

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

Başvuru Numarası : 2013/1948

Karar Tarihi : 23/1/2014

Başkan : Alparslan ALTAN

Üyeler : Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Recep KÖMÜRCÜ

Engin YILDIRIM

Celal Mümtaz AKINCI

Raportör : Özcan ÖZBEY

Başvurucu : Sadıka ŞEKER

Vekili : Av. Fırat SÖYLE

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvurucu, eşcinsel olan kardeşini kasten öldüren sanığa isnat edilen suçun yetersiz araştırma ve hatalı değerlendirme sonucunda Mahkemece yanlış nitelendirilmesi ve şartları oluşmadığı halde haksız tahrik ve takdiri indirim hükümlerinin uygulanması neticesinde eksik ceza tayin edilmesi, ayrıca eşcinselleri ayrımcılığa karşı koruyacak ve onlara yönelik suç işleyenlerin cezai indirimden yararlanmasını engelleyecek bir düzenlemenin olmaması ve bu suçları işleyenlerin cezalarında indirim yapılarak farklı muamelede bulunulması nedenleriyle Anayasa'nın 10., 17., 36., 40. ve 141. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru, 28/2/2013 tarihinde İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinde Komisyona sunulmasına engel bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm İkinci Komisyonunca, 10/6/2013 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına, dosyanın Bölüme gönderilmesine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

A. Olaylar

4. Başvuru dilekçesindeki ilgili olaylar özetle şöyledir:

5. Başvurucu, öldürülen Ahmet Öztürk'ün kardeşidir.

6. Ahmet Öztürk, 8/8/2010 tarihinde kendisi gibi eşcinsel olan arkadaşı N. C. ile birlikte yoğunlukla eşcinsellerin bulunduğu bir bara giderek, burada sanık ve arkadaşı Ö. D. ile tanışmışlardır. Bir süre beraber eğlendikten sonra gece saat 04.30 sıralarında hep birlikte N. C.'nin evine gitmişlerdir.

7. N. C. ve Ö. D. eşleşip başka bir odaya geçerlerken, Ahmet Öztürk ve sanık ise beraber salon kısmında kalmışlardır. Cinsel ilişkiye girme konusunda çıkan anlaşmazlık sonucunda Ahmet Öztürk, sanık tarafından bıçaklanarak öldürülmüştür.

8. 8/8/2010 tarihli olay yeri inceleme raporuna göre Ahmet Öztürk'ün öldürüldüğü odada yapılan incelemede; *“şahsın sırt üstü yatar, üzeri çıplak, yoğun kan lekeleri içinde bulunduğu, yaşamını yitirdiği, sehpadaki küllüğün yere düştüğü, yerde sigara izmaritlerinin olduğu, çekyat olarak bilinen kanepenin yatak olarak kullanılacak biçimde açık olduğu, üzerinde iki yastık bulunduğu, sandalye üzerinde kullanılmış banyo havlusu ve bornozun bulunduğu, odanın birçok yerinde kan lekesinin görüldüğü, mutfakta boş içki şişeleri ve meyve suyu kutularının olduğu”* gözlemlenerek, kriminal incelemeye esas olabilecek tüm iz ve eşyalar alınmıştır.

9. Adli Tıp Kurumu'nun 9/8/2010 tarihli raporuna göre ölüm olayının *“kesici delici alet yaralamasına bağlı iç organ ve büyük damar yırtulmasından gelişen iç ve dış kanama”* nedeniyle meydana geldiği belirlenmiştir.

10. Adli Tıp Kurumu'nun 21/9/2010 tarihli ayrıntılı otopsi raporunda, ölenin vücudunda 9 adet kesici delici alet yarası ile 8 adet kesik vasıfta yara saptanmış, anal muayenede postmortem dilatasyon (ölümden sonra genişleme) dışında makroskopik patolojik özellik görülmediği, kanda 93 mg/dl etanol, 0,217 ng/ml MDMA (ecstasy), 5,12 ng/ml sertralin bulunduğu, aranan uyutucu uyuşturucu maddelerin bulunmadığı tespit edilmiştir.

11. Sanık hakkında 9/8/2010 tarihinde düzenlenen Adli Tıp raporunda; *“sağ elde ağrı ve hassasiyet, sağ ön kolda ağrı ve hassasiyet, sağ omuzda 3x3 cm ebadında ısıruk izi, sol el avuç içinde 0,5 cm kesici alet giriş deliğinin saptandığı”* hususlarına yer verilmiştir.

12. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen soruşturma sonucunda, 27/10/2010 tarih ve Sor.2010/41069, E.2010/27874 sayılı iddianameyle, sanığın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 81/1 ve 29. maddeleri uyarınca *“haksız tahrik altında kasten öldürme”* suçundan cezalandırılması istemiyle İstanbul 1. Ağır Ceza Mahkemesine kamu davası açılmıştır.

13. Sanık savunmasında; *“olay gecesi arkadaşı Ö. D. ile gittikleri barda Ahmet Öztürk ve N. C. ile tanıştıklarını, iki kız da olduğu halde birlikte dışarı çıktıklarını, yolda kızların ayrıldığını, Ahmet'e sorduğunda kızların daha sonra geleceğini söylediğini, yolda Ö. D.'nin bir 50 TL'den bahsettiğini, bunun gelecek olan kızlarla ilgili olacağını düşündüğünü, N. C.'nin evine gittiklerini, Ahmet'in burada da alkol aldığını, bir süre sonra N. C. ve Ö. D.'nin ayrı bir odaya geçtiğini, Ahmet'in dış alıp kendisine de yıkanmasını istediğini, buna anlam veremediğini, sonra dış alacağını bildirdiğini, halen kızların geleceğini düşündüğünü, bu arada N. C. ve Ö. D.'nin ilişkiye girdiğini anladığını, Ahmet'in bir bıçakla yanına geldiğini, fantezilerini baskı ile yapturmaya kalktığını, karım olacaksın gibi sözler söylediğini, bu sırada Ahmet'in niyetini anladığını, konuşmaları ile bu durumu tasvip etmediğini söylediğini, bunun üzerine Ahmet'in ses tonunun değiştiğini, bazı hareketlere maruz kaldığını, boğazına bıçak dayalı olduğu ve tehdit edildiği için korkup*

kısmen cinsel isteklerine cevap verdiğini, ...ancak isteklerinde ileri gidince kendisine bir kafa attığını, boğuşmaya başladıklarını, bıçağı almaya çalışırken avucundan yaralandığını, o anki şok ve heyecan ile almış olduğu bıçakla Ahmet'i birkaç yerinden bıçakladığını, seslerden N. C. ve Ö. D.'nin de gelip, öncesinde Ahmet'in kilitlemiş olduğu kapıyı zorlayınca kapıyı kendilerine açtığını, siz bizi bu amaçla mı buraya getirdiniz diyerek N. C.'ye çıktığını, yaralı olarak Ahmet'i bırakarak Ö. D. ile evden ayrıldıklarını, sonradan yakalandığını" belirtmiştir.

14. Ö. D. ifadesinde; "aslında kız arkadaşlarla konuşma amaçlı olarak bara gittiklerini, tanıştıkları N. C. ve Ahmet ile bardan ayrıldıktan sonra 50 TL karşılığında ilişkiye girme konusunda N. C. ile konuştuğunu, sanığın bu para konusunun ilişki nedeni ile olduğunu düşünmediğini sandığını, evde ayrı bir odada N. C. ile birlikte olduklarını, bir ara diğer odada sesler gelince N. C.'nin 'Ahmet yine huysuzlandı herhalde' diye konuştuğunu, ancak sesler artınca yanlarına girmek için çıktıklarını, kilitleli olan kapıyı sanığın açtığını, elinde bıçak bulunduğunu, giyinik olduğunu, Ahmet'in ise yerde çıplak vaziyette uzanmış olduğunu, sanığın N. C.'ye 'siz bizi bunun için mi buraya getirdiniz' diye bağırdığını, N. C.'nin kendilerine 50 TL vererek taksi tutup gitmelerini istediğini ve ayrılıp gittiklerini" beyan etmiştir.

15. N. C. ifadesinde; "9 yıldır tanıştıkları Ahmet ile eşcinsel olduklarını, olay gecesi gittikleri barda tanıştıkları Ö. D. ve sanık ile anlaşarak, bardan ayrılıp evine gittiklerini, barda yanlarında kızlar olmadığını, Ö. D. ile ayrı bir odada ilişkiye girdiklerini, bir ara Ahmet'in kendisine seslendiğini duyduğunu, bir problem olduğunu anladığını, Ö. D. ile kilitleli olan kapıya yüklendiklerini, kapının sanık tarafından açıldığını, Ahmet'i kanlar içerisinde yerde çıplak vaziyette gördüğünü, sanığın elinde bıçak bulunduğunu, tamamıyla giyinik olduğunu, ne yaptın diye sorduğunda sanığın Ahmet'e dönerek 'o. çocuğu, adamı sinkaf etmeye çalışırsan böyle adamı doğrarlar' dediğini, odada fazla eşya olmadığı için bir boğuşma izini fark etmediğini, aralarında ne geçtiğini, olayın tam neden kaynaklandığını bilmediğini, kendilerine 50 TL verip göndererek patronuna ve kolluğa haber verdiğini" söylemiştir.

16. Anılan Mahkemenin 6/10/2011 tarih ve E.2010/368, K.2011/285 sayılı kararı ile; "dosya kapsamına göre sanığın, kızlarla beraber olmak için eve geldiği yönündeki savunması haricinde aksi kanıtlanmayan diğer savunmalarına itibar edilerek, ilişki kurmak için N. C. ve Ö. D.'nin ayrı bir odaya, Ahmet ve sanığın ise ayrı bir odaya girdiği, ...burada maktulün elinde bıçak olduğu, bir takım cinsel fantezilerini gerçekleştirmek için sanığı zorladığı, hatta onu elinde kesi oluşturacak ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı, vücudunda ekimozlar olduğu, aralarında boğuşma yaşandığı, sanığın bıçağı ele geçirerek maktulü öldürdüğü, maktulün cinsel fantezilerini gerçekleştirmek için sanığı zorlaması sonucunda eylemin meydana geldiği ve dolayısıyla sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiği" gerekçesiyle, sanığın eylemine uyan 5237 sayılı Kanun'un 81/1. maddesi uyarınca verilen müebbet hapis cezası, aynı Kanun'un haksız tahrik hükmü gözetilerek 29. ve duruşmadaki saygılı tutum ve davranışları dikkate alınarak 62. maddeleri gereğince 10 yıl hapis cezasına indirilmek suretiyle hüküm kurulmuştur.

17. Başvurucunun, öldürme eyleminin içselleştirilen homofobiden, cinsel yönelime duyulan nefretten dolayı "canavarca hisle" yapıldığını, 5237 sayılı Kanun'un 82/1-b maddesi uyarınca hüküm kurulması gerektiğini, dolayısıyla cezanın eksik belirlendiğini, suçun niteliğinin yanlış değerlendirildiğini, haksız tahrik şartlarının oluşmadığını belirterek yaptığı temyiz üzerine, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 11/12/2012 tarih ve E.2012/2106, K.2012/9263 sayılı ilamıyla onanan Mahkeme kararı başvuruca,

31/1/2013 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu, 28/2/2013 tarihli dilekçesi ile 30 gün içinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. İlgili Hukuk

18. 26/9/2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Haksız tahrik" kenar başlıklı 29. maddesi şöyledir:

"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

19. 5237 sayılı Kanun'un "Takdiri indirim nedenleri" kenar başlıklı 62. maddesi şöyledir:

"(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altında birine kadarı indirilir."

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir."

20. 5237 sayılı Kanun'un "Kasten Öldürme" kenar başlıklı 81. maddesi şöyledir:

"Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır."

21. 5237 sayılı Kanun'un "Nitelikli haller" kenar başlıklı 82. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi şöyledir:

"(1) Kasten öldürme suçunun;

b) Canavarca hisle veya eziyet çektirerek,

işlenmesi hâlinde, kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır."

IV. İNCELEME VE GEREKÇE

22. Mahkemenin 23/1/2014 tarihinde yapmış olduğu toplantıda, başvurunun 28/2/2013 tarih ve 2013/1948 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

23. Başvurucu, ölen kardeşi ve tanık arkadaşı ile sanık ve tanık arkadaşının eşcinsellerin gittikleri barda tanışarak, cinsel ilişkiye girme konusunda anlaştıklarını, gittikleri evde meydana gelen tartışma sonucunda sanığın, kardeşini öldürdüğünü, İstanbul 1.

Ağır Ceza Mahkemesince “*kasten öldürme*” suçundan yargılanan sanığa atılı suçun, 5237 sayılı Kanun’un 82. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde belirtilen “*canavarca hisle*” yaptırımını kapsamında nitelendirilmesi gerektiği halde, eksik araştırma ve değerlendirme ile sanığa 5237 sayılı Kanun’un 81. maddesinden ceza verildiğini, ayrıca şartları bulunmamasına rağmen sanık hakkında 5237 sayılı Kanun’un 29. maddesinde hüküm altına alınan haksız tahrik ve 62. maddesinde düzenlenen takdiri indirim hükümlerinin uygulandığını ve bu nedenlerle sanığa eksik ceza tayin edildiğini, gidilen barın ve sokaktaki kamera görüntülerinin temin edilmediğini, barın işletmecilerinin tanık sıfatıyla dinlenmediğini, maktulün iddia edildiği şekilde “*cinsel fantezilerinin*” olup olmadığının araştırılmadığını, cinayetin, maktulün cinsel yöneliminden dolayı işlendiğini, bu ihtimalin etkili, öncelikli ve tarafsız bir şekilde soruşturulmadığını, sanığın muhtemel ırkı/homofobik motivasyonuna dair bir araştırmanın yapılmadığını, böylece yaşanan hak ihlali karşısında etkili bir soruşturmanın yapılmadığını belirterek, Anayasa’nın 17., 36., 40. ve 141. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

24. Başvurucu ayrıca, cinayetin, maktulün cinsel yöneliminden dolayı işlendiğini, bu tür suçlara haksız tahrik indiriminin uygulanmasını engelleyecek herhangi bir yasal düzenlemenin olmamasının failleri cesaretlendirdiğini ve eşcinselleri zayıf hedef haline getirdiğini, mevzuatta eşcinselleri ayrımcılığa karşı açıkça koruyan bir düzenlemenin bulunmadığını, bir eşcinsel katili olan sanığa indirimli ceza verilerek diğer katillerden farklı bir muamele ile ayrımcılık yapıldığını, bu nedenle Anayasa’nın 10. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiş ve yargılamanın yeniden yapılmasını ve 5.000 TL manevi tazminata karar verilmesini talep etmiştir.

B. Değerlendirme

1. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

25. Başvurucu, Mahkemenin eksik araştırma ve değerlendirme ile hüküm kurduğunu, hukuki nitelendirmeyi yanlış takdir ettiğini, şartları oluşmadığı halde haksız tahrik hükümlerini uyguladığını, cezanın eksik belirlendiğini, bu nedenle Anayasa’nın 36. ve 141. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve gerekçeli karar verilmesi hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

26. Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için, kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa’da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Türkiye’nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, Anayasa ve AİHS’nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

27. Anayasa’nın “*Hak arama hürriyeti*” kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

28. Anayasa’nın 141. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.”

29. AİHS'nin “Adil yargılanma hakkı” kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

“1. Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir. ...”

30. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Diğer taraftan Anayasa'nın, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılmasını ifade eden 141. maddesinin de, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır. Ancak Anayasa'da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, Sözleşme'nin “Adil yargılanma hakkı” kenar başlıklı 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir (B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 38).

31. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin “medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların” ve bir “suç isnadının” esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Bu ifadeden, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için, başvurucunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır (B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21).

32. AİHM içtihatlarına göre, bir ceza davasında üçüncü kişilerin suçlanması veya cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören, şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin koruma alanı dışında kalmaktadır. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medeni hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir (Perez/Fransa, 47287/99, 12/2/2004, § 70).

33. 5271 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla başvurucunun ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca somut olayda verilen kararın etkileri ceza muhakemesi süreci ile sınırlı olup, hukuk mahkemeleri açısından bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır.

34. Başvurucu, suç işlediğini düşündüğü bir üçüncü kişi hakkında soruşturma açılmasını sağlamak amacıyla suç duyurusunda bulunmuş olup, talebi üçüncü kişinin cezalandırılmasıyla sınırlıdır. Başvurucu, üçüncü kişinin fiilleri nedeniyle medeni haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğunu düşünüyor ve buna ilişkin zararının giderilmesini istiyorsa, hukuk mahkemeleri önünde dava açma imkânı vardır.

35. Sonuç itibarıyla, başvurunun Anayasa'nın 36. ve 141. maddelerine dayanan ihlal iddialarının konusu, Anayasa'da güvence altına alınmış ve AİHS kapsamında olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kalmaktadır.

36. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının "konu bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Yaşam Hakkı Yönünden

37. Başvurucu, kardeşinin öldürülmesi olayında etkili bir soruşturma yapılmayarak, eksik ceza tayin edildiğini, yaşam hakkının etkili bir başvuru mekanizması ile korunmadığını, gidilen barın ve sokaktaki kamera görüntülerinin temin edilmediğini, barın işletmecilerinin tanık sıfatıyla dinlenmediğini, maktulün iddia edildiği gibi "cinsel fantezilerinin" olup olmadığını araştırılmadığını, cinayetin, maktulün cinsel yöneliminden dolayı işlendiğini, bu ihtimalin etkili, öncelikli ve tarafsız bir şekilde soruşturulmadığını, sanığın muhtemel ırkçı/homofobik motivasyonuna dair bir araştırmanın yapılmadığını, böylece yaşanan hak ihlali karşısında etkili bir soruşturmanın yapılmadığını belirterek, bu nedenle Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerinde düzenlenen haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

38. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü ve 30/3/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkraları uyarınca, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini iddia eden kişilere Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmıştır.

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

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

40. Anayasa'nın 40. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."

41. 6216 sayılı Kanun'un "Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik şartları ve incelenmesi" kenar başlıklı 48. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Mahkeme, ...açıkça dayanaktan yoksun başvuruların kabul edilemezliğine karar verebilir."

42. Öncelikle başvurunun başvuru ehliyeti ve ihlal iddiasının incelenmesinde menfaatinin bulunup bulunmadığı denetlenmelidir. 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, ancak ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenenlerin bireysel başvuru hakkına sahip oldukları kurala bağlanmıştır. Yaşam hakkının doğal niteliği gereği, yaşamını kaybeden kişiler açısından bu hakka yönelik bir başvuru ancak yaşanan ölüm olayı nedeniyle mağdur olan ölen kişilerin yakınları tarafından yapılabilecektir (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 41). Başvurucu, başvuru konusu olayda ölen kişinin kardeşi olup, olayla ilgili olarak baştan itibaren şikâyet dilekçesi vererek, soruşturma ve kovuşturma aşamalarına katılmıştır. Bu nedenle gerçekleşen ölüm olayı ile ilgili yürütülen soruşturmanın Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerindeki yaşam hakkı ve yetkili makama başvuru hakkının ihlali niteliğinde

olduğunun tespitinde başvuruçunun meşru menfaati olup, başvuru ehliyeti açısından bir eksiklik bulunmamaktadır.

43. Bütün diğer haklar için bir temel oluşturan yaşam hakkı, Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınmış ve bu maddede belirlenen istisnalar dışında hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemeyeceği belirtilmiştir. Devletin yaşam hakkına saygı gösterme yükümlülüğü öncelikle kamu otoritelerinin yaşam hakkına müdahale etmemelerini, yani maddede belirtilen istisnalar dışında kişilerin ölümüne neden olmamalarını gerektirir. Bu, devletin yaşam hakkından kaynaklanan negatif ödevidir. Yaşam hakkına saygı, ikinci olarak devletin üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı bireylerin hayatını korumasını gerektirir. Bir kimsenin hayatına yönelik çok özel ve ciddi bir tehdidin varlığı kanıtlanmışsa, devletin bu tehdiye karşı bireyin hayatını korumak için makul tedbirleri alması gerekir. Bu, yaşam hakkından kaynaklanan devletin pozitif yükümlülüğüdür. Bir ölüm meydana gelmişse, devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında ölümün nedenlerini soruşturma ve sorumluları tespit ederek cezalandırma ödevi de vardır. Bu usul yükümlülüğünün gerektiği şekilde yerine getirilmemesi halinde devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerine gerçekten uyup uymadığı tespit edilemez. Bu nedenle, devletin bu madde kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülüklerinin güvencesini, soruşturma yükümlülüğü oluşturmaktadır (B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 29).

44. Bireyin, bir devlet görevlisi ya da özel bir kişi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, Anayasa'nın 17. maddesi, "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında etkili resmi bir soruşturmanın yapılmasını gerektirir (B. No: 2012/1017, 18/9/2013, § 30).

45. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da belirtildiği gibi yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edebilmek için, soruşturma makamlarının resen harekete geçerek ölümü aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Soruşturmada ölüm olayının nedenini veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkânını zayıflatan bir eksiklik, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski taşır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 57). (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, B. No: 24746/94, 4/5/2001, § 109; *Dink/Türkiye*, B. No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14/9/2010, § 78).

46. Yürütülecek ceza soruşturmalarının etkinliğini sağlayan hususlardan biri de, teoride olduğu gibi pratikte de hesap verilebilirliği sağlamak için, soruşturmanın veya sonuçlarının kamu denetimine açık olmasıdır. Buna ilaveten her olayda, ölen kişinin yakınlarının meşru menfaatlerini korumak için bu sürece gerekli olduğu ölçüde katılmaları sağlanmalıdır (B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 58; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Hugh Jordan/Birleşik Krallık*, B. No: 24746/94, 4/5/2001, § 109).

47. Diğer taraftan, etkili bir başvurudan söz edebilmek için, başvuru yolunun sadece hukuken mevcut bulunması yeterli olmayıp, bu yolun uygulamada fiilen de etkili olması ve başvuru makamının ihlal iddiasının özünü ele alma yetkisine sahip bulunması gerekir. Başvuru yolunun bir hak ihlali iddiasını önleyebilme, devam etmekteyse sonlandırabilme veya sona ermiş bir hak ihlalini karara bağlayabilme ve bunun için uygun bir giderim (tazminat) sunabilmesi halinde ancak etkililiğinden söz etmek mümkün olabilir. Yine, vuku bulmuş bir hak ihlali iddiası söz konusu olduğunda, tazminat ödenmesinin yanı sıra sorumluların ortaya çıkarılması bakımından da yeterli usuli güvencelerin sağlanması

gerekir (Benzer yöndeki AİHM kararları için bkz. *Ramirez Sanchez/Fransa*, B. No: 59450/2000, 4/7/2006, §§ 157, 160; *Aksoy/Türkiye*, B. No: 21987/93, 18/12/1996, § 95).

48. Somut olayda başvuru, kardeşinin öldürülmesi olayında gerekli tüm delillerin toplanmadığını, soruşturmanın etkili yapılmadığını, yetersiz araştırma ve değerlendirme ile sanığa eksik ceza tayin edildiğini, şartları oluşmadığı halde haksız tahrik hükümlerinin uygulandığını, yanlış hukuki değerlendirme nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

49. Bireylerin cezai sorumluluklarının kapsamının belirlenmesine yönelik hukuki sorunların incelenmesi kural olarak Anayasa Mahkemesinin yetkisi kapsamında olmayıp, suçluların tespiti ve cezalandırılması derece mahkemelerin görev ve yetkisindedir. Ancak yukarıda belirtilen yaşam hakkına yönelik müdahaleleri, soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği yönünden Anayasa Mahkemesince incelenmelidir.

50. Derece mahkemelerinin kararları bu açıdan değerlendirildiğinde; ölen ve tanık arkadaşı ile sanık ve tanık arkadaşının eşcinsellerin gittikleri barda tanışarak, cinsel ilişkiye girme konusunda anlaşmışlar, ancak gittikleri evde ölen ve sanığın baş başa kaldığı bir sırada dosya kapsamında aksi kanıtlanmayan şekliyle sanığın gönüllü olmamasına rağmen, ölenin, sanığı bıçakla cinsel ilişkiye zorladığı ve meydana gelen tartışma sonucunda sanığın anılan cinayeti işlediği, yapılan ihbar üzerine kolluğun "kasten öldürme" suçundan derhal soruşturmaya başladığı, ölenin 7 yakınının soruşturmaya dâhil oldukları, suç eşyaları üzerinde inceleme yapıldığı, ölen ve failinin doktor raporlarının alındığı, görgü ve bilgisi olan kişilerin tespiti yapılarak dinlendiği görülmektedir. Ayrıca soruşturma sonucunda, ölüme sebebiyet veren fail hakkında davanın açıldığı, yapılan yargılamada, eşcinsel olan maktulün cinsel ilişkiye girmek amacıyla bu ilişkiyi istemeyen sanığı bıçak tehdidiyle zorlamak suretiyle haksız şekilde sanığı tahrik ettiği ve sanığı basit biçimde yaraladığı kanaatine varılarak, sonuç olarak kasten öldürme suçu üzerinden haksız tahrik ve takdiri indirim hükümleri de uygulanarak ceza miktarının saptandığı, temyiz merciince denetlenen mahkûmiyet kararının onandığı belirlenmiştir.

51. Somut olayda Mahkemece, tarafların aynı cinsel yönelim içinde olduklarının kabul edildiği (§ 16), suçun aydınlatılması açısından gerekli diğer delillerin toplanarak soruşturma ve yargılamanın makul sürede tamamlandığı ve başvurucağının soruşturmaya etkin bir şekilde katıldığı görülmektedir. Ayrıca gerek Mahkeme kararında gerekse başvuru dosyasındaki ekli belgelerden, cinayetin, başvurucağının iddia ettiği gibi eşcinsellere yönelik bir nefretten kaynaklandığına ilişkin bir bulgu ya da şüpheye rastlanılmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kararda cinayetin nefret suçları kapsamında işlenip işlenmediğinin değerlendirilmemesi ya da tarafların cinsel yönelimlerinin araştırılmamış olması, Mahkemenin de kabulü dikkate alındığında soruşturmanın etkisizliği sonucunu doğurmayacaktır.

52. Buna göre, başvuru dosyasında oluşa ilişkin belge ve bilgiler dikkate alındığında, sorumluların tespitine yönelik soruşturmanın yetersiz olduğundan ve kararın somut kanıtlarla çelişecek biçimde ve açıkça hukuka aykırılık oluşturacak şekilde keyfi verildiğinden söz edilemeyeceği gibi, bu konuda ihmali bir davranış veya yetkililere yüklenebilecek bir eksiklik de saptanamamıştır. Dolayısıyla, kişinin yaşam hakkının korunması kapsamında yürütülen cezai soruşturmanın etkisiz olduğuna ilişkin bir sonuca varılmasını gerektirecek bir husus tespit edilememiştir.

53. Açıklanan gerekçelerle, yargılama sonucunda verilen karar nedeniyle başvuru hakkına yönelik bir ihlal açıkça tespit edilmediğinden, başvurunun “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

54. Soruşturmanın etkili yürütülmediği ve Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiasının açıkça dayanaktan yoksun bulunması nedeniyle, ayrıca bu bağlamda başvuru Anayasa'nın 40. maddesinin de ihlal edildiği iddiasının incelenmesine gerek görülmemiştir.

3. Ayrımcılık Yasağı Yönünden

55. Başvurucu ayrıca, cinayetin, maktulün cinsel yöneliminden dolayı işlendiğini, bu tür suçlara haksız tahrik indiriminin uygulanmasını engelleyecek herhangi bir yasal düzenlemenin olmamasının failleri cesaretlendirdiğini ve eşcinselleri zayıf hedef haline getirdiğini, mevzuatta eşcinselleri ayrımcılığa karşı açıkça koruyan bir düzenlemenin bulunmadığını, bir eşcinsel katili olan sanığa indirimli ceza verilerek diğer katillerden farklı bir muamele ile ayrımcılık yapıldığını, bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen “kanun önünde eşitlik” ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

56. Anayasa'nın “Kanun önünde eşitlik” kenar başlıklı 10. maddesi şöyledir:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

...

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

57. Başvurucunun, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine yönelik iddialarının, soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp, mutlaka Anayasa ve AİHS kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33).

58. Başvurucunun eşitlik ilkesinin ihlali iddiasının, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı çerçevesinde ve bu hakla bağlantılı olarak ele alınması gerekir. Dolayısıyla kişinin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı bakımından eşitlik ilkesi, bağımsız nitelikte koruma işlevine sahip olmayıp, bu hakkın kullanılmasını, korunmasını ve başvuru yollarını güvence altına alan tamamlayıcı nitelikte haklardandır (B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 34).

59. Ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartışılabilmesi için, ihlal iddiasının, kişinin hangi temel hak ve özgürlüğü konusunda hangi temele dayalı olarak ayrımcılığa maruz kaldığının gösterilmesi gerekir. Başvurucu, maktulün cinsel yönelimi nedeniyle öldürüldüğünü, eşcinselleri bu saldırılara karşı koruyacak cezai indirim engelleyecek bir yasal düzenlemenin olmadığını, eşcinsellere yönelik suç işleyenlere indirimli ceza verilerek farklı bir muamele ile ayrımcılık yapıldığını dile getirmiştir. Ayrımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvuru hakkının kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ve bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın sırf ırk, renk, cinsiyet, din, dil, cinsel yönelim vb. ayrımcı bir nedene dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir.

60. Somut olayda başvuru "bir eşcinsel katili olan sanığa indirimli ceza verilerek diğer katillerden farklı bir muamele ile ayrımcılık yapıldığı" yönündeki iddiasını temellendirecek somut bulgu ve kanıtlar ortaya koyamadığı görülmektedir. Mahkemenin karar gerekçesi incelendiğinde sanığın bu cinayeti eşcinsel karşıtı bir saik ile işlediği görüşüne dayandırmadığı anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, Mahkemenin, sanığın "kızlarla beraber olmak için eve geldiği" yönündeki savunmasına da itibar etmeyerek, sanık ve arkadaşı ile maktul ve arkadaşının aynı cinsel yönelimleri paylaştığını, hangi amaçla eve gidildiğinin taraflarca bilindiğini kabul ederek, olayı aksi kanıtlanamayan sanığın diğer savunmaları ve tanık beyanlarına bağlı olarak çözdüğü görülmektedir. Mahkemenin sanığa verilecek cezayı takdir ederken haksız tahrik hükümlerine dayandığı ve buna bağlı olarak cezada indirim yaptığı görülmele birlikte bu kuralın uygulanmasının nedeninin maktulün cinsel yönelimi değil, sanığın istemediği bir şekilde maktul tarafından cinsel ilişkiye zorlandığının kabulü olduğu görülmektedir. Mahkemenin dosyadaki deliller çerçevesinde cinayetin sanığın, maktulün bazı cinsel isteklerine karşı koymasına rağmen bıçak tehdidi ile zorlanmasıyla başlayan bıçaklı kavga sonucunda gerçekleştiğinin kabulü çerçevesinde kararını oluşturduğu anlaşılmaktadır. Dosyanın incelenmesinden öldürme fiilinin nedeninin ve faile uygulanan haksız tahrik kuralının maktulün cinsel yönelimi değil, failin istemediği bir ilişkiye zorlandığı yönündeki Mahkeme tespitinde bariz bir takdir hatası ya da açık keyfîlik bulunduğunu işaret eden herhangi bir bulguya rastlanılmamıştır. Dolayısıyla başvuruçunun ölen kardeşinin cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı söylenemez.

61. Açıklanan gerekçelerle, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği anlaşıldığından, başvurunun bu kısmının da "açıkça dayanaktan yoksun olması" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

V. HÜKÜM

Açıklanan nedenlerle;

A. Başvurunun;

1. Anayasa'nın 36. ve 141. maddelerinin ihlal edildiğine yönelik iddiaların "konu bakımından yetkisizlik",
2. Anayasa'nın 17. ve 40. maddelerinin ihlal edildiğine yönelik iddiaların "açıkça dayanaktan yoksun olması",
3. Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine yönelik iddiaların "açıkça dayanaktan yoksun olması",

nedenleriyle **KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,**

B. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına,

23/1/2014 tarihinde **OY BİRLİĞİYLE** karar verildi.

Başkan
Alparslan ALTAN

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI