

# İKİNCİ BÖLÜM

## KARAR

### MEHMET ERGİN BAŞVURUSU

**Başvuru Numarası** : 2013/2891

**Karar Tarihi** : 5/11/2015

**Başkan** : Engin YILDIRIM

**Üyeler** : Serdar ÖZGÜLDÜR

Recep KÖMÜRCÜ

Alparslan ALTAN

Celal Mümtaz AKINCI

**Raportör** : Şermin BİRTANE

**Başvurucu** : Mehmet ERGİN

**Vekili** : Av. Şahin AKKUŞ

### I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, avukat olan başvurunun adliye girişinde polis tarafından üstünün aranarak şeref ve itibarının zedelenmesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının, ilgili kamu görevlisi hakkında yaptığı suç duyurusu üzerine kovuşturma izni verilmemesi nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

### II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/04/2013 tarihinde Afşin 2. Asliye Hukuk Mahkemesi vasıtasıyla yapılmıştır. Dilekçe ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesi neticesinde belirlenen eksiklikler tamamlanmış ve başvurunun Komisyona sunulmasına engel teşkil edecek bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir.

3. İkinci Bölüm Üçüncü Komisyonunca 26/9/2014 tarihinde, kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

4. Bölüm Başkanı tarafından 1/12/2014 tarihinde, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına ve başvurunun bir örneğinin görüş için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmesine karar verilmiştir.

5. Başvuru belgeleri ve eklerinin bir örneği görüş için Bakanlığa gönderilmiştir. Bakanlığın 22/1/2015 tarihli görüş yazısı, 2/2/2015 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiş olup başvuru, Bakanlık görüşüne karşı beyanlarını 13/2/2015 tarihinde sunmuştur.

### III. OLAY VE OLGULAR

#### A. Olaylar

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

7. Avukat olan başvuru 14/12/2012 tarihinde gittiği Afşin Adliyesine, avukat olduğunu beyan etmesine rağmen nöbetçi polis memuru tarafından üstü aranarak alınmıştır.

8. Başvurucu, avukat olmasına rağmen haksız şekilde aranması sebebiyle ilgili polis memuru hakkında şikâyetçi olmuş; Afşin Kaymakamlığının 15/1/2013 tarihli ve 2013/01 sayılı kararı ile polis memuru hakkında soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir. İlgili kararın gerekçesi şöyledir:

*“Av. Mehmet Ergin isimli şahsın polis noktasından hızlı bir şekilde Afşin Adliyesine girdiği, görevli polis memurunun da şahsı durdurarak x-ray cihazından geçmesini söylediği, Av. Mehmet Ergin’in kendisinin avukat olduğunu söylediği, bunun üzerine polis memurunun avukatlık kimliğini göstermesini istediği, Av. Mehmet Ergin’in kimliğini göstermediği, polis memurunun kimliğini göstermemesi üzerine güvenlik açısından x-ray cihazından geçmesini söylediği, Av. Mehmet Ergin’in bunu da yapmaması üzerine polis memuru tarafından şahsın aranmasını müteakiben içeriye girdiği, polis noktasında bulunan kameralardan Av. Mehmet Ergin’in kimlik göstermediğinin görüldüğü, ayrıca polis memuru L.K. 'nin, 2559 sayılı PVSK'nın 4/A maddesi, Adli Önleme Araması Yönetmeliğine göre Afşin Sulh Ceza Mahkemesinin 2012/331 D.İş sayılı kararı ile alınmış önleme arama kararı, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 2002 yılında çıkarmış olduğu 8 sayılı Genelgesi, Adliye Binası Nokta Nöbet Talimatı ve Afşin Cumhuriyet Başsavcılığının 11/1/2012 tarih ve 2012/45 sayılı yazıları ile belirtmiş olduğu sözlü talimatlarına göre arama yaptığı, dolayısıyla hukuka aykırı bir şekilde bir kimsenin üstünün veya eşyasının aranmadığı ve haksız arama yapılmadığının anlaşıldığından polis memuru L. K. hakkındaki iddia ile ilgili olarak 4483 sayılı Kanun'un 6. maddesi uyarınca soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir.”*

9. Başvurucu soruşturma izni verilmemesine dair karara karşı itiraz yoluna başvurmuştur.

10. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesinin 25/2/2013 tarihli ve E.2013/70, K.2013/6 sayılı kararıyla ön inceleme dosyasında yer alan bilgi ve belgelerin soruşturma açılmasını gerekli kılacak nitelik ve yeterlilikte olmadığı, verilen kararda yöntem ve yasaya aykırılık görülmediği gerekçesiyle itirazın reddine kesin olarak karar verilmiştir.

11. Karar, başvuru vekiline 26/3/2013 tarihinde tebliğ edilmiş olup başvuru, 25/4/2013 tarihinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

#### B. İlgili Hukuk

12. 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

*“Avukatların avukatlık veya Türkiye Barolar Birliği ya da baroların organlarındaki görevlerinden doğan veya görev sırasında işledikleri suçlardan dolayı haklarında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısı denetiminde ve baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır*

ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz. ”

13. 4/7/1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun “Önleme Araması” kenar başlıklı 9. maddesi şöyledir:

“Polis, tehlikenin veya suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla usûlüne göre verilmiş sulh ceza hâkiminin kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde mülkî âmirin vereceği yazılı emirle; kişilerin üstlerini, araçlarını, özel kâğıtlarını ve eşyasını arar; alınması gereken tedbirleri alır, suç delillerini koruma altına alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemleri yapar.

Arama talep yazısında, arama için makul sebeplerin oluştuğunun gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir.

Arama kararında veya emrinde;

- a) Aramanın sebebi,
- b) Aramanın konusu ve kapsamı,
- c) Aramanın yapılacağı yer,
- ç) Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre, belirtilir.

Önleme araması aşağıdaki yerlerde yapılabilir:

- a) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresinde.
- b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresinde.
- c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerlerde.
- ç) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20 nci maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışlarında.
- d) Umumî veya umuma açık yerlerde.
- e) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlarda.

Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz.

Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır.

Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır.

Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir.”

## IV. İNCELEME VE GEREKÇE

14. Mahkemenin 5/11/2015 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvurusunun 25/4/2013 tarihli ve 2013/2891 numaralı bireysel başvurusu incelenip gereği düşünüldü:

### A. Başvurucunun İddiaları

15. Başvurucu, avukat olduğunu beyan etmesine ve kimliğini göstermesine rağmen nöbetçi polis memuru tarafından üzeri aranarak adliyeye alındığını, on beş yıldır avukatlık yaptığını, belediye meclis üyesi olup belediye başkan vekilliği de yaptığını, bu eylemin şeref ve itibarına zarar verdiğini, manevi olarak yıprandığını, ilgili kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmemesinin bahsedilen kamu görevlisi aleyhine tazminat davası açmasına engel oluşturduğunu belirterek Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen kişinin dokunulmazlığı, 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ve 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştü ve tazminat talebinde bulunmuştur.

### B. Değerlendirme

16. Başvurucu, şikâyet ettiği kamu görevlisi hakkında soruşturma izni verilmemesi nedeniyle şeref ve itibarının korunmasını isteme hakkının, özel hayatın gizliliği ve korunması hakkının ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

17. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru 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). Başvurucunun bu şikâyetlerinin özü, soruşturma izni verilmemesi kararı nedeniyle devletin, kendisinin şeref ve itibarına saygıyı etkili bir şekilde korumaya yönelik tedbirleri almadığı iddiasıdır. Bu itibarla söz konusu şikâyetin Anayasa'nın 17. maddesi bağlamında incelenmesi gerekmektedir. Buna göre başvurusunun şikâyetleri şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkı ve adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

### 1. Adil Yargılanma Hakkı Yönünden

18. Başvurucu, şikâyet ettiği kişi hakkında soruşturma izni verilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

19. Suç işlediğini düşündüğü üçüncü kişilerin cezalandırılmasını talep eden mağdur, suçtan zarar gören şikâyetçi veya katılan sıfatını haiz kişilerin adil yargılanma haklarının ihlal edildiği yönündeki şikâyetleri, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (Sözleşme) yer alan temel hak ve özgürlüklerin ortak koruma alanı dışında kalmaktadır (*Adnan Oktar*, B. No: 2012/917, 16/4/2013, §§ 21-27; *Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, §§ 23-27).

20. Bu kuralın istisnaları, ceza davasında medenî hak talebine imkân veren bir sistemin benimsenmiş olması veya ceza davası sonucunda verilen kararın hukuk davası açısından etkili ya da bağlayıcı olması hâlleridir (*Musa Erdem ve diğerleri*, B. No: 2013/1845, 7/11/2013, § 37; Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *Perez/Fransa*, B. No: 47287/99, 12/2/2004, § 70).

21. Hukuk sistemimiz açısından, 5271 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kalkmış olup başvurusunun ceza muhakemesi sürecinde medeni haklarını ileri sürme imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca somut olayda başvurusunun isteğinin üçüncü kişilerin cezalandırılmasına ilişkin olduğu, soruşturma izni verilmemesine dair kararın etkilerinin de ceza muhakemesi süreci ile sınırlı

olduğu ve başvuruçunun iddiaları göz önünde bulundurulduğunda ceza davasında verilen kararın hukuk yargılaması açısından bağlayıcı bir etkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır (*İşıl Yaykur*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 24).

22. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesine dayanan ihlal iddiasının konusunun, Anayasa'da güvence altına alınmış ve Sözleşme kapsamında yer alan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanı dışında kaldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle başvurunun bu kısmının, diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

## 2. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı Yönünden

23. Başvurucu, avukat olduğunu beyan etmesine ve kimliğini göstermesine rağmen nöbetçi polis memuru tarafından üzeri aranarak adliyeye alındığını, bu eylemin şeref ve itibarına zarar verdiğini, manevi olarak yıprandığını ileri sürmüştür.

24. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları şöyledir:

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

...

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

25. Sözleşme'nin "İşkence yasağı" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

*"Hiç kimseye işkence veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya ceza uygulanamaz."*

26. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir (*Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 30).

27. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında ise kimseye "işkence", "eziyet" yapılamayacağı ve kimsenin "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele ve cezaya tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Hüküm, Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan hukuksal çıkarları kapsamaktadır. Belirtilen düzenlemede yer alan ifadeler arasında bir yoğunluk farkı bulunmakta olup kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en ağır şekilde zarar veren muamelelerin "işkence", bu seviyeye varmayan fakat yine de vücutta zarar ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ızdırıp veren insanlık dışı muamelelerin "eziyet", küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikteki daha hafif muamelelerin ise "insan haysiyetiyle bağdaşmayan" muamele veya ceza olarak belirlenmesi mümkündür (*Tahir Canan*, § 22).

28. Ancak bir eylemin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık düzeyine ulaşmış olması gerekir. Bu asgari eşiğin aşılmadığının belirlenmesinde her somut olayın özellikleri ayrı ayrı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması esastır. Bu bağlamda muamelenin süresi, fiziksel ve manevi etkileri ile mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi faktörler önem taşımaktadır (*Tahir*

*Canan*, § 23). Her somut olaydaki veriler ışığında, belirtilen ağırlık eşliğinin altında kalan muamele ve eylemlerin diğer haklar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

29. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında da başvuru konusu iddiaların Sözleşme'nin 3. maddesinin sağladığı güvence kapsamında yer alması için minimum bir ağırlığa varması gerektiği kabul edilmekte ve acımasız, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya cezanın ağır ve kasit içeren şekli olarak kabul edilen işkencenin, şiddetli acı veya eziyetin kasıtlı olarak uygulanması ve bilgi almak, cezalandırmak veya korkutmak vb. amaçlı bir muameleyi içermesi gerektiği benimsenmektedir. Önceden tasarlanarak saatlerce uygulanan, gerçek yaralar ve en azından ağır fiziki ve ruhsal acılar çektiren muameleler de insanlık dışı muamele olarak değerlendirilmektedir. Küçük düşürücü muamelenin ise mağdurlarda korku ve aşağılık duygusu oluşturan, küçük düşürücü ve alçaltıcı nitelikte olan muameleleri ifade ettiği kabul edilmektedir. Ancak söz konusu muamelenin amacının ilgili kişiyi küçük düşürmek veya alçaltmak olup olmadığı ve sonuçları itibarıyla mağdurun kişiliğini Sözleşme'nin 3. maddesi ile uyuşmayan bir olumsuzlukta etkileyip etkilemediği üzerinde durulmaktadır (*İşil Yaykar*, § 34).

30. Yukarıda yer verilen tespitlerden de anlaşılacağı üzere doğası gereği cezaların veya menfi hareket ve eylemler ile olumsuz hayat deneyimlerinin; kişinin fiziki ve ruhsal değerlerini etkilemesi; kişide stres, üzüntü ve sair menfi tezahürlere yol açması ve bu etkileri açısından özellikle küçük düşürücü muamele kavramını çağrıştırmaları mümkündür. Bununla beraber, belirtilen eylemlerin Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele ve bu kavramların Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilen muadilleri olan işkence, eziyet veya haysiyetle bağdaşmayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için, mağdurun subjektif niteliklerinin yanı sıra muamelenin uygulanış şekli ve yöntemi ile özellikle meydana getirdiği fiziksel ve ruhsal etkiler açısından önemli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir (*İşil Yaykar*, § 35).

31. Belirtilen tespitler ışığında somut olay incelendiğinde başvuruçunun avukat olduğunu beyan etmesine ve kimliğini göstermesine rağmen nöbetçi polis memuru tarafından üzeri aranarak adliyeye alındığı, bu eylemin şeref ve itibarına zarar verdiği, manevi olarak yıprandığı, bu kapsamda Anayasa'nın 17. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunulduğu anlaşılmaktadır. Başvuruçudan iddia edilen eylemlerin fiziksel ve manevi etkileri, süresi ve yoğunluk derecesi gibi unsurların değerlendirilmesi neticesinde; belirtilen eylemin, kişilik haklarını ihlal ederek başvuruçunun üzerinde fiziki ve ruhsal etkilerinin olması mümkün olmakla birlikte avukat olan ve kamu hizmeti yürüten başvuruçunun yetişkin bir birey olması ve mesleki statüsü de nazara alındığında Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiği aştığı söylenemez.

32. Belirtilen nedenlerle başvuruçunun şikâyetinin, maddi ve manevi varlığın korunması hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

33. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

“... Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.”

34. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Bireysel başvuru hakkı" kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

*"İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir"*

35. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bireysel başvuruda bulunulmadan önce ihlal iddiasının dayanağı olan işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmuş olan idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının tüketilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Temel hak ihlallerini öncelikle derece mahkemelerinin gidermekle yükümlü olması, kanun yollarının tüketilmesi koşulunu zorunlu kılar (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, §§ 19, 20; *Güher Ergun ve diğerleri*, B. No: 2012/13, 2/7/2013, § 26).

36. Ancak belirtilen hükümlerde yer verilen "olağan başvuru yolları" ibaresinin, başvuru kişinin şikâyetleri açısından makul bir başarı şansı sunabilecek ve bir çözüm sağlayabilecek nitelikte, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olarak anlaşılması gerekmektedir. Ayrıca başvuru yollarını tüketme kuralı ne kesin ne şekli olarak uygulanabilir bir kural olup bu kurala riayetin denetlenmesinde münferit başvurunun koşullarının dikkate alınması esastır. Bu anlamda yalnızca hukuk sisteminde birtakım başvuru yollarının varlığının değil, aynı zamanda bunların uygulama şartları ile başvuru kişinin kişisel koşullarının gerçekçi bir biçimde ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle başvuru kişinin, kendisinden başvuru yollarının tüketilmesi noktasında beklenebilecek her şeyi yerine getirip getirmediğinin başvurunun özellikleri dikkate alınarak incelenmesi gerekir (*S.S.A.*, B. No: 2013/2355, 7/11/2013, § 28; *Işıl Yaykır*, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 42; benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. *İlhan /Türkiye*, B. No: 22277/93, 27/7/2000, §§ 56-64).

37. Bireyin şeref ve itibarı, Anayasa'nın 17. maddesinde yer verilen "*maddi ve manevi varlık*" kapsamında yer almaktadır. Devlet, bireylerin manevi varlığının bir parçası olan şeref ve itibara keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür. Ancak devletin, bireylerin maddi ve manevi varlığına yönelik olarak yapılan müdahalelere karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesindeki pozitif yükümlülüğü, tüm müdahale türleri açısından mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz. Belirtilen haksız müdahalelere karşı bireyin korunması hukuk muhakemesi yoluyla da mümkündür. Nitekim bireylerin maddi ve manevi varlığına yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Ancak hukukumuz açısından, somut başvuruya konu eylemlere benzer eylemlerin içinde ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiillerin yer alması durumunda, bu alandaki yaptırımlara tabi tutulma olanağı bulunmakla beraber, özel hukuk anlamında bu tür fiillerin tazminat davasına konu edilebildiği görülmektedir. Belirtilen tazmin imkânının, kişinin kamu görevlisi veya özel hukuka tabi bir hizmet sözleşmesi çerçevesinde görev yapması nazara alınarak hem idari yargı hem de adli yargı alanında yer alan makamlarca sağlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bir bireyin, somut başvuruda belirtilen fiillere benzer eylemlerden dolayı maddi ve manevi varlığına müdahale edildiği iddiasıyla hukuk davası yoluna başvurarak daha etkin bir giderim sağlaması mümkündür. (*Işıl Yaykır*, § 43).

38. Hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiil nedeniyle başkasına verilmiş olan zararın tazmin edilmesi yükümlülüğünü ifade eden hukuki sorumluluk, ceza hukuku alanında suç olarak adlandırılan insan davranışına göre daha geniş bir hukuka aykırı davranış

grubunu kapsamaktadır. Bir eylemin suç teşkil edebilmesi için ilgili kanunda açıkça tanımlanması gerekirken haksız fiil için böyle bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Ayrıca ceza hukuku alanında taksire dayalı sorumluluğun, istisnai nitelik taşımasına rağmen kasten veya taksirle başkalarına verilen zararın hukuki sorumluluk kapsamında giderim imkânının daha fazla olduğu, ceza hukuku alanında objektif sorumluluğa istisna olarak yer verilirken hukuki sorumluluk alanında objektif sorumluluk esasının da etkin şekilde uygulandığı ve hukuki sorumluluk alanında aynı maddi vakıalar çerçevesinde daha düşük bir ispat standardı kullanılarak kişisel sorumluluğun söz konusu olabildiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra hukuk sistemimizdeki ceza muhakemesinde şahsi hak iddiasında bulunma imkânı ortadan kaldırılırken hukuki sorumluluk alanındaki tazmin yükümlülüğünün asıl gayesinin, zarar görenin zararının telafi edilmesi olduğu dikkate alındığında özellikle somut başvuruya konu ihlal iddiasına benzer uyuşmazlıklar açısından, hukuki tazmin yolunun daha yüksek başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili bir başvuru yolu olduğu anlaşılmaktadır (*İşıl Yaykır*, § 44).

39. Başvuruya konu olayda; başvuru, avukat olduğunu beyan etmesine ve kimliğini göstermesine rağmen nöbetçi polis memuru tarafından üzeri aranarak adliyeye alındığını, bu eylemin şeref ve itibarına zarar verdiğini belirterek suç duyurusunda bulunulduğu, yürütülen soruşturma sonucunda ilgili hakkında soruşturma izni verilmediği görülmüştür. Bununla beraber başvuru tarafından -somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan- kamu görevlisinin hukuka aykırı fiili nedeniyle idare aleyhine idari yargıda tazminat davası açma yoluna gidilmediği anlaşılmaktadır.

40. Yukarıda yer verilen tespitler çerçevesinde, manevi varlığına ait unsurlara karşı yapıldığı iddia edilen müdahaleler ile ilgili olarak başvuru tarafından yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulmuş olduğu nazara alındığında Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için tüm başvuru yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirildiği söylenemez.

41. Açıklanan nedenlerle başvuru tarafından şeref ve itibarına karşı yapıldığı iddia edilen müdahaleler ile ilgili olarak yalnızca ceza muhakemesi yoluna başvurulduğu ve somut başvuru açısından daha etkili bir giderim yolu olan tazminat davası açma imkânı kullanılmaksızın bireysel başvuruda bulunulduğu anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir. Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamıştır.

## V. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun,

1. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiasının *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının ihlal edildiğine yönelik iddiasının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA, Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde bırakılmasına



5/11/2015 tarihinde karar verildi.

Başkan  
Engin YILDIRIM

Üye  
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye  
Recep KÖMÜRCÜ

Üye  
Alparslan ALTAN

Üye  
Celal Mümtaz AKINCI

Başvuru Numarası : 2013/2891  
Karar Tarihi : 5/11/2015

### KARŞI OY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, avukat olduğunu beyan etmesine ve avukatlık kimliğini göstermesine rağmen adliye girişinde görevli memur tarafından üzerinin aradığından, bu durum nedeniyle şeref ve itibarının zedelendiğinden, ilgili kamu görevlisi hakkında yapmış olduğu suç duyurusu üzerine soruşturma izni verilmediğinden şikâyetçi olmuştur.

2. Anayasa Mahkemesi İkinci Bölümünün çoğunluğunca, yapılan başvuruda adil yargılanma hakkı yönünden “*konu bakımından yetkisizlik*”, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı yönünden “*başvuru yollarının tüketilmemesi*” nedenleriyle başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak anılan çoğunluk görüşüne aşağıda belirtilen nedenlerle katılmamaktayım.

3. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

*“Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali dışında avukatın üzeri aranamaz.”*

4. Maddede belirtilen arama yasağı ile amaçlanan müvekkilinin sırlarını, belgelerini, savunmasını, delillerini taşıyan ve bilen avukatın, müvekkilinin savunma hakkını korumak, savunma ve adil yargılanma hakkına yapılacak dolaylı müdahalelere engel olmak, avukatın sır saklama yükümlülüğü nazara alındığında müvekkilinin özel hayatına dolaylı bir şekilde müdahale edilmesini engellemektir.

5. Avukatlık Kanunu’nun 58. maddesinde yer alan açık hükümden de anlaşılacağı gibi ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren bir suçtan dolayı suçüstü hali olmadıkça avukatın üstü aranamayacaktır. İlgili hükmün, yargının savunma makamına bir güvence sağlaması amacıyla getirildiği şüphesiz olup bu günceye aykırı hareket edilmesi özellikle savunma hakkına yönelik ağır bir müdahale teşkil edecektir.

6. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 9. maddesi kapsamında önleme araması yapılmasını gerektirecek bir hal olduğu kabul edilse dahi bu durumda müdahalenin meşruluğu için “*acil bir sosyal ihtiyaç*”tan kaynaklı olarak avukatın üzerinin arandığının ortaya konulması gerekecektir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması kriteri kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından ortaya konulan “*acil bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklanma*” ve “*takip edilen meşru amaç bakımından orantılı olma*” unsurlarının (Bkz. Mehmet Nuri Özen/Türkiye, B. No: 15672/08,

11/1/2011, § 16; *Ahmet Tamer/Türkiye*, B. No: 19028/02, 7/2/2006, § 49; *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 5947/72, 25/3/1983, § 89) mevcut olması gerekir. Fakat başvuru konusu olayda müdahalenin anılan kriterlere uygun olduğu söylenemeyecektir.

7. Anayasa Mahkemesi kararında sonuç olarak adil yargılanma hakkı yönünden “*konu bakımından yetkisizlik*” nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmiş olsa da bu sonuca katılmak mümkün değildir.

8. Yargılama öncesi aşama (araştırma, soruşturma) konusunda AİHM, ceza yargılamalarını bir bütün olarak düşünmektedir. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin bazı gerekliliklerine başlangıçta uyulmaması yargılamanın adillğine önemli ölçüde zarar verecek ise adil yargılanma hakkının bazı güvenceleri yargılamaların bu aşamasında da söz konusu olabilir (*Afitap Salman Başvurusu*, B. No: 2013/2105, 11/11/2015, § 18; *Imbrioscia/İsviçre*, B. No: 13972/88, 24/11/1993, § 36).

9. Anayasada yer alan hak ve özgürlükler ihlal edilmediği sürece ve açıkça keyfilik içermedikçe derece mahkemelerinin kararlarındaki maddi ve hukuki hatalar bireysel başvuru incelemesinde ele alınamaz. Bu çerçevede, derece mahkemelerinin delilleri değerlendirmesinde ve hukuk kuralını yorumlamasında bariz bir takdir hatası bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin bu takdire müdahalesi söz konusu olamaz (*Kenan Özteriş Başvurusu*, B. No: 2012/989, 19/12/2013, § 48).

10. Başvuru konusu olayda başvuru, hukuka aykırı şekilde üzerini arayan polis hakkında şikâyetle bulunmuş, ilgili kamu görevlisi hakkında Afşin Kaymakamlığı tarafından soruşturma izni verilmemesine karar verilmiştir. Başvurucu tarafından Gaziantep Bölge İdare Mahkemesine yapılan itiraz da sonuçsuz kalmıştır. 1136 sayılı Kanun'un 58. maddesi açık hükmüne rağmen Afşin Kaymakamlığı ve Gaziantep Bölge İdare Mahkemesince bariz taktir hatasına düşülmüş ve başvuru olan avukatın, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlali ile ortaya çıkan mağduriyetinin giderilmesine engel olunmuştur.

11. Afşin Kaymakamlığının soruşturma izni verilmemesi yönündeki kararında, başvuru konusu olayın meydana geliş şeklinde birtakım hususlarda (avukatın kimliğini gösterip göstermediği, polisin başvuruçunun avukat olduğunu bilip bilmediği vb.) belirsizlikler bulunmasına rağmen, bu belirsizliklerin giderilmesi için işin yargıya havale edilmesi yerine, idare ajanının korunup kollandığı şüphesi ve “hukuk devleti” değil “polis devleti” algısı doğuracak bir sonuca ulaşılmıştır.

12. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı yönünden, müdahalenin Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmesi için gerekli olan asgari eşiğin aşılmadığı kanaatine ulaşılmış olsa da bu sonuca katılmak mümkün olmayacaktır. Kararın 28. paragrafında **somut olayın özellikleri dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerektiği**, bu bağlamda müdahalenin fiziksel ve manevi etkileri, mağdurun yaşı, sağlık durumu “**gibi**” faktörlerin önem taşıdığı belirtilmiştir. Başvurucunun avukat olması, avukatın üzerinin aranması hakkında Kanun hükmü, avukatın aranması şeklindeki müdahalenin avukatın görev ifa ettiği en birincil alan olan adliye içerisinde ve müvekkilinin yanında gerçekleşmesi, olayın 14 avukatın görev yaptığı bir ilçe adliyesinde meydana gelmesi ve ilçelerde ilçe sakinleri tarafından “tanınma”nın şehirlere göre farklılık göstermesi, özellikle de devamlı adliyede görev yapan polis memurunun her gün adliyeye gelip giden avukatı tanımamasının (?)

hayatın olağan akışına aykırılığı, dolayısıyla da somut olayda avukatın şeref ve itibarının korunması hususunda gösterilmesi gereken özen yükümlülüğü dikkate alındığında Anayasa'nın 17/3 hükmü kapsamında inceleme yapılması için gerekli olan asgari eşğin aşıldığını düşünüyorum.

13. Kaldı ki Anayasa'nın 17/3 hükmü kapsamında inceleme yapılması için varlığı gerekli olan asgari eşğin aşılmadığı sonucuna varılacak olsa dahi "*başvuru yollarının tüketilmemesi*" nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmesi şeklindeki sonuca katılmak da mümkün değildir. Şöyle ki, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesinin birinci fıkrasında getirilen güvence ile avukat olan bir kişinin özne menfaatinin korunmasından ya da avukatın özel hayatına saygı ilkesinin sağlanmasından yahut maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının korunmasından başka, müvekkilin savunma hakkını korumak, savunma ve adil yargılanma hakkına yapılacak dolaylı müdahalelere engel olmak, müvekkilin özel hayatına saygı ilkesine riayetini teminini sağlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırı olarak gerçekleşen müdahale akabinde temin edilecek adil giderim, "*bireysel mağduriyetin giderilmesi*"nin ötesinde "*toplumun genel menfaatinin sağlanması*" işlevine hizmet edecek mahiyette olmalı, keza "*tazminatı öder, hukuka aykırı davranırım*" gibi kural tanımaz bir anlayışın yerleşmesine neden olacak bir nitelikte de olmamalıdır. Bu kapsamda bireysel tatmin imkânı sunan "*hukuk davası açma*" yoluna işaret edilerek başvuru yollarının tüketilmemiş olduğu gerekçesine dayanılması somut olayda anılan bu işlevi gerçekleştirmeye elverişli değildir.

14. Yukarıda açıklanan nedenlerle, çoğunluk görüşüne katılmamaktayım.

Üye

Celal Mümtaz AKINCI