çok kesin bir tanımının bulunmadığını ve taraf devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında bu kavramın gereklerinin olaydan olaya önemli ölçüde değiştiğini kabul etmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 43. Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Abdulaziz, Cabales ve Balkani/Birleşik Krallık*, B. No: 9214/80, 28/5/1985, § 67).

72. Anne baba ve çocukların birlikte yaşama hakkı aile hayatının esaslı bir unsuru olup çocuğun kamu koruması altına alınması durumunda da devletin ebeveyn ve çocuğun yeniden bütünleşmesine ilişkin olarak bireylerin haklarını koruyan düzenleyici yargısal bir çerçeve oluşturulmasını ve fiilen hayata geçirilecek uygun tedbirlerin alınmasını sağlama yükümlülüğü, aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki pozitif yükümlülüklerinin bir görünümünü oluşturmaktadır. Bu bağlamda çocukların kamu korumasına alınmasına ilişkin problemler, aile hayatına saygı hakkı bağlamında değerlendirme yapılmasını gerektiren önemli bir dava grubudur.

73. Söz konusu dava grubu açısından, kamusal makamlarca alınan

tedbirin yeterliliği, ilgili tedbirin uygulanma hızı ile doğru orantılıdır. Söz konusu kararların usulüne uygun şekilde ve ivedi olarak yerine getirilmesinin hem çocuklar hem de ebeveyn üzerinde çeşitli etkileri bulunmakla birlikte, söz konusu eksiklik ve gecikmeler özellikle karar gereklerinin yerine getirilmediği her an ebeveyn ile ilişkileri daha da sınırlanan veya kopan çocuk açısından telafisi imkansız zararların doğmasına neden olabilmekte ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında ciddi sorunları gündeme getirmektedir.

74. AİHM de anne ve babanın çocuk ile birlikte yaşamaya devam etmelerinin, Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci paragrafı anlamında aile hayatının temel bir unsurunu oluşturduğunu vurgulamaktadır. Özellikle çocukların zorunlu olarak kamu korumasına alındığı ve koruma tedbirlerinin uygulandığı durumlarda AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin ebeveynin çocuğu ile yeniden birleşmesini sağlayacak önlemlerin alınmasını talep hakkının yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü de kapsadığını ifade etmektedir (*Hokkanen/Finlandiya*, § 55).

75. Söz konusu pozitif yükümlülükler bağlamında kamusal makamlar anne baba ve çocuk arasındaki bağın devamlılığını sağlamak üzere, uygun bütün önlemleri almakla ve bu amaçla en süratli usullere başvurmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük ilgili vakalarda aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından oldukça önemlidir.

76. Davanın özel koşulları içerisinde, kamu makamlarının ailenin yeniden bütünleşmesini kolaylaştırma noktasında kendilerinden beklenen tüm makul önlemleri almaları gerekir. Ancak bu yükümlülük mutlak olmayıp özellikle belirli bir süre başka şahıslarla yaşayan veya bir kurumda barındırılan çocuğun ebeveyn ile bütünleşmesi söz konusu olduğunda, bu durum derhal tesis edilemeyebilir ve birtakım hazırlayıcı tedbirlerin alınmasını gerektirebilir. Bu önlemlerin nitelik ve kapsamı, davanın koşullarına bağlı olmakla birlikte olayın tüm taraflarının anlayış ve işbirliği en önemli bileşenlerden biridir. Ancak yalnız başına ebeveynin tutumu, kamusal makamların kararın icrası için tüm uygun önlemleri almamasının mazereti olamaz.

77. Koruma kararları geçici birer önlem niteliği taşıdıkları için şartlar değişir değişmez sona erdirilmeleri gerekmektedir. Bu nedenle geçici koruma sağlayan önlemlerin ve uygulanma tarzlarının da ebeveyn ve

çocuğu yeniden biraraya getirme şeklindeki nihai amaç ile uyumlu olması gerekmektedir. Anne baba ve çocuğun birbirleriyle kolaylıkla ve düzenli olarak görüşmelerinin önüne engeller konulduğu takdirde, aile üyeleri arasındaki bağlar zayıflayacak ve başarılı bir şekilde yeniden bütünleşmeleri gittikçe zorlaşacaktır. Bu kapsamda, uygun şartlar oluşur oluşmaz aileyi yeniden biraraya getirme şeklindeki pozitif yükümlülük, kamusal makamların ilgili koruma tedbirinin başlamasından itibaren artan bir gayret ve özen göstermelerini zorunlu hale getirmektedir. 78. Bu nedenle mevcut bir ailenin ve tesis edilmiş aile bağlarının söz konusu olduğu durumlarda, kamusal makamların bu bağların gelişmesini mümkün kılacak tarzda hareket etme mecburiyetini gözönünde bulundurması ve anne baba ile çocukların yeniden bütünleşmelerini sağlayıcı tedbirler alması gerekmektedir.

79. Kamusal makamlardan, en azından ailenin durumunda herhangi bir gelişme olup olmadığının belirlenmesi amacıyla durumu belirli zaman aralıkları itibarıyla yeniden değerlendirmesi beklenilmektedir. Biyolojik anne ve baba ile çocuğun birbirlerini görmelerinin engellendiği veya aralarında doğal bağların oluşumuna imkan vermeyecek şekilde nadiren biraraya gelmelerine olanak sağlandığı durumlarda, ailenin yeniden bütünleşmesi ihtimali giderek azalacak ve nihai olarak ortadan kalkacaktır. 80. Kamusal makamlar tarafından alınan önlemler ve uygulamalar bağlamında, ailenin yeniden bütünleşmesi şeklindeki nihai amacın gözönünde bulundurulması gerekmele birlikte söz konusu alanda dikkate alınması gereken temel unsurun, çocuğun üstün menfaati olması nedeniyle elbette kamusal makamlara zorunlu olarak belirli tarzdaki tedbirlerin alınması sorumluluğunun yüklenmesi söz konusu olamaz. Anne baba ile temasın çocuğun üstün menfaatini ağır şekilde tehdit ettiği durumlarda, söz konusu menfaatler arasında adil bir dengenin tesis edilmesi ilgili kamusal makamların yetkisi dahilindedir.

81. Söz konusu değerlendirmede çocuğun kamu koruması altında kalmasındaki menfaati ile anne babanın çocukla yeniden bütünleşmelerine ilişkin menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulması zaruridir. Belirtilen dengenin tesisinde çocuğun üstün yararının, niteliği ve önemi nedeniyle daha fazla ağırlık verilmesi ve ebeveynin menfaatinden üstün tutulması gerektiği yadsınamaz. Zira aile hayatına saygı hakkı, anne ve babaya, çocuğun sağlığı ve gelişimi açısından tehlikeli olan tedbirlerin alınmasını talep hakkı vermez.

82. Bununla birlikte ailenin mevcut durumunun çocuğun sağlık ve güvenliği açısından uygun olmadığı kanıtlandığı durumlar dışında, çocuğun menfaati de doğal ailesi ile bağlarının sürdürülmesini gerektirmektedir. Söz konusu bağlantının kesilmesi, çocuğun adeta köklerinden koparılması anlamına gelmektedir. Bu nedenle çocuğun üstün menfaati de söz konusu bağlantının yalnızca olağanüstü ve istisnai durumlarda engellenmesini gerektirmektedir. Belirtilen kişisel bağın korunması veya yeniden tesisi için tüm imkanlar kullanılmalıdır.

83. Kamusal makamlar söz konusu aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve olayın tarafları arasında işbirliğinin tesisi noktasında kendilerinden beklenen en üstün gayreti göstermek zorunda olmakla birlikte bu alanda zorlayıcı tedbirlere başvurma yükümlülüğü, tüm tarafların menfaati özellikle de çocuğun üstün yararı karşısında sınırlı olmak durumundadır. Özellikle çocuğa karşı zorlayıcı tedbirler alınması, bu hassas alan açısından kabul edilebilir değildir (*M M. E. ve T E.*, B. No: 2013/2910, 5/1 1/2015, § 83. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Hokkanen/Finlandiya*, § 58; *Maire/Portekiz*, B. No: 48206/99, 26/9/2003, § 71).

84. Çocuğun söylemlerinin dikkate alınabileceği belirli bir olgunluk düzeyine erişmiş olması durumunda ve üstün menfaatine aykırı olmamak koşulu ile kişisel ilişki sürecinde çocuğun istek ve söylemlerinin de dikkate alınması zaruridir (*M M E. ve T. E.*, § 84. Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Hokkanen/Finlandiya*, § 61). Bu husus uluslararası sözleşme metinlerinde de açıkça ifade edilmektedir (bkz. § 50).

85. Mevzuatın yorumlanmasıyla ilgili sorunları çözmek, öncelikle derece mahkemelerinin yetki ve sorumluluk alanındadır. Çocuğun üstün yararı söz konusu dava grubu açısından en önemli unsur olup olayın tüm tarafları ile doğrudan temas halinde bulunan derece mahkemelerinin olayın koşullarını değerlendirmek açısından daha avantajlı konumda bulunduğu da tartışmasızdır. Anayasa Mahkemesinin rolü ise bu kuralların yorumunun Anayasa'ya uygun olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, derece mahkemeleri tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle mahkemelerin koruma tedbirlerine ilişkin mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerindeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahiptir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin görevi; koruma tedbirleri, gereklilikleri ve bunların

uygulanması hususunda derece mahkemelerinin yerini almak değildir. Kamusal makamların takdir hakları kapsamında aldıkları kararların, aile hayatına saygı hakkı bağlamında söz konusu olan güvenceler açısından değerlendirilmesidir.

86. Bu bağlamda AİHM de ulusal mahkemeler tarafından izlenen usulü denetleme ve özellikle ulusal mahkemelerin mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken Sözleşme’deki ve özellikle 8. maddedeki güvenceleri gözetip gözetmediğini belirleme yetkisine sahip olduğunu vurgulamaktadır. AİHM, yaptığı denetime temel aldığı önemli bir ilke olan ikincillik ilkesi gereği, ulusal mahkemelerin mevzuat hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin takdirini değerlendirmeye tabi tutmamakta ancak ulusal mahkemeler tarafından ulaşılan sonucun Sözleşme’nin 8. maddesinde öngörülen standartlara uygun bir denge sağlayıp sağlamadığını ve ulaşılan sonucun bu yönüyle aile hayatına saygı hakkının ihlali anlamına gelip gelmediğini incelemektedir (*Branda/İtalya*, B. No: 22430/93, 9/6/1998, § 59; *Hokkanen/Finlandiya*, § 55).

87. AİHM, çocukların koruma altına alınması hususunda kamusal müdahalenin uygunluğuna ilişkin algının her taraf devlette farklı olabildiğini ve ailenin rolüne ilişkin gelenekler, aile ile ilgili meselelerde devletin rolü ve bu alandaki kamusal tedbirlerin ulaşılabilirliği gibi değişik faktörlere bağlı olduğunu vurgulamakta; çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespitin her olayda dikkate alınması gereken en önemli husus olduğunu ifade etmektedir. Mahkemeye göre söz konusu tedbirlerin alınması aşamasında ve hemen akabinde, ilgili taraflarla doğrudan temas halinde bulunan yerel makamlardır. Bu noktada Mahkemenin görevinin, çocukların koruma altına alınması ve çocukları koruma altına alınan anne babalarının haklarına ilişkin düzenleme yapma sorumluluğu olan yetkili makamların yerini almak değil, belirtilen makamların takdir yetkileri kapsamında aldığı kararların Sözleşme’de yer alan güvencelere uygunluk açısından denetlenmesi olduğu belirtilmektedir (*Johansen/Norveç*, B. No: 17383/90, 7/8/1990, § 64).

88. Koruma kararları ile ilgili başvurular bağlamında Anayasa Mahkemesinin görevi de ilgili kamusal makamların yerini alarak çocuk için uygun koruma önlemlerinin ne olduğunu bizzat karara bağlamak değildir. Ancak söz konusu süreçte aile hayatına saygı hakkının gerektirdiği güvencelerin gerek ebeveyn gerek çocuk açısından gözetilip gözetilmediğinin denetlenmesi zaruridir.

89. Koruma kararları ile velayet ve kişisel ilişkiye ilişkin hükümlerin icrası problemi sıklıkla adil yargılanma hakkının ihlali iddialarına konu olmakla birlikte sürecin ivedi olarak yürütülmesi de dahil olmak üzere ilgili prosedüre ilişkin işlem ve eylemlerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında meydana getirdiği sonuçlar dikkate alındığında söz konusu iddiaların aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınması uygun görülmektedir (*M M E. ve T E.*, § 137. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Maire/Portekiz*, § 62; *Santos Nunes/Portekiz*, B. No: 61173/08, 22/5/2012, §§ 56, 57).

90. AİHM, aile yaşamıyla ilgili meselelerin karara bağlanmasında uygulanacak olan usullerin de aile yaşamına saygı gösterilecek şekilde olması gerektiğini ifade etmektedir. Sözleşme'nin 8. maddesi açıkça bir usul şartı içermemekle birlikte Mahkeme belirli usul gereklerinin Sözleşme'nin 8. maddesinde mündemiç olduğunu belirtmektedir. Yerel kurumların karar alma süreci, kararın özellikle konuyla ilgili noktalara dayanmasını, tek yanlı olmamasını ve böylece keyfi görünmemesini sağlayacağından, kararın esası üzerinde etkisiz sayılamaz. Buna göre Mahkeme, bu sürecin her şart altında adil bir tarzda yürütülüp yürütülmediğini ve Sözleşme'nin 8. maddesiyle korunan menfaatlere gereği gibi saygı gösterilmesini sağlayıp sağlamadığını belirleyebilmek için sürece bakma yetkisine sahip olduğunu vurgulamaktadır. Kamusal makamların, koruma altındaki çocuklar üzerinde karara varırken dikkate alması gereken hususlar arasında, doğal anne babanın görüşleri ve menfaatleri zorunlu olarak yer almalıdır. Mahkemeye göre çocukların korunmasına ilişkin karar alma süreci, anne babaların menfaatlerinin korunması için kendilerinin karar alma sürecine yeterli ölçüde katılabilmelerini, anne babanın görüşlerinin ve menfaatlerinin kamusal makamlar tarafından bilinmesini ve gereği gibi dikkate alınmasını, ayrıca mevcut hukuk yollarını zamanında kullanabilmelerini sağlayacak şekilde olmalıdır. Mahkemeye göre karara bağlanması gereken husus, olaydaki özel şartlar ve özellikle alınan kararların ağırlığı gözönünde tutularak bir bütün olarak bakıldığında anne babanın karar alma sürecine, menfaatlerinin yeterli düzeyde korunmasını sağlayacak ölçüde katılmış olup olmadıklarıdır. Söz konusu katılım sağlanmamışsa aile yaşamına saygı gösterilmesi söz konusu olmayacak ve karardan doğan müdahale, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında meşru görülemeyecektir (*Olsson/İsveç*, § 71; *W./Birleşik Krallık*, B. No: 9749/82, 8/7/1987, §§ 62-64; *Kutzner/Almanya*, B. No: 46544/99, 26/2/2002, § 56).

91 . Yetkili kamusal makamların ve özellikle yargısal organların kararlarında, ebeveynin kanun yollarına başvuru hakkını etkili şekilde kullanarak yargısal sürecin ilerleyen aşamalarına da etkin şekilde katılımlarını sağlayacak şekilde ayrıntılı gerekçelere yer vermeleri zorunludur. Bunun yanı sıra ebeveynin, çocuğun koruma altına alınması ile ilgili süreçte kamusal makamlarca dayanılan bilgi ve belgelere ulaşabilecek pozisyonda olması gerekmektedir. Talepte bulunulmaması durumunda dahi, çocukları ile ilgili önemli kararların alınması sürecinde elde edilen verilerin ebeveynle paylaşılması, sürecin doğru yürütülmesi açısından önemlidir.

92. Karar alma sürecine katılımın yanı sıra bu sürecin uzunluğunun da gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Zira bu tür davalarda usul yönünden bir gecikmenin, mahkeme önüne getirilen meselenin henüz mahkeme tarafından görülmeden fiili olarak belirlenmesi sonucunu doğurma tehlikesi vardır. Aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesi, bir anne veya babanın çocuğu ile gelecekteki ilişkisinin zamanın akışıyla değil, sadece konuyla ilgili hususların ışığında belirlenmesini gerektirir.

93. Acil koruma önlemleri söz konusu olduğunda, durumun aciliyetine binaen karar alma sürecinde ilgililerle tam bir işbirliği sağlanması her zaman mümkün olmayabilir. Bununla birlikte aile hayatına saygı hakkının, ilgili tedbirin ilgili ve yeterli bir gerekçeyi haiz olması ve anne babaya çocukları ile ilgili tedbirin alınma sürecine yeterli ölçüde katılma imkanı tanınması şeklindeki gereklerinin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, çocukların kamu korumasına alınması ile ilgili kararların, objektif bir gözlemciyi ilgili kararın dosya kapsamındaki tüm delillerin dikkatli ve tarafsız şekilde değerlendirildiği hususunda ikna edecek nitelikte olması ve bu bağlamda tedbirin dayandığı sebeplerin açıkça ifade edilmesi gerektiği açıktır(K. A./Finlandiya, B. No: 27751/95, 14/1/2003, § 103).

94. Yukarıda da ifade edildiği üzere aile hayatına saygı hakkı bağlamında ele alınabilecek olan negatif ve pozitif yükümlülüklerin sınırının ve pozitif yükümlülüklerin hangi durumda olumlu edimde bulunulmasını zorunlu kıldığıнын, kesin çizgilerle belirlenmesi mümkün olmayıp bu yükümlülüklerin birçok olayda birlikte gündeme gelmesi olasıdır.

95. Başvuru konusu olayda da benzer bir durum söz konusu olup

başvurucu anne tarafından çocuğun kendisine teslim edilmesine ilişkin karar gereğinin kurum yetkililerince yerine getirilmediği iddia edilmektedir. Söz konusu süreçte, ilgili kurum yetkililerinin işlem ve davranışları önemli olmakla birlikte sürecin özellikle verilen koruma kararları nedeniyle kesintiye uğradığı görülmektedir. Bu açıdan söz konusu koruma kararlarına ilişkin yargısal prosedürün ve kararların yerine getirilmesine dair diğer kamusal işlem ve eylemlerin bir bütün halinde değerlendirilmesi, kamu makamlarının aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki yükümlülüklerinin kapsamının net bir şekilde ortaya konulması ve bu yükümlülüklerin ifası için makul olan tüm önlemlerin alınıp alınmadığının tespiti açısından önemlidir.

96. Bununla birlikte, çocuk hakkındaki koruma kararının kaldırılması ile ilgili süreç, derece mahkemeleri nezdinde sonuçlanmadığı gibi başvuru makul sürede yargılama iddiası dışında söz konusu sürece ilişkin ayrı bir iddiasının bulunmadığı da dikkate alınarak aile hayatına saygı hakkı bağlamında yapılan değerlendirmenin, çocuğun anneye teslimine dair ara karar sonrasında ilgili kurum tarafından yürütülen işlemler ve bu süreçte alınan koruma kararlarına ilişkin yargısal süreçle bağlantılı olarak yapılması uygun görülmüştür.

ii. Müdahalenin Varlığı

97. Başvuruya konu olayda çocuk hakkında verilen koruma kararlarının, annenin çocukla ilişki kurma hakkı üzerinde etkili olduğunda kuşku yoktur. Bu bağlamda somut başvuru açısından, koruma tedbirleri alınmak suretiyle başvuru annenin velayet hakkı kapsamındaki yetkilerini kullanması ve çocuk ile kişisel ilişki kurması konusunda öngörülen kısıtlamaların, aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğu açıktır.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

98. Anayasa'nın 20. maddesinde, bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

99. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" kenar başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

100. Belirtilen Anayasa hükmü, hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve güvence rejimi bakımından temel öneme sahip olup Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlüklerin yasa koyucu tarafından hangi ölçütler gözönünde bulundurularak sınırlandırılabilceğini ortaya koymaktadır. Anayasa'nın bütünselliği ilkesi çerçevesinde, Anayasa kurallarının birarada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, belirtilen düzenlemede yer alan başta yasa ile sınırlama kaydı olmak üzere tüm güvence ölçütlerinin, Anayasa'nın 20. maddesinde yer verilen hakkın kapsamının belirlenmesinde de gözetilmesi gerektiği açıktır (*Sevim Akat Eşki*, § 35).

Kanunilik

101. Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün, yani müdahalenin hukuki bir temelini mevcut olup olmadığıdır (*Sevim Akat Eşki*, § 36).

102. Çocukların bakım ve gözetimi ile haklarında koruma tedbirlerine başvurulmasını gerektiren durumlara ilişkin olarak 4721, 5395 ve 2828 sayılı Kanunların ilgili maddelerinde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmektedir. Bu kapsamda başvuru annenin aile yaşamının, uygulamada ve etkili bir şekilde korunmasını güvence altına alan yasal bir çerçevenin mevcut olduğu ve çocuk hakkında koruma tedbirlerine hükmedilmesi şeklindeki uygulamanın, belirtilen hükümler temelinde yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Derece mahkemesi kararlarının söz konusu Kanun hükümlerine dayandığı anlaşılmakla belirtilen yargısal kararların yeterli hukuki temele sahip olduğu görülmektedir.

Meşru Amaç

103. Anayasa'nın 41. maddesinin ikinci fıkrasında, devletin çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilatı

kuracağı; dördüncü fıkrasında ise her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirlerin öngörüleceği belirtilmiştir. İlgili Kanun hükümlerinde de söz konusu tedbirlerin alınması bağlamında “*çocuğun menfaati ve gelişmesinin tehlikeye girmesi*,” “*çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesinin tehlikede bulunması*” ve “*korunma ihtiyacı olan çocukların korunması, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınması*” amaçlarının açıkça ifade edildiği görülmektedir (bkz. §§ 37, 38, 40).

104. Somut başvuru açısından çocuk hakkında verilen koruma kararlarında, derece mahkemelerinin çocuğun sağlık ve güvenliğinin temini şeklinde meşru bir amaç izlediği, bu çerçevede başvuruya konu müdahalenin meşru temellere dayandığı anlaşılmaktadır.

Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

105. 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.

106. Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup onları büyük ölçüde kısıtlayan veya tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaştığı kabul edilemez. Demokratik hukuk devletinin amacı, kişilerin hak ve özgürlüklerden en geniş biçimde yararlanmalarını sağlamak olduğundan yasal düzenlemelerde insanı öne çıkaran bir yaklaşımın esas alınması gerekir. Bu nedenle getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil; koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir (*Murat Atılğan, § 37; Marcus Frank Cerny, § 71*).

107. Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmektedir. Bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir. Aile hayatına saygı hakkı bağlamında da bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede

güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlanmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermektedir (*Murat Atılğan, § 38; Marcus Frank Cerny, § 72*).

108. Anayasa'nın 13. maddesi vasıtasıyla Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması hususunda geçerli olan bu denge, aile hayatına saygı hakkının sınırlanmasında da gözönünde bulundurulmalıdır. Aile hayatına saygı hakkının sınırlanması mümkün olmakla beraber, sınırlamada öngörülen meşru amaç ile sınırlama aracı arasında orantısızlık bulunmamalı, sınırlama ile ulaşılabilir yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlanan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir. Bu noktada, belirtilen ölçütlere riayetle bir sınırlama yapılıp yapılmadığının tespiti için müdahale teşkil ettiği ve aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiği iddia edilen önlemin temelini oluşturan meşru amaç karşısında, bireye düşen fedakarlığın ağırlığının gözönünde bulundurulması ve özellikle çocuklarla ilgili koruma tedbirleri söz konusu olduğunda, ebeveyn ve çocuğun menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Bu dengenin kurulması, söz konusu vakalar özelinde devletin aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerinin icrası ile yakından ilgilidir (*Murat Atılğan, § 39; Marcus Frank Cerny, § 73*).

109. Bu alandaki belirleyici mesele; çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasında, devletin bu konuda kendisine tanınan takdir alanı içinde adil bir denge kurup kurmadığıdır. Ancak bu denge kurulurken çocuğun koruma altına alınmasıyla ilgili meselelerde çocukların menfaatlerinin üstün bir öneme sahip olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte söz konusu haklar arasında denge kurulurken ebeveynin çocukla düzenli ilişkide bulunmaları gereği de dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktördür (*Marcus Frank Cerny, § 74*). Özellikle koruma tedbirleri ve çocukların kamu koruması altına alınmasının söz konusu olduğu durumlarda, bu dengelemenin hassas bir şekilde yapılması ve takdirin gerekçelerinin ilgili kararlara açıkça yansıtılması zaruridir.

110. Her çocuk, menfaatleri aksini gerektirmedikçe ebeveyni ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahiptir. Çocuğun menfaati, bir yandan söz konusu ailenin sağlıklı olması durumu hariç ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte; öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermektedir. Aynı düşünce uluslararası sözleşme hükümlerine de yansıtılmış olup (bkz. § 49) tüm bu düzenlemeler çocuğun üstün menfaati de gözönünde bulundurulmak suretiyle aile ilişkilerinin sürdürülebilirliğini amaçlamaktadır (*Nurettin Özeltin*, B. No: 2013/19725, 19/11/2015, § 37).

111. AİHM de çocuğun ve ebeveynin menfaatlerine ilişkin değerlendirmenin ulusal yargı makamlarınca yapılması gerektiğini kabul etmekle birlikte uyumsuzluğa ilişkin yargılama prosedürünün adil olması ve ilgililere bütün haklarını kullanabilme olanağı sağlaması gerektiğini ifade etmekte ve bu bağlamda, ulusal mahkemelerin özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bütün faktörler ile ailenin durumunu derinlemesine inceleyip incelemediğini ve çocuğun yüksek menfaatlerini tespit etmek suretiyle ilgili kişilerin de yararlarına ilişkin makul bir değerlendirme ve dengelemede bulunulup bulunulmadığını belirlemek durumunda olduğunu belirtmektedir (*İlker Ensar Uyanık/ Türkiye*, § 52; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, B. No: 41615/07, 6/7/2010, § 139).

112. Başvuruya konu yargısal uygulamanın yukarıda belirtilen meşru temellere dayandığı açık olmakla birlikte başvuru annenin aile hayatına bir müdahale teşkil ettiği anlaşılan sınırlamanın, belirtilen hakkın özüne dokunarak, onu anlamsız kılacak ölçüde olmaması gerekmektedir.

113. Kamusal makamların izlenen meşru amaçlar bağlamında bir hakkın sınırlandırılması sürecinde takdir yetkisi bulunmakla birlikte, belirtilen takdir yetkisi, her bir vaka özelinde ayrı bir kapsama sahiptir. Güvence altına alınan hakkın veya hukuksal yararın niteliği ve bunun birey bakımından önemi gibi unsurlara bağlı olarak bu yetkinin kapsamı daralmakta veya genişlemekte, yükümlülüklerin türü ve kapsamı her bir olay özelinde farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

114. Bu bağlamda koruma tedbirleriyle ilgili davalarda, koruma altına alındığında çocuğun daha mutlu olacak olması yeterli olmayıp yargısal kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı

bakımından “yeterli” olarak görülüp görülemeyeceği hususunda karar verilebilmesi için olaya ve özellikle kararın alındığı koşullara bir bütün olarak bakılması zorunludur (benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Olsson/İsveç*, § 72; *K. and T /Finlandiya*, B. No: 25702/94, 12/7/2001 , § 173).

115. Bir çocuğun koruma altına alınması normal şartlar altında geçici bir tedbir niteliğinde olup şartlar değişir değişmez sona erdirilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra söz konusu geçici korumanın uygulanması için alınacak tüm tedbirlerin doğal anne baba ve çocuğu yeniden bütünleştirme şeklindeki nihai amaç ile uyumlu olması zaruridir. Bu açıdan, çocuğun koruma altında kalmasına ilişkin menfaati ile anne babanın çocukları ile yeniden bütünleşme hususundaki menfaatleri arasında adil bir denge tesis edilmelidir. Söz konusu dengenin tesisinde elbette çocuğun üstün yararı öncelikle gözönünde bulundurulması gereken ve çoğu zaman anne babanın menfaatlerinin üzerinde yer alan unsurdur (*Johansen/Norveç*, § 78).

116. Kamusal makamlara tanınan takdir yetkisi, konunun niteliği ve tehlikede olan menfaatin ağırlığına göre değişmektedir. Çocuğun, sağlığı ve gelişimi açısından önemli bir tehlike altında olduğu düşünülen bir durumdan korunması ile şartlar elverir elvermez ailenin yeniden bütünleşmesinin sağlanması amacının dengeli bir değerlendirmeye tabi tutulması zorunludur.

117. Kamusal makamların böylesine duyarlı bir alanda karara varırken çok güç bir görev üstlendikleri gerçeği karşısında, her defasında esnek olmayan bir usulü izlemelerinin zorunlu görülmesi, karşılaşılan sorunlara yenilerini ekleyeceğinden, bu konuda kamusal makamlara bir ölçüye kadar takdir alanı tanınması gerektiği açıktır. Öte yandan alınmış olan kararların kalıcı sonuçlara neden olabileceği de göz önünde tutulmalıdır. Zira anne babasından alınıp alternatif koruyucuların yanına yerleştirilen bir çocuğun, zaman içinde onlarla bağ kurması kaçınılmazdır. Bu bağları, anne babanın çocuk ile kişisel ilişkisini kısıtlayan veya sona erdiren bir kararı daha sonra kaldırmak suretiyle tahrip etmek veya kesmek de çocuğun menfaatine olmayabilir. O halde bu alan, sıradan keyfi müdahalelere karşı söz konusu olabilecek korumadan daha geniş koruma gerektiren bir alandır (*W/Birleşik Krallık*, § 62; *B./Birleşik Krallık*, § 63).

118. Şüphesiz çocuğun üstün yararının ne olduğuna ilişkin tespit,

bu tür davalarda dikkate alınması gereken en önemli unsurdur. Bu bağlamda ilgili taraflarla doğrudan temas halinde olan yargısal organların, belirtilen hususun tespiti noktasında daha avantajlı konumda olduğu açıktır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesinin görevi, derece mahkemelerinin yerine geçerek koruma tedbirlerinin gerekliliği hususunun bizzat tanzim ve tespiti olmayıp ilgili anayasal normlar bağlamında, derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış olan takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesidir. Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerinin söz konusu mevzuat hükümlerini yorumlayıp uygularken anne baba ile çocuğun ve kamunun menfaatleri arasında kurulması gereken dengeyi tespit etmek suretiyle Anayasa'nın 20. maddesindeki güvenceleri koruyup korumadıklarını belirleme yetkisine sahiptir. Bu nedenle derece mahkemelerince varılan sonucun Anayasa'nın 20. maddesine uygun olup olmadığının, yani çocuk hakkında verilen koruma kararlarının başvuru annenin aile yaşamına saygı hakkına orantılı bir müdahale oluşturup oluşturmadığının karara bağlanması gerekmektedir.

119. Derece mahkemelerinin, çocuklarla ilgili koruma tedbirlerinin değerlendirilmesinde, aile hayatı kapsamındaki ilişkilerin sürdürülebilir ve etkili olmasını temin edecek şekilde hareket etmesi zaruridir. Bu kapsamda özellikle müdahalenin ölçülülüğü noktasında, derece mahkemelerinin takdir yetkilerini makul ve sağduyulu bir şekilde kullanıp kullanmadıkları hususunu değerlendirme durumunda olan Anayasa Mahkemesi, bu bağlamda müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını incelemek durumundadır (*Murat Atılğan*, § 44; *Nurettin Özalın*, § 55; *Marcus Frank Cerny*, § 83. Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Branda/İtalya*, § 59; *Hokkanen/Finlandiya*, § 55).

120. Derece mahkemelerinin, takdirlerinin gerekçelerini, ilgili ebeveynin kanun yoluna müracaat imkanını da etkili şekilde kullanabilmelerini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya koymaları ve ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi yeterli ve objektif verilere dayandırılması gerekmektedir (*Murat Atılğan*, § 45; *Nurettin Özalın*, § 56; *Marcus Frank Cerny*, § 84. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Saviny/Ukrayna*, B. No: 39948/06, 18/12/2008, §§ 56-58; *Gluhakovic/Hırvatistan*, § 62).

121. Aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki uyuşmazlıklarda, ilgili idari ve yargısal işlemlerin süratle yerine getirilmesi kadar, karar

oluşturma sürecinin ilgili kişilerin görüşlerini tam olarak sunabildikleri adil bir süreç olmasının sağlanması da önemlidir. Bu çerçevede, Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülük değerlendirmesinin içeriğine, ilgili yargısal süreçlerin ivedi şekilde, tarafların katılımına açık ve adil yargılanma hakkının usule ilişkin gereklerine riayetle yürütülmesi şeklindeki usuli yükümlülüğün de eklenmesi gerekmektedir (*Marcus Frank Cerny*, § 81; M. M E. ve T. E., B. No: 2013/2910, 5/11/2015, § 160. Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Amanalachioai/Romanya*, B. No: 4023/04, 26/5/2002, § 63, *İlker Ensar Uyanık/Türkiye*, § 33; *Maire/Portekiz*, § 62; *Santos Nunes/Portekiz*, §§ 56, 57).

122. Başvuru konusu yargısal sürecin değerlendirilmesinden; başvuru tarafından çocuğun, doğumundan sonra para karşılığında bakılması için bir ailenin yanına bırakıldığı ve bir müddet sonra bu aile tarafından terkedilmesi üzerine Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 5/10/2006 tarihli ve 2006/133 Değişik İş sayılı kararı ile Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bağlı olan ve Niğde'de bulunan bir kuruma yerleştirilmesine ve

5395 sayılı Kanun uyarınca çocuk hakkında bakım ve sağlık tedbiri uygulanmasına karar verildiği; bu kararı takiben Kurum tarafından talepte bulunulması üzerine Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/12/2007 tarihli ve 2007 /190-196 Değişik İş sayılı kararı ile çocuğun koruma altına alınmasına, İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğüne teslimi ile Müdürlüğe ait bir kuruma yerleştirilmesine karar verildiği, Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2008/116, K.2008/104 sayılı kararı ile de çocuğun İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü tarafından evlatlık verilmesi işlemlerinde anne babanın rızasının aranmamasına hükmedildiği görülmektedir. Belirtilen kararları takip eden süreçte, başvuru tarafından Ankara 7. Aile Mahkemesinde 13/5/2008 tarihinde açılan dava ile çocuk hakkında daha önce verilmiş olan Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/12/2007 tarihli ve 2007/190-196 Değişik İş sayılı koruma kararının kaldırılmasının talep edildiği fakat Mahkemece talebin reddine hükmedildiği, başvuru tarafından Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde 17/9/2008 tarihinde açılan dava ile aynı talebin ileri sürülmesi üzerine, Mahkemece verilen 25/5/2011 tarihli ve E.2008/525, K.2011/479 sayılı karar ile başvurucağının talebinin reddedildiği, bu kararın temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10/12/2012 tarihli ve E.2011/19472, K.2012/29642 sayılı ilanı ile bozulduğu anlaşılmaktadır. Bozma kararı sonrası Niğde 2.

Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2013/118 sayılı dosyası üzerinde yürütülen yargılamanın 1/4/2013 tarihli celsesinde, çocuğun tedbiren başvurucuya teslimine karar verildiği, belirtilen ara kararı üzerine başvurucu tarafından Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ankara İl Müdürlüğüne verilen 3/4/2013 tarihli dilekçe ile ilgili ara kararı uyarınca çocuğun yanında bulunduğu aileden alınarak tarafına teslim edilmesinin talep edildiği, Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 23/5/2013 tarihli müzekkeresi ile de ara kararı gereğinin yerine getirilmesi hususunun ilgili Kuruma bildirildiği görülmektedir. Bozma sonrası yapılan yargılamada, Mahkemenin 8/5/2013 tarihli ve E.2013/118, K.2013/318 sayılı kararı ile Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/12/2007 tarihli ve 2007/190-196 Değişik İş sayılı koruma kararının kaldırılmasına ve çocuğun başvurucu anneye teslim edilmesine hükmedildiği anlaşılmaktadır. Belirtilen hüküm sonrasında Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından 30/5/2013 tarihinde çocuk hakkında 5395 sayılı Kanun uyarınca acil koruma kararı verilmesi yönünde talepte bulunulduğu, söz konusu talebin kabulü suretiyle Ankara 3. Çocuk Mahkemesinin 31/5/2013 tarihli ve 2013/126 Tedbir Talep sayılı kararı ile 5395 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca otuz gün süre ile sınırlı olarak çocuğun acil koruma altına alınmasına karar verildiği, başvurucu tarafından belirtilen karara karşı yapılan itirazın reddedildiği, acil koruma kararını takiben Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ankara İl Müdürlüğü tarafından 19/6/2013 tarihinde çocuk hakkında 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi gereğince koruma kararı talep edilmesi üzerine Ankara 3. Çocuk Mahkemesinin 26/6/2013 tarihli ve 2013/126 Tedbir Talep sayılı kararı ile 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca çocuğun koruma altına alınmasına karar verildiği ve başvurucu tarafından söz konusu karara karşı yapılan itirazın da olumsuz sonuçlandığı anlaşılmaktadır.

123. Ret kararının başvurucu vekiline 22/7/2013 tarihinde tebliğ edildiği ve 21/8/2013 tarihinde bireysel başvuruda bulunulduğu görülmekle birlikte çocuk hakkında verilen koruma kararının kaldırılması talebiyle Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan dava sonucunda Mahkemece verilen 8/5/2013 tarihli kararın da bozma ilamına konu edildiği, bozma sonrası Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2014/616 sırasına kaydedilen dava kapsamında 21/10/2014 tarihinde verilen görevsizlik kararı üzerine dosyanın Niğde Aile Mahkemesinin E.2014/717 sırasına kaydının yapıldığı ve duruşmasının 16/3/2016 tarihine ertelendiği anlaşılmaktadır.

124. Çocuğun anneye teslimine dair karar sonrasında alınan koruma tedbirlerine ilişkin yargısal süreçlerin, taleplerin ilgili mahkemelere iletiildiği tarihlerden itibaren süratle sonuçlandırıldığı görölmektedir. Başvurucu annenin koruma tedbirleri ile ilgili yargısal süreçlerin ivedi olarak yürütölmesi ile ilgili belirli bir iddiası olmamakla beraber söz konusu süreçlerin hızla tamamlanması noktasında ilgili kamu makamları tarafından gereken hassasiyetin gösterildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte özellikle çocuk hakkında 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi gereğince koruma kararı alınmasına ilişkin sürece başvuru annenin etkin katılımının sağlanmamış olduğu görölmektedir. Çocuk hakkında alınan acil koruma kararının niteliği dikkate alınarak talebin ivedi şekilde neticelendirilmesi maksadıyla hızlı bir usulün izlenmiş olması makul görölebilmekle beraber özellikle çocuk hakkında yürütölen evlat edindirme süreci de dikkate alındığında çocuğun koruyucu aile yanında kalış süresi ve bu bağlamda çocuk ve anne arasındaki bağlantı üzerinde önemli etkiler göstereceği açık olan 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi gereğince başvuru annenin, karar sürecine aile hayatına saygı hakkı bağlamındaki güvenceleri etkin kılacak ölçüde katılımının sağlanması zaruridir.

125. Koruma altına alındığı tarihte henüz üç yaşında olan çocuğun; uzun süreli olarak koruyucu aile yanına yerleştirilmesi, doğal annesiyle temas ettirilmemesi ve hakkında evlat edindirme işlemlerinin başlatılmış olması, çocuğun geleceği için hayati öneme sahip olup başvuru annenin belirtilen sürece daha yakından katılmış olması gerektiği açıktır.

126. Belirtilen karar öncesinde başvuru annesine tebligat yapılmadığı ve bu suretle karar öncesinde dosyaya sunulan uzman raporu da dahil olmak üzere dava evrakı hakkında başvuru annesine değerlendirme yapma imkanı tanınmadığı görölmektedir. Başvuru annesi tarafından belirtilen karara karşı itiraz edilmekle birlikte yapılan itiraz Ankara 1. Çocuk Mahkemesinin 10/7/2013 tarihli ve 2013/38 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiş ve ret gerekçesinde Ankara 3. Çocuk Mahkemesinin 26/6/2013 tarihli ve 2013/126 Tedbir Talep sayılı karar gerekçesinde yer verilen hususların aynen tekrar edilmesiyle yetinilmiştir. Bu noktada karara bağlanması gereken husus, olaydaki özel şartlar gözönünde bulundurulduğunda başvuru annenin karar alma sürecine, menfaatlerinin yeterli düzeyde korunmasını sağlayacak ölçüde katılmış olup olmadığıdır. Söz konusu katılım sağlanmamışsa aile yaşamına saygı gösterilmesi söz konusu olmayacak ve karardan doğan müdahale meşru görölemeyecektir. Somut başvuru açısından, özellikle çocuğun anneye teslimine ilişkin

ara kararı ile koruma kararının kaldırılarak çocuğun anneye teslimine işaret eden hüküm nazara alındığında ve çocuk hakkında verilen son koruma kararının anne ile çocuğun ilişkileri ve çocuğun geleceği için arz ettiği önem gözönünde bulundurulduğunda, başvuru annenin menfaatlerinin korunmasına imkan verecek ölçüde ilgili sürece katılımının önemi ortadadır. 2828 sayılı Kanun kapsamında, ilgili taleplerin karara bağlanmasında duruşma zorunluluğu öngörülmemekle birlikte yerleşik yargı içtihatlarında da benzer koruma kararları kapsamında konunun ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkiler ve çocuğun üstün menfaati açısından arz ettiği önem dikkate alınarak ebeveynin sürece etkin şekilde katılımının sağlanması gerektiğinin vurguladığı görülmektedir (Y.2.H.D., E.2009/7464, K.2009/15295, 9/9/2009; Y.2.H.D., E.2009/7467, K.2009/15296, 9/9/2009). Çocuk hakkında 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi kapsamında daha önce alınmış olan koruma kararının da Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 10/12/2012 tarihli ve E.2011/19472, K.2012/29642 sayılı bozma ilamı kapsamında değerlendirildiği ve çocuk hakkında alınan korumaya ve evlat edindirme işlemlerinde anne babanın rızasının alınmamasına ilişkin kararların evrak üzerinden, hasımsız ve başvurucuya tebligat yapılmadan verildiği, koruma kararı verilmesi ve evlat edindirmede anne babanın rızasının aranmaması kararlarının çocuğun haklarına yönelik olduğu gibi getirdiği yükümlülükler ve doğurduğu sonuçlar bakımından da önemli olduğu, çocuğun yasal temsilcisi olan anne ve babasına davanın yöneltilmesi, gösterdikleri delillerin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiği, bunun yanı sıra 2828 sayılı Kanun'da bu tür davaların evrak üzerinden incelenerek karar verileceğine ilişkin bir hüküm bulunmadığı hususlarına işaret edildiği görülmektedir.

127. Derece mahkemelerinin koruma kararlarına ilişkin gerekçeleri değerlendirildiğinde başvuruçunun Niğde Sulh Ceza Mahkemesinin 15/1/2009 tarihli kararı ile çocuğunu terketme suçundan mahkumiyetine hükmedildiği, bunun yanı sıra Ankara 6. Aile Mahkemesinin 9/7/2012 tarihli kararı ile başvuruçunun çocuğa iki ay süre ile yaklaşmamasına karar verildiği ve dosya kapsamından başvuruçunun çeşitli illerde lokantalarda servis elemanı olarak ve mutfak kısmında çalıştığı, bu nedenle sürekli olarak bir yerde yerleşmediğinin ve sık sık iş değiştirdiğinin belirlendiği tespitlerine yer verildiği görülmektedir. Gerekçelerde ayrıca, çocuğun küçük yaşta eziyet gördüğü ve bu halde sokağa terk edildiği, kuruma geldiğinde nüfus kaydının dahi yapılmamış olması nedeniyle kurumun talebi üzerine nüfus kaydının

yapıldığı, hakkında koruma kararı ve sağlık tedbirine hükmedilerek yaşadığı travma nedeniyle tedavi gördüğü, evlat edindirilmek üzere kaldığı ailenin yanında okula başladığı ve dosyada mevcut sosyal inceleme raporlarına göre düzenli bir aile hayatına kavuştuğu, başvurusunun kendisini alma girişimi nedeniyle psikolojik travma yaşadığı, özel bir psikiyatri merkezi tarafından düzenlenen raporlarla da belirtilen hususun tevsik edildiği, kurum tarafından tedbir talep dosyasına sunulan 30/5/2013 tarihli rapor içeriği de dikkate alındığında çocuğun başvurucuya tesliminin telafisi güç psikolojik bir travmaya yol açabileceği ve bu kapsamda çocuğun başvurucuya tesliminin yararına olmayacağı ve uygun bir sosyal çözüm bulunana kadar çocuğun acil koruma altına alınmasının uygun olacağı belirtilmiştir. Acil koruma kararı sonrasında çocuk hakkında 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca verilen kararda da aynı gerekçelere yer verildiği görülmektedir. Söz konusu koruma kararlarına başvuru tarafından itiraz edilmiş ve itiraz dilekçesinde diğer itiraz ve iddiaların yanı sıra, başvurusunun çocukla görüşülmediği, kurumda kaldığı süreçte bir aileden alınıp diğerine verilmek suretiyle altı aile değiştirdiği ve travma üstüne travma yaşadığı, kurum yetkililerinin çocuğu yanlarına alan ailelere verdiği yanlış bilgiler nedeniyle çocuğun, annesi tarafından 2008 yılından beri kendisine kavuşmak için verilen hukuk mücadelesini bilmeden annesine tepkili olarak büyüdüğü ifade edilmiştir. Ancak söz konusu itirazlar, ayrıntılı ve farklı bir gerekçeye yer verilmeksizin itiraz mercilerince reddedilmiştir. 128. Çocuk hakkında daha önce Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2007 /190-196 Değişik İş sayılı dosyası kapsamında verilen koruma kararının kaldırılması ve çocuğun anneye teslimi talebi ile ilgili süreç derece mahkemeleri nezdinde sonuçlanmadığı gibi başvurusunun makul sürede yargılama iddiası dışında söz konusu sürece ilişkin ayrı bir iddiasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu husus dikkate alınarak aile hayatına saygı hakkı bağlamında yapılan değerlendirmenin, çocuğun anneye teslimine dair ara kararı sonrasında ilgili kurum tarafından yürütülen işlemler ve bu süreçte alınan koruma kararlarına ilişkin yargısal süreçle bağlantılı olarak yapılması uygun görülmektedir. Bununla birlikte, çocuk ve anne arasındaki ilişkinin düzenlenmesi hususunda daha sonraki koruma kararlarını veren mahkemelerce de nazara alınması gerektiği kanaatiyle sonuçlanmamış olan yargılama sürecinde yer verilen bir kısım tespitlerin de gözönünde bulundurulması zaruridir.

129. Bu kapsamda, koruma kararının kaldırılması ve çocuğun anneye

teslimi talebine ilişkin yargılama sürecinde temin edilen ve uzman klinik psikolog, pedagog ve sosyal hizmet uzmanı tarafından tanzim edilen 30/11/2010 tarihli psikososyal değerlendirme raporunda; annesinden yaklaşık üç yaşında ayrılan, bir süre tanımadığı bir aile ile kalan ve sonra sokağa bırakılan çocuğun devlet koruması altına alındıktan sonra üç farklı aile ile tanıştırıldığı ve daha sonra kurumsal yanlışlıklardan dolayı bu ailelerden koptuğu ve en sonunda evlat edindirilmek üzere başka bir aile yanına yerleştirildiği, kurum tarafından gerekli hizmet modelinin belirlenmesinde yapılan hatalar nedeniyle çocuğun müteaddit defalar yaşadığı bağlanma ve kopuşlar sonucunda tekrar tekrar travmatize edildiği ve bu durumun kurumun ihmali dışında bir açıklamasının bulunmadığı belirtilmiş olup söz konusu hususun koruyucu ailelerden birinin şikayeti üzerine ilgili Genel Müdürlük tarafından da değerlendirilerek nihai olarak çocuk için en uygun hizmet modelinin evlat edindirme hizmeti olduğu sonucuna ulaşıldığı görülmektedir. Ayrıca söz konusu raporda, çocuğun tekrar tekrar travmatize olmasına neden olan bağlanma ve kopuş ilişkileri nedeniyle, başvuru ile yeniden kurulacak olan ilişkinin ve bağın yeni bir travma oluşturacağı düşünülse bile çocuğun kendi varoluşunu anlamaya çalışırken annesi, babası, geçmişi ve yaşadıklarıyla er geç yüzleşmek zorunda kalacağı gerçeği gözönünde bulundurulduğunda başvuru ile yaşayacağı yeniden karşılaşma ve yüzleşmenin kaçınılmaz bir gerçeklik olduğu; çocuğun, annesinin kendisini bırakıp gitmesi nedeniyle kızgınlık, öfke gibi olumsuz duygular yaşadığı ve onu cezalandırmak istediği, kendi benliğini sağlıklı oluşturabilmek için annesiyle karşılaşma ve yüzleşmeye ihtiyaç duyduğunun anlaşıldığı, çok fazla travmatize olmuş bir çocuk için bu karşılaşma ve yüzleşme ihtiyacından kaçınılması ve bu gerçekliğin ötelenmesinin çocuğun varoluşu ve kendisiyle ilgili sağlıklı bir bütünleşmeyi yaşayabilmesini engelleyebilecek bir durum olduğu, bu nedenle çocuğun anne ile karşılaşmasının ve sağlıklı bir şekilde bu ilişkinin kurulmasının çok önemli ve çocuğun yararına olduğu, bu nedenle başvuruçunun çocuğun velayetini almasının uygun olduğunun düşünüldüğü, velayetin alınması döneminde ise bu dönem hem başvuru ve çocuk, hem de çocuğun yanlarında bulunduğu aile açısından sıkıntılı bir dönem olacağından, bu dönemde mutlaka profesyonel psikolojik destek almaları gerektiği, çocuk ile söz konusu aile arasında şahsi münasebet tesis edilmesinin de uygun olacağı; söz konusu davanın, başvuru veya çocuğun yanında bulunduğu aileden hangisinin koşullarının daha uygun olduğunu kıyaslamak üzerine kurulabilecek ve bunlar üzerinden değerlendirme yapılabilecek

bir dava olmadığı, çocuğun yararı gözetilerek hem öz annesi hem de iki buçuk yıldır birlikte yaşadığı aile ile ilişkisinin korunmasının önemli olduğu, çocuğun öncelikle koruyucu aile yanında iken başvuru ile ilişkisinin yavaş yavaş ve sürece dayalı olarak kurulması gerektiği ve bu konuda psikologların belirleyeceği plana göre başvurusunun çocuğun yaşamına girmesinin ve diğer görüşmelerin düzenlenmesinin uygun olacağı değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

130. Zira belirtilen yargılama sürecinde de 3/11/2010 tarihli ara kararı ile başvurusunun çocuk ile her ayın birinci hafta sonu Pazar günü 9.00-15.00 saatleri arasında şahsi ilişki tesisine karar verildiği ancak Ankara İl Sosyal Hizmetler Müdürlüğü tarafından ilgili ara kararının yeniden değerlendirilmesi yönünde talepte bulunulması üzerine 30/11/2010 tarihli ara kararı ile 3/11/2010 tarihli ara kararından dönülmesine karar verildiği görülmektedir.

131 . Bunun yanı sıra ilk derece mahkemesince verilen kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen 10/12/2012 tarihli bozma ilamında yer verilen çocuk hakkında alınan korumaya ve evlat edindirme işlemlerinde anne babanın rızasının alınmamasına ilişkin kararların evrak üzerinden, hasımsız ve başvurucuya tebligat yapılmadan verildiği, koruma kararı verilmesi ve evlat edindirmede anne babanın rızasının aranmaması kararlarının çocuğun haklarına yönelik olduğu gibi getirdiği yükümlülükler ve doğurduğu sonuçlar bakımından da önemli olduğu, çocuğun yasal temsilcisi olan anne ve babasına davanın yöneltmesi, gösterdikleri delillerin toplanması ve sonucu uyarınca karar verilmesi gerektiği, uzman raporlarında anne ile kişisel ilişki kurularak uygun ortamın sağlanması ve çocuğun velayetinin anneye verilmesinin uygun olacağı yönünde görüş bildirildiği ve yargılamanın kısa sürede bitirilememesi nedeniyle çocuğun koruyucu aile yanında kaldığı sürenin uzamış olması gerekçe gösterilerek ret hükmü kurulmasının uygun olmadığı yönündeki tespitler de dikkate değerdir.

132. Çocuk hakkında 5395 sayılı Kanun uyarınca acil koruma kararı verilmesi yönünde talepte bulunulan tedbir dosyasına sunulan 30/5/2013 tarihli raporda, Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından çocuğun anneye teslim edilmesi hususunda verilen karar sonrasında çocuğun örselenmeden teslim edilmesinin sağlanması amacıyla ne gibi bir yol izlenebileceğinin tespiti maksadıyla ilgili Müdürlükte görevli sosyal çalışmacı ve iki psikoloğun aile ile görüşmeye gittiği,

çocuğa süreç hakkında bilgi verilmeye ve annesine teslimi sürecinde endişelenmemesi için çocuğu rahatlatma yönünde telkinlerde bulunulmaya çalışılmak istendiği ancak çocuğun bu durumu hiçbir şekilde kabullenecek bir yapıda olmadığı, ailesinden ayrılırsa kendisine zarar vereceğini ifade ettiği belirtilmiş; yapılan tespitler çerçevesinde, çocuğun annesine teslimi durumunda öncelikli olarak uzman gözetiminde saatlik olarak görüşmelerinin sağlanması, bu görüşmelerin süre ve içeriğinin çocuğun talebi doğrultusunda düzenlenmesi ve bu süreçte çocuğun ailenin yanında kalmasının çocuk odaklı yaklaşıma uygun olacağını ifade edildiği görülmektedir. Mahkemece verilen acil koruma kararı sonrasında 4/6/2013 tarihinde Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ankara İl Müdürlüğü bünyesinde gerçekleştirilen evlat edinme komisyon toplantısına ilişkin tutanakta da annenin ikametinde sosyal inceleme gerçekleştirilerek çocuk ile ilişki sürecinde karşılaşılabileceği muhtemel problemlerin üstesinden gelebilme düzeyinin ve yaşanan çevre ile ev koşullarının çocuğun sağlıklı gelişimi için yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi, çocuğun süreç içerisinde annesi ile uzman gözetiminde saatlik olarak görüştürülmesinin sağlanması ve bu görüşmelerin süre ve içeriğinin çocuğun talebi doğrultusunda düzenlenmesi gerektiği yönünde tespitlere yer verildiği anlaşılmaktadır.

133. Yukarıda yer verilen tüm kararlar, uzman raporları ve kurum tarafından gerçekleştirilen toplantı sonucunu yansıtan tutanakta, çocuğun anneye teslim süreci belirli zorluklar içermekle birlikte çok fazla travmatize olmuş bir çocuk için bu karşılaşma ve yüzleşme ihtiyacından kaçınılması ve bu gerçekliğin ötelenmesinin çocuğun varoluşu ve kendiyile ilgili sağlıklı bir bütünleşmeyi yaşayabilmesini engelleyebilecek bir durum olduğu, bu nedenle çocuğun anne ile karşılaşmasının ve sağlıklı bir şekilde bu ilişkinin kurulmasının çok önemli ve çocuğun yararına olduğu, muhtemel bir bütünleşmenin kolaylaştırılması hususunda, çocuk ve annenin öncelikli olarak uzman gözetiminde saatlik olarak görüşmelerinin sağlanması, bu görüşmelerin süre ve içeriğinin çocuğun talebi doğrultusunda düzenlenmesi gereğinin vurgulandığı görülmektedir.

134. Yukarıda yer verilen tespitler ışığında, çocuğun sağlık ve güvenliğinin teminini amaçlayan ve çocuğun anneye teslimine ilişkin kararın infazı sürecinde alınan koruma tedbirlerinin demokratik bir toplumda gerekliliği hususunda şüphe uyandıracak bir neden bulunmamaktadır. Karar gerekçelerinde de genel olarak çocuk ve annenin durumuna vurgu yapılmak suretiyle çocuğun sağlık

ve güvenliğinin temini amacıyla hareket edildiği görülmektedir. Bu kapsamda yargı mercileri tarafından dayanılan gerekçeler ilgili olmakla birlikte söz konusu gerekçelerin başvuru ve çocuğunun aile hayatına yönelik söz konusu müdahaleyi haklı gösterecek şekilde yeterli olmaları da zaruridir. 135. Kamusal makamların takdir yetkisi, konunun niteliği ve tehlike altında olan menfaatin ağırlığına bağlı olarak değişmektedir. Bu kapsamda kamusal makamlar, bir çocuğun koruma altına alınmasının gerekliliğini değerlendirme noktasında geniş bir takdir hakkını haizdir. Bununla birlikte velayet ve ziyaret haklarına ilişkin kısıtlamalar gibi daha ileri tedbirler söz konusu olduğunda, daha katı bir değerlendirme gündeme gelmektedir. Zira bu tür kısıtlamalar, anne baba ve çocuk arasındaki ilişkilerin çok etkili şekilde kesilmesi gibi bir tehlikeyi barındırmaktadır (*Johansen/Norveç*, § 64).

136. Mahkeme kararlarında, uzman raporları ve annenin düzenli bir yaşam sürdürmediğine ilişkin değerlendirmelere yer verilerek çocuğun sağlık ve güvenliği açısından kamu korumasından yararlandırılması sonucuna ulaşılması hususunda yer verilen gerekçelerin ilgili olduğu görülmekle birlikte, anne ve çocuk arasındaki ilişkinin tamamen ortadan kaldırılmasını öngören kararların, anne ve çocuk arasında uzman raporlarında yer verilen tedbirler alınmak suretiyle tesis edilebilecek olan ilişkinin, çocuğun üstün yararı bağlamında nasıl bir menfi etkisi olacağı hususunda bir açıklamaya yer vermediği gibi bu ilişkiyi temin edebilecek olan alternatif tedbirlerin de değerlendirilmediği görülmektedir. Bu kapsamda, çocuğun daha önce Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 27/12/2007 tarihli ve 2007 /1 90-196 Değişik İş sayılı kararı ile koruma altına alındığı ve halihazırda Niğde Aile Mahkemesinde derdest olan davanın da söz konusu koruma kararının kaldırılarak çocuğun anneye teslimi talebine ilişkin olduğu dikkate alındığında, görece olarak anne ve çocuk arasındaki bağın sürdürülebilirliğine katkı sağlayabilecek alternatif tedbirler değerlendirilmeksizin çocuk hakkında yeniden 2828 sayılı Kanun'un 22. maddesi gereğince koruma kararı verilmiş olması da dikkate değerdir. 137. Başvuru anne ve çocuğun yeniden bütünleşmesinin sağlanması için alınacak tedbirlerin ne olduğuna ilişkin kesin bir tespit bulunmak Anayasa Mahkemesinin görevi olmayıp bu tedbirlerin nitelik, kapsam ve süresinin belirlenmesi olaya ilişkin maddi bulgular ve taraflarla doğrudan temas halinde bulunan ilgili kamusal makamların yetki ve sorumluluk alanıdır. Bununla birlikte kamusal makamlar tarafından olayın özel koşulları içerisinde, çocuğun anne babasından ayrılmasına ve ilişkilerinin tamamen kesilmesine

neden olan tedbirlere başvurulmadan önce çocuğun mevcut aile içerisinde daha sağlıklı ve güvenli şekilde hayatını sürdürmesini temin edebilecek eğitim veya danışmanlık gibi destekleyici tedbirlerin de değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

138. Bu kapsamda söz konusu koruma kararının, ilgili tedbirin ebeveyn ve çocuk üzerindeki etkilerinin ve çocuğun kamu korumasına alınmasına alternatif olabilecek tedbirlerin dikkatli şekilde değerlendirilmesi suretiyle verilmediği ve bu kapsamda alınan kararların yeterli gerekçeye dayanmadığı görülmektedir. Kamusal makamların söz konusu alandaki takdir yetkilerine rağmen alınan koruma kararı ve bunun uygulanma tarzı, söz konusu tedbirlerin başvurusunun aile hayatına saygı hakkı üzerindeki etkileri nazara alındığında orantısızdır.

139. Somut başvuru açısından, çocuğu koruyucu aile yanına yerleştirilen ve çocuğu ile bağlantı kurma olanağı sağlanmayan başvuru ziyaret hakkından dayoksun bırakılmış olup sonuçları itibarıyla çok geniş kapsamlı olan bu tedbirler başvuruçuyu çocuğu ile bir aile yaşamı sürdürmekten mahrum bırakmış ve onları tekrar bütünleştirme amacıyla çelişmiştir. Söz konusu sonuçları doğuran tedbirler ancak olağanüstü koşullarda tatbik edilebilir ve sadece çocuğun üstün yararı ile ilgili baskın bir menfaatin varlığı ile meşrulaştırılabilir. Zira bu tedbirler anne ve çocuk arasındaki aile bağlarının kopması tehlikesini içermektedir (*Johansen/Norveç*, § 78).

140. Belirtilen koruma kararlarının yanı sıra çocuğun anneye teslimine ilişkin kararın infazı sürecinde yer alan diğer kamusal işlem ve eylemlerin de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kamu makamları somut olay benzeri uyuşmazlıklarda, ailenin bütünleşmesini kolaylaştıracak tedbirleri almakla yükümlüdür. Çocuğun, anne babanın ve kamu düzeninin yarışan menfaatleri arasındaki dengenin kurulmasında ilgili kamu makamları belirli bir takdir alanına sahip olmakla birlikte burada önemli olan husus, ilgili makamların ailenin yeniden bütünleşmesini kolaylaştırmak için olayın özel şartlarının gerektirdiği her türlü tedbiri alıp almadıklarıdır.

141 . Söz konusu sürecin değerlendirilmesinden; yukarıda yer verilen uzman raporları, yargısal kararlar ve komisyon tutanaklarında defaatle çocuğun sağlıklı gelişimi için anne ile ilişki kurmasının sağlanması ve muhtemel bir bütünleşmenin temini noktasında, çocuk ve annenin öncelikli olarak uzman gözetiminde saatlik olarak

görüşmelerinin temini, bu görüşmelerin süre ve içeriğinin çocuğun talebi doğrultusunda düzenlenmesi ve annenin ikametinde sosyal inceleme gerçekleştirilerek çocuk ile ilişki sürecinde karşılaşılabileceği muhtemel problemlerin üstesinden gelebilme düzeyinin ve yaşanan çevre ile ev koşullarının çocuğun sağlıklı gelişimi için yeterli olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği yönünde tespitlere yer verilmesine rağmen ilgili idarenin söz konusu bütünleşmeye yönelik olan ve anne ile çocuğun ilişki kurmasına imkan veren bir tedbir aldığına ilişkin herhangi bir veri bulunmamaktadır. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından Anayasa Mahkemesine hitaben gönderilen 2/5/2014 tarihli yazıda; başvuru annenin görüşme talebine istinaden 8/1/2014 tarihinde İl Müdürlüğünde çocuk ve anne için bir görüşme planlandığı ancak İl Müdürlüğüne gelmek istemeyen ve görüşmeyi reddeden çocuğun ağlayarak tepki verdiği, annesi ile görüşmeyi şiddetle reddettiği, bu nedenle görüşmenin gerçekleştirilemediği ifade edilmiştir. Sonuç alınamayan bu girişim dışında, ailenin yeniden bütünleşmesine yönelik bir adım atılmadığı anlaşılmaktadır. 142. Başvuru annenin koruma kararının kaldırılması ve çocuğun kendisine teslimine ilişkin kararın icra sürecinde kendisinden beklenen tüm girişimlerde bulunduğu görülmektedir.

143. Söz konusu koruma kararları ile ilgili başvuru evrakına çocuğun, yanında bulunduğu aile tarafından Ankara 10. Aile Mahkemesinin E.2012/1389 sayılı dosyası üzerinde açılan evlat edinme davasında alınan beyanında, halihazırda birlikte olduğu aile ile kalmak istediği, onları anne ve babası olarak gördüğü, gerçek annesini hatırladığı; annesinin başında sigara söndürdüğünü, kalması için kendisini yanına alan ailelerden para aldığını ve bir süre sonra kendisini geri istediğini hatırladığı yönünde beyanda bulunduğu yansımış olmakla ve bir kısım uzman raporlarında çocukla yapılan görüşmede, annesine teslimi halinde kendisine zarar vereceği yönünde beyanda bulunduğu belirtilen raporlarda, çocuğun beyanının dikkate alınmasını gerektiren olgunluğa ulaştığı yönünde bir tespite yer verilmediği anlaşılmaktadır.

144. Somut başvuru açısından başvuru ve kızının yaklaşık on yıldır ayrı yaşadığı görülmekte ve bu süreçte aralarında temas sağlandığına ilişkin bir veri ne ilgili yargılama evrakında ne de idarenin 2/5/2014 tarihli yazısı kapsamında yer almaktadır. Bu bağlamda zamanın geçmesinin, annenin koruma kararının kaldırılmasına ilişkin çabasına rağmen anne ve çocuk arasındaki bağı gittikçe azalttığı açıktır. Yaklaşık üç yaşında

koruma altına alınan, belirli bir süre değişik aileler yanında ve kurum bakımında kalan, son yedi yılı ise evlat edindirme sürecinde olduğu aile yanında geçiren çocuğun; çocukluğunun büyük bir bölümünü annesi ile gerçek bir bağlantı kurmadan geçirdiği, bu nedenle doğal annesi ile biraraya gelme sürecinin çocuk açısından oldukça zorlu bir deneyim olacağı açıktır. Bu nedenle söz konusu süreçteki bağlantı eksikliğinin, ailenin yeniden bütünleşmesi açısından başa çıkılması zor neticeler doğurduğu görülmektedir. 145. Kamusal makamların özellikle çocuğun gösterdiği tutum nedeniyle ebeveyn ve çocuk arasında daha iyi ilişkiler kurulmasına yardımcı olma konusunda bazı güçlüklerle karşılaştıkları görülmekle birlikte ilgili kamusal makamların daha aktif bir tutum alması zaruridir. Bu bağlamda, koruma altına alınan çocuğun işbirliğine yanaşmayan tutumuna rağmen koruma kararının geçerli olduğu dönemde alınması gereken tedbirlerin özenli bir değerlendirmeye tabi tutulmadığı ve başvuru sürecinin katılımının sağlanmamasının çok daha çarpıcı bir hale geldiği anlaşılmaktadır. İlgili idarenin söz konusu hareket tarzının, uzman ve komisyon raporlarında yer verilen, başvuru sürecinin hayat şartlarını çocuğun bakım ve gözetimini uygun düzeyde üstenebilecek şekilde geliştirdiği ve kontrol altında da olsa başvuru ile çocuk arasında görüşme imkanının sağlanması gerektiği yönündeki tespitlerle bağdaştırmak da mümkün görünmemektedir.

146. Somut başvuru açısından, kamusal makamların başvuru ve kızı arasında bir görüşme ve iletişim ortamı oluşturulması noktasındaki durağan tutumu, olası bir yeniden bütünleşme bir yana, aile bağlarının zamanla daha da kopmasına zemin hazırlamıştır. Çocuğun koruma altında bulunduğu yaklaşık on yıllık süre boyunca kamusal makamların aile hayatına saygı hakkının amacı bağlamında, anne ve çocuk arasında olası bir yeniden bütünleşmenin teminine yönelik olarak kendilerinden beklenen olağan çabayı göstermediği sonucuna varılmaktadır. Bu kapsamda kamusal makamların, başvuru sürecindeki olumlu gelişmeler de nazara alınmaksızın olası bir yeniden bütünleşmeyi sağlamaya yönelik tedbirlerin alınması konusundaki ihmali, aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvencelerin etkisiz hale gelmesine yol açmıştır.

147. Başvuru anne ve kızı arasında ilişki kurulmasına dair kısıtlamaların ve kamusal makamların bu kısıtlamaları gerekli sıklıkla ve etkili şekilde gözden geçirme hususundaki ihmalinin, olası bir yeniden bütünleşmenin temini bir yana, bu bağların zarar görmesine neden olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, ne yargısal makamların

ne de ilgili idarenin; ailenin yeniden bütünleşmesi fikrini, önemli bir amaç olarak dikkate almadıkları, bunun yerine salt çocuğun koruma altında olmasının daha yararlı olacağı düşüncesiyle hareket ettikleri anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra başvuruçunun çocuğu ile görüşmesine imkan sağlanmaması ve koruma kararları ile devam eden süreçte sürdürülen evlat edindirme prosedürü de dikkate alındığında alınan tedbirler, doğal ailenin yeniden bütünleşmesinden ziyade koruyucu aile ile çocuk arasındaki bağların güçlenmesini sağlamıştır.

148. Sonuç olarak derece mahkemelerince verilen koruma kararlarıyla ilgili yargısal sürece başvuruçunun annenin menfaatlerinin dikkate alınmasını sağlayacak şekilde katılımı sağlanmadığı gibi söz konusu kararlarda yer verilen gerekçelerin aile hayatına saygı hakkı bağlamında yeterli olmadığı, ayrıca kararın icra sürecinde yer alan ilgili idare tarafından özellikle çocuğun üstün yararı dikkate alınarak aile ilişkilerinin sürdürülebilirliği ve muhtemel bir yeniden bütünleşmenin temini amacıyla uygun olan adımların atılmadığı görülmektedir. Başvuruçuyu ziyaret hakkından mahrum bırakan ve mevcut ailenin yeniden bütünleşmesi amacını gözetmediği anlaşılan söz konusu uygulamanın, aile hayatına saygı hakkının amacıyla bağdaşır şekilde meşruluğu ortaya konulmadığı gibi kamusal makamlarca aile hayatına saygı hakkının etkin şekilde kullanılmasına hizmet eden güvencelerin temini noktasındaki pozitif yükümlülüklerin gerektiği şekilde yerine getirilmediği anlaşılmaktadır.

149. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

b. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlaline İlişkin İddia

150. Başvuruçunun, çocuğu hakkındaki koruma kararının kaldırılması talebiyle Niğde 2. Asliye Hukuk Mahkemesi nezdinde açılan davanın makul sürede sonuçlandırılmadığını belirterek Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. 151. Bakanlık, görüş yazısında makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasına ilişkin olarak ayrıca görüş bildirilmemiştir.

152. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün olmayıp (*Onurhan Solmaz*, § 18) Sözleşme

metni ile AİHM kararlarından ortaya çıkan ve adil yargılanma hakkının somut görünümleri olan alt ilke ve haklar, esasen Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen adil yargılanma hakkının da unsurlarıdır. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca inceleme yaptığı birçok kararında, ilgili hükmü Sözleşme'nin 6. maddesi ve AİHM içtihadı ışığında yorumlamak suretiyle Sözleşme'nin lafzi içeriğinde yer alan ve AİHM içtihadıyla adil yargılanma hakkının kapsamına dahil edilen ilke ve haklara, Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında yer vermektedir Somut başvurunun dayanağını oluşturan makul sürede yargılanma hakkı da yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca adil yargılanma hakkının kapsamına dahildir. Ayrıca davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğunu belirten Anayasa'nın 141. maddesinin de Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, makul sürede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerektiği açıktır (*Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, §§ 38, 39).

153. Medeni hak veyükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin makul süre değerlendirmesinde, sürenin başlangıcı kural olarak uyuşmazlığı karara bağlayacak yargılama sürecinin işletilmeye başlandığı, başka bir deyişle davanın ikame edildiği tarih olup somut başvuru açısından bu tarih 17 /9/2008'dir. Sürenin bitiş tarihi ise çoğu zaman icra aşamasını da kapsayacak şekilde yargılamanın sona erme tarihidir. Ancak devam eden yargılamalara ilişkin makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasını içeren başvuruların yargılama faaliyetinin devamı sırasında da yapılabilmesi olanağı bulunduğundan değerlendirmeye esas alınacak sürenin bitiş anı, bireysel başvurunun karara bağlandığı tarihtir (*Güher Ergun ve diğerleri*, § 52). Bu kapsamda somut yargılama faaliyeti açısından sürenin bitiş tarihinin, bireysel başvurunun karara bağlandığı tarih olduğu anlaşılmaktadır.

154. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun öngördüğü yargılama usullerine tabi mahkemeler nezdindeki yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı yönündeki iddialar daha önce bireysel başvuru konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi tarafından, özellikle yargılamada sürati temin etmeye hizmet eden özel usul hükümlerinin dikkate alınmadığı gözönünde bulundurularak makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir (*Güher Ergun ve diğerleri*, §§ 54-64).

155. AİHM de birçok kararında Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında ve ağırlıklı olarak makul sürede yargılanma hakkı özelinde velayet ve kişisel ilişki tesisine dair yargılama ve icra prosedürlerini değerlendirmekte yapılan inceleme sırasında makul süre koşulu değerlendirilirken kullanılan; davanın karmaşıklığı, tarafların tutumu, yetkili makamların tutumu ve başvuruçunun davanın hızla sonuçlandırılmasındaki menfaatinin niteliği kriterlerinden özellikle son ölçüte vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır. AİHM'e göre belirtilen dava grubu ve bu kapsamda elde edilen yargı kararlarının icrası, işte tam da bu nedenle süratle neticelendirilmesi gereken prosedürlerdir (*Hokkanen/Finlandiya*, § 72; *Maire/Portekiz*, § 74; *Neulinger ve Shuruk/İsviçre*, §§ 131,132).

156. Bu kapsamda somut başvuru açısından yargılama süresinin, çocuk ile koruyucu aile arasındaki ilişkinin daha da gelişmesine katkı sağlayan yedi yılı aşkın bir süreye çıkmış olması dikkate değerdir.

157. Başvuruya konu davada yer alan kişi sayısı ve davanın mahiyeti nedeniyle icrası gereken usul işlemlerinin niteliği başvuruya konu yargılamanın karmaşık olmadığını ortaya koymakta olup somut başvuru açısından farklı bir karar verilmesini gerektirecek bir yön bulunmadığı ve söz konusu yedi yıl dört ayı aşkın yargılama sürecinde makul olmayan bir gecikmenin olduğu sonucuna varılmıştır. 158. Açıklanan nedenlerle başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

159. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

“(1) Esas inceleme sonunda, başvuruçunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir. İhlal kararı verilmesi halinde 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 hallerde başvuruçuyu 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.”

160. Başvurucu, ihlalin tespitiyle uyuşmazlık hakkında yeniden yargılama yapılmasına ve adil yargılanma hakkının ihlali nedeniyle 300.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

161. Somut başvuruda aile hayatına saygı hakkı ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

162. Aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğundan kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere (2013/126 Tedbir sayılı dosya kapsamında) Ankara 3. Çocuk Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir. Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

163. Aile hayatına saygı hakkının ihlali nedeniyle yalnızca yeniden yargılama tedbiri ile giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında ve makul sürede yargılanma hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 7 .800 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

164. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekalet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE, B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

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

C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 3. Çocuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, D. 239,50 TL harç ve 2.475 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 2.714,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

D. Başvurucuya net 7800 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE; tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE OYBİRLİĞİYLE,

E. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 7/11/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi. Kararın bir örneğinin gereği için Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Ankara İl Müdürlüğüne GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

F. 198,35 TL harç ve 1.800 TL vekalet ücretinden oluşan toplam 1.998,35 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE OYBİRLİĞİYLE,

G. Ödemelerin, kararın tebliğini takiben başvuru tarihinden itibaren dört ay içinde yapılmasına, ödemede gecikme olması halinde bu sürenin sona erdiği tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için yasal FAİZ UYGULANMASINA OYBİRLİĞİYLE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE OYBİRLİĞİYLE 9/3/2016 tarihinde karar verildi.

Başkan

Engin YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye

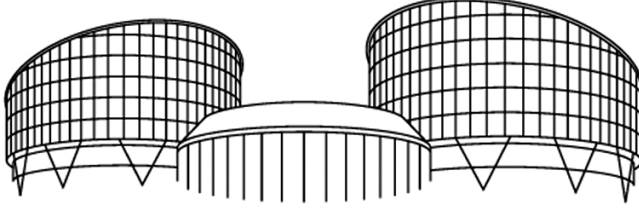
Recep KÖMÜRCÜ

Üye

M. Emin KUZ

Mülteci Çocuklar

-
- *G.B. ve Diğerleri ve Türkiye (AİHM)*
-



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

**AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İKİNCİ BÖLÜM**

G.B. VE DİĞERLERİ v. TÜRKİYE

(Başvuru no. 4633/15)

KARAR

STRAZBURG

17 Ekim 2019

İşbu karar, Sözleşme Madde 44 § 2'de öngörülen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bu karar editöryel değişikliklere tabi tutulabilir.



Çevirmenin Notu:

Kararın İngilizce metninde Mahkeme tarafından “*detention*” kelimesi hem Madde 5 bağlamı içerisinde (özellikle de Mahkeme’nin Madde 5 içtihadı özetlenirken) en geniş anlamda özgürlükten yoksun bırakılma hallerine hem de somut olay bağlamında, Türk hukukunda yasal mevzuat uyarınca karşılığı “*idari gözetim*” olan hukuki terime karşılık olarak kullanılmıştır. Buna uygun şekilde çeviride de söz konusu kelime, bağlamı içerisinde, yerine göre “*tutulma*”, yerine göre “*idari gözetim*” olarak çevrilmiştir.

G.B. ve Diğerleri v. Türkiye davasında,

Başkan,

Robert Spano,

Hâkimler,

Marko Bosnjak,

Valeriu Grifco,

Egidijus Küris,

Arnfinn Bårdsen,

Darian Pavli,

Saadet Yüksel,

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Hasan Bakırcı’dan oluşan Daire sıfatıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm),

3 Eylül 2019 tarihinde yapılan kapalı müzakerelerin ardından,

Aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Bu dava, 22 Ocak 2015 tarihinde, dört Rus vatandaşı Sayın G. B.

(kadın) ve üç çocuğu, Sayın A.I. (kadın), Sayın M. Z. (erkek) ve Sayın K. Z. (kadın) (“başvurucular”) tarafından, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (“Sözleşme”) Madde 34 uyarın-

ca, Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan bir başvurudan (4633/15 No.'lu) kaynaklanmaktadır.

2. Başvurucular, İstanbul'da mesleğini icra eden Avukat A. Yılmaz tarafından temsil edilmektedir. Türkiye Hükümeti ("Hükümet") ise kendi temsilcileri tarafından temsil edilmektedir.

3. Başvurucular Sözleşme Madde(ler) 3, 8 ve 13 uyarınca Kumkapı ve Gaziantep Yabancılar Geri Gönderme Merkezleri'ndeki idari gözetim altına alınma hallerinin fiziki koşullarından ve bu şikâyetleri öne sürebilecekleri herhangi bir etkili hukuk yolunun bulunmamasından şikâyet etmişlerdir. Ayrıca, Sözleşme Madde 5 §§ 1, 2, 4 ve 5 uyarınca, idari gözetimlerinin hukuka aykırılığından, yetkililerin idari gözetim nedenlerini usulüne uygun olarak bildirmemesinden ve Madde 5 uyarınca idari gözetim halinin hukuka uygunluğunun etkili bir şekilde gözden geçirilmesini sağlayabilecekleri ve haklarının ihlali için tazminat talep edebilecekleri iç hukuk yollarının bulunmamasından şikâyet etmişlerdir.

4. 27 Mayıs 2015 tarihinde Sözleşme Madde 3, Madde 5 §§ 1, 2, 4, ve 5, Madde 8 ve Madde 13 kapsamındaki şikâyetleri Hükümet'e bildirilmiş ve başvurunun geri kalanı, Mahkeme İç Tüzüğü Madde 54 § 3 uyarınca kabul edilemez bulunmuştur.

5. Hem başvurucular hem de Hükümet başvurunun kabul edilebilirlik ve esası hakkında açıklamalarını sunmuşlardır. Sözleşme Madde 36 (üçüncü taraf sıfatıyla davaya katılma) uyarınca müdahale hakkından haberdar edilen Rus Hükümeti bu haktan istifade etmemiştir.

OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvurucular sırasıyla 1986, 2008, 2012 ve 2013 yıllarında doğmuşlardır. İlk başvurucu ikinci, üçüncü ve dördüncü başvurucuların (ayrıca "küçük başvurucular" olarak anılmaktadır) annesidir. Başvurucular, Mahkeme'ye başvurunun yapıldığı tarihte idari gözetim altında tutulmaktadır. Dava dosyasındaki son bilgilere göre, başvurucular şu anda Bakü, Azerbaycan'da yaşamaktadır.

A. Başvurucuların yakalanması ve idari gözetim altına alınması

7. Başvurucular 17 Ekim 2014 tarihinde geçerli olduğu iddia edilen

bir vizeyle İstanbul Atatürk Havalimanı üzerinden Türkiye'ye giriş yapmışlardır.

8. Resmi kayıtlara göre, 18 Ekim 2014'te başvuruçular Suriye sınırındaki Kilis şehrinden yasadışı olarak Suriye'ye geçmeye çalışırken yakalanmışlardır. İlk olarak kimliklerinin tespiti amacıyla Elbeyli İl Jandarma Komutanlığı'na götürülmüşlerdir. Daha sonra aynı gün Kilis Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesi'ne nakledilmişlerdir.

9. 19 Ekim 2014 tarihinde Kilis Valiliği, ilk başvuruçunun 6458 sayılı Kanunun 54/1 (h) maddesi uyarınca ülkeyi yasadışı olarak terk etmeye teşebbüs etmesi gerekçesiyle sınır dışı edilmesine ilişkin bir karar vermiştir. Ayrıca, aynı sebep dolayısıyla 57/2. madde uyarınca başvuruçunun idari gözetim altına alınmasını emretmiştir.

10. Başvuruçular 22 Ekim 2014 tarihinde İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ne bağlı Kumkapı Yabancılar Geri Gönderme Merkezi'ne ("Kumkapı Geri Gönderme Merkezi") nakledilmiştir.

11. 23 Ekim 2014 tarihinde İstanbul Valiliği, birinci başvuruçunun 6458 sayılı Kanunun madde 54/1 (d) ve (h) hükümlerine göre sınır dışı edilmesine ve sınır dışı işlemi sırasında aynı Kanunun 57. maddesi uyarınca idari gözetim altına alınmasına ilişkin bir karar vermiştir. Bu karar, ilk başvuruçunun sınır dışı edilmesi ve idari gözetim altına alınması kararının hangi gerekçelerle alındığını açıklamaksızın, yalnızca 6458 sayılı Kanunun sınır dışı ve idari gözetime ilişkin hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Dava dosyası kapsamında bu kararların başvuruçuya verilip verilmediğine ya da ne zaman tebliğ edildiğine dair hiçbir belge bulunmamaktadır.

12. 3 Aralık 2014 tarihinde ilk başvuruçunun İstanbul İdare Mahkemesi nezdinde sınır dışı edilme kararına itiraz etmiştir. Dava dosyasında bu işlemlerin sonucuna ilişkin hiçbir bilgi bulunmamaktadır.

13. Bu arada, 7 Kasım 2014'te başvuruçular, dini inanç ve siyasi görüşleri nedeniyle zulüm korkusuyla Rusya'yı terk ettiklerini ve oraya geri dönmeleri halinde hayatlarının tehlikede olacağını ileri sürerek Türk makamlarından uluslararası koruma talep etmişlerdir. Bu talep, 17 Aralık 2014'te, başvuruçuların uluslararası korumaya uygun olmadıkları tespitinde bulunan İçişleri Bakanlığı'na bağlı Göç İdaresi Genel Müdürlüğü ("GİGM") tarafından reddedilmiştir. 6 Ocak 2015 tarihinde başvuruçular, Ankara İdare Mahkemesi önünde GİGM'nin kararına

itiraz etmiş, mahkeme 9 Eylül 2015 tarihinde davalarını reddetmiştir. Başvurucular tarafından İdare Mahkemesi'nin kararına karşı yapılan temyiz başvurusu, 20 Haziran 2018 tarihinde Danıştay tarafından reddedilmiştir.

B. Başvurucuların idari gözetim hallerine itiraz etmek amacıyla İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'ne getirdikleri davalar

14. Başvurucular, 11 Kasım 2014 tarihinde İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'ne başvurarak, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimin hukukiliğine itiraz etmiş ve serbest bırakılmalarını talep etmişlerdir. Özellikle, aşağıda belirtilen nedenleri öne sürmüşlerdir:

(i) idari gözetim kararı, yetkili makamın yasa gereği kararında nedenleri belirtmek zorunda olmasına rağmen, idari gözetimin nedenlerini belirtmeksizin, yalnızca Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (6458 sayılı Kanun) 57. maddesine atıfta bulunmuştur;

(ii) 6458 sayılı Kanunun 68. maddesine göre, başvurucuların sığınmacı statüsü dikkate alınırca idari gözetimin onlar açısından son çare olması gerektiği açıktır; buna karşın yetkililer, alternatif önleyici tedbirleri dikkate almadan ve başvurucuların bir anne ve üç küçük çocuğu olduğu gerçeğine yeterince dikkat etmeden idari gözetim kararını vermişlerdir;

(iii) idari gözetim, *Yarashonen v. Türkiye* (no. 72710/11, 24 Haziran 2014) gibi davalarda Mahkeme tarafından belirlendiği üzere insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele boyutuna varan Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki olumsuz fiziksel koşullar (aşağıdaki 24-27'nci paragraflara bakınız) bilhassa dikkate alındığında başvurucular bakımından, özellikle de küçük yaşları göz önünde bulundurulduğunda ikinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular açısından ciddi fiziksel ve zihinsel ıstıraba neden olmuştur.

15. 20 Kasım 2014 tarihinde başvurucular, idari gözetim ile ilgili resmi bir kararın sadece birinci başvuru açısından alındığını ve geri kalan başvurucuların idari gözetim halinin yasal dayanağı olmadığını ileri sürerek başvurularını tamamlamak için ikinci bir talepte bulunmuşlardır.

16. Başvurucular 26 Kasım 2014, 2 ve 26 Aralık 2014 ve 6 Ocak 2015 tarihlerinde İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'ne, yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle idari gözetim hallerinin hukukiliğine itiraz etmek amacıyla dört başvuru daha yapmışlardır.

17.21 Kasım 2014, 2 ve 9 Aralık 2014 ve 12 ve 29 Ocak 2015 tarihli kararlarında¹ İstanbul Sulh Ceza Hakimliği başvuruçuların taleplerini reddetmiştir. Sulh Ceza Hakimliği, 21 Kasım 2014 tarihli ilk kararında, İstanbul Valiliği'nden alınan bilgiye göre, ilk başvuruçunun (i) kamu güvenliği için tehlike oluşturması ve (ii) Türkiye'yi yasadışı olarak terk etmeye teşebbüs etmesi nedeniyle sınır dışı edilmesine ve gözetimine alınmasına karar verildiği tespit edilmiştir. Bu nedenle idari gözetim, yasaya uygun olarak gerçekleşmiştir. İstanbul Sulh Ceza Hakimliği, kalan başvuruçular yönünden herhangi bir idari gözetim kararının bulunmadığını kabul etmiş ve başvuruçuların- idari gözetim hallerinin hukuka aykırılığına ilişkin- iddialarını reddetmiştir. Sulh Ceza Hakimliği başvuruçuların kalan argümanlarına cevap vermemiştir. Daha sonraki dört kararında, benzer şekilde sadece 6458 sayılı Kanununun 54 ve 57. maddelerine atıfta bulunarak başvuruçuların idari gözetim hallerini hukuka uygun ilan etmiştir. Bu kararlardan ikisinde (2 Aralık 2014 ve 12 Ocak 2015'te verilenler) hakimlik, birinci başvuruçuyu sınır dışı etme kararının yalnızca (kamu düzenine ve güvenliğine veya halk sağlığına karşı tehdit oluşturanların sınır dışı edilmesine ilişkin) Madde 54/1 (d)'ye dayandığına hükmetmiş, diğer kararlarda ise bu hususu dahi belirtmemiştir. Geri kalan iki kararda hakimlik, başvuruçuların, başvuruçular bu iddiayı sürekli olarak reddetmelerine rağmen, geçerli bir vize olmaksızın Türkiye'ye girdiklerini belirtmiştir.

C. Başvuruçuların Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ne nakledilmesi

18. Başvuruçular 22 Ocak 2015 tarihinde Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ne nakledilmişlerdir.

19.23 Ocak 2015 tarihinde Gaziantep Valiliği, tüm başvuruçular bakımından gerekçe belirtmeksizin sınır dışı etme kararı vermiş ve sınır dışı etme işlemi gerçekleşinceye kadar da haklarında idari gözetim kararı vermiştir. Dava dosyası kapsamında bu kararların başvuruçulara tebliğ edilip edilmediğine ya da ne zaman edildiğine dair hiçbir belge bulunmamaktadır.

20. Başvuruçular 30 Ocak 2015 tarihinde Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'ne başvurmak suretiyle Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim hallerine itiraz ederek serbest bırakılmalarını talep

¹ 12 Ocak 2015 tarihli karar, 6 Ocak 2015 tarihinde yapılan başvuruya; 29 Ocak 2015 tarihli karar ise, 26 Aralık 2014 tarihinde yapılan başvuruya ilişkindir.

etmişlerdir. Daha önce İstanbul Sulh Ceza Hakimliği nezdinde öne sürdükleri argümanları büyük ölçüde tekrarlamışlar ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki fiziki koşulların özellikle küçük çocuklar için uygunsuzluğunu vurgulamışlardır. Ayrıca ülke dışına çıkarılmalarına yönelik yakın bir olasılığın yokluğuna rağmen idari gözetim altında tutuldukları gerçeğine hakimliğin dikkatini çekmişlerdir, zira sınır dışı etme kararına itiraz ettikleri davalar ve sığınma taleplerini reddeden karar idare mahkemeleri nezdinde hala derdesttir.

21.5 Şubat 2015 tarihinde Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği başvuruların argümanlarını kabul etmiş ve idari gözetim kararının yasaya uygun olmadığını tespit etmiştir. Hakimlik öncelikle, başvuru sahiplerinin özellikle küçük çocuklar için uygun olmayan koşullarda üç aydan uzun süre tutulduğunu belirtmiştir. Ayrıca, sınır dışı edilmeleri ve tutulmaları 6458 sayılı Kanunun 54/1 (d). ve 57/2. maddelerine dayanmakla birlikte, özellikle başvuru sahiplerinden üçünün 2, 3 ve 7 yaşlarındaki çocuklar olduğu göz önünde bulundurulursa, başvuru sahiplerinin kamu düzeni, güvenliği veya sağlığı için bir tehdit oluşturdukları iddiasını destekleyecek hiçbir somut kanıt sağlanmamıştır. Benzer şekilde, 6458 sayılı Kanunun 57/2. maddesi uyarınca tutulmalarının neden gerekli olduğu doğrultusunda hiçbir açıklama yapılmamıştır. Hakimlik ayrıca, başvuru sahiplerinin, sınır dışı edilmelerine yönelik karara ve sığınma taleplerinin reddedilmesine karşı açtıkları davaların hala idare mahkemeleri nezdinde derdest olduğunu kaydetmiştir. Bu bulgulara dayanarak hakimlik, başvuru sahiplerinin idari gözetim halinin hukuka aykırı olduğunu tespit etmiş ve sınır dışı edilme işlemi hemen yapılmadığı sürece, başvuru sahiplerinin Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nden serbest bırakılmalarına emretmiştir.

22. Makamlar başvuru sahiplerini serbest bırakmadığından, 10 Şubat 2015 tarihinde başvuru sahipleri GİGM'ye başvurarak 5 Şubat 2015 tarihli Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin kararı ve daha önce 23 Ocak 2015 tarihinde Mahkeme tarafından karar verilen geçici tedbir (bkz. aşağıdaki 39. paragraf) uyarınca Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nden serbest bırakılmalarını talep etmişlerdir.

23. Aynı tarihte Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin kararı Gaziantep Emniyet Müdürlüğü'ne tebliğ edilmiş ve başvuru sahipleri, Gaziantep'te ikamet etmeleri ve haftada üç kez bir karakola bildirim yapmaları şartıyla Geri Gönderme Merkezi'nden serbest bırakılmışlardır.

D. Kumkapı ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezleri'ndeki idari gözetim koşulları

1. Başvurucuların beyanları

24. Başvurucular, 22 Ekim 2014 ve 22 Ocak 2015 tarihleri arasında idari gözetim altında buldukları esnada Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nin aşırı kalabalık olduğunu iddia etmişlerdir. Merkez, bahse konu zamanda toplam 300 kişilik resmi kapasiteye sahip olmasına rağmen yaklaşık 600 kişiyi barındırmaktaydı. Bu iddianın kanıtı olarak, başvurucular, avukatları tarafından 23 Ocak 2015'te hazırlanan ve kendisine söz konusu zamanda 600 kadar kişinin Geri Gönderme Merkezi'nde tutulduğu iddiasını söyleyen bir görevli memurla yaptığı konuşmayı nakleden bir not sunmuşlardır.

25. Başvurucular, merkezdeki aşırı kalabalığın, odaların, tuvaletlerin ve duşların düzenli olarak temizlenmemesi ve merkezde sağlanan yatakların hiçbir zaman değiştirilmemesi nedeniyle daha da kötüleşen hijyen sorunlarına yol açtığını ileri sürmüştür. Bina böcekler tarafından istila edilmiştir. Birinci başvurucu, çocuklarının böcekler ve tahtakuruları tarafından ısındığını ve ikisinin bu ısırlara nedeniyle alerjik reaksiyonlara maruz kaldığını iddia etmiştir. Belirtilmemiş bir tarihte başvurucuların odası dezenfekte edilmiş, ancak dezenfeksiyon işlemi sırasında odadan ayrılmalara izin verilmemiştir.

26. Başvurucular ayrıca merkezin yeterince aydınlatılmadığını, ısıtılmadığını ve havalandırılmadığını ve günün her saatinde tütün dumanına maruz kaldıklarını belirtmiştir. Açık hava egzersizi, çocuklar için bile, düzenli şekilde sağlanmamıştır. Odalarda ışık düğmeleri bulunmaması ve gece boyunca ışıklar açık tutulmaktadır ki bu durum, başvurucuların uykusunu bozmuştur.

27. Başvurucular, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimin fiziksel koşullarının özellikle de çocukların zihinsel ve fiziksel sağlığı için uygun olmadığını vurgulamışlardır. Çocuklara ne bir oyun alanı ne yaşa uygun aktiviteler sağlanmış ne de çocuklar temiz havaya düzenli olarak erişebilmişlerdir. Sağlanan gıda kalitesi ve miktarı da zayıftır. Özellikle, gıda kalitesi ve miktarı, çocukların beslenme gereksinimlerini karşılayamamıştır. Başvurucuların bebek maması, süt, meyve, bebek bezi, bebek kremi, giysi ve oyuncak gibi ihtiyaçları, ziyaretlerine izin verildiği ölçüde avukatları ya da yakınları tarafından karşılanmıştır. Başvurucuların avukatının, acil tıbbi bakım talepleri de

dahil olmak üzere, üç çocuğun temel ihtiyaçlarının karşılanması için yaptığı sözlü ve yazılı talepler yetkililer tarafından görmezden gelinmiştir. Sözlü taleplerinin yanı sıra, 14 Kasım 2014 ve 13 Ocak 2015 tarihlerinde başvuruçuların avukatı, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki fiziki koşullara ilişkin şikâyetinde bulunmak ve başvuruçuların, özellikle de üç çocuğun ihtiyaç duyduğu tıbbi yardım ve temel ihtiyaçları talep etmek üzere İstanbul Emniyet Müdürlüğü'ne iki kez dilekçe vermiştir. 13 Ocak 2015 tarihli dilekçesinde avukat, çocuklardan birinin bronşit ve bir diğzerinin alerjiden mustarip olduğunu ve acil tıbbi bakıma ihtiyaçları bulunduğunu vurgulamıştır. Yetkililerin bu taleplerin hiçbirine cevap vermediği anlaşılmaktadır. Başvuruçuların avukatı 21 Ocak 2015'te GİGM'ye, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim halleri nedeniyle başvuruçuların karşılaştığı zorluklara dikkat çekmek ve son altı gündür yüksek ateşten mustarip olan çocuklara acil tıbbi yardım istemek için bir dilekçe vermiştir. Avukat, ilk başvuruçunun sayısız talebine rağmen, yetkililerin çocuklara gerekli tıbbi bakımı sağlamak için herhangi bir işlem yapmadığını vurgulamıştır. Başvuruçular tarafından verilen bilgilere göre, çocuklar 27 Ocak 2015'e kadar doktora götürülmemiştir.

28. Başvuruçular 22 Ocak 2015 tarihinde, 10 Şubat 2015 tarihine kadar tutuldukları Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ne nakledilmişlerdir.

Başvuruçulara göre, bu merkezdeki koşullar Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki koşullardan daha da kötüydü: başvuruçular, güneş ışığı almayan 10 metre karelik bir odada, üç başka kadın ve bir çocukla birlikte tutulmuşlardır. Koridorlarda uyuyan insanlar bulunmaktaydı. Yiyeceklerin çocuklar için kalitesi ve uygunluğu, hijyen, açık hava egzersiz eksikliği, oyun alanının olmaması gibi sorunlar bu merkezde de bulunmaktaydı. Başvuruçuların avukatları tarafından başvuruçulara süt, meyve ve kışlık giysiler verilmiştir.

2. Hükümetin beyanları

29. Hükümet, başvuruçuların başlangıçta idari gözetim altına alındığı Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nin 300 kişilik kapasiteye sahip olduğunu belirtmiştir. İdari gözetim altındaki kişiler üç katta barındırılmaktadır: ilk iki kat idari gözetim altındaki erkekler, üçüncü kat ise kadınlar için ayrılmıştır. Birinci katta sırasıyla 50, 58, 76 ve 84 metre karelik dört koğuş bulunmakta, ikinci ve üçüncü katlarda ise sırasıyla 50,

58, 69, 76 ve 84 metrekairelik beşer koğuş bulunmaktadır. Birinci katta kırk dört ranza, ikinci katta yetmiş altı ranza ve üçüncü katta yetmiş ranza bulunmaktadır ve tüm odalar yeterince aydınlık olup havalandırılmıştır. Ayrıca her katta beş duş ve altı tuvalet ile her gün kahvaltı, öğle ve akşam yemeklerinin servis edildiği 69 metrekairelik birer kafeterya bulunmaktadır. Çocuklara her gün 500 ml süt verilmekte ve merkezde kişisel malzemelerin satıldığı bir kantin de bulunmaktadır. İdari gözetim altındaki kişiler uygun hava koşullarında açık hava egzersizi yapma hakkına sahiptir ve başvurucular Kumkapı'da kaldıkları süre boyunca bu haktan yararlanmışlardır. Ayrıca çocuklar için kapalı ve açık oyun alanı sağlanmış ve dinlenme, televizyon izleme, egzersiz yapma ve dini gerekliliklerini yerine getirmeye yönelik olanaklar da idari gözetim altındaki herkese sunulmuştur. Bir doktor haftalık olarak tesise gelmekte ve idari gözetim altındaki kişilerin acil durumlarda tıbbi bakıma erişimi de bulunmaktadır. Ayrıca idari gözetim altındaki kişiler birinci derece akrabalarıyla, yasal temsilcileriyle ve avukatlarıyla görüşme hakkına sahiptir. Tesisin hijyeni bakımından, geri gönderme merkezinde tam zamanlı çalışan altı temizlik personeli bulunmaktadır ve bina gerektiğinde dezenfekte edilmektedir. Sıcak ve soğuk su, sıvı ve banyo sabunu gibi hijyen ürünleri ile birlikte günün her saatinde mevcuttur.

30. Hükümet, birinci başvurucunun üç küçük çocuğu olması sebebiyle üçüncü kattaki standart kadın koğuşunda tutulmadığını belirtmiştir. Bundan ziyade başvurucu, aynı katta, kapılarında demir barlar veya kilit bulunmayan, "mağdurlar koğuşu" olarak adlandırılan, idari gözetim altındaki kişilerin telefonları istedikleri zaman kullanmalarına izin verilen ve her zaman sıcak ve soğuk suya erişebildikleri ayrı bir alanda barındırılmıştır. Mağdurlar koğuşu denilen alan sırasıyla 23.5 ve 23 metrekaire ölçülerinde iki odadan oluşmakta ve ayrıca 24 metrekairelik bir koridor ve çocuklar için 11 metrekairelik bir oyun alanı içermektedir. Çocukların oyun alanında ebeveynleri veya merkezde çalışan sosyologlar ve psikologlar ile birlikte vakit geçirmelerine izin verilmiş ve çocuklar annelerinden asla ayrılmamışlardır.

31. Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki şartlara gelindiğinde, Hükümet başvurucuların bir aile olarak 12 metrekairelik ayrı bir odaya yerleştirildiğini Mahkeme'ye bildirmiştir. Başvuruculara günde üç öğün yemeğin yanı sıra çocuklar için süt de sağlanmıştır. Geri gönderme merkezinde ısıtma ve yirmi dört saat boyunca sıcak suya erişim bulunmaktadır. Geri gönderme merkezinde tutulan kişilerin günün belirli saatlerinde avluya çıkmasına izin verilmiş ve gerektiğinde tıbbi bakım sağlanmıştır.

32. İddialarını desteklemek amacıyla Hükümet, Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki koğuş sayısını ve her iki merkezin de avlularını gösteren, Kumkapı ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nden bazı fotoğraflar sunmuştur. Kumkapı'dan farklı olarak, Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nin küçük beton avlusunda bir oyun alanı yok gibi görünmektedir. Koğuşlardaki koşullara gelindiğinde, fotoğraflardaki odalar iyi aydınlatılmış ve oldukça temiz görünmekte ancak bazıları sıkışık durmaktadır. Tüm odalar yetişkinler için demir çerçeveli ranzalar ile donatılmıştır ve odaların çoğunda başka mobilya-masa, sandalye ve dolap gibi-yok gibi görünmektedir. Hükümet, başvuruçuların içinde kaldığı odanın fotoğraflarda gösterilen odalardan hangisi olduğuna dair hiçbir bilgi vermemiştir. Hükümet ayrıca, Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki kanepeler ve masalar içeren iki ortak odanın, bir mutfağın, bir duşun ve bir tuvaletin fotoğraflarını da sunmuştur ve bunların hepsi de temiz görünmektedir. Ayrıca, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nden video görüntüler sunulmuştur. Bir videoda, yanında bir bebek ve daha büyük iki çocukla birlikte merkezin merdivenlerinde yürüyen ve salıncaklar ve bir kaydırağın da olduğu otoparka çıkan kimliği belli olmayan bir kadın görünmekte, diğesinde ise, yanında yaşça büyük bir çocukla telefon görüşmesi yapan bir kadın gösterilmektedir. Hükümet son olarak Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde çekilen, fotoğraftaki nota göre psikolog olan bir kadınla bir bulmaca tutan küçük - kimliği belirsiz- bir kızın görüldüğü üç fotoğraf göndermiştir. Fotoğrafların ne zaman çekildiğine dair bir ibare olmasa da videoların 18 ve 22 Ocak 2015 tarihinde çekildiği görülmektedir.

E. Anayasa Mahkemesi'ne başvuru (2014/19481 sayılı başvuru)

33. 15 Aralık 2014 tarihinde, başvuruçular Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuş ve yukarıda 24-27'nci paragraflarda belirtilen, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim hallerine ilişkin tüm şikâyetleri bu mahkemenin dikkatine sunmuşlardır. Yerel makamlar, bu merkezde iki ay boyunca tutuldukları, yetişkinler için bile uygun olmayan koşulların, küçük çocuklar bakımından özellikle kabul edilemez olduğunu vurgulamıştır. Yetkililere yapılan çok sayıda itiraz rağmen, ikinci, üçüncü ve dördüncü başvuruçuların özel ihtiyaçları buldukları merkezde karşılanmamıştır. Başvuruçular, merkezde bir oyun odası ve bir avlu olmasına rağmen, bu tesislerden yararlanmalarına izin verilmediğini de eklemişlerdir. Özellikle, açık hava egzersizine erişim gibi temel insan ihtiyaçlarından mahrum bırakılmışlardır. İdari

gözetim koşullarının kötü muamele oluşturduğunu, ayrıca özel hayat ve aile hayatı haklarını ihlal ettiğini ileri süren başvuruçular, Anayasa Mahkemesi'nden, bir tedbir kararı vermek suretiyle Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nden serbest bırakılmalarını emretmesini talep etmişlerdir. Başvuruçular, argümanlarını desteklemek için (yukarıda atıf yapılan) *Yarashonen ve Musaev v. Türkiye* (no. 72754/11, 21 Ekim 2014) davalarında Mahkeme'nin kararlarının yanı sıra, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim halinin aykırılığını kaydeden ve eleştiren Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları Komisyonu'nun, Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi'nin (Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi, AIÖK), Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği'nin, BM Göçmenlerin İnsan Hakları Özel Raportörü'nün, Avrupa Komisyonu ve Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun raporlarına dayanmışlardır. Başvuruçular ayrıca, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki uygun olmayan fiziksel koşulların dışında, hukuka aykırı bir şekilde özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarını ve idari gözetim halinin hukuka aykırılığını ve koşullarını şikâyet edecek etkili bir yolu bulamadıklarını iddia etmişlerdir. Bu bağlamda başvuruçular, İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'ne idari gözetim hallerinin hukukiliğine itiraz etmek için getirdikleri çok sayıda davanın, hakimlik tarafından, hukuka uygunluk meselesinin gerçek bir değerlendirmesi yapılmaksızın basmakalıp gerekçelere dayanılarak reddedildiğini vurgulamışlardır.

34. 29 Aralık 2014'te başvuruçular, Anayasa Mahkemesi'nden tedbir talep etmelerinin üstünden iki hafta geçmesine rağmen mahkemenin bu konuda bir karar vermemesiyle ilgili bir şikâyet içeren bir dilekçeyi Anayasa Mahkemesi'ne göndermişlerdir. Başvuruçular özellikle iki aydan uzun süredir tutuldukları Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki fiziksel koşulların üç küçük çocuğun fiziksel bütünlüğünü tehlikeye attığını ve sağlığına zarar verdiğini ileri sürmüşlerdir.

35. 9 Ocak 2015'te Anayasa Mahkemesi başvuruçuların tedbir talebini reddetmiştir. Başvuruçuların, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşulları nedeniyle yaşamlarını, fiziksel veya zihinsel bütünlüklerini tehlikeye atan yakın ve ciddi bir risk olduğu yönünde tartışılabilir bir iddianın temellerini oluşturamadıkları sonucuna varmıştır. Mahkeme, başvuruçuların merkezdeki hijyen sorunları ve yeterli yiyecek ve temiz hava eksikliği ile ilgili iddialarının ve bu koşulların kendileri için gerçek ve kişisel bir risk oluşturduğu şeklindeki savunmalarının tedbir gerektirmek bakımından yeterli olmadığı değerlendirmesinde

bulunmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi, devlet yetkililerinin geri gönderme merkezlerinde tutulan kişilere temel ve acil sağlık hizmetlerinin verilmesinden sorumlu olduğunu belirtmiştir.

36. Anayasa Mahkemesi, 24 Mayıs 2018 tarihinde başvurucların davasıyla ilgili kararını vermiştir. Mahkeme, - *diğer hususların yanı sıra*, küçük başvurucların Gaziantep'e nakillerinden önce idari gözetim altına alınmaları konusunda resmi bir karar olmadığı hususu dahil olmak üzere- olguları ortaya koyduktan sonra, davanın kabul edilebilirliğini değerlendirmiştir. En başta Anayasa Mahkemesi'ne başvurmadan önce tüm idari ve hukuki başvuru yollarını tüketme zorunluluğunu yinelemiştir. *K.A.* davasındaki kararına atıfta bulunarak (no. 2014/13044, 11 Kasım 2015, aşağıda 53-58'inci paragraflara bakınız), geçmişte, Türk hukukunda yabancıları geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim koşulları veya yabancıların idari gözetim altına alınmalarının hukuka aykırı olması sebebiyle şikâyet edebilecekleri etkili bir çözüm bulunmadığına karar verdiği dikkat çekmiştir. Bununla birlikte daha sonra, yakın zamanda, sırasıyla (i) bireyin artık şikâyet edilen koşullarda tutulmaması ve (ii) idari gözetim halinin hukuka aykırılığının bir sulh ceza hakimliği tarafından tespit edilmiş olması koşuluyla, yabancıların idari gözetiminin hem koşullarına hem de hukuka aykırılığına ilişkin şikâyetler bakımından idare mahkemeleri nezdinde açılacak bir tam yargı davasının etkili bir yol sağlayabileceğine hükmettiği *B.T.* davasında (no. 2014/15769, 30 Kasım 2017, aşağıda 59-62. paragraflara bakınız) içtihadını değiştirdiğini vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, mevcut koşullarda *B.T.* davasındaki bulgulardan ayrılmak için bir neden olmadığını belirtmiş ve bu nedenle başvurucların şikâyetlerini, idare mahkemeleri önünde tam yargı davası açmadıkları gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, başvurucların Madde 5 kapsamındaki şikâyetiyle ilgili olarak, başvurucların idari gözetim hallerinin 5 Şubat 2015 tarihinde Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği tarafından çoktan hukuka aykırı ilan edildiğini vurgulamıştır.

37. Anayasa Mahkemesi ayrıca, her ne kadar yukarıda bahsi geçen *B.T.* davasındaki içtihat değişikliği 16 Şubat 2018 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmış olsa da, bu tarihten önce idare mahkemelerince değerlendirilmeden doğrudan Anayasa Mahkemesi'ne yapılan benzer şikâyetlerin, yine de başvuru yollarının tüketilmemesi gerekçesiyle kabul edilemez sayılacağını vurgulamıştır. Bununla birlikte, bu tür başvurucların Anayasa Mahkemesi'nin kendilerine yönelik olarak verdiği kabul edilemezlik kararlarından sonra söz konusu idare hukuku yoluna

başvurmaya çalışmaları durumunda, idare mahkemelerinin, mahkemeye erişim hakkına zarar vermeyecek şekilde, bir idari dava açmak için gereken zaman sınırlaması kurallarına uyulup uyulmadığını değerlendirmesi gerekecektir.

F. Mahkeme önündeki süreç

38. Başvurucular 22 Ocak 2015 tarihinde Mahkeme'ye başvurmuşlar ve ayrıca insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele boyutuna erişen koşullara maruz bırakıldıklarını iddia ettikleri Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nden serbest bırakılmalarına yönelik bir tedbir talebinde bulunmuşlardır.

39. 23 Ocak 2015'te, davanın tahsis edildiği Bölüm'ün Başkanı, tarafların menfaatleri ve Mahkeme önündeki sürecin doğru bir şekilde yürütülmesi açısından, Mahkeme İç Tüzüğü Kural 39 uyarınca, Hükümete, başvurucuların idari gözetim koşullarının Sözleşme Madde 3 ile uyumlu olmasını temin etmek için gerekli önlemlerin alınmasını işaret etmeye karar vermiştir. Hükümetten ayrıca, başvurucuların Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşullarının Sözleşme Madde 3 ile uyumlu olup olmadığı ve özellikle bu koşulların ikinci, üçüncü ve dördüncü başvurucuların genç yaşları bakımından uygun görülüp görülemeyeceği konusunda Mahkeme'yi bilgilendirmesi talep edilmiştir. Hükümet ayrıca, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşullarını, koğuşların kapasitesi ve koğuşlardaki idari gözetim altındaki kişi sayısı, hijyen koşulları, temiz hava ve günlük egzersizlere erişim olanakları da dahil olmak üzere gösteren bilgi, belge, fotoğraf ve video görüntüleri sunmaya davet edilmiştir. Hükümetin bu sorulara verdiği cevaplar yukarıda 29-32'nci paragraflarında açıklanmıştır.

40. Aynı tarihte, Bölüm Başkanı ayrıca Mahkeme İç Tüzüğü'nün Kural 41 uyarınca başvuruya öncelik vermeye karar vermiştir.

41. 27 Mayıs 2015'te davanın tahsis edildiği Bölümün Başkan Yardımcısı, başvuruyu Türk Hükümetine bildirmiştir. Aynı tarihte, Mahkeme İç Tüzüğü Kural 39'un icrasının durdurulmasına da karar verilmiştir.

II. İLGİLİ HUKUK VE UYGULAMA

A. Ulusal hukuk ve uygulama

1. Türkiye Anayasası

42. Türkiye Anayasasının ilgili hükümleri şöyledir:

Madde 17

“

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

”

Madde 19

‘Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

... usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme karar verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

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

”

Madde 40

“Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

”

Madde 125

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

İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız

zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir...

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

2. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu

43. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu Madde 2(1)(b) bir idari eylem ve işlemde dolayı kişisel hakların ihlalinde bahisle idare mahkemeleri önünde tam yargı davası açılabilirini belirtmektedir.

3. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu

44. 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu 11 Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir. Mevcut davayla ilgili olan hükümler şöyledir:

Sınır dışı etme Madde 52

"(1) Yabancılar, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir.

Sınır dışı etme kararı Madde 53

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

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

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

hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.

Sınır dışı etme kararı alınacaklar
Madde 54

“(1) Aşağıda sayılan yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınır:

...

d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar

...

h) Türkiye’ye yasal giriş veya Türkiye’den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler,

...”

Sınır dışı etmek üzere idari gözetim ve süresi
Madde 57

“(1) 54’üncü madde kapsamındaki yabancılar, kolluk tarafından yakalanmaları hâlinde, haklarında karar verilmek üzere derhâl valiliğe bildirilir. Bu kişilerden, sınır dışı etme kararı alınması gerektiği değerlendirilenler hakkında, sınır dışı etme kararı valilik tarafından alınır. Değerlendirme ve karar süresi kırk sekiz saati geçemez.

(2) Hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma riski bulunan, Türkiye’ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye’den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar hakkında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır. Hakkında idari gözetim kararı alınan yabancılar, yakalamayı yapan kolluk birimince geri gönderme merkezlerine kırk sekiz saat içinde götürülür.

(3) Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim süresi altı ayı geçemez. Ancak bu süre, sınır dışı etme işlemlerinin yabancıların iş birliği yapmaması veya ülkesiyle ilgili doğru bilgi ya da belgeleri vermemesi nedeniyle tamamlanamaması hâlinde, en fazla altı ay daha uzatılabilir.

(4) İdari gözetimin devamında zaruret olup olmadığı, valilik tarafından her ay düzenli olarak değerlendirilir. Gerek görüldüğünde, otuz günlük süre beklenilmez. İdari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar için idari gözetim derhâl sonlandırılır. Bu yabancılar, belli bir adreste ikamet etme, belirlenecek şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir.

(5) İdari gözetim kararı, idari gözetim süresinin uzatılması ve her ay düzenli olarak yapılan değerlendirmelerin sonuçları, gerekçesiyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Aynı zamanda, idari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa, kendisi veya yasal temsilcisi kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.

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

(7) İdari gözetim işlemine karşı yargı yoluna başvuranlardan, avukatlık ücretlerini karşılama imkânı bulunmayanlara, talepleri hâlinde 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükümlerine göre avukatlık hizmeti sağlanır.”

Geri gönderme merkezleri Madde 58

“(1) İdari gözetime alınan yabancılar, geri gönderme merkezlerinde tutulurlar.

(2) Geri gönderme merkezleri Bakanlık tarafından işletilir ...

(3) Geri gönderme merkezlerinin kurulması, yönetimi, işletilmesi, devri, denetimi ve sınır dışı edilmek amacıyla idari gözetimde bulunan yabancıları geri gönderme merkezlerine nakil işlemleriyle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.”

Geri gönderme merkezlerinde sağlanacak hizmetler Madde 59

“(1) Geri gönderme merkezlerinde;

(a) Yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri ücretsiz verilir,

(b) Yabancıya; yakınlarına, notere, yasal temsilciye ve avukata erişme ve bunlarla görüşme yapabilme, ayrıca telefon hizmetlerine erişme imkânı sağlanır,

...

(ç) Çocukların yüksek yararları gözetilir, aileler ve refakatsiz çocuklar ayrı yerlerde barındırılır,

Özel ihtiyaç sahipleri Madde 67

“(1) Özel ihtiyaç sahiplerine² bu Kısımda yazılı hak ve işlemlerde öncelik tanınır.

Başvuru sahiplerinin idari gözetimi Madde 68

“...

(2) Başvuru sahiplerinin idari gözetim altına alınması istisnai bir işlemdir. Başvuru sahibi sadece aşağıdaki hâllerde idari gözetim altına alınabilir:

...

(ç) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde.

(3) İdari gözetimin gerekip gerekmediği bireysel olarak değerlendirilir. İkinci fıkrada belirtilen hâllerde; idari gözetim altına alınmadan önce, 71 inci maddede belirtilen ikamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğünün yeterli olup olmayacağı öncelikle değerlendirilir. Valilik, idari gözetim yerine başka usuller belirleyebilir. Bu tedbirler yeterli olmadığı takdirde, idari gözetim uygulanır.

2 6458 sayılı Kanun Madde 3(1) uyarınca özel ihtiyaç sahipleri, başvuru sahibi ile uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerden; refakatsiz çocuk, engelli, yaşlı, hamile, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da baba veya işkence, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddete maruz kalmış kişilerdir.

(4) İdari gözetim kararı, idari gözetim altına alınma gerekçelerini ve gözetimin süresini içerecek şekilde idari gözetim altına alınan kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına yazılı olarak tebliğ edilir. İdari gözetim altına alınan kişi bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kararın sonucu ve itiraz usulleri hakkında kendisi veya yasal temsilcisi bilgilendirilir.

(5) Başvuru sahibinin idari gözetim süresi otuz günü geçemez.

...

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

..."

İkamet zorunluluğu ve bildirim yükümlülüğü **Madde 71**

"(1) Başvuru sahibine, kendisine gösterilen kabul ve barınma merkezinde, belirli bir yerde veya ilde ikamet etme zorunluluğu ile istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunma gibi idari yükümlülükler getirilebilir.

4. Kabul ve barınma merkezleri ile geri gönderme merkezlerinin kurulması, yönetimi, işletilmesi, işlettirilmesi ve denetimi hakkında 28980 sayılı yönetmelik

45. Kabul ve barınma merkezleri ile geri gönderme merkezlerinin kurulması, yönetimi, işletilmesi, işlettirilmesi ve denetimi hakkında 28980 sayılı yönetmelik, diğer hususların yanı sıra, 6458 sayılı Kanun Madde 58'in gerektirdiği üzere 22 Nisan 2014'te yürürlüğe girmiştir. Yönetmeliğin ilgili hükümleri şöyledir:

Madde 4

"(1) Merkezlerin kurulması, işletilmesi ve işlettirilmesinde ve bu Yönetmelik kapsamında verilecek hizmetlerin yerine getirilme-

sinde aşağıdaki usul ve esaslara göre hareket edilir:

(a) Yaşam hakkının korunması;

(b) İnsan odaklı yaklaşım;

...

(ç) Özel ihtiyaç sahiplerine öncelik tanınması;

...

Madde 10

“..

(2) Merkez müdürünün görev ve yetkileri şunlardır:

...

(ç) Merkezin ihtiyaçlarıyla ilgili konularda il müdürlüğüne talepte bulunmak.

...

(e) Merkezde sağlık koşullarına uygun ortamın sağlanması için gerekli tedbirleri almak.

...

(ğ) Mevzuat kapsamında yapısal ve idari her türlü tedbiri almak;

“..

Madde 11

“(1) Merkez müdürlüğünün görevleri şunlardır:

...

(g) Merkezlerin işleyişine ilişkin Genel Müdürlük tarafından belirlenecek usul ve esaslar ile hizmet standartlarının yerine getirilmesiyle ilgili iş ve işlemlerin takip edilmesi;

“..

Madde 14

“(1) Merkezlerde verilecek hizmetler şunlardır:

(a) Barınma ve beslenme;

...

(c) Yabancı tarafından bedeli karşılanamayan acil ve temel sağlık hizmetleri;

(ç) Psikolojik ve sosyal destek faaliyetleri;

(d) Özel ihtiyaç sahiplerine uygun alanların tahsis edilmesi;

...

(g) Genel Müdürlükçe uygun görülen diğer hizmetler;

(2) Birinci fıkrada belirtilen hizmetlerin sağlanması ile buna ilişkin standartlar Genel Müdürlük tarafından belirlenir.

...”

Madde 16

“(1) Merkezler bağlı oldukları il müdürlüğü tarafından sürekli, Genel Müdürlükçe her yıl, Bakanlık Teftiş Kurulu Başkanlığınca üç yılda bir denetlenir. Valilikler her zaman Bakanlıktan denetim yapılması talebinde bulunabilir.

...”

5. Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimin fiziki koşulları hakkında ulusal organların raporları

46. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin İnsan Hakları Araştırma Komisyonu 8 Aralık 2011 tarihli toplantısında, geri gönderilmeyi beklerken tutuldukları koşullar da dahil olmak üzere, mülteciler, sığınmacılar ve düzensiz göçmenlerin karşı karşıya kaldığı sorunları araştırmak üzere bir alt komite kurmuştur. Bu amaçla, 10 ve 11 Mayıs 2012'de iki milletvekili, İstanbul'daki Kumkapı Geri Gönderme Merkezi de dahil olmak üzere birtakım geri gönderme merkezlerini ziyaret etmiştir. Bu raporlardaki bulgular *Yarashonen* davasında kaydedilmiştir (yukarıda atıf yapılan, § 2426).

47. Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimin fiziki koşulları ve açık havada egzersiz yapılmaması hakkında devam eden şikâ-

yetleri takiben, 2 Mayıs 2014'te çeşitli sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri ve akademisyenlerle birlikte Türkiye İnsan Hakları Kurumu ("TİHK")³ Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ni ziyaret etmiştir. Bu ziyaretlerinin raporu 6 Kasım 2014'te yayımlanmıştır.

48. Geri gönderme merkezindeki yetkililer tarafından TİHK'ye sağlanan bilgiye göre, ziyaret tarihinde merkez 350 kişiyi barındırmaktadır. Bu sayı ziyaretten yalnızca birkaç gün önce 384'tür. Merkez, İstanbul Büyükşehir Belediyesi'ne bağlı bir şirket tarafından her iki ayda bir temizlenmektedir, koşullar da idari gözetim altındaki kişiler tarafından temizlenmektedir. Her gün orada bulunan bir hemşirenin yanı sıra, te-siste her Perşembe bir doktor bulunmaktadır. Havanın müsaade ettiği mevsimlerde, idari gözetim altındaki kişilerin temiz hava almak için akşam 5'ten sonra bahçeye çıkmalarına izin verilmektedir, ancak kış aylarında hasta olmalarını önlemek için dışarı çıkmalarına izin verilmemektedir. Bahçe bir otopark olarak kullanılmaktadır ve idari gözetim altındaki kişilerin temiz hava alabilecekleri güvenli bir alan aslında yoktur.

49. Merkezi ziyaret eden delegasyonun gözlemlerine göre, koşullar çok pis, nemli, eskimiş ve aşırı kalabalıktır, ayrıca yatakların üzerinde yastık veya nevresim bulunmamaktadır. Tuvaletler özellikle aşırı derecede pistir ve tüm tutulanlar için yeterli tuvalet ve hijyen malzemesi, tuvalet kâğıdı dahil, yoktur. Merkezde güçlü bir koku olduğu tespit edilmiştir. 6458 sayılı Kanun'un 59(1)(ç) maddesine göre çocuklu ailelerin ayrı bir alanda tutulması gerekmesine karşın, bebeklerin de olduğu koşullar dahil tüm koşullarda sigara içilmesine izin verilmektedir. Özellikle merkezde çocukların bulunduğu göz önüne alındığında, idari gözetim koşulları hiçbir şekilde sağlıklı veya hijyenik olarak değerlendirilmeyecektir. An itibarıyla her türlü hastalığın yayılması için müsait olan koşulların iyileştirilmesine yönelik periyodik dezenfektasyon ile birlikte etkili bir temizleme sistemi gereklidir. Delegasyon ayrıca merkezde sunulan yemeğin küçük çocuklar için uygun olmadığını ve onların özel ihtiyaçlarını karşılamak için herhangi bir özel tedarikte bulunulmadığını gözlemlemiştir. Bunun sonucunda, birçok yetişkinle birlikte küçük çocuklar da sindirim sorunlarından mustarıptir.

3 Türkiye İnsan Hakları Kurumu, 28 Ocak 2014'te yürürlüğe giren bir Bakanlar Kurulu kararı ile Türkiye tarafından 2011 yılında onaylanan İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokol (OPCAT) gereklilikleriyle uyumlu şekilde "Ulusal Önleme Mekanizması" (NPM) olarak belirlenmiştir. Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun yerini, Nisan 2016'da kurulan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu almıştır.

50. Ziyaret raporu aşırı kalabalığın merkezde ciddi bir sorun olmaya devam ettiğini vurgulamıştır: her ne kadar resmi idari gözetim kapasitesi 300 kişi olsa da merkezde genelde 400 ila 500 kişi bulunmaktadır. Dahası, azami *resmi* kapasitesinde dahi, idari gözetim altındaki kişilerin sahip olduğu kişisel alan AIÖK tarafından konulan standartların altındadır.

51. Rapor ayrıca ziyaret tarihinde merkezde karşılaşılan, idari gözetim altındaki kişilerin beyanlarını içermektedir. İdari gözetim altındaki bu kişilere göre merkezi böcekler istila etmiştir-ki bu vücutlarındaki ısırıklardan bellidir- ve merkez ilaçlanmamış veya dezenfekte edilmemiştir. Çocukları olanlar bile, temiz hava için dışarı çıkmalarına neredeyse hiçbir zaman izin verilmediğini ve bazılarının yaptığı yinelenen sağlık şikâyetlerine rağmen merkezde hiç doktor veya hemşire görmediklerini söylemişlerdir. Buna karşın, acil durumlarda ambulans çağırıldığını ve gerektiğinde çocukların hastaneye erişiminin sağlandığını da delegasyona anlatmışlardır.

52. Sonuç tespitlerinde rapor, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nin orada tutulan kişilere asgari insan hakları standartlarını sağlama kapasitesi olmadığını belirtmiş ve mümkün olan en kısa zamanda yeni tesislere taşınmasını tavsiye etmiştir. Rapor, İnsan Hakları Araştırma Komisyonu'nun 2012 raporunda (yukarıda paragraf 46'da belirtilen) yaptığı eleştirilere rağmen, idari gözetimin fiziki koşullarında hiçbir iyileşme olmadığını kaydetmiştir.

6. Yabancıları geri gönderme merkezlerinde idari gözetimin fiziki koşulları ve idari gözetimin hukuka aykırılığına dair şikâyetler bakımından iç hukuk yollarının mevcudiyeti hakkında Anayasa Mahkemesi kararları

(a) Başvuru no. 2014/13044

53. 11 Ağustos 2014 ve 5 Şubat 2015 arasında bir Suriye vatandaşı K.A., diğer hususların yanı sıra, 26 Nisan 2014 ve 6 Ocak 2015 arasında tutulduğu Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşulları, idari gözetiminin hukuka aykırılığı ve bu şikâyetleri ileri sürebileceği etkili başvuru yollarının olmaması hakkında şikâyette bulunarak Anayasa Mahkemesi'ne üç başvuru yapmıştır (başvuru no. 2014/13044).

54. Anayasa Mahkemesi'ne sunulan görüşte Adalet Bakanlığı, diğer hususların yanı sıra, her ne kadar daha önce söz konusu şikâyetler

bakımından Sözleşme gerekliliklerini sağlayan herhangi bir etkili iç hukuk yolu olmasa da, 6458 sayılı Kanun'un bu eksikliği gidermek için yürürlüğe konduğunu belirtmiştir. Bakanlık ayrıca başvuru K.A.'nın idari gözetim koşullarına ilişkin şikâyetlerini ilgili idari makamların dikkatine sunmadığını belirtmiştir. K.A. Bakanlık'ın iddialarını reddetmiş ve çeşitli makamlara yaptığı şikâyetlerin cevapsız kaldığını öne sürmüştür.

55. 11 Kasım 2015'te Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu davanın kabul edilebilirliğine ve esasına dair kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi önce K.A.'nın erişiminde idari gözetim koşulları hakkında şikâyet edebileceği etkili başvuru yolları olup olmadığını incelemiştir. Esasen *Ananyev ve*

Diğerleri v. Rusya (no. 42525/07 ve 60800/08, §§ 93-119, 10 Ocak 2012) davasında atıf yapılan ilkelerden bahsederek ve K.A.'nın ilk iki başvuruyu hâlâ şikâyet edilen koşullarda tutulurken yaptığını kaydederek Anayasa Mahkemesi, en başta söz konusu iç hukuk yolunun etkili kabul edilebilmesi için bu yolun şikâyet edilen koşulları iyileştirmeye muktedir olması gerektiği gibi, mağdura bu koşullar nedeniyle uğradığı zarar için ileri sürülebilir bir tazminat hakkı da sağlaması gerektiğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi yeni yürürlüğe konmuş 6458 sayılı Kanun'un yabancıları geri gönderme merkezlerinde idari gözetime dair herhangi bir standart getirmediğini kaydederek devam etmiştir. Kanun geri gönderme merkezlerindeki koşulların değerlendirilmesini yapabilecek ve uygun olacak şekilde, bu koşulların iyileştirilmesini veya merkezden tahliye edilmeyi emredebilecek herhangi bir idari veya yasal itiraz mekanizması da öngörmemiştir. Adalet Bakanlığı da görüşünde bu gibi bir başvuru yolunun varlığından söz etmemiştir. Dahası, idari gözetiminin hukuka aykırılığına dair iddialarıyla birlikte bu şikâyetleri de ileri sürmüş olmasına rağmen, sulh ceza hakimliği K.A.'nın idari gözetim koşullarına ilişkin şikâyetlerini incelememiştir. Bu şartlarda Anayasa Mahkemesi, Anayasa Madde 40 altındaki etkili başvuru hakkının ihlal eden şekilde, K.A.'nın erişiminde Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşullarına ilişkin şikâyetlerini ileri sürebileceği etkili bir başvuru yolu olmadığına karar vermiştir.

56. Anayasa Mahkemesi ayrıca K.A.'nın (26 Nisan 2014 ve 6 Ocak 2015 arasında) Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde maruz kaldığı tutulma koşullarının insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele teşkil ettiğine hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi özellikle, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki aşırı kalabalığın, K.A.'nın düzenli şekilde dış-

şarıya çıkamaması ve içeride ortak kullanım alanlarının yetersizliği ile birleştiğinde Anayasa Madde 17'yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu kararı verirken Anayasa Mahkemesi esasen (i) Mahkeme'nin içtihadına ve özellikle *Yarashonen*'deki (yukarıda atıf yapılan, §§ 70-81) karara; (ii) yabancıların idari gözetiminin koşullarına ilişkin AİÖK'nin standartlarına ve (iii) Türkiye İnsan Hakları Kurumu'nun Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki koşullar hakkındaki önceden bahsi geçen 6 Kasım 2014 tarihli raporuna (yukarıda bakınız 47-52. paragraflar) dayanmıştır.

57. Anayasa Mahkemesi ayrıca K.A.'nın idari gözetiminin hukuka aykırı olduğuna, idari gözetim nedenleri konusunda bilgilendirilmediğine ve idari gözetiminin hukukiliğine itiraz edebileceği etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığına karar vererek, Anayasa Madde 19'un ihlal edildiğini bulmuştur. Son şikâyet bakımından Anayasa Mahkemesi, her ne kadar 6458 sayılı Kanun tutulan kişileri keyfiliğe karşı koruyan hükümler içerse de sulh ceza hakimliğinin K.A.'nın başvurusunu yeterli şekilde incelemeyi kaydetmiştir. Buna göre Anayasa Mahkemesi, K.A.'nın idari gözetiminin hukukiliğinin yargısal denetimini elde edebileceği etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığını bulmuştur.

58. 20 Ocak, 17 ve 18 Şubat, 9 Haziran ve 22 Eylül 2016 tarihlerinde Anayasa Mahkemesi, ilgili başvuru sahiplerinin Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimleri bakımından Anayasa Madde 17, 19 ve 40'ın ihlal edildiğini bulduğu altı karar daha vermiştir (başvuru no. 2013/655, 2013/1649, 2013/8735, 2013/8810, 2014/2841 ve 2014/15824). Bu altı davanın her birinde başvurular ilgili kişilerin Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nden tahliyesinden sonra yapılmıştır.

(b) Başvuru no. 2014/15769

59. Anayasa Mahkemesi, 30 Kasım 2017'de benzer şekilde Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde bir yabancıların tutulmasını ilgilendiren *B.T.* (başvuru no. 2014/15769) davasında verdiği karar yoluyla, *K.A.* davasındaki (i) yabancıları geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim koşulları hakkında şikâyette bulunmak için ve (ii) idari gözetimin hukuka aykırılığına itiraz etmek için etkili bir iç hukuk yolu olmamasına ilişkin bulgularından sapmıştır.

60. Bu kararda Anayasa Mahkemesi en başta *B.T.*'nin bireysel başvurusunu merkezden tahliye edildikten sonra yaptığını kaydetmiştir. Dolayısıyla, idari gözetimin kötü koşulları nedeniyle uğradığı zararını tazmin etmeye yönelik makul bir ihtimal sunan bir hukuki yol, Anayasa

Madde 40 açısından etkili kabul edilecektir. Bununla bağlantılı olarak Anayasa Mahkemesi, İdari Yargılama Usulü Kanunu Madde 2'nin-tam yargı davası açılmasıyla- idarenin eylem ve ihmallerinden doğan tüm zararlar için idare mahkemeleri önünde tazminat talep edilebilecek bir başvuru yolu sağladığını kaydetmiştir. Bu yolun daha önce B.T'nin konumundaki hiçbir yabancı tarafından denenmemiş olması, bu yolun makul bir başarı şansı sunmadığı anlamına gelmeyecektir. Yabancıların idari gözetimine hükmeden kararların idari nitelikte olduğu ve tutuldukları geri gönderme merkezlerinin İçişleri Bakanlığı tarafından işletildiği ve denetlendiği dikkate alındığında, B.T'nin Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde tutulduğu koşullardan bahisle Bakanlık'a karşı tazminat davası açamaması için hiçbir neden yoktur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, idare mahkemelerinin tutulma koşullarının yeterli olup olmadığını belirleme ve gerekirse B.T'nin zararını tazmin etme kabiliyeti olduğuna şüphe yoktur. Anayasa Mahkemesi ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin aksine yerinde teftişler yapabilecekleri ve uzman raporları edinebileceklerinden, idare mahkemelerinin yargı çevrelerindeki geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim koşullarını değerlendirmek için Anayasa Mahkemesi'nden daha iyi bir konumda olduğunu kaydetmiştir.

61. Genel Kurul olarak toplanan Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirtilenler ışığında, B.T'nin tutulduğu geri gönderme merkezindeki idari gözetim koşullarına ilişkin şikâyetleri bakımından mevcut iç hukuk yollarını tüketmediğine karar vermiştir.

62. B.T'nin idari gözetiminin hukuka aykırılığına ve bu açıdan etkili başvuru yollarının olmadığına ilişkin şikâyetleri bakımından Anayasa Mahkemesi, oybirliğiyle, idare mahkemelerinin 6458 sayılı Kanun uyarınca verilmiş olan idari gözetim kararlarının hukukiliğini değerlendirme yetkileri olmadığı halde, böyle bir hukuka aykırılık sulh ceza hakimliği tarafından tespit edildiğinde idare mahkemelerinin hukuka aykırı idari gözetimden doğan her tür zararı tazmin edebileceklerine karar vermiştir. Mevcut olgulara göre B.T'nin idari gözetimi İstanbul Sulh Ceza Hakimliği tarafından hukuka uygun kabul edildiğinden, B.T'nin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmadan önce uğradığı zarara karşı tazminat talep etmek üzere idare mahkemeleri önünde dava açması beklenemeyecektir. İdari gözetimin hukuka aykırılığına ilişkin davalar bağlamında başvuru yollarının tüketilmesi koşulları bakımından bu temel kuralı ortaya koyduktan sonra Anayasa Mahkemesi, B.T'nin özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin ileri sürdüğü tüm şikâyetler bakımından ihlal bulmuştur.

B. Uluslararası belgeler

“ Göç bağlamında idari gözetim koşullarına dair AİÖK standartları

63. Göç bağlamında yabancıların idari gözetiminin koşullarına ilişkin AİÖK standartları *Yarashonen* (yukarıda atıf yapılan, § 27) ve *Alimov v. Türkiye* (no. 14344/13, § 29, 6 Eylül 2016) davalarında kaydedilmiştir.

2. 2009 ve 2015'te Türkiye 'ye AİÖK ziyaretleri

64. Haziran 2009 ve Haziran 2015'te AİÖK, Türkiye'nin farklı bölgelerinde yabancılar için olan bazı geri gönderme merkezlerini ziyaret etmiştir, bu yerlere işbu davadaki başvuruçuların 22 Ekim 2014 ve 22 Ocak 2015 arasında tutulduğu İstanbul'daki Kumkapı Geri Gönderme Merkezi de dahildir. AİÖK'nin Haziran 2009'daki ziyaretindeki gözlemlerinin ilgili kısımları, Türkiye Hükümeti'nin bu gözlemlere cevaplarıyla birlikte, *Yarashonen* (yukarıda atıf yapılan, §§ 28-29) davasında kaydedilmiştir. Haziran 2015'te gerçekleşen sonraki ziyaretinden, 17 Ekim 2017'de yayımlanmış olan ilgili gözlemler şöyledir:

“6. ...

Buna karşın AİÖK, Sözleşme [Avrupa İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Sözleşmesi] Madde 3'te ortaya konmuş olan iş birliği ilkesinin ziyaretçi delegasyonların işlerini kolaylaştırmakla sınırlı olmadığını vurgulamalıdır. Bu, Komite'nin tavsiyelerine karşılık kesin harekete geçilmesini de gerektirir. Bu açıdan Komite, Ankara ve İstanbul-Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde idari gözetim altındaki kişilerin açık havada egzersiz yapmalarının sağlanmasına dair uzun süredir yinelenen tavsiyelerinin uygulanmasında tamamen hareketsiz kalınması konusunda çok endişelidir (bakınız paragraf 28-30). Komite, Türkiye makamlarının, Sözleşme'nin kalbinde yer alan iş birliği ilkesine uygun şekilde bu meseleyi ele almak için kararlı adımlar atmasını teşvik etmektedir.

7. ...

Doğrudan yapılan ilk gözlem, Ankara, İstanbul-Kumkapı ve İzmir Geri Gönderme Merkezlerinde açık havada egzersiz sağlanmasına ilişkin yapılmıştır. Ankara Geri Gönderme Merkezi'nde idari gözetim altında tutulan kişilere (kadınlar ve çocuklar dahil) hiçbir

şekilde açık havada egzersiz imkânı sunulmamaktadır. En iyi ihtimalle haftada bir, 20 ila 30 dakika için açık havada egzersiz imkânı sunulan Kumkapı'da durum yalnızca biraz daha iyidir... Delegasyon, Ankara, İstanbul-Kumkapı ve İzmir Geri Gönderme Merkezlerinde tutulan tüm yabancılara her gün en azından bir saat açık havada egzersiz imkânı sunulmasını sağlamak için Türkiye makamlarının acil tedbirler almasını talep etmiştir.

...

14. Ziyaret sırasında delegasyon farklı bölgelerde yabancılar için yedi geri gönderme merkezi ziyaret etmiştir.

...

İstanbul-Kumkapı Geri Gönderme Merkezi AİÖK tarafından 2009'da ziyaret edilmiştir. Merkezin resmi kapasitesi o zamandan beri 560'tan 380'e indirilmiştir. 2015 ziyareti tarihinde, 102 kadın ve beş çocuk (hiçbiri refakatsiz değildir) dahil olmak üzere, merkezde 312 mahpus barınmaktadır. Delegasyona ortalama kalış süresinin yaklaşık on gün olduğu, ancak mahpusların çoğunun daha uzun süreler merkezde buldukları (50 kadar mahpus iki ila yedi ay arasında) söylenmiştir.

18. Bu raporda daha sonra tarif edileceği üzere, ziyaret edilen bazı tesislerdeki idari gözetim koşulları, birçok yabancı için bu koşullarda uzun süreler kaldığı da dikkate alındığında, insanlık dışı ve küçük düşürücü olarak değerlendirilebilecektir [dipnot: Bu durum ayrıca yakın tarihli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da teyit edilmiştir; özellikle bakınız, *Yarashonen v. Türkiye*, 24 Haziran 2014 (başvuru no. 72710/11).].

21. AİÖK yabancılar için idari gözetim koşullarının aşırı derecede yetersiz olduğu *Ankara, İstanbul-Kumkapı ve İzmir Geri Gönderme Merkezlerinde* karşılaştığı durum hakkında özellikle endişelidir [dipnot: Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde Mayıs 2014'te yaptığı ziyaretinden sonra UÖM (Birleşmiş Milletler İşkenceye Karşı Sözleşmeye İhtiyari Protokol altında kurulmuş olan Ulusal Önleme Mekanizması) merkezdeki tutulma koşullarının çok eleştirel bir değerlendirmesini yapmış ve merkezin kapatılmasını tavsiye etmiştir.] Bu merkezlerdeki koşulların çoğu ciddi biçimde aşırı ka-

labalıktır ve bunun sonucu olarak, mahpuslar yatak paylaşmak veya yerde (genelde pis olan) şiltelerde uyumak zorunda kalmaktadır. Dahası, İzmir ve Kumkapı'daki genel hijyen ve temizlik durumu oldukça yetersizdir; özellikle de ortak tuvalet ve banyo alanları daima kirlidir [dipnot: Kumkapı Geri Gönderme Merkezi bakımından, bu durum AİÖK'nin 2009'da bu tesiste gözlemlediği durum ile tam bir tezat içindedir (karşılaştırınız CPT/Inf (2011) 13, paragraf 45)]. Buna ek olarak, delegasyon Edirne ve Van'da tahta kurusu ve diğer haşarat istilası hakkında çok sayıda şikâyet almıştır.

22. Paragraf 20 ve 21'deki görüşlerin ışığında AİÖK, Türkiye makamlarının Ankara, Edirne, İstanbul-Kumkapı, İzmir ve Van'daki geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim koşullarını iyileştirmek için gerekli tedbirleri almasını tavsiye etmektedir. Özellikle de şunları sağlamak için adımlar atılmalıdır:

- Konaklama alanlarının, ortak tuvalet ve banyo alanları da dahil olmak üzere, kabul edilebilir bir hijyenik durumda tutulması ve düzenli olarak tesislerin dezenfekte edilmesi;

- Konaklama odalarının yeterli aydınlatmaya (günüşiğine erişim de dahil) ve havalandırmaya sahip olması ve uygun şekilde donatılması;

- Her yabancının temiz bir şilte ve temiz çarşaflarla birlikte kendi yatağının olması;

...

Ziyaret edilen bütün geri gönderme merkezlerinde, özellikle de Ankara, İstanbul- Kumkapı ve İzmir'de, resmi kapasitenin azaltılması ve ileride doluluk seviyelerinin her zaman yeni kapasite sınırları içinde tutulması için adımlar da atılmalıdır.

28. ..., Ankara Geri Gönderme Merkezi'nde haftalar, hatta aylar boyunca mahpuslara (küçükler dahil) hiçbir şekilde açık havada egzersiz imkânının sağlanmaması ciddi endişe konusudur. En iyi ihtimalle haftada bir defa, 20 ila 30 dakika açık havada egzersiz imkânı sağlanan Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde durum daha iyi değildir...

AİÖK'nin görüşüne göre bu durum kabul edilemezdir. Komite, tutulan tüm kişilere - idari gözetim altındaki kişiler dahil- her gün

en az bir saat açık havada egzersiz imkânı sağlanmasını temel bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir. Daha önceki ziyaretlerde AİÖK halihazırda bu tesislerde açık havada egzersizin eksikliğine ilişkin doğrudan gözlemler yapmış olduğundan, Ankara ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezlerindeki durum daha da rahatsız edicidir. Durumu telafi etmek için Türkiye makamlarının daha sonra sunduğu taahhütler açıkça takip edilmemiştir [dipnot: Kumkapı Geri Gönderme Merkezindeki yetişkin erkek mahpuslar için açık havada egzersiz olmaması AİÖK'nin 2009'da bu tesise ziyareti sırasında yapılan bir doğrudan gözlemin konusu olmuştur. Komite daha sonra Kumkapı'da tutulan yabancıların "her gün ortalama bir saat boyunca açık havaya çıkmalarına ve açık hava faaliyetlerinden faydalanmalarına izin verildiği" konusunda Türkiye makamları tarafından bilgilendirilmiştir.]

29. Dolayısıyla ziyaretin sonunda delegasyon bir kez daha Sözleşme Madde 8 § 5'i ileri sürmüştü ve Ankara, İstanbul-Kumkapı ve İzmir Geri Gönderme Merkezleri'nde tutulan tüm yabancılar her gün en az bir saat açık havada egzersiz imkânı sunulmasını sağlamak için Türkiye makamlarının acil tedbirler almasını talep ederek doğrudan bir gözlemlerde bulunmuştur.

...

31. AİÖK, ziyaret edilen geri gönderme merkezlerinin hiçbirinde, birkaç istisna dışında, mahpuslar için herhangi bir spor etkinliğinin veya başka rekreasyonel etkinliklerin düzenlenmediğini bir kez daha kaydetmiştir. Dahası İzmir ve Kumkapı'da çok kısıtlı olan açık havada egzersiz yapma imkânı dışında (bakınız paragraf 28), mahpuslar günlerini koridorlarda dolaşarak veya koğuşlarında oturarak geçirmek zorunda kalmaktadır.

Özetle, ziyaret edilen geri gönderme merkezlerinin her birinde idari gözetim altındaki çok sayıda kişi tam bir atalet içerisinde haftalar ve hatta aylar geçirmektedir.

32. AİÖK, idari gözetim altındaki kişiler için televizyon ve başkaca uygun rekreasyon araçlarına (örneğin kutu oyunları, masa tenisi vb.) erişim sağlanması ve en çok konuşulan yabancı dillerde okuma materyaline erişimin temin edilmesi gibi temel asgari düzeyde faaliyetler getirilmesi için çaba gösterilmesi gerektiğini düşünmektedir. Komite, önceki ifadeler ışığında, ziyaret edilen tüm

geri gönderme merkezlerinde yabancılar için rejim faaliyetlerinin geliştirilmesi için Türkiye makamlarının adımlar atmasını tavsiye etmektedir; kişilerin tutulduğu süre ne kadar uzunsa, onlara sunulan faaliyetler de o kadar çeşitli olmalıdır.

...

34. Refakatsiz küçüklerin durumu bakımından AİÖK, ziyaret edilen geri gönderme merkezlerinin çoğunda, bazı merkezlerde tutulan küçük çocuk sayısının yüksek olmasına rağmen, onların ihtiyaçlarıyla ilgilenmek için neredeyse hiçbir düzenleme yapılmadığını endişeyle kaydetmiştir. Bilhassa, ziyaret edilen yerlerin hiçbirinde çocuklarla ilgilenmek üzere belirlenmiş çalışanlar yoktur. Dahası Edirne Geri Gönderme Merkezi istisna olmak üzere, ziyaret edilen merkezlerin hiçbiri bir oyun alanına sahip değildir.

...

5 Ağustos 2015 tarihli mektuplarında Türkiye makamları "Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde çocuklar için tam teşekküllü bir oyun alanının yapıldığını..belirtmiştir. Bugüne dek atılmış olan adımları kabul etmekle beraber AİÖK, Türkiye makamlarını küçük çocuklara uygun bakımı sağlamak için çabalarını iki katına çıkarmaya teşvik etmiştir.

35. Hem Aydın hem de Van Geri Gönderme Merkezi'nde ebeveynler ve çocukların ortak konaklaması için iyi donanımlı "aile odaları" bulunmaktadır. Ancak pratikte bu odalar hiçbir zaman tasarlanan amacı için kullanılmamıştır.

...

40. ... ziyaret sırasında toplanan bilgi, ziyaret edilen geri gönderme merkezlerinin çoğunda doktorun mesai saatlerinin idari gözetim altındaki kişi mevcudunun ihtiyaçlarına göre yetersiz olduğuna işaret etmektedir [dipnot: Kumkapı'da kayıtlar Mayıs 2015 ayı boyunca yalnızca 13 tıbbi konsültasyon yapıldığını göstermiştir] ... Gerçekten de, delegasyonun görüştüğü birçok mahpus sağlık sorunlarına gösterilen yetersiz ilgiden şikâyetçi olmuştur."

65. 2015 yılında belirsiz bir tarihte Türkiye hükümeti AİÖK'nin bir önceki paragrafta ortaya konan gözlemlerine cevap vermiştir. Aşağıdaki kesitler Hükümet'in cevabının ilgili kısımlarıdır:

“İlk açıklamalar

İstanbul-Kumkapı Geri Gönderme Merkezi 2016’da kapatılacaktır.

Geri gönderme merkezlerindeki idari gözetim koşulları

Fiziki koşullar

Merkezlerdeki hijyen koşullarını ele almak için gerekli mevzuat çalışmaları yapılmıştır. Mevcut kurallara ve prosedürlere uygun şekilde, temizlik ve hijyen koşulları için hizmet satın alma yoluyla geri gönderme merkezlerinde temizlik personeli işe alınmaktadır.

Geri gönderme merkezlerinde kalan yabancılara kişisel hijyen malzemeleri sağlandığını temin etmek için hukuki düzenlemeler yapılmıştır ve [günlük olarak] sıcak suya erişimlerini temin etmek için gerekli altyapı kurulmuştur ...

...

Yönetim anlayışı

Açık havaya erişim

Geri gönderme merkezlerinde tutulan yabancıların açık havaya erişimi bakımından, hukuki çerçeve ‘GİGM Geri Gönderme Merkezleri Yönergesi’nde ortaya konmuştur. Yönerge’ye uygun olacak şekilde, geri gönderme merkezlerindeki yabancıların günde en az bir saat açık havaya erişimi olduğunu temin etmek için gerekli güvenlik tedbirleriyle birlikte tedbirler alınmaktadır.

İzmir, Adana ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezleri’nde açık hava egzersiz tesisleri ayarlanmıştır ve yabancılara günde en az bir saat bu tesislerden faydalanma imkânı verilmiştir.

Geri gönderme merkezlerindeki oyun alanları

Geri gönderme merkezlerinde oyun alanları bulunmaktadır. Bazı geri gönderme merkezlerinde bu oyun alanları kapalı bir alanda iken, başka merkezlerde bahçe içindedir.

Ebeveynlerin ve çocukların konaklaması / Aile bölümleri

Türkiye’deki tüm geri gönderme merkezlerinde ... çocukların

refakatçileriyle birlikte kalmalarına imkân vermek için gerekli düzenlemeler yapılmaktadır. Çocuklar aile bölümlerinde ebeveynleriyle birlikte kalmaktadır.”

3. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi 'nin 2016'daki Türkiye ziyareti

66. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi Tomas Bocek 30 Mayıs-4 Haziran 2016 arasında Türkiye'ye resmi bir ziyaret gerçekleştirmiştir. Diğer yerlerin yanı sıra, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ni ziyaret etmiş ve gözlemlerini ve bulgularını 10 Ağustos 2016 tarihli bir raporla (SG/Inf(2016)29) belgelemiştir. Raporun ilgili kısımları şöyledir:

“Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nin idari gözetim altındaki erkekler için iki katı, kadınlar için bir katı vardır. Aileler için iki odalı ayrı bir yaşam alanı bulunmaktadır. Makamlar, Ocak 2016'dan beri doluluk oranını merkezin maksimum kapasitesinin %70'i civarında -ki bu 350'dir- tuttuklarını açıklamıştır. Benim 30 Mayıs 2016 tarihindeki ziyaretimde, dördü anneleriyle birlikte aile odalarından birinde kalan refakatli çocuklar olmak üzere, 240 kişi mevcuttu. Uyuma alanının aşırı kalabalık olduğuna dair delil yoktu. Merkez bir meskûn mahalın ortasında bulunduğundan açık hava alanı sınırlıdır - aslında bu alan bir otoparktır. Çocuklar için oyun alanı olan bir iç avlu vardır. İdari gözetim altındaki kişiler temiz havaya pek erişimleri olmadığından şikâyetçi olmuşlardır. İstanbul'da iki yeni merkezin inşaatı yapım aşamasında olduğu için merkezin önümüzdeki aylarda kapatılacağı konusunda bana güvence verilmiştir.

...

Genel olarak konuşmak gerekirse, çocukların muhtemel olarak geri gönderme merkezlerinde tutulacağıın beklendiği mevcut tesislerden açıktır. Ziyaretim sırasında az sayıda çocuğa rastladım. Ancak bunu ciddi bir mesele olarak değerlendiriyorum. Göçmen çocukların idari gözetimine alternatif düzgün bir sistem geliştirmek konusunda Türkiye makamlarının desteğe ihtiyaç duyduğuna inanıyorum.”

4. Göç bağlamında küçüklerin tutulması

(a) Birleşmiş Milletler

67. Türkiye tarafından 4 Nisan 1995'te onaylanan 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri şöyledir:

Madde 3

"1. Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir."

Madde 37

"Taraf Devletler aşağıdaki hususları sağlarlar:

...

(b) Hiçbir çocuk yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacaktır. Bir çocuğun tutuklanması, alıkonulması veya hapsi yasa gereği olacak ve ancak en son başvurulacak bir önlem olarak düşünülüp, uygun olabilecek en kısa süre ile sınırlı tutulacaktır.

(c) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır. Özgürlüğünden yoksun olan her çocuk, kendi yüksek yararı aksini gerektirmedikçe, özellikle yetişkinlerden ayrı tutulacak ve olağanüstü durumlar dışında ailesi ile yazışma ve görüşme yoluyla ilişki kurma hakkına sahip olacaktır.

(d) Özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır."

68. Şubat 1999'da yayımlanmış olan "Sığınmacıların İdari Gözetim Altına Alınmasına İlişkin Geçerli Kriter ve Standartlar Hakkında Göz-

den Geçirilmiş Kılavuz İlkeler”de⁴ Birleşmiş Milletler Mülteci Yüksek Komiserliği (BMMYK) şunu ifade etmiştir:

Kılavuz ilke 6: 18 yaşından küçük kişilerin idari gözetimde tutulması

“Ebeveynlerine eşlik eden çocukların durumunda idari gözetime uygun tüm alternatifler değerlendirilmelidir. Çocuklar ve bakımlarından birincil olarak sorumlu kişiler, ancak aile birliğini sağlamanın tek yolu bu ise idari gözetimde tutulmalıdır.

Eğer alternatiflerin hiçbiri uygulanamazsa ve Devletler çocukları idari gözetim altına alırsa, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin Madde 37’ye uygun şekilde, bu en son başvuru olan önlem olmalı ve en kısa süre için uygulanmalıdır.

Bu Kılavuz ilkeler daha sonra 2012’de yayımlanan, ebeveynlerine eşlik eden küçüklere ilişkin benzer doğrultuda ilkeler ortaya koyan “Sığınmacıların İdari Gözetim Altına Alınmasına ve İdari Gözetim Alternatiflerine İlişkin Geçerli Kriter ve Standartlar Hakkında Kılavuz İlkeler”⁵ ile değiştirilmiştir.

69. Göçmenlerin insan hakları Özel Raportörü François Crepeau 2 Nisan 2012’de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi’ne sunduğu raporda şunları söylemiştir⁶:

“40. Göçmen çocuklar, ebeveynleri düzensiz bir durumda bulunduğunda, aile birliğini sağlamak temelinde haklı kılınarak kimi zaman ebeveynleriyle birlikte idari gözetimde tutulmaktadır. Bu durum çocuğun üstün yararı ilkesini ve çocuğun yalnızca en son başvuru olan önlem olarak tutulmasına yönelik hakkını ihlal ettiği gibi, ebeveynlerinin davranışları nedeniyle cezalandırılmama hakkını da ihlal edebilir (Madde 2, fıkra 2). Bu durum, ebeveynlerinin idari gözetimde tutulması ve çocukların alternatif bakım sistemine nakledilmesi yoluyla ailenin bölünmesiyle çocuğun üstün yararının sağlanacağı anlamına gelmez. Ebeveynlerinin tutulmaları çocuklar üzerinde zararlı bir etkiye sahiptir ve çocukların rızaları hilafına ebeveynlerinden ayrılmama hakları kadar, Uluslararası Medeni ve

4 <https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/3bd036a74/unhcr-revised-guideline-applicable-criteria-standards-relating-detention.html>

5 <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>

6 A/HRC/20/24, <https://undocs.org/en/A/HRC/20/24>

Siyasi Haklar Sözleşmesi Madde 23'te ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi Madde 10'da ortaya konan ailenin korunması hakkını da ihlal edebilir. Dolayısıyla çocukları ile birlikte olan göçmenlerin idari gözetim altına alınması kararı yalnızca çok istisnai durumlarda alınmalıdır. Devletler bu vakalarda idari gözetim ihtiyacını dikkatli şekilde değerlendirmeli ve bütün ailenin tutulması yerine alternatifleri uygulayarak aile birliğini korumalıdır. " (vurgu eklenmiştir)

70. 16 Kasım 2017'de Çocuk Hakları Komitesi ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi (buradan itibaren "Göçmen İşçiler Komitesi" olarak anılacaktır) menşe ülkeler, geçiş ülkeleri, hedef ülkeler ve geri dönüş ülkelerinde uluslararası göç bağlamında çocukların insan haklarına dair Devlet'in yükümlülükleri üzerine, çocukların ve ailelerinin göç bağlamında idari gözetimi hakkında önceki paragraflarda bahsi geçen kavramları daha da geliştirdikleri bir ortak yorum⁷ yayımlamışlardır. Ortak genel yorumların ilgili kısımları şu şekildedir (dipnotlar hariç bırakılmıştır):

"B. Özgürlük hakkı

5. Her çocuk her zaman özgürlük temel hakkına ve idari gözetime maruz kalmama hakkına sahiptir. Çocuk Hakları Komitesi, kendilerinin veya ebeveynlerinin göçmenlik statüsü nedeniyle herhangi bir çocuğun tutulmasının çocuk hakları ihlali teşkil ettiğini ve çocuğun üstün yararı ilkesine ters düştüğünü ileri sürmüştür. Bunun ışığında, her iki Komite de çocukların kendilerinin veya ebeveynlerinin göçmenlik statüleriyle bağlantılı nedenlerle hiçbir zaman tutulmamaları gerektiğini ve Devletlerin ivedilikle ve tamamen çocukların idari gözetimini durdurmaları veya ortadan kaldırmaları gerektiğini teyit etmiştir. Çocuk idari gözetiminin her türlü kanun tarafından yasaklanmalı ve bu yasak pratikte tamamen uygulanmalıdır.

...

9. Komiteler herhangi bir özgürlükten yoksun bırakma durumunda içkin olan zarara ve kısa bir süre için veya aileleriyle bir-

⁷ Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Fertlerinin Haklarının Korunması Komitesi'nin ortak genel yorumu No. 4 (2017) ve Çocuk Hakları Komitesi'nin ortak genel yorumu No. 23 (2017), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/343/65/PDF/G1734365.pdf?OpenElement>

likte bile tutulsalar, idari gözetimin çocukların fiziksel ve zihinsel sağlığı ve onların gelişimi üzerindeki olumsuz etkisine vurgu yapmaktadır. İşkence ve diğer zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza Özel Raportörü "idari gözetimin icrası bağlamında ... kendilerinin veya ebeveynlerinin göçmenlik statüsüne dayanarak çocukların özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları hiçbir zaman çocuğun üstün yararına uygun değildir, gereklilik koşulunu aşmaktadır, fevkalade orantısız hale gelmektedir ve göçmen çocuklara zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele teşkil edebilir."

10. Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 37 (b) bir çocuğun yalnızca en son başvuru olan önlem olarak ve uygun olan en kısa süre için özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği genel ilkesini ortaya koymaktadır. Ancak düzensiz girişe veya kalısa ilişkin kabahatler hiçbir koşulda bir suç işlenmesinden doğan sonuçlara benzer sonuçlara sahip olamaz. Dolayısıyla, çocuk ceza adaleti gibi başkaca bağlamlara uygulanabilecek olan, en son başvuru olan önlem olarak çocukların tutulması ihtimali, çocuğun üstün yararı ilkesi ve gelişim hakkı ile ters düşeceğinden göçmenlik süreçlerinde uygulanabilir değildir.

11. *Onun yerine Devletler, hem çocukların göçmenlik statüleri çözümlenirken ve çocukların üstün yararı değerlendirilirken hem de geri dönüşlerinden önce, çocukların aile fertleriyle ve/veya vasileriyle birlikte hürriyeti bağlayıcı olmayan, birlikteliğe dayalı bağlamlarda kalmalarına izin veren mevzuat, politika ve uygulamalar yoluyla çocuğun özgürlük ve aile hayatı hakkı ile birlikte çocuğun üstün yararını da karşılayan çözümler benimsemelidir. ... Çocuklar refakatli ise, aileyi bir arada tutma ihtiyacı çocuğu özgürlüğünden yoksun bırakmayı haklı kılmak için geçerli bir neden değildir. Çocuğun üstün yararı ailenin birlikte tutulmasını gerektirdiğinde, çocuğu özgürlüğünden yoksun bırakmama yönündeki emredici gereklilik çocuğun ebeveynlerini de kapsar ve makamların tüm aile için hürriyeti bağlayıcı olmayan çözümler benimsemesini gerektirir. (vurgu eklenmiştir).*

12. Bunun sonucunda, çocuk ve aile idari gözetimi kanun tarafından yasaklanmalı ve politikalarda ve uygulamada kaldırıldığından emin olunmalıdır. İdari gözetime ayrılan kaynaklar, çocuk ile ve uygun olduğu yerde, çocuğun ailesi ile ilgilenen yetkin çocuk

koruma aktörleri tarafından uygulanan hürriyeti bağlayıcı olmayan çözümlere yönlendirilmelidir. Çocuk ve aileye sunulan tedbirler, herhangi bir şekilde çocuğun veya ailenin özgürlüğünden yoksun bırakılması anlamına gelmemeli ve infaza değil, bakım ve koruma etiğine dayanmalıdır. ... Herhangi bir idari gözetim uygulandığında, çocuklar ve ailelerin etkili başvuru yollarına erişimi olmalıdır.

C. Adil yargılanma güvenceleri ve adalete erişim

...

15. Komiteler, Devletlerin mevzuat, politika, tedbir ve uygulamalarının, çocukların ve/veya ebeveynlerinin haklarını etkileyen, göç ve sığınmaya dair tüm idari ve yargısal süreçlerde çocuğa duyarlı yargılama yapıldığını güvence altına aldığından emin olması gerektiği görüşündedir. ... Tüm kararların üstün yararları dahilinde verildiğini güvence altına almak için, kendilerinin veya ebeveynlerinin durumlarını etkileyen kararlara karşı idari ve yargısal başvuru yollarına erişimleri olmalıdır. ... Çocuğun üstün yararına karşı olmadığı sürece, herhangi bir yargılama güvencesini kısıtlamaması şartıyla, hızlı yargılamalar teşvik edilmelidir.”

(b) Avrupa Konseyi

(i) Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi

71. Düzensiz göçmenler veya sığınmacıların idari gözetimde tutulması hakkında Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (AKPM) tarafından ilan edilen ilkeler ve küçüklere ilişkin özel hükümlerden, Mahkeme tarafından *Popov v. Fransa* kararında (no. 39472/07 ve 39474/07, §§ 53-57, 19 Ocak 2012) söz edilmiştir.

72. Buna ek olarak, 3 Ekim 2014 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi (AKPM) çocukların idari gözetiminin alternatiflerine ilişkin bir karar (Resolution 2020 (2014)) almıştır. Bu kararın ilgili kısımları şöyledir:

“1. Parlamenter Meclisi çocukların idari gözetiminin Avrupa Konseyi üye Devletleri’nde yaygınlaşmakta olan bir olgu olduğunu görmekten endişelidir. Bazı Avrupa ülkelerinde mevzuatta ve uygulamadaki iyileştirmelere rağmen on binlerce göçmen çocuk yine de her yıl kendini idari gözetimde bulmaktadır. Uygulama, çocuğun üstün yararlarına aykırıdır ve açık ve tartışmasız şekilde çocuk hakları ihlalidir.

3. Kendilerinin veya ebeveynlerinin göçmenlik statüsü temelinde çocukların idari gözetimi çocuğun üstün yararlarına aykırıdır ve Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde tanımlandığı şekliyle çocuk haklarının ihlalini teşkil etmektedir.

4. Meclis, idari gözetimin çok kısa süreli ve nispeten insani koşullarda dahi olsa çocukların fiziksel ve zihinsel sağlığı üzerinde kısa ve uzun vadeli ciddi olumsuz etkileri olduğundan özellikle endişelidir. İdari gözetim altındaki çocuklar idari gözetimin olumsuz etkilerine karşı özellikle savunmasızlardır ve ciddi biçimde travmatize olabilirler. Ayrıca idari gözetim altındaki çocukların farklı şiddet biçimlerine maruz kalmaları riski yüksektir.

9. Meclis, göçmen çocukların idari gözetimine son vermenin acil olduğu ve bunun ilgili ulusal makamların uyumlu çabalarını gerektirdiği görüşündedir. Dolayısıyla Meclis, üye Devletleri şunları yapmaya çağırmaktadır:

9.1 kendisinin veya ebeveynlerinin göçmenlik statüsü temelinde çocuğun idari gözetim altına alınmasının hiçbir zaman çocuğun üstün yararlarına uygun olmadığını kabul etmek;

9.2. eğer henüz yapılmamışsa, göçmenlik nedenleriyle çocukların idari gözetimini yasaklayan mevzuat düzenlemek ve uygulamada tam olarak yürürlüğe konduğunu temin etmek;

9.6 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 3'te yer aldığı şekliyle çocuğun üstün yararlarını dikkate alırken, yabancılar hakkındaki mevzuatlarını en iyi uluslararası standartlara uygun şekilde oluşturma çabalarına devam etmek ve idari gözetimin uluslararası olarak tanınmış olan çeşitli biçimlerdeki alternatiflerini teşvik etmek;

9.7 çocuğun üstün yararlarını karşılayacak alternatifler benimsemek ve çocukların göçmenlik statüleri çözümlenirken aile fertleri ve/veya vasileriyle birlikte, özgürlükten yoksun bırakmayan, toplum temelli bağlamlarda kalmalarına izin vermek;

73. 20 Nisan 2015'te AKPM, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konseyi'nin 19'uncu oturumunda başlatılmış olan "Çocukların İdari Gözetimine Son Vermek için Küresel Kampanya"ya katılarak "Çocukların İdari Gözetimine Son Vermek için Meclis Kampanyası"nı başlattı.

(ii) AİÖK

74. Yukarıda paragraf 63'te atıf yapılan genel standartlara ek olarak, göç bağlamında özgürlüklerinden yoksun bırakılmış çocuklar için ilave güvenceler bakımından AİÖK 19'uncu Genel Raporunda şunları belirlemiştir:

“Çocuklar için ilave güvenceler

97. AİÖK, küçük olan bir düzensiz göçmeni özgürlüğünden yoksun bırakmaya başvurmaktan kaçınmak için her türlü çabanın gösterilmesi gerektiği görüşündedir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 3'te ifade edildiği şekliyle “çocuğun üstün yararı” ilkesinden yola çıkarak, refakatsiz ve ailelerinden ayrılmış olan çocukların idari gözetimi nadiren haklı kılınabilir ve Komite'nin görüşüne göre, kesinlikle yalnızca ikamet statüsünün olmayışından ileri gelemez.

Bir çocuk istisnai olarak idari gözetimde tutulduğunda, özgürlüğünden yoksun bırakma mümkün olan en kısa süre için olmalıdır; ... Ayrıca çocuğun savunmasız niteliği sebebiyle, çocuk tutulduğu zaman ilave güvenceler uygulanmalıdır ...”

75. AİÖK ayrıca bir dizi münferit ülke raporunda ebeveyn(ler)ine eşlik eden çocukların diğer yetişkinlerle birlikte idari gözetim merkezinde konaklamasının, özellikle de çocuk küçükken, çocuğun gelişimi ve esenliği üzerinde olumsuz bir psikolojik etkiye sahip olabileceğini ve-son olarak başvurulan bir önlem olması gereken- idari gözetimden kaçınılamadığında çocukların ebeveyn(ler)leriyle birlikte, çocukların spesifik ihtiyaçlarını karşılayan bir tesiste konaklaması gerektiğini vurgulamıştır.⁸

(iii) Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri

76. 25 Haziran 2010'da Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri düzensiz durumdaki göçmen çocukların hakları üzerine bir görüş belgesi yayımlamıştır (CommDH/PositionPaper (2010)6)⁹. Belgenin ilgili kısmı şu şekildedir:

8 Örneğin bakınız, AİÖK tarafından 1-10 Nisan 2014'te Çek Cumhuriyeti'nde gerçekleştirilen ziyaret hakkında Çek Hükümeti'ne rapor, 31 Mart 2015'te yayımlanmıştır, paragraf 32; AİÖK tarafından 23 Eylül-1 Ekim 2013'te Kıbrıs'ta gerçekleştirilen ziyaret hakkında Kıbrıs Hükümeti'ne rapor, 9 Aralık 2014'te yayımlanmıştır, paragraf 36.

9 [https://rm.coe.int/ref/CommDH/PositionPaper\(2010\)6](https://rm.coe.int/ref/CommDH/PositionPaper(2010)6)

“Küçüklerin idari gözetimini en aza indirmek

Küçükler için idari gözetim uygulanması BM Çocuk Hakları Sözleşmesi hükümleriyle uygun şekilde mutlak bir minimumda tutulmalıdır. Sözleşme, madde 37’de, çocukların ancak en son başvurulacak önlem olarak ve uygun olan en kısa süre için özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları gerektiğini belirtir. Belirli bir sınırdışıdan birkaç saat veya gün öncesinde çocukların idari gözetimi istisnai olarak bu hükümlerin izin verilebilir kapsamında yer alabilecekse de, bundan daha uzun herhangi bir şey ciddi endişe kaynağı olacaktır.

İdari gözetimin yalnızca çocuğun veya ebeveynlerinin ulusal göç hukuku altındaki düzensiz statülerine dayanarak haklı kılınmayacağı vurgulanmalıdır. Ülke olarak, göçmen çocuklar idari gözetime maruz bırakılmamalıdır. Çocukların herhangi bir şekilde idari gözetimde tutulması yakından takip edilmeli ve makamlar, idari gözetimin kapsamının detaylı bir resmini sağlayan istatistikler tutarak, bu idari gözetim açısından azami derecede şeffaflık temin etmelidir.

Çocuğun üstün yararı ilkesiyle uyumlu olarak, bu durumun çocuğun üstün yararında olduğu düşünüldüğü sürece, çocuklar için uygun olan ve onları yetişkinlerden ayıran yaşam alanları için özel ayarlamalar yapılmalıdır; böyle bir programın altında yatan yaklaşım ‘idari gözetimde tutma’ değil, ‘bakım’ olmalıdır.

Çocukları idari gözetim altına almaya yönelik herhangi bir kararın ilgili tüm değerlendirmeleri bağımsız olarak tartabilecek bir yargı makamı tarafından alınması elzemdir. Çocukların adli yardıma erişimi olmalı; arkadaşları, akrabaları, dini, sosyal ve hukuki danışmanlar ve vasileri tarafından ziyaret edilme imkânları olmalıdır. Tüm temel gereksinimlerin yanı sıra, uygun tıbbi tedavi ve gerekli olduğunda psikolojik danışmanlık sağlanmalıdır. İdari gözetim dönemleri boyunca çocukların eğlence ve oyun hakkı olmalıdır.”

(iv) Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi

77.10 Mart 2017’de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi Tomâs Bocek göçmen ve mülteci çocuklar hakkındaki bir Tematik Rapor yayımlamıştır (SG/Inf(2017)13)¹⁰

10 https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806fdd08

. Raporunda, diğer hususların yanı sıra, idari gözetimin hiçbir zaman çocuğun üstün yararları dahilinde olmadığı ve idari gözetimin alternatiflerinin olmamasının çocukları etkileyen yapısal problemler arasında en zarar verici olanlardan biri olduğu ve acil olarak ele alınması gerektiği vurgulanmıştır.

(v) Diğer faaliyetler

78. Avrupa Konseyi, 19 Mayıs 2017 tarihinde Bakanlar Komitesi'nin Lefkoşa, Kıbrıs'taki 127'nci oturumunda Avrupa'daki mülteci ve göçmen çocukları korumak için bir Eylem Planı (2017-2019) benimsemiştir¹¹. Eylem planı, diğer hususların yanı sıra, çocukların özgürlüklerinden yoksun bırakılmasına başvurmadan kaçınmak için derhal eylem alınmasını ve idari gözetime alternatifler konusunda bir rehber geliştirilmesini ve/veya iyi uygulamaların bir derlemesinin Bakanlar Komitesi'ne sunulmasını teklif etmiştir

(c) Amerikalar Arası İnsan Hakları Mahkemesi

79. Diğer hususların yanı sıra, François Crepeau'nun yukarıda paragraf 69'da bahsi geçen raporuna dayanarak, Amerikalar Arası İnsan Hakları Mahkemesi 19 Ağustos 2014'te Göç Bağlamında ve/veya Uluslararası Koruma İhtiyacında Olan Çocukların Hakları ve Güvenceleri Hakkında bir Danışma Görüşü yayımlamıştır¹². İlgili paragraf şunu ifade etmiştir (dipnotlar hariç tutulmuştur):

"158. ... Bu açıdan, ebeveynleriyle birlikte olan çocukların durumunda çocuğun üstün yararı nedeniyle aileyi bir arada tutmak, çocukların duygusal gelişimi ve fiziksel esenliği üzerindeki zararlı etkileri yüzünden, çocukların ebeveynleriyle birlikte özgürlüklerinden yoksun kalmalarının istisnai olarak kabul edilebilirliğini meşru veya haklı kılmak için yeterli bir neden teşkil etmez. Aksine, çocuğun üstün yararı ailenin bir arada tutulmasını gerektirdiğinde, çocuğu özgürlüğünden yoksun bırakılmaya yönelik emredici gereklilik ebeveynlerini de kapsar ve makamların aile için çocukların ihtiyaçlarına uygun olan, idari gözetime alternatif tedbirler seçmesini mecbur kılar." (vurgu eklenmiştir)

5. Özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişiler için şikâyet

11 <https://www.coe.int/en/web/children/-/council-of-europe-action-plan-on-protecting-refugee-and-migrant-children-adopted?desktop=true>

12 Danışma Görüşü OC-21/14, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_eng.pdf.

mekanizmalarına dair AİÖK standartları

80. Nisan 2018’de yayımlanan 27’nci Genel Raporunda AİÖK, şikâyet mekanizmalarının, idari gözetim merkezlerinde tutulanlar dahil bir kamu makamı tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilerin işkence ve insanlık dışı veya küçük düşürücü muameleye maruz kalmasına karşı temel bir güvence teşkil ettiğini ifade etmiştir. Söz konusu raporun amaçları dahilinde, “şikâyetler” terimi, zayıf fiziki koşullar, faaliyetlerin eksikliği veya yetersiz sağlık hizmeti sağlanması da dahil çeşitli konulara dair kararlar, eylemler veya resmi eylemin eksikliği hakkında, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişiler tarafından veya onlar adına yapılmış tüm resmi şikâyetleri ifade etmiştir¹³.

81. AİÖK, Avrupa Konseyi Üye Devletleri genelinde bu alanda gözlemlenen önemli eksiklikler arasında, şikâyet prosedürü için yetersiz bir hukuki temel olmasının; şikâyet organları veya prosedürleri hakkında bilgi verilmesinin yetersiz olması veya hiç olmamasının; şikâyetlerin değerlendirilmesi veya araştırılmasının başlatılmasında yaşanan haksız gecikmelerin ve şikâyetlerin değerlendirilmesi veya araştırılmasının etrafı olmamasının yer aldığını kaydetmiştir¹⁴.

82. Haziran 2015’te Türkiye’ye yapılan ziyaret sonrasında hazırlanan raporda (yukarıda paragraf 64’te belirtilen), AİÖK şu gözlemlerde bulunmuştur:

“61. Son olarak AİÖK, etkili şikâyet ve teftiş prosedürlerinin çalışanlar tarafından kötü muamelenin önlenmesi ve daha genel olarak geri gönderme merkezlerinde tatmin edici idari gözetim koşullarının temin edilmesi için önemli araçlar olduğunu vurgulamak ister. Yabancılar hem GİGM içinde hem de dışında kendilerine açık olan şikâyet yollarına sahip olmalıdır ve yabancıların uygun makama gizli şekilde erişim hakkı olmalıdır. AİÖK, şikâyetlerin dikkatli şekilde incelenmesinin söz konusu münferit vakayı ele almanın yanı sıra genel seviyede ele alınması gereken meselelerin belirlenmesinde de faydalı bir araç olabileceği görüşündedir.

Ziyaret tarihinde ilgili mevzuat herhangi bir resmi şikâyet ve denetim prosedürü öngörmemiştir. Komite, Türkiye makamlarının etkili şikâyet ve teftiş prosedürlerinin resmen kurulduğunu ve uy-

13 Bakınız AİÖK’nin 27’inci Genel Raporunun 25. sayfasında “şikâyet mekanizmaları” hakkındaki bölümün giriş paragrafı.

14 Bakınız AİÖK’nin 27’inci Genel Raporunun 69. Paragrafı.

gulamada yürürlüğe konduğunu temin etmek için gerekli adımları atmasını tavsiye etmektedir.”

HUKUK

I. KABUL EDİLEBİLİRLİK

A. Tarafların iddiaları

83. 27 Ekim 2015’te sundukları görüşlerinde Hükümet, ilk olarak 23 Eylül 2012’de yürürlüğe girmiş olan Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolundan bahsetmiştir. Buna göre, Anayasa’da korunan ve Sözleşme ve Protokoller ile güvence altına alınmış temel haklarından birinin bir kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden herkes Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilecektir. Anayasa Mahkemesi ihlal olduğunu bulduğunda, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında 6216 sayılı Kanun Madde 50(1)’e göre, ihlalin sonlandırılması ve etkilerinin tazmin edilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasına hükmedecektir. Anayasa Madde 153 § 6 uyarınca Anayasa Mahkemesi’nin kararları yargı organları dahil tüm Devlet organları üzerinde bağlayıcıdır. Eğer başvuruçunun hayatına veya fiziksel veya zihinsel bütünlüğüne karşı ciddi bir tehdit varsa, Anayasa Mahkemesi’nin 6216 sayılı Kanun Madde 49(5) ve İç Tüzük Madde 73(1) uyarınca ihtiyati tedbire hükmetme yetkisi de vardır. Hükümet, Sözleşme’de korunan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiaları bakımından Anayasa Mahkemesi yolunun etkililiğinin *Uzun v. Türkiye* ((kar.), no. 10755/13, §§ 67 ve 69-79, 30 Nisan 2013) gibi davalarda Mahkeme tarafından kabul edilmiş olduğunu vurgulamıştır.

84. Mevcut davanın özel koşullarına dönerek Hükümet, başvuruçuların idari gözetimlerine karşı yaptıkları itirazların İstanbul Sulh Ceza Hakimliği tarafından reddedilmesinden sonra, başvuruçuların idari gözetimlerinin koşullarından ve hukuka aykırılığından ve bu şikâyetler bakımından herhangi bir etkili başvuru yolu olmadığından şikâyetçi olarak Anayasa Mahkemesi’ne 15 Aralık 2014 tarihinde bireysel başvuruda bulduklarını belirtmiştir. Hükümet, bu şikâyetlerin esaslarının incelenmesinin halen Anayasa Mahkemesi önünde derdest olduğundan, şikâyetlerin iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle Sözleşme Madde 35 § 1 uyarınca kabul edilemez bulunması gerektiğini ileri sürmüştür.

85. Cevap olarak başvuruçular Mahkeme’ye sundukları şikâyetler-

le bağlantılı olarak mevcut yolları tükettiklerini ileri sürmüşlerdir. Buna göre, çeşitli idari makamlara yaptıkları itirazlara ek olarak, 6458 sayılı Kanun Madde 57(6)'da öngörülen prosedüre uygun şekilde, idari gözetimlerinin hukuka uygunluğuna karşı altı defa sulh ceza hakimliklerine itiraz etmişlerdir ve ayrıca Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

86. 10 Mart 2016'da, başvuru sahiplerinin tazminat taleplerine dair yorumlarıyla birlikte Hükümet, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun 11 Kasım 2015'te verdiği, K.A. davasındaki güncel karardan haberdar etmiştir. Bu mahkeme ilk kez, yabancıları geri gönderme merkezindeki koşulların Anayasa Madde 17 § 3'ü ihlal eder şekilde insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele teşkil ettiğini bulmuştur. Ayrıca K.A.'nın Sözleşme Madde 5 §§ 1, 2 ve 4 altında korunan haklarının ihlal edildiğini de bulmuştur (bakınız yukarıda paragraf 53-58). Hükümet, yabancıların idari gözetiminin koşullarından ve hukuka aykırılığından doğan şikâyetler açısından Anayasa Mahkemesi önündeki başvuru yolunun etkililiğinin böylece teyit edildiğini iddia etmiştir.

87. 1 Kasım 2018'de başvuru sahipleri, Anayasa Mahkemesi'nin başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle davalarını kabul edilemez bulunduğu 24 Mayıs 2018 tarihli kararından Mahkeme'yi haberdar etmiştir (bakınız yukarıda paragraf 36). Başvuru sahiplerinin mektubu 12 Kasım 2018'de bilgi vermek için ve yapmak isteyebilecekleri herhangi bir ek yorum için Hükümet'e gönderilmiştir. Ancak Hükümet başvuru sahiplerinin davasındaki yeni gelişmeler açısından herhangi bir yorum sunmamıştır.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

88. Mahkeme, bir başvuru sahibinin iç hukuk yollarını tüketmesi koşullarına uygunluğunun normalde başvurunun Mahkeme'ye yapıldığı tarihe dayanarak değerlendirildiğini tekrar ifade etmiştir (bakınız *Baumann v. Fransa*, no. 33592/96, § 47, 22 Mayıs 2001). Bununla beraber Mahkeme, başvuru yapıldıktan sonra ama kabul edilirlilik konusunda karar verilmeden önce belirli bir başvuru yolunun son aşamasına ulaşılabileceğini kabul etmektedir (bakınız *Karoussiotis v. Portekiz*, no. 23205/08, § 57, 1 Şubat 2011; *Stanka Mirkovic ve Diğerleri v. Karadağ*, no. 33781/15 ve 3 diğer başvuru sahipleri, § 48, 7 Mart 2017; *Azzolina ve Diğerleri v. İtalya*, no. 28923/09 ve 67599/10, § 105, 26 Ekim 2017; *MehmetHasan Altan v. Türkiye*, no. 13237/17, § 107, 20 Mart 2018 ve *Şahin Alpay v. Türkiye*, no. 16538/17, § 86, 20 Mart 2018).

89. Mahkeme, yukarıda belirtildiği üzere, başvuru sahiplerinin Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvurularını 15 Aralık 2014'te yaptıklarını ve bu mahkemenin davalarında kabul edilebilirlik kararını 24 Mayıs 2018'de verdiğini kaydetmiştir.

90. Hükümet'in bu başvuru yolunun tüketilmediğine dair itirazı bu nedenle reddedilmelidir. Bu başvuru yolunun gerçekten de etkili olup olmadığı sorusu mevcut davanın özel koşullarında başvuru sahiplerinin Sözleşme Madde 13 ve 5 § 4 altındaki şikâyetlerinin esasları ile birlikte tartışılacaktır.

91. Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin 24 Mayıs 2018 tarihli kararında, Kasım 2017'deki içtihat değişikliğinden sonra idare mahkemeleri önünde dava açarak mevcut başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvuru sahiplerinin şikâyetlerini kabul edilemez bulduğunu vurgulamak önemlidir (bakınız paragraf 59-62'de B.T. davasına yapılan atıf). Yukarıda paragraf 87'de kaydedildiği üzere, Hükümet bu karar hakkında herhangi bir yorum sunmamıştır—Mahkeme tarafından bunu yapmak üzere davet edilmiş olmasına rağmen.

92. Mahkeme, Sözleşme Madde 35 § 1'in ispat yükünün dağılımını sağladığını ve başvuru sahiplerinin başvurmamış olduğu tazmin araçlarını açıkça tespit etmenin iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia eden Hükümet üstüne düştüğünü tekrar ifade eder (örneğin bakınız *Hajibeyli v. Azerbaycan*, no. 16528/05, § 41, 10 Temmuz 2008).

93. Mevcut başvuruda Anayasa Mahkemesi'nin bahsettiği idare hukuku başvuru yolunu tüketme koşuluna dair Hükümet'in herhangi bir argümanı olmadığından ötürü, Mahkeme resmen Hükümet'in ön itirazının kapsamını genişletecek konumunda değildir. Bu koşullarda ve Anayasa Mahkemesi'nin bahsettiği idare hukuku başvuru yolunun etkililiğine dair ileride yapılacak bir değerlendirmeye halel getirmeksizin, Mahkeme mevcut davada iç hukuk yollarının tüketilmesine dair Madde 35 § 1 altındaki değerlendirmesi için bunu dikkate almayacaktır.

94. Daha önce belirtilen hususların ışığında, Mahkeme Hükümet'in iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair ön itirazını reddetmiştir. Başvuru sahiplerinin şikâyetlerinin Sözleşme Madde 35 § 3 (a) bağlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığına da karar vermiştir. Şikâyetler herhangi başka bir temelde kabul edilemez değildir. Mahkeme dolayısıyla bu şikâyetleri kabul edilebilir bulmuştur.

II. TEK BAŞINA VE MADDE 13 İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLDİĞİNDE SÖZLEŞME MADDE 3 İHLALİ İDDİALARI

95. Başvurucular idari gözetimlerinin fiziki koşullarının, ilk olarak Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde (22 Ekim 2014-22 Ocak 2015 arası) ve daha sonra Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nde (23 Ocak-10 Şubat 2015 arasında), yukarıda paragraf 24-28'de belirtildiği üzere, Sözleşme Madde 3 anlamında insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele derecesine vardığından şikâyetçi olmuştur. Ayrıca aynı hüküm altında ikinci, üçüncü ve dördüncü başvurucuların-o tarihte yaşları altı, iki ve birdir- idari gözetimde iken karşılaştıkları sağlık problemlerine rağmen vaktinde tıbbi destek verilmediğini ileri sürmüşlerdir. Son olarak, Madde 13 altında, Madde 3 altındaki haklarının ihlalinden şikâyetçi olmak için onlar için mevcut etkili iç hukuk yolları olmadığından şikâyetçi olmuşlardır.

Sözleşme Madde 3 ve 13 şu şekildedir:

“Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.”

“Bu Sözleşme’de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

A. Sözleşme Madde 3’ün ihlal edildiği iddiası

1. Tarafların iddiaları

96. Başvurucular görüşlerinde, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi’ndeki idari gözetimin fiziki koşullarının Mahkeme’nin *Yarashonen v. Türkiye* (no. 72710/11, §§ 74-81, 24 Haziran 2014) davasında ihlal bulmasından beri herhangi bir iyileşme göstermediğini ve Hükümet’in aksi herhangi bir delil sunmadığını ileri sürmüşlerdir. Başvurucular Kumkapı Geri Gönderme Merkezi’nin, oradaki idari gözetimleri tarihinde resmi idari gözetim kapasitesi 300 kişi olmasına rağmen yaklaşık 600 kişiyi barındırarak ciddi derecede aşırı kalabalık olduğunu ileri sürmüşlerdir. Geri gönderme merkezindeki aşırı kalabalıklaşma, Hükümet’in sunduğu sayılara dayanarak bile kabul edilemezdir. Bununla bağlantılı olarak, her kattaki odaların boyutlarına ve kat başına düşen ranza sayısına dair Hükümet tarafından sunulan bilgiler, odaların içinde idari gözetim altındaki kişi başına düşen kişisel alanın birinci, ikinci ve

üçüncü katlarda sırasıyla yaklaşık 3.04 metrekare, 2.21 metrekare ve 2.40 metrekare olduğunu göstermiştir, ki bu AİÖK'nin standartlarının çok altındadır. Dahası, Hükümet'in iddialarının aksine, başvuru Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde aile olarak ayrı bir odada yalnızca çok kısa bir süreliğine kalmışlardır. Kumkapı ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nde kalan idari gözetim süreleri boyunca diğer kadınlar ve çocuklarla birlikte, çok kalabalık odalarda kalmışlardır.

97. Başvurucular ayrıca, üç küçük çocuk ve onların annesi olarak özel ihtiyaçlarının hem Kumkapı hem de Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nde görmezden gelindiğini iddia etmişlerdir. Kumkapı'daki yaklaşık üç aylık kalışları sırasında yalnızca bir kez açık havaya çıkmaya izin verildiğini vurgulamışlardır.

98. Hükümet Kumkapı ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezlerindeki idari gözetim koşullarına dair kendi beyanlarını yinelemiştir (bakınız yukarıda paragraf 29-32). Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından sunulan bilgi ve belgelere göre, 6458 sayılı Kanun Madde 59(1)'in gerektirdiği şekilde hem Kumkapı hem de Gaziantep Geri Gönderme Merkezlerinde başvuru Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki fiziki idari gözetim koşullarından bahisle Madde 3 ihlali bulunduğu *Yarashonen* (yukarıda atıf yapılan) ve *Musae v. Türkiye* (no. 72754/11, §§ 58-61, 21 Ekim 2014) davalarında ortaya konduğu şekliyle Mahkeme'nin ilgili içtihadının farkında olduğunu eklemiştir. Dolayısıyla başvuru Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki fiziki idari gözetim koşullarından bahisle Madde 3 altındaki şikâyetlerini Mahkeme'nin takdirine bırakmaktadır.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

99. Mahkeme, tutulma koşulları bakımından içtihadında ortaya konulan genel ilkelere atıf yapmaktadır (örneğin bakınız *Kudla v. Polonya* [BD], no. 30210/96, §§ 90-94, ECHR 2000-XI; *Kalashnikov v. Rusya*, no. 47095/99, § 97 ve devamı, ECHR 2002-VI ve *Artimenco v. Romanya*, no. 12535/04, §§ 31-33, 30 Haziran 2009). Mahkeme özellikle de Sözleşme Madde 3 altında Devletin, bir kişinin insan haysiyetine saygı ile uyumlu olan koşullarda tutulduğunu ve tutulma tedbirinin infazının biçimi ve yönteminin, bireyin tutulmada içkin olan kaçınılmaz ıstırap seviyesini aşan bir yoğunlukta rahatsızlıktan veya zorluktan mustarip olmasına neden olmadığını temin etmesi gerektiğini yinelemiştir. Tutulma koşullarını değerlendirirken, bu koşulların kümülatif etkisi gibi,

başvurucu tarafından yapılan spesifik iddialar da dikkate alınmalıdır (bakınız *Dougoz v. Yunanistan*, no. 40907/98, § 46, ECHR 2001-II). Bir kişinin belirli koşullarda tutulduğu sürenin uzunluğu da göz önünde bulundurulmalıdır (bakınız, diğer kararların yanı sıra, *Alver v. Estonya*, no. 64812/01, § 50, 8 Kasım 2005 ve *Aden Ahmed v. Malta*, no. 55352/12, § 86, 23 Temmuz 2013).

100. İdari gözetimin fiziki koşullarının Madde 3 ile uygunluğunu değerlendirirken Mahkeme, idari gözetim alanında mevcut olan kişisel alan, açık havada egzersiz imkânı, doğal ışık veya havaya erişim, havalandırma ve temel temizlik ve hijyen koşulları gibi etkenleri dikkate almaktadır (örneğin bakınız *M.S.S. v. Belçika ve Yunanistan* [BD], no. 30696/09, § 222, ECHR 2011 ve *Ananyev ve Diğerleri v. Rusya*, no. 42525/07 ve 60800/08, §§ 14359, 10 Ocak 2012). Mahkeme özellikle de AİÖK tarafından geliştirilmiş cezaevi standartlarının açık havada egzersizden ayrıca bahsettiğini kaydetmekte ve mahpusların esenliği için, istisnasız her mahpusun her gün en az bir saat açık havada ve tercihen daha geniş bir hücre dışı faaliyet programının bir parçası olarak egzersiz yapmasına izin verilmesini temel bir güvence olarak değerlendirmektedir (bakınız *Ananyev ve Diğerleri*, yukarıda atıf yapılan, § 150).

101. Bilhassa küçükler bakımından Mahkeme Çocuk Hakları Sözleşmesi Madde 37 (c)'nin "[ö]zgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuğa insancıl biçimde ve insan kişiliğinin özünde bulunan saygınlık ve kendi yaşındaki kişilerin gereksinimleri göz önünde tutularak davranılacaktır" diye belirttiğini gözlemlemektedir. Mahkeme, göç bağlamında çocukların özgürlükten yoksun bırakan tesislerde tutulması hakkında, *Mubilanzila Mayeka ve KanikiMitunga v. Belçika* (no. 13178/03, §§ 50-59, ECHR 2006- XI), *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri v. Belçika* (no. 41442/07, §§ 55-63, 19 Ocak 2010), *Rahimi v. Yunanistan* (no. 8687/08, §§ 85-86, 5 Nisan 2011), *Popov v. Fransa* (no. 39472/07 ve 39474/07, §§ 91-103, 19 Ocak 2012), *A.B. ve Diğerleri v. Fransa* (no. 11593/12, §§ 110-15, 12 Temmuz 2016), *Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar v. Malta* (no. 25794/13 ve 28151/13, §§ 105-15, 22 Kasım 2016) ve *S.F. ve Diğerleri v. Bulgaristan* (no. 8138/16, §§ 78-93, 7 Aralık 2017) gibi davalarda halihazırda karar verme imkânı bulmuştur. Mahkeme bu davaların her birinde, çocukların aşırı derecede savunmasızlığının-ebeveynleri tarafından refakat edilip edilmediklerinin- çocuğun yasadışı göçmen olarak statüsüne ilişkin değerlendirmelerden önce gelecek belirleyici bir etken olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme, ilgili çocuklara dayatılan uygunsuz yaşama koşullarının onların büyük ölçüde duygusal

ve zihinsel ıstırabına neden olduğu ve dolayısıyla Sözleşme Madde 3 bakımından ciddiyet eşiğini aştığını bulmuştur.

(a) Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşulları

102. Her iki taraf tarafından da belirtildiği üzere Mahkeme, 2010 sonu ve 2012 başı arasındaki dönemde halihazırda Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimin fiziki koşulları hakkında birçok davada- özellikle de aşırı kalabalıklaşma ve açık havada egzersize erişim olmamasına dair açık deliller nedeniyle- Sözleşme Madde 3 'ün ihlal edildiğini bulmuştur (örneğin bakınız *Yarashonen*, yukarıda atıf yapılan, §§ 74-81; *Musaev v. Türkiye*, no. 72754/11, §§ 60-61, 21 Ekim 2014; *Alimov v. Türkiye*, no. 14344/13, §§ 71-85, 6 Eylül 2016; *Batyrkhairov v. Türkiye*, no. 69929/12, §§ 80-84, 5 Haziran 2018 ve *Amerkhanov v. Rusya*, no. 16026/12, §§ 87-89, 5 Haziran 2018).

103. Mahkeme, başvuruoculararın-Ekim 2014 ve Ocak 2015 arasında Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimlerinin daha önce bahsi geçen kararlarda gözden geçirilen döneme tekabül etmediğinin farkındadır. Ancak Mahkeme, Türkiye İnsan Hakları Kurumu ve AIÖK tarafından Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ne sırasıyla Mayıs 2014 ve Haziran 2015'te yapılan ziyaretlerin, önceki ziyaretlerde vurgulanan problemlerin - aşırı kalabalık, açık havada egzersiz olmaması ve kötü hijyen durumu gibi- çözümlenmediğini açıkça gösterdiğini de kaydetmektedir (bakınız yukarıda paragraf 47-52 ve 64).

104. 17 Ekim 2017'de yayımlanan ziyaret raporunda AIÖK, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde "açık havada egzersizin sağlanmasına dair uzun süredir yinelenen tavsiyelerin uygulanmasında tamamen hareketsiz kalınması" konusunda özel olarak endişelerini ifade etmiştir (bakınız yukarıda paragraf 64). AIÖK, Kumkapı'daki de dahil olmak üzere ziyaret ettikleri geri gönderme merkezlerinde tutulan küçük çocukların ihtiyaçlarıyla ilgilenmek üzere neredeyse hiç spesifik düzenleme yapılmadığını da ayrıca vurgulamıştır.

105.6 Kasım 2014'te yayımlanan ziyaret raporunda Türkiye İnsan Hakları Kurumu benzer şekilde, Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları Araştırma Komisyonu'nun 2012 raporunda yapılan eleştirilere rağmen Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimin fiziki koşullarında herhangi bir iyileştirme yapılmadığını ve merkezin idari gözetim altındaki kişilere asgari insan hakları standartlarını sağlayacak

kapasitesi olmadığını kaydetmiştir (yukarıda bakınız paragraf 52). Daha spesifik olarak rapor, özellikle Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki hijyenik olmayan koşullar hakkında güçlü eleştiriler içermiştir ve beklerin bulunduğu koşullar da dahil, koşulların tümünde sigara içilmesine izin verildiğini endişeyle kaydetmiştir. Ayrıca merkezde sunulan yemeklerin küçük çocuklar için uygun olmadığını ve onların belirli ihtiyaçlarını karşılamak için herhangi bir özel tedarikte bulunulmadığını kaydetmiştir.

106. Yukarıda paragraf 53-56'da bahsedilen K.A.'nın davasında, başvurucuların oradaki idari gözetimi ile kısmen örtüşen bir dönem-Nisan 2014'ten Ocak 2015'e- Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde devam eden aşırı kalabalık ve düzenli olarak açık havada egzersizin olmaması sorunlarını Anayasa Mahkemesi'nin kendisi de kabul etmiştir.

107. Daha önce bahsi geçen raporlar ve Anayasa Mahkemesi kararındaki bulgular, başvurucuların Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde tutuldukları koşullara ilişkin iddiaları ile büyük ölçüde örtüşmektedir. Hükümet bu iddiaları çürütebilecek delil sunamamıştır.

108. Hükümet, ilgili fotoğrafların nerede çekildiğini belirtmeden, daha çok Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nin ortak alanlarına ait sınırlı sayıda fotoğraf ve video kaydı sunmuştur. Ancak Mahkeme tarafından açıkça talep edilmiş olmasına rağmen, başvurucuların idari gözetim boyunca tutuldukları farklı odaların boyutları ve kapasitesi hakkında veya bu odalarda başvurucularla birlikte tutulan kişilerin sayısı hakkında bilgi vermemiştir. Yalnızca her kattaki farklı koşulların boyutları ve bu koşullardaki ranza sayısı hakkında genel bilgi vermiştir. Tek başına bu bilgi bile, başvurucular tarafından yukarıda paragraf 96'da belirtildiği üzere, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki ciddi kişisel alan eksikliği sorununa dair Mahkeme'nin endişe verici sonuçlar çıkarmasına imkân vermektedir.

109. Dahası, her ne kadar Hükümet başvurucuların standart kadın koşullarına konmadığını ama Kumkapı merkezinde oyun alanı içerdiği iddia edilen, "mağdurlar koğuşu" olarak adlandırılan ayrı bir alana konulduğunu ileri sürse de, bu özel koşullar hakkında daha fazla bilgi-fotoğraflar gibi- sağlamamıştır. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri Göç ve Mülteciler Özel Temsilcisi Tomas Bocek, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ne 2016 yazında yaptığı ziyaret sırasında aileler için iki odalı ayrı bir yaşam alanına ilaveten, çocuklar için bir oyun alanının bulun-

duğu ayrı bir iç avlunun da var olduğunu kaydetmiştir (bakınız yukarıda paragraf 66). Ancak daha önceden bahsi geçen Türkiye İnsan Hakları Kurumu veya AİÖK raporlarında ailelere mahsus böyle ayrı bir alandan veya herhangi bir oyun alanından hiç bahsedilmemiştir. Gerçekten de TİHK, 6458 sayılı Kanun Madde 59(1)(ç)'de bu konuda bir gereklilik olmasına rağmen çocuklu ailelerin ayrı bir alanda tutulmuyor olmasına karşı eleştirel davranmıştır ve AİÖK Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde o tarihte çocuklar için bir oyun alanı bulunmadığını raporunda açıkça belirtmiştir. Bu koşullarda Mahkeme, TİHK ve AİÖK'nin ziyaretlerinden sonra Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki aileler için özel barınma düzenlemeleri yapılmış olma ihtimalini elemiyor olsa da, Hükümet bu merkezdeki idari gözetimleri döneminde özel ihtiyaçlarına uygun olacak şekilde başvuruçulara böyle düzenlemelerin sağlandığını göstermemiştir.

110. Benzer şekilde Hükümet, başvuruçuların, temiz hava almak için dışarıya çıkmalarına nadiren izin verildiği, sürekli olarak idari gözetim altındaki diğer kişilerin sigara dumanına maruz kaldıkları ve özel beslenme ihtiyaçlarının ve diğer ihtiyaçlarının, özellikle de küçük başvuruçular bakımından, karşılanmadığı iddiaları gibi, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimin diğer boyutları hakkında kalan iddialarını çürütememiştir. Özellikle de Hükümet idari gözetim altındaki kişilerin "uygun hava koşullarında" dışarıya çıkmalarına izin verildiğini iddia etmiş olduğu halde, başvuruçuların bu haktan yararlanıp yararlanmadığını veya ne sıklıkla bu iznin verildiğini belirtmemiştir. Her halde Mahkeme, açık havada egzersize erişimin, özgürlüğünden yoksun bırakılmış kişilere Madde 3 altında sağlanan korumanın temel bir bileşeni olduğunu ve bu nedenle makamların takdirine bırakılamayacağını birçok davada vurgulamıştır (örneğin bakınız *Yarashonen*, yukarıda atıf yapılan, § 78). Mahkeme'nin idari gözetim altındaki yetişkinler açısından bile sorunlu bulunduğu pasif içicilik meselesi bakımından ise (örneğin bakınız *Florea v. Romanya*, no. 37186/03, §§ 57-62, 14 Eylül 2010), Hükümet herhangi bir yorum sunmamıştır.

111. Mahkeme, söz konusu idari gözetimin süresi ve belirsiz süresinin yaratmış olabileceği endişe hisleri ile birleştiğinde yukarıdaki bulguların, başvuruçuların idari gözetiminin koşullarının başvuruçular da idari gözetimde içkin olan kaçınılmaz ıstırap seviyesini aşan ve muameleyi Madde 3 kapsamına dahil eden bir ciddiyet eşliğine ulaşan bir sıkıntıya neden olduğu sonucuna varmak için büyük ölçüde yeterli olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme, yetişkin başvuruçular

bakımından bile ihlal bulunmasına yol açan, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki açıkça olumsuz idari gözetim koşullarının, aşırı savunmasızlıkları nedeniyle başvuru çocuklar için özellikle uygunsuz olduğunu ve çocukların korunmasına dair yaygın biçimde tanınmış uluslararası ilkelerin tamamen karşısında olduğunu vurgulayacaktır (bakınız, somut olaya uyarlanacak şekilde, *Popov*, yukarıda atıf yapılan, § 96 ve yukarıda paragraf 67-69'da belirtilmiş olan uluslararası metinler). Bu koşullarda Mahkeme, makamların küçük başvuruçulara gerekli tıbbi desteği vaktinde sağlamaması gibi, başvuruçuların Madde 3 altındaki, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ne ilişkin kalan şikâyetlerini incelemeyi gerekli görmemektedir (bakınız *Alimov*, yukarıda atıf yapılan, § 84 ve *Boudraa v. Türkiye*, no. 1009/16, § 36, 28 Kasım 2017).

112. Mahkeme, Türkiye'nin artan göçmen ve sığınmacı akışıyla baş etmek konusunda ciddi zorluklar yaşadığının farkındadır ve bu durumun Türkiye üzerinde yarattığı zorluk ve baskıyı azımsamamaktadır. Mahkeme, göçmen ve sığınmacıların karşılanmasındaki zorlukların ve Devletin kapasiteleriyle kıyaslandığında orantısız sayıdaki sığınmacının özellikle farkındadır. Ancak Madde 3'ün mutlak niteliği dikkate alındığında, bu gibi zorluklar Devleti bu hüküm altındaki yükümlülüklerinden azade edemez (benzer bir değerlendirme için bakınız, *Khlaifia ve Diğerleri v. İtalya* [BD], no. 16483/12, § 184, 15 Aralık 2016, ve *Boudraa*, yukarıda atıf yapılan, § 30).

113. Buna göre Mahkeme, başvuruçuların Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde tutuldukları fiziki koşullar nedeniyle Sözleşme Madde 3'ün ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

(b) Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşulları

114. Mahkeme başvuruçuların 22 Ocak 2015'te Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nden nakillerinden sonra Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nde iki hafta daha tutulduklarını kaydetmiştir. Gaziantep'teki fiziki koşulların Kumkapı'dakinden daha kötü olduğu iddia edilmiştir.

115. Mahkeme, tutulma koşullarını ilgilendiren davalarda prensip olarak başvuruçulardan şikâyet edilen olguların detaylı ve tutarlı anlatılarını sunmalarının ve mümkün olduğunca şikâyetlerini destekleyen bazı deliller sağlamalarının beklendiğini yinelemektedir (bakınız *Visloguzov v. Ukrayna*, no. 32362/02, § 45, 20 May 2010, başka atıflarla birlikte; *Kyriacou Tsiakkourmas ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 13320/02, § 279, 2

Haziran 2015 ve *Story ve Diğerleri v. Malta*, no. 56854/13, 57005/13 ve 57043/13, § 110, 29 Ekim 2015). Ancak Mahkeme, uygulamada tutulan bir kişinin tutulmasının fiziki koşullarına ilişkin delil toplamasının çok zor olabileceğini ve dolayısıyla bazı koşullar altında ispat külfetini başvuru- dan söz konusu Hükümet'e kaydırmaya, özellikle de iddiaları doğrulaya- bilecek veya çürütebilecek bilgilere yalnızca Hükümet'in erişimi varsa, izin verilebileceğini kaydetmektedir (bakınız, diğer kararların yanı sıra, *Kokoshkina v. Rusya*, no. 2052/08, § 59, 28 Mayıs 2009; *Zakharkin v. Rusya*, no. 1555/04, § 123, 10 Haziran 2010 ve *Khodorkovskiy v. Rusya*, no. 5829/04, § 106, 31 Mayıs 2011). Bu gibi durumlarda, Hükümet'in tat- min edici bir açıklama olmadan ilgili bilgileri sunmaması, başvuru- cunun iddialarının iyi temellendirilmiş olmasına yönelik çıkarımlarda bulunulma- sına neden olabilecektir (*bakınız Ananyev ve Diğerleri*, yukarıda atıf yapı- lan, § 123 ve *Alimov*, yukarıda atıf yapılan, § 74).

116. Mahkeme, Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki fiziki koşullar bakımından, özellikle de çocukların özel ihtiyaçları açısından, ulusal organlar, AİÖK veya saygın sivil toplum kuruluşları gibi güvenilir kaynaklardan bilgi edinememiş olmakla beraber; Hükümet'in başvuru- cuların bu merkezdeki koşullara ilişkin iddialarını çürütecek yeterli maddi delil, örneğin- bu bilgi açıkça Hükümet'ten talep edilmiş olması- na rağmen- o tarihte orada tutulan idari gözetim altındaki kişi sayısını ve başvuru- cuların tutulduğu odaların tam kapasitesini gösteren kayıtların kopyaları, idari gözetim tesisinin krokisini ve merkezde sunulan yemekler hakkında bilgileri, sunmadığını kaydetmiştir. Her ne kadar Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki bazı odaların fotoğraflarını göndermiş olsalar da, başvuru- cuların bu odalardan hangisinde ve baş- ka kaç kişiyle birlikte kaldıkları hiç açık değildir. Odaların bazıları baş- vurucuların tek başına kalması için bile çok küçük gözüküğünden, bu bilgi temel öneme sahiptir. Önemli olarak, Hükümet ayrıca Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nin küçük çocukların ebeveynleriyle birlikte tutulmaları için gereken esas altyapıyla donatılıp donatılmadığı ve nasıl donatıldığını açıklamamıştır. Aksine, sunduğu fotoğraflar küçük başvuru- cuların, onların yaşındaki çocuklar için tehlikeli olabilecek, sivri kenar- lı, demir çerçeveli ranzalarda uyutuldukları (bu belirli nokta üzerine bir değerlendirme için bakınız *Popov*, yukarıda atıf yapılan, § 95) ve onlara içeride veya dışarıda herhangi bir oyun alanı sağlanmadığı izlenimini vermektedir. Başvuru- cuların her gün dışarıda yeterli vakit geçirmelerine izin verilip verilmediği konusunda Hükümet benzer şekilde tatmin edici bilgiler sağlamamıştır.

117. Yukarıdaki hususlar göz önüne alındığında ve küçük göçmenlerin uygun olmayan koşullarda kısa süreli olsa bile tutulmalarının Madde 3 altında sorun doğurduğu dikkate alındığında (bakınız yukarıda paragraf 101 ve aşağıda paragraf 134'te atıf yapılan davalar), Mahkeme başvurucuların Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nde tutuldukları fiziki koşullardan bahisle de Sözleşme Madde 3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.

B. Madde 3 ile Birlikte Değerlendirildiğinde Madde 13 İhlali İddiası

1. Tarafların iddiaları

118. Başvurucular, mağduru oldukları Madde 3 ihlali bakımından hiçbir iç hukuk yoluna sahip olmadıklarını iddia ederek bir Madde 13 ihlalden şikâyetçi olmuşlardır. İdari makamlar ve sulh ceza hakimlikleri nezdinde öne sürdükleri şikâyetlere ek olarak, 15 Aralık 2014'te gözetim koşullarından şikâyetçi olmak üzere Anayasa Mahkemesi'ne bir bireysel başvuruda bulduklarını ve söz konusu koşullardan derhal çıkarılmalarını temin etmek üzere tedbir talebinde bulduklarını vurgulamışlardır. Ancak Anayasa Mahkemesi, başvurucuların tedbir talebini, yirmi dört gün sonra, Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki gözetim koşullarının Madde 3 anlamında kötü muamele derecesine varmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Başvurucular bu yanıtı yeterince hızlı bulmamışlardır. Bundan da öte, başvurucular, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinin başvurucuların iddialarının sağlamlığına ilişkin bir değerlendirme içerdiği gözetilirse, esasa ilişkin kararın farklı bir sonuç doğuracağından büyük ölçüde kuşku duymuşlardır. Anayasa Mahkemesi'nin, bu konuya ilişkin aldığı pek çok başvuruya karşın, henüz bir yabancıları geri gönderme merkezindeki gözetimin fiziki koşullarından ötürü Madde 3 ihlali bulduğu bir karar vermediğini eklemiştir.

119. Yukarıda 83-84'üncü paragraflarda belirtildiği üzere Hükümet, Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru sürecinin başvuruculara Madde 13 anlamında etkili bir başvuru yolu sağladığını, zira Anayasa Mahkemesi'nin şikâyetlerin esası hakkında karar verme ve ihlal bulması halinde tazminata hükmetme yetkisi olduğunu öne sürmüştür. Ancak Hükümet, söz konusu aşamada, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadından bahse konu bağlamda mahkemenin etkili şekilde yanıt verme kapasitesini kanıtlayacak herhangi bir örnek sunmamıştır.

120. 10 Mart 2016 tarihli ek beyanlarında Hükümet, başvurucuların

iddialarının aksine, Anayasa Mahkemesi tarafından 9 Ocak 2015 tarihinde verilen tedbir kararının, o dönemde halen Anayasa Mahkemesi nezdinde görülmekte olan başvurunun esası hakkında peşin hüküm içermediğini savunmuştur. Hükümet ek olarak Mahkeme'yi Anayasa Mahkemesi'nin, diğer hususların yanı sıra, [söz konusu davada] Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde bulunan bahse konu kişinin gözetiminin fiziki koşullarının kötü muamele derecesine vardığını tespit ettiği, bu itibarla benzer iddialar hakkında karar verme yetkinliğini kanıtladığı K.A. (başvuru no. 2014/13044) başvurusu hakkında bilgilendirmiştir.

121. Başvurucular cevaben Anayasa Mahkemesi'nin K.A. davasındaki kararının istisnai olduğunu ve mahkemenin geri gönderme merkezlerinde tutulan yabancılar tarafından yapılan diğer tüm benzer şikâyetleri reddettiğini savunmuşlardır.

122.9 Şubat 2018 tarihli bir mektup ile başvurucular Mahkeme'nin dikkatini Anayasa Mahkemesi'nin K.A. davasında benimsenen yaklaşımdan çoktan ayrıldığı gerçeğine çekmişlerdir (Anayasa Mahkemesi'nin B.T. davasındaki (başvuru no. 2014/15769) içtihat değişikliğine ilişkin olarak yukarıda 59-62'nci paragraflardaki açıklamalara bakınız).

123.1 Kasım 2018 tarihli izleyen bir dilekçede başvurucular, Anayasa Mahkemesi'nin, B.T. davasındaki kararına paralel olarak, idare mahkemesinde tam yargı davası açmadıkları gerekçesiyle 24 Mayıs 2018'de bireysel başvuruları hakkında kabul edilemezlik kararı verdiği konusunda Mahkeme'yi bilgilendirmişlerdir. Başvurucular Anayasa Mahkemesi'nin K.A. davasında ortaya konulan içtihattan neden ayrılmaya karar verdiğinin açık olmadığını savunmuşlar ve karşı çıkılan idare hukuku yolunun, son derece genel kapsamı ve amacı düşünülürse, mevcut bağlamda etkili giderim sağlama kapasitesine yönelik şüphelerini dile getirmişlerdir. Bundan da öte başvurucular, Anayasa Mahkemesi tarafından göz ardı edilen bir fark olarak, başvuru tarihinde çoktan gözetimden çıkarıldığı ve dolayısıyla tazminat kararı ile giderim sağlayabildiği B.T. davasındaki aksine, kendilerinin halen Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde gözetim altındayken Anayasa Mahkemesi'ne şikâyetinde bulduklarını savunmuşlardır.

124. Başvurucuların dilekçesi, sunmak isteyebilecekleri ilave açıklamalar gözetilerek Hükümet'e iletilmiştir. Yukarıda 87. paragrafta belirtildiği üzere Hükümet herhangi bir açıklama sunmamıştır.

2. Mahkeme 'nin değerlendirmesi

125. Mahkeme Madde 13'ün Sözleşme uyarınca "tartışılabilir bir şikâyetin" esasını ele almak ve uygun giderim sağlamak üzere bir iç hukuk yolunun varlığını temin ettiğine ilişkin yerleşik içtihadına atıfta bulunur (bakınız, örneğin, *Stanev v Bulgaristan* [BD], no. 36760/66, § 217, İHAM 2012).

126. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, öncelikle başvuruçuların idari gözetim koşullarının Madde 3 ihlali doğurduğuna ilişkin tespitini tekrar eder (yukarıda 112 ve 117. paragraflara bakınız). Dolayısıyla başvuruçuların bu bağlamdaki şikâyeti Sözleşme Madde 13'ün amaçları bakımından "tartışılabilir"dir.

127. Mahkeme, Türkiye'de idari gözetim altında tutulan yabancılar tarafından getirilen benzer şikâyetlerin, geçmişte, Türk Hükümetinin ilgili bağlamda bahse konu dönemde Madde 13 gerekliliklerine uygun etkili iç hukuk yollarını gösterememesinden ötürü Sözleşme Madde 3 ile birlikte değerlendirildiğinde Madde 13 ihlali ile sonuçlandığını not eder (bakınız, örneğin, ikisine de yukarıda atıf yapılan *Yarashonen*, §§ 56-66, ve *Amerkhanov*, §§ 81-84). Ancak, *Z.K. ve Diğerleri v. Türkiye* adlı izleyen kararında Mahkeme ilk kez, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bir bireysel başvurunun, yabancıları geri gönderme merkezinde gözetim koşullarına ilişkin Madde 3 uyarınca yapılan şikâyetler için etkili bir yol sağlama kapasitesine sahip olduğunu teyit etmiş ve dolayısıyla Mahkeme'ye başvuruda bulunmadan önce bu yolun tüketilmesi gerektiğine karar vermiştir ((kar.), no. 60831/15, §§ 41-49, 7 Kasım 2017).

128. Mahkeme bu vesileyle Nisan 2014'te Türkiye'de göç ve ilticaya ilişkin yasal çerçeveyi tamamen değiştiren yeni Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (Kanun no. 6458) yürürlüğe girdiğini vurgulamayı önemli görür. Ancak, Mahkeme'nin erişebildiği bilgiye göre ne 6458 sayılı Kanun ne de kanunun icrasına yönelik düzenlemeler yabancıları geri gönderme merkezlerindeki gözetim koşullarına ilişkin şikâyetler için özel çareler öngörmüştür. Gerçekten de 6458 sayılı Kanun sulh ceza hakimliklerinin görevini yalnızca özgürlüğün kısıtlanmasının hukukiliğinin incelenmesi ile sınırlandırmıştır. Açıklamalarında Hükümet, bu bağlamda herhangi bir özel çarenin erişilebilirliğinden söz etmemiş, ancak Anayasa Mahkemesi nezdinde bir bireysel başvurunun başvuruçulara Madde 3 altındaki şikâyetleri bakımından Madde 13 anlamında etkili giderim sağlayacağını savunmuştur.

129. Mahkeme, Sözleşme Madde 13'ün amaçları bakımından herhangi bir iç hukuk yolunun etkililiğinin değerlendirilmesinin başvurunun Sözleşme altındaki şikâyetinin mahiyetine bağlı olduğunu tekrar eder. Tutulma koşullarının insan dışılığı ya da aşağılayıcılığına ilişkin şikâyetler yönünden Mahkeme çoktan iki tür telafinin mümkün olduğunu gözlemlemiştir: (i) tutulmanın fiziki koşullarında bir iyileştirme ve (ii) söz konusu koşullar nedeniyle uğranılan zarar ya da kaybın tazmini. Eğer bir başvuru Madde 3 ihlali teşkil eden koşullarda tutulduysa, onun insanlık dışı ya da aşağılayıcı muameleye maruz kalmama hakkının süregiden ihlaline son verebilecek bir iç hukuk yolu en büyük önemi haizdir. Ancak, başvuru yetersiz koşullara katıldığı tesisten bir kez ayrıldıktan sonra, çoktan meydana gelen ihlal için icra edilebilir bir tazminat hakkına sahip olmalıdır (bakınız *Sergey Babushkijn v. Rusya*, no. 5993/08, § 40, 28 Kasım 2013).

130. Mahkeme, başvuruların, idari gözetimlerinin hukuka aykırılığı nedeniyle nihayetinde 10 Ocak 2015'te salıverilseler de Anayasa Mahkemesi'ne ve akabinde Strazburg Mahkemesi'ne başvurularını sırasıyla 15 Aralık 2014'te ve 22 Ocak 2015'te- yani, halen yukarıda tasvir edilen yetersiz koşullarda gözetim altındayken yaptıklarını not eder. Her iki durumda da başvurularının zamanlaması ve içeriği, başvuruların, yalnızca bir tazminat hükmü elde etmenin aksine tutuldukları kabul edilemez koşullardan derhal kurtarılmaya çalıştıkları ve iç hukukta bu sonucu doğuracak herhangi bir etkili yolun bulunmamasından şikâyetçi oldukları konusunda şüpheye yer bırakmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, - tazminat sağlayan bir yoldan ayrı olarak- başvuruların insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye maruz kalmama haklarının süregiden ihlaline son verebilecek *önleyici* bir çarenin başvurulara erişilebilir olup olmadığını inceleyecektir (bakınız, *somut olaya uyarlanmak üzere, Shahanov v. Bulgaristan*, no. 16391/05, § 55, 10 Ocak 2012; *Gorbulya v. Rusya*, no. 31535/06, §§ 38 ve 56, 6 Mart 2014; *Vasilescu v. Belçika*, no. 64682/12, § 70, 25 Kasım 2014; ve yukarıda atıf yapılan *Abdullahi Elmi ve Aweys Abubakar*, § 67).

(a) Başvuruların Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimleri süresince Sözleşme Madde 13 anlamında etkili bir yolun erişilebilirliği

131. Mahkeme bu bağlamda, daha önce değinildiği üzere, başvuruların idari gözetim koşullarından ve bu koşullara yönelik şikâyetlerini dile getirebilecekleri herhangi bir etkili yolun bulunmamasından

şikâyetçi olmak üzere Anayasa Mahkemesi'ne bir bireysel başvuruda bulduklarını not eder. Yargı yetkisinin ve kendisine yüklenen otoritenin- telafi edilemez zarar riski halinde tedbir kararı verme ve ihlaller için giderim sağlama yetkileri dahil - kapsamı ile kararlarının bağlayıcı mahiyetini gözeterek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru sürecinin, kural olarak, başvuruculara etkili giderim sunma kapasitesine sahip olduğunu kabul eder (benzer bir tespit için, bakınız, yukarıda atıf yapılan *Z.K. ve Diğerleri*, §§ 4349). Ancak bununla birlikte Mahkeme, bu mekanizmanın mevcut koşullarda etkili şekilde işlemediği kanaatindedir.

132. Bununla bağlantılı olarak, başvurucular 15 Aralık 2014'te Anayasa Mahkemesi'ne şikâyette bulduklarında, bu mahkemenin dikkatini özellikle Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki büyük ölçüde belgelenmiş sorunlara ve üç çocuk başvurucunun kötü durumuna çekmişlerdir. 29 Aralık 2014'te şikâyetlerini tekrar etmiş ve bir kez daha elverişsiz gözetim koşullarının çocuk başvurucuların fiziksel bütünlüğünü ciddi anlamda tehlikeye soktuğunu vurgulayarak Anayasa Mahkemesi'ne davaları hakkında karar vermesi için ısrar etmişlerdir (yukarıda 33 ve 34. paragraflara bakınız). 9 Ocak 2015'te Anayasa Mahkemesi, idari gözetimlerinin fiziki koşullarının başvurucuların hayatına ya da fiziksel veya zihinsel bütünlüğüne yakın ve ciddi bir risk teşkil etmediği gerekçesiyle, tedbir talebini reddetmiştir. Başvurucular bu karardan sonra, Anayasa Mahkemesi'nin davalarının esasının kabul edilebilirliğine karar vermediği neredeyse bir ay boyunca daha idari gözetim altında tutulmaya devam etmişlerdir.

133. Mahkeme'nin görüşüne göre, Anayasa Mahkemesi'nin başvurucuların tedbir talebi aleyhine verdiği karar tek başına bu mahkeme nezdindeki yolun genel etkililiğini ortadan kaldırmaz. Tedbir mekanizması çok spesifik bir amaca sahiptir ve Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir önlemi reddetmesinin, davanın esasına ilişkin değerlendirmesi bakımından peşin hüküm teşkil edeceğini düşünmek için bir sebep yoktur.

134. Bununla birlikte Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin başvurucuların şikâyetlerinin kabul edilebilirliğini ve esasını, idari gözetim altında tutuldukları sürede incelemeyeceğini önemli görmektedir ki bu, işbu spesifik bağlamda bireysel başvuru mekanizmasının hukuki bir çare olmak bakımından etkililiğini zayıflatmıştır. Mahkeme, başvurucuların, Anayasa Mahkemesi'ne şikâyetlerini sunduktan sonra belirsiz bir süre

boyunca son derece elverişsiz koşullarda idari gözetim altında tutulmaya devam ettiklerini not eder. Üç çocuk başvurusunun bariz savunmasızlığını ve Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki iyi bilinen sorunlar - ki bunlar yalnızca uluslararası kurumlarca değil ulusal makamlarca da dile getirilmiştir (yukarıda 46-52'nci paragraflara bakınız) - ile Anayasa Mahkemesi'nin mevcut koşullarda açıkça ilk derece mahkemesi gibi hareket ettiğini özellikle gözeterek, Anayasa Mahkemesi'nden başvuru- ruların Madde 3 altındaki şikâyetlerini incelerken gerekli özeni göstermesi beklenebilirdi. Mahkeme bununla bağlantılı olarak çocukların olumsuz koşullarda çok kısa süreler için bile olsa tutulmasının, bir yetişkin eşliğinde olsalar dahi, Madde 3 ihlali doğurduğunun tespit edildiğini vurgular (bakınız, örneğin, yukarıda atıf yapılan *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri*, § 63; yukarıda atıf yapılan *Popov*, §103 ve yukarıda atıf yapılan *A.B. ve Diğerleri*, §115). Bu doğrultuda, söz konusu menfaatin asli önemi gözetilerek, mevcut koşullarda daha acil bir cevap sağlama kapasitesine sahip bir hukuki mekanizma gerekmektedir.

135. Mahkeme, başvuru- cular idari gözetimlerinin yetersiz koşullarından bağımsız gerekçeler uyarınca bir kez gözetim altından çıkarıldıktan sonra, Anayasa Mahkemesi'nin yapabileceği tek şeyin, bu koşulların yetersizliğini geriye dönük olarak tanımak ve maruz kalınan zararlar için başvuru- culara tazminat ödenmesine karar vermek ya da başvuru- cuları aynı şeyi sağlama kapasitesine sahip başka bir çareye yönlendirmek olduğunu not eder. Anayasa Mahkemesi tercihini sonuncu seçenekten yana kullanmıştır: 24 Mayıs 2018 tarihinde verilen bir kararında Anayasa Mahkemesi- en son B.T. davasındaki tespitlerine dayanarak- "yabancı- nın idari gözetimden çıkarılması halinde, etkili hukuki mekanizma [mağdurlara gerekli tazminatı sağlayacak olan, idare mahkemeleri nezdinde açılacak] tam yargı davasıdır" şeklinde karar vermiştir (yukarıda 30. ve 60. paragraflara bakınız). Bu gerekçeyle başvuru- cuların Madde 3 uyarınca yaptıkları şikâyeti iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmuştur.

136. Mahkeme, tazminat yolunun gözetimden çıkarılan kişiler için yeterli telafi sağlayabileceği noktasında Anayasa Mahkemesi'ne katıl- sa da B.T. davasındaki başvuru- cunun aksine bu davadaki başvuru- cuların Anayasa Mahkemesi'ne başvurdukları tarihte hala idari gözetim altında olduklarına işaret eder. Bu nedenle, serbest kaldıktan sonra erişilebilir olan sadece tazmin edici nitelikli bir çare, ister Anayasa Mahkemesi ister başka bir yer nezdinde olsun, başvuru- culara Madde 3 altındaki spesifik şikâyetleri bakımından etkili bir yol sağlayamazdı (bakınız,

somut olaya uyarlanmak üzere, yukarıda atıf yapılan Vasilescu). Mahkeme, Sözleşme tarafından Madde 3'e yüklenen özel önemin, Taraf Devletlerin, Madde 3 tarafından yasaklanan türden muameleye derhal son vermek üzere, tazmin edici bir yoldan da öte, etkili bir mekanizma kurmasını gerektirdiğini tekrar eder. Öbür türlü, gelecekteki muhtemel tazminat, Sözleşme'nin bu temel hükmünün ihlali niteliğindeki bilhassa ağır ıstırabı meşru kılar ve Devletin gözetim standartlarını Sözleşme gerekliliklerine uygun hale getirme şeklindeki hukuki yükümlülüğünü kabul edilemez biçimde zayıflatırdı (bakınız, yukarıda atıf yapılan *Ananyev ve Diğerleri*, § 98).

137. Mahkeme, bu açıklamalar ışığında, Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru mekanizmasının, bu davanın özel koşulları altında, başvurucuların Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimin fiziksel koşullarına ilişkin şikâyetleri bakımından etkili olmadığı kanaatindedir. Hükümet de bahse konu dönemde başvurucuların Madde 3 altındaki haklarının süregiden ihlaline derhal son vermek suretiyle başvuruculara yeterli giderim sağlayacak, sadece tazmin edici nitelikli bir çareden öte başka bir yola işaret edebilmiş değildir. Bundan ötürü, Madde 3 ile birlikte değerlendirildiğinde Sözleşme Madde 13 ihlal edilmiştir.

(b) Başvurucuların Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetimleri esnasında Sözleşme Madde 13 anlamında etkili bir yolun erişilebilirliği

138. Başvurucuların Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde idari gözetim altında tutuldukları süre yönünden yukarıdaki Madde 3 ile birlikte değerlendirildiğinde Sözleşme Madde 13 ihlali tespitini göz önünde tutarak Mahkeme, başvurucuların akabinde Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşullarından şikâyetçi olmak üzere Madde 13 anlamında erişilebilir etkili bir yola sahip olup olmadıklarını incelemeye gerek görmemektedir.

III. SÖZLEŞME MADDE 5 İHLALİ İDDİASI

139. İkinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular Madde 5 § 1 uyarınca idari gözetimlerinin, özellikle gözetim altına alınmalarını emreden bir kararın yokluğu dikkate alınırca hukuka aykırı olduğundan şikâyet etmişlerdir. Bundan da öte dört başvurucunun tümü, Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin 5 Şubat 2015'te serbest bırakılmalarını emretme-

sine rağmen Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nde 10 Şubat 2015'e kadar tutulmalarından ötürü aynı madde altında şikâyette bulunmuşlardır.

140. Başvurucular, Sözleşme Madde 5 §§ 2 ve 4'e dayanarak, özgürlüklerinden mahrum bırakılmalarının gerekçeleri hakkında uygun şekilde bilgilendirilmediklerini ve idari gözetim altına alınmalarının hukukiliğine itiraz edebilecekleri etkili herhangi bir yolun bulunmadığını iddia etmişlerdir.

141. Başvurucular son olarak Madde 5 altındaki haklarının ihlaline karşı iç hukukta hiçbir tazminat haklarının olmamasından ötürü Madde 5 § 5 uyarınca şikâyetçi olmuşlardır.

142. Sözleşme Madde 5'in ilgili paragrafları şu şekildedir:

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

...

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

...

2. Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur.

...

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

...

5. Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."

A. Sözleşme Madde 5 § 1 İhlali İddiası

1. İkinci, üçüncü ve dördüncü başvurucuların idari gözetim altına alınması

143. İkinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular idari gözetim altına alınmalarını emreden bir kararın yokluğuna rağmen özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarını iddia etmişlerdir.

144. Hükümet, açıklamalarında, başvurucuların sınır dışı edilmeleri amacıyla idari gözetim altına alınmaları için 19 Ekim 2014'te bir karar verildiğini iddia etmiştir.

145. Mahkeme göç bağlamında yabancıların özgürlüğünün kontrolüne ilişkin Sözleşme Madde 5 § 1 altındaki genel ilkelerine atıfta bulunur (örnek olarak, bakınız, *A. ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* [BD], no. 3455/05, §§ 16264, İHAM 2009, ve *Abdolkhani ve Karimnia v. Türkiye*, no. 30471/08, §§ 128-30, 22 Eylül 2009).

146. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşmeciler Devletlerin, yabancıların ülkeye girişini ve ülkede ikamesini takdir yetkileri çerçevesinde düzenlemeye yetkili olduğunu tekrar eder, ancak bu yetkinin, Madde 5 dahil Sözleşme hükümlerine uygun şekilde kullanılması gerektiğini vurgular. Madde 5 paragraf 1, özgürlük hakkını ortaya koyarken, kişinin fiziksel özgürlüğünü öngörür ve hükmün amacı, hiç kimsenin bu özgürlükten keyfi şekilde mahrum bırakılmamasını temin etmektir (bakınız, somut olaya uyarlanmak üzere, *Ammur v. Fransa*, 25 Haziran 1996, § 42; Reports of Judgments and Decisions 1996-III). Tutulma hem iç hukuk hem de Sözleşme bağlamında hukuki olmalıdır: Sözleşme ulusal hukukun esasa ve usule ilişkin kurallarına uyma şeklinde bir yükümlülük öngörür ve özgürlükten herhangi bir mahrum bırakmanın, bireyleri keyfilikten koruyan Madde 5'in amacı ile uygun olmasını gerektirir (bakınız, yukarıda atıf yapılan *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga*, § 96 ve orada atıf yapılan kararlar).

147. Mahkeme, 6458 sayılı Kanunun Nisan 2014'te yürürlüğe girmesinden önce, Türk hukukunda yabancıların idari gözetiminin usulünü öngören açık yasal hükümlerin yokluğu nedeniyle pek çok ihlal bulmuştur (örnek olarak, bakınız, yukarıda atıf yapılan *Abdolkhani ve Karimnia*, §§ 125-35). Yeni yasa şu anda göç bağlamında idari gözetime açık bir yasal dayanak sağlamakta ve bu süreci düzenleyen usulü ortaya koymaktadır. 57(2). ve 68(3). maddeler, sınır dışı edilmeyi bekleyen

bir yabancının idari gözetim altına alınmasının ya da bu kişinin uluslararası koruma başvurusunun incelenmesinin yerel valiliğin kararına dayanması gerektiğini öngörmektedir (yukarıda 44. paragrafa bakınız).

148. Her ne kadar taraflar bu mesele hakkında açıkça bir yorumda bulunmamış olsa da Mahkeme'nin erişebildiği bilgiler, ebeveynleri eşliğindeki küçüklerin idari gözetimlerinin de 6458 sayılı Kanunun yukarıda değinilen 57(2). ve 68(3). maddeleri tarafından düzenlendiğini göstermektedir.

149. Önündeki meselelere dönmekle, Mahkeme, ikinci, üçüncü ve dördüncü başvuruçuların 18 Ekim 2014'ten 10 Şubat 2015'e kadar Sözleşme Madde 5 anlamında özgürlüklerinden mahrum bırakıldıklarının taraflar arasında ihtilafı olmadığını not eder. Bundan da öte Mahkeme, Hükümetin değindiği 19 Ekim 2014 tarihli idari gözetim kararının sadece birinci başvuruçuya ilişkin olduğuna ve herhangi bir şekilde diğer başvuruçulardan söz etmediğine dikkat çeker. Başvuru dosyasındaki belgelere göre, küçük başvuruçular açısından ilk ve tek idari gözetim kararı, 23 Ocak 2015'te Gaziantep Valiliği tarafından başvuruçuların İstanbul'dan Gaziantep'e nakli akabinde verilen karardır. Bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından da 24 Mayıs 2018 tarihli kararında teyit edilmiştir (yukarıda 36. paragrafa bakınız).

150. Bu koşullar altında Mahkeme, ikinci, üçüncü ve dördüncü başvuruçuların, en azından 18 Ekim 2014 ile 23 Ocak 2015 arasında 6458 sayılı Kanun tarafından öngörülen usule uygun şekilde idari gözetim altına alınmadığının ispat edildiği kanaatindedir. Bu itibarla da bu başvuruçuların söz konusu dönemdeki idari gözetimleri bakımından Sözleşme Madde 5 § 1'in ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

151. Bu tespiti yapmakla Mahkeme, küçük başvuruçuların Sözleşme Madde 5 § 1 gerekliliklerini karşılamayan idari gözetimlerinin diğer yönlerini incelemeye gerek görmemektedir. Ancak Mahkeme, yukarıda Madde 3 bağlamında 111. ve 112. paragraflarda ortaya konulduğu üzere küçük çocukların uygunsuz koşullarda tutulmasının, çocuklara bir yetişkinin refakat edip etmediğinden bağımsız olarak tek başına bir Madde 5 § 1 ihlali bulunması sonucu doğurabileceğini tekrar eder (örnek olarak, bakınız, ikisine de yukarıda atıf yapılan *MubilanzilaMayeka and Kaniki Mitunga*, §§ 102-05 ve *Muskhadzhiyeva ve Diğerleri*, § 74). Mahkeme ayrıca Avrupa Konseyi dahil olmak üzere çeşitli uluslararası örgütlerin, çocukların göç bağlamında tutulmasına derhal ve tamamen

son vermesi konusunda Devletlere giderek daha fazla çağrıda bulunduğu dikkat çeker (yukarıda 67-70. paragraflara bakınız). Mahkeme, ebeveynleri refakatindeki bir çocuğun bir gözetim merkezinde bulunmasının, ancak özgürlüklerini daha az kısıtlayıcı başka herhangi bir önlemin alınmadığının teyit edilmesinden sonra böylesi bir son çare önleminin alındığının ispatlanması halinde Madde 5 § 1 (f)'ye uygun olacağını tespit etmiştir (örnek olarak, bakınız, yukarıda atıf yapılan *Povov*, § 119; ve *A.B. ve Diğerleri*, § 123).

2. Başvurucuların 5 Şubat 2015'ten sonraki idari gözetimi

152. Başvurucular, Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin, idari gözetim altına alınmaları kararının hukuka aykırılığı nedeniyle iptal edildiği 5 Şubat 2015 tarihli kararına rağmen, 10 Şubat 2015'e kadar Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nden serbest bırakılmadıklarını iddia etmişlerdir.

153. Hükümet, Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin 5 Şubat 2015 tarihli kararının tasdikli kopyasının Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ne 10 Şubat 2015 tarihinde ulaştığını, bunun akabinde de başvurucuların idari gözetimden çıkarıldığını öne sürmüştür. Bununla birlikte Hükümet, açıklamalarını, bahse konu mesele bakımından Mahkeme'nin içtihadının farkında olduğunu ve başvurucularının şikâyetinin değerlendirilmesini Mahkeme'nin takdirine bıraktığını ifade ederek noktalamıştır.

154. Mahkeme, öncelikli olarak, yukarıda 145. ve 146. paragraflarda ortaya konulan, özgürlükten mahrum bırakılmanın hukukiliğine ilişkin genel ilkelere ve özellikle de Madde 5'in bireyleri keyfilikten korumaya yönelik amacına atıfta bulunur. Bununla bağlantılı olarak, hukukun üstünlüğüne tabi bir Devlette bir kişinin, serbest bırakılmasına yönelik bir mahkeme kararının varlığına karşın özgürlüğünden mahrum bırakılması tasavvur edilemez (bakınız, *Assanidze v. Gürcistan* [BD], no. 71503/01, § 173, İHAM 2004-II). Her ne kadar Mahkeme, tutulan bir kişinin serbest bırakılmasına ilişkin bir kararın icrasında bir tür gecikmenin anlaşılabilir ve çoğunlukla kaçınılmaz olduğunu kabul etse de, ulusal makamlar böylesi bir gecikmeyi asgaride tutmaya gayret etmek zorundadır (bakınız, *Giulia Manzoni v. İtalya*, 1 Temmuz 1997, § 25, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-IV). Serbest bırakılmaya ilişkin idari formaliteler birkaç saatten fazla bir gecikmeyi meşru kılamaz (örnek olarak, bakınız, iki günlük bir gecikmenin Madde 5 § 1 ihlali doğurduğu *Ruslan Yakovenko v. Ukrayna*, no. 5425/11, §§ 68 ve 69, İHAM 2015).

155. İşbu davada başvurucuların serbest bırakılmasındaki gecikmenin uzunluğu (beş gün) ve Hükümetin böylesi uzun bir gecikmeyi meşru göstermeye yönelik herhangi bir tatmin edici açıklamasının yokluğu göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, başvurucuların 5 ve 10 Şubat 2015 tarihleri arasında keyfi biçimde, Sözleşme Madde 5 § 1 hükümlerinin ihlaline yol açacak şekilde idari gözetim altında tutulduğuna karar vermiştir.

B. Sözleşme Madde 5 § 4 İhlali İddiası

1. Tarafların iddiaları

156. Başvurucular öncelikle idari gözetim altına alınmalarını emreden karar ya da mevcut itiraz mekanizması hakkında uygun şekilde bilgilendirilmediklerini ve idari gözetim altına alınmalarına itiraz etmeye ancak avukatlarının atanmasından sonra imkân bulabildiklerini iddia etmişlerdir.

157. Bundan da öte başvurucular, her ne kadar 6458 sayılı Kanun yabancıların idari gözetiminin hukukiliğinin incelenmesine yönelik bir hukuki mekanizma sağlamış olsa da kendi durumlarında bu mekanizmanın etkili şekilde işleyemediğinden şikâyet etmişlerdir. Neredeyse dört ay süren idari gözetimleri boyunca başvurucular toplamda altı defa bu yola başvurmuşlardır ve ilk beş teşebbüslerinde İstanbul Sulh Ceza Hakimliği tarafından yapılan inceleme tamamıyla etkisiz olmuştur.

158. İkinci, üçüncü ve dördüncü başvurucular yönünden İstanbul Sulh Ceza Hakimliği, bu başvurucuların bir idari gözetim kararının yokluğunda tutuldukları gerçeğine karşın, idari gözetimin hukuka aykırılığını tespit etmekte başarısız olmuştur. İlk başvurucu bakımından ise İstanbul Sulh Ceza Hakimliği, bu başvurucunun idari gözetiminin temelinde yer alan hukukilik durumunu incelemeksizin, idari gözetimin şekli gerekçelerini tekrar etmekle yetinmiş ve başvurucunun iddialarını alakasız ve/veya basmakalıp sebeplerle reddetmiştir. Hakimlik, başvurucunun durumunda uygulanabilecek idari gözetime alternatif uygulamaları, bu alternatifler 6458 sayılı Kanun tarafından sağlanmış olsa da asla göz önünde bulundurmamıştır. Başvurucular, bunun esasen sistematik bir sorun olduğunu ve sulh ceza hakimliklerinin idari gözetimlerine itiraz eden yabancılar bakımından nadiren lehe karar verdiğini öne sürmüşlerdir.

159. Başvurucular ancak altıncı teşebbüslerinden sonra Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin iddialarının düzgün bir incelemesini yaptığını, idari gözetimlerini hukuka aykırı bulduğunu ve serbest bırakılmalarını emrettiğini ifade etmişlerdir. Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin, kararını, ilk başvurucunun başından beri öne sürdüğü iddialara dayandığını vurgulamışlardır. Ayrıca başvurucular Mahkeme'nin dikkatini, serbest bırakılmaları ile sonuçlanan kararın, ancak Mahkeme kendileri bakımından bir tedbir kararı verdikten sonra çıktığı gerçeğine çekmişlerdir.

160. Son olarak başvurucular, İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'nin talepleri hakkında karar vermesinin yedi gün ile kırk üç gün arasında sürdüğünü, dolayısıyla hakimliğin 6458 sayılı Kanun uyarınca yabancıların idari gözetiminin hukukiliğinin incelenmesine yönelik beş günlük süre sınırlamasını aştığını iddia etmişlerdir.

161. Hükümet, hakkında sınır dışı amacıyla idari gözetim kararı verilen kişilere, 6458 sayılı Kanununun 57(6). maddesi uyarınca söz konusu karara karşı sulh ceza hakimliklerine başvurma olanağı sağlandığını beyan etmiştir. Sulh ceza hakimlikleri yüksek sayıda başvuruyu hızlıca inceleme ve serbest bırakılma emri verme yetkinliğini haizdir. Başvurucuların Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin kararı sonrası serbest bırakıldıkları gerçeği doğrultusunda Hükümet, eldeki davanın olguları yönünden Madde 5 § 4'ün ihlal edilmediği görüşündedir. İddialarına destek olarak Hükümet, Türkiye çapında sulh ceza hakimliklerinin, idari gözetim altındaki yabancılardan Ağustos 2015'te aldığı başvurulara ilişkin istatistiksel bilgi sunmuştur ki söz konusu istatistik her 400 başvurudan 100'ünün bahse konu yabancıların serbest bırakılması ile sonuçlandığını göstermektedir. Bundan öte Hükümet, ilk itirazlarının parçası olarak, Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru yolunun Sözleşme altındaki tüm temel hak ve özgürlüklerin ihlali iddiaları yönünden etkili bir giderim sağlayabileceğini savunmuştur.

162. Başvurucular 6458 sayılı Kanun tarafından sağlanan inceleme mekanizmasının, uygulamada hukuka aykırı idari gözetime karşı etkili bir koruma temin etmediği yönündeki iddialarını sürdürmüşler ve Hükümet tarafından sunulan istatistiklerin serbest bırakılmalarından sonraki bir döneme ilişkin olduğunu ifade etmişlerdir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

163. Mahkeme, Madde 5 § 4'ün amacının, gözaltına alınan ve tutuklanan kişilere, maruz bırakıldıkları tedbirin hukukiliğinin yargısal dene-

timi hakkını garanti etmek olduğunu tekrar eder (bakınız, *somut olaya uyarlanacak şekilde, De Wilde, Ooms ve Versyp v. Belçika*, 18 Haziran 1971, § 76, Series A no. 12). Bir başvuru yolu bir kişinin tutulması esnasında sağlanmalıdır ki birey tedbirin hızlı şekilde yargısal denetimini temin edebilsin. Söz konusu denetim, uygun hallerde, serbest bırakmaya yol açabilecek yeterlilikte olmalıdır. Madde 5 § 4'ün gerekli kıldığı yol, sadece teoride değil pratikte de yeterli şekilde kesin olmalıdır, zira aksi halde söz konusu hükmün amaçları doğrultusunda gerekli olan erişilebilirliği ve etkililiği sağlamayacaktır (örnek olarak, bakınız, yukarıda atıf yapılan *Abdolkhani ve Karimnia*, § 139).

164. Mahkeme, yukarıda 147. paragrafta belirtildiği üzere, yabancıların göç kontrolleri bağlamında idari gözetimine ilişkin Türk hukukundaki boşluğun, söz konusu gözetime yasal dayanak sağlamakla kalmayıp aynı zamanda gözetimin hukukiliğini denetlemeye yönelik bir hukuki mekanizma da öngören 6458 sayılı Kanun ile giderildiğini not eder. 6458 sayılı Kanunun 57(6) ve 68(7). maddeleri uyarınca, ilgili hükümler doğrultusunda idari gözetim altına alınan yabancılar, idari gözetimlerinin hukuka uygunluğuna, gözetimin hukukiliği hakkında beş gün içinde kesin karar vermesi gereken sulh ceza hakimlikleri nezdinde itiraz edebilirler.

165. Mahkeme, başvuruçuların, ilgili yasadaki usulü takip ederek idari gözetim altına alınmalarının hukuka uygunluğuna karşı sulh ceza hakimlikleri önünde altı kez itirazda bulduklarına ve ayrıca bu hususta Anayasa Mahkemesi'ne bir bireysel başvuru yaptıklarına işaret eder. Başvuruçular nihayetinde Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin, gözetimlerini

- Gaziantep Valiliği'nin verdiği en son karar doğrultusunda- hukuka aykırı

ilan eden kararını takiben serbest bırakılmışlardır. Dolayısıyla, prensip olarak başvuruçular, idari gözetimlerinin hukuka uygunluğuna yönelik bir karar elde etmelerini sağlayan bir yola başvurma imkânına sahipti. Belirlenmesi gereken husus, iç hukukta mevcut olan yolların işbu davanın özel koşulları bakımından Madde 5 § 4 gerekliliklerini gerçekten karşılayıp karşılamadığıdır.

166. İncelemesini gerçekleştirmeden önce Mahkeme, özgürlükten mahrum bırakılmanın bahse konu bireyin temel hakları üzerindeki çarpıcı etkisi doğrultusunda, tutulmanın hukukiliğine ilişkin tüm yargı-

sal denetim süreçlerinin özellikle seri biçimde yürütülmesi gerektiğini vurgular. Bu ortaya konulmakla, Mahkeme'nin görüşüne göre, özel koşulları düşünülürse -üç çok küçük çocuklu bekar bir anne- mevcut başvuruçuların Madde 5 § 4 altındaki talebi bilhassa acildi.

167. Bununla bağlantılı olarak Mahkeme, yukarıda değinildiği üzere, uluslararası hukukta, "çocuğun üstün yararı" ilkesine uygun şekilde küçüklerin göç kontrolleri bağlamında idari gözetim altına alınması aleyhine geniş bir görüş birliği olduğunu not eder (67-79'uncu paragraflara bakınız). Bu çerçevede içerisinde küçüklerin yine de özgürlüklerinden mahrum bırakıldıkları koşullarda, küçüklerin tutulmasının hukuk uygunluğunun incelenmesinde yerel mahkemelerden özel bir hız ve titizlik istendiğini göz önünde bulundurur.

168. Mahkeme ek olarak uluslararası hukukta göçmenlerin idari gözetimine alternatif tedbirlerin benimsenmesine yönelik hareketin yalnızca çocukları değil, onların ebeveynlerini de ilgilendirdiğini belirtir. Hem Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi'nin Danışma Görüşü'ne hem de Çocuk Hakları Komitesi ile Göçmen İşçiler Komitesi'nin ortak genel yorumuna göre "çocuğun üstün yararı ailenin birlikte tutulmasını gerektirdiğinde, çocuğu özgürlüğünden mahrum bırakmama yönündeki emredici gereklilik çocuğun ebeveynlerini de kapsar ve makamların tüm aile için hürriyeti bağlayıcı olmayan çözümler benimsemesini gerektirir" (yukarıda sırasıyla 70. ve 79. paragraflara bakınız). AKPM 2020 numaralı Kararında benzer şekilde Üye Devletleri çocuğun üstün yararına uygun, idari gözetime alternatif tedbirler benimseye ve göç statülerinin çözüme kavuşturulduğu esnada çocukların hürriyeti bağlayıcı olmayan, toplum temelli bağlamlarda aile üyeleriyle birlikte kalmalarına izin vermeye çağırmıştır. Ek olarak, göçmenlerin insan hakları BM Özel Raportörü, Devletlerin, refakat ettikleri çocukları bulunan göçmenleri idari gözetim altına almanın gerekliliğini dikkatli şekilde değerlendirmesi gerektiğini vurgulamıştır (yukarıda sırasıyla 72. ve 69. paragraflara bakınız). Mahkeme'nin kendisi, Madde 8 altındaki tartışmaların parçası şeklinde olmakla birlikte, çocuğun üstün yararının ailenin bir arada tutulmasına indirgenemeyeceğini ve makamların, çocuklu ailelerin idari gözetim altına alınmasını mümkün olduğunca sınırlamaya yönelik gerekli tüm adımları atmak zorunda olduğunu teyit etmiştir (bakınız, yukarıda atıf yapılan *Popov*, § 147).

169. Dolayısıyla Mahkeme, bu özel tespitleri akılda tutarak, başvuruçuların sahip oldukları, idari gözetimlerinin hukuka uygunluğunun de-

netlenmesini temin etmeye yönelik farklı iç hukuk yollarının etkililiğini inceleyecektir.

(a) Sulh ceza hakimlikleri nezdindeki yargısal denetim mekanizması

(i) İkinci, üçüncü ve dördüncü başvuruların durumu

170. Mahkeme öncelikle, 18 Ekim 2014 ile 23 Ocak 2015 arasında özgürlüklerinden mahrum bırakılmalarını emreden herhangi bir resmi karar olmaksızın idari gözetim altında tutulan ikinci, üçüncü ve dördüncü başvurular bakımından yaptığı Madde 5 § 1 tespitlerini tekrar eder (yukarıda 150. paragrafa bakınız).

171. Sonrasında Mahkeme, Hükümet tarafından öne sürülen 6458 sayılı Kanunun 57(6). maddesinin lafzının, sulh ceza hakimlikleri nezdindeki yargısal denetim sürecinin bahse konu küçük başvurular gibi resmi bir karar olmaksızın idari gözetim altına alınan kişilere etkili bir yol sağlayıp sağlamadığını değerlendirir. Söz konusu hükmün lafzı bire bir okunduğunda, sulh ceza hakimliklerinin yalnızca bir yabancı için idari gözetim altına alınmasını emreden idare kararlarının hukuka uygunluğunu inceleme yetkisinin olduğu, dolayısıyla böyle bir karar olmadan gözetim altına alınanların kapsam dışında bırakıldığı izlenimi uyanmaktadır. Gerçekten de işbu davada İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'nin başvuruların ısrarlı başvurularına verdiği tepki söz konusu lafzi okumayı destekler görünmektedir.

172. Mahkeme bununla bağlantılı olarak ikinci, üçüncü ve dördüncü başvuruların idari gözetimlerinin hukukiliğine İstanbul Sulh Ceza Hakimliği nezdinde itiraz etmeye çalıştıklarını ve en az iki defa, idari gözetim altına alınmalarının hiçbir yasal dayanağı olmadığını açıkça iddia ettiklerini not eder (yukarıda 14-16'ncı paragraflara bakınız). 21 Kasım 2014 tarihli ilk kararında her ne kadar İstanbul Sulh Ceza Hakimliği küçük başvurular bakımından bir idari gözetim kararının yokluğunu kabul etse de başvuruların geri gönderme merkezinde idari gözetim altına alınmalarının hukuka uygunluğu hakkında, görünen o ki tam da ilk etapta oraya yerleştirilmelerini emreden bir kararın bulunmamasından ötürü, bir karar vermemiştir (yukarıda 17. paragrafa bakınız). Takip eden kararlarında hakimlik, incelemesini, küçük başvuruların münhasır koşullarını herhangi bir şekilde takdir etmeksizin, ilk başvurucunun idari gözetiminin hukuka uygunluğu ile sınırlandırmıştır. Bu koşullar altında Mahkeme, 6458 sayılı Kanun tarafından sağlanan yargısal denetim

mekanizmasının, ikinci, üçüncü ve dördüncü başvurucuların kendilerini içinde buldukları gibi bir hukuka aykırı biçimde özgürlükten mahrum bırakılma durumunu telafi etme kabiliyetine sahip görünmediğine hükmetmek durumundadır.

173. Mahkeme başvurucuların idari gözetiminin nihayetinde (Gaziantep'e nakilleri sonrasında) bir düzene kavuşturulduğunun ve başvurucuların akabinde Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'nin kararı sonrasında serbest bırakıldıklarının farkındadır. Ancak bu, başvurucuların kayda değer bir süre boyunca ellerinde etkili bir yol bulunmaksızın hukuki bir belirsizlik içerisinde bırakıldıkları gerçeğini değiştirmez. Bundan da öte Mahkeme, Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin başvurucuların serbest bırakılması ile neticelenen incelemesinin Gaziantep Valiliği'nce verilen idari gözetim kararının hukuka uygunluğu ile sınırlı olduğunu ve başvurucuların İstanbul'da resmi bir karar olmaksızın idari gözetim altında tutuldukları süreye ilişkin olmadığını vurgular.

(ii) İlk başvurucunun durumu

174. Mahkeme Madde 5 § 4'ün, mahkemenin, bir davanın yerinde-lik dahil tüm yönleri bakımından, kendi takdirini karar verici makamın takdiri ile ikame etmesine müsaade edecek boyuta varır bir yargısal denetim hakkı garanti etmediğini tekrar eder. Ancak, denetim, bir kişinin Madde 5 § 1'e uygun olarak hukuki şekilde tutulması için asli olan koşulları kapsayacak ölçüde geniş olmalıdır (örnek olarak, bakınız, yukarıda atıf yapılan *Khalifia ve Diğerleri*, § 128). Bu nedenle bir mahkemenin, incelemesini, tutulmanın şekli gerekçelerinden yola çıkarak temelde yer alan hukuka uygunluğunu değerlendirmeksizin, sadece bu gerekçelerin varlığı ile sınırlandırması yeterli değildir (bakınız, *somut olaya uyarlanmak üzere, Jecius v. Litvanya*, no. 34578/97, § 101, İHAM 2000-IX).

175. Bu bakımdan Mahkeme, İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'nin, ilk başvurucunun idari gözetim altına alınmasını hukuka uygun gören kararlarında, herhangi bir şekilde özgürlükten mahrum bırakmanın "hukuka uygunluğu" için asli olan usule ve esasa ilişkin koşulları ya da gözetim kararının verilmesi ile güdülen amacın meşruluğunu incelemeye dikkat çeker (örnek olarak, bakınız, yukarıda atıf yapılan *Khalifia ve Diğerleri*, § 128 ve *Kadem v. Malta*, no. 55263/00, § 41, 9 Ocak 2003). Hakimlik başvurucunun idari gözetiminin hukuka aykırılığından ötürü uğradığı haksızlığa da hiçbir şekilde değinmemiştir (bakınız, *somut ola-*

ya uyarlanacak şekilde, yukarıda atıf yapılan *Jecius*). Bunun yerine, kısa ve basmakalıp bir formül kullanıp, yalnızca idarenin başvuruçuyu idari gözetim altına alırken dayandığı yasal hükümleri sayarak başvuruçunun idari gözetimini tekrar tekrar hukuka uygun kabul etmiştir.

176. Her ne kadar Madde 5 § 4, bir itirazı inceleyen bir mahkemeye, tutulan bir kişinin beyanlarında öne sürdüğü her iddiaya cevap verme şeklinde bir yükümlülük yüklemese de, mahkeme tutulan kişi tarafından öne sürülen ve Sözleşme bağlamında özgürlükten mahrum bırakmanın "hukuka uygunluğu" için asli olan koşulların varlığını sorgulatma yeterliliğini haiz olan somut gerçeklere alakasızmış gibi davransa ya da bunları göz ardı etseydi, hükmün sağladığı teminatlar içerikten yoksun hale gelirdi (bakınız, *somut olaya uyarlanacak şekilde, Ilijkov v. Bulgaristan*, no. 33977/96, § 94, 26 Temmuz 2001). Mahkeme ayrıca, mahkeme yeterli gerekçeler sunamazsa ya da başvuruçunun iddialarına bir yanıt sağlamayan tekrar eden basmakalıp kararlar verirse bunun, Madde 5 § 4 altındaki teminatı içerikten mahrum bırakarak bir ihlali ortaya çıkarabileceğini not eder. Mahkeme, işbu davada, İstanbul Sulh Ceza Hakimliği tarafından verilen beş karardan bir tanesinin dahi hakimliğin ilk başvuruçudan tarafından sunulan iddiaları dikkate aldığına yönelik bir bulgu içermediğine işaret eder (bakınız, *somut olaya uyarlanacak şekilde, Svipta v. Letonya*, no. 66820/01, § 130, İHAM 2006-III (özetler)).

177. Mahkeme bundan da öte nihayetinde Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'ni ilk başvuruçunun idari gözetiminin hukuka aykırılığına karar vermeye iten olgusal faktörlerin - başvuruçunun idari gözetimini haklı kılacak herhangi bir açıklama ya da delilin yokluğu ve iltica başvurusunu reddeden kesin bir kararın yokluğu gibi - en başından beri var olduğu, zira ilk başvuruçunun sulh ceza hakimlikleri önündeki tüm başvurularında aynı şikâyetlerde bulunduğu gerçeğiyle çarpıcı şekilde yüzleşmiştir (bakınız yukarıda 14-16'ncı ve 20. paragraflar). Mahkeme, başvuruçunun idari gözetimini Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nin perspektifinden hukuka aykırı

kılan faktörlerin neden daha önceden İstanbul Sulh Ceza Hakimliği tarafından dikkate alınmadığını ya da alınmadığını anlamamaktadır.

178. Bu koşullar altında, her ne kadar ilk başvuruçunun nihayetinde 6458 sayılı Kanununun 57(6). maddesinde öngörülen denetim mekanizmasını kullanarak serbest bırakılmasını temin edebilmiş olsa da, Mahkeme, söz konusu mekanizmanın, yukarıda 166-169'uncu paragraflarda or-

taya konulduğu üzere başvuruçunun durumunun özel gerekliliklerine cevap verir şekilde işlediği sonucuna varamamaktadır.

179. Yukarıdaki tespitin ışığında Mahkeme, başvuruçunun, İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'nin incelemesini 6458 sayılı Kanunda öngörülen beş günlük süre içerisinde hızlı şekilde incelemekteki başarısızlığına ilişkin iddiasını ayrıca incelemeye gerek görmemektedir. Bununla birlikte Mahkeme işbu davada, tek tek her bir aşamanın süresinden daha önemli olan hususun, İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'nin art arda verdiği kararlarında gerçekleştirdiği yetersiz incelemenin genel etkisi olduğunu vurgulamak ister. Mahkeme'nin görüşüne göre, söz konusu hakimliğin tutumu ilk başvuruçunun idari gözetiminin meşru olmayan şekilde uzamasına neden olmuş, dolayısıyla da 6458 sayılı Kanun ile öngörülen denetim mekanizmasının etkililiğini kayda değer şekilde zayıflatmıştır.

(b) Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru

180. Mahkeme, başvuruçuların, İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'nden idari gözetimlerinin hukuka aykırılığına yönelik bir karar elde edemediklerinde, 15 Aralık 2014'te- hala Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'nde tutulurken- Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulduklarını ve *diğer hususların yanı sıra*, hem idari gözetimlerinin hukuka aykırılığından hem de İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'nin hukuka uygunluk meselesini etkili bir şekilde inceleme konusundaki başarısızlığından şikâyetçi olduklarını not eder (yukarıda 33. paragrafa bakınız). Başvuruçular, Anayasa Mahkemesi'nin dikkatini, bekar bir anne ve üç küçük çocuk olarak savunmasız durumlarına karşın, idari gözetime alternatif yollar gözetilmeksizin tutuldukları gerçeği ve idari gözetimlerinin temelindeki gerekçeler konusunda bilgilendirilmedikleri hususu dahil olmak üzere, davalarının özel koşullarına çekmişlerdir.

181. Mahkeme öncelikle Sözleşme Madde 5 § 4'ü ulusal anayasa mahkemeleri önündeki davalarda uygulanabilir bulduğuna ve Türk Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunu, başka bağlamlar içerisinde, prensip olarak, Madde 5 § 4 anlamında uygun bir çare sağlama kabiliyetini haiz gördüğüne dikkat çeker (örnek olarak, bakınız, *Mehmet Hasan Altan v. Türkiye*, no. 13237/17, §§ 159-67, 20 Mart 2018).

182. Önündeki olgulara dönmekle, Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin başvuruçuların özgürlük hakkına ilişkin şikâyetlerini ne 9 Ocak 2015 tarihli tedbir talebini reddettiği kararında ne de başvuruçuların

idari gözetimi süresince izleyen herhangi bir aşamada incelemeye girmeyi niyet etmez. Bireysel başvurunun yapılmasından yaklaşık üç buçuk yıl sonra verdiği bir kararında Anayasa Mahkemesi yalnızca, süreç içerisinde başvuru sahiplerinin idari gözetiminin Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği tarafından hukuka aykırı ilan edildiğini ve başvuru sahiplerinin serbest bırakıldıklarını, hukuka aykırı idari gözetimleri nedeniyle idare mahkemeleri nezdinde tazminat talep edebileceklerini tespit etmekle yetinmiştir.

183. Mahkeme başvuru sahiplerinin gerçekten de davaları hala Anayasa Mahkemesi'nde beklerken özgürlüklerini geri kazandıklarını kabul etmektedir. Ayrıca hukuka aykırı idari gözetimleri için idare mahkemelerinden bir miktar tazminat elde edebilme ihtimallerini de göz ardı etmez. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin başvuru sahiplerine, idari gözetimlerinin hukuka aykırılığını tespit eden bir karar elde etmek için aktif şekilde çabaladıklarında Sözleşme Madde 5 § 4 anlamında etkili bir yol sağlayıp sağlamadığı sorusu halen varlığını korumaktadır. Mahkeme, Madde 5 § 4 uyarınca etkili kabul edilebilmesi için bir yolun bir kişinin tutulduğu esnada kişiye erişilebilir kılınması gerektiğini tekrar eder, ki böylece tutulan kişi, tutulmasının hukuka uygunluğunun, uygun koşullarda salıverilmesi ile sonuçlanma kabiliyetini de haiz hızlı bir yargısal denetimini temin edebilsin (örnek olarak, bakınız, *Suso Musa v. Malta*, no. 42337/12, § 51, 23 Temmuz 2013).

184. Mahkeme, başvuru sahiplerinin, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulduktan sonra, mahkemenin şikâyetleri hakkında herhangi bir eylemde bulunmadığı elli gün kadar daha idari gözetimde tutulduklarına işaret eder. Mahkeme her ne kadar bir anayasa mahkemesi nezdindeki davalar bakımından daha uzun inceleme sürelerini - başlangıçtaki tutulma emrinin adil yargılamanın uygun teminatlarını sağlayan bir süreç içerisinde verilmiş olması şartına bağlı olarak (bakınız, *somut olaya uyarlanacak şekilde, Ilmseher v. Almanya* [BD], no. 10211/12 ve 27505/14, § 255, 4 Aralık 2018) - mazur görmeye prensip olarak hazır olsa da, anayasa mahkemeleri de Madde 5 § 4 uyarınca her bir davanın somut koşulları doğrultusunda değerlendirilmesi zorunlu olan hızlılık gerekliliği ile benzer şekilde bağlıdır (ibid., §§ 254 ve 256; *Smatana v. Çek Cumhuriyeti*, no. 18642/04, § 123, 27 Eylül 2007 ve *Knebl v. Çek Cumhuriyeti*, no. 20157/05, § 102, 28 Ekim 2010). Mahkeme, yukarıda belirtilen nedenler uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin işbu davanın özel koşullarının gerektirdiği hız ile hareket etmekte başarısız olduğu görüşündedir.

185. Mahkeme, ilk olarak, tutulma kararının bir yargı makamı tarafından verilmediği hallerde, normal koşullarda bir tutulma kararının bir mahkemece incelenmesinde uygun bulunabilecek olan hızdan çok daha seri bir mahkeme incelemesinin yapılması gerektiğini tekrar eder (örnek olarak, bakınız, *Shcherbina v. Rusya*, no. 41970/11, §§ 65-68, 26 Haziran 2014). İşbu davada başvuruçular bakımından verilen başlangıçtaki idari gözetim kararı idari bir makam olan valilik tarafından verilmiştir- ya da verilmiş olmalıdır. Başvuruçuların İstanbul'da idari gözetim altında tutulduğu ilk üç aylık süre içerisinde idari gözetim kararının hukuka uygunluğunu incelemekle görevli ilk derece mahkemesi olan İstanbul Sulh Ceza Hakimliği böyle bir denetimi ya- ikinci, üçüncü ve dördüncü başvuruçular yönünden- hiç gerçekleştirmemiş ya da yaptığı inceleme herhangi bir etki doğurmamıştır. Bu şartlar altında, incelemesini çok daha hızlı şekilde gerçekleştirmek Anayasa Mahkemesi'ne düşmüştür.

186. Mahkeme, ikinci olarak, başvuruçuların özel koşullarının Anayasa Mahkemesi tarafından özel bir titizlik gösterilmesini gerektirdiğini tekrar eder. Mahkeme, yukarıda çoktan uluslararası hukukta çocuğun üstün yararının korunmasının hem mümkün olduğunca ailenin bir arada tutulmasını hem de küçüklerin idari gözetiminin yalnızca bir son çare olmasını sağlama maksadıyla alternatiflerin göz önünde bulundurulmasını içerdiğini not etmiştir (yukarıda 68-80'inci paragraflara bakınız; ayrıca bakınız, yukarıda atıf yapılan *Popov*, § 141). Bu koşullar altında, ulusal makamların yine de bir çocuğu ve ebeveynlerini göç ile alakalı gerekçeler uyarınca idari gözetim altına almaya karar verdiği olağandışı hallerde, böylesi bir gözetimin hukuka uygunluğunun her aşamada özel bir serilik ile incelenmesi gerektiği izahı varestedir. Dava dosyasında Anayasa Mahkemesi'nin başvuruçular halen idari gözetim altındayken - ki bu önemsiz bir süre değildir- başvuruçuların gözetiminin hukuka uygunluğunu neden inceleyemediğini açıklar bilginin dava dosyasında yer alması ışığında, Mahkeme söz konusu mahkemenin davanın koşullarının gerektirdiği özeni gösterdiği sonucuna varamamaktadır. Bu husus, davanın karışık bir dava olmadığı ve başvuruçuların, idari gözetimlerinin hukukiliğine itiraz eden, doğruluğu daha fazla bir araştırmaya gerek olmaksızın dava dosyasından kolaylıkla teyit edilebilecek açık iddialar sundukları göz önünde tutulursa, özellikle geçerlidir.

187. Üçüncü olarak, Mahkeme, her ne kadar Anayasa Mahkemesi başvuruçuların idari gözetiminin hukuka aykırılığının Gaziantep Sulh Ceza Hakimliği'nce çoktan tespit edildiğine ve dolayısıyla tazminatın

başvurucular bakımından etkili bir yol sağlayacağına karar vermiş olsa da, söz konusu mahkemenin, sulh ceza hakimliğinin kararının başvuru- rucuların önceden İstanbul'da idari gözetim altında tutulmalarına ilişkin olmayıp yalnızca Gaziantep Valiliği tarafından verilen idari gözetim ka- rarının hukuka aykırılığını ilgilendirdiğini belirlemekte başarısız olduğu hususunu vurgulamayı önemli görmektedir. Bunun anlamı, başvuru- cuların İstanbul'daki ilk üç ay süresince idari gözetimlerinin hukuka uy- gunluğunun, Sözleşme Madde 5 § 4'ün gerektirdiği şekilde etkili bir yargısal incelemeye fiiliyatta asla tabi olmadığıdır ki bu, başvuru- cuların söz konusu süre için herhangi bir tazminat elde etme şansını da zayıf- latabilirdi.

(c) Sonuç

188. Yukarıdaki değerlendirmeler, Mahkeme'nin, hem İstanbul Sulh Ceza Hakimliği'nin hem de Anayasa Mahkemesi'nin başvuru- cuların idari gözetiminin hukuka uygunluğunun etkili ve hızlı bir incelemesini yapamamış olmaları gerekçesine dayanarak, başvuru- cuların Sözleşme Madde 5 § 4 altındaki haklarının ihlal edildiği sonucuna varmasını sağ- layacak yeterliliktedir. Mahkeme, bir kez daha, 6458 sayılı Kanunun ön- gördüğü denetim mekanizmasının, eldeki davada olduğu gibi bir küçü- ğün göç bağlamında idari gözetim altına alınmasının idarenin kararına dayanmadığı bir durumda tamamen etkisiz görüldüğüne işaret eder. Ancak bunun dışında, bu başlık altında varılan sonuç, mevcut davanın özel koşulları ışığında değerlendirilmeli ve 6458 sayılı Kanundaki yargı- sal denetleme mekanizmasının ya da Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru usulünün genel etkililiği konusunda şüphe uyandıra- cak bir biçimde algılanmamalıdır.

C. Başvurucuların Sözleşme Madde 5 altındaki diğer şikâyet- leri

189. Başvurucular, Sözleşme Madde 5 §§ 2 ve 5'e dayanarak, öz- gürlüklerinden mahrum bırakılmalarının gerekçeleri hususunda uygun şekilde bilgilendirilmediklerinden ve Madde 5 altındaki haklarının ihlali yönünden iç hukukta bir tazminat haklarının bulunmadığından şikâyet etmişlerdir.

190. Yukarıda Sözleşme Madde 5 §§ 1 ve 4 uyarınca bulunduğu ihlal doğrultusunda Mahkeme, başvuru- cuların söz konusu hüküm altında- ki diğer şikâyetlerini incelemeye gerek görmemektedir (bakınız, *so- mut olaya uyarlanacak şekilde, Zülküf Murat Kahraman v. Türkiye*, no. 65808/10, § 48, 16 Temmuz 2019).

IV. TEK BAŞINA VE MADDE 13 İLE BİRLİKTE DEĞERLENDİRİLDİĞİNDE SÖZLEŞME MADDE 8 İHLALİ DDİALARI

191. Başvurucular- bir anne ve üç küçük çocuğu olarak- kayda değer bir süre boyunca uygunsuz koşullarda tutulmalarının Sözleşme Madde 8 uyarınca özel hayat ve aile hayatı haklarını ihlal ettiğini öne sürmüşlerdir. Bundan da öte, Madde 13 altında, Madde 8 şikâyetleri bakımından herhangi bir etkili başvuru yolları bulunmadığını iddia etmişlerdir.

192. Yukarıda Maddeler 3, 5 § 1 ve 13 uyarınca yaptığı tespitleri göz önünde bulundurarak, Mahkeme, bu davada tek başına ya da Madde 13 ile birlikte değerlendirildiğinde Madde 8'in ihlal edilip edilmediğini ayrıca incelemeye gerek görmemektedir (örnek olarak, bakınız, *Mahmundi ve Diğerleri v. Yunanistan*, no. 14902/10, § 75, 31 Temmuz 2012).

V. SÖZLEŞME MADDE 41'İN UYGULANMASI

193. Sözleşme Madde 41 aşağıdaki hükmü öngörür:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

194. Başvurucular manevi zararları ışığında kişi başına 20,000 avro (EUR) talep etmişlerdir.

195. Hükümet bu isteme aşırı olduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir.

196. Mahkeme, başvurucuların yalnızca ihlal bulunması ile giderilemeyecek manevi zarar çektikleri kanısındadır. Bahse konu ihlallerin ciddiyetini ve hakkaniyet gereklerini göz önünde bulundurarak Mahkeme, bu bölüm altında, (i) ilk başvurucuya 2,250 EUR ve (ii) ikinci, üçüncü ve dördüncü başvurucuların her birine toplamda talep edilen tutarın tümüyle (kişi başı 20,000 EUR) ödenmesine hükmeder.

B. Gider ve harcamalar

197. Başvurucular avukat vekalet ücretleri için 7,906 EUR ve Mahkeme nezdinde doğan diğer tüm gider ve harcamalar için 592 EUR talep etmişlerdir. Taleplerine dayanak olarak, yasal temsilcilerinin Mah-

keme'ye sunulan başvuruda altmış yedi saatlik hukuki iş ifa ettiğini gösterir bir zaman çizelgesi ile ulaşım, çeviri ve posta masraflarını belgeler birtakım faturalar sunmuşlardır.

198. Hükümet, başvuruçuların bu bölüm altındaki taleplerinin, posta ve çeviri giderleri hariç, temellendirilemediği ve aşırı olduğu gerekçesiyle reddedilmesi gerektiğini savunmuştur.

199. Mahkeme'nin içtihadına göre bir başvuruçucu, gider ve harca ma masraflarının karşılanmasına, ancak bunların gerçekten ve zorunlu olarak doğduğu ve miktar açısından ölçülü olduğu gösterildiyse hak kazanır. İşbu davada, elindeki belgeler ve yukarıdaki kriterler ışığında Mahkeme, tüm bölümler altında gider ve harcamalara karşılık toplamda 5,500 EUR bir tutarın ödenmesine hükmetmeyi makul görmektedir.

C. Gecikme faizi

200. Mahkeme gecikme faizinin, Avrupa Merkez Bankası'nın üzerine yüzde üçlük puan eklenmesi gereken marjinal kredi faizi oranına dayanmasını uygun görmektedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYE,

1. Başvuruyu *kabul edilebilir görür;*

2. Başvuruçuların Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşulları nedeniyle Sözleşme Madde 3'ün ihlal edildiğine *hükmeder;*

3. Başvuruçuların Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşulları nedeniyle Sözleşme Madde 3'ün ihlal edildiğine *hükmeder;*

4. Kumkapı Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşullarından şikâyetçi olmaya yönelik etkili yolların yokluğu nedeniyle Madde 3 ile birlikte değerlendirildiğinde Madde 13'ün ihlal edildiğine *hükmeder;*

5. Başvuruçuların Gaziantep Geri Gönderme Merkezi'ndeki idari gözetim koşullarına ilişkin Madde 3 ile birlikte değerlendirildiğinde Madde 13 altındaki şikâyetlerini incelemeye gerek olmadığına *hükmeder;*

6. Sözleşme Madde 5 § 1'in ihlal edildiğine *hükmeder;*

7. Sözleşme Madde 5 § 4'ün ihlal edildiğine *hükmeder;*

8. Sözleşme Madde 5 §§ 2 ve 5 altındaki şikâyetleri incelemeye gerek olmadığına *hükmeder*;

9. Sözleşme Madde 8 altındaki şikâyeti tek başına ya da Madde 13 ile birlikte değerlendirildiğinde incelemeye gerek olmadığına *hükmeder*;

10. Aşağıdakilere *hükmeder*;

(a) davalı Devlet, başvuruçulara, kararın Sözleşme Madde 44 § 2'ye uygun şekilde kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihinde uygulanan kur üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere aşağıdaki miktarları ödeyecektir:

(i) manevi zarar itibarıyla ilk başvuruçuya, uygulanabilecek herhangi bir vergi ilave edilmek üzere, 2,250 EUR (iki bin iki yüz elli avro);

(ii) manevi zarar itibarıyla ikinci, üçüncü ve dördüncü başvuruçuların her birine, uygulanabilecek herhangi bir vergi ilave edilmek üzere, 20,000 EUR (yirmi bin avro);

(iii) gider ve harcamalar itibarıyla müştereken, uygulanabilecek herhangi bir vergi ilave edilmek üzere, 5,500 EUR (beş bin beş yüz avro);

(b) yukarıda bahsedilen ödemeye kadarki üç aylık sürenin bitiminden itibaren, yukarıdaki miktarlar üzerinden, Avrupa Merkez Bankası'nın gecikme süresi içerisindeki marjinal kredi faiz oranına eşit bir oranda basit faiz, yüzde üçlük puan ilave edilmek üzere, ödenebilir hale gelecektir;

11. Oy birliğiyle, başvuruçuların diğer adil tazmin iddialarını *reddeder*.

Mahkeme Kuralları Kural 77 §§ 2 ve 3 uyarınca İngilizce yazılmış ve 15 Ekim 2019 tarihinde yazılı şekilde tebliğ edilmiştir.

Hasan Bakırcı

Yazışleri Müdür Yardımcısı

Robert Spano

Başkan

Ayrımcılık Yasağı

-
- *Şule Bayburt Başvurusu (AYM)*
-



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ŞULE BAYBURT BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/38724)

Karar Tarihi: 21/7/2020

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Yıldız SEFERİNOĞLU Basri BAĞCI
Raportör	: Şermin BİRTANE
Başvurucu	: Şule BAYBURT

I. BAŞVURUNUN KONUSU

2. Başvuru, velayeti annesinde olan çocuğun annenin soyadını taşıması talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkı ile birlikte incelenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/12/2017 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. 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 ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 30/1/1991 tarihinde evlenmiştir ve 15/8/2005 doğum tarihli bir oğlu bulunmaktadır. Başvurucunun eşi 6/4/2009 tarihinde vurularak öldürülmüştür. Başvurucu kendi isteğiyle nüfusta babasının soyadı olan Bayburt soyadını almıştır.

10. Başvurucu 9/11/2015 tarihinde Manisa 2. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) çocuğun adının ve soyadının değiştirilmesi, annesinin soyadını kullanmasına karar verilmesi istemiyle dava açmıştır. Dava dilekçesinde; eşinin mafya tarafından başından kurşunlanarak öldürüldüğünü, kendisinin ve ailesinin mafyanın tehdidine maruz kalmaları nedeniyle ikametgâhlarını değiştirdiklerini, çocuğunun hâlen tehdit altında olması nedeniyle babasının soyadını taşımasının sakıncalı olduğunu belirtmiştir. Başvurucu ayrıca kendisinin soyadı ile oğlunun soyadının farklı olması nedeniyle oğlunun okul hayatında ve sosyal alanda, kamu kurum ve kuruluşları ile olan taleplerde zorluklar yaşadığını ifade etmiştir. Bunun yanı sıra çocuğun adı ve soyadının çevrede alay konusu olduğunu, çocuğun rencide olup kendisini mutsuz hissettiğini vurgulamıştır.

11. Mahkeme 26/1/2016 tarihinde adın değiştirilmesi talebinin kabulüne, soyadı değişikliği talebinin reddine karar vermiştir. Karar gerekçesinde, evlilik birliği içinde doğan çocukların baba soyadıyla nüfus hanesine kaydedileceği, velayet hakkı tanınmış olmasının anneye çocuğun soyadı değişikliği için dava açma hakkı vermediği ve çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmedeği sürece çocuğun soyadının değiştirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

12. Başvurucunun temyiz istemi Yargıtay 8. Hukuk Dairesi tarafından 2/11/2017 tarihinde reddedilerek karar onanmıştır. Nihai karar başvurucuya 29/11/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucu 6/12/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

14. İlgili hukuk için bkz. *Nurcan Yolcu* [GK], B. No: 2013/9880, 11/11/2015 §§ 13-15, 38; *Gülbu Özgüler* [GK], B. No: 2013/7979, 11/11/2015; §§ 13-15, 45; *Deniz Altınbaş ve diğerleri*, B. No: 2014/2033, 26/10/2017, §§ 15-23.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

15. Mahkemenin 21/7/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

16. Başvurucu, haklı sebepleri bulunmasına rağmen çocuğun soyadını değiştirme talebinin reddedildiğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca çocuğun velayetinin kendisinde olduğunu ve velayetin soyadını belirleme hakkını da kapsadığını, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan soyadı hakkının kadına tanınmamasının ayrımcılık teşkil ettiğini, Anayasa Mahkemesinin emsal kararlarında eşitlik ilkesinin ihlal edildiğinin tespit edildiğini ifade etmiştir. Başvurucu, bu nedenlerle aile hayatına saygı hakkı ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

17. Bakanlık görüşünde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre soyadı alınmasında cinsiyete bağlı ayrımcılığın ortadan kaldırılması gerektiğinin vurgulandığı, yeni doğanların nüfusa kayıt sırasında sadece babanın soyadını alabileceği şeklindeki kuralların kadınlara yönelik çok katı ve gereksiz bir uygulama olarak değerlendirildiği ve çocuğun annenin soyadını almasının engellenmesinin cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunun belirtildiği ifade edilmiştir. Bakanlık görüşünde ayrıca konuyla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına da detaylı olarak yer verilmiştir.

18. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı cevabında başvuru formundakine benzer beyanlarda bulunmuştur.

B. Değerlendirme

19. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak
20. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes, özel hayatına ... saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir...”

20. Anayasa'nın 41. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

...

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

...”

21. 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).

22. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan isim ve soyadı hakkının da kişinin özel hayatının bir unsuru olduğu açıktır. Dolayısıyla cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim ve soyadı hakkı da Anayasa'nın 20. maddesi kapsamındadır (isim hakkı ile ilgili olarak bkz. *Hacı Ahmet Eskikanbur*, B. No: 2015/2944, 9/1/2019, § 27). Bununla birlikte somut başvuruda olduğu gibi velayeti anneye verilen çocuğun annenin soyadını alması yönündeki talep, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olduğundan Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı kapsamında ele alınmalıdır. Bu bağlamda, eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiası da bulunduğu somut başvurunun Anayasa'nın 20. maddesiyle bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir (aynı konuda bkz. *Gülbu Özgüler* [G.K.], B. No: 2013/7979, 11/11/2015, § 37).

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ayrımcılık yasağı ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

24. Anayasa Mahkemesi 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararında, eşitlik ilkesinin aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirdiğini, kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinsle göre ayrıcalıklı duruma getirilmesinin bu ilkeye aykırılık oluşturacağını, eşitliğin bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamayacağını, kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu çerçevede yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımların haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı hâlde sadece cinsiyete dayalı ayrımların eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluşturduğunu vurgulamıştır (AYM, E.2010/119, K.2011/165, 8/12/2011).

25. Evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağını belirten 21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçesinde, kadın ve erkeğin evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmaları gereğine yer veren uluslararası sözleşme hükümlerine de atıf yapılmış; eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda oldukları, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağı belirtilmiştir (AYM E.2010/119, K.2011/165, 8/12/2011).

26. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi, boşanmış eşlerin

çocuklarının soyadının belirlenmesi noktasında velayet hakkının kullanılması bakımından kadın ve erkek arasında farklı şekilde gerçekleştirilen işlemlere yönelik uyuşmazlıkların konu edildiği başvuruları detaylı şekilde ele almış ve genel ilkeleri belirleyerek bir sonuca ulaşmıştır (*Nurcan Yolcu* [GK], B. No: 2013/9880, 11/11/2015; *Gülbu Özgüler* [GK], B. No: 2013/7979, 11/11/2015). Söz konusu kararlarda Anayasa Mahkemesi tarafından eşlerin evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olduğu, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır (*Nurcan Yolcu*, §§ 49-51).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

27. Yukarıda yer verilen ilkeler kapsamında somut başvuru açısından tespiti gereken hususlar, başvurucuya ayrımcı bir muamelede bulunulup bulunulmadığı, bu muamele farklılığının haklı ve objektif gerekçelere dayanıp dayanmadığı ve kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir oransal bağın kurulup kurulmadığıdır.

28. Anayasa Mahkemesi, erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğuracağını belirtmiştir (AYM E.2010/119, K.2011/165, 8/12/2011). Somut olayda evlilik bağı içinde doğmuş çocuğa her durumda sadece babanın soyadının verileceğinin kabul edildiği, haklı nedenler bulunması durumunda dahi anneye çocuğa soyadını verme imkânı tanınmadığı görülmektedir. Bu bakımdan olayda erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiği açıktır (*Nurcan Yolcu*, § 46; *Gülbu Özgüler*, § 53).

29. Söz konusu farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçeye dayanıp dayanmadığının tespiti bakımından derece mahkemelerinin karar gerekçelerine bakıldığında çocuğun reşit oluncaya kadar babanın soyadını taşıyacağı, ergin oluncaya kadar soyadını değiştirmesinin mümkün olmadığı yorumuna dayanıldığı görülmektedir. Velayeti annede bulunan çocuğun annenin yanında kalması ve onun gözetiminde

yetiştirilmesi dikkate alındığında çocuk ile annenin farklı soyadları taşıması sosyal hayatta özellikle sağlık, eğitim, ulaşım gibi alanlarda birtakım zorluklara sebebiyet vermektedir. Annenin yetkililerin neden soyadı kendi soyadından farklı olan çocukla birlikte bulunduğu yönündeki sorularıyla karşılaştığı, her seferinde özel hayatına ilişkin hususları açıklamak zorunda bırakıldığı bilinmektedir. Olayda başvuru, bazı güvenlik risklerinin yanı sıra kendisinin soyadı ile oğlunun soyadının farklı olması nedeniyle oğlunun okul hayatında ve sosyal alanda, kamu kurum ve kuruluşları ile olan taleplerde zorluklar yaşadığını belirtmiş olmasına rağmen derece mahkemelerinin kararlarında başvuru iddialarının değerlendirilmediği görülmektedir. Mahkeme tarafından ergin olmayan çocukların soyadlarını değiştirmelerinin mümkün olmadığı belirtilmek suretiyle dava reddedilmiş olup başvuru taleplerinin haklı nedenlere dayalı olup olmadığı araştırılmamış, bu konuda herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir. Bu bakımdan olayda cinsiyete dayalı farklı bir muamelenin söz konusu olması ve bu farklılığı haklı kılabilecek önemli nedenlerin ortaya konulması gereğine rağmen belirtilen muamele farklılığını haklı gösterecek nitelik ve kapsamda bir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmaktadır.

30. Çocuğun bir aileye mensubiyetinin belirlenmesi amacıyla bir soyadı taşıması ile nüfus kütüklerindeki kayıtların güvenilirliği ve istikrarının sağlanmasında çocuğun ve kamunun açık bir menfaati bulunmakla birlikte çocuğun soyadına ilişkin belirlemelerde yalnızca babanın soyadının esas alınması ve bunun sürdürülmesi suretiyle öngörülen farklılık karşısında annenin soyadının çocuğa verilmesinin söz konusu menfaatlerin tesisine nasıl bir olumsuz etkide bulunacağını yargısal makamlarca açıklanmadığı tespit edilmiştir (*Nurcan Yolcu*, § 49).

31. Derece mahkemesi kararında velayet hakkı tanınmış olmasının anneye çocuğun soyadı değişikliği için dava açma hakkı vermediği ve çocuk reşit oluncaya kadar veya baba 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca soyadını değiştirmede çocuğun soyadının değiştirilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Bu bakımdan yargı mercilerinin söz konusu yorumu nedeniyle annenin çocuğun soyadını değiştirme yönündeki taleplerinin haklı nedenlere dayalı olduğunu mahkemeler önünde dinletebilmesi bütünüyle engellenmektedir. Dolayısıyla çocuğun soyadı bakımından benimsenen kuralın hiçbir istisnasının kabul edilmemesi, haklı sebepler bulunduğunu ileri sürmeye dahi olanak vermeyecek şekilde aşırı katı yorumlanması

aile hayatına saygı hakkı ile kamu düzeni amacı arasında adil denge sağlamaktan uzak olup ayrımcılık yasağını ihlal etmektedir.

32. Açıklanan gerekçelerle aile hayatına saygı hakkı ile birlikte ele alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

33. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı 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.”

34. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesini istemiş ve 6.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

35. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019). 36. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı

belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

37. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin 1 numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunun doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), §§ 57-59, 66, 67).

38. İncelenen başvuruda, derece mahkemesi tarafından çocuğun soyadı bakımından benimsenen kuralın haklı sebepler bulunduğunu ileri sürmeye dahi olanak vermeyecek şekilde yorumlanması nedeniyle Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkı ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

39. Bu durumda aile hayatına saygı hakkı ile birlikte ele alınan ayrımcılık yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini

ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

40. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

41. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Aile hayatına saygı hakkıyla birlikte ele alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkıyla birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinde tanımlanan ayrımcılık yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin aile hayatına saygı hakkıyla birlikte incelenen ayrımcılık yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Manisa 2. Asliye Hukuk Mahkemesine (26/1/2016 tarihli ve E.2015/771, K.2016/63 sayılı kararla ilgilidir) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 257,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

F. Ödemenin, kararın tebliğini takiben başvurucunun 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,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 21/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan

Kadir ÖZKAYA

Üye

Engin YILDIRIM

Üye

Celal Mümtaz AKINCI

Üye

Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye

Basri BAĞCI

