

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR****GÜLLİ DAĞHAN VE MEHMET NESİH DAĞHAN BAŞVURUSU**

Başvuru Numarası : 2018/18511
Karar Tarihi : 30/6/2021

Başkan : Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler : Hicabi DURSUN
Muammer TOPAL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
İrfan FİDAN
Raportör : Gökçe GÜLTEKİN YILMAZ
Başvurucular : 1. Gülli DAĞHAN
2. Mehmet Nesih DAĞHAN
Başvurucular Vekili: Av. Abdullah ZEYTUN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, silahlı çatışmada ölen yasa dışı örgüt mensubunun cesedine zarar verildiği iddiasıyla yapılan başvuruda verilen ihlal kararı sonrasında yürütülen soruşturma nedeniyle kötü muamele yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/6/2018 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucular, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden elde edilen bilgi ve belgelere göre tespit edilen olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucular 2004 yılında kaybolduktan sonra PKK terör örgütüne katılan Ö.D.nin ebeveynidir.

10. Ö.D. 17/6/2010 günü saat 19.30 sıralarında Gümüşhane'nin Kelkit ilçesi Tütenli köyü Toroslar Kelkaya mevkiinde güvenlik güçleri ile girdiği çatışmada öldürülmüştür.

A. Çatışmayla İlgili Olarak Kelkit Cumhuriyet Başsavcılığının 2010/481 Soruşturma Sayılı Dosyasında Yapılan İşlemler

11. Çatışmayla ilgili olarak Kelkit Cumhuriyet Başsavcılığı soruşturma başlatmış. 18/6/2010 tarihinde -henüz kimliği tespit edilemeyen- ölünün adli muayenesi yapılmıştır. Klasik otopsi işleminin yapılması için cesedin Trabzon Adli Tıp Kurumuna (ATK) gönderilmesine karar verilmiştir. Ölü muayenesinin yapıldığı bu tarihte cesedin kimliği henüz tespit edilemediğinden ölenin yakınları muayene işlemine katılamamıştır. Ölü Muayene Tutanağında özetle şu bilgiler yer almaktadır: Ölenin 1.65 cm boyunda, 65 kg ağırlığında, esmer tenli, kısa saçlı, kirli sakallı, kahverengi gözlü, sünnetli bir erkek cesedi olduğu, sol kaş üstünde mermi giriş deliği, sağ göz kenarında mermi giriş deliği, burnun sağ yanında mermi çıkış deliği, boyunun sağ kısmında mermi çıkış deliği olduğu, gözün altında bulunan kemiğin mermi sebebiyle kırıldığı ve içeri doğru çöktüğü, cesedin ağzının sol yanında bulunan dişlerin kırıldığı, sağ koltuk altında mermi girişi, sol koltuk altında mermi girişi, sağ ön kolun dış yüzeyinde 3x5 cm'lik doku kayıplı yaralar, bacaklarında sol uylukta mermi girişi, sağ kasıkta mermi girişi, sağ bacak dış ve ön yüzde iki mermi sıyırma izi, sol bacak dış tarafta mermi sıyırma izi olduğu, sağ ayak bileğinde kırık, sağ bacakta 2x5 cm'lik doku kayıplı yaralanma olduğu, henüz ölü katılığının oluşmadığı, ölü morluklarının cesedin sırt ve kalçalarında kısmen olduğu, ölümün tahminen 12-15 saat önce gerçekleştiği belirtilmiştir. Ayrıca klasik otopsi işlemi yapılması için cesedin Trabzon Adli Tıp Kurumuna gönderilmesine karar verilmiştir. Ölü Muayene Tutanağında ölenin vücudunda yanık olduğuna dair bir kayıt bulunmamaktadır (*Gülli Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, B. No: 2013/1951, 24/3/2016, §§ 10-12).

12. Trabzon ATK tarafından 19/6/2010 tarihinde saat 02.15'te klasik otopsi işlemi yapılmıştır. Klasik otopsinin yapıldığı sırada ölenin kimliği hâlâ tespit edilememiştir. Otopsi raporunda cesedin dış muayenesiyle ilgili olarak özetle şu bilgiler yer almaktadır: 30-35 yaşlarında, kahverengi gözlü, siyah kısa saçlı, alnı önden ve yandan açık, üç dört günlük sakal ve bıyık tıraşlı, sünnetli erkek cesedinde ölü katılığının geçmiş, çürümenin vücutta yeşillenme ve kurtlanmalar ile baş bölgesinden başlamış olduğu, ölü morluklarının sırtta ve mutat yerlerde az miktarda olduğu, alın solda, ortada 0.5x1 cm çaplı üç adet ateşli silah yarası, sol göz dış yan ile kulak arasında 7 cm çaplı ateşli silah yarası defekti, sağ yanakta 3 cm çaplı ateşli silah yarası defekti, burun sırtı sağ yanda 1 cm çaplı ateşli silah yarası defekti, sağ omuz önde iki adet, sol omuz dış yanda ve üst kol dış yanda dört adet 0.5x1 cm çaplı ateşli silah yarası giriş delikleri, sol dirseğin hemen üstünde dış yanda 1.5 cm ve 0.5 cm'lik birbirine yakın ateşli silah yarası giriş ve çıkış deliği, sırtta sol omuz arkada bir adet 0.5 cm'lik ateşli silah yarası, enseden boyun sağa doğru 2x4 cm'lik ateşli silah yarası defekti, sağ ve sol koltuk altında 3-4 cm çaplı ateşli silah yarası defekti, sırt sağda 1.3 hizasında 1

cm'lik ateşli silah yarası, sağ ön kol arkada 1,5x5 cm'lik ateşli silah sıyrığı, sağ inguinalde 2x4 cm'lik ateşli silah yarası defekti, sağ uyluk 1/3 alt iç yanda 0,5x5 cm'lik ateşli silah sıyrığı, sağ diz dış yanda yukarıdan aşağıya seyirli 1x4 cm'lik ateşli silah sıyrığı, sağ ayak bileğinde 2 cm çaplı yara ve bu yara altında tibia-fibula çift kemik kırığına bağlı deforme görünüm, sol uyluk 1/3 orta dış yanda 2,5 cm çaplı ateşli silah yarası, sol diz önde 2 cm uzunluğunda ateşli silah sıyrığı, sol bacak orta dış yanda 1x10 cm'lik ateşli silah cilt sıyrığı bulunduğu, kafatasında parçalanmış bölgeden beyin dokularının ve kemik parçalarının çıkmış olduğu, yara kenarlarının kısmen yeşil renk almış ve yüz bölgesinin yer yer kurtlanmış bulunduğu belirtilmiştir. Otopsi Tutanağı'nda ölenin vücudunda yanık olduğuna dair bir bilgi mevcut değildir (Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan, § 13).

13. Başvurucu Mehmet Nesih Dağhan 2010 yılı Haziran ayında, tarihini kesin olarak hatırlamadığı bir zamanda Diyarbakır Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü tarafından aranarak Kelkit'te çatışmada ölen oğlunu teşhis etmek için çağrıldığını, fotoğrafları üzerinden oğlunu teşhis ettiğini, yüzünde mermi izleri dışında başkaca bir tahribat bulunmadığını, oğlunun yüzünün tanınacak hâlde olduğunu belirtmiştir ancak yaptırılan bu teşhisle ilgili dosyada herhangi bir tutanak bulunmamaktadır (Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan, § 14).

14. Trabzon ATK morgunda bulunan ceset 3/7/2010 tarihli Kimlik Tespiti Keşif Tutanağı ile başvuru Mehmet Nesih Dağhan ve ölenin dayısı A.E.ye Cumhuriyet savcısı tarafından teşhis ettirilerek teslim edilmiştir.

15. Tutanakta ceset üzerinde tahribat yapıp yapılmadığına dair bir bilgi bulunmadığı gibi teşhis işlemi sırasında başvuru ve ölenin dayısının ifadelerinde de bu doğrultuda beyanları yoktur. Cesedin teşhis ve teslimi sırasında adli tıp görevlisi A.P.K. da hazır bulunmuştur. Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı (Başsavcılık) tarafından 3/7/2010 tarihinde düzenlenen Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'ndaki Mehmet Nesih Dağhan'a ait ifade şöyledir:

"...Ben Diyarbakır'da Terör Şube Müdürlüğünden çağrıldığımda bana oğlumun fotoğraflarını gösterdiler. Ben fotoğraflardan oğlumu tanıdım. Sonra da bana oğlumun Kelkit'te vefat ettiğini ve cenazesinin Trabzon'da olduğunu söylediler. Ben de oğlumun Trabzon Adli Tıp Kurumundaki cenazesini bugün almaya geldim. Adli Tıp morgundaki üç adet müteveffa çeşitli yönlerle çevrilerek gösterildi. Kelkit Cumhuriyet Başsavcılığının 2010/481 soruşturma numarası ile klasik otopsi yapılmak üzere Trabzon Adli Tıp Kurumu Morgunun 2010/483 defter numarasına kayıtlı ceset benim oğluma aittir. Yüzünün görünüm kısmından teşhis ediyorum. Otopsi sırasında çekilen fotoğraflar ve bana gösterdiğiniz müteveffanın vücudundaki benler, yüzünün kemik yapısının bana benzevişi ve benim boynumdaki ve göğsümdeki çocuklarımda da olan benler aynı, yüzünün sağlam kalan kısmı ve hurun yapısından müteveffanın oğlum Ö.D. olduğuna kesin kanaat getirdim. Benim herhangi bir tereddüdüm yoktur. Oğlum Ö. 1983 Diyarbakır Merkez doğumlu ve Diyarbakır Merkez nüfusuna kayıtlıdır. Ben oğlumu defnetmek üzere teslim almak istiyorum. "

16. Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'ndaki ölenin dayısı A.E.ye ait ifade şöyledir:

"...Biz Diyarbakır'da yeğenim Ö.D.nin Trabzon morgunda olduğunu öğrenince almak üzere Trabzon'a geldik. Huzura alındı. Adli Tıp morgundaki üç adet müteveffa çeşitli yönlerle çevrilerek gösterildi. Ayrıca otopsideki ceset fotoğrafları da gösterildi. Bana gösterdiğiniz cesetlerden Trabzon Adli Tıp Kurumu morgunun 2010/483 defter numarasına kayıtlı müteveffa benim kız kardeşimin oğlu Ö.D.ye aittir. Ben kendisini küçüklüğünden beri

tanırım. Yüzünün görünen kısımlarından, vücudundaki benlerden, vücut yapısından kesinlikle teşhis ettim. Herhangi bir tereddütüm yoktur."

17. Dosyada Kelkit Cumhuriyet Başsavcılığının çatışmayla ilgili bu soruşturmasının neticesine ilişkin başka bir bilgi bulunmamaktadır.

B. Cesedin Tahrip Edilmesiyle İlgili Olarak Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığının 2011/11242 Soruşturma Sayılı Dosyasında Yapılan İşlemler

18. Başvurucular 6/10/2010 tarihinde, oğullarının cesedinin yakılarak tahrip edildiği iddiasıyla Kelkit Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuştur.

19. Başvurucular dilekçede özetle 2010 yılı Haziran ayında Diyarbakır Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü tarafından telefonla arandıklarını, oğullarının Kelkit'te bir çatışmada öldürüldüğü belirtilerek cesedi teşhis etmeleri için çağırıldıklarını, başvuru Mehmet Nesim Dağhan'a oğlunun örgüte katılmadan önce, örgüte katıldıktan sonra ve çatışmadan sonra çekilen fotoğrafları üzerinden Diyarbakır Emniyet Müdürlüğünde teşhis yaptırıldığını, cesedin yüzünde yaralar olduğunu ancak bu yaraların teşhise engel nitelikte olmadığını belirtmiştir. Başvurucular daha sonra cesedi almak için 3/7/2010 tarihinde Trabzon ATK'ya gittiklerini, morgda tahrip edilmiş üç ceset bulunduğunu, cesetlerin muhtelif bölgelerinde yanık izleri olduğunu, oğullarının cesedinin haş kısmının tanınamayacak kadar yandığını ve kafatasının yerinde olmadığını, oğullarının öldükten hemen sonra çekilen fotoğraflarında ise yüzünde kısmi yaralar bulunmakla birlikte tanınabilecek hâlde olduğunu, bu nedenle otopside sonra cenaze üzerinde tahribat yapıldığını anladıklarını, morgda kendi imkânlarıyla cesedin bu hâldeki fotoğraflarını çektiklerini belirterek sorumluların tespit edilmesini talep etmiştir (*Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, § 20).

20. Yapılan suç ihbarı yetkisizlik sebebiyle Başsavcılığa gönderilmiştir.

21. Başsavcılık, otopsi CD'si üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Bilirkişi R.K. 6/1/2012 tarihli raporunda, otopsi sırasında ceset üzerinde otopsi işlemi dışında başkaca bir tahribat yapılmadığını belirtmiştir ancak bilirkişi raporunda cesedin başvuru tarafından çekilen, yanmış hâldeki fotoğrafları ile ilgili herhangi bir açıklama bulunmamaktadır (*Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, § 24).

22. Ölü muayenesi ve otopsi işlemlerinin kayıtlı olduğu iki CD üzerinde görüntü çözümü yapılarak CD'lerdeki görüntülerde yer alan cesetlerin aynı şahsa ait olup olmadığı, ceset üzerinde tahribat yapıp yapılmadığı konusunda rapor düzenlenmesi için dosya ATK'ya gönderilmiştir. Raporda başvuru tarafından çektiği fotoğraflarla ilgili herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır (*Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, § 24). ATK 1. İhtisas Kurulunun 26/9/2012 tarihli raporunun sonuç kısmı şu şekildedir:

"Kelkit Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 18/6/2010 tarihinde yapılan ölü muayenesinde tanımlanan cesedin fiziksel özellikleri, ateşli silah mermi çekirdeği girişi ve çıkışı yaralarının lokalizasyonları ve trajeleri boyunca oluşturduğu lezyonlar ile Adli Tıp Kurumu Trabzon Grup Başkanlığında yapılan otopsisinde cesedin tanımlanan anatomik özellikleri ile, ateşli silah girişi ve çıkışı yaralarının lokalizasyonları ve ölü muayenesinde ve otopsisinde kayıt altına alınan görüntülerin Kurulumuzca yapılan incelemesine göre, ölü muayenesi ve otopsi yapılan kişinin aynı kişi olduğu, ölü muayenesinde ve otopsisinde

kişinin vücudunda ateşli silah girişi ve çıkışı yaraları ile trajeleri nedeniyle oluşan lezyonlar dışında travmatik değişim tespit edilmediği cihetle kişinin ölüm sonrası kötü muameleye maruz kaldığını gösterecek tıbbi delillerin bulunmadığı ay birliğiyle mütalaa olunur.”

23. Yapılan soruşturma sonucunda Başsavcılığın 22/11/2012 tarihli kararıyla kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiştir. Kararın gerekçesi şöyledir:

“...
...

İddia ve şikâyetler doğrultusunda yürütülen soruşturma kapsamında; ölen Ö.D.nin klasik otopsi işleminin Kelkit Cumhuriyet Başsavcılığınca 2010/481 soruşturma no.lu dosya kapsamında Trabzon Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlığından talep edildiğinin, Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığımızca da ölen Ö.nün klasik otopsi işleminin 19/6/2010 tarihinde Cumhuriyet savcısı huzurunda yapıldığının ve otopsi işleminin kameraya alındığının anlaşıldığı, ölen Ö.nün klasik otopsi işlemine ait görüntü kayıtlarını içeren CD, Trabzon Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlığından temin edilerek, soruşturma dosyası ile dosya içerisinde bulunan CD'ler üzerinde Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu tarafından yapılan inceleme sonrası düzenlenen 26/9/2012 tarihli 3796 karar no.lu rapor içeriğinin sonuç kısmına göre;

“...
...

Soruşturma sonunda, atılı suçun işlediğine dair kamu davasının açılmasını gerektirecek yeterli şüphe oluşturacak deliller elde edilmediğinden (kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiştir.)”

24. Başvurucular cesedin defnedilmesinden önce kendilerinin çektiği fotoğraflarla otopsi görüntülerinin karşılaştırılmasının yapılmadığı, sadece ölünün adli muayenesi ve otopsi CD'leri üzerinden yapılan inceleme sonucunda verilen adli tıp raporuna dayanılarak karar verildiği gerekçesiyle bu karara itiraz etmiş; yapılan itiraz Rize Ağır Ceza Mahkemesinin 25/12/2012 tarihli reddedilmiştir (Gülli Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan, §§ 26, 27).

C. Anayasa Mahkemesine Yapılan Bireysel Başvuru

25. Başvurucular; oğulları Ö.D.nin 2004 yılında kaybolduğunu, PKK terör örgütüne katıldığını, 17/6/2010 günü saat 19.30 sıralarında Gümüşhane'nin Kelkit ilçesi Tütenli köyü Toroslar Kelkaya mevkiinde güvenlik güçleri ile terör örgütü mensupları arasında çıkan çatışma sırasında öldürüldüğünü, çocuklarının ölümünden sonra güvenlik güçleri tarafından çekilen fotoğraflarının Diyarbakır Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde kendilerine gösterildiğini, cesedi teşhis ettiklerini ancak otopsi yapıldıktan sonra cesedi defnetmek üzere teslim aldıklarında ceset üzerinde daha önceki fotoğraflarda bulunmayan yanık izlerinin bulunduğunu ve kafatasının koparılmış olduğunu görmeleri üzerine şikâyette bulduklarını. Başsavcılık tarafından etkili bir soruşturma yapılmadığını, otopside sonra kendisinin çektiği fotoğraflar dikkate alınmaksızın ATK'dan rapor alındığını, ceset üzerinde yapılan tahribatın otopside sonra gerçekleşme ihtimalinin gözardı edildiğini, oğullarının Kürt kökenli olması nedeniyle cesedine kötü muamele yapıldığını, kamu görevlilerini koruma güdüsüyle eksik inceleme ve değerlendirme sonucu kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiğini, bu karara yaptıkları itirazın da aynı saikle reddedildiğini belirterek Anayasa'nın 10., 17. ve 40. maddelerinde güvence altına alınan işkence ve kötü muamele yasağı, ayrımcılık yasağı ile

etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (*Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, § 36).

26. Anayasa Mahkemesi 24/3/2016 tarihli kararında başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu soruşturmadaki mevcut delillerin söz konusu iddiaların esasına yönelik bir sonuca varılmasını sağlayacak yeterlilikte olmadığını belirterek incelemenin sadece Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan devletin etkili soruşturma yapma usul yükümlülüğü ile sınırlı olarak yapılmasına karar vermiştir (*Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, §§ 37-39).

27. Anayasa Mahkemesi anılan kararında insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının usul boyutunun ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Kararda, otopsi raporunda "ölenin kahverengi gözlü, siyah kısa saçlı, alm önden ve yandan açık, üç dört günlük sakal bıyık tıraşlı olduğu"na dair açıklamaların yer alması sebebiyle otopsi sırasında cesedin yüzünün tamamen tahrip olmadığını anlaşıldığı ve otopsi raporunda ölenin vücudunda yanık izi olduğuna dair bir tespit bulunmadığı ifade edilmiştir. Başvurucuların iddialarının delil başlangıcı niteliğindeki fotoğraflara dayandırılması nedeniyle gerçekliğinin tespit edilmesi için bilimsel ve diğer nitelikteki kanıtların toplanması gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda fotoğraflardaki tahrip edilmiş cesede ait görüntülerin başvurucuların oğluna ait olup olmadığı, ona ait ise Otopsi ve Ölü Muayene Tutanağı'nın hazırlanması sırasında çekilen CD'lerdeki görüntülerle mukayese edilerek bu tahribatın cesedin başvuruculara teslim edildiği 3/7/2010 tarihinden önce devletin koruma ve gözetimindeki hastane, adli tıp morgu ya da başka bir yerde gerçekleşip gerçekleşmediği hususlarının saptanması, tahribatın devletin koruması altında bulunan bir yerde gerçekleştiğinin belirlenmesi hâlinde failin kimliğinin ortaya çıkarılması gerektiği tespit edilmiştir (*Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, §§ 67, 68).

28. Ayrıca bu kararda; dosyadaki en önemli veri olan ve uyumsuzluğun kaynağı sayılan fotoğrafların bilirkişilere tevdi edilmemesi, cesedin başvurucuya teslimi sırasında bulunan adli tıp görevlisi A.P.K. ile teşhise katılan ölenin dayısı A.E.nin bu konuda beyanlarına başvurulmaması, otopsi raporu ve Ölü Muayene Tutanağı'nda belirtilen yaralar ile başvurucunun ibraz ettiği fotoğraflarda bulunan yaraların yerlerinin ve niteliğinin uzman bir bilirkişiye incelettirilip gerektiği takdirde gömüldüğü mezar açılarak cesedin kimliği konusunda moleküler genetik inceleme yaptırılmaması, ayrıca yandığı ileri sürülen bölgelerden doku örnekleri alınarak cesedin yakılıp yakılmadığının açıklığa kavuşturulması yoluna gidilmemesi nedeniyle soruşturmanın amacı açısından yeterli adımların atılmamış olduğu ifade edilmiştir (*Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, § 69).

29. Anılan ihlal kararında, başvurucuların cesedi bizzat Cumhuriyet savcısından teslim aldıkları 3/7/2010 tarihinden üç ay gibi uzunca bir süre geçtikten sonra suç duyurusunda bulunmuş olmaları nedeniyle suç ihbarı dilekçesinde öne sürdükleri hususların doğru olup olmadığının denetlenebilmesi ve soruşturmaya etkili bir şekilde katılmalarının sağlanması amacıyla ayrıntılı ifadelerinin alınmasının gerektiği vurgulanmış; soruşturmanın makul sayılacak bir sürede neticelendirilmediği belirtilmiştir (*Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, §§ 70-72).

D. İhlal Kararının Ardından Yürütülen Soruşturma

30. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının 24/5/2016 tarihinde Başsavcılığa gönderilmesi üzerine başvurucuların iddiaları hakkında tekrar soruşturma açılmıştır.

1. Tanık Beyanları

31. Başsavcılık tarafından Ö.D. ye ait olduğu iddia edilen fotoğraflar hakkında Diyarbakır'da bulunan başvuru Mehmet Nesih Dağhan'ın ve vekilinin talimat yoluyla bilgisine başvurulmuştur. Anılan talimatta başvuru ve vekili R.B.S. ye delil olarak sunulan fotoğrafların asıllarının nerede olduğu, fotoğrafların dilekçe ekine CD olarak mı, fiziki olarak mı eklendiği, fotoğrafların nerede ve hangi tarihte çekildiği konularının sorulması, fotoğrafların asıllarının ve varsa başka fotoğrafların temin edilmesi, Başsavcılığa gönderilmesi talep edilmiştir.

32. Başvuru Mehmet Nesih Dağhan'ın ve vekili R.B.S. nin 13/7/2016 tarihinde alınan beyanlarının ilgili kısmı şöyledir:

"... SORULDU: Yukarıdaki kimlik bilgileri doğrudur, bana aittir. Talimatta bahsedilen konuyu anladım. Cenazeye otopsi sonrası teslim almak için Trabzon Adli Tıp Kurumu'na gittim. Giderken yanımda Dicle Haber Ajansının muhabiri de vardı. Ben oğlumun cesedini görünce fenalaşım. Daha sonra bakmadım. Fotoğrafları Dicle Haber Ajansının muhabirleri çekmiş. Bende örneklerini onlardan aldım. Aslı muhabirlerde kaldı. Cenaze Diyarbakır'a geldikten sonra da Yeniköy mezarlığında bulunan Cenaze bekletme odasına konuldu. Muhabirler orada da fotoğraf çekmişler. Fotoğrafların asılları bizde yoktur. dedi. Başka bir diyeceğinin olmadığını beyan etti.

Müşteki Müdafinden Soruldu: Biz fotoğrafların DİHA'dan alınan çıktılarını summuştuk. Bende çıktılarını müvekkilimden aldım. Bunları dilekçemizle birlikte gönderdik. CD halinde değildi. dedi."

33. Başsavcılık tarafından yazılan bir başka talimat yazısında başvuru ve vekilinin şikâyetine ilişkin olarak cesedi teslim aldıktan yaklaşık üç ay sonra suç duyurusunda bulduklarının başvuru ve vekilimize bildirilmesi, 3/7/2010 tarihli Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı içeriğinin okunarak cesede ait olduğu ileri sürülen şikâyete konu fotoğrafların hangi tarihte, nerede çekildiği, cesedi teslim aldıklarındaki durumu ve cesedin gömülü olduğu yerin neresi olduğu konularında bilgisine başvurulması talep edilmiştir.

34. Başvuru Mehmet Nesih Dağhan'ın 21/7/2016 tarihinde alınan beyanının ilgili kısmı şöyledir:

"... Adı geçen Ö.D benim öz oğlum olur. oğlumun öldürülmesi olayı ile ilgili olarak müzekkere ekinde bulunan ve avukat R.B.S. nin bilgim dahilinde vermiş olduğu dilekçede detaylı olarak anlatılmıştır. dilekçede belirtilen konuların tamamına katılıyorum. sadece morgda bulunan 3 cesedin tahrip edildiğini beyan etmiş isede ben sadece oğlumun cesedinin tahrip edildiğini, diğer iki cesedin üzerinde herhangi bir tahribatın olmadığını söylemiştim. bunun düzeltilmesini istiyorum.

Müzekkerede cesedin 03.07.2010 tarihinde teslim aldığımı aradan üç ay geçtiğinde 06.10.2010 tarihinde suç duyurusunda bulunduğumuz beyan edilmiş isede.

Ben cesedi teslim aldıktan sonra geleneğimiz gereği 40 gün taziyemiz sürdü, bu yüzden biraz gecikmeli olarak avukatımız aracılığı ile müracaatta bulunduk.

Fotoğrafların hangi tarihte ve nerede çekildiğini şu anda tam olarak hatırlamıyorum. ben resimleri hiç görmedim. resimleri avukatım görmüştür. daha sonrada basından ve Dicle Haber Ajansından alıp dosyaya bıraktı. bu sırada resimleri gördüm.

Cesedi teslim aldığımda vücudun tamamen yanmış olduğunu, kafatasının yerinde olmadığını ve kafasının vücudunda çok az bir bağlantı ile bağlı olduğu şekilde teslim aldım o şekilde gördükten sonra bayıldım ve belirli bir zaman sonra kendime gelebildim.

Oğlumun cesedini Diyarbakır ili Yenişehir ilçesi Şehitlik Mahallesinde bulunan aile mezarlığında gömülmüştür, mezarın yeri tespilidir, sürekli mezarına gidip gelmekteyim.

Ayrıca müzekerede eşim Gülli DAĞHAN'ında ifadesinin alınması istenmiş ise de benim eşim olaya vakıf değildir, cenazeyi almaya gelmemiştir, tüm işlemleri kendim yaptım, sadece eşimden kan alındı ve avukatımız tarafından verilen dilekçede onun ismi belirtilmiştir, bu durumda eşimin dahada zor durumda kalmaması için ifadesinin alınmasını istemiyorum, ifadesi alınsa bile birşey görmediği için anlatacağı bir durum söz konusu değildir.

Olay tamamen yukarıda anlattığım şekilde meydana gelmiştir, Diyarbakır TEM Şube Müdürlüğünde gördüğüm ve teşhis ettiğim oğlumun resimleri ile morgda kaldığı süre içerisinde cesedi almaya gittiğimde görmüş olduğum oğlumun cesedi arasında çok farklılıklar vardı, ilk teşhis ettiğimde kendisini rahatlıkla teşhis etmişim, morgda ise tanımaz durumdaydı, benim TEM şubede teşhis ettiğim resimleri Trabzon C.Savcılığı tarafından bana gösterilmişti, resimler aynıydı.

Ayrıca kendim geçirmiş olduğum kalp ameliyatından dolayı daha önce vermiş olduğum ifadelerimi tam olarak hatırlayamıyorum, bu yüzden bana sorulacak tüm soruların avukatıma sorulmasını ve cevapların kendisinden alınmasını istiyorum.

Ben sorumluların bulunup gerekli cezai alması için avukatım aracılığıyla şikayette bulundu halen şikayetim devam etmektedir sorumlular hakkında davacıyım anlatacağlarım bundan ibarettir dedi..."

35. Başvurucu Gülli Dağhan'ın 29/7/2016 tarihinde alınan beyanının ilgili kısmı şöyledir:

"... Adı geçen Ö.D. Benim öz oğlum olur, oğlumun öldürülmesi olayı ile ilgili olarak eşim ile birlikte gümüşük, ancak kendim olayın şokundan sürekli ağlıyor ve kendimde değildim tüm işlemlerle eşim ilgilendi ben oğlumu hiç görmedim teşhisine katılmadım sadece benden kan aldılar oğlumun resimlerinde basından öğrendim resimlerin kim yada kimler tarafından çekildiği konusunda bilgi sahibi değilim sorumlular hakkında davacıyım..."

36. Başvurucu Gülli Dağhan'ın 24/10/2016 tarihinde alınan beyanının ilgili kısmı şöyledir:

"... Adı geçen Ö.D. Benim öz oğlum olur, oğlumun öldürülmesi olayıyla ilgili olarak eşim ile birlikte Trabzon iline gümüşük, ben eşimle beraber Trabzon ilinde teşhis amacıyla Adli Tıp Kurumuna gideceğimiz sırada hayıldığım için hiçbir yere gidemedim, Adli Tıp Kurumuna eşim tek başına gitti burada yapılan işlemlerle eşim Mehmet Nesih DAĞHAN ilgilendi, ben oğlumu hiç görmedim, teşhisine de katılmadım, sadece benden kan aldılar, oğlumun resimlerini de basından öğrendim resimlerin kim yada kimler tarafından çekildiği konusunda da bilgi sahibi değilim, ayrıca eşim Mehmet Nesih DAĞHAN da resimlerin kimler tarafından çekildiğinden konusunda bilgi sahibi değildir, sadece basından biliyoruz, basında hangi tarihte resimlerin çıktığını hatırlamıyorum, sadece 2010 yılı Haziran ayında Özgür Gündem gazetesinde oğlumun resimleri basılmıştı, ayrıca oğluma ait fotoğraflar

avukatımız tarafından ilk olay tarihinde dosyaya sunulmuştu şu anda elimizde herhangi bir fotoğraf mevcut değildir sorumlular hakkında davacıyıml anlatacaklarım bundan ibarettir dedi..."

37. Başsavcılık, Diyarbakır'da bulunan ve kimlik teşhis tanığı olan ölenin dayısı A.E.nin talimat yoluyla bilgisine başvurmuştur. Başsavcılık talimatında 3/7/2010 tarihli tutanağın içeriğinin okunması, yemini verdirilmek üzere Trabzon ATK'dan Ö.D.ye ait olduğu teşhisiyle A.E.nin aldığı cesedin teslimi sırasındaki durumu, cesedin ekte gönderilen fotoğraflarda (dört adet) görüldüğü şekilde A.E.ye teslim edilip edilmediği, fotoğrafların hangi tarihte, nerede, kim tarafından çekildiği konularında A.E.nin bilgisine başvurulması talep edilmiştir. A.E.nin 18/10/2016 tarihinde alınan beyanının ilgili kısmı şöyledir:

"Ö.D. Benim yeğenim olur. Bahası beni arayarak Ömin cesedinin Trabzon'da olduğunu onu teşhis ve almak için gideceğini onunla gelmemi söyledi. Bende Mehmet Nesih DAĞHAN ile birlikte Trabzon ilinde bulunan Adli Tıp Kurumuna gittim. Orada bana yeğenime ait fotoğraf gösterdiler bende yeğenimi fotoğrafları teşhis ettim. Yeğeninim yüzü net bir şekildeydi yüzünde herhangi bir parçalanma yoktu. Bana göstermiş oldukları fotoğrafı ne zaman nerede çektiler bilmiyorum. Polis memurlarının dosya içerisinde bulunan ve bana gösterdikleri fotoğraflar yeğenime ait değildir. Çünkü Adli Tıp Kurumunda teşhis amaçlı bana gösterdikleri fotoğrafta yüzü parçalanmış değildi. Konu hakkında bilgim ve söyleyeceklerim bundan ibarettir."

38. Başsavcılık, başvuru Mehmet Nesih Dağhan'ın şikâyet konu suça ilişkin fotoğrafları, cesedi almaya gittiği sırada yanında bulunan Dicle Haber Ajansı muhabirinin çektiği yönündeki beyanı üzerine Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığına 3/8/2016 tarihli talimat yazısı göndermiştir. Bu talimatta fotoğrafları çektiği iddia edilen Dicle Haber Ajansı muhabirinin kimliğinin ilgili haber ajansından veya başvurucudan sorulmak suretiyle tespit edilmesi, bu şahsa fotoğrafları çekip çekmediği, çektiyse nerede ve hangi tarihte çektiği, cesedin fotoğraftaki hâliyle başvuruca teslim edilip edilmediği hususlarının sorulması ve fotoğrafların asılları ile varsa negatiflerinin temin edilmesi talep edilmiştir.

39. Anılan yazı hakkında Dicle Haber Ajansı vekili tarafından sunulan dilekçede cenazeye ait görüntülerin talep edildiği, arşiv kayıtlarında yapılan incelemede belirtilen güne ait görüntülerin ve haberin yer almadığı, herhangi bir şekilde muhabirlerinde ve ajanslarında bahsi geçen tarihe ilişkin yayımlanmış haber ve görüntünün bulunmadığı, dolayısıyla görüntülerin talepte yer alan kişiye verilmesinin söz konusu olmadığı, bu sebepten talep edilen görüntü kayıtlarının gönderilemeyeceği bildirilmiştir.

40. Başsavcılık tarafından Dicle Haber Ajansı muhabiri Z.G.nin 4/10/2016 tarihinde talimat yoluyla alınan beyanının ilgili kısmı şöyledir:

"...Bana sormuş olduğunuz Trabzon Adli Tıp Kurumunda çekilmiş fotoğraflar hakkında bir bilgim yoktur. O tarihten bu yana müsteki Mehmet Nesih DAĞHAN isimli şahıs hakkında yayınlanan bir haber bulunmadığı, yapmış olduğumuz yayım arşivlerinde Yeni Köy Mezarlığı bekleme odasında çekilen fotoğrafların mevcut olmadığı. Ayrıca bizim haber ajansına dışarıda gelen herhangi bir haber kaynakları ve fotoğraf arşivimiz yoktur. Trabzon bölgesinde çalışmamız yoktur. Benim söyleyeceklerim bundan ibarettir dedi."

41. Olay tarihinde Trabzon ATK'da otopsi teknikeri olarak görev yapan tanık A.P.K.nın beyanına başvurulmuştur. A.P.K.nın 20/3/2018 tarihinde alınan beyanının ilgili kısmı şöyledir:

"SORULDU: Yukarıdaki kimlik bilgileri doğrudur, bana aittir. Ben olay tarihlerinde Trabzon Adli Tıp Kurumunda otopsi teknikeri olarak görevliydim, o tarihlerde adli tıp kurumuna pek çok kimliği belirsiz ceset ve kimliği tespit edilen ceset gelmesi dolayısıyla bana bahsetmiş olduğumuz Ö.D. isimli şahsın otopsisini hatırlamıyorum, ancak yine bildirmiş olduğunuz üzere otopsi tutanaklarına göre otopside otopsi teknikeri olarak görev yaptım, otopsi sırasında bizde dışarıdan intikal eden cesetler üzerinde usule aykırı herhangi bir işlem yapılmaz, kamui prosedür neyi gerektiriyor ise örnek alma vesaire gibi usule uygun bir şekilde alınır, müşterilerin iddialarını öğrendim, otopsiyi yapılan cesede adli tıp kurumunda kötü muamelede bulunulması söz konusu değildir, kaldı ki cesedin morgda saklanması oluşu nazara alındığında morg içerisinde ya da dışarıya çıkartılarak iddia olduğu şekilde kısmen yakılması da mümkün olamaz, çünkü böyle bir işlem diğer görevliler farketmeden yapılamaz, dolayısıyla bu iddialar gerçek dışıdır, yine dosya kapsamına göre otopsi 19/06/2010 tarihlerinde yapılan Ö.D. ye ait ceset 03/07/2010 tarihinde kimlik tespiti yapılmak suretiyle yakınlarına teslim edilmiştir, buna ilişkin tanzim olunan tutanakta benim de imzam vardır, bu imza bana aittir, tutanak içeriği doğrudur, aynen tekrar ederim, şu an bana göstermiş olduğunuz fotoğrafları inceledim, müşteki vekilinin delil olarak sunmuş olduğu fotoğraflarda şahsın yüzü tanımlanmayacak haldedir, şahıs bu fotoğraflardaki şekli ile yakınlarına teslim edilmiş değildir, nitekim tutanakta da belirtildiği üzere teslim edilen cesedin yüzünün sağlam kısmından ve burun yapısından bahsedilmektedir, demekki yakınları cesedin sağlam ve görünür olan bu kısımlarına bakarak cesedi teslim almışlardır, kanaatimce ceset otopsi sırasında ve sonrasında hali ile yakınlarına teslim edilmiş, ancak yaz ayı olması itibarıyla cesedin teslim alınması sürecinden defnedilmesi sürecine kadar çürüme bulguları oluşmuştur, benim bilgi ve görüşüm bundan ibarettir, dedi."

42. Başsavcılık tarafından 3/7/2010 tarihli Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'nda imzası yer alan ve o tarihte zabıt katibi olarak görev yapan tanık S.Y.nin 9/6/2016 tarihinde talimat yoluyla beyanı alınmıştır. S.Y. beyanında özetle olayı hatırlamadığını ifade etmiştir.

2. Jandarma Kriminal Daire Başkanlığının Raporu

43. Başsavcılık tarafından 14/12/2016 tarihinde Jandarma Kriminal Daire Başkanlığına müzekkere yazılmış ve başvuru sahiplerinin vekili tarafından sunulan fotoğraflardaki cesedin ölü muayene ve otopsi işlemi yapılan Ö.D. ye ait olup olmadığı hususunda rapor düzenlenmesi talep edilmiştir. Bu müzekkere üzerine düzenlenen 2/1/2017 tarihli raporda: karşılaştırma konusu fotoğraflardan yüz karşılaştırması için gerekli olan yüz, alın, göz, burun, orta yüz bölümü, kulaklar, ağız bölgesi, ağız ve çene bölümlerinden detay elde edilememesi nedeniyle yüz karşılaştırmasına yönelik incelemenin yapılamadığı bildirilmiştir. Görüntü/fotoğraf karşılaştırmasına yönelik incelemede tetkik konusu ve mukayese konusu fotoğraflarda cesetlerin görünen bölümlerinden karşılaştırma için gerekli detay elde edilemediği belirtilerek talep edilen incelemenin yapılamadığı ifade edilmiştir.

3. Adli Tıp Kurumu Raporları

44. Başsavcılık, başvuru sahiplerinin iddiaları hakkında ATK'ya 8/5/2017 tarihinde müzekkere yazmıştır. Müzekerde Başsavcılık;

i. Başsavcılığın 2011/11242 Soruşturma numaralı dosyasında talep ettiği 26/9/2012 tarihli ATK raporunda bildirilen ceset hakkında cesedin otopsi sonrası çekildiği ileri sürülen ve ibraz edilen fotoğrafları ile kötü muameleye maruz kaldığının (yakıldığı) başvuru sahiplerinin vekili tarafından iddia edildiğini,

ii. Başvurucunun oğlu Ö.D.nin yaşamını yitirdikten sonra cenazesinin tahrip edildiğine, yakıldığına ve insanlık dışı muameleye maruz bırakıldığına dair başvuru Mehmet Nesin Dağhan'ın vekilinin şikâyeti hakkında soruşturma başlatıldığını ve bu kapsamda;

- İddianın cesede otopsi sırasında ve/veya sonrasında kötü muamele yapıldığına dair olduğu, 26/9/2012 tarihli mütalaada. Kelkit Cumhuriyet Başsavcılığınca ölü muayenesi yapılan kişi ile Trabzon ATK tarafından klasik otopsi yapılan kişinin aynı kişi olduğunun, bu kişinin ölüm sonrası kötü muameleye maruz kaldığını gösterecek delillerin bulunmadığını ifade edildiğini,

- Bu kez başvurunun vekilinin sunduğu (nerede, kim tarafından çekildiği tam olarak belirlenemeyen, cesedin ATK'dan teslim alınması sonrası çekildiği ve Ö.D.ye ait olduğu ileri sürülen) fotoğraf CD'sinin ekte gönderildiğini belirtmiş,

- İbrahim edilen fotoğrafların ölü muayenesi ve klasik otopsi yapılan Ö.D.ye ait olup olmadığı hususunda Ankara Jandarma Kriminalde yazılan müzekerde talep edilen incelemenin yapılmadığını bildirildiği bilgisini vererek bu hususların açıklığa kavuşturulmasını,

iii. Trabzon ATK'da yapılan otopsi sırasında çekilen fotoğraflar ile otopsi CD'si içeriği ve başvurucuların vekilince ibraz edilen fotoğrafların ilgili ihtisas dairesince karşılaştırmasının yaptırılarak başvurucuların vekilince ibraz edilen fotoğraflardaki cesedin (yüz bölgesi yanık görünümde, tahrifata uğramış) Trabzon ATK'da klasik otopsi yapılan Ö.D.ye ait olup olmadığı hususunda rapor tanzim edilmesini,

iv. Başvurucuların vekilince ibraz edilen fotoğraflardaki cesedin Trabzon ATK'da klasik otopsi yapılan Ö.D. olduğunun dosya üzerinde yapılan inceleme neticesi tespiti ya da bu durumun tespit edilememesi hâlinde cesetteki tahrifatın nasıl olmuş olabileceği (yakılma, sabunlaşma vb.) hususunda rapor düzenlenip düzenlenemeyeceği, rapor düzenlenmesine yönelik olarak izlenmesi gereken yol (feth-i kabir, başvurucuların DNA örneklerinin temini vb.) hususunda bilgi verilmesini talep etmiştir.

45. Anılan müzekkere hakkında ATK 17/5/2017 tarihinde rapor düzenlenmiştir. Bu raporda başvurucuların şikâyet dilekçesindeki ifadeleri ile 26/9/2012 tarihli otopsi raporundaki bilgiler tekrar edilmiş ve sonuç olarak ölü muayenesi yapılan kişi ile otopsi yapılan kişinin aynı olduğu, ölü muayenesinde ve otopsisinde kişinin vücudunda ateşli silah girişi ve çıkışı yaraları ile trajeleri nedeniyle oluşan lezyonlar dışında travmatik değişimin tespit edilmediği ifade edilmiş; kişinin ölüm sonrası kötü muameleye maruz kaldığını gösterecek tıbbi delillerin bulunmadığı, ölü muayene ve otopsi esnasında çekilen fotoğraflardan kimliklendirme yapılmadığı, DNA tetkiki ile kimliklendirme yapılabileceği belirtilmiştir.

46. Başsavcılık tarafından 13/10/2017 tarihinde ATK'ya tekrar müzekkere yazılmış ve 17/5/2017 tarihli raporun cesedin başvurucular tarafından ibraz edilen ve otopsi sonrası çekildiği ileri sürülen fotoğraftaki görüntüsünü açıklayıcı nitelikte olmadığı belirtilmiş, başvurucuların sunduğu fotoğrafta yer alan cesetteki görüntünün sebebinin (kötü muamele,

yakılma, sabunlaşma gibi) mevcut bilgi ve belgelerden anlaşılabilmesi hâlinde izlenmesi gereken yol konusunda rapor düzenlenmesi talep edilmiştir.

47. Anılan müzekkere sonrasında 24/11/2017 tarihinde ATK tarafından rapor düzenlenmiştir. Bu raporda önceki tarihli raporlarda yer alan bilgilere yer verilmiş ve dosyada mevcut olan otopsi görüntü kayıtları ile cesede ait olduğu ve 3/7/2010 tarihinde teslim edildiği bildirilen görüntü kayıtlarının incelemesi sonucunda başvurucuların sunduğu fotoğraftaki farklılığın ve cesette meydana gelen değişimlerin çürüme ile oluşmasının mümkün olduğu bildirilmiştir.

4. Başsavcılığın Kovuşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Kararı

48. Yürütülen soruşturma sonucunda Başsavcılık 19/3/2018 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Kararın gerekçesinde başvurucuların ve diğer tanıkların beyanlarına yer verilmiş; yapılan araştırmada başvurucuların vekilinin sunduğu ve dosyada CD içeriğinde bulunan fotoğraflar dışında başkaca fotoğraf elde edilemediği, bu fotoğrafların basında yayımlanan asıllarının temin edilemediği, sunulan bu fotoğrafların nerede, hangi tarihte ve kim tarafından çekildiği hususlarının tespit edilemediği ifade edilmiştir.

49. Kararda cesedin başvuruculara hangi şekli ile teslim edildiğine ilişkin en önemli ve resmi nitelikteki delil olarak değerlendirilen 3/7/2010 tarihli Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'nın başvuru Mehmet Nesih Dağhan ve diğer bütün tanıklar tarafından imzalandığı belirtilmiş, başvuru ve tanık A.E.nin cesedi kesin olarak teşhis ettiklerini beyan ettikleri ifade edilmiştir.

50. Başsavcılık kararında ayrıca ATK'nın 24/11/2017 tarihli raporunda başvurucuların ibraz ettikleri fotoğraftaki farklılığın ve cesette meydana gelen değişimlerin çürüme ile oluşmasının mümkün olduğunun bildirildiği, cesedin başvurucuların oğlu Ö.D. ye ait olup olmadığı hususunda soruşturmanın konusu yönünden DNA tetkiki yaptırılmasına gerek duyulmadığı, olayın 3/7/2010 tarihine dayandığı, ölenin defnedildiği ve aradan sekiz yıla yakın bir zaman geçtiği, soruşturmanın aydınlanması açısından feth-i kabir işlemi yapılmasına gerek olup olmadığı konusunda yazılan müzekkereye karşılık olarak ATK tarafından feth-i kabirin gerekli olduğu yönünde bir kanaatin bildirilmediği, dosyadaki bilgi ve belgelere göre öledeki değişimlerin çürüme ile oluşmasının mümkün olduğunun bildirildiği, bu nedenle feth-i kabir işleminin yapılmadığı belirtilmiştir.

51. Bu tespitler sonrasında Başsavcılığın kovuşturma yapılmasına yer olmadığına dair kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Her ne kadar müşteki Mehmet Nesih Dağhan alınan ifadesinde, cesedi teslim aldığı anda vücudunun tamamen yanmış olduğu, kafasının yerinde olmadığı ve kafasının vücudunda çok az bir bağlantı ile bağlı olduğu şekilde cesedi teslim aldığı yönünde, kimlik tanığı A.E. alınan ifadesinde, müşteki ile birlikte Trabzon Adli Tıp Kurumuna gittikleri, kendisine yeğenine ait fotoğraf gösterdikleri, yeğenini fotoğraftan teşhis ettiği, yeğeninin yüzünün net bir şekilde olup, yüzünde herhangi bir parçalanma olmadığı yönünde beyanlarda bulunmuş ise de, yine tanık olarak dinlenen ve otopsi işleminde görev alan tanık A.P.K.nın alınan ifadesinde, müştekiye cesedin tahrifatı uğramış halde teslim edilmediği, teşhis tutanağında da belirtildiği üzere cesedin yakınlarıca teşhis edildiği, yüzünün sağlam kısmından ve burun yapısından bahsedildiği, cesedin buna göre sağlam ve görünür olan kısımlarına hakılarak yakınlarıca teslim alındığı yönünde beyanlarda bulunup, 03/07/2010 tarih saat:13.00 itibarıyla düzenlenen kimlik tespiti ve keşif tutanağı başlıklı tutanak

içeriğine göre, kimlik tanığı olarak huzura alınan müşteki Mehmet Nesih Dağhan'ın alınan ifadesinde, Trabzon Adli Tıp Kurumu Morgununun 2010/483 defter numarasında kayıtlı cesedin oğlu olan Ö.D.ye ait olduğunu, yüzünün görünen kısmından teşhis ettiğini, otopsi sırasında çekilen fotoğraflar ve kendisine gösterilen müteveffanın vücudundaki benler, yüzünün kemik yapısının kendisine benzeyişi ve boyun ile göğsündeki benlerin aynı olup, yüzünün sağlam kalan kısmı ve burun yapısından müteveffanın oğlu olan Ö.D. olduğuna kesin kanaat getirdiği, herhangi bir tereddütünün olmadığı yönünde beyanlarda bulunduğu, yine kimlik tanığı olarak dinlenen A.E.nin alınan ifadesinde, Adli Tıp Kurumu Morgununun 2010/483 defter numarasında kayıtlı cesedin kız kardeşinin oğlu olan Ö.D.ye ait olduğunu, kendisini küçükliğünden beri tanıdığını, yüzünün görünen kısımlarından, vücudundaki benlerden, vücut yapısından kesin şekilde teşhis ettiği yönünde beyanlarda bulunmuş ve tutanak içeriğinde cesedi teslim alan yakınlarının cesedin yüzünün sağlam kalan kısmı ile burun yapısından ve yüzün görünen kısımlarından bahsediyor olmalarına rağmen, şikayete konu edilen fotoğraflarda ise cesedin yüzünün hiç gözükmemiş, teşhise elverişli sağlam kısım ve burun yapısının bulunmaması karşısında müşteki ve yakını olan tanık A.E.nin beyanlarına itibar edilemeyeceği, nitekim cesedin klasik otopsisinin 19/06/2010 tarihinde yapılmış olmasına ve müştekiye 03/07/2010 tarihinde teslim edilmesine rağmen şikayetin ise müşteki vekilince 05/09/2011 tarihinde yapılmış olduğu, şikayet ekinde ibraz olunan fotoğrafların kim tarafından, nerede ve hangi tarihte çekilmiş olduğu hususunun tespit edilemediği, şikayete konu olayın cereyan tarihinin yaz aylarına tekabül edip, müteveffaya ait cesedin teslim alınma tarihinden sonraki çürüme sürecinin hızlı olduğu, nitekim otopsi görüntülerindeki farklılık ile şikayet dilekçesi ekindeki fotoğraflardaki farklılığın ve cesette meydana gelen değişimlerin çürüme ile husülünün mümkün olduğunun İstanbul Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun raporu ile bildirildiği, müteveffanın cesedine otopsi sırasında ve sonrasında kötü muamelede bulunulduğuna ilişkin soyut iddia dışında delil elde edilememiş, cesedin yakınları tarafından otopsi yapıldığı şekilde teslim edilmesinden sonra defnedildiği tarihe kadar geçen süre içerisinde çürümesinden sonra şikayete konu fotoğrafların çekilerek şikayetin gündeme getirilmesinin mümkün olduğu anlaşıldığından,

İddiaya ilişkin olarak Trabzon Adli Tıp Kurumu görevlileri hakkında müştekinin soyut iddiaları dışında atılı suçlu işlediklerine ilişkin haklarında kamu davası açılmasını gerektirir nitelik ve yeterlilikte delil ve emare elde edilememesi sebebiye istinaden KOVUŞTURMA YAPILMASINA YER OLMADIĞINA.."

52. Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı yapılan itiraz Trabzon 2. Sulh Ceza Hakimliğinin 19/4/2018 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

53. Anılan karar 10/5/2018 tarihinde başvurucların vekiline tebliğ edilmiştir.

54. Başvuruclar 11/6/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

55. İlgili ulusal hukuk için bkz. *Güllü Dağhan ve Mehmet Nesih Dağhan*, B. No: 2013/1951, 24/3/2016, §§ 29-34.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

56. Mahkemenin 30/6/2021 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvuruların İddiaları ve Bakanlık Görüşü

57. Başvurucular; oğulları Ö.D.nin 2004 yılında kaybolduğunu ve PKK terör örgütüne katıldığını, 17/6/2010 tarihinde güvenlik güçleri ile terör örgütü mensupları arasında çıkan çatışma sırasında öldürüldüğünü, çocuklarının ölümünden sonra güvenlik güçleri tarafından çekilen fotoğraflarının Diyarbakır Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde kendilerine gösterildiğini ve cesedi teşhis ettiklerini ancak otopsi yapıldıktan sonra cesedi almak üzere gittikleri morgda üç ceset olduğunu ve bu cesetlerin tahrip edildiğini, defnetmek üzere teslim aldıkları ceset üzerinde daha önceki fotoğraflarda bulunmayan yanık izlerinin ve kafatasının koparılmış olduğunu görmeleri üzerine şikâyetle bulduklarını, cesedin ATK'da ve Başsavcılığın denetiminde ve sorumluluğunda olduğu sırada tahrip edildiğini ancak şikâyetleri hakkında etkili soruşturma yürütülmediğini, bu nedenle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulduklarını, Anayasa Mahkemesinin 24/3/2016 tarihinde ihlal kararı verdiğini belirtmişlerdir.

58. Başvurucular tekrar yürütülen soruşturma hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verildiğini, sadece otopsi raporu ve görüntüleri üzerinde inceleme yapıldığını, ceset üzerinde yapılan tahrifatın otopside sona gerçekleşme ihtimalinin gözardı edildiğini, sonuç itibarıyla başvurulara teslim edilen ceset ile morgda Başsavcılık tarafından fotoğrafları çekilen cesedin aynı olmadığını, olaya ilişkin etkili soruşturma yürütülmediğini ve Anayasa Mahkemesi kararının dikkate alınmadığını ifade etmiş; oğullarının Kürt kökenli olması nedeniyle cesedine kötü muamele yapıldığını, kamu görevlilerini koruma güdüsüyle eksik inceleme ve değerlendirme sonucu kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini belirterek Anayasa'nın 10., 17. ve 40. maddelerinde güvence altına alınan kötü muamele yasağı, ayrımcılık yasağı ile etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

59. Bakanlık görüşünde: Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı sonrasında Başsavcılığın tanıkları dinleyip ATK'dan rapor talep ettiği, başvurucuların iddiaları üzerine beklenen oranda büyük bir titizlikle ve süratle hareket ettiği, atılması gereken her türlü adımı attığı, iddiaların gerçekliğini ortaya çıkartmak hedefiyle her türlü ve objektif delillerin temini yoluna gittiği, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilmediğinin söylenemeyeceği, başvurucuların soruşturmaya dahilinin sağlandığı ve elde edilen delil ve bilgilerin kapsamlı ve nesnel bir analizi ile neticeye ulaşıldığı, usul yükümlüğünün gereğinin özenle yerine getirildiğinin düşünüldüğü bildirilmiştir.

B. Değerlendirme

60. Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

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

61. Anayasa'nın "*Devletin temel amaç ve görevleri*" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

62. Anayasa Mahkemesi olayların başvuruçular 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). Başvuruçular, etkili başvuru hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerse de başvuru formu ve ekleri ile başvuruya konu soruşturmadaki mevcut delillerin söz konusu iddiaların esasına yönelik bir sonuca varılmasını sağlayacak yeterlilikte olmadığı tespit edilmiş; başvurunun bir bütün olarak kötü muamele yasağının maddi ve usul boyutu yönüyle incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

63. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

64. Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında; kimseye *işkence ve eziyet* yapılamayacağı, kimsenin *insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye* tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anılan fıkrayla özel olarak insan onurunun korunması amaçlanmıştır (*Cezmi Demir ve diğ.leri*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 80).

65. Bu bağlamda Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen *işkence, eziyet ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye* tabi tutulma yasağı mutlak bir nitelik taşımakta olup bu kapsamda öncelikle kamusal yetkiyle güç kullanan görevlilerin kişilerin beden ve ruh bütünlüğüne hiçbir şekilde zarar vermemelerini gerektirir (*Cezmi Demir ve diğ.leri*, § 81).

66. Öte yandan Anayasa'nın 17. maddesi ayrıca devlete, söz konusu 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. Dolayısıyla yetkililerce bilinen ya da bilinmesi gereken bir kötü muamelenin gerçekleşmesini engellemek için makul tedbirlerin alınmaması durumunda devletin sorumluluğu ortaya çıkabilir (*Cezmi Demir ve diğ.leri*, § 82).

67. *işkence ve kötü muamele yasağının usul boyutu* ise bu yasağın ihlal edildiğine yönelik *tartışılabilir ve makul şüphe uyandıran* iddiaların sorumlularının tespitini ve cezalandırılmasını sağlayacak etkili bir soruşturma yapılması sorumluluğunu (pozitif yükümlülük) içermektedir.

68. Bu usul yükümlülüğü çerçevesinde devlet, her türlü fiziksel ve ruhsal saldırı olayının sorumlularının belirlenmesini ve gerekiyorsa cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmek durumundadır. Bu tarz bir soruşturmanın temel amacı, söz konusu saldırıları önleyen hukukun etkin bir şekilde uygulanmasını güvenceye almak ve kamu görevlilerinin ya da kurumlarının karıştığı olaylarda bunların sorumlulukları altında meydana gelen olaylar için hesap vermelerini sağlamaktır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 110).

69. Buna göre bireyin bir devlet görevlisi tarafından hukuka aykırı olarak ve Anayasa'nın 17. maddesini ihlal eder biçimde bir muameleye tabi tutulduğuna ilişkin savunulabilir bir iddiasının bulunması hâlinde Anayasa'nın 17. maddesi -“Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlıklı 5. maddedeki genel yükümlülükle birlikte yorumlandığında- etkili bir soruşturmanın yapılmasını gerektirmektedir. Bu soruşturma, sorumluların belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlamaya elverişli olmalıdır. Bu mümkün olmazsa anılan madde, sahip olduğu öneme rağmen pratikte etkisiz hâle gelecek ve bazı durumlarda devlet görevlilerinin fiili dokunulmazlıktan yararlanarak kontrolleri altında bulunan kişilerin haklarını istismar etmeleri mümkün olacaktır (*Tahir Canan*, § 25).

70. Usul yükümlülüğünün bir olayda gerektirdiği soruşturma türü, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının esasına ilişkin yükümlülüklerin cezai bir yaptırım gerektirip gerektirmediğine bağlı olarak tespit edilmelidir. Kasten ya da saldırı veya kötü muameleler sonucu meydana gelen ölüm ve yaralama olaylarına ilişkin davalarda Anayasa'nın 17. maddesi gereğince devletin ölümcül ya da yaralamalı saldırı durumunda sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verebilecek nitelikte cezai soruşturmalar yürütme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu tür olaylarda yürütülen idari ve hukuki soruşturmalar ve davalar sonucunda sadece tazminat ödenmesi, bu hak ihlalini gidermek ve mağdur sıfatını ortadan kaldırmak için yeterli değildir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 55).

71. Yürütülen ceza soruşturmalarının amacı, kişinin maddi ve manevi varlığını koruyan mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların ölüm ya da yaralama olayına ilişkin hesap vermelerini sağlamaktır. Bu bir sonuç yükümlülüğü değil uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 56).

72. Yürütülecek ceza soruşturmaları, sorumluların tespitine ve cezalandırılmalarına imkân verecek şekilde etkili ve yeterli olmalıdır. Soruşturmanın etkili ve yeterli olduğundan söz edilebilmesi için soruşturma makamlarının resen harekete geçerek olayı aydınlatabilecek ve sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delilleri toplamaları gerekir. Dolayısıyla kötü muamele iddialarının gerektirdiği soruşturma bağımsız, hızlı ve derinlikli bir şekilde yürütülmelidir. Diğer bir ifadeyle yetkililer, olay ve olguları ciddiyetle öğrenmeye çalışmalı; soruşturmayı sonlandırmak ya da kararlarını temellendirmek için çabuk ve temelden yoksun sonuçlara dayanmamalı, bu kapsamda diğer deliller yanında görgü tanıklarının ifadeleri ile kriminalistik bilirkişi incelemeleri dâhil söz konusu olayla ilgili kanıtları toplamak için alabilecekleri bütün makul tedbirleri almalıdır (*Cezmi Demir ve diğerleri*, § 114).

73. Soruşturmanın etkililiğini sağlayan en alt seviyedeki inceleme, başvuruya konu soruşturmanın kendine özgü koşullarına göre değişir. Bu koşullar, ilgili bütün olay ve olgular temelinde ve soruşturmanın pratik gerçekleri dikkate alınarak değerlendirilir. Bu nedenle soruşturmanın etkililiği bakımından her olayda geçerli olmak üzere bir asgari soruşturma işlemler listesi veya benzeri bir asgari ölçüt belirlemek mümkün değildir. Bununla birlikte soruşturma sonucunda alınan kararın soruşturmada elde edilen tüm bulguların kapsamlı,

nesnel ve tarafsız bir analizine dayalı olması gerekir (*Fahriye Erkek ve diğçerleri*, B. No: 2013/4668, 16/9/2015, §§ 68, 69).

74. Anayasa'nın 17. maddesinin amacı, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin bir ölüm ya da yaralama olayında mevzuat hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların tespit edilerek hesap vermelerini sağlamaktır. Bu, bir sonuç yükümlülüğü olmayıp uygun araçların kullanılması yükümlülüğüdür. Dolayısıyla bu kapsamda açılmış olan tüm davaların mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlanması zorunluluğu bulunmamaktadır (*Cezmi Demir ve diğçerleri*, § 127) ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mağdur açısından uygun giderim sağlanmalıdır (*Senol Gürkan*, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 105).

75. İşkence ve kötü muamele konusundaki iddialar, uygun delillerle desteklenmelidir. İddia edilen olayların gerçekliğini tespit etmek için her türlü şüpheden uzak, makul kanıtların varlığı gerekir. Bu nitelikteki bir kanıt; yeterince ciddi, açık ve tutarlı emarelerden ya da aksi ispat edilemeyen birtakım karinelere de oluşabilir (*Cuma Doymuş*, B. No: 2013/394, 6/3/2014, § 28).

b. İlkelerin Somut Olaya Uygulanması

76. Başvuru konusu olayda Ö.D.nin cesedinin yakılarak tahrip edildiği iddiası hakkında Anayasa Mahkemesince verilen Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında etkili soruşturma usul yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkin karar sonrasında Başsavcılık tarafından tekrar soruşturma başlatılmıştır. Yapılan yeni soruşturmada şikâyet konusu iddianın aydınlatılması ve Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında tespit ettiği eksikliklerin giderilmesi amacıyla atılan adımların incelenmesi gerekmektedir.

77. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında, başvuru sahiplerinin suç ihbarı dilekçesinde öne sürdüğü hususların doğru olup olmadığının denetlenebilmesi ve soruşturmaya etkili katılımlarının sağlanması amacıyla ayrıntılı şekilde beyanlarının alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu çerçevede Başsavcılık, oğullarına ait olduğunu ileri sürdükleri fotoğraflar hakkında başvuru sahiplerinin bilgisine başvurmuştur. Başvuru sahibi Güllü Dağhan oğlunun tahrip edilmiş hâldeki cesedini hiç görmediğini, sadece olayın üzerinden bir zaman geçtikten sonra oğluna ait olduğu ileri sürülen fotoğrafların basında yer aldığını ve oğluna ait olduğu ileri sürülen fotoğrafları bu şekilde gördüğünü ifade etmiştir. Başvuru sahibi Mehmet Nesih Dağhan ise morgdaki üç ceset üzerinde tahrifat yapıldığı yönündeki beyanını düzeltmiş ve sadece oğlunun cesedinin tahrip edildiğini iddia etmiştir. Ayrıca oğlunun cesedini görünce bayıldığını, oğlunun cesedine ait olduğunu ileri sürdüğü fotoğrafların hangi tarihte ve nerede çekildiğini hatırlamadığını ancak bu fotoğrafları Dicle Haber Ajansı muhabirinin çektiğini söylemiştir.

78. Bu noktada başvuru sahibi Mehmet Nesih Dağhan'ın morgda bulunan üç cesedin tahrip edildiği ve fotoğrafları cesedi aldıktan sonra, gömmeden önce kendisinin çektiği yönündeki iddialarını bireysel başvuru formunda tekrar ettiği ve başvuru sahibinin başvuru formunda yer alan bu iddialarının Başsavcılık nezdinde alınan beyanı ile çeliştiği, bir başka ifadeyle başvuru sahibinin iddialarının tutarsızlaştığı görülmektedir.

79. Başvuru sahibinin fotoğrafları Dicle Haber Ajansı muhabirinin çektiği yönündeki beyanı üzerine Dicle Haber Ajansından bilgi ve belge talep edilmiş, cevap yazısında Dicle Haber Ajansında veya muhabirlerinde olaya ait olduğu ileri sürülen fotoğraf, görüntü ve

haberini bildirilmiştir. Öte yandan Diele Haber Ajansı muhabiri tanık Z.G. Trabzon'da görevli muhabirlerinin olmadığını söylemiştir. Başsavcılık yaptığı araştırmaya rağmen başvurucuların vekili tarafından sunulan fotoğraflardan başka herhangi bir fotoğrafı ulaşamamıştır.

80. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'nda imzası bulunan tanıklardan otopsi teknikeri A.P.K.'nın ve ölenin dayısı A.E.'nin beyanlarının alınmadığına dikkat çekilmiştir. Başsavcılık yeniden başlatıldığı soruşturmada her iki tanığın da bilgisine başvurmuştur. Bu tanıklardan A.P.K. özetle Ö.D.'nin otopsisini hatırlamadığını ancak başvurucuların Ö.D.'nin cesedinin yakıldığı yönündeki iddiasının doğru olamayacağını, gösterilen fotoğraflardaki cesedin yüzünün tanınmaz hâlde olduğunu ancak Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'nda cesedin yüzünün sağlam kısımlarından ve burun yapısından bahsedildiğini, cesedin yakılmış hâlde teslim edildiği iddiasının doğru olamayacağını ve tahrip edilmiş cesede ait olduğu ileri sürülen fotoğraflardaki görüntünün teslim edildikten sonra defnedilme sürecine kadar geçen zamanda, yaz aylarındaki sıcaklığa bağlı olarak çürümeden kaynaklanmış olabileceğini söylemiştir.

81. Başsavcılık, Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'nda imzası bulunan diğer tanık A.E.'nin de beyanını almıştır. A.E. beyanında Trabzon ATK'da yeğenine ait fotoğraflar üzerinden teşhis işlemi yaptığını, bu fotoğraflarda yeğeninin yüzünün net bir şekilde görünüp parçalanmış hâlde olmadığını, yüzü parçalanmış hâldeki fotoğrafların yeğenine ait olmadığını çünkü teşhis amaçlı gösterilen fotoğraflarda yeğeninin yüzünün parçalanmış hâlde olmadığını, gösterilen fotoğrafların ne zaman, nerede çekildiğini bilmediğini ifade etmiştir. Bu durumda A.E.'nin Başsavcılık tarafından alınan beyanında Ö.D.'nin kimlik teşhisini fotoğraflar üzerinden yaptığını ifade ettiği anlaşılmıştır. Bu beyanın 3/7/2010 tarihli Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'ndaki teşhis işlemi doğrudan yaptığı şeklinde anlaşılan beyanıyla çeliştiği görülmektedir. Buna karşın A.E., yanlış olduğu iddia edilen cesede ait fotoğrafların yeğenine ait olmadığını söylemiştir.

82. Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında, fotoğraflardaki tahrip edilmiş cesede ait görüntülerin başvurucuların oğluna ait olup olmadığını tespit edilmediği ve başvurucuların oğlunun tahrip edilmiş hâldeki cesedine ait olduğu ileri sürülen fotoğraflar üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmadığı vurgulanmıştır. Başsavcılık, anılan fotoğraflar ile Ö.D.'nin otopsisine ve ölü muayenesine ait fotoğraflar ile görüntülerin karşılaştırılması, tahrip edildiği iddia edilen cesedin Ö.D.'ye ait olup olmadığını tespit edilmesi amacıyla hem ATK'dan hem de Jandarma Kriminal Daire Başkanlığından rapor talep etmiş; bu raporlarda eldeki delillere göre teşhis işleminin yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Buna ek olarak fotoğraflardaki cesette meydana gelen tahribatın neden kaynaklanmış olabileceği ile cesedin yakıldığı iddiasına ilişkin olarak feth-i kabir yapılmasının gerekli olup olmadığı ATK'dan sorulmuştur. ATK'nın 24/11/2017 tarihli raporunda fotoğraflardaki cesette meydana gelen tahribatın çürümeden kaynaklanmasının mümkün olduğu ifade edilmiş, feth-i kahir işleminin gerekli olduğundan bahsedilmemiştir.

83. Başsavcılığın yaptırdığı bilirkişi incelemelerine göre dosyada yer alan ve tahrip edildiği iddia edilen cesede ilişkin fotoğrafların Ö.D.'ye ait olup olmadığını tespit edilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmakta, iddia konusu fotoğraflardaki tahribatın ise çürüme sebebiyle meydana gelmiş olabileceğinin değerlendirildiği görülmektedir.

84. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında, gerektiği takdirde ölenin gömüldüğü mezar açılarak cesedin kimliği konusunda moleküler genetik inceleme yaptırılmamasının, ayrıca yandığı ileri sürülen bölgelerden doku örnekleri alınarak cesedin yakılıp yakılmadığının açıklığa kavuşturulması yoluna gidilmemesinin soruşturmaya ilişkin bir eksiklik olduğu değerlendirilmiştir. Başsavcılık, soruşturmanın konusu yönünden moleküler genetik inceleme yapılmasına ihtiyaç olmadığını değerlendirmiş; cesedin -karar tarihi itibarıyla- yaklaşık sekiz yıl önce defnedildiği ve ATK ile yaptığı yazışmalarda feth-i kabir işleminin gerekli olduğunun bildirilmediği gerekçelerine dayanarak feth-i kabir işlemi yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

85. Başsavcılık, tahrip edilmiş cesede ait olduğu ileri sürülen fotoğraflardan kimlik tespitinin yapılmasının mümkün olmadığı yönündeki bilirkişi raporlarını, ATK'nın ilgili fotoğraflardaki tahribatın çürüme sonucunda gerçekleşmiş olabileceği yönündeki raporunu, başvuru sahiplerinin cesedin gömüldüğü ve çürüdüğü tarihten yaklaşık üç ay sonra şikâyetçi olduklarını ve çelişkili beyanlarda bulduklarını dikkate almış; dosyada yer alan diğer tanık beyanları ile delilleri bir hütdün hâlinde değerlendirerek kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

86. Öncelikle belirtmek gerekir ki başvuru sahiplerinin iddialarının dayanağı olarak sundukları fotoğrafların asılları veya negatifleri yapılan tüm araştırmalara rağmen Başsavcılık tarafından elde edilememiştir. Başvuru sahibi Mehmet Nesih Dağhan'ın çelişkili beyanları dikkate alındığında başvuru sahiplerinin sunduğu fotoğrafların ve bu fotoğrafların başvuru sahiplerinin oğluna ait olduğuna ilişkin iddianın gerçeklikten uzaklaştığı açıktır.

87. Somut olayda Başsavcılık tarafından tekrar yürütülen soruşturmada yapılan tüm araştırmaya rağmen iddia konusu fotoğrafların gerçekliğinin ortaya konulamaması, bu fotoğrafların başvuru sahiplerinin oğluna ait olduğunun tespit edilememesi, teslim edilen cesedin tahrip edildiği konusunda 3/7/2010 tarihli Kimlik Tespiti ve Keşif Tutanağı'nda herhangi bir ibarenin olmaması, tahrip edildiği ileri sürülen cesede ait fotoğraflardaki görüntünün çürümeden kaynaklanmış olabileceği yönündeki ATK raporu, başvuru sahiplerinin tutarsız beyanlarda bulunması ve soruşturmanın Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında tespit edilen eksikliklere uygun olarak yürütüldüğü hususları birlikte değerlendirildiğinde kötü muamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

88. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının maddi ve usul boyutunun ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kötü muamele yasağının ihlal edilmediğine ilişkin iddianın **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasağının **İHLAL EDİLMEDİĞİNE,**

C. Yargılama giderlerinin başvuru sahipleri üzerinde **BIRAKILMASINA,**

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 30/6/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Muammer TOPAL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
İrfan FIDAN