

T.C. ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI'NA

Başvuru Konusu : Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na yapılmış bulunan 2024/24713 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 Sahipleri : Besire Mızrak, Hasan Mızrak, Mazlum Mızrak, Deniz Mızrak,
Derya Atay

Vekili : Av. Barış Yavuz

İçindekiler

GİRİŞ.....	2
BAŞVURUYA KONU OLAYLARIN ÖZETİ.....	3
Soruşturma Süreci.....	3
Kovuşturma Süreci.....	5
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı.....	7
İstinaf ve Temyiz Süreci.....	7
Anayasa Mahkemesi Önündeki Süreç.....	7
DEVLETİN YAŞAM HAKKINI KORUMA VE ÖNLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	8
DEVLETİN YAŞAM HAKKI İHLALİ İDDİASINI ETKİLİ ŞEKİLDE SORUŞTURMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	13
SONUÇ	17

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 başına isabet etmesi sonucu 17 yaşındaki Mahsum Mızrak’ın yaşamını yitirmesiyle ilgili 2024/24713 numaralı Besire Mızrak ve diğerleri 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 Sözleşmecî Tarafa bildirildikten sonra, Daire Başkanı, Sözleşme’nin 36/2. maddesinde öngörüldüğü şekilde adaletin uygun şekilde yönetilmesi amacıyla, yargılamaya taraf olmayan bir Sözleşmecî 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

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>

pratiği, delillerin kaybolması ve yargılamada yaşanan ciddi eksiklikler yalnızca Mahsum Mızrak'ın 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 fişeği 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 Besire Mızrak ve Diğerleri 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 başvurusunun yakını Mahsum Mızrak da bulunmaktadır. Mızrak, 30 Mart 2006 günü saat 13.00 civarında "internet kafeye gidiyorum" diyerek evden ayrılmış, eve dönmemesi üzerine ailesi tarafından aranmıştır. 3 Nisan 2006'da kim tarafından getirildiği bilinmeyen şekilde Diyarbakır Devlet Hastanesi morgunda bulunmuş ve aynı gün babası tarafından cenazesi teşhis edilmiştir.

Soruşturma Süreci

10. 30 Mart 2006'da yapılan otopsi sonucunda, Mahsum Mızrak'ın protestolar sırasında başına isabet eden gaz fişeği nedeniyle beyin hasarı ve kanama sonucu hayatını kaybettiği belirlenmiştir. Otopsi raporunda, sağ kaş üzerinde 4x3 cm boyutlarında bir giriş deliği tespit edilmiş, atışın muhtemelen uzak mesafeden yapıldığı ve Mızrak'ın başından "40 MMX46rp 707-CS 7, 0 LOT DFPF 01/97" ibareli, 7,5x4 cm boyutlarında gaz fişeği çıkarıldığı belirtilmiştir.
11. Mahsum Mızrak'ın ölümüyle ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 250. maddesi uyarınca yetkili (özel yetkili) Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2005/8945 numaralı dosya ile soruşturma başlatılmıştır. Mızrak'ın başından çıkarılan gaz

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](#).

fişegi ise, 2006/486 numaralı soruşturma dosyası kapsamında, adli emanetin 2006/96 sırasına kaydedilmiştir.

12. 3 Nisan 2006 tarihinde, özel yetkili Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, gaz fişeginin incelenerek niteliğinin, kullanım amacının ve fiziksel özelliklerinin tespit edilmesi amacıyla Diyarbakır Kriminal Polis Laboratuvarı'na talepte bulunmuştur. Bu talebi içeren yazı, adli emanet polisi A.Y.'ye teslim edilmiştir.
13. Diyarbakır Kriminal Polis Laboratuvarı, 13 Nisan 2006 tarihli inceleme raporunda, söz konusu fişegin 40x75 mm çapında ve göz yaşartıcı CS maddesi içeren bir mühimmata ait çekirdek olduğunu belirtmiştir. Rapora eklenen gaz fişegi parçası, yine polis memuru A.Y.'ye teslim edilerek savcılık dosyasına gönderilmiştir.
14. 19 Nisan 2006 tarihinde, Mahsum Mızrak'ın babası, avukatı aracılığıyla Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurarak, soruşturmanın genişletilmesini talep etmiş ve gaz fişeginin kaynağının tespit edilmesini istemiştir.
15. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, Mahsum Mızrak'a zarar veren göz yaşartıcı gaz bombasının nereden ve kim tarafından atıldığının belirlenmesi amacıyla, 8 Mayıs 2006 tarihinde Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'ne yazılı talepte bulunmuştur. Emniyet Müdürlüğü ise 21 Haziran 2006 tarihli cevabında, polisin 28–31 Mart 2006 tarihleri arasında gerçekleşen olaylar sırasında göz yaşartıcı gaz bombası kullandığını doğrulamış; Mızrak'ın başından çıkarılan mühimmatın Diyarbakır Özel Harekat Şube Müdürlüğü'ne kayıtlı olduğunu ve aynı şubede görevli B.O., N.O. ve H.A. isimli polis memurları üzerine zimmetli olduğunu bildirmiştir.
16. 11 Aralık 2006 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, Mahsum Mızrak'ın ölümüyle ilgili olarak Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü'nden ayrıntılı bir araştırma yapılmasını tekrar talep etmiştir. Mızrak ailesinin avukatı ise 31 Ocak 2007 tarihinde soruşturmanın genişletilmesini yeniden talep ederek, gaz mühimmatının zimmetli olduğu polis memurları B.O., N.O. ve H.A.'nın şüpheli sıfatıyla ifadelerinin alınmasını istemiştir. Aynı gün Mahsum Mızrak'ın babası da savcılığa başvurarak, oğlunun ölümünden sorumlu kişilerin tespit edilmesini ve cezalandırılmasını talep etmiştir.
17. 10 Nisan 2007 tarihli Kriminal İnceleme raporunda, Mahsum Mızrak'ın vücudundan çıkan çekirdeği atan silahın türünün ve atış mesafesinin belirlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmiş; ancak bu tür bir atışın bir canlıya isabet etmesi halinde ölümcül sonuçlar doğurabileceği ifade edilmiştir.
18. Diyarbakır Emniyet Müdürlüğü, 10 Mayıs 2007 tarihli cevabında, Mahsum Mızrak'ın başından çıkarılan mühimmatın görevli polis memurları B.O., N.O. ve H.A. üzerine zimmetli olduğunu yeniden teyit etmiştir.
19. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, 28–31 Mart 2006 tarihleri arasında meydana gelen olayların koşullarını aydınlatmaya yönelik soruşturma kapsamında, 30 Mart 2006 tarihli operasyona katılan polis memurları S.S., S.B., H.U., A.K., N.Y., Y.S. ve B.C.'nin ifadelerini 6 Temmuz 2007 tarihinde şikayetçi sıfatıyla; polis memurları K.A. ve O.G.'nin ifadelerini ise 15 Kasım 2007 tarihinde tanık sıfatıyla almıştır. İfadelerinde tüm polis memurları, operasyon sırasında göz yaşartıcı gaz bombası kullandıklarını beyan etmiştir.

Kovuşturma Süreci

20. 30 Mayıs 2008 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, Diyarbakır Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü'ne bir yazı göndererek, operasyon sırasında göz yaşartıcı gaz bombası kullanan şüpheli üç polis memuru hakkında ceza davası açılabilmesi için 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca ön inceleme yapılmasını talep etmiştir. Savcılık yazısında, olayla ilgili ivedilikle toplanması gereken veya kaybolması muhtemel bir delil bulunmadığını belirterek, *“şikayet olunanın sıfatı ve şikayete konu eyleminin niteliği itibarıyla ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolması muhtemel deliller söz konusu olmadığından”* ifadesine yer verilmiştir.
21. Diyarbakır Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü 10 Temmuz 2008 tarihli ve B054VLK4210600/648.01/Otomatik-8861 sayılı yazısıyla Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2006/8941 sayılı dosyasıyla İl Emniyet Müdürlüğü'nce bildirilen Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığının 2006/8895 hazırlık sayılı dosyasının birleştirilmek üzere iadesini belirtmiştir.
22. Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı 3 Aralık 2008 tarihli yazısıyla, 30 Mayıs 2008 tarihli yazısına atıfta bulunarak soruşturma talebini yenilemiştir. Ayrıca bu yazıya süresinde işlem yapmayan personel hakkında Türk Ceza Kanununun 257. maddesine göre işlem yapılacağını ihtar etmiştir.
23. Diyarbakır Valiliği İl İdare Kurulunca gaz mühimmatının zimmetli olduğu tespit edilen üç polis memuru hakkında idari soruşturma başlatmış; bu kapsamda B.O., N.O. ve H.A.'nın ifadeleri sırasıyla 30 Ocak, 2 Şubat ve 4 Şubat 2009 tarihlerinde istinabe yoluyla alınmıştır. Polis memurları, ifadelerinde ilgili düzenlemelere uygun davrandıklarını ve göstericilerin üzerine doğrudan gaz bombası atmadıklarını beyan ederek suçlamaları inkâr etmişlerdir.
24. Diyarbakır Valiliği İl İdare Kurulu Müdürlüğü 19 Şubat 2009 tarih ve İd.Ku.02.2009/10 sayılı yazısıyla, Diyarbakır Emniyet Müdürü tarafından hazırlanan rapora dayanarak, üç polis memurunun görevleri çerçevesinde hareket ettikleri ve göstericilerin üzerine doğrudan gaz bombası atmadıkları gerekçesiyle haklarında soruşturma izni vermemiştir.
25. Bu karara karşı Mızrak ailesi temsilcileri tarafından, 26 Mart 2009 tarihinde Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi'nde itiraz etmiş; Diyarbakır Bölge İdare Mahkemesi, 8 Nisan 2009 tarih ve 2009/78 esas ve 2009/78 karar sayılı kararıyla Diyarbakır Valiliğinin soruşturma izni verilmemesi yönündeki kararını oy çokluğuyla kaldırarak, soruşturma izni vermiştir.
26. Bu kararın ardından Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı, 2006/8941 numaralı dosya kapsamında yürütülen soruşturma sonucunda, 3 Kasım 2009 tarihinde iddianame düzenlemiştir. İddianamede, Mahsum Mızrak'ın ölümüne neden olan ve üzerinde “40 MMX46rp 707-CS 7, 0 LOT DFPF 01/97” ibaresi bulunan, 7,5x4 cm boyutundaki gaz fişeginin M16 A2 marka ve benzeri uzun namlulu silahlara monte edilen 40 mm “launcher” adlı bomba aparatı ile kullanıldığı belirtilmiştir. Bu tip gaz fişegini kullanan silah ve aparatların H.A., N.Ö. ve B.Ö. adlı polis memurlarına zimmetli olduğu ve fişegin

bu kişiler tarafından kullanılmış olabileceği gerekçesiyle, haklarında olası kastla ölüme neden olma suçlamasına yer verilmiştir. Ayrıca, iddianamede 2009/2221 sıra numarasıyla kayıtlı gaz fişeginin delil olarak dosyada muhafaza edilmesine karar verilmesi talep edilmiştir.

27. Dava kapsamında ilk duruşma 14 Ocak 2010 tarihinde yapılmış ve bu duruşmada polislerin ifadeleri ilk kez sanık sıfatıyla alınmıştır. 25 Ocak 2011 tarihli duruşmada ise savcı, sanık polislerin beraatine karar verilmesi yönünde mütalaa vermiştir. Mütalaa, Diyarbakır İl Emniyet Müdürlüğü tarafından olayda kullanıldığı öne sürülen 40 mm launcher gaz bombalarından toplam 400 adet temin edildiği; bunlardan 12'sinin H.A.'ya, 12'sinin N.Ö.'ye ve 33'ünün B.Ö.'ye zimmetlendiği belirtilmiştir. Ayrıca M203 model bomba atar silahlardan 82 adet bulunduğu, 156186 seri numaralı silahın B.Ö.'ye, 187327 numaralı silahın H.A.'ya ve 156094 numaralı silahın N.Ö.'ye zimmetli olduğu ifade edilmiştir. Ancak gaz bombalarının üzerinde seri numarası bulunmadığı gerekçesiyle, maktulün ölümüne neden olan eylemlerin sanıklar tarafından gerçekleştirildiğine dair her türlü şüpheden uzak ve cezalandırmaya yeterli delil elde edilemediği belirtilmiş; bu nedenle sanık polislerin beraatleri talep edilmiştir.
28. 21 Temmuz 2010, 30 Eylül 2011 ve 31 Ekim 2011 tarihlerinde dosyaya sunulan Adli Tıp Kurumu ile Van Jandarma Bölge Kriminal Laboratuvarı raporlarında, gaz fişeginin atış biçimi ve mesafesi hakkında kesin bir değerlendirme yapılamayacağı belirtilmiştir. Raporlarda ayrıca, fişegin atıldığı aracın kime ait olduğunun tespit edilemediği ve söz konusu fişegin incelenen bomba atarlardan biriyle atılmasının mümkün olmadığı, çünkü bu atarların kullanılan mühimmatın çapıyla eşleşmediği ifade edilmiştir.
29. 15 Mart 2012 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, Mahsum Mızrak'ın ölümüne neden olan gaz fişeginin kaybolduğunu tespit etmiş ve bu konuda soruşturma başlatılmasını talep etmiştir. Gaz fişeginin kaybolmasına ilişkin olarak Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından görevli memur Ş.G. hakkında görevi kötüye kullanma suçundan başlatılan soruşturma ise, "sekiz yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu" gerekçesiyle 2017 yılında takipsizlik kararıyla sonuçlandırılmıştır.
30. 9 Aralık 2013 tarihli kararla, aynı olaylar sırasında gaz fişegi kullanımı sonucu hayatını kaybeden Enes Ata'nın davası, Mahsum Mızrak davası ile birleştirilmiştir. Enes Ata'nın ölümü nedeniyle açılan davanın ilk duruşması, birleşen dosya kapsamında 13 Mayıs 2014 tarihinde yapılan Mızrak davasının 22. duruşmasında görülmüştür.
31. Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 26 Nisan 2018 tarihinde, sanıkların suç işlediklerinin sabit olmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar vermiştir:

"Söz konusu gaz fişeklerin 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 deliller elde edilememesi mevcut delillerden sanıkların beyanına itibar edilmiştir. Mevcut şüphe sanıklar lehine

değerlendirilerek, mûsnet suçun sanıklar tarafından işlendiği sabit olmadığından mûsnet suçtan ayrı ayrı beraatine karar vermek gerekmiştir.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı

32. Dava henüz iç hukukta derdest iken, Mahsum Mızrak'ın annesi, babası ve erkek ve kız kardeşleri 22 Eylül 2012 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurmuştur.
33. 18 Ekim 2016 tarihinde AİHM, Devlet'in Mahsum Mızrak'ın yaşam hakkını koruyamadığını ve ölümüyle ilgili etkili bir soruşturma yürütmediğini tespit ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. maddesinin maddi ve usul boyutlarının ihlal edildiğine karar vermiştir⁴. AİHM, başvuruculara 63.000 Euro manevi tazminat ve 6.000 Euro yargılama gideri ödenmesine hükmetmiştir.

İstinaf ve Temyiz Süreci

34. Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nin beraat kararına karşı, Mahsum Mızrak'ın ailesinin avukatları 12 Temmuz 2018'de istinafa başvurmuştur. İstinaf dilekçesinde, delillerin Emniyet tarafından yok edilmesi nedeniyle sanıkların delil yetersizliğiyle beraat ettikleri ve bu kararın hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.
35. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi, 26 Şubat 2019'da usul eksikleri nedeniyle ilk derece mahkemesinin beraat kararını bozmuştur. Bunun üzerine Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yeniden görülen davada, 10 Ekim 2019'da sanıklar H.A., B.Ö. ve N.Ö. hakkında tekrar beraat verilmiştir. Bu karara yapılan istinaf başvuruları ise 15 Ekim 2020'de Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi tarafından reddedilmiştir.
36. Karar, 16 Kasım 2020'de Mızrak ailesinin, 2 Aralık 2020'de ise Ata ailesinin avukatları tarafından temyiz edilmiştir. Ancak Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 1 Kasım 2013'te temyiz başvurularını reddederek beraat kararını onamıştır.

Anayasa Mahkemesi Önündeki Süreç

37. Yargıtay'ın onama kararının ardından, Mahsum Mızrak ve Enes Ata'nın ailelerinin avukatları Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. 8 Ocak 2024'te yapılan Selamettin Ata başvurusu 2024/3205, 1 Nisan 2024'te yapılan Besire Mızrak ve diğerleri başvurusu ise 2024/24713 numarasıyla kaydedilmiş olup, Anayasa Mahkemesi'nde derdesttir.
38. Selamettin Ata başvurusunda, 7 Kasım 2024 tarihli Adalet Bakanlığı görüşüne 27 Kasım 2024 tarihinde; Besire Mızrak ve diğerleri başvurusunda ise 28 Kasım 2024 tarihli Adalet Bakanlığı görüşüne 16 Aralık 2024 tarihinde cevap verilmiştir.
39. Bakanlık görüşünde özetle, polisin görevini yerine getirirken karşılaştığı zorluklar, modern toplumların yönetim güçlükleri ve insan davranışlarının öngörülemezliği gerekçe

⁴ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, B. No: 65146/12, 18.10.2016.

gösterilerek, pozitif yükümlülüklerin yetkililer üzerinde aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanmaması gerektiği belirtilmiştir.

DEVLETİN YAŞAM HAKKINI KORUMA VE ÖNLEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

40. AİHS'in 2. maddesinde yaşam hakkı güvence altına alınmıştır:

“Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.”

41. 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.⁵

42. AİHM'e göre, Sözleşme'nin 2. maddesinin lafzı öncelikle kişilerin kasten öldürülmesine izin vermemektedir. Yaşam hakkına yönelik müdahalede güç kullanımı “mutlak zorunlu” olmalıdır.⁶ 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.⁷

43. 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 verecek şekilde düzenlenip düzenlenmediğini ve yetkililerin aldıkları tedbirlerin seçiminde herhangi bir ihmali bulunup bulunmadığını değerlendirmektedir.⁸

44. 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.

45. 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.

46. Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan bu başvuruda, polislerin protestolar sırasında gaz fişeği kullanması sonucu meydana gelen ölüm nedeniyle yaşam hakkına müdahale

⁵ *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, B. No: 18984/91, 05.09.1995, para. 47.

⁶ *McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık*, para. 148.

⁷ *Bektaş ve Özalp v. Türkiye*, B. No: 10036/03, 20.04.2010, para. 57.

⁸ *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.

söz konusudur. Bu nedenle, öncelikle gaz fişegi kullanımının Sözleşme'nin 2. maddesi uyarınca “mutlak zorunlu”, “gerekli” ve “orantılı” olup olmadığı değerlendirilmelidir.

47. 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.
48. 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.⁹ 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.
49. 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*,¹⁰ göz yaşartıcı fişegin başına isabet etmesi sonucu hayatını kaybeden başvurucuyla ilgili *Ataykaya v. Türkiye*¹¹ ve Anayasa Mahkemesi önündeki bu başvuruya konu olan olayla bağlantılı *Mızrak ve Atay v. Türkiye* olmak üzere şimdiye kadar üç karar vermiştir.
50. Mahkeme, bu kararlarda güvenlik güçleri tarafından atılan gaz fişegi 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

⁹ *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.

¹⁰ *Abdullah Yaşa ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 44827/08, 16.07.2013.

¹¹ *Ataykaya v. Türkiye*, B. No: 50275/08, 22.07.2014.

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

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.

51. AİHM, bu kararlarda ayrıca güvenlik güçlerinin gaz fişegi 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
52. 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 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.”
53. 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
54. 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,

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.

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.

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 fişeği 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 önlenileceği anlaşılmaktadır. Mahkeme’ye göre, bu durum Avrupa’daki çağdaş demokratik toplumlarda yaşam hakkının “kanun tarafından” korunması gerekliliğinin tam olarak yerine getirilmediğini ortaya koymaktadır.”¹⁹

55. 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 görev ve sorumlulukların netleştirilmesi ve iletişimin etkin biçimde koordine edilmesidir.²⁰
56. 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
57. 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

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

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.

58. 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
59. 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.
60. 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. 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 konulamadığını; haklarında kovuşturma yürütülen üç polisin kullandığı bomba atarlarla, ölen kişinin başından çıkarılan fişegin çapının uyuşmadığını ve bu nedenle fişegin söz konusu silahlardan atılmadığının ceza davası sırasında doğrulandığını tespit etmiştir.²⁴
61. AİHM’e göre, başvuruya konu olaylarda göz yaşartıcı gaz fişeginin 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 fişeginin 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

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

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

şekilde yapılan bir atış, ciddi hatta ölümcül yaralanmalara yol açabileceği için, uygun bir kolluk faaliyeti olarak kabul edilemez.”²⁵

62. 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

63. 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
64. 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 ilgili tüm delilleri elde etmek amacıyla, gecikmeksizin ve makul sürede gerekli adımları atmalıdır.²⁷
65. 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
66. 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
67. 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

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

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

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.

birliğı olduğı 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

68. Somut davada, polisler tarafından verilen ifadelere bakıldığında, beraat kararında da belirtildiğı üzere, tanık ve sanık konumundaki polisler, kalabalığı dağıtmak amacıyla hedef gözetmeden gaz fişegi kullandıklarını tutarlı şekilde beyan etmişlerdir. Her ne kadar soruşturma re'sen başlatılmış olsa da polislerin ifadeleri olaydan uzun bir süre sonra alınmıştır. Örneğin, bazı polislerin ifadeleri ancak 6 Temmuz 2007 tarihinde, yani olayın üzerinden yaklaşık bir yıl beş ay geçtikten sonra alınabilmiştir. Hakkında ceza davası açılan polislerin ilk duruşması ise ancak Ocak 2010'da olaylardan yaklaşık üç yıl on ay sonra yapılmıştır.³³
69. 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 kaybolduğı, yerine ise adli emanete bir av tüfeğı fişegi konulduğı anlaşılmıştır.
70. AİHM, başvuruçuların yakınlarının cenazelerinin kıyafetlerinden arındırılarak hastaneye sevk edildiğı ve bu kıyafetlerin savcının talimatı üzerine güvenlik güçleri tarafından imha edildiğı 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 niteliğı taşıyabileceğini vurgulamıştır.³⁴
71. 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 bulunduğı durumlarda, ulusal düzeyde yürütülen soruşturmanın açıkça yetersiz olduğı 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 değerlendirmektedir.³⁵

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.

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.

72. 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
73. 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 başvurunun davasında da sürdürmüş ve Sözleşme’nin 3. maddesinin hem maddi hem usul boyutlarının ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁷ Mahkeme, yürütülen soruşturma ile 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, kalan 48 polis memuru delil yetersizliği nedeniyle beraat etmiştir. Polislerin teşhis edilmesindeki zorlukların ceza yargılamasını uzattığını ve bu durumun zamanaşımı 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.
74. Mahkeme, somut başvuruya konu olan olayla ilgili verdiği kararında da ceza hukuku sisteminin yeterli özenle işlemediği kanaatine varmıştır. Ayrıca, başvurunun şikâyeti kapsamındaki eylemler gibi yasaya aykırı fiillerin etkili biçimde önlenmesini sağlayacak caydırıcı bir etki yaratılmadığını değerlendirmiştir. Bu sonuca varırken, polislerin soruşturma ve kovuşturma süresince görevlerinden uzaklaştırılmamış olması ile sürecin altı yılı aşkın süreye yayılmış olması dikkate alınmıştır.
75. 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 başvuru yapanın yaptığı itiraz sonucunda bu kararın kaldırılmasından sonra, olayların üzerinden üç yıl geçtikten sonra açılabilmiştir.
76. AİHM, soruşturmanın tamamen gerekli titizlikten yoksun yürütüldüğü kanaatindedir. Mahkeme’ye göre, bu durum, soruşturmanın, Mahsum Mızrak’ın ölümüne neden olan atışın nereden yapıldığını ve sorumlu kişilerin kimliğini tespit etme kapasitesini ciddi biçimde zayıflatmıştır.³⁸

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

³⁷ *İzci v. Türkiye*, para. 75.

³⁸ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 61.

77. 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, başvuru yollarının 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 bulduğu 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.”³⁹

78. 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.

79. 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.⁴⁰

80. 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

³⁹ *Mızrak ve Atay v. Türkiye*, para. 62-63.

⁴⁰ 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.

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.⁴¹ 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'nin bağlayıcı nitelikteki kararına dayanarak, etkili soruşturma yürütme yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.⁴²

81. Bu durum, başvuruçuların yakınları gibi 28–31 Mart 2006 tarihli olaylar sırasında gaz fişeğiyle yaralanan Abdullah Yaşa'nın davasında da ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, Abdullah Yaşa başvurusunda, AİHM'nin 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 başvuru hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴³ 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.⁴⁴
82. Başvurucunun ölümüne ilişkin yargılamada, AİHM'in yaşam hakkının ihlal edildiğine dair kararına rağmen gerçek failler tespit edilememiş ve suç cezasız bırakılmıştır. Bu durum, Anayasa'nın 90. maddesi ve AİHS'in 46. maddesi uyarınca kesin ve bağlayıcı olan kararın uygulanmaması anlamına gelmekte; Türkiye'de ağır ceza mahkemelerinden Yargıtay'a kadar yerel mahkemelerin AİHM kararlarının uygulanmasına karşı bir direnç sergilediğini ortaya koymaktadır.
83. 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

84. Yukarıda anılan AİHM kararları ışığında, Hakikat Adalet ve Hafıza Merkezi, Mahsum Mızrak ve Enes Ata'nın göz yaşartıcı gaz fişeği kullanımı nedeniyle hayatını

⁴¹ *Tekçi ve Diğerleri v. Türkiye*, B. No: 13660/05, 10.12.2013.

⁴² *Asya Göres ve Diğerleri Başvurusu* [GK], B. No: 2018/15851, 01.12.2022.

⁴³ *Abdullah Yaşa Başvurusu* [GK], B. No: 2015/12486, 05.11.2020.

⁴⁴ *Abdullah Yaşa Başvurusu* [GK], para. 69.

kaybetmelerine ilişkin başlatılan soruşturmanın ve cezasızlıkla sonuçlanan kovuşturmanın AIHS'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.