

GENEL KURUL KARAR

E.A. BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2014/19112
Karar Tarihi : 17/5/2018

Başkan : Zühtü ARSLAN
Başkanvekili : Burhan ÜSTÜN
Başkanvekili : Engin YILDIRIM
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Serruh KALELİ
Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Recep KÖMÜRCÜ
Nuri NECİPOĞLU
Hicabi DURSUN
M. Emin KUZ
Hasan Tahsin GÖKCAN
Kadir ÖZKAYA
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Raportör : ElifÇELİKDEMİR ANKİTÇİ
Başvurucu : E.A.
Vekili : Av. Kerem DİKMEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, cinsel saldırı suçu ile ilgili yargılama sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/12/2014 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

7. Birinci Bölüm tarafından 8/2/2018 tarihinde, başvurunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve ekleri ile Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgelere göre olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu 1989 doğumlu olup İzmir'de yaşamaktadır. Başvurucu, 35-40 kadar Türk ve yabancı uyruklu kişinin iştirakiyle kamuya açık mekânda bir internet sitesi etkinliği çerçevesinde düzenlenen müzikli bir organizasyona katılmıştır.

10. Anılan internet sitesi, bir ev sahipliği (hosting) oluşumu olup amacı; üyelerinin farklı ülke ve kültürlerle tanışmasını kolaylaştırmaktır. Bu sayede bir üye gezip kültürünü tanımak istediği başka bir ülke veya şehirdeki diğer bir üyenin evinde konaklama ihtiyacını karşılamaktadır. Oluşumun, ulusal ve uluslararası düzeyde oldukça geniş bir üye kitlesinin mevcut olduğu ve başvuruya yansdığı gibi zaman zaman çeşitli organizasyonlar düzenlediği bilinmektedir.

11. Başvurucunun 31/1/2013 tarihinde katıldığı organizasyonda, diğer bir katılımcı olan yabancı uyruklu W.J.L., olay günü aralarında başvurunun da bulunduğu 10-15 kadar katılımcıyı organizasyondan sonra evinde ağırlamak üzere davet etmiştir. Yine organizasyona müzisyen olarak katılan G.C. de davet üzerine bu grupla birlikte W.J.L.nin evine gitmiştir.

12. Evde konaklamak isteyenlerden olan başvuru, ev sahibi W.J.L.nin gösterdiği odada tek başına uyuduğu sırada bir süre müzikle birlikte eğlenip sohbet eden gruptan bazı kişiler evden ayrılmıştır. Evde başvuru, ev sahibi ve müzisyen olan G.C. kalmıştır. Ev sahibi, kalmak istediği için G.C.ye de ayrı bir oda tahsis ederek salonda uyumuştur. Odada uyumaya devam eden başvuru sabah saatlerinde bir anda uyanmış ve G.C.nin belden aşağı kısmının çıplak bir şekilde karşısında olduğunu görmüştür. Derece mahkemelerinin kabulüne göre; hâlen giyinik (kot pantolon ve tişört şeklinde) olduğunu fark eden başvuru, G.C.nin, başvurunun göğüslerine ve karnına dokunarak mastürbasyon yaptığını algılayınca bağırarak yataktan çıkmış, salonda bulunan ev sahibinin yanına koşmuş, arkasından da G.C. yarı çıplak bir hâlde salonda bulunan W.J.L. ile başvurunun yanına gitmiştir. Ev sahibi W.J.L.nin olaydan haberdar olması üzerine başvurunun talebiyle kolluk görevlilerine haber verilmiş, görevlilerce olay yerine gelinerek soruşturmaya başlanmıştır.

13. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca (Savcılık) yürütülen soruşturma kapsamında öncelikle başvurunun ve ev sahibi W.J.L.nin beyanları alınmış, olay yeri tespit tutanağı düzenlenmiş, başvurunun kıyafetleri ve yatak eşyaları incelenmek üzere delil olarak muhafaza altına alınmıştır.

14. G.C.; tüm suçlamayı en başından beri reddetmiş, "*aldığı alkolün etkisiyle uyuyamadığını, bulunduğu evi dolaşırken başvurunun uyuduğunu gördüğünü, sabah olduğu için onu uyandırmak istediğini, sonrasında tuvalete gittiğini,*

çıkışında salonda ev sahibi ile başvuruçunun kendisi hakkında konuştuğunu duyduğunu" ifade etmiştir.

15. G.C., gözaltına alınarak verdiği savunmasının ardından aynı gün tutuklamaya sevk edilmiş, İzmir 4. Sulh Ceza Mahkemesi tarafından tutuklanmıştır. 5/2/2013 tarihinde (olaydan dört gün sonra) Savcılık tarafından G.C. hakkında basit cinsel saldırı suçunun işlendiği iddiasıyla düzenlenen iddianameyle İzmir 2. Asliye Ceza Mahkemesinde dava açılmıştır. Sanık G.C.nin, tutuklu kaldığı süre dikkate alınarak 4/4/2013 tarihinde 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından tahliyesine karar verilmiştir.

16. Ardından başvuruçunun olay nedeniyle ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespit edilebilmesi amacıyla Ege Üniversitesi Adli Tıp Kurulundan sağlık raporu aldırılmıştır. Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Erişkin Adli Kurulu tarafından düzenlenen 24/5/2013 tarihli rapora göre; başvuruçunun ruh sağlığının bozulduğu, travma sonrası stres bozukluğu tanısı olduğu, bozulmanın kalıcı olup olmadığı hususunda başvuruçunun bir yıl süreyle psikiyatri hekimi tarafından aylık kontrollerle takip ve tedavi sonrası karar verilmesi gerektiği bildirilmiştir.

17. Anılan rapor doğrultusunda İzmir 2. Asliye Ceza Mahkemesince 16/9/2013 tarihinde davaya konu eylemin nitelikli cinsel saldırı suçu kapsamında kalabileceği kanaatiyle görevsizlik kararı verilerek dosya, ağır ceza mahkemesine gönderilmiştir.

18. İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesince (Mahkeme) başvuruçunun istemi nedeniyle ruh sağlığının bozulup bozulmadığının saptanmasına yönelik olarak alınan İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. Adli Tıp İhtisas Kurulunun düzenlediği 28/3/2014 tarihli rapora göre; olaydan kaynaklanmış psikiyatrik bozukluğunun (subklinik belirtilerle seyreden travma sonrası stres bozukluğu) tespit edildiği, bu psikiyatrik tablonun ruh sağlığını etkilediği ancak bu etkilenmenin ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede olmadığı belirtilmiştir.

19. Başvuruçucu, her iki rapor arasında çelişki bulunduğundan incelemenin Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Genel Kurulu tarafından yapılmasını talep etmiş ise de ilk raporun olayın hemen akabinde alınan geçici rapor olduğu, belli bir süre geçtikten sonra alınan ikinci raporun yeterli olduğu gerekçesine istinaden Mahkemece söz konusu talep reddedilmiştir.

20. Tanık anlatımları ve toplanan deliller doğrultusunda Mahkeme tarafından 25/6/2014 tarihli kararıyla "G.C.nin başvuruçunun uyuduğu odaya girdiği ve belden aşağısını çıplak olarak bir eliyle katılanın karnı ve göğüs bölgesini okşadığı ve diğer eliyle penisini tutup mastürbasyon yaptığı, bu sırada vücuduna dokunulduğunu fark eden E.A.nın uyandırdığı ve sanığa 'sen ne yapıyorsun, buraya nasıl girdin' diyerek bağırdığı ve hızlı bir şekilde odadan çıktığı" na kanaat getirilerek G.C.nin cinsel saldırı suçunu işlediği kabul edilmiştir. İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. Adli Tıp İhtisas Kurulunun raporu dayanak alınarak başvuruçunun ruh sağlığının bozulmamış olduğu görüşüyle 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca ceza arttırım yoluna gidilmemiştir. G.C.nin, "duruşmadaki iyi hali ve yargılama sürecindeki davranışları" gözönünde bulundurularak cezasında taktiri indirim uygulanmış, sonuç olarak 1 yıl 8 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına dair hüküm kurulmuştur. "Cezanın miktarı, G.C.nin sabıksız geçmişi, kişilik özellikleri" dikkate alınarak verilen bu hükmün açıklanması geri bırakılmıştır.

21. Başvurucu tarafından karara yapılan itiraz, İzmir 2. Ağır Ceza Mahkemesince 3/11/2014 tarihinde reddedilmiştir.

22. Nihai karar 3/12/2014 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

23. Başvurucu 8/12/2014 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Ulusal Mevzuat

24. 5237 sayılı Kanun'un başvuruya konu suçun işlendiği iddia edilen tarihte yürürlükte olan "*Cinsel saldırı*" kenar başlıklı 102. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkraları şöyledir:

"(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

"(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur."

25. 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 58. maddesiyle değişen 5237 sayılı Kanun'un 102. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir."

26. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkraları şöyledir:

"(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."

2. Yargıtay İçtihadı

27. Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 26/4/2017 tarihli ve E.2016/6408, K.2017/1020 sayılı kararı şöyledir:

"...Tüm dosya içeriğine göre; sanığın, baygın vaziyetteki katılının üzerindeki tayt ve külotlu çorabını alt kısmından yırtarak cinsel organına dokunması şeklinde gerçekleştirdiği eyleminin sarkıntılık düzeyini aşarak basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya

düşülerek, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kaldığından bahisle TCK'nun 102/1-2. cümlesi gereğince mahkûmiyetine karar verilmesi yerine TCK'nun 102/1-1. cümlesi gereğince hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi.... bozmayı gerektirmiştir."

28. Yargıtay 6. Ceza Dairesinin 23/6/2016 tarihli ve E.2015/5704, K.2016/6287 sayılı kararı şöyledir:

"... Olay gecesi sanığın, aynı yerde birlikte çalıştığı otuzbir yaşındaki katılanla birlikte iş çıkışı yürüyerek evlerine gittikleri sırada ani hareketle katılanın kalçasına dokunmak suretiyle gerçekleştirdiği eylemin sarkıntılık düzeyinde kalması nedeniyle suç tarihinde yürürlükte bulunan 5237 sayılı TCK'nun 102/1. maddesinde yer alan basit cinsel saldırı suçunu oluşturup anılan maddede öngörülen 2 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasının alt ve üst sınırları nazara alınıp mahkemece gerekçe gösterilerek sanık hakkında teşdiden 2 yıl 6 ay hapis cezası tayin edilmiş ise de, hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanununun 58'nci maddesiyle yeniden düzenlenen 5237 sayılı TCK'nun 102'nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde 'cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasına hükmedileceğinin' kabul edilmesi karşısında, mahkemece belirlenecek temel cezanın üst sınırının 7 yıldan 5 yıla indirilmesi sebebiyle anılan düzenlemenin lehe olduğu gözetilerek mahkemece yeniden değerlendirme yapılmasında zorunluluk bulunması.... bozmayı gerektirmiştir."

29. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 3/2/2009 tarihli ve E.2008/11-250, K.2009/13 sayılı kararı şöyledir:

"...Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının objektif koşullarından birisi de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesidir. Burada, uğranılan zararlardan kast edilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir."

B. Uluslararası Hukuk

1. Uluslararası Mevzuat

30. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "İşkence yasağı" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muamelelere tabi tutulamaz."

31. 18/6/2003 tarihli ve 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 16/12/1966 tarihli Birleşmiş Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi şöyledir:

"Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

32. Bir muamele veya cezanın kötü muamele olduğunu söyleyebilmek için eylemin *minimum ağırlık eşiğini* aşması beklenir (Raninen/Finlandiya, B. No:

20972/92, 16/12/1997, § 55; *Erdoğan Yağız/Türkiye*, B. No: 27473/02, 6/3/2007, §§ 35-37; *Gafgen/Almanya* [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, §§ 88-90; *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25/3/1993, § 30).

33. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), devletin pozitif yükümlülüklerinin özel kişilerin eylemlerini de içerdiğini belirtmiştir. Devlet, kamu görevlilerinde olduğu gibi özel kişiler tarafından gerçekleştirilecek kötü muamelelere karşı da yeterli korumayı ve yasal çerçeveyi sağlamakla yükümlüdür (*Denis Vasilyev/Rusya*, B. No: 32704/04, 17/12/2009, § 98; *Yehovanın Şahitleri Gldani Cemaatinin 97 Üyesi ve diğer 4 kişi/Gürcistan*, B. No: 71156/01, 3/5/2007, § 96; *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, B. No: 13134/87, 25/3/1993, §§ 26-28; *A/Birleşik Krallık*, B. No: 100/1997/884/1096, 23/9/1998, §§ 22-24; *X ve Y/Hollanda*, B. No: 8978/80, 26/3/1985, § 27).

34. AİHM, devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamının, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamelelerde bulunanların devlet memuru olması veya şiddetin özel kişiler tarafından uygulanmış olmasına göre farklılık gösterdiğini kabul etmektedir (*Beganoviç/Hırvatistan*, B. No: 46423/06, 25/6/2009, § 69).

35. AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesinin *tartışılabilir* ve *makul şüphe uyandıran* kötü muamele iddialarının etkin biçimde soruşturma yükümlülüğü getirdiğine dikkat çekmektedir (*Labita/İtalya* [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 131). AİHM'in içtihadında tanımlanan etkinlik için minimum standartlar soruşturmanın bağımsız, tarafsız, kamu denetimine açık olmasını ve yetkili makamların titizlikle ve çabuklukla çalışmasını gerektirmektedir (*Mammadov/Azərbaycan*, B. No: 34445/04, 11/1/2007, § 73; *Çelik ve İmret/Türkiye*, B. No: 44093/98, 26/10/2004, § 55).

36. AİHM, hukuka aykırı öldürme eylemlerine ilişkin Türkiye'de yürürlükte bulunan ulusal hukukun, mahkemelere hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı vermelerine olanak sağladığını ancak mahkemelerin takdir yetkilerini, ilgili eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmaktan ziyade, ciddi bir suç teşkil eden eylemin sonuçlarını hafifletmek ya da ortadan kaldırmak için kullandıklarını belirtmektedir (*Okkalı/Türkiye*, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 75; *Kasap ve diğerleri*, B. No: 8656/10, 14/1/2014, § 17). AİHM, 5271 sayılı Kanun ile düzenlenen HAGB kararının faillerin cezadan muaf tutulması ile sonuçlandığını çünkü belirtilen müessesenin uygulanması sonucunda -failin denetimli serbestlik tedbirlerine uyması koşuluyla- verilen kararın içerdiği ceza ile birlikte tüm hukuki sonuçlarıyla ortadan kalktığını ifade etmektedir (*Kasap ve diğerleri/Türkiye*, § 17).

37. AİHM, üçüncü kişiler arasında gerçekleşen kasten yaralama olayına ilişkin mevcut davaya özgü koşulları dikkate alarak ceza davası sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün yeterli caydırıcı etkiye sahip olduğunu ve HAGB kararının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muamelelere karşı bireylerin korunmasının amaçlandığı caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kılmadığını belirterek devletin, Sözleşme'nin 3. maddesi gereğince üstüne düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirdiğini dile getirmiştir (*Çalışkan/Türkiye*, B. No: 47936/11, 1/12/2015, § 52).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

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

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

39. Başvurucu; cinsel saldırı suçunun mağduru olduğu hususu mahkemece kabul edilmesine rağmen, gerçekleşen eylemin manevi varlığına etkisinin tam olarak ortaya konulmadığını belirtmiştir. Başvurucu, ruhsal bütünlüğünün bozulup bozulmadığı konusunda hakkında alınan iki rapor arasındaki çelişkinin giderilmediğinden yakınmış ve eylemin hukuki nitelendirilmesinin HAGB kapsamında kalacak şekilde yapıldığına işaret etmiştir. Yargılama sırasında öne sürdüğü itirazların gerekçesiz olarak reddedildiğini ifade eden başvurucu, sonuç olarak Anayasa'nın 17., 20. ve 36. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

40. Başvurucu, başvuruya konu olay nedeniyle özel hayatının ve geleceğe dair beklentilerinin olumsuz etkileneceğine işaret ederek kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulmasını talep etmiştir.

41. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

B. Değerlendirme

42. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."

43. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Somut başvurudaki suçla ilgili şikâyetler mahiyetleri gereği Anayasa'nın 17. maddesinin birinci veya üçüncü fıkraları ile 20. maddesinde güvence altına alınan maddi ve manevi varlığın korunması veya kötü muamele yasağı ile özel hayatın korunması kapsamında olmasına karşın (*M.C./Bulgaristan*, B. No: 39272/98, 4/3/2004, § 148; *Dordevic/Hirvatistan*, B. No: 41526/10, 24/7/2012, §§ 92, 93) bir muamelenin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası gereği maddi ve manevi bütünlüğün korunması hakkını aşarak üçüncü fıkrası gereği kötü muamele yasağına girmesi için asgari bir eşiğe ulaşması gerekmektedir.

44. Bu asgari eşik, göreceli olup her olayın somut koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda muamelenin süresi, bedensel ve ruhsal etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşır. Ayrıca muamelenin ardındaki saik ve amaç dikkate alınmalıdır. Muamelenin gerginlik ve duygu yoğunluğunun olduğu bir anda meydana gelip gelmediği de gözönünde tutulmalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 83).

45. Yukarıda yer verilen kıstaslar kapsamında başvurucuya yönelik eylemin hafif kapsamda sayılamayacak düzeyde fiziksel müdahale içerdiği ve başvurucu hakkında olay nedeniyle travma sonrası stres bozukluğu tanısı konulduğu da dikkate alınarak muamelenin asgari eşiği aştığı değerlendirilerek başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde kötü muamele yasağı kapsamında incelenmesi gerekmiştir.

46. Bununla birlikte başvurunun olgusal olarak ileri sürdüğü şikâyetlerin tamamı olay nedeniyle cezalandırmanın yeteri düzeyde olmadığına özgülenmiştir. Dolayısıyla başvurunun başvuru konusu eylem nedeniyle özel hayatın korunması hakkı kapsamında kalan -maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik şikâyetleri dışında- farklı şikâyetleri bulunmadığından kötü muamele yasağı yanında özel hayatın korunması hakkı yönünden ayrıca bir inceleme yapılmamıştır.

47. Devletin kötü muamele yasağının garantörü olmasından kaynaklanan koruma yükümlülüğü, devletin bu konuda hem hukuki hem de fiilî tedbirler almasını gerektirmektedir (*A./Birleşik Krallık*, B. No: 25599/94, 23/9/1998, § 24). Somut olaydaki gibi üçüncü kişiler tarafından yapılan kötü muamelelerde dahi devletin bireyi koruma ödevi bulunmakta ise de başvurunun yasal veya idari çerçevede bu yöne ilişkin bir şikâyeti bulunmamaktadır. Öte yandan Anayasa Mahkemesini, koruma yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği yönünden inceleme yapmaya sevk edecek herhangi bir bilgi veya bulgu da başvuru dosyasında bulunmamaktadır. Bu bağlamda inceleme devletin diğer bir pozitif yükümlülüğü olan usul yükümlülüğü kapsamında sınırlı yapılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

48. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

49. Anayasa Mahkemesinin işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında devletin pozitif yükümlülükleri açısından benimsediği temel yaklaşıma göre devletin sorumluluğunu gerektirebilecek şartlar altında gerçekleşen olaylarda Anayasa'nın 17. maddesi devlete, bu konuda ihdas edilmiş bulunan yasal ve idari çerçevenin elindeki tüm imkânları kullanarak maddi ve manevi varlığı tehlikede olan kişileri korumak için gereği gibi uygulanmasını ve buna ilave olarak işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin ihlallerin durdurulup cezalandırılmasını sağlayacak etkili idari ve yargısal tedbirleri alma görevi yüklemektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 52).

50. Anayasa'nın 17. maddesi ayrıca devlete, kişilerin işkence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza veya muameleye, bu muameleler üçüncü kişiler tarafından yapılmış olsa bile maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yüklemektedir. (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 82).

51. Devletin pozitif yükümlülüğünün bir parçası olarak usul yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili resmî bir soruşturma yürütmek durumundadır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 106; *Tahir Canan*, § 25).

52. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Diğer taraftan burada yer verilen

değerlendirmeler hiçbir şekilde Anayasa'nın 17. maddesinin, başvuruculara üçüncü tarafları adli bir suç nedeniyle yargılatma ya da cezalandırma hakkı ya da tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklediği anlamına gelmemektedir (*Serpil Kerimoğlu ve diğ.leri*, § 56).

53. Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır (*Şenol Gürkan*, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 105; *Mustafa Rollas*, B. No: 2013/7703, 2/2/2017, § 74; *Yunus Kalkan*, B. No: 2013/4383, 18/2/2016, § 85).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

54. Soruşturma ve kovuşturma süreci bir bütün olarak incelendiğinde, başvurunun şikâyeti üzerine Cumhuriyet Savcılığı tarafından derhâl soruşturmaya başlandığı, başvurunun soruşturmanın açıklığını temin edecek ve meşru menfaatlerini koruyabilecek bir şekilde beyanına başvurularak soruşturma sürecine dâhil edildiği anlaşılmıştır. Başvuruya konu eylemden sorumlu olan G.C.nin savunmasının ve tanık beyanlarının alındığı, olay yeri incelemesi yapılarak delillerin toplandığı görülmüştür. Toplanan bu deliller üzerinde yapılan incelemenin raporlandırıldığı, şikâyet konusu eylem nedeniyle başvurunun ruh sağlığının etkilenme derecesine ilişkin raporun alındığı, soruşturmanın ve yargılamanın toplamda yaklaşık 1 yıl 9 ay gibi makul bir süre içinde neticelendirildiği anlaşılmakla maddi olayın aydınlatılması ve sorumlunun yargılanması için özenli bir inceleme yapıldığı tespit edilmiştir.

55. Bununla birlikte başvuru, delillerin toplanmasına yönelik olarak hakkında alınan iki rapor arasındaki çelişkinin Mahkeme tarafından giderilmeyerek eylemin nitelendirilmesinde hataya düşüldüğünü iddia etmiştir. Maddi olayların aydınlatılması amacıyla toplanacak delilleri değerlendirme ve hukuk kurallarının yorumu mahkemelerin takdir yetkisi kapsamında bulunduğu gözününe alındığında, hangi delilin yargılama için ne derecede gerekli olduğu hususundaki bu takdir yetkisine Anayasa Mahkemesinin kural olarak müdahale etmesi düşünülemez. Somut olayda da alınan ilk raporun olayın hemen sonrasında alındığı ve ikinci bir rapor alınması ihtiyacına ilk raporda da yer verildiği gözetilerek geçici mahiyette olduğu değerlendirilmek suretiyle ikinci rapor alınmış ve eylem bu rapora göre nitelendirilmiştir. Yapılan bu hukuki yorumda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında korunan hakkı zedeleyecek mahiyette devlete yüklenen sorumluluğa aykırı bir değerlendirmenin yapılmadığı anlaşılmaktadır.

56. Öte yandan, İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesince başvuruca karşı cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdiği tespit edilen G.C.nin 5237 sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrası gereği alt sınır olan 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş, "*duruşmadaki iyi hali ve yargılama sürecindeki davranışları*" gözönünde bulundurularak cezasında takdiri indirim uygulanmış ve sonuç olarak 1 yıl 8 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına dair hüküm kurulmuştur. "*Cezanın miktarı, G.C.nin sabıkasız geçmişi ve kişilik özellikleri*" dikkate alınarak verilen bu hükmün açıklanması geri bırakılmıştır.

57. Olay tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan ve sanık hakkında uygulanan 5237 sayılı Kanun'un 102. maddesinin birinci fıkrası; kişilerin vücut bütünlüğünün cinsel saiklerle ihlal edilmesi durumunda eylemi yapanın 2 yıldan 7 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağını öngörmüştür. Kanun koyucu tarafından nitelikli cinsel saldırı (tecvüz) eylemi olarak sınıflandırılanların dışında kalan ve vücuda fiziksel

müdahaleyi içeren cinsel saldırı suçunun yaptırımında, eylemin ağırlığı ile alabileceği formların çeşitliliği gözönünde bulundurularak geniş bir ceza miktarı yelpazesi kullanılmıştır. Kanun koyucunun bu iradesini 6545 sayılı Kanun'la aynı maddede 18/6/2014 tarihinde yapılan değişiklikle de görmek mümkündür. Bu değişiklikle cinsel saldırı suçları derecelendirilmiş, vücut bütünlüğüne yapılan eylemin daha hafif nitelikte kaldığı değerlendirildiğinde eylemin *sarkıntılık* suçunu oluşturacağı belirtilerek 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla; daha ağır nitelikteki eylemlerin ise 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür. Sonuç itibarıyla 2 yıldan 7 yıla kadar olan hapis cezası yelpazesi, 2 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası biçiminde değiştirilerek hafif nitelikte olmayan eylemlerin alt sınırının 5 yıldan başlaması tercih edilmiştir.

58. Derece mahkemelerinin takdir yetkisi kapsamında kaldığı kuşkusuz olan ceza miktarı tayininine Anayasa Mahkemesinin müdahalesi kural olarak düşünülmez ise de takdir yetkisinin bu tür olaylara müdahale gösterme şeklinde kullanılması, etkin yargısal korumayı zayıflatarak temel hak ve hürriyetlerin zedelenmesine yol açabilecektir. Bu bağlamda, başvuru konusu olay, uyku hâlinde olan başvurusunun bilinci yerinde değilken tanımadığı bir şahısa en mahrem bölgelerine dokunulduğu sırada uyanması ve bu nedencle -sağlık raporlarıyla da sabit olduğu üzere- travma yaşamasıdır. Olayın gerçekleşme biçimi ve başvurusunun yaşadığı travma gözönüne alındığında, *en hafif* nitelikte olduğu tartışmalı olan cinsel saldırı eyleminin bu kapsamda görülmesinin ötesinde başvurusunun tüm itirazlarına rağmen Mahkemece hükmedilen sonuç cezanın açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin, yaptırımın caydırıcılık etkisi yönünden incelenmesi gerekmektedir.

59. HAGB kurumu, 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinde düzenlenmiştir. Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan HAGB kurumu, denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması hâlinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucunu doğurduğundan bu özelliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birini oluşturmaktadır (*Tahir Canan*, § 30).

60. Dolayısıyla kişi hakkında verilen HAGB kararı, ceza niteliğinde olmayıp kişiyi ceza tehdidi altında bırakmaktan ibarettir. Somut olayda olduğu gibi suç işlediği sübuta eren kişinin cezalandırılması ancak denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi şartına bağlanmakta, böylelikle sorumluluğu mahkeme kararıyla sabit olan eylemi -yeni bir suç işlemediği takdirde- fiili olarak cezasız kalmaktadır. Kanun koyucunun, işlediği suçtan dolayı kişinin tekrar topluma kazandırılması amacıyla getirdiği bu cezasızlık kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı değerlendirilirken her olayın somut koşulları çerçevesinde suçun niteliği ve mağdurun söz konusu suçtan etkilenme derecesiyle orantılı olarak yaptırımın caydırıcılığı hususunun da göz ardı edilmeden yorumlanması gerekmektedir.

61. Öte yandan HAGB kapsamında kalan suçlar yönünden bu yöntemin uygulanma koşullarından biri de suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekliliğidir. Uğranılan zarar kavramı, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yalnızca maddi zararları kapsar nitelikte yorumlanmakta olup manevi zararların bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, maddi zararın doğmadığı ya da maddi zarar doğmasına elverişli olmayan suçlar bakımından bu koşulun yerine getirilmesinin

aranmayacağı vurgulanmaktadır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 3/2/2009, E.2008/11-250, K.2009/13).

62. Ancak Anayasa Mahkemesi, devletin hüküm ve kontrolü altında bulunulan bir zaman diliminde gerçekleştiği iddia edilen kötü muamele iddiaları yönünden HAGB kurumunun uygulanmasının, sanığın infaz edilebilir bir ceza almaması sonucunu doğurduğu ve bu kurumun uygulanmasında mağdurun muvafakati ya da mağdur açısından manevi bir telifinin sağlanmasının da aranmadığını gözeterek anılan geri bırakma kararının mağdur açısından yeterli ve etkili bir giderim sağlamadığını değerlendirmiştir (*Şenol Gürkan*, § 110; *Mustafa Rollas*, B. No: 2014/7703, 2/2/2017, § 81).

63. Yukarıdaki başvuruya (bkz. § 62) benzer bir başvuruda AİHM de 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesiyle düzenlenen HAGB kurumu ile ilgili yaptığı değerlendirmede düzenlemenin, faillerin cezasız bırakılması sonucunu doğurduğu kanaatine varmıştır. AİHM, hâkimlerin takdir yetkilerini, hukuka aykırı ve son derece ciddi bir eylemin hiçbir şekilde hoş görülmemeyeceğini göstermek yerine, bu eylemin sonuçlarını olabildiğince aza indirmek yönünde kullandıklarına işaret ederek işkence failleri hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığı davalarda Sözleşme'nin 3. maddesinin usul bakımından ihlal edildiğine hükmetmiştir (*Taylan/Türkiye*, B. No: 32051/09, 3/7/2012, § 46).

64. Elbette Anayasa'nın 17. maddesine aykırı muamelelerin kamu görevlileri tarafından değil de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesi hâlinde devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında daha esnek davranması anlaşılabilen bir olgudur. Nitekim Anayasa Mahkemesi *Esmâ Başbakkal* (B. No: 2012/1128, 8/5/2014) kararında, anlık bir saldırıdan öteye geçmeyen ve herhangi bir fiziksel müdahale içermeyen sanığın eylemini Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında görerek yaptığı değerlendirmede; sanık hakkında verilen para cezası hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın, gerçekleşen haksız eylemin mağdur üzerinde oluşturduğu etki ile belirlenen ceza ve beş yıllık denetim yaptırımının orantılı olduğuna işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bireyin onuruna ve vücut dokunulmazlığına saygı duyulmasını garanti eden hukuk hükümlerinin ve özellikle de cezai yaptırımların caydırıcı işlevinin mevzuat çerçevesinde etkin bir şekilde uygulanmasının sağlandığını belirterek kişinin maddi ve manevi varlığının korunması kapsamında etkisiz olmadığını değerlendirmiştir.

65. Aynı şekilde AİHM de *Çalışkan/Türkiye* (B. No: 47936/11, 1/12/2015) kararında; olaydan önce birbirini tanımayan kişiler arasında trafik akışı nedeniyle çıkan tartışma sonucu başvuruçunun yaralanmasıyla ilgili yapılan yargılama sonucu eylemden sorumlu olan kişiler hakkında verilen hapis cezasına dair HAGB kararının, Sözleşmenin 3. maddesine aykırı muamelelere karşı bireylerin korunmasının amaçlandığı caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kılmadığına vurgu yapmıştır. AİHM, yetkili makamların suçla karşı eylemsiz kalmadığı ve özensiz davranmadığı, başvuruçunun şikâyet etme kapasitesi yönünden daha fazla koruma gerektirecek kişiler kategorisinde olmadığı kanaatine vararak davaya özgü koşullar nedeniyle devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında bir ihlalin olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

66. Yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarından (§§ 62-65) anlaşılacağı üzere; başvuruya yansıyan olaya özgü koşullar bir bütün hâlinde değerlendirildikten sonra ortaya çıkan sonucun Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında koruma altına alınan hakkı zedeleyip zedelediği değerlendirilmelidir.

Diğer bir ifadeyle olayda Mahkemenin verdiği kararın, üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kötü muamelelere karşı bireylerin korunmalarını sağlayan caydırıcı yasal tedbirleri fiilen etkisiz kılp kılmadığı incelenmelidir. Bu inceleme yapılırken cinsel suçların toplum üzerinde yarattığı hassasiyet de gözardı edilmemelidir.

67. Tüm bu tespitler ışığında Mahkemenin, ceza tayini ve HAGB hususunda tam bir takdir yetkisi bulunduğu hâlde verdiği kararla bu yetkisini, söz konusu eylemlere hiçbir şekilde müsamaha edilmeyeceğini göstermek için kullanmak yerine toplumca hassasiyet gösterilen cinsel saldırı eyleminin sonuçlarını hafifletmek için kullanmayı tercih ettiği izlenimi vermiştir. Olaya özgü koşullar (bkz. §§ 12, 16, 18) nedeniyle başvurucuya yönelik cinsel saldırının ağırlığı karşısında eylemi yapanın cezalandırılması yerine sadece ceza tehdidi altında bırakılmasına dair verilen kararın, bireylerin kötü muamele yasağına karşı korunması amacıyla alınan caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kıldığı kanaatine varılmıştır.

68. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının öngördüğü devletin pozitif yükümlülüğünden usul yükümlülüğünün ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

69. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

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

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

70. Başvurucu 50.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

71. Kötü muamele yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

72. Kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunduğu karardan bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

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

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

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvuruya konu olayın niteliği gereği kamuya açık belgelerde başvurusunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

C. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR ve Hicabi DURSUN'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Kararın bir örneğinin kötü muamele yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İzmir 1. Ağır Ceza Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

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

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

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/5/2018 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Burhan ÜSTÜN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

KARŞI OY GEREKÇESİ

1. Somut olayda, kötü muamele yasağı bakımından kamu görevlilerinin herhangi bir kötü muamele eylemleri (kötü muameleyle ilişkin negatif yükümlülük) söz konusu olmayıp, üçüncü kişilerin eylemlerinin varlığından (yasağa ilişkin yatay etkiden) bahsedilebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) Hükümün Açıklanmasını Geri Bırakılması (HAGB) müessesesinin etkili olmadığına hükmettiği kararlarda ise adam öldürme, işkence, kötü muamele gibi suçlarda kamu görevlileri söz konusudur. Devletin üçüncü kişilerin eylemleri ile ilgili olarak; korumaya ilişkin önleme yükümlülüğü varsa da, bu tür olaylarda devlet yargı organları eliyle kişiyi cezalandırmış, ancak yasaların öngördüğü cezaların şahsileştirilmesi ve tatbiki (HAGB, tecil, adli para cezasına çevirme vb.) sonucu hapis cezası dışında kimi yöntemlere başvurmuşsa, bu sonuçlara bakılarak hak ihlâline yol açıldığına hükmedilemez. Diğer bir deyişle, salt bu seçenek yaptırımlara başvurulması, etkili yargısal koruma sağlanmadığı sonucunu doğurmaz. Ayrıca, mevcut başvurunun kötü muamele yasağı kapsamında olmadığı, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı kapsamında incelenmesi gerektiğine işaret etmek gerekir. Dosyanın incelenmesinde başvurucuya karşı cinsel saldırı suçu işleyen failin derece mahkemesince cezalandırıldığı, ancak seçenek yaptırım olarak hakkında HAGB kararı verildiği, dolayısıyla "önleme" bakımından devletin (yargı organının) üstüne düşen görevi yaptığı görülmektedir. AİHM'nin kamu görevlileri" bakımından ve salt işkence, kötü muamele vb. suçlar yönünden benimsediği "bu tür suçlarda HAGB kararı verilmesinin etkili olmadığı ve hak ihlâline yol açtığı" görüşünün, "yatay etki" içtihadı ile başvuru konusunda olduğu gibi, üçüncü kişilerin eylemlerine teşmil edilmesinin (ki bu konuda herhangi bir AİHM içtihadı mevcut değildir) doğru olmadığı değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle, olayın üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi, pozitif yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin üçüncü kişiler arasındaki eylemleri kapsayacak şekilde genişletilmesinde (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa hükümlerinin yatay etkisi) işkence, kötü muamele vb. suçlar dışında çok seçici ve titiz olunması gerekmektedir. Başvurunun somutunda olduğu gibi, HAGB kararı bakımından "cinsel saldırı" suçlarının bu kapsama alınması, ileride başka diğer suçlar bakımından da bu yönde bir eğilimi beraberinde getirebilecek; bu kurum (HAGB) yasa koyucunun öngörmediği biçimde birçok suç için tatbik edilemez hale gelebilecektir.

2. HAGB, yasa koyucunun, benimsediği suç ve ceza siyaseti uyarınca öngördüğü bir "seçenek yaptırım" dır. Bu seçenek yaptırımın hangi suçlar bakımından ve ne miktar cezalar için tatbik edilebileceği hususu da tamamen yasa koyucunun takdiri içindedir. Dolayısıyla, cinsel saldırı suçları yönünden bu müessesenin tatbik edilmesinin hak ihlâline yol açacağı şeklinde bir sonuca katılma imkanı bulunmamaktadır.

3. Failin failinin cinsel saldırı suçlarından hangisinin ihlâline yol açacağı, sabit görülen bu suçun cezasının alt ve üst sınırları arasında serbestçe saptanması ve takdiri, cezayı azaltıcı nedenlerin (takdiri indirim, tahrik vb.) takdiri ve uygulanması ile nihayet hükmedilen hapis cezasına seçenek yaptırımların tatbiki tamamen derece mahkemelerinin takdirindedir. Dosyanın somutunda da, yapılan yargılama sonunda sanığın suçunun saptanarak hapis cezasına hükmedildiği, takdiri indirim nedeni uygulandığı ve seçenek yaptırım olarak HAGB müessesesinin tercih edildiği ve bu kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Derece mahkemesi kararlarının incelenmesinde "gerekçe hakkı" yönünden bir hukuka aykırılık da söz konusu olmadığından;

cezalandırma ve şahsileştirme yönünden bir hak ihlalinin varlığından da söz edilemez. Dolayısıyla, “niçin suçun vasfının daha halif kabul edildiği, cezanın neden alt sınırdan uzaklaşmadan verildiği, takdiri indirim nedenlerinin varlığının niye kabul edildiği, HAGB kararı verilerek cezanın etkisizleştirilmiş sayılması gerektiği” gibi sorgulamalarla hak ihlâli sonucuna gidilmesi isabetli olmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle, ortada hak ihlâli sunucunu doğuran herhangi bir neden olmadığı kanaatine vardığımızdan; Anayasa'nın 17/3. Maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlâl edildiği sonucuna varan çoğunluk kararına katılamıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Hicabi DURSUN