

T.C. ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA

Başvuru Konusu : Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na yapılmış bulunan 2024/3205 numaralı bireysel başvuru dosyasına *amicus curiae* sıfatıyla hukuki mütalaa sunulması hakkında.

***Amicus Curiae* Sıfatıyla**

Mütalaa Sunan Kurum : Hakikat Adalet ve Hafıza Çalışmaları Derneği
Ömer Avni Mah. İnönü Cad. Akar Palas No:14 Kat 1 Beyoğlu
İstanbul

Bireysel Başvuru Sahibi : Selamettin Ata

Vekili : Av. Yakup Güven

İçindekiler

GİRİŞ.....	2
BAŞVURUYA KONU OLAYLARIN ÖZETİ.....	3
Soruşturma Süreci.....	3
Kovuşturma Süreci.....	5
İstinaf ve Temyiz Süreci.....	5
Anayasa Mahkemesi Önündeki Süreç.....	6
DEVLETİN YAŞAM HAKKINI KORUMA VE ÖNLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	6
DEVLETİN YAŞAM HAKKI İHLALİ İDDİASINI ETKİLİ ŞEKİLDE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	11
SONUÇ	16

GİRİŞ

1. *Amicus Curiae*¹ sıfatıyla bu hukuki mütalaayı sunan Hakikat Adalet ve Hafıza Çalışmaları Derneği (Hafıza Merkezi), 28–31 Mart 2006 tarihleri arasında Diyarbakır’da gerçekleşen protestolar sırasında kolluk kuvvetleri tarafından kullanılan gaz fişeginin vücuduna isabet etmesi sonucu 8 yaşındaki Enes Ata’nın yaşamını yitirmesiyle ilgili 2024/3205 numaralı Selamettin Ata başvurusuna, uluslararası insan hakları hukuku, anayasa hukuku ve ceza hukuku doktrini ve içtihatları ışığında değerlendirmelerde bulunma fırsatı sunduğu için Sayın Mahkeme’ye teşekkürlerini sunar.
2. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nde üçüncü taraf olarak görüş sunulmasına dair bir usul düzenlenmemiş de olsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü’nün 44/3(a) maddesine eklenen “*Bir başvuru, İçtüzüğün 51/1 veya 54/2(b) maddeler uyarınca davalı Sözleşmeci Tarafa bildirildikten sonra, Daire Başkanı, Sözleşme’nin 36/2. maddesinde öngörüldüğü şekilde adaletin uygun şekilde yönetilmesi amacıyla, yargılamaya taraf olmayan bir Sözleşmeci Tarafı veya başvuran olmayan ilgili bir kimseyi, yazılı görüşlerini sunmaya veya istisna durumlarda duruşmada yer almaya davet edebilir veya buna izin verebilir*” hükmüne dayanarak, *amicus curiae* sıfatıyla Sayın Mahkeme’ye hukuki görüşümüzü sunarak insan haklarının ve temel özgürlüklerin tam olarak ve en etkili şekilde korunması hedefine katkıda bulunmayı amaçlamaktayız.
3. Hafıza Merkezi, avukatlar, gazeteciler, akademisyenler ve hak savunucuları tarafından İstanbul’da kurulmuş ve geçmişte yaşanan ağır insan hakları ihlallerine ilişkin hakikatin sosyolojik ve hukuki boyutlarıyla ortaya çıkarılması, uluslararası standartlarda belgelenmesi, bu ihlaller ile ilgili toplumsal hafızanın güçlendirilmesi, mağdurların adalet arayışlarında desteklenmesi ve cezasızlıkla mücadele edilmesi amacıyla çalışan bir sivil toplum kuruluşudur. Güvenlik güçlerinin karıştığı iddia edilen yaşam hakkı ihlallerinde yapısal sorunların belgelenmesi ve izlenmesi, Hafıza Merkezi’nin temel çalışma alanları arasındadır.
4. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı’nın 2021 yılında kabul ettiği “İnsan Hakları Eylem Planı”nda, “ilk amaç, daha güçlü bir insan hakları koruma sistemi; ilk hedef de insan haklarına dayalı hukuk devleti anlayışının güçlendirilmesi” olarak belirlenmiştir.² Temel hak ve özgürlüklerin tam olarak korunabilmesi ve hukuk devleti anlayışının güçlendirilebilmesi için geçmişte yaşanan ağır insan hakları ihlallerinde cezasızlıkla mücadele vazgeçilmez bir rol oynamaktadır. Bu bakımdan, cezasızlık sorununun yargısal alandaki tezahürünü, devletlerin uluslararası sorumluluklarını da dikkate alarak değerlendirmek son derece önemlidir.
5. Başvuru konusu olayda yaşamını yitiren kişinin çocuk olması, protestoların barışçıl niteliğiyle birlikte değerlendirilmesi gereken orantısız güç kullanımı, etkisiz soruşturma pratiği, delillerin kaybolması ve yargılamada yaşanan ciddi eksiklikler yalnızca Enes

¹ Latince bir hukuk terimi olan *amicus curiae* kelimenin tam anlamıyla ‘mahkemenin dostu’ anlamına gelmektedir. *Amicus curiae* davanın tarafı olmayan, sadece mahkemeye herhangi bir dava hakkında bilgi vererek davanın karara bağlanma sürecine yardımcı olan, ancak davalı ya da davacıyla herhangi bir bağı olmadığı için tarafsızlığına güvenilen kişidir.

² İnsan Hakları Eylem Planı, <https://insanhaklarieylemplani.adalet.gov.tr/resimler/insanhaklarieylemplaniTR.pdf>

Ata'nın ailesi için değil, benzer olaylarda yaşamını yitiren tüm mağdurlar ve kamu vicdanı açısından da cezasızlık pratiğinin sürekliliğini gözler önüne sermektedir.

6. Bu çerçevede, sunulan bu görüş, yaşam hakkının korunması, devletin etkili soruşturma yürütme yükümlülüğü ve güvenlik güçlerinin gaz fişegi kullanım biçimi gibi başlıklar altında Anayasa Mahkemesi'nin önündeki değerlendirmeye uluslararası sözleşmeler, insan hakları organları ve mekanizmaları tarafından oluşturulan içtihat ve hukuk doktrini çerçevesinde katkı sunmayı amaçlamaktadır.
7. Cezasızlıkla mücadele konusunda önemli çalışmalarda bulunan Hafıza Merkezi'nin Selamettin Ata Başvurusu hakkında hukuksal görüş bildirme istemi, ilgili alandaki birikimlerinin Sayın Mahkeme tarafından değerlendirilmesi ve bireysel başvuru konusu ihtilafa içkin hukuksal sorunlar hakkında anayasal korumanın güçlendirilmesine, ihlallerin tekrarının önlenmesine ve kamu makamlarının hesap verebilirliğinin teminine katkı sunma arzusundan kaynaklanmaktadır.

BAŞVURUYA KONU OLAYLARIN ÖZETİ

8. 24-25 Mart 2006 tarihlerinde, Muş, Bingöl ve Diyarbakır illeri arasında bulunan Şenyayla bölgesinde güvenlik güçleriyle çıkan çatışmada yaşamını yitiren PKK üyeleri için, başta Diyarbakır olmak üzere çeşitli şehirlerde cenaze törenleri ve protesto eylemleri düzenlenmiştir. 28 Mart 2006'da Diyarbakır'daki cenaze töreninin ardından başlayan protestolar, kentin birçok semtine yayılmış ve 31 Mart 2006'ya kadar devam etmiştir. Diyarbakır Barosu'nun raporuna göre, yaşları 12 ila 18 arasında değişen 203 çocuk ve 364 yetişkin olmak üzere toplam 567 kişi gözaltına alınmış; olaylarda 10 kişi hayatını kaybetmiştir.³
9. Hayatını kaybedenler arasında, başvurucunun yakını olan Enes Ata da yer almaktadır. Diyarbakır'daki Vakıf İlköğretim Okulu'nun birinci sınıf öğrencisi olan Ata, okuldan eve erken dönmüş, ardından teyzesine gitmek üzere evden çıktığı sırada vücuduna isabet eden gaz fişegi nedeniyle yaşamını yitirmiştir.

Soruşturma Süreci

10. Ata'nın ölümüyle ilgili olarak Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından re'sen soruşturma başlatılmıştır. Bu kapsamda 30 Mart 2006 tarihinde yapılan otopside, Ata'nın ateşli silah mermisi niteliğindeki bir gaz fişegiyle kalp, diyafram ve mide bölgesinden yaralandığı; bu yaralanmalar sonucu iç kanama ve kan kaybına bağlı olarak hayatını kaybettiği tespit edilmiştir. Otopsi raporunda, Ata'nın midesinden siyah renkte, uç kısmı dörtgen biçiminde olan, 1,5 cm eninde ve 5 cm boyunda 12 calibre bir gaz fişegi çıktığı belirtilmiştir. Söz konusu mühimmat, 2006/95 numarasıyla adli emanette kayıt altına alınmıştır.
11. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, olayda kullanılan gaz fişeginin niteliği, kullanılış amacı ve şeklinin belirlenmesi ile atış mesafesinin tespiti amacıyla, Diyarbakır Kriminal Polis Laboratuvarı'ndan inceleme yapılmasını talep etmiştir. Bu kapsamda, Ata'nın

³ Diyarbakır Barosu, *Herkes için Adalet Projesi Sonuç Raporu*, "28 Mart 2006 Tarihlerinde Diyarbakır İlinde Meydana Gelen Olaylarla İlgili Değerlendirmeler," s. 115-144, [Erişim adresi](#).

üzerinden çıkan kazak ve tişörtün de laboratuvara gönderilmesi istenmiştir. Ancak tişörtün imhasına dair herhangi bir talep bulunmamasına rağmen, inceleme sonrasında söz konusu tişört imha edilmiştir.

12. Diyarbakır Kriminal Polis Laboratuvarı'nın 12 Nisan 2006 tarihli ekspertiz raporunda, incelemeye gönderilen gaz fişeginin, 12 numaralı gaz fişegine ait, plastikten mamul ve uç kısmında kurşun parçası bulunan bir mühimmat olduğu belirtilmiştir. Raporda, mühimmat üzerinde atıldığı silaha özgü karakteristik izler bulunmadığı ve bu nedenle teşhis niteliği taşımadığı değerlendirilmiştir. Bu rapor üzerine özel yetkili Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, dosyayı genel yetkili Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'na devretmiş; soruşturma işlemlerine 2006/8945 numaralı dosya üzerinden devam edilmiştir. Ölüm nedeniyle re'sen başlatılan soruşturmanın yanı sıra, Enes Ata'nın ailesinin avukatlarının şikâyeti üzerine açılan dosya da bu soruşturma dosyası ile birleştirilmiştir.
13. Savcılık, 27 Kasım 2006 tarihinde Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'ne yazı yazarak, Ata'nın ölümüne ilişkin soruşturmada delillerin toplanmasını talep etmiştir. Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü, 10 Mayıs 2007 tarihli cevabında, 30 Mart 2006 günü saat 10.50 sıralarında Sento Caddesi'nde ve saat 13.35 sıralarında Medine Bulvarı'nda toplanan bir grubun çevredeki işyerlerine, araçlara ve güvenlik güçlerine taşlı saldırıda bulunduğunu; saat 14.45 sıralarında ise 10 Nisan Polis Merkezi'ne yönelik yoğun taşlı saldırı üzerine gruba uyarı yapıldığını, ancak grubun dağılmaması üzerine panzerlerle su sıkılarak ve gazlı müdahale gerçekleştirilerek grubun dağıtıldığını bildirmiştir. Yazıda ayrıca, olaylar sırasında Özel Harekât Şube Müdürlüğü bünyesinde kullanılan 40 mm x 46 RP707-CS 7,0 LOT DPF 10/97 gaz fişeginin, M16 A2 marka uzun namlulu silaha monteli 40 mm LAUNCHER bomba atar aparatı ile birlikte kullanıldığı; bu silah ve aparatların polis memurları H.A., B.Ö. ve N.Ö.'ye zimmetli olduğu ve olaylar sırasında kullanıldığı belirtilmiştir. Gaz silahlarının marka ve teknik özelliklerine ilişkin bilgilerin, Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğü'nden geldikten sonra iletileceği de ifade edilmiştir. Ayrıca, Enes Ata'nın babasıyla yapılan görüşmede, çocuğunu hastaneye götüren kişiyi tanımadığını söylediği; olay gününe ait görüntülerin yer aldığı bir DVD'nin de savcılığa sunulduğu belirtilmiştir.
14. Polis memurları H.A., B.Ö. ve N.Ö.'nün ifadeleri, öncelikle görevli bulundukları Ankara'da "bilgi sahibi" sıfatıyla alınmıştır. Bu ifade işlemlerinden sonra dosyaya giren yazışmalar üzerine, söz konusu kişilerin ifadeleri bu kez "şüpheli" sıfatıyla alınmıştır.
15. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, 16 Mayıs 2012 tarihinde, üç polis memuru H.A., B.Ö. ve N.Ö.'nün yargılanabilmesi için soruşturma izni talep etmiştir. Ancak bu talep, 25 Temmuz 2012 tarihinde Diyarbakır Valiliği tarafından reddedilmiştir. Ret kararına yapılan itiraz üzerine, Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi 4 Aralık 2012 tarihinde bu kararı kaldırarak soruşturma izni verilmesine hükmetmiştir.

Kovuşturma Süreci

16. Bu kararın ardından, Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı 22 Kasım 2013 tarihinde polis memurları hakkında olası kastla ölüme neden olma suçundan iddianame düzenlemiştir. 9 Aralık 2013 tarihli kararla, Enes Ata'nın davası, aynı olaylar sırasında gaz fişeği kullanımı sonucu hayatını kaybeden Mahsum Mızrak'ın davası ile birleştirilmiştir.
17. Enes Ata'nın ölümü nedeniyle açılan davanın ilk duruşması, birleştirildiği Mahsum Mızrak davasının 13 Mayıs 2014 tarihinde yapılan 22. duruşmasında görülmüştür.
18. Yargılama sırasında, Mahsum Mızrak'ın kafasına saplanarak ölümüne neden olan gaz fişeği yerine adli emanete av tüfeği fişeği konulduğu; Enes Ata'nın ölümüne neden olan ve adli emanette bulunan gaz fişeğinin kaybolduğu; Ata'nın üzerindeki kanlı tişört ile olay gününe ait polis telsiz konuşmalarının ise herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın imha edildiği ortaya çıkmıştır.
19. 13 Ekim 2015 tarihinde görülen 28. duruşmada, Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi, daha önce Mahsum Mızrak'ın başından çıkan gaz fişeği ile adli emanetteki gaz fişeğinin farklı olması nedeniyle yaptığı suç duyurusuna benzer şekilde, bu kez Enes Ata'nın vücudundan çıkan gaz fişeğinin adli emanette bulunmaması gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuştur. Ancak delillerin kaybedilmesi ve yok edilmesine ilişkin başlatılan soruşturmada ise takipsizlik kararı verilmiştir.
20. Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 26 Nisan 2018 tarihinde, suçun sanıklar tarafından işlendiğinin sabit olmadığı gerekçesiyle sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir:

“Söz konusu gaz fişeklerinin bulunamaması, adli emanetten kaybolması sebebiyle suç konusu delillerin atıldığı silah ya da silahların tespit edilememesi, sanıkların tüm aşamalarda tutarlı ve ısrarlı bir biçimde suçlamaları inkâr etmeleri, ölümlere neden olan kapsüllerin sanıkların silahlarından ateşlendiğine dair tanık beyanı, kamera görüntüsü, uzmanlık raporu gibi somut, maddi delillerin elde edilememesi nedeniyle mevcut deliller arasında sanıkların beyanına itibar edilmiştir. Mevcut şüphe sanıklar lehine değerlendirilerek, isnat edilen suçun sanıklar tarafından işlendiği sabit görülmediğinden, müsnet suçtan ayrı ayrı beraatlerine karar vermek gerekmiştir.”

İstinaf ve Temyiz Süreci

21. Enes Ata'nın ailesinin avukatları, Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin beraat kararına karşı istinaf yoluna başvurmuştur. İstinaf dilekçesinde özetle, davadaki delillerin Emniyet tarafından yok edilmesi nedeniyle sanıklar hakkında delil yetersizliğinden beraat kararı verilmesinin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir.
22. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi, 26 Şubat 2019 tarihinde, yerel mahkeme kararında usule ilişkin eksikler bulunduğu gerekçesiyle beraat hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Bu karar üzerine Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yeniden görülmeye başlanan davada, 10 Ekim 2019 tarihinde sanıklar H.A., B.Ö. ve N.Ö. hakkında bir kez daha beraat kararı verilmiştir. Bu karara karşı yapılan istinaf başvuruları ise, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi'nin 15 Ekim 2020 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

23. Bu karar, 2 Aralık 2020 tarihinde Ata ailesinin avukatları tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 1 Kasım 2023 tarihinde temyiz başvurularını reddederek beraat hükmünü onamıştır.

Anayasa Mahkemesi Önündeki Süreç

24. Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin onama kararının ardından, Enes Ata'nın ailesinin avukatları tarafından Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulmuştur. 8 Ocak 2024 tarihinde yapılan başvuru kapsamında, Adalet Bakanlığı'nın görüşü 7 Kasım 2024 tarihinde iletilmiş; bu görüşe 27 Kasım 2024 tarihinde verilen cevapla yazışma süreci tamamlanmıştır. Selamettin Ata başvurusu, 2024/3205 başvuru numarasıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdesttir.
25. Bakanlık görüşünde özetle, polisin görevini yerine getirirken karşılaştığı zorluklar, modern toplumların yönetimindeki güçlükler ve insan davranışlarının öngörülemezliği dikkate alınarak, pozitif yükümlülüklerin yetkililer üzerinde aşırı bir yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir.

DEVLETİN YAŞAM HAKKINI KORUMA VE ÖNLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

26. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesi, yaşam hakkını güvence altına almaktadır:

“Herkesin yaşam hakkı yasa tarafından korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece verilmiş bir hüküm uyarınca bu cezanın infaz edilmesi hali dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.”

27. AİHS'in 2. maddesi, yalnızca yaşam hakkını güvence altına alan bir hüküm olmayıp, aynı zamanda bir kişinin yaşamdan yoksun bırakılmasının hangi koşullarda ve hangi şartlar altında haklı görülebileceğine dair kuralları da belirlemektedir. Bu yönüyle, Sözleşme'deki en temel hükümlerden biridir ve savaş hali dahil olmak üzere, AİHS'in 15. maddesi uyarınca yükümlülüklerin askıya alınmasına izin verilmeyen maddeler arasında yer alır.⁴
28. AİHM'e göre, Sözleşme'nin 2. maddesinin lafzı öncelikle kişilerin kasten öldürülmesine izin vermemektedir. Yaşam hakkına yönelik müdahalede güç kullanımı “mutlak zorunlu” olmalıdır.⁵ Mahkeme, “mutlak zorunlu” ifadesiyle, devlet müdahalesinin Sözleşme'nin 8-11. maddelerinin 2. fıkralarında öngörülen “demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı” kriterinden daha katı ve zorlayıcı bir gereklilik standardı taşıması gerektiğini vurgulamaktadır. Ölümcül gücün mutlak zorunlu ve orantılı şekilde kullanıldığını ispat yükümlülüğü devlete aittir.⁶
29. Bu bağlamda Mahkeme, ölümcül güç kullanımının yasallığını, sınırlarını ve sorumluların tespit edilip cezalandırılmasına ilişkin hukuki ve idari çerçevenin varlığını; ayrıca, operasyonun mümkün olduğunca ölümcül güç kullanımını azaltacak, sivillere en az zarar

⁴ *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, B. No: 18984/91, 05.09.1995, para. 47.

⁵ *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, para. 148.

⁶ *Bektaş ve Özalp v. Türkiye*, B. No: 10036/03, 20.04.2010, para. 57.

verecek şekilde düzenlenip düzenlenmediğini ve yetkililerin aldıkları tedbirlerin seçiminde herhangi bir ihmâl bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir.⁷

30. Zira yaşam hakkı kapsamında devlet, negatif yükümlülük olarak yetki alanındaki hiçbir bireyin yaşamına kasıtlı ve hukuka aykırı olarak son vermemekle; pozitif yükümlülük olarak ise, tüm bireylerin yaşam hakkını kamu makamları, diğer bireyler ve kişinin kendisi tarafından doğabilecek risklere karşı korumakla sorumludur.
31. Devlet, sorumluluğunun bulunduğu durumlarda can kaybı yaşandığında, yaşam hakkını korumak için elindeki tüm imkanları kullanarak yasal ve idari çerçevenin gereğince uygulanmasını sağlamak ve bu hakka yönelik ihlallerin durdurulması ile sorumluların cezalandırılması için etkili idari ve yargısal tedbirler almakla yükümlüdür.
32. Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan bu başvuruda, polislerin protestolar sırasında gaz fişegi kullanması sonucu meydana gelen ölüm nedeniyle yaşam hakkına müdahale söz konusudur. Bu nedenle, öncelikle gaz fişegi kullanımının Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca "mutlak zorunlu", "gerekli" ve "orantılı" olup olmadığı değerlendirilmelidir.
33. AİHM kararlarında "ciddi ve ölümcül yaralanmalara sebep olabilecek bir silah" olarak tanımlanan biber gazı ve gaz fişeklerinin kullanıldığı söz konusu gösteriler, 24-25 Mart 2006 tarihlerinde örgüt üyelerinin cenaze törenlerinin ardından başlamıştır. 2911 sayılı Kanun uyarınca, toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin kanuna aykırı düzenlenmesi halinde, önce topluluğa dağılmaları, aksi halde zor kullanılarak dağıtılacakları yönünde uyarı yapılması gerekmektedir. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) "Zor ve Silah Kullanma" başlıklı 16. maddesi uyarınca polisler, direnen kişilere karşı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fiziki engeller, polis köpekleri ve atları ile diğer hizmet araçlarını kullanarak fiziki güç uygulama yetkisine sahiptir.
34. Bu bağlamda öncelikle, bir eylemin hangi durumlarda kanuna aykırı sayılacağı tespit edilmelidir. AİHM'in yerleşik içtihatlarına göre, 2911 sayılı Kanun toplantı ve gösterilerin düzenlenmesi için izin şartı öngörmemekte; ayrıca, önceden bildirim yapılmaması da bir toplantı veya gösterinin "izinsiz ve kanuna aykırı" sayılmasını gerektirmemektedir.⁸ Bir toplantı veya gösteri, ancak şiddete başvurulması ya da şiddetin teşvik edilmesi halinde kanuna aykırı sayılabilir. Bununla birlikte, toplantı ve gösterilere katılan belirli kişi veya grupların şiddete başvurusu, tüm toplantı ve gösteriyi barışçıl olmaktan çıkarmaz. AİHM'e göre, şiddete başvuran kişiler topluluktan uzaklaştırılmalı ve barışçıl şekilde toplantı ve gösteri hakkını kullanmak isteyenler için gerekli koşullar sağlanmalıdır. Bu şartlar sağlanmadığı takdirde, barışçıl bir toplantı veya gösteriye müdahale etmek, AİHS'in 11. maddesinde güvence altına alınan toplantı ve gösteri özgürlüğünün ihlaline yol açabilecek ve böyle bir durumda güç kullanımı "mutlak zorunluluk" kriterini karşılamayacaktır.

⁷ *Makaratzis v. Yunanistan* [BD], B. No: 50385/99, 20.12.2004, para. 60 ve *Natchova ve Diğerleri v. Bulgaristan* [BD], B. No: 43577/98 ve 43579/98, 06.07.2005, para. 95.

⁸ *Oya Ataman v. Türkiye*, B. No: 74552/01, 05.12.2006; *Giuliani ve Gaggio v. İtalya* [BD], B. No: 23458/02, 24.03.2011; *Kudrevicius ve Diğerleri v. Litvanya* [BD], B. No: 37553/05, 15.10.2015; *Bukta ve Diğerleri v. Macaristan*, B. No: 25691/04, 17.07.2017; *Navalnyy v. Rusya* [BD], B. No: 29580/12, 15.11.2018.

35. AİHM, 28-31 Mart 2006 tarihleri arasında yaşanan olaylara ilişkin olarak, burnuna isabet eden gaz bombasıyla yaralanan başvurucuya dair *Abdullah Yaşa ve Diğerleri v. Türkiye*,⁹ göz yaşartıcı fişeğin başına isabet etmesi sonucu hayatını kaybeden başvurucuyla ilgili *Ataykaya v. Türkiye*¹⁰ ve Anayasa Mahkemesi önündeki bu başvuruya konu olayla bağlantılı ve kovuşturma sürecinde birleştirilen Mahsum Mızrak'ın yaşamını yitirmesiyle ilgili *Mızrak ve Atay v. Türkiye*¹¹ başvurusu da dahil olmak üzere şimdiye kadar üç karar vermiştir.
36. Mahkeme, bu kararlarda güvenlik güçleri tarafından atılan gaz fişeği sonucu ölümlerin veya yaralanmaların meydana geldiğine; söz konusu kişilerin şiddet uygulayan gösterici grubuna dahil olmadığına, tesadüfen göstericiler ile güvenlik güçleri arasında kaldığına ve olay sırasında yüzlerini gizleyen güvenlik güçleri tarafından vurulduğuna dair Hükümet'in herhangi bir itirazda bulunmadığını kaydetmiştir.¹² AİHM, ulusal makamlar veya Mahkeme önünde görülen yargılamanın hiçbir aşamasında, ölen veya yaralanan kişilerin ilgili bölgede silahlı saldırı yapmayı ya da şiddete başvurmayı planladığını gösteren bir delil bulunmadığını; bunun da ölümcül güç kullanımının zorunluluğu bağlamında dikkate alınması gereken önemli bir unsur olduğunu kabul etmiştir.¹³ Bu koşullarda, kullanılan gücün "mutlak zorunlu" olduğundan bahsedilemeyecektir.
37. AİHM, bu kararlarda ayrıca güvenlik güçlerinin gaz fişeği kullanım biçimine ve göz yaşartıcı gazlarla ilgili Sözleşme'ye uygun düzenleyici mevzuatın bulunmamasına dikkat çekmiş; devletin her türlü tehlikeyi en aza indirmek için gerekli özeni göstermediğine hükmetmiştir.¹⁴
38. Göz yaşartıcı gaz kullanımına ilişkin yasal düzenlemeler, daha önce birçok AİHM kararında detaylı şekilde incelenmiştir.¹⁵ Göz yaşartıcı gazın kullanım koşulları, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 15 Aralık 2008 tarihli ve 19 sayılı Genelgesi'nde düzenlenmiştir. Bu genelge, Göz Yaşartıcı Gaz Silahları ve Mühimmatları Kullanım Talimatı'na atıfta bulunmaktadır. Genelgede, PVSK'nın 16. maddesine referans verilerek, göz yaşartıcı gazların güvenlik güçleri tarafından görevlerini yerine getirirken kullanmalarına izin verilen silahlar arasında yer aldığı belirtilmiştir. Ayrıca, gazın açık ve kapalı alanlarda hangi koşullarda kullanılacağı ve etkili şekilde fayda sağlanabilmesi için dikkat edilmesi gereken hususlar açıklanmıştır. Buna göre, göz yaşartıcı gaz kullanılmadan önce mutlaka ikazda bulunulmalı; uzman ve eğitilmiş polisler, hava koşullarını göz önünde

⁹ *Abdullah Yaşa ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 44827/08, 16.07.2013.

¹⁰ *Ataykaya v. Türkiye*, B. No: 50275/08, 22.07.2014.

¹¹ Dava henüz iç hukukta derdestken, Mahsum Mızrak'ın annesi, babası, kız ve erkek kardeşleri 22 Eylül 2012 tarihinde AİHM'e başvuruda bulunmuştur. AİHM, 18 Ekim 2016 tarihli kararında, devletin Mahsum Mızrak'ın yaşam hakkını koruyamadığını ve ölümüyle ilgili etkili bir soruşturma yürütmediğini tespit ederek, AİHS'in 2. maddesinin maddi ve usuli boyutlarının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, başvuruculara 63.000 Euro manevi tazminat ve 6.000 Euro yargılama gideri ödenmesine hükmetmiştir (*Mızrak ve Atay v. Türkiye*, B. No: 65146/12, 18.10.2016).

¹² *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 46.

¹³ Benzer yönde başka bir karar için bkz. *Cangöz ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 7469/06, 26.04.2019, para. 106.

¹⁴ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 57-58.

¹⁵ *Oya Ataman v. Türkiye*, B. No: 74552/01, 05.12.2006; *Ali Güneş v. Türkiye*, B. No: 9829/07, 10.04.2012; *Abdullah Yaşa ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 40-42; *İzci v. Türkiye*, B. No: 42606/05, 23.07.2013, para. 95-99; *Ataykaya v. Türkiye*, para. 57-58; *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 55.

bulundurarak, doğrudan insan vücudu hedef alınmaksızın, belirli bir mesafeden, direkt veya gergin atış yapmak yerine, “yatay ya da 45 derecenin altında bir açıyla eğimli atış yapılmalıdır.”

39. Ciddi yaralanmalara ve hatta ölümlere yol açma riski taşıyan bu gazların kullanım şekli, doğrudan yaşam hakkını ilgilendiren bir müdahale olması sebebiyle, sadece bir genelge ile değil, uluslararası insan hakları standartlarıyla uyumlu bir kanun ile düzenlenmelidir.¹⁶ Nitekim, AİHM 2013 yılında verdiği bir kararında; işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen Sözleşme’nin 3. maddesi ile toplantı ve gösteri özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinin ihlal edildiğine dair 40’tan fazla karar verdiğini; 20’den fazla kararında ise etkili soruşturma yükümlülüğünün ihlal edildiğine hükmedildiğini ve o dönemde, 3. ve/veya 11. maddenin ihlal edildiği iddiasını içeren 130’dan fazla başvurunun Mahkeme önünde derdest olduğunu belirtmiştir.¹⁷ Bu bağlamda, göz yaşartıcı gaz kullanımına ilişkin yeterli güvencelerin olmaması ve ölüm ile yaralanma risklerinin en aza indirilmesi zorunluluğu nedeniyle, Sözleşme’nin 46. maddesi uyarınca Türkiye’ye bu konuda teminatları güçlendirme ve yasal düzenleme yapma yükümlülüğü getirilmiştir.¹⁸
40. Ancak AİHM, 28-31 Mart 2006 tarihleri arasında yaşanan olaylara dair üç başvuruyu değerlendirirken, göz yaşartıcı gaz ve fişek gibi öldürücü olmayan silahların kullanımına ilişkin yasal düzenlemeleri incelemiş; olayların gerçekleştiği dönemde Türk hukukunda, gösteriler sırasında bu tür malzemelerin kullanımına dair özel bir hüküm bulunmadığı ve kullanım şekline ilişkin herhangi bir talimatın yer almadığı sonucuna ulaşmıştır:

“[...] Mahkeme, mevcut davaya konu olaylarla aynı dönemde gerçekleşen gaz fişegi atılması sonucu yaralanmaların yaşandığı *Abdullah Yaşa ve diğerleri* davasında, gaz fişeklerinin kullanımına ilişkin yasal düzenlemeleri incelediğini hatırlatmaktadır. Olayların meydana geldiği dönemde Türk hukukunda, gösteriler sırasında bu malzemelerin kullanımını düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığı ve kullanım şekline dair herhangi bir talimatın yer almadığı tespit edilmiştir. Nitekim, 28-31 Mart 2006 tarihleri arasında Diyarbakır’da gerçekleşen olaylarda, Tarık Ataykaya’nın da aralarında bulunduğu iki kişinin gaz fişekleriyle öldürülmüş olması dikkate alındığında, polislerin bağımsız hareket ederek tutarsız girişimlerde bulunabildikleri; uygun eğitim ve talimatlardan yararlanılmış olsaydı, bu durumun muhtemelen önlenilebileceği anlaşılmaktadır. Mahkeme’ye göre, bu durum Avrupa’daki çağdaş demokratik toplumlarda yaşam hakkının “kanun tarafından” korunması gerekliliğinin tam olarak yerine getirilmediğini ortaya koymaktadır.”¹⁹

41. Toplantı ve gösteri özgürlüğüne yönelik müdahalelerde operasyonun planlanması ve yürütülmesi ayrı bir önem taşımaktadır. Zira AİHM’e göre, kişilerin yaşam hakkına yönelik gerçek ve yakın bir riskin bulunduğu ve polislerin bu hakkı korumak amacıyla bir operasyon planlaması gereken durumlarda, yerine getirilmesi gereken en temel unsurlardan biri; operasyonda yer alacak ekiplerin belirlenmesi, bu ekipler arasındaki

¹⁶ *Makaratzis v. Yunanistan* [BD], para. 59 ve *Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 19807/92, 25.04.2006.

¹⁷ *İzci v. Türkiye*, para. 95-99.

¹⁸ *Abdullah Yaşa ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 60; *İzci v. Türkiye*, para. 95-99; *Ataykaya v. Türkiye*, para. 71-75.

¹⁹ *Ataykaya v. Türkiye*, para. 57; *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 55.

görev ve sorumlulukların netleştirilmesi ve iletişimin etkin biçimde koordine edilmesidir.²⁰

42. AİHM, örgüt üyelerini yakalamak için düzenlenen bir operasyon sırasında sivillere ait evlere dikkat edilmeden ateş açılması sonucu, evinin balkonunda başından vurularak hayatını kaybeden Havva Ergi'nin başvurusuna ilişkin değerlendirmelerinde, sivil hayatın kazara kaybını önlemek ve mümkün olan en aza indirmek için, karşıt gruba yönelik güvenlik operasyonlarının planlanması ve yöntem seçimi aşamalarında gerekli tüm önlemlerin alınması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, ani gelişen olaylarda karmaşanın kaçınılmaz olabileceğini kabul etse de sivil yaşamın korunması için tedbir alınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.²¹
43. Polislik gibi, kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla yürütülen ve kişilerin yaşamı ile fiziksel bütünlüğü açısından tehlike potansiyeli taşıyan faaliyetler söz konusu olduğunda, kamu makamlarının bu faaliyetlerin güvenli bir şekilde yerine getirilmesi için makul tedbirler alması gerekmektedir. Devletin, bu tür faaliyetlerin işletimi, güvenliği, kontrolü ve denetimine ilişkin alacağı makul tedbirler aracılığıyla bireylerin yaşamını koruma yönünde pozitif bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük, gerekli teknik donanımın sağlanması ve etkili denetim yoluyla hizmetin, kişilerin yaşamı ve fiziksel bütünlüğü bakımından güvenli şekilde sürdürülebilmesini de kapsamaktadır.²²
44. Her ne kadar Adalet Bakanlığı görüşünde “özellikle polisin görevini yerine getirirken karşılaştığı zorluklar, modern toplumların yönetilmesinin zorluğu ve insan davranışlarının öngörülemezliği gözetilerek pozitif yükümlülüklerin yetkililer üzerinde aşırı bir yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiği” ifade edilmiş olsa da, AİHM, Diyarbakır gibi o dönemde silahlı çatışmaların sıkça yaşandığı bir şehirde, bu alanda eğitim almış ve deneyim sahibi polislerin, eylemlerinin ölümle sonuçlanmasını istememiş olsalar bile, sivillerin zarar görmesini mümkün olan en üst düzeyde önleyecek şekilde organize olmalarını beklemektedir.²³
45. Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi önünde yürütülen yargılama sırasında, sanık polisler göstericileri dağıtmak amacıyla gaz fişegi kullandıklarını kabul etmiştir. Sanık polis N.Ö., “40-50 tane fişek atmış olabilirim” şeklinde beyanda bulunmuştur. Esas hakkında mütalaada ise, olayla ilgili olarak 400 adet gaz bombası girişi yapıldığı; bu gaz bombalarından 12'sinin H.A.'ya, 12'sinin N.Ö.'ye ve 33'ünün B.Ö.'ye zimmetlendiği, toplamda 57 gaz bombasının adı geçen personele zimmetli olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, M203 launcher bomba atar silahlardan 82 adet bulunduğu; 156186 seri numaralı silahın B.Ö.'ye, 187327 seri numaralı silahın H.A.'ya ve 156094 seri numaralı silahın N.Ö.'ye zimmetlendiği, ancak gaz bombalarının seri numarası bulunmadığı ifade edilmiştir.
46. Netice itibarıyla protestolar sırasında 10 kişi hayatını kaybetmiştir. Ancak gerek soruşturma gerekse ceza davası sürecinde, somut olayda göz yaşartıcı gaz ve fişek kullanımının uygunsuz biçimini haklı gösterecek herhangi bir açıklama getirilememiştir.

²⁰ Tagayeva ve Diğerleri v. Rusya, B. No: 26562/07, 13.04.2017, para. 562-574.

²¹ Ergi v. Türkiye, B. No: 23818/94, 28.07.1998.

²² Benzer yönde AYM kararı için bkz. Demirkaya başvurusu, B. No: 2020/8844, 26.07.2022, para. 59-64.

²³ Subaşı ve Çoban v. Türkiye, B. No: 20129/07, 09.07.2013, para. 38.

AİHM, 28–31 Mart olaylarına ilişkin kararlarında, Mahkeme’ye sunulan dava dosyalarından, özellikle çok sayıda güvenlik görevlisinin gösteriler sırasında kaotik bir şekilde göz yaşartıcı gaz kullandığını; bu tür silahları kullanmaya yetkili kolluk personelinin sayısının net şekilde ortaya konulmadığını; haklarında kovuşturma yürütülen üç polisin kullandığı bomba atarlarla, ölen kişinin başından çıkarılan fişegın çapının uyuşmadığını ve bu nedenle fişegın söz konusu silahlardan atılmadığının ceza davası sırasında doğrulandığını tespit etmiştir.²⁴

47. AİHM’e göre, başvuruya konu olaylarda göz yaşartıcı gaz fişegının kullanılma biçimi ve bu tür mühimmatın kullanımına dair yasal bir düzenlemenin bulunmaması, sivillerin karşı karşıya kalabileceği tehlikelerin en aza indirilmesi yönünde gerekli özenin gösterilmediğini ortaya koymaktadır. Mahkeme bu bağlamda şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Mahkeme, atış biçiminin tespitine yönelik gerekli araştırmaları yapma yükümlülüğünün öncelikle ulusal makamlara ait olduğu kanaatindedir. Ancak yerel düzeyde yürütülen bilirkişi incelemeleri inandırıcılıktan uzaktır ve başvuruçuların atışın doğrudan ve gergin şekilde yapıldığı yönündeki iddialarını çürütecek nitelikte değildir. Gaz fişegının nasıl atıldığını kesin biçimde belirlemek mümkün olmasa da, Mahkeme, *Abdullah Yaşa ve diğerleri* kararında olduğu gibi (yukarıda anılan karar, § 48), meydana gelen yaralanmaları dikkate alarak atışın çan eğrisi biçiminde değil, doğrudan ve gergin şekilde yapıldığını değerlendirmektedir. Mahkeme’ye göre, bu şekilde yapılan bir atış, ciddi hatta ölümcül yaralanmalara yol açabileceği için, uygun bir kolluk faaliyeti olarak kabul edilemez.”²⁵

48. Tüm bu nedenlerle AİHM, yaşam hakkının maddi boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir. Hafıza Merkezi, Anayasa Mahkemesi önündeki işbu başvuruda farklı bir sonuca varılmasını gerektirecek yeni bir durum bulunmadığı kanaatindedir ve devletin, yaşam hakkını koruma ve ihlalleri önleme yönündeki yükümlülüklerini yerine getirmediği görüşünü paylaşmaktadır.

DEVLETİN YAŞAM HAKKI İHLALİ İDDİASINI ETKİLİ ŞEKİLDE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

49. AİHS’in 1. maddesi, yaşam hakkını düzenleyen 2. maddeyle birlikte okunduğunda, taraf devletlere, doğal olmayan ölümleri soruşturma yönünde usule ilişkin bir yükümlülük getirmektedir. Devlet, Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkına yönelik bir müdahalenin, ivedilikle, tarafsız ve bağımsız makamlar tarafından, özenli, şeffaf ve yalnızca teoride değil, pratikte de etkili bir şekilde soruşturulmasını sağlamakla yükümlüdür.²⁶
50. Yürütülecek soruşturma, öncelikle olayın meydana geldiği koşulların aydınlatılmasını; ardından sorumluların belirlenerek cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır. Yetkililer, görgü tanığı ve şüpheli ifadeleri ile adli tıp bulguları dahil olmak üzere olayla

²⁴ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 56.

²⁵ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 57-58.

²⁶ *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, para. 161.

ilgili tüm delilleri elde etmek amacıyla, gecikmeksizin ve makul sürede gerekli adımları atmalıdır.²⁷

51. AİHM, bazı durumlarda soruşturmanın ilerlemesini zorlaştıran engel veya güçlüklerin ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, ölümcül güç kullanımına ilişkin soruşturmalarda yetkililerin gecikmeksizin harekete geçmesi; hukukun üstünlüğüne olan bağlılık konusunda kamuoyunun güvenini korumak ve yasadışı eylemlere karşı herhangi bir iş birliği ya da hoşgörü izlenimini engellemek açısından özel bir öneme sahiptir.²⁸
52. Bu bağlamda AİHM, soruşturmanın ivedilikle ve re'sen başlatılmış olmasını yeterli görmemiştir. Mahkeme, ifadelerin geç alınması, kıyafetler üzerinde gerekli incelemelerin yapılmaması gibi soruşturma sürecindeki ciddi gecikme ve eksikliklerin, soruşturmanın güvenilirliğini zedelediğine ve dolayısıyla etkililiğini zayıflattığına karar vermiştir.²⁹
53. Bu nedenle, görgü tanıklarının ve şüphelilerin ifadelerinin ivedilikle alınması son derece önemlidir. AİHM, beş çocuğun ölümünden sorumlu tutulan askerlerin ifadelerinin önce tanık sıfatıyla, ancak 13 ay sonra şüpheli olarak alınmasının, etkili soruşturma yükümlülüğüne aykırı olduğuna karar vermiştir.³⁰ Mahkeme'ye göre, başlıca şüphelilerin bu kadar geç sorgulanması, AİHS'in 2. maddesi uyarınca gerekli özenin gösterilmediğini ortaya koymaktadır. Bu durum, adli makamlar ile güvenlik güçleri arasında örtülü bir iş birliği olduğu ve güvenlik görevlilerinin eylemlerinden dolayı hesap verme yükümlülüğü bulunmadığı izlenimini yaratmaktadır. Mahkeme, savcının öldürme olayına ilişkin soruşturma süresince dar bir perspektifle hareket ettiğine ve olay gününde gerçekten ne yaşandığını ortaya çıkarmak için yeterli çabayı göstermediğine de dikkat çekmiştir.³¹ Ayrıca, ifadelerin içerik açısından birbirine benzer olması, bu ifadelerin baskı altında alındığına işaret edebilecek bir unsur olarak değerlendirilmiştir.³²
54. Somut davada, polisler tarafından verilen ifadelere bakıldığında, beraat kararında da belirtildiği üzere, tanık ve sanık konumundaki polisler, kalabalığı dağıtmak amacıyla hedef gözetmeden gaz fişeği kullandıklarını tutarlı şekilde beyan etmişlerdir. Her ne kadar soruşturma re'sen başlatılmış olsa da polislerin ifadeleri olaydan uzun bir süre sonra alınmıştır. Örneğin, Mahsum Mızrak'ın yaşamını yitirmesine ilişkin olarak, bazı polislerin ifadeleri ancak 6 Temmuz 2007 tarihinde, yani olayın üzerinden yaklaşık bir yıl beş ay geçtikten sonra alınabilmektedir. Hakkında ceza davası açılan polislerin ilk duruşması ise ancak Ocak 2010'da olaylardan yaklaşık üç yıl on ay sonra yapılmıştır.³³ Başvuruya konu bu olayda ise başlangıçta polisler hakkında soruşturma izni verilmemiş, ancak Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi'nin 04 Aralık 2012 tarihli kararıyla soruşturma izni verilmemesi kararı kaldırılmış ve şüpheliler hakkında soruşturma açılabilmesi olaydan ancak yedi yıl sonra mümkün olabilmektedir.

²⁷ *Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 89.

²⁸ *Tahsin Acar v. Türkiye* [BD], B. No: 26307/95, 08.04.2004, para. 224.

²⁹ *Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 92-95.

³⁰ *Gülbahar Özer ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 44125/06, 02.07.2013, para. 69.

³¹ *Gülbahar Özer ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 69; *Ataykaya v. Türkiye*, para. 55.

³² *Gülbahar Özer ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 71.

³³ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 62.

55. İfadelerin yanı sıra, yargılama sürecinde, başvuruçuların yakınlarının yaşamını yitirmesine neden olan gaz fişeginin, polisler tarafından kullanılan gaz atarlarla atılmadığı tespit edilmiştir. Zira bu gaz atarların, ilgili fişegin kalibresiyle uyumlu olmadığı belirlenmiştir. Dahası, ölüme yol açan ve adli emanete alınan gaz fişeginin daha sonra kaybolduğu, yerine ise adli emanete bir av tüfeği fişegi konulduğu anlaşılmıştır.
56. AİHM, başvuruçuların yakınlarının cenazelerinin kıyafetlerinden arındırılarak hastaneye sevk edildiği ve bu kıyafetlerin savcının talimatı üzerine güvenlik güçleri tarafından imha edildiği bir davada, bu uygulamayı eleştirmiştir. Mahkeme, Türkiye’de güvenlik güçleri tarafından öldürülen kişilerin kıyafetlerinin imha edilmesi ya da kanıt olarak saklanmaması yönündeki uygulamanın, etkili bir soruşturma yürütülmesini engellediğini değerlendirmiştir. Özellikle bu kıyafetlerin, vurulma mesafesinin belirlenmesi ve başvuruçuların yakınlarının hukuka aykırı şekilde öldürüldüğü yönündeki iddiaların doğruluğunun araştırılması bakımından önemli delil niteliği taşıyabileceğini vurgulamıştır.³⁴
57. AİHM’e göre, ifadelerin geç alınması ya da hiç alınmaması, ayrıca ölüm olayına ilişkin kıyafet, parmak izi veya balistik inceleme gibi maddi delillerin kaybedilmesi ya da imha edilmesi, yürütülen soruşturmanın yetersizliğini ortaya koymaktadır. Mahkeme, bu tür eksikliklerin bulunduğu durumlarda, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın açıkça yetersiz olduğu ve birçok önemli soruyu yanıtsız bıraktığı kanaatindedir. Bu nedenle, söz konusu ölümün gerçek nedenlerinin ortaya çıkarılamayacağını ve Mahkeme’nin soruşturma sonunda ulaşılan karara itibar edemeyeceğini değerlendirmektedir³⁵.
58. Nitekim bu tür soruşturma eksiklikleri, faillerin tespit edilememesine ve dolayısıyla cezalandırılmamasına yol açmaktadır. AİHM, 28–31 Mart 2006 tarihli olaylara ilişkin kararlarında, polislerin kar maskesi takarak yüzlerini gizlemeleri nedeniyle teşhis edilemediklerini; silah kullanma yetkisine sahip kişi sayısının net olarak belirlenemediğini; önce üç polisin, ardından 23 polisin daha isminin bildirildiğini, ancak tüm polislerin kimliklerinin eksiksiz şekilde sunulmadığını; göz yaşartıcı gaz kullanan polislerin teşhis edilememesi nedeniyle tanık ya da şüpheli sıfatıyla sorgulanamadıklarını tespit etmiştir. Mahkeme, bu durumun Sözleşme’nin 2. maddesiyle bağdaşmadığını belirtmiştir.³⁶
59. AİHM, bu yaklaşımını, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü’nde polisler tarafından dövülen ve biber gazına maruz bırakılan; bu nedenle beş gün iş göremezlik raporu alan bir başvuruçunun davasında da sürdürmüş ve Sözleşme’nin 3. maddesinin hem maddi hem usul boyutlarının ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁷ Mahkeme, yürütülen soruşturmayla ilgili olarak, polis memurlarının kimlik numaralarını gizlediğini ve kasklarında herhangi bir numara bulunmadığını; bu nedenle çoğu polisin ifadeye dahi çağrılmadığını tespit etmiştir. Yalnızca aşırı güç kullandığını kabul eden altı polis memuru suçlu bulunmuş,

³⁴ *Cangöz ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 133. Ayrıca bkz. *Erdoğan ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 61, 80, 93; *Gülbahar Özer ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 19, 67, 68; *Kavaklıoğlu ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 15397/02, 06.10.2015, para. 86.

³⁵ *Cangöz ve Diğerleri v. Türkiye*, para. 137.

³⁶ *Ataykaya v. Türkiye*, para. 50-53.

³⁷ *İzci v. Türkiye*, para. 75.

kalan 48 polis memuru delil yetersizliği nedeniyle beraat etmiştir. Polislerin teşhis edilmesindeki zorlukların ceza yargılamasını uzattığını ve bu durumun zamanasını nedeniyle davanın düşmesine yol açabileceğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, polislerin fiillerinin planlanmasına ve gerçekleştirilmesine ilişkin hususların yeterince araştırılmadığına, soruşturmanın bu yönüyle eksik kaldığına kanaat getirmiştir.

60. Bu tespitler, Anayasa Mahkemesi önündeki işbu başvuru bakımından da evleviyetle geçerlidir. Zira 28–31 Mart 2006 tarihli olaylar sırasında, sayıları tam olarak bilinmemekle birlikte çok sayıda polisin görev almış olmasına rağmen, kimlik tespiti yapılamadığı için yalnızca göz yaşartıcı gaz atıcıları zimmetli olan üç polis hakkında dava açılabilmiştir. Üstelik bu dava da soruşturma izni verilmemesi kararına başvuruçuların yaptığı itiraz sonucunda bu kararın kaldırılmasından sonra, olayların üzerinden yedi yıl geçtikten sonra açılabilmiştir.³⁸
61. Mahsum Mızrak’ın ailesi tarafından yapılan başvuruda Mahkeme, özellikle soruşturmanın tamamen gerekli titizlikten yoksun olduğu ve bu durumun, Mahsum Mızrak’ın ölümüne neden olan atışın nereden yapıldığını ve sorumlu kişilerin kimliğini tespit etme olasılığını ciddi şekilde tehlikeye attığı kanaatindedir.³⁹
62. Daha önce belirtildiği üzere, AİHM’nin bu kararı, 18 Ekim 2016 tarihinde, dava henüz Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdest iken verilmiştir. Enes Ata’nın davasının Mahsum Mızrak’ın davası ile birleştirilmesinin ardından 40 duruşma daha yapılmış; soruşturma ve kovuşturma süreci, başvuruçuların yakınlarının yaşamını yitirdiği 2006 yılından Yargıtay’ın onama kararı verdiği 2023 yılına kadar, toplam 17 yıl sürmüştür. AİHM’nin sekiz yıllık bir süreyi dahi etkili soruşturma yükümlülüğüne aykırı bulunduğu dikkate alındığında, 17 yıl süren bir sürecin “ivedi” olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Mahkeme, bu duruma ilişkin olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır:

“Hiç şüphe yok ki Mahkeme, bu tür gecikmelerin yalnızca polis ile soruşturma yetkisini haiz makamlar arasında bir iş birliği görüntüsü oluşturmakla kalmayıp, aynı zamanda mağdur yakınlarını ve dolayısıyla kamuoyunu, kolluk kuvvetleri mensuplarının adli makamlar önünde hesap vermedikleri sonucuna ulaştırabileceğinin defalarca altını çizmiştir. Somut olayda, söz konusu polislerin kendi aralarında ya da Mardin Emniyetindeki meslektaşlarıyla anlaştıklarını gösteren herhangi bir unsur bulunmamasına rağmen, böyle bir gizli anlaşmanın yapılmasını önlemek amacıyla uygun adımların atılmamış olması, soruşturmanın yeterliliği açısından önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir. Buna ek olarak, tanık beyanlarının alınmasında görülen her türlü haksız gecikme, delillerin kaybolması ve tanıkların zaman geçtikçe hatırladıkları detayları unutmaları nedeniyle olayla ilgili beyanların doğruluğunu zayıflatma riskini artırmaktadır. Yukarıda sayılan unsurlar, Mahkeme açısından, Mahsum Mızrak’ın ölümü hakkında etkili bir soruşturma yürütülmediği sonucuna varmak için yeterlidir.”⁴⁰

³⁸ Bkz. yukarıda paragraf 16.

³⁹ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 61.

⁴⁰ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 62-63.

63. AİHM'in bu kararına rağmen dava, "suç konusu delillerin atıldığı silah ya da silahların tespit edilememesi, sanıkların tutarlı inkârları, ölümlere neden olan kapsüllerin sanıkların silahlarından ateşlendiğine dair tanık beyanı, kamera kaydı veya uzman raporu gibi delillerin bulunmaması" gerekçeleriyle Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından beraat kararıyla sonuçlandırılmış; bu karar Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından da onanmıştır.
64. AİHM'in yerleşik içtihadına göre, yaşam hakkının ihlal edildiği durumlarda, suçla orantılı bir yaptırım öngörülmemesi cezasızlığa yol açmaktadır. Beraat, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı, takipsizlik, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın ertelenmesi, adli para cezası veya hapis cezasının para cezasına çevrilmesi gibi kararlar, suçun ağırlığı karşısında açıkça yetersizdir. Bu tür yaptırımlar, caydırıcı ya da önleyici bir etki yaratmamakta; aksine, hoşgörü ve teşvik izlenimi doğurarak cezasızlık pratiğini pekiştirmektedir.⁴¹
65. Söz konusu davada, yatay etki uyarınca bağlayıcı olan AİHM kararlarına rağmen gerçek faillerin tespit edilememesi ve suçun cezasız bırakılması, Anayasa'nın 90. maddesi ile AİHS'in 46. maddesi uyarınca kesin ve bağlayıcı nitelikte olan AİHM kararının uygulanmaması anlamına gelmektedir.
66. Cezasızlığın bir sonucu olan bu tür suçların tekrar işlenmesinin en önemli nedenlerinden biri, verilen mahkeme kararlarının uygulanmamasıdır. Bu bağlamda, AİHM tarafından yaşam hakkının ve etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiğine dair verilen kararların uygulanması konusunda son yıllarda ciddi bir direnç gözlemlenmektedir. Açık bir örnek, 1995 yılında askerî bir operasyon sırasında yaşamını yitiren Nezir Tekçi'nin davasında görülmektedir. İç hukukta, Tekçi'nin "canavarca hisle veya işkence ve tazip ile kasten öldürülmesi" suçlamasıyla yürütülen ceza yargılaması sürerken, AİHM Tekçi'nin yaşam hakkının hem maddi hem usul boyutlarıyla ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴² AİHM'in bu kararı, üç gün sonra, 13 Aralık 2013 tarihinde davanın görüldüğü Eskişehir 2. Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunulmuştur. Ancak yaklaşık üç yıl sonra, 11 Eylül 2015 tarihinde, mahkeme bu karara rağmen sanıklar hakkında beraat hükmü kurmuştur. Bu hüküm, 27 Mart 2018 tarihinde Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından onanmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, AİHM'in bağlayıcı nitelikteki kararına dayanarak, etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴³
67. Bu durum, başvuruçuların yakınları gibi 28–31 Mart 2006 tarihli olaylar sırasında gaz fişegiyle yaralanan Abdullah Yaşa'nın davasında da ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Abdullah Yaşa başvurusunda, AİHM'in işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine, Türkiye'nin Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca gerekli önlemleri alması gerektiğine ve başvuruçuya 15.000 Euro tazminat ödenmesine hükmettiği kararın uygulanmamasını Anayasa'ya aykırı bulmuş; bu nedenle etkili

⁴¹ Çok sayıda karar arasından bkz. *Böber v. Türkiye*, B. No: 62590/09, 09.04.2013, para. 35; *Opuz v. Türkiye*, B. No: 33401/02, 09.06.2009, para. 170.

⁴² *Tekçi ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 13660/05, 10.12.2013.

⁴³ *Asya Göres ve Diğerleri Başvurusu* [GK], B. No: 2018/15851, 01.12.2022.

başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, “Sözleşme’nin 46. maddesinin 1. fıkrası uyarınca AİHM kararları herkes için bağlayıcıdır. AİHM tarafından anayasal haklardan birinin ihlal edildiğine karar verilmesi halinde kişilere etkili başvuru hakkı tanınması konusundaki anayasal yükümlülük, ulusal makamların ihlal sonuçlarını giderimi için AİHM’in ihlal kararlarına uygun tedbir ve kararlar almalarını gerektirir,” ifadeleriyle, AİHM kararlarının uygulanmasının anayasal bir yükümlülük olduğunu açıkça ortaya koymuştur.⁴⁵

68. Söz konusu davada da AİHM kararına rağmen gerçek faillerin tespit edilememesi ve suçun cezasız bırakılması, Anayasa’nın 90. maddesi ile AİHS’in 46. maddesi uyarınca kesin ve bağlayıcı olan AİHM kararının uygulanmadığı anlamına gelmektedir. Bu durum aynı zamanda, Türkiye’de ağır ceza mahkemelerinden Yargıtay’a kadar yerel mahkemelerin AİHM kararlarının uygulanmasına karşı bir direnç sergilediğini de göstermektedir.
69. Tüm bu nedenlerle Hafıza Merkezi, maddi gerçeği ortaya çıkarabilecek delillerin zamanında toplanmadığı ve 17 yılın ardından cezasızlıkla sonuçlanan bu sürecin, AİHS’in 2. maddesi kapsamında öngörülen etkili soruşturma yükümlülüğüne aykırı yürütüldüğü görüşündedir.

SONUÇ

70. Yukarıda anılan AİHM kararları ışığında, Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi, Mahsum Mızrak ve Enes Ata’nın göz yaşartıcı gaz fişeği kullanımı nedeniyle hayatını kaybetmelerine ilişkin başlatılan soruşturmanın ve cezasızlıkla sonuçlanan kovuşturmanın, AİHS’in 2. maddesi uyarınca devletin yaşam hakkını koruma ve yaşam hakkı ihlalini etkili şekilde soruşturma yükümlülüklerini ihlal edebileceği görüşündedir. Anayasa Mahkemesi’nin halihazırda önünde bulunan başvuruyu değerlendirirken, ilgili uluslararası insan hakları hukuku standartlarını dikkate almasını talep ediyor; Mahkeme’ye başka herhangi bir şekilde yardımcı olmaya hazır olduğumuzu bildiriyoruz. 24.06.2025.

Saygılarımızla.

⁴⁴ Abdullah Yaşa Başvurusu [GK], B. No: 2015/12486, 05.11.2020.

⁴⁵ Abdullah Yaşa Başvurusu [GK], para. 69.