



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

ELVAN/TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No. 64937/19)

KARAR

2. Madde (usul yönü) • Gezi olayları protesto hareketi sırasında, 15 yaşında bir gencin göz yaşartıcı gaz kapsülü fırlatılarak yaralanması sonucunda ölümü ve bu ölümle ilgili olarak, Vali'nin ve İl Emniyet Müdürü'nün olası rolüne ilişkin olarak etkin bir soruşturma yapılmaması

STRAZBURG

7 Şubat 2023

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

Elvan/Türkiye davasında,

Başkan

Arnfinn Bårdsen,

Hâkimler

Egidijus Kūris,

Pauliine Koskelo,

Saadet Yüksel,

Lorraine Schembri Orland,

Frédéric Krenc,

Diana Sârcu

ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Hasan Bakırcı'nın katılımıyla oluşturulan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), Daire olarak toplanarak,

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde bulunan ve Türk vatandaşı Sami Elvan, Gülsüm Elvan, Gamze Elvan ve Özge Elvan'ın ("başvuranlar") 29 Kasım 2019 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuruyu (no. 64937/19),

Sözleşme'nin 2. maddesine dayandırılan şikâyetlerin, Türk Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesine ilişkin kararı,

Hükümet görüşlerini,

Mahkeme Başkanı'nın, söz konusu görüşlere cevaben gönderilecek görüşler için başvuran tarafa ek süre verilmemesine ilişkin kararını dikkate alarak,

17 Ocak 2023 tarihinde kapalı oturumda gerçekleştirilen müzakerelerin ardından, söz konusu tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Mevcut dava özellikle, Gezi olayları sırasında göz yaşartıcı gaz kapsülü fırlatılması sonucunda yaralanarak 15 yaşında hayatını kaybeden Berkin

Elvan'ın ölümünün meydana geldiği koşullarla ilgilidir. Başvuranlar bu başvuru vesilesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinde bildirilen yaşam hakkının ve bu maddeden doğan usuli güvencelerin ihlal edildiğini ileri sürmektedirler. Başvuranlar ayrıca, Sözleşme'nin 3, 10, 11 ve 14. maddelerini ileri sürmektedirler.

OLAYLAR

2. Başvuranlar sırasıyla 1969, 1972, 1996 ve 1998 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedirler. Başvuranlar Sami Elvan ve Gülsüm Elvan, Berkin Elvan'ın ebeveynleridir ve başvuranlar Gamze Elvan ve Özge Elvan müteveffanın kız kardeşleridir. Başvuranlar Mahkeme önünde sözcü olarak birincil yetkililer Avukat Ç. Akbulut, Avukat Y.D. Özen ve Avukat Ş.C. Atalay tarafından temsil edilmişlerdir.

3. Hükümet, kendi görevlisi olan, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanı Hacı Ali Açıkğül tarafından temsil edilmiştir.

I. BAĞLAM

4. Dava, İstanbul'da 2013 yılının Mayıs ve Eylül ayları arasında meydana gelen ve "Gezi olayları" adıyla anılan protesto hareketi bağlamında başlatılmıştır. Bu hareket daha sonra Gezi Parkı yerine bir ticari alan inşa edilmesini öngören imar planını protesto etmek için düzenlenen bir dizi gösteriye dönüşmüştür. Göstericiler ile polis arasında birçok kez çatışmalar yaşanmış, bu parkın ağaçsızlaştırılmasına yönelik olarak öncelikle ekolojistler ve yerel halk tarafından yürütülen protesto hareketi, Haziran ve Temmuz aylarında hız kazanmış ve ardından Türkiye'nin birçok şehrine yayılarak, buralarda da çatışmaların yaşanmasına yol açmıştır. Bazı küçük gruplar göstericilerin arasına karışmış ve şiddet eylemleri işlemiştir. Dört sivil vatandaş ve iki polis memuru hayatını kaybetmiş ve binlerce kişi

yaralanmıştır (daha ayrıntılı bilgi için bk. *Kavala/Türkiye*, no. 28749/18, §§ 15-22, 10 Aralık 2019).

5. Dosyada yer alan unsurlardan, yetkili makamların bu süreç boyunca gençlerin radikalleşmesini ve terör suçlarına karışmasını önlemeyi amaçlayan ve “E.B.R.U. Projesi” diye adlandırılan bir bilgilendirme ve önleme kampanyası yürüttüğü anlaşılmaktadır. Yetkili makamlar, bu doğrultuda, 2013 yılının Mayıs ve Haziran aylarında, terör örgütü DHKP-C (Devrimci Halk Kurtuluş Partisi-Cephesi) tarafından Gezi olayları bağlamında gerçekleştirilen eylemlere karışan gençler arasında üyesinin bulunduğunu belirledikleri çok sayıda aile ile görüşmeler düzenlemiştir. Ayrıca 20 Mayıs 2013 tarihinde, Berkin Elvan’ın ebeveynlerinin iletişim bilgileri İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüne iletilmiş ve başvuran Sami Elvan, 5 Haziran 2013 tarihinde Berkin Elvan ile birlikte Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüne çağırılmıştır. Söz konusu başvuran, bu vesileyle, bu görüşmeyi düzenlediği için polise teşekkür ettikten sonra, oğlunun, faaliyetlerinden haberdar olmadığı Gençlik Federasyonu adlı yerel bir derneğe üye olduğunu ve gencin Gezi Parkı ile ilgili eylemlere karıştığını, Taksim’deki Cumhuriyet anıtına terör örgütlerinin pankartlarını asan grubun üyelerinden biri olduğunu, bu konuyla ilgili olarak kendisinin de defalarca onunla tartıştığını ve ona söz konusu federasyondan ve bu tür faaliyetlerden uzak duracağına söz verdiğini belirtmiştir.

6. Bu görüşme, DHKP-C ve diğer marjinal grupların düzenlediği bazı gösterilere katıldığı iddia edilen Berkin Elvan’ın yanı sıra diğer gençler hakkında da istihbarat birimleri tarafından toplanan bilgiler doğrultusunda gerçekleştirilmiştir: Berkin Elvan’ın 10 Mart 2012 tarihinde, Dünya Kadınlar Günü vesilesiyle düzenlenen bir geçit törenine, DHKP-C’nin amblemini taşıyan kırmızı bayrak sallayarak katıldığı; DHKP-C tarafından düzenlenen bir başka etkinlikte de kask ve yeşil kumaş maske takarak, elinde sapan bulunduğu görüldüğü; 31 Mayıs 2013 tarihinde, Gezi Parkı’nda

düzenlenen gösterilerde polise Molotofkokteyli ve havai fişeklerle saldırdığı iddia edilen bir grup içerisinde yüzü maskeli olarak yer aldığı da belirtilmiştir.

II. DAVANIN KOŞULLARI

7. Somut olayda ilgilinin ölümüne yol açan olaylar, 16 Haziran 2013 tarihinde meydana gelmiştir. Bu tarihte, Okmeydanı'ndaki (İstanbul) "Petek" marketin önünde Çevik Kuvvet Şube Müdür Yardımcısı Z.K.nın da aralarında bulunduğu arama kurtarma ve operasyon dairesinden bir ekip, liderleriyle birlikte 14. Birlik'ten iki grup ve 5. Birlik'ten üç grup ile bir zırhlı tazyikli su panzeri ve iki Toma, isyanı kontrol amacıyla desteklenen kuvvetlerle polisin göstericilere müdahalede bulunması öngörülmüştür. Z.K. ve/veya K.E.H. ve operasyondan sorumlu başka bir amirin talimatlarından anlaşıldığı üzere, operasyonda basınçlı su jetleri ve göz yaşartıcı gaz kullanımı öngörülmüştür. Konuşlandırılan kuvvetler arasında, adını Zet el bombası fırlatma tüfeği modelinden alan ve bu silahı yalnızca üyelerinin kullanmaya yetkili olduğu özel olarak eğitilmiş "Zet" adlı bir ekip de yer almıştır.

8. Tanıklara göre, olayın meydana geldiği sırada iki veya üç polis memurunun ellerinde Zet tüfekleri bulunuyordu ve içlerinden biri zaman zaman gaz maskesini alnına yerleştirerek yüzünü göstermiştir. Yakınlarının söylemine göre, saat 7.15 ile 7.20 arasında ekmek almak için evden çıkmış olan Berkin Elvan'ın, Gaziler Sokağı ve Mithatpaşa Caddesi'nin kesiştiği noktada bulunduğu sırada, "Zet" polis memurlarından biri onun bulunduğu noktaya doğru silahını ateşlemiştir. Göz yaşartıcı gaz kapsülü ile başından vurulan genç, saat 7.37'de olay yerinde bulunan sivil vatandaşlar tarafından ivedilikle hastaneye götürülmüştür.

9. Hastaneye kabul kayıtlarında, Hastane'ye getirildiği sırada, Berkin Elvan'ın ceplerinde bulunduğu iddia edilen 3'lü veya 4'lü havai fişekler ile

kendisine ait olduğu tahmin edilen sapan ve cam bilyelerin Cumhuriyet savcılığına teslim edildiği belirtilmiştir.

10. Komaya giren Berkin Elvan, 269 gün bu durumda kalmış ve 11 Mart 2014 tarihinde, kafatasında oluşan kırıklar sebebiyle beyin kanaması geçirerek hayatını kaybetmiştir.

III. SOMUT OLAYDA AÇILAN DAVALAR

A. Polis memurları hakkında yürütülen ceza soruşturması, bu soruşturma sonucunda görülen dava ve söz konusu soruşturmayla ilişkili olarak başlatılan diğer davalar

1. Soruşturma

11. Olayın meydana geldiği gün, İstanbul Cumhuriyet Savcılığı (“Cumhuriyet savcılığı”) bir ceza soruşturması başlatmıştır. Başvuranlar Sami Elvan ve Gülsüm Elvan, 25 Haziran ve 15 Temmuz 2013 tarihlerinde, ihtilaf konusu operasyona karışan polis memurları ve üstleri hakkında iki suç duyurusunda bulunmuşlardır. Başvuranlar tarafından ileri sürülen iddialar, 12 Kasım 2013 tarihinden itibaren resen bu soruşturma dosyasından ayrılarak, 2013/155787 numaralı dosyada incelenmiştir.

12. Soruşturmanın ilk aşamasında, aşağıda özetlenebileceği şekilde çeşitli zorluklarla karşılaşmıştır.

Cumhuriyet savcılığı, 10 ve 19 Temmuz 2013 tarihlerinde, Şişli İlçe Emniyet Müdürlüğünden olayın gerçekleştiği yer ve tarihe tekabül eden mevcut tüm güvenlik kameralarının video kayıtlarını, ilgili polislerin kimliklerini, fotoğraflarını ve konumlarını ve başvuranlar tarafından belirtilen veya kimlikleri resen tespit edilmesi gereken tanıkların ifadelerini talep etmiştir. Bu taleple başvurulanan birimler, Mahmut Şevket Paşa Mahallesi’nde Eren Sokağı’nda hiçbir kamera bulunmadığı, söz konusu sokağın yakınına herhangi bir polis memuru gönderilmediği, tanık S.Y.nin,

kendisine gönderilen çağrıya cevap vermediği ve tanık S.Z.nin adresinin belirlenemediği yanıtını vermiştir. Bununla birlikte, İstanbul Emniyet Genel Müdürlüğü, Cumhuriyet savcılığına, Mahmut Şevket Paşa Mahallesi'nde Eren Sokağı ve Gaziler Sokağı'nda güvenlik kameralarının bulunduğunu, ancak göstericilerin bu kameralara zarar verdiğini ve 12 Haziran 2013 tarihinden beri bunlardan sinyal alınmadığını açıklamıştır.

İlgili İlçe Emniyet Müdürlüğü, 3 Ağustos 2013 tarihinde, Cumhuriyet savcılığına, göstericiler arasında polisle çatışmalarında, Berkin Elvan'ın hastanede üzerinde bulunduğu iddia edilen havai fişekler gibi, etkilerini artırmak için birkaç havai fişegi birbirine tutturarak kullanıldığına ilişkin bilgiler iletmıştır (yukarıdaki 9. paragraf).

Cumhuriyet savcılığı, 6 Şubat 2014 tarihinde, Emniyet Genel Müdürlüğünden, olay sırasında göz yaşartıcı gaz fişegi kullanan polis memurlarının isimlerinin yanı sıra özel binalara, bankalara veya başka herhangi bir binaya kurulmuş olan ve olay yerini gösteren güvenlik kameralarının kayıtlarının verilmesini talep etmiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü, 19 Şubat 2014 tarihinde, Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğünden hiçbir polis memurunun, 16 ve 17 Haziran 2013 tarihlerinde Okmeydanı yakınlarında bulunmadığı yanıtını vermiştir. Emniyet Genel Müdürlüğü, belirli bir zaman sonra, Cumhuriyet savcılığına, olayın meydana geldiği yerde, Zet tüfeği kullanma yetkisi bulunan on sekiz polis memurunun konuşlanmış olduğuna dair bir yazı göndermiş ve bu bağlamda daha fazla açıklamada bulunmamıştır. İlçe Emniyet Müdürlüğü, 15 Mart 2014 tarihinde, Cumhuriyet savcılığına, Mithatpaşa Caddesi'nin Gaziler Sokağı ile kesiştiği noktada bulunan bütün özel güvenlik kameralarının incelendiğine, ancak hiçbir kayıt elde edilemediğine dair bilgi vermiştir. Bu konuda bilgi istenilen İstanbul Emniyet Müdürlüğü Trafik Şube Müdürlüğü, Okmeydanı'nda D100 karayolu yakınında herhangi bir video kaydı yapılmadığı ve Okmeydanı'ndaki "Cemal Kamacı" spor kompleksi önünde kamera bulunmadığını belirtmiştir.

Cumhuriyet savcılığı, 13 Mart 2014 tarihinde, Okmeydanı semtinde polis memurları ile amirleri ve görevli polis memurları arasında geçen telsiz konuşmalarının dökümünü ve diğer taraftan, bilgi merkezi ile Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğü arasında geçen konuşmaların dökümünü talep etmiştir. Cumhuriyet savcılığı ayrıca, İlçe Emniyet Müdürlüğünden, olay anında polis memurlarının amirlerinin telsizle yaptıkları konuşmaların dökümünü, zırhlı araçlarda görevlendirilen polis memurlarının fotoğraflarını ve ilgili çeşitli birimlerin olay yerinde çekmiş olabileceği her türlü fotoğrafı göndermesini talep etmiştir. Dava dosyasında, bu çeşitli taleplere verilmiş olabilecek cevaba ilişkin hiçbir bulgu yer almamaktadır.

13. İlçe Emniyet Müdürlüğü, 7 Nisan 2014 tarihinde, Cumhuriyet savcılığına, olayın meydana geldiği sırada orada bulunan Tomalardan birinin kamerayla kaydedilmiş görüntülerini iletmiştir. İlçe Emniyet Müdürlüğü, 24 Nisan 2014 tarihinde, Cumhuriyet savcılığına, başvuranların avukatları tarafından ibraz edilen bir CD'ye kaydedilmiş polis memurlarının fotoğraflarını iletmiştir.

Dolayısıyla soruşturma hızlandırılmıştır. Cumhuriyet savcılığı, sadece devlet memurları tarafından işlenen suçların soruşturulmasından sorumlu olan kendi biriminin değil, aynı zamanda İstanbul Adli Tıp Kurumu, İstanbul Emniyet Genel Müdürlüğü, Şişli İlçe Emniyet Müdürlüğü, Okmeydanı Polis Film ve Fotoğraf Bürosu, Ulusal Kriminal Büro, İstanbul Valiliğine bağlı Jandarma Komutanlığı, Merkez Eğitim Komutanlığı ve Foça'daki Jandarma Komando Okulu ile son olarak İstanbul İl Jandarma Komutanlığı Kriminal Laboratuvar Müdürlüğü gibi çeşitli birimlerin işbirliği halinde olmasını talep etmiştir. 16 Haziran 2013 tarihine ilişkin bütün video kayıtları, o gün görevli olan polislerin liste ve fotoğrafları, olay yeri krokisi ile olay yerinde düzenlenen tutanaklar, polisler arasındaki cep telefonu bağlantı raporları, çok sayıda adli tıp, balistik ve kriminolojik bilirkişi raporları, bölgede konuşlanan polis memurları ve gaz kapsülü fırlatıcılarını kullanmaya yetkili memurların

ifadeleri ile ölenin yakınlarının ve olay yerinde bulunan sivillerin ifadeleri dosyaya eklenebilmiştir.

Diğer taraftan Cumhuriyet savcılığı, bu soruşturma usulü çerçevesinde, başvuranların avukatları tarafından farklı tarihlerde yapılan çok sayıda soruşturmanın genişletilmesine yönelik taleplere yanıt vermemiştir.

14. Berkin Elvan'ın ölümü hakkında yapılan soruşturmadan sorumlu Cumhuriyet Savcısı M.S. Kiraz, 31 Mart 2015 tarihinde, gencin katillerinin adalete teslim edilmesi için bir halk mahkemesi kurulmasını talep eden iki DHKP-C üyesi tarafından makamında rehin alınmıştır. Saldırganlar, Savcı Kiraz'ı katlettikten sonra ölü ele geçirilmişlerdir.

15. Bu trajik olay, soruşturmanın ilerlemesini kesintiye uğratmamıştır. Yukarıda belirtilen Tomanın kamerası ile çekilen video kaydının detaylı incelemesi, Cumhuriyet savcılığına, 2 Haziran 2015 tarihinde iletilmiştir. Bu kayıta, yüzleri kapalı üç “Zet” polis memuru görülmüştür; bu polislerin görüldüğü kayıtların başka bir incelmesine göre, polis memurlarının biri “şişman”, ikincisi “dirseğine kadar beyaz bandajlı bir kolu olan” ve sonuncusu “kasklı ve göz yaşartıcı gaz bombalarını taşıyan” olarak tanımlanmıştır.

Cumhuriyet savcılığı ayrıca, tanık Ö.D. ve şüphelilerden biri olan Komiser K.E.H.nin de ifadelerini almıştır (yukarıda 7. paragraf). İstanbul Jandarma Kriminal Laboratuvarı'nın yönetimi tarafından olayın koşulları hakkında hazırlanan ayrıntılı nihai rapor da dosyaya eklenmiştir. Bu raporda, Berkin Elvan'ın ölümünden sorumlu kişinin muhtemelen sağ kolu dirseğine kadar sargılı olan “Zet” polisi olduğu belirtilmiştir. Cumhuriyet savcılığı, mevcut görüntülerin, ilgililerin yüz hatlarının yeterince net bir şekilde ayırt edilmesini mümkün kılmaması sebebiyle, bu raporda belirtilen görevlilerin kimliklerinin tespit edilmesini talep etmiştir. Cumhuriyet savcılığı, kimlikleri açığa çıkan diğer dört şüpheli polis memurunu dinledikten sonra, adli tıp yetkililerinden, özel bir yazılım kullanarak olaya karışan polislerin kimliğini belirlemeye yardımcı olabilecek bir yüz tanıma uzmanı atamasını istemiştir.

16. Bu şekilde yürütülen araştırmalar sonucunda şu tespitlere varılmıştır: İstanbul Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğü 9. Birlik üyesi, 324486 sicil numarası ile kayıtlı polis memuru Fatih Dalgacı, sağ kolunda “dirseğe kadar beyaz bir bandaj” bulunan “Zet” polisinin kayıtlı görüntülerine %30,6 oranında benzerlik göstermiştir. E.Y. olarak tanımlanan diğer “Zet” memuruna ilişkin olarak (yukarıda 8. paragraf), bu oran %28,9’dur. Cumhuriyet savcılığı diğer taraftan, Fatih Dalgacı’nın olay gününde “Petek” marketin önünde görev yapan polis memurları arasında olduğunu; yaklaşık 65 metre mesafeden ve neredeyse yere paralel olarak ateşlenen ölümcül kapsülün yörüngesinin bilimsel analizinin, kapsülü fırlatan kişinin bir veya iki cm yaklaşık olarak 1,91 m boyunda olması gerektiğini ortaya koyduğunu; dolayısıyla bu verilerin 1.85 m boyundaki polis E.Y.ye değil, 1.89 m boyundaki Fatih Dalgacı’ya uyduğunu belirtmiştir.

17. Cumhuriyet savcılığı, 2 Aralık 2016 tarihinde, Fatih Dalgacı haricinde, meydana gelen ölüm ile (E.Y. de dâhil olmak üzere) suçlanan diğer polis memurları veya amirlerinin hiçbirinin davranışları arasında herhangi bir illiyet bağı bulunmadığı sonucuna varmıştır. Bu bağlamda Cumhuriyet savcılığı, söz konusu kırk iki şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermiştir.

Başvuranlar tarafından bu karara karşı yapılan itiraz, 16 Şubat 2017 tarihinde reddedilmiştir.

18. Buna karşın Cumhuriyet savcılığı, 6 Aralık 2016 tarihinde Fatih Dalgacı’yı suçlamıştır. İlgili, Türk Ceza Kanunu’nun 82. maddesinin 1. fıkrasının e) bendi ve 21. maddesinin 2. fıkrasında cezalandırılan bir suç olan “olası öldürme kastı”¹ ile Berkin Elvan’ın ölümüne sebep olmakla suçlanmıştır.

1. Burada, failin eyleminin öngörülebilir sonucunun meydana gelmesi riskine karşı kayıtsız kaldığı durumlara uygulanan Türk Ceza Kanunu’nun bir tanımı söz konusudur. Başka bir deyişle, bu durumlarda, failin niyeti, eyleminin sonucuyla, yani mevcut davada bir kişinin ölümüyle gerçekleşir.

2. 2 Aralık 2016 tarihli kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuru

19. Başvuran Sami Elvan, 24 Mart 2017 tarihinde, 2 Aralık 2016 tarihli kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı (yukarıda 17. paragraf) Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur.

Söz konusu başvuran, kendisine göre, Cumhuriyet savcılığının bazı önemli bilgilere erişmesini engelleyen ve soruşturmanın ilk aşamasını yavaşlatan ertelemeler ve dış baskılardan üzüntü duyduğunu belirterek, bir yandan Fatih Dalgacı'dan 15-20 saniye önce yine aynı yöne Zet tüfeğiyle gaz bombası atan polis memuru E.Y. ile diğer yandan bölgede bulunan birkaç gencin hedef alınması için yasa dışı emir veren polis amiri K.E.H.'nin suçlanmamış olmasının, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan yaşam hakkına saygıya (Sözleşme'nin 2. maddesi) aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

20. Anayasa Mahkemesi, 13 Şubat 2020 tarihinde kararını vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararda, ilgilinin şikayetlerini, Anayasa ile korunan yaşam hakkından doğan usuli yükümlülükler açısından incelemeye karar verdiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, soruşturmanın süresi bakımından, müştekinin şikâyetinin, 2016 yılından önce olduğu iddia edilen eksikliklere dayandığını ve ilgilinin Fatih Dalgacı hakkında derdest olan yargılamayı sorgulamadığını tespit etmiştir. Başka bir deyişle, başvurunun ana unsuru, yalnızca Cumhuriyet savcılığının Fatih Dalgacı dışında diğer polis memurlarını suçlamamış olmasıyla ilgilidir: Hâlbuki şu veya bu şahsın suçluluğu hakkında karar vermek Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinin halen yürütmekte olduğu kovuşturma sırasında sorumluluğu bulunduğunu tespit ettiği bütün üçüncü kişiler hakkında kovuşturma başlatabileceğini belirtmiştir.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, başvuran tarafından iddia edilen şikâyet açısından bir telafi sağlaması muhtemel olan ceza davasının halen

derdest olduğu gerekçesiyle, başvuruyu reddetmiştir (bk. aşağıda 21-26. paragraflar).

3. 2016/325 No.lu Fatih Dalgali davası

21. Yargılamalar, 6 Aralık 2016 tarihli ve 2016/42124 sayılı iddianame uyarınca (bk. yukarıda 18. paragraf), 5 Ocak 2017 tarihinde İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi önünde (“Ağır Ceza Mahkemesi”) başlatılmıştır.

Dava yirmi duruşmada görülmüştür; dört başvuran davaya müdahil taraf olarak katılmıştır; sanık bu yargılama sırasında uzun uzadıya sorguya ve çapraz sorguya çekilmiştir.

22. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen karara göre:

- Berkin Elvan’ın Zet tipi bir tüfekle fırlatılan göz yaşartıcı gaz bombası kapsülünün sebep olduğu bir yaralanma sonucunda yaşamını kaybettiği ve müteveffanın bir düşme veya itmeye maruz kaldığını varsayan her türlü tezin bertaraf edilmesi gerektiğini somut olarak tespit edilmiştir.

- Olayın meydana geldiği tarihte, sanık Fatih Dalgali’nin “Petek” Market’in önüne 62971 kod numarasıyla görevli olduğu; yönetmeliklerde Zet tüfeğinin, ölüme neden olması amaçlanmasa da ölümcül yaralanmaya neden olabilecek bir “silah” olarak belirlendiği, dolayısıyla sanığın, “Göz yaşartıcı gaz ve gaz maskesi kullanımına yönelik kurslardan” faydalanmış olması sebebiyle, Zet tüfeklerinin kullanımında deneyimli olduğu ve bu olayda kör atış yapmadığı, ancak yere paralel atış yapmadan önce pozisyon aldığı ve nişan aldığı;

- yine aynı tarihte, sabah saat 7.00’den itibaren Gaziler Sokağı ve Mithatpaşa Caddesi’nde artık herhangi bir protesto veya direniş belirtisi gösteren ya da elinde silah veya cephane bulunan hiçbir göstericinin bulunmadığı; yalnızca Gaziler Sokağı’nın başında üç veya dört kişinin zaman zaman baş gösterdiği ancak daha sonra geri çekildiği ve diğer iki kişinin de karşı kaldırımında bulunduğu; sağ kolu sargılı polis memuru tarafından gaz bombası fırlatıldığı sırada bunlardan birinin yere düştüğü tespit edilmiştir.

23. Olay ve olgularla ilgili olarak, Berkin Elvan'ın, o sırada görevli olan polis memuru Fatih Dalgacı tarafından yaralandığının tespit edilmesinin ardından, Ağır Ceza Mahkemesi, davanın esasıyla ilgili değerlendirmede bulunmuştur. Kararın tüm sayfaları, Devletin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülüklerine ilişkin Mahkeme içtihatlarının analizine ve ayrıca Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'nın 17. maddesine ilişkin içtihatlarının incelenmesine ayrılmıştır; Ağır Ceza Mahkemesi, polisin zor durumlarla karşı karşıya kaldığında bile terörle mücadele alanında hâkim olması gereken ilkelerde ısrar etmektedir.

24. Bu unsurların tamamı, Ağır Ceza Mahkemesinin, 18 Haziran 2021 tarihli kararında, Fatih Dalgacı'nın olası ölüme neden olma kastıyla adam öldürmekten suçlu bulunmasına ve ülkeyi terk etme yasağıyla birlikte on altı yıl sekiz ay hapis cezasına mahkûm edilmesine karar vermesine yol açmıştır. Görünüşe göre, Fatih Dalgacı görevinden alınmamıştır.

25. Başvuranlar, belirtilmeyen bir tarihte, bu karara karşı İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi önünde istinaf başvurusunda bulunmuşlardır. Başvuranlar bir yandan, Fatih Dalgacı'nın kasten adam öldürme suçundan mahkûm edilmiş olması gerektiği kanaatine varmışlar ve diğer yandan, Cumhuriyet savcılığının, mevcut görüntülerde kask taktığı görülen "Zet" polis memurunun ve müdahale emrini veren üstleri K.E.H. ve A.Y.nin yanı sıra İstanbul Emniyet Müdürü H.Ç., İstanbul Valisi H.A.M., İçişleri Bakanı M.G. ve Başbakan R.T.E.nin söz konusu olaylardaki olası sorumluluğunu belirlemesini talep etmişlerdir.

Fatih Dalgacı, 27 Ağustos 2021 tarihinde, kendisine göre masumiyet karinesi ilkesine aykırı olarak ve doğrudan ve çürütülemez delillerin yokluğunda verilen mahkûmiyet kararına karşı temyiz başvurusunda bulunmuştur.

26. Bu dava halen derdesttir.

B. Başbakan, İçişleri Bakanı, İstanbul Emniyet Müdürü, İstanbul Valisi ve “emniyetten sorumlu diğer görevliler” hakkında yürütülen soruşturma ve söz konusu soruşturmayla bağlantılı olarak başvurulmuş diğer hukuk yolları

1. Suç duyurusu

27. Başvuran Sami Elvan, 15 Kasım 2013 tarihinde Başbakan R.T.E., İçişleri Bakanı M.G., İstanbul Emniyet Müdürü H.Ç. ve İstanbul Valisi H.A.M. hakkında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunmuştur. Başvuran, ilgilileri, Gezi Parkı’nda göstericilere karşı işlenen şiddet eylemlerini kışkırtarak yönetmekle ve dolayısıyla oğlunun ölümünde suç ortağı olmakla suçlamıştır. Bu başvurana göre, Başbakan polisi kayıtsız şartsız koruyacağını belirtmiş ve “saldırı emrini verdiğini” kabul etmiştir; söz konusu suç duyurusuna konu olan diğer üç kişi ise, polisin cezasız kalmasına yol açmış olan emir ve talimatlar vermişler ve öngörülebilir polis şiddetini önlemek için hiçbir şey yapmamışlardır.

Cumhuriyet savcılığı 20 Kasım 2013 tarihinde, dosya unsurlarının birbirinden ayrılarak farklı dosyalar altında kaydedilmesine karar vermiştir. Başbakan ve İçişleri Bakanı hakkında yapılan suç duyurusu, 2013/158020 dosya numarasıyla (aşağıda 28. paragraf) ve İstanbul Emniyet Müdürü ile İstanbul Valisi hakkında yapılan suç duyurusu, görevi kötüye kullanma iddiasıyla ilgili olduğu için 2013/160467 dosya numarasıyla (aşağıda 29. paragraf) kaydedilmiştir.

a) 2013/158020 No.lu Dosya

28. Bu dosya, İstanbul Cumhuriyet Savcılığına bağlı özel soruşturma bürosuna tahsis edilmiştir. Bu büro, 25 Kasım 2013 tarihinde, Hükümet üyesi olması sebebiyle Başbakan ve İçişleri Bakanı hakkında soruşturma başlatmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle (aşağıda 52. paragraf), şikâyet hakkında kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir.

Bu karar, 9 Aralık 2013 tarihinde, başvuran Sami Elvan’a tebliğ edilmiştir, ancak başvuran konu hakkında yetkili Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesine başvurmamış ve/veya Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmamıştır.

b) 2013/160467 No.lu Dosya ve 4483 Sayılı Kanun’la Öngörülen Usul

29. Cumhuriyet savcılığı, 25 Kasım 2013 tarihinde, bu ikinci dosya bakımından kişi yönünden (*ratione personae*) yetkisizlik kararı vererek, dava dosyasını Yargıtay nezdinde görevli Cumhuriyet Başsavcısına göndermiştir. Başsavcı, 2 Aralık 1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’la öngörülen usule uygun olarak, dosyayı izin verilmesi için İçişleri Bakanlığına göndermiştir (aşağıda 53. paragraf).

30. Bu Bakanlığın talebi üzerine, müfettişler, başvuran Sami Elvan’ın ileri sürdüğü iddialarla ilgili bir araştırma raporu hazırlamışlardır. Söz konusu rapora göre, Gezi Parkı’nda göstericilere karşı yapılan polis müdahaleleri, “Ceza ve disiplin soruşturmalarının dikkate alınacağı münferit olaylar” dışında, genel olarak kanunlara ve usullere uygun şekilde yapılmıştır. Protesto grupları, polise saldırmayı tercih edene kadar her zaman usulüne uygun olarak uyarılmış ve göstericilere sükûnet çağrısı yapılmıştır, polis daha sonra düzeni sağlamak için tazyikli su ve göz yaşartıcı gazı baş vurmak zorunda kalmıştır. Polis memurlarına hukuka aykırı herhangi bir emir verilmediği ve orantısız güç kullananların 4483 sayılı Kanun kapsamında yargılandığı ileri sürülmüştür.

İstanbul Emniyet Müdürlüğü Personel Genel Müdürlüğü, 3 Şubat 2014 tarihinde, H.Ç ve H.A.M. veya emniyetten sorumlu başka kimse hakkında soruşturma izni verilmesine gerek olmadığına dair görüş bildirmiştir.

31. Bu sebeple, İçişleri Bakanlığı 14 Mart 2014 tarihli bir kararla, olaya karışan kişiler hakkında soruşturma izni verilmemesine karar vermiştir.

32. Milletvekili E.K., 20 Mayıs 2014 tarihinde, Danıştay önünde bu karara karşı itirazda bulunmuştur (aşağıda 54. paragraf).

33. Danıştay, 28 Mayıs 2014 tarihli kararla, 18 Eylül 2013 tarihli raporda varılan sonuçları dikkate alarak (yukarıda 30. paragraf), E.K.nın iddialarının çok belirsiz olduğu ve bu iddialara dayanak olarak herhangi bir delil unsuru bulunmadığı gerekçesiyle, bu itirazı reddetmiştir.

34. Başvuranların itiraz haklarını kullandıklarını ve bu itirazın yanıtızsız kaldığını belirtmelerine rağmen, dosyada yer alan hiçbir unsur itirazda bulunduklarının tespit edilmesine imkân vermemektedir.

2. Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan dilekçe

35. Başvuranlar Sami Elvan ve Gülsüm Elvan tarafından 3 Aralık 2014 tarihinde, Cumhuriyet savcılığının 2013/155787 numaralı soruşturması devam ederken (yukarıda 11. paragraf) Türkiye Büyük Millet Meclisine başvurmuşlardır. Başvuranlar, söz konusu soruşturmayı lekeleyen eksikliklerde yakınlıkla, davanın ivedilikle aydınlatılması için gerekli tedbirlerin alınmasını talep etmişler ve İstanbul Emniyet Müdürü H.Ç., Vali H.A.M. ve emniyetten sorumlu diğer kişileri, çocuklarının ölümü hakkında yapılan soruşturmaları yavaşlatmakla ve engellemekle suçlamışlardır.

Bu talep, işlem yapılmak üzere, İstanbul Cumhuriyet Savcılığı Özel Soruşturma Bürosuna iletilmiştir.

36. Özel Soruşturma Bürosu, 19 Aralık 2014 tarihinde, 2013/155787 sayılı soruşturma dosyasını incelemesinin ardından (yukarıda 11. paragrafın *son cümlesi (in fine)*), olayların tespit edilmesi ve sorumlulukların belirlenmesi amacıyla hâlihazırda yürütülen soruşturmanın etkin olduğu sonucuna varan ayrıntılı bir inceleme tutanağı düzenlemiştir.

Özel Soruşturma Bürosu, 25 Aralık 2014 tarihinde, yukarıda belirtilen üst düzey kamu görevlileri hakkında başvuranların sundukları şikâyeteye ilişkin olarak, yetkiyi kötüye kullanma ve adaleti engelleme suçlarından haklarında ayrı ayrı ceza soruşturmalarının başlatılmasını haklı gösteren “makul

şüphelerin” bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

Başvuran taraf, 22 Ocak 2015 tarihinde, bu karara itiraz etmiştir. İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği, 9 Şubat 2015 tarihinde, bu itirazı reddetmiştir.

1. 25 Aralık 2014 Tarihli Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karara Karşı Anayasa Mahkemesi Nezdinde Yapılan Bireysel Başvuru

37. Başvuranlar, 30 Mart 2015 tarihinde, polis memuru Fatih Dalgali hakkında yürütülen yargılama da dâhil olmak üzere, halen derdest olan yargılamalar ile ilgili olarak yeniden Anayasa Mahkemesine başvurma haklarını saklı tutarak, Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

Başvuranlar öncelikle, Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlar, Berkin Elvan’ın ölümünün tek bir polis memurunun münferit bir eyleminin değil, koşulların birleşmesinin bir sonucu olduğu hususu üzerinde durarak, bilhassa polis hiyerarşisinin tepesinde yer alan emir vericiler olarak olaylara ilişkin sahip olacakları ortak sorumluluğa rağmen, Emniyet Müdürü H.Ç. ve Vali H.A.M.nin cezasız kalmalarından şikâyet etmişlerdir (yukarıda 33. paragraf). Başvuranların ifadelerine göre, ilgililer gerçekte, aşırı bir şekilde ve kendilerine cezalandırılmama konusunda söz vererek, -bununla birlikte, birçok ülkede kimyasal silahlar arasında sınıflandırılan- gaz bombasını kullanmaya teşvik ettikleri polis memurlarına mesleki eğitim vermemişlerdir. Öte yandan, başvuranlar, gazın en tehlikeli şekli olan el bombasının kullanıldığını eklemişlerdir. Hâlbuki başvuranların ifadesine göre, olayların meydana geldiği tarihte bu türden bir gücün kullanılmasını haklı gösteren herhangi bir unsur bulunmamaktadır; nitekim polislerin halkın güvenliğini koruyacak şekilde ve kanuna uygun olarak hareket etmeleri amacıyla herhangi bir tedbir alınmamıştır, zira aksine, polislere kendi amirleri tarafından cezalandırılmayacakları konusunda güvence verilmiştir.

38. Bu bağlamda, başvurular, özellikle polis memurlarının gözlerinin önünde yaralanan Berkin Elvan’a en küçük bir tıbbi yardım sağlamaya çalışmamalarından şikâyetçi olmuşlardır.

39. Başvurular, Sözleşme’nin 13. maddesi açısından, emniyet yetkililerini, söz konusu soruşturma bağlamında mümkün olduğunca en kapsamlı dosyanın oluşturulmasını bilerek engellemekle ve Cumhuriyet savcılığını, yargılamanın işleyişini hızlandırma çabalarında gereken özeni göstermemekle suçlamışlardır. Öte yandan, adli mekanizma, başvuruların ifadesine göre, polislere verilen emir ve talimatların kaynağında yer alan üst düzey kamu görevlilerinin yargılanmasını engellemiştir.

40. Başvurular ayrıca, Berkin Elvan’ın hayattayken son derece ciddi bir şekilde yaralanması nedeniyle maruz kaldığı fiziksel acıların, ilgili açısından Sözleşme’nin 3. maddesine aykırı bir muamele teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir.

41. Yine Sözleşme’nin 3. maddesi kapsamında, başvurular, hem ağırlığının “15 kilograma” düştüğü 269 gün boyunca ölümün eşiğine gelen oğulları ve erkek kardeşlerinin komaya girdiği tarihten beri sürekli olarak hissettikleri üzüntü, söz konusu gence karşı yöneltilen sebepsiz terör suçlamaları, hem de ilgilinin katilleri olarak gördükleri kişilere karşı adli yönden yeterli bir cevabın verilmemesiyle nitelendirilen bir kötü muamele nedeniyle mağdur olduklarını iddia etmişlerdir.

42. Başvurular, Sözleşme’nin 10 ve 11. maddeleri açısından, Berkin Elvan’ın toplanma ve dernek kurma özgürlüğü hakkının, olayların ertesi gününden itibaren, terörist olarak gösterilen gencin “Gezi olaylarına” katılmasına ilişkin yapılan spekülasyonlar nedeniyle ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

43. Son olarak, başvuruların nazarında, Berkin Elvan, ulusal hukuk sistemi ve bundan doğan adli mekanizmanın kendisini hak ve özgürlüklerinden özgürce yararlanmaktan yoksun bırakması nedeniyle, Sözleşme’nin 14. maddesine aykırı bir ayrımcılıktan dolayı mağdur olmuştur.

44. Anayasa Mahkemesi, 9 Mayıs 2019 tarihinde karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, birinci şikâyeteye ilişkin olarak (yukarıda 37. paragraf), incelemesini H.Ç. ve H.A.M.a atfedilen ihmallere ilişkin adli yönden bir cevap verilmediği iddiasıyla sınırlandırarak, yaşamın korunması hakkına ilişkin usuli açıdan bu şikâyeti yeniden nitelendirmiş ve Sözleşme'nin 13. maddesine dayanan ikinci şikâyetin (yukarıda 39. paragraf) birinci şikâyeteye dâhil edilmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, gezi operasyonları sırasında emir verenlerin sorumluluğunun da söz konusu olduğu, *Elif Güneş Yıldırım* (no. 2014/12391, 5 Nisan 2017) ve *Davut Yıldız* (no. 2014/14147, 24 Ocak 2018) kararlarına atıfta bulunarak, mevcut davada şu ifadelerle belirttiği sonuçtan farklı bir sonuca ulaşmasını sağlayacak herhangi bir unsurun bulunmadığı kanısına varmıştır:

“(…) Başvuranlar, polis memurlarının eylemleri ile üst düzey kamu görevlileri tarafından verilen emirler arasında ceza hukuku kapsamına giren bir nedensellik bağının bulunduğu iddiasını savunulabilir kılabilecek nitelikte bir bilgi veya belge ileri sürememişlerdir. (...) Başvuranlar ayrıca, ileri sürülen müdahale emrinin emniyet görevlilerinin yetkilerinin dışında müdahale etmelerini amaçladığına dair somut bir delil sunmamışlardır; dolayısıyla, her türlü makul şüphenin ötesinde bir delil unsuruna dayanmaması nedeniyle, başvuranların şikâyetleri savunulabilir olarak kabul edilemez.”

Anayasa Mahkemesi, başvurunun bu kısmını açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.

45. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, çeşitli kabul edilemezlik gerekçelerini ileri sürerek, başvurunun geri kalan kısmını da reddetmiştir.

46. Başvuranlar, 30 Mayıs 2019 tarihinde bu kararın tebliğ edilmesinin ardından Mahkemeye başvurmuşlardır.

C. Polis Memurları Hakkında Açılan Disiplin Soruşturması

47. İstanbul Valiliği, 31 Aralık 2013 tarihinde, Polis Teftiş Kurulu İstanbul Bölge Başkanlığını, ihtilaf konusu olaya ilişkin idari soruşturma yürütmekle görevlendirmiştir.

Bu soruşturmanın sonunda 14 Mayıs 2015 tarihinde düzenlenen tutanakta, bu konuya ilişkin bir disiplin cezası işlemi için öngörülen zaman aşımı süresinin aynı yılın 16 Haziran tarihinde sona ereceği, ancak ceza soruşturması sırasında şüpheli olarak belirlenebilecek polis memurları hakkında idari bir soruşturma yürütülmesinin mümkün olmaya devam edeceği belirtilmiştir.

Böylelikle Valilik, 3 Mart 2017 tarihinde, Cumhuriyet savcılığı tarafından verilen kararlar ışığında (yukarıda 16 ve 17. paragraflar), yeni bir disiplin soruşturması başlatmıştır.

48. Polis Teftiş Kurulu İstanbul Bölge Başkanlığı, 5 Temmuz 2019 tarihinde, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkesi uyarınca, diğer kırk iki şüpheli hakkında herhangi bir işlemin yapılmasının gerekli olmadığını belirterek, Fatih Dalgacı hakkında soruşturma başlatmıştır.

49. Polis memuru Fatih Dalgacı hakkında, silahını kullanmakta dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedeniyle, 24 ay süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmiştir.

Bununla birlikte, bu yaptırım, söz konusu suça ilişkin iki yıl olarak belirlenen zaman aşımı süresinin 16 Haziran 2015 tarihinde sona ermesi nedeniyle uygulanmamıştır.

D. Tam Yargı Davası

50. Başvuranlar, 15 Haziran 2015 tarihinde, İstanbul İdare Mahkemesinde, İçişleri Bakanlığı hakkında tam yargı davası açmışlardır. Başvuranlar, maruz kaldıkları kanısına vardıkları hem maddi hem de manevi zararların tazmin edilmesi bağlamında 10.000 Türk lirası talep etmişlerdir.

Davalı İdare, Berkin Elvan'ın ölüm koşullarına ilişkin ceza soruşturması tamamlanmadığı sürece, herhangi bir olgusal tespite varılamayacağını ileri sürmüştür. İdare Mahkemesi, 25 Nisan 2016, 13 Ekim 2016 ve 26 Ocak 2017 tarihinde, Cumhuriyet savcılığından, söz konusu soruşturmanın seyrî hakkında bilgi istemiş ve 2013/155787 sayılı ilgili dosyanın bir nüshasını talep etmiştir (yukarıda 11. paragraf). İdare Mahkemesi aynı zamanda, suçlanan kamu görevlileri hakkında 4483 sayılı Kanun uyarınca herhangi bir yargılamanın başlatılıp başlatılmadığını sormuştur.

51. İdare Mahkemesi, 22 Şubat 2017 tarihli ara kararla, kendisi nezdinde açılan davanın değerlendirilmesinin polis memuru Fatih Dalgacı hakkındaki yargılamada varılabilecek sonuca bağlı olduğunu ve dolayısıyla, söz konusu yargılama kesin olarak sona erinceye kadar karar vermeyi ertelediğini belirtmiştir.

İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

I. HÜKÜMET ÜYELERİNİN YARGILANMASI

52. Anayasa'nın 100. maddesi ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün 107. maddesi uyarınca, Hükümet bakımından üyeler hakkında yargılamaların başlatılması, seçilmiş üyelerin salt çoğunluğu ile verilen bir karara bağlıdır.

II. 4483 SAYILI MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI HAKKINDA KANUN TARAFINDAN DÜZENLENEN PROSEDÜR

53. 2 Aralık 1999 tarihli 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un ilgili hükümleriyle ilgili olarak, diğer birçok karar arasında, *Işıldak/Türkiye* (no. 12863/02, §§ 25 ila 31, 30 Eylül 2008) kararına bakınız.

Türk ceza sisteminde, Devlet memuru statüsüne sahip olan bir kişi hakkında dile getirilen her türlü bireysel şikâyet, ihtilaf konusu eylemin kamu görevlerinin yerine getirilmesi bağlamında gerçekleştirilmesi koşuluyla 4483 sayılı Kanun'un kapsamına girdiğini hatırlatmak gerekmektedir.

4483 sayılı Kanun tarafından düzenlenen rejim, Anayasa'nın 129. maddesinin 6. fıkrasına dayanmaktadır. Söz konusu madde aşağıdaki gibidir:

“Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idarî merciin iznine bağlıdır.”

54. 4483 sayılı Kanun kapsamında, bölge idare mahkemeleri ve duruma göre, Danıştay, bir memur hakkında ceza soruşturmasının açılmasına izin veren veya bunu reddeden idari makamların kararlarına (4483 sayılı Kanun'un 6. maddesi) ve şikâyetlere ilişkin verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara (4483 sayılı Kanun'un 4. maddesi) karşı sunulan itirazları inceleme konusunda münhasır yetkiye sahiptirler.

Danıştay, 4483 sayılı Kanun bakımından memurun görev ve kademesine ya da karar veren idarenin düzeyine göre müdahale etmektedir. Örnek olarak, İçişleri Bakanlığının kararlarına karşı sunulan itirazlar, Danıştayın yetkisi kapsamına girmektedir.

Bu mahkemeler, kendi incelemelerine tabi tutulan soruşturmaya konu edilen memurun dışındaki bir memur hakkında soruşturmanın veya ek soruşturmanın açılmasına resen karar vermeye yetkili değildirler. Bu mahkemeler yalnızca, itiraz edilen kararın usuli hukukun gerekliliklerini karşılayan, uygun ve yeterli bir soruşturmaya dayanıp dayanmadığını denetlemekle görevlidirler. İhtilaf konusu karar, örnek olarak, şu hususlarda şikâyetçilerin lehine bozulabilmektedir:

- Soruşturma veya sonuç olarak verilen kararın bütün şikâyetleri ve/veya bütün şikâyetçileri kapsamaması;

- Soruşturmadan sorumlu müfettişin gerekli teknikler ve özene uygun olarak gereken soruşturma ve incelemeleri yürütmemesi;
- Müfettişin kanunun gerektirdiği ve şikâyetin konusuyla ilgili olan yetkilere sahip olmaması;
- Şikâyetin somut iddialara dayanmasına rağmen, dikkate alınmadığının anlaşılması.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 37. MADDESİNİN 1. FIKRASININ A) BENDİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ HAKKINDA

55. Öncelikle, Hükümet, başvuranların avukatlarının kendilerine verilen süre içinde, yani 3 Mayıs 2021 tarihinden önce, Hükümetin bizzat dile getirdiği görüşlere cevap olarak sunmayı uygun görebilecekleri görüşleri ulaştırmamaları nedeniyle, Mahkeme tarafından başvurunun Sözleşme'nin 37. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi uyarınca kayıttan düşürülmesi gerektiğini belirtmektedir. Hükümet, söz konusu avukatların ayrıca, Yazı İşleri Müdürlüğünün 10 Haziran ve 30 Temmuz 2021 tarihli uyarı yazılarına cevap vermedikleri hususu üzerinde durmaktadır.

Hükümet, bu türden bir davranışın, meslek kurallarının ihlali ve avukatların mevcut başvuruya ilişkin varılabilecek sonuçlar hakkında gösterdikleri ilgisizliğin bir delili olarak, 1136 sayılı Avukatlar Kanunu tarafından cezalandırılabileceğini ileri sürmektedir.

56. Mahkemeye 18 Temmuz 2022 tarihinde gönderilen bir yazı çerçevesinde, başvuran tarafın avukatları, Hükümetin görüşlerini içeren ve kendilerini cevaben görüşlerini sunmaya davet eden, Yazı İşleri Müdürlüğü tarafından 23 Mart 2021 tarihinde gönderilen yazıya cevap vermemelerini haklı gösterdikleri koşulları tekrarlamaktadırlar. Başvuran tarafın avukatları, bu yazıyı almalarına rağmen, yazının içeriğinden haberdar olmadıklarını, zira söz konusu dönemde, müvekkillerinden diğer ikisinin -5 Ocak 2021 tarihinde

açlık grevini başlatan ve bu süre zarfında aralarından birinin hayatını kaybettiği, *Aytaç Ünsal ve Ebru Timtik/Türkiye*, no. 36331/20 davasında belirtilen başvurular- akıbetiyle ilgili son derece endişeli olduklarını ifade etmektedirler. Yazı İşleri Müdürlüğünün 10 Haziran 2021 tarihli uyarı yazısına ilişkin olarak, söz konusu avukatlar, bu yazıyı ancak 26 Nisan 2022 tarihinde okuyabilmişlerdir. Her halükârda, söz konusu avukatlar, bu yazıda, başvuruyu sürdürmek istediklerini bildirmektedirler.

57. Mahkeme, e-Comms aracılığıyla 23 Mart 2021 tarihinde iletilen bir yazıyla, başvuruların avukatlarının sözcüsü olan Ç. Akbulut'un Hükümetin görüşlerine cevaben kendi görüşlerini sunmaya davet edildiğini gözlemlemektedir. Bu bağlamda verilen sürenin 3 Mayıs 2021 tarihinde sona ermesinden önce Mahkeme tarafından herhangi bir cevabın alınmaması nedeniyle, Yazı İşleri Müdürlüğü, ilgiliye yine e-Comms aracılığıyla 10 Haziran 2021 tarihinde bir uyarı yazısı göndermiş ve ardından aynı bağlamdaki ikinci yazı da 30 Temmuz 2021 tarihinde posta yoluyla gönderilmiştir. Ancak bu yazı, teslim edilmediğinden iade edilmiştir.

Bu girişimlere ilişkin en küçük bir cevabın verilmemesi nedeniyle, Yazı İşleri Müdürlüğü, avukata son defa başvurmuş ve avukat böylelikle, başvuruyu sürdürmek istediğini bildirerek, yukarıda belirtilen yazıları hiçbir zaman almadığını iddia etmiştir. Söz konusu avukata, 26 Nisan 2022 tarihinde, -başvuran tarafın iddia ettiği gibi- yalnızca 26 Nisan 2022 tarihinde okunduğu anlaşılan, 10 Haziran 2021 tarihli yazı hariç olmak üzere, söz konusu bütün elektronik yazıların alıcı tarafından gerçekte indirildiğini belirten e-Comms kayıtları iletilmiştir.

Ç. Akbulut, 29 Nisan 2022 tarihinde, yeniden yazılı olarak soruşturmayı sürdürmek istediğini belirtmiş ve 23 Mart 2021 tarihli yazının elektronik ortamda teslim edildiğinin anlaşılmasına rağmen, yukarıda belirtilen 36331/20 no.lu başvuruda ifade edilen diğer iki başvuranın trajik durumunun bu hususta, bundan haberdar olmadığı dönemde kendisini çok etkilediğini

ileri sürerek, Hükümetin görüşlerine cevap vermek için ek bir süre talep etmiştir.

58. Mahkemeye göre, Ç. Akbulut ve/veya iki meslektaşından birinin 23 Mart 2021 tarihli yazıyı gönderildiği aynı gün saat 16.57'den itibaren indirdiği hususu itiraz edilemez niteliktedir. Elektronik gönderimi de onaylanan, Yazı İşleri Müdürlüğü'nün 10 Haziran 2021 tarihli uyarı yazısına ilişkin olarak, bu yazının indirilmesini engelleyen herhangi bir unsur bulunmamaktadır.

36331/20 no.lu davada müvekkilleri başvuranların açlık grevinde bulundukları sırada Akbulut'a ilettikleri endişelere ilişkin olarak, ilgilinin bu davayla ilgili son eyleminin 24 Mart 2021 tarihinde bir müzekkerenin bildirilmesinden ibaret olduğunu hatırlatmak gerekmektedir. İlgilinin bir önceki gün erişilebilir bir yazıdan haberdar edilmesini başka hangi sorunların engelleyeceğini belirten herhangi bir unsur bulunmamaktadır, zira 36331/20 no.lu davada olduğu gibi mevcut davada da, insan haklarının korunması bakımından benzer öneme sahip konuların söz konusu olması nedeniyle, bir avukat için herhangi bir müvekkilin durumu, ne kadar zor olursa olsun, kesinlikli bir başkasının durumundan üstün olmamalıdır.

Bununla birlikte, Mahkemenin 36331/20 no.lu başvurunun 8 Haziran 2021 tarihinde kabul edilemez olduğunu belirtmesi ve tarafların bu durumdan 1 Temmuz 2021 tarihinde haberdar edilmeleri nedeniyle, bu davaya ilişkin her türlü olası "endişe", yalnızca söz konusu tarihte ortadan kalkabilmiştir ve dolayısıyla, Ç. Akbulut'un bunu okuması için 26 Nisan 2022 tarihini beklemeksizin, 10 Haziran 2021 tarihli uyarı yazısına en azından cevap vermesi gerekirdi.

Mahkeme, mevcut davanın özel niteliğini dikkate alarak, başvuranların avukatlarının yukarıda belirtilen ihmalinin Mahkeme nezdindeki yargılamada temsilci görevine ilişkin olarak bazı sorunları ortaya koyduğu kanısına varmaktadır; her tarafın Mahkeme ile işbirliği yapma yükümlülüğünün dışında (İç Tüzüğü'nün 44 A maddesi) (bk. *bu davaya*

uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis), Gross/İsviçre [BD], no. 67810/10, § 33, AİHM 2014), avukatların davranışlarının Mahkeme Başkanı'nın denetimi kapsamına girmemesi nedeniyle, başvuranların etkin bir şekilde temsil edilmesi konusunda özen gösterme görevinin bilhassa avukatlara ait olduğunu hatırlatmak gerekmektedir (İç Tüzüğü'nün 44 D maddesi).

59. Bu koşullardan dolayı, Mahkeme Başkanı, başvuran tarafa Hükümetin görüşlerine cevap vermek için ek bir sürenin verilmemesine karar vermiştir.

Dolayısıyla, söz konusu koşullar ve avukat tarafından iki defa dile getirilen istek, başvuranların bundan böyle Sözleşme'nin 37. maddesinin 1. fıkrasının a) bendi anlamında başvurularını sürdürmek istemedikleri sonucuna varılmasını engellemektedir, zira başvuranların daha önce gözlemlenen sorun için bizzat suçlanmalarını sağlayacak herhangi bir unsur bulunmamaktadır.

Ayrıca Mahkeme, bu hüküm bağlamında Hükümet tarafından dile getirilen talebi reddetmektedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 2 VE 13. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

A. Başvuran Tarafın Şikâyetleri

60. Başvuranlar öncelikle, Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında, bu konuya ilişkin düzenlemeye aykırı olarak atılan göz yaşartıcı gaz bombasının çarpması sonucu hayatını kaybeden, oğulları ve erkek kardeşleri Berkin Elvan'ın yaşam hakkının ihlal edilmesinden şikâyetçi olmaktadır.

Başvuranların ifadesine göre, gaz bombasını atan polis memuru, kendisi ile İstanbul Valisi ve İstanbul Emniyet Müdürü arasında bir sorumluluk ortaklığının kabul edilmesini sağlayacak bir emir zinciri bağlamında hareket etmiştir. Nitekim başvuranlara göre, bu üst düzey kamu görevlilerinin, Gezi olaylarına müdahale etmekle görevlendirilen polis memurlarına, bu amaçla gereken eğitimi sunmayı ve polislerin kanuna ve kişilerin hak ve

özgürlüklerine saygı çerçevesinde hareket etmeleri gerektiği konusunda uyarmayı ihmal ettikleri açıktır. Başvuranlar ayrıca, daha önce şikâyet edilen birçok yaralanma durumuna rağmen, bu sorumluların göz yaşartıcı gaz, yani kimyasal silah kullanımını yasaklamadıklarını ve bu nedenle, başkalarının hayatını koruma yönündeki görevlerine aykırı olarak bu gazın aşırı kullanımını teşvik ettiklerini ileri sürmüşlerdir.

61. Başvuranlar, esasen Sözleşme'nin 2. maddesiyle birlikte, Sözleşme'nin 13. maddesi açısından, özellikle kendi ifadelerine göre delilleri gizleyen ve böylelikle mevcut davada yürütülen soruşturmanın etkinliğine zarar veren üst düzey emniyet yetkilileri tarafından herhangi bir özenin gösterilmemesinden şikâyet etmektedirler.

Bu hususta, başvuranlar bilhassa, polis memuru Fatih Dalgacı'nın ilk derece mahkemesi tarafından mahkûm edilmesine karar verilmesi için yargılamanın sekiz yıldan fazla sürdüğünü ve dolayısıyla mahkûmiyet kararının kesinleşmediğini vurgulamakta ve bu durumun Devletin ivedilikle soruşturma yürütme yükümlülüğüne aykırı olduğunu belirtmektedirler. Dahası, İdarenin Fatih Dalgacı'yı gerçekte yakalamaması ve ilgiliyi polislik görevinden çıkarmaması nedeniyle, bu türden bir sonucun caydırıcı bir etkisi bulunmamaktadır.

62. Öte yandan, yine Sözleşme'nin 13. maddesi kapsamında, başvuranlar, İstanbul Valisi ve İstanbul Emniyet Müdürünün sorumluluklarının belirlenmesi için herhangi bir şeyin yapılmamasından şikâyet ederek, Vali ve Emniyet Müdürünün, olayların meydana geldiği dönemde, yalnızca kendilerinin emir ve talimatları altında hareket edebilmiş olan Fatih Dalgacı'nın da dâhil olduğu, birimdeki bütün polisler üzerinde yetkiye sahip olan üst düzey kamu görevlileri olduklarını belirtmektedirler.

B. Kabul Edilebilirlik Hakkında

1. Hükümetin İddiaları

i. 2013/158020 Sayılı Soruşturma Dosyası Hakkında

63. Hükümet, Başbakan ve İçişleri Bakanı hakkında dile getirilen iddialara ilişkin 2013/158020 sayılı soruşturma dosyasına atıfta bulunarak (yukarıda 28. paragraf), başvuranları söz konusu davada verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı itirazda bulunmamakla ve Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru yapmamakla suçlamaktadır.

ii. 2013/155787 Sayılı Soruşturma Dosyası ve Tam Yargı Davası Hakkında

64. Bölge Adliye Mahkemesi nezdinde halen derdest olan, Fatih Dalgali hakkındaki 2013/155787 sayılı yargılamaya ilişkin olarak (yukarıda 11. paragraf ve devamı), Hükümet, başvurunun süresinden önce sunulduğunu ileri sürmektedir.

Bu bağlamda, Hükümet, başvuranların Anayasa Mahkemesi nezdindeki 30 Mart 2015 tarihli bireysel başvuruları çerçevesinde, 2013/155787 sayılı yargılamanın nihai sonucunun ilgililerin ifadelerine göre yetersiz olduğunun ortaya çıkması durumu açısından dava açma haklarını saklı tuttuklarını hatırlatmaktadır (yukarıda 37. paragraf).

Özellikle Hükümet, başvuranların Fatih Dalgali hakkında yürütülen soruşturmanın uzunluğundan şikâyet etmelerine rağmen, bu şikâyetin söz konusu polis memuru hakkında soruşturmanın başlatıldığı 2016 yılından daha önceki koşullarla ilgili olduğu hususunu Mahkemenin dikkatine sunmaktadır (yukarıda 19 ve 20. paragraflar). Hükümet, buna karşın Fatih Dalgali hakkındaki yargılamanın ivedilikle yürütülmediği iddiasına ilişkin olarak, ilgili hakkında şikâyetle bulunulmasına imkân veren herhangi bir iç hukuk yolunun hâlihazırda kullanılmadığını kaydetmektedir.

Özet olarak, Hükümet Mahkemeyi, devam etmekte olan ve doğal olarak temyiz yolunu takip etmesi gereken itiraz yolunun, ardından Anayasa Mahkemesi nezdindeki bireysel başvuru yolunun tüketilmemesi nedeniyle, başvurunun bu kısmının kabul edilemez olduğuna karar vermeye davet etmektedir.

65. Hükümet aynı zamanda, İstanbul İdare Mahkemesi nezdinde halen derdest olan idari tazminat yolunun tüketilmediğini ileri sürmektedir (yukarıda 50 ve 51. paragraflar). Hükümet, Cumhuriyet savcılığının 6 Aralık 2016 tarihinde, polis memuru Fatih Dalgacı'yı "olası [ölüme] neden olma kastıyla" adam öldürmek suçundan mahkemeye sevk ettiğini hatırlatarak (yukarıda 18. paragraf), ihtilaf konusu eylemin kasten işlenmediği ve Devletin Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından usuli yükümlülüğünün mevcut davadaki gibi bir tazminat yolunun açılmasıyla yerine getirilebileceği durumlara benzer olan bir durumun söz konusu olduğunu belirtmektedir.

Dolayısıyla Hükümet, başvurular tarafından başlatılan tam yargı davasının sonucunun beklenmesinin ve bu bağlamda, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle başvurunun bu kısmının reddedilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir.

iii. 2013/160467 Sayılı Soruşturma Dosyası Hakkında

66. Hükümete göre, aynı itiraz, İstanbul Valisi ve İstanbul Emniyet Müdürü hakkındaki şikâyeteye ilişkin olarak yapılmalıdır. Hükümetin ifadesine göre, Danıştayın bu iki kişinin yargılanmasına izin verilmemesi yönündeki Bakanlık kararına karşı sunulan itirazı reddetmişti ve başvuruların 28 Mayıs 2014 tarihli karara karşı Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuruda bulunmaları gerekirdi (yukarıda 31 ila 34. paragraflar).

67. Son olarak Hükümet, İstanbul Valisi ve İstanbul Emniyet Müdürünün ortak sorumluluğu bağlamındaki şikâyetin, bunu destekleyebilecek nitelikte sağlam unsurların bulunmaması nedeniyle açıkça dayanaktan yoksun olduğu yönünde, Anayasa Mahkemesinin 9 Mayıs 2019 tarihli kararının

gerekçelerine (yukarıda 44. paragraf) atıfta bulunmaktadır. Hükümet, böylelikle bu şikâyetin savunulamaz olduğu kanısına varılması nedeniyle, Mahkemenin şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermesi gerektiğini belirtmektedir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

i. 2013/158020 Sayılı Soruşturma Dosyası Hakkında

68. Mahkeme, başvuranların ilk başvurusunun olayların meydana geldiği dönemde görevde bulunan Başbakan veya İçişleri Bakanı hakkında herhangi bir şikâyeti içermemesi nedeniyle, Hükümetin ilk itirazını dikkate almayacaktır (yukarıda 60 ila 62. paragraflar).

ii. 2013/155787 Sayılı Soruşturma Dosyası ve Tam Yargı Davası Hakkında

69. Polis memuru Fatih Dalgacı hakkında halen temyiz aşamasında devam eden davaya ilişkin iki itiraz (yukarıda 64. paragraf) ve İstanbul İdare Mahkemesi nezdinde halen derdest olan tam yargı davasına ilişkin olarak (yukarıda 65. paragraf), Mahkeme öncelikle, mevcut davada söz konusu olan durum ile *Aytekin/Türkiye* (23 Eylül 1998, *Karar ve Hükümlerin Derlemesi* 1998-VII) davasında incelenen durum arasında büyük benzerliğin bulunduğunu gözlemlemekte ve başvuranların avukatlarının ceza yargılaması ve idari yargılamaya aktif olarak katılımlarının aşikâr olmasına rağmen, bu iki yargılamanın başlatıldığına dair Mahkemeyi bilgilendirmemeyi bilerek tercih etmelerinden yakınmaktadır.

70. Her halükârda, Mahkeme, bu yargılamaların başvuranlara şikâyetlerinin bu kısmını düzeltme imkânı sunması için yeterli olup olmadığını belirlemelidir.

71. Bu bağlamda, Mahkeme, Berkin Elvan'ın ölümü hakkında yürütülen soruşturmanın, mevcut durumda ileri sürülen güç kullanımından sorumlu olan kişinin tespit edilmesine ve cezalandırılmasına ve bu türden bir eylemin davanın koşullarında haklı gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesine imkân

vermesi nedeniyle yeterli olduğunu saptamaktadır (örnek olarak bk. *Ramsahai ve diğerleri/Hollanda* [BD], no. 52391/99, § 324, AİHM 2007-II, ve *Armani Da Silva/Birleşik Krallık* [BD], no. 5878/08, § 233, 30 Mart 2016).

Şüphesiz Mahkeme, bazı engel ve zorlukların -bilhassa soruşturmaların ilk yılı boyunca (yukarıda 12. paragraf)- özellikle ulusal düzeyde basına yansıyan ve -ihtilaf konusu eylemin gerçek koşullarını bilmesi gereken ya da bilmesi mümkün olan neredeyse tek kişiler olan Devlet görevlileri ve organlarına atfedilen bir kişinin ölümüyle ilgili bir davada, soruşturmanın ilerlemesini engellediğinin anlaşıldığını gözlemlemektedir. Mahkeme, bununla birlikte, olayın tarihi ve yerini, söz konusu eyleme dâhil edilen polis memurlarının kimliklerini korumak için alınan operasyonel tedbirleri ve olayların meydana geldiği tarihte mevcut olan görsel izleme araçlarının kalitesiz olmasını göz önünde bulundurarak, 6 Aralık 2016 tarihine kadar mevcut davada yürütülen ve yaklaşık üç yıl, altı ay süren soruşturmanın (yukarıda 13 ila 16. paragraflar) ciddi bir eleştiri gerekçesinden yoksun olduğu ve bu bağlamda zımnen ivedilik ve özen gerekliliğini karşıladığı kanısına varmaktadır (*McKerr/Birleşik Krallık*, no. 28883/95, § 114, AİHM 2001-III, ve bu kararda yapılan atıflar, ve *Sarısülük/Türkiye* (k.k.), no. 64126/13, §§ 21 ve 22, 25 Mart 2014). Dahası, Hükümetin vurguladığı gibi (yukarıda 64. paragraf), başvurular, daha sonraki dönemle ilgili olarak, ulusal düzeyde en küçük bir haksız gecikmeden şikâyetçi olmamışlardır (yukarıda 20. paragraf).

72. Mahkeme nazarında, dava dosyasından sorumlu Cumhuriyet savcılığı, söz konusu olaylara ilişkin delilleri elde etmek için elindeki bütün makul tedbirleri alabilmiş ve soruşturmanın davanın koşullarını ve sorumluların kimliğini tespit etme kapasitesine zarar verebilecek nitelikte en küçük bir açık soruşturma alanını göz ardı etmeksizin, bütün ilgili unsurların titiz, bilimsel, objektif ve tarafsız bir incelemesine dayanan sonuçlara varmıştır (söz konusu ilkeyle ilgili olarak bk. *Mustafa Tunç ve Fecire Tunç/Türkiye* [BD], no. 24014/05, § 175, 14 Nisan 2015).

73. Ayrıca bu soruşturma, polis memuru Fatih Dalgacı'nın İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından olası ölüme neden olma kastıyla adam öldürmek suçundan on altı yıl hapis cezasına mahkûm edilmesine yol açabilmiştir (yukarıda 24. paragraf).

74. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden doğan gerekliliklerin resmi soruşturma aşamasının ötesine uzandığını hatırlatmak istemektedir. Böylelikle, soruşturma -mevcut davada olduğu gibi- ulusal mahkemeler nezdinde yargılamaların başlatılmasına yol açmış olsa da, karar aşaması da dâhil olmak üzere, yargılamanın tamamı, kanun tarafından yaşamın korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğün gerekliliklerini yerine getirmelidir (bk. *Öneryıldız/Türkiye* [BD], no. 48939/99, § 95, AİHM 2004-XII, ve *Ali et Ayşe Duran/Türkiye*, no. 42942/02, § 61, 8 Nisan 2008).

Bu bağlamda Mahkeme, 18 Haziran 2021 tarihli mahkûmiyet kararının, davacı tarafın avukatlarının yargılamaya etkili katılımına (bk. örneğin, *Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], no. 55721/07, § 167, AİHM 2011) ve özellikle Sözleşme'nin 2. maddesi ve Anayasa'nın 17. maddesi ile ilgili içtihat olmak üzere söz konusu fiili ve hukuki durumun derinlemesine bir analizine dayanan gerekçelerini dikkatle incelemiştir (yukarıda 21 ila 24. paragraflar).

Bağımsızlıkları veya tarafsızlıkları sorgulanmayan hâkimler önündeki bu çekişmeli yargılama (yukarıda anılan *McKerr* kararı, § 134), gerçekleri ortaya koyma ve sorumlulukları belirleme konusunda içten bir istek göstermekte olup bu bağlamda, ulusal mahkemelerin hiçbir durumda yaşama yönelik saldırıların cezasız kalmasına izin vermeyeceği ilkesini karşılamaktadır; bu ilke, yasa dışı eylemlere müsamaha göstermeyi veya bu tür eylemlerin işlenmesinde gizli anlaşmaya varılmasını önlemeyi amaçlamakta olup bu nedenle, kamuoyunun, yargı kurumuna olan güveninin sürdürülmesi ve bireylerin hukukun üstünlüğüne bağlılığının sağlanması için elzemdir (bk. yukarıda anılan *Öneryıldız* kararı, § 96 ve *gerekli değişiklikler yapılmak*

koşuluyla (mutatis mutandis), Okkalı/Türkiye, no. 52067/99, § 65, AİHM 2006-XII (alıntılar)).

75. Bununla beraber, başvurunun bu bağlamda açıkça vaktinden önce yapılmış olması sebebiyle Mahkeme incelemesini daha fazla sürdürmeyecektir: Nitekim Hükümetin de belirttiği üzere, Fatih Dalgali'nın kasten öldürme suçundan mahkûm edilmesi gerektiğini düşünen başvuran taraf bizzat bu karara karşı temyize başvurmuş olup (yukarıda anılan *Aytekin* kararı, § 83) söz konusu yargılama halen derdesttir (yukarıda 25. paragraf).

Ancak, bugüne kadar hiçbir şeyin başvuranları, nihai olarak Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvuru yolunu tüketmekten muaf tutmaması sebebiyle, Mahkeme, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesinin ve ardından, gerektiği takdirde, Yargıtayın kararı hakkında önceden hüküm veremez (bk. diğer kararlar arasında, *Uzun/Türkiye* (k.k.), no.10755/13, §§ 68-71, 30 Nisan 2013 ve yukarıda anılan *Sarısülük* kararı, § 25; 2. madde tarafından getirilen usuli yükümlülükler ile ilgili bu başvuru yolunun etkisi için, bk. ayrıca *Şefika Ak/Türkiye* (k.k.), no. 38628/10, § 43, 27 Kasım 2010, *Mehmet Kaya/Türkiye*, no. 9342/16, §§ 39-43, 20 Mart 2018 ve *Kırbayır/Türkiye* (k.k.), no. 11947/12, § 60, 28 Nisan 2020).

76. Aynı değerlendirme, başvuranlar tarafından açılan idari tazminat davası için de geçerlidir (yukarıda 50. paragraf). Nitekim 2. maddenin iddia edilen ihlalinin sadece mağdurun ailesine tazminat ödemek suretiyle giderilemeyeceği doğru olsa da (bk. *Kaya/Türkiye*, 19 Şubat 1998, § 105, Derleme 1998-I, *Avşar/Türkiye*, no. 25657/94, § 377, AİHM 2001-VII (alıntılar), yukarıda anılan *McKerr* kararı, § 121 ve yukarıda anılan *Al-Skeini ve diğerleri* kararı, § 165), polis memuru Fatih Dalgali'yı yargılamak için yetkili makamlar tarafından alınan tedbirler ile Fatih Dalgali'nın daha sonra genel yetkili bir mahkeme tarafından adam öldürme nedeniyle ilk derece mahkemesinde yargılanıp mahkûm edilmesini göz önünde bulundurarak, ceza yargılamasının nihai sonucuna dayanarak, başvuranların idare mahkemeleri önündeki davayı kazanmak için hâlâ makul beklentiye sahip

olduklarını dikkate almak gerekmektedir (yukarıda anılan *Aytekin* kararı, § 84).

77. Mahkeme, mevcut davanın trajik boyutunun farkındadır. Bununla birlikte, mevcut durumda iç hukukta verilen nihai kararların başvuran tarafı tatmin etmemesi halinde, başvuran tarafın Mahkemeye yeniden başvuruda bulunması mümkün olduğundan (yukarıda anılan *Uzun* kararı, § 71, *Korkmaz ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), no. 10 , § 176, 6 Ocak 2015 ve *Berker ve diğerleri /Türkiye* (k.k.), no. 54769/13, § 14, 20 Ekim 2015), ulusal makamların, gerektiği takdirde, iddia edilen Sözleşme ihlallerini telafi etmek için daha iyi konumda bulunmaları sebebiyle, davaların incelenmesi ve davalarda ileri sürülen sorunların çözümünün ilk önce ulusal düzeyde gerçekleştirilmesi, Sözleşme mekanizmasının etkinliği gibi başvuruların menfaati açısından da - ve ikincillik ilkesine uygun olarak - kuşkusuz tercih edilebilmektedir (*El-Masri/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* [BD], no. 39630/09, § 141, AİHM 2012, yukarıda anılan *Kırbayır* kararı, § 62 ve burada yapılan atıflar).

78. Bu son hipotezde, Mahkemenin görevi, ulusal mercilerin, önlerindeki davayı, mevcut yargı sisteminin caydırma gücünün ve bunun yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesinde oynaması gereken rolün öneminin azalmaması için, Sözleşme'nin 2. maddesinin gerektirdiği titiz incelemeye tabi tuttuklarının kabul edilip edilemeyeceğini ve bunun ne ölçüde kabul edilebileceğini tespit etmekten ibarettir (bk. örneğin, yukarıda anılan *Okkalı* kararı, § 66 ve *Asma/Türkiye*, no. 47933/09, § 77, 20 Kasım 2018).

79. Yukarıdaki değerlendirmeleri ve mevcut davanın özel koşullarını göz önünde bulunduran Mahkeme, söz konusu iki itirazı kabul etmekte ve başvuranların, başvurularının bu kısmı ile ilgili olarak cezai, idari ve anayasal hukuk yollarını henüz tüketmedikleri sonucuna varmaktadır (yukarıda anılan *Aytekin* kararı, §§ 85 ve 86).

Dolayısıyla, başvurunun bu kısmı, bu gerekçeden ötürü, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1 ve 4. fıkraları uyarınca reddedilmelidir.

iii. 2013/160467 No.lu Soruşturma Dosyası Hakkında

80. Başvurunun, İstanbul Valisi ve Emniyet Müdürünün iddia edilen sorumluluklarıyla ilgili olması sebebiyle, Hükümet, başvuranları, Danıştayın 28 Mayıs 2014 tarihli kararına itiraz etmek amacıyla Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmamakla eleştirmekte (yukarıda 66. paragraf) ve ayrıca, ilgililerin, söz konusu yetkili makamlar hakkında ifade edilen şikâyeti delil unsurlarıyla gereğince desteklememiş olmaları sebebiyle, Mahkemeyi, bu şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmeye davet etmektedir (yukarıdaki 67. paragraf).

81. Mevcut davada Mahkeme, Danıştayın yukarıda anılan kararının, İçişleri Bakanlığının, İstanbul Valisi ve Emniyet Müdürü hakkında soruşturma izni vermeyi reddettiği 14 Mart 2014 tarihli karara karşı yapılan itirazın reddiyle ilgili olduğunu gözlemlemektedir (yukarıda 31 ila 33. paragraflar). Ancak Mahkeme, bu itirazın başvuranlar tarafından değil de, bir milletvekili olan E.K. tarafından yapıldığını kaydetmektedir. Bu nedenle Mahkeme, başvuranların, kendilerine yabancı olan bu yargılamaya nasıl müdahil olabileceklerini anlamamaktadır.

82. Her ne olursa olsun, başvuranlar, diğerlerinin yanı sıra, bu iki üst düzey memurun iddia edilen ihmallerinden şikâyet etmek için Türkiye Büyük Millet Meclisine başvuruda bulunmuşlardır; bu dilekçe, İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı Özel Soruşturma Bürosu tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla sonuçlanmıştır; başvuranlar tarafından söz konusu karara yapılan itiraz, İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği tarafından reddedilmiştir (yukarıda 35 ve 36. paragraflar).

Bu ret kararının ardından, başvuranlar haklı olarak, söz konusu olayın meydana gelmesinden sorumlu tuttıkları İstanbul Valisi ve Emniyet Müdürünün yararlanmış gibi göründükleri cezasızlıktan şikâyetinde bulunmak amacıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme, başvuranların bu süreçte Mahkeme önünde ifade ettikleri

gerekçelerle neredeyse aynı gerekçeleri ileri sürdüklerini (yukarıda 37, 39, 60 ve 62. paragraflar) ve Anayasa Mahkemesinin bu şikâyetleri, iç hukuk yollarını tüketmemeye ilişkin en ufak bir sorundan söz etmeden incelediğini gözlemlemektedir. (yukarıda 44. paragraf).

83. Bu nedenlerle Mahkeme, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmesiyle ilgili itirazını reddetmektedir.

84. Mahkeme, bu şikâyetin açıktan dayanaktan yoksun olduğu bağlamındaki itirazı esasla birleştirmektedir.

85. Ayrıca başvurunun bu kısmının Sözleşme'nin 35. maddesinde belirtilen başkaca herhangi bir engele takılmadığını gözlemleyen Mahkeme, başvurunun kabul edilebilir olduğunu beyan etmektedir.

C. Esas Hakkında

1. Davanın Konusu

86. Davanın konusunun, söz konusu olayın meydana gelmesine İstanbul Valisi ve Emniyet Müdürünün olası karışmış olma hususuyla sınırlı olması sebebiyle, Mahkeme, *hâkim hukuku kendiliğinden uygular (jura novit curia)* ilkesi gereğince, başvuranlar tarafından ileri sürülen hukuki gerekçelerle sınırlı olmadığını hatırlatmaktadır: Olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eden Mahkeme, bu nedenle bir şikâyeti, başvuranlar tarafından ileri sürülenler dışındaki Sözleşme maddeleri veya hükümleri açısından incelemeye karar verebilir (*Radomilja ve diğerleri/Hırvatistan* [BD], no. 37685/10 ve 22768/12, § 126, 20 Mart 2018).

Mevcut davada, Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesine dayanan şikâyeti (yukarıda 61. paragraf) Sözleşme'nin yalnızca 2. maddesinin usul yönü açısından incelemek gerektiği kanaatindedir. Bu maddenin ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

“1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. (...)

ELVAN/TÜRKİYE KARARI

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonrasında meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması,
- b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme,
- c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması.”

2. Hükümetin İddiaları

87. Hükümete göre, İstanbul Valisi ve Emniyet Müdürüne isnat edilen iddia spekülasyon niteliğinde olacaktır. Nitekim başvuranların, Berkin Elvan'ın ölümüne, suçladıkları kişilerin fiilen vermiş oldukları yasa dışı emirlerin neden olduğuna dair en ufak bir emare sunacak durumda olmadıkları kanaatindedir. Başvuranların, polislerin orantısız güç kullanmasını gerektiren böyle bir emre örnek gösteremediklerini kaydetmektedir.

Dolayısıyla, bu kamu görevlilerinin herhangi bir cezai sorumluluğunun varlığına ilişkin “savunulabilir” bir iddia veya şüpheyi yol açabilecek bir unsurun bulunmaması sebebiyle, Devletin, Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiği söylenemez.

88. Gerçekte, Hükümete göre, Vali ve Emniyet Müdürü tarafından verilen tüm talimat ve emirler, yalnızca zor bir durumda, meşru ve tamamen yasal tedbirlerin alınmasını sağlamayı amaçlamaktaydı ve bu tedbirler güç kullanımını içerebilse bile, bunun orantısız olabilmesine müsamaha göstermek asla söz konusu olmamıştır.

89. Mahkemenin ilgili içtihadına atıfta bulunarak (*Oya Ataman/Türkiye*, no. 74552/01, §§ 41-43, AİHM 2006-XIV, *İzci/Türkiye*, no. 42606/05, § 99, 23 Temmuz 2013, *Ibrahimov ve diğerleri/Azerbaycan*, no. 69234/11 ve diğer 2 kişi, § 80, 11 Şubat 2016, *Navalnyy/Rusya* [BD], no. 29580/12 ve diğer 4 başvuru, § 134, 15 Kasım 2018), Hükümet, mevcut davada polis tarafından güç kullanımının, kendisine göre, iki yüzden fazla kişinin saat 1.00 civarında

toplandığı ve iş yerlerini tahrip etmeye başladığı söz konusu olay mahallindeki bazı göstericilerin davranışları nedeniyle kesinlikle gerekli hale geldiğini ifade etmektedir. İddiaya göre, polis olay yerine geldiğinde, bu kişiler, polisin üzerine taş ve Molotof kokteylleri atmış; olay, sonrasında daha da büyümüştü. Topluluk lideri, yapılan ihtarlar uyulmaması durumunda, müteveffanın da aralarında olduğu saldırganlara karşılık olarak basınçlı su ve göz yaşartıcı gaz kullanmak haricinde emir vermemiştir.

Bu bağlamda Hükümet, kanuna aykırı her türlü fiilin, hem ceza kanunu hem de bu idareye uygulanan disiplin yönetmeliği ile cezalandırılması sebebiyle, Türkiye'nin, polis tarafından öldürücü ve öldürücü olmayan silahların kullanımına ilişkin sağlam bir düzenleyici çerçeveye sahip olduğunu ve polis memurlarının bu konuda kapsamlı bir eğitimden yararlandığını vurgulamaktadır.

90. Polis operasyonlarını planlamak ve yönetmekle görevli makamlara, benzer durumlarda yaşam hakkı ihlallerini mümkün olduğu kadar azaltmak için yüklenen yükümlülük konusunda, Hükümet ilgili içtihadi ilkelere atıfta bulunmaktadır (*Andronicou ve Constantinou/Kıbrıs*, 9 Ekim 1997, § 182, Raporlar 1997-VI, *Mahmut Kaya/Türkiye*, no.22535/93, § 86, AİHM 2000-III, *Bubbins/Birleşik Krallık*, no. 141, AİHM 2005-II (alıntılar), *Yüksel Erdoğan ve diğerleri/Türkiye*, no. 57049/00, § 86, 15 Şubat 2007 ve *Huohvanainen/Finlandiya*, no. 57389/00, § 94, 13 Mart 2007). Öte yandan, Mahkemenin dikkatini, olayların meydana geldiği dönemde, başvuruların ve Okmeydanı semtinde yaşayanların, Gezi Parkı olaylarının tüm medyanın manşetlerine konu olan şiddet ve yoğunluğunu bilmezlikten gelemeyeceğine çekmektedir. Bu olayların büyüklüğü ve coğrafi genişliği göz önüne alındığında, polisin belirli bir duruma uyarlanmış özel bir müdahale planını uygulamaya koyamayacağının farkında olan Hükümet yetkililerinin, birçok defa kamuoyuna uyarıda bulunduğu ve halktan bu olaylardan uzak durmasını istediğini kaydetmektedir.

91. Hükümet, bu unsurların tamamı ışığında, Mahkemeden, Berkin Elvan'ın hiçbir zaman şu ya da bu şekilde kasıtlı olarak hedef alınmadığını ve başvuruların, yakınlarının ölümüne, herhangi bir üst düzey kamu görevlisi tarafından orantısız güç kullanımını teşvik etmek amacıyla verilen somut bir talimatın neden olduğuna dair en ufak bir delil sunmadıklarını kabul etmesini talep etmektedir.

3. Mahkemenin Değerlendirmesi

92. Mahkeme, burada ortaya çıkan ana meseleye değinmeden önce, Gezi olayları sırasında hüküm süren genel durumun sözde tehlikeli olduğuna dair Hükümet tarafından ileri sürülen argümanlara ve Berkin Elvan'ın bu bağlamda şu veya bu faaliyete katılmış olduğu görüşüne - açık nedenlerden dolayı: Hem Cumhuriyet savcılığı hem de İstanbul 17. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından, olayların olduğu gün, sabah saat 7.00'dan itibaren, söz konusu olay yerinde herhangi bir protesto eyleminin ve hiçbir aktif göstericinin olmadığı kesin olarak tespit edilmiştir (yukarıda 22. paragrafın *son cümlesi (in fine)*)- ağırlık vermeyeceğini açıkça belirtmektedir.

93. Mahkeme, Hükümet gibi (yukarıda 90. paragraf), polis operasyonlarının - mevcut davada söz konusu olanlar gibi (yukarıda 7. paragraf) - keyfi ve aşırı güç kullanımına karşı uygun ve etkili güvenceler sistemi aracılığıyla ulusal hukuk tarafından yeterince düzenlenmesi gerektiğini hatırlatmaktadır; Mahkeme bu nedenle, sadece etkin olarak güç kullanan Devlet görevlilerinin eylemlerini değil, aynı zamanda bu eylemlerin hazırlanması ve denetlenmesi başta olmak üzere bunları çevreleyen tüm koşulları dikkate almalıdır (*Makaratzis/Yunanistan* [BD], no. 50385 /99, §§ 58-59, AİHM 2004-XI). Özellikle kanun temsilcilerinin, belli bir durumda, ölümcül silah kullanımının mutlak surette gerekli olup olmadığını değerlendirebilmeleri için, sadece ilgili yönetmelikleri değil fakat aynı zamanda temel değer olan insan hayatına saygının üstünlüğünü de dikkate alarak değerlendirme yapmalarına imkân veren bir eğitimden yararlanmaları

gerekmektedir (bk. *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], no. 23458/02, §§ 244-251 ve 310, AİHM 2011 (alıntılar) ve burada yapılan atıflar; *Natchova ve diğerleri/Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 et 43579/98, § 97, AİHM 2005-VII; bk. ayrıca “öldürmek için ateş etmek” talimatı alan askerlerin eğitimi ile ilgili olarak Mahkeme tarafından ifade edilen eleştiriler, *McCann ve diğerleri/Birleşik Krallık*, 27 Eylül 1995, §§ 211-214 Seri A no. 324, bk. ayrıca, *gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla (mutatis mutandis)*, *Maiorano ve diğerleri/İtalya*, no. 28634/06, §§ 123-132, 15 Aralık 2009 ve *Finogenov ve diğerleri/Rusya*, no. 18299/03 ve 27311/03, §§ 217-282, AİHM 2011 (alıntılar)).

94. Yetkili makamların, uygun planlama yapılması, uygun emirlerin verilmesi ve uygun denetim yapılması yoluyla, başkasının hayatını tehlikeye atma riskini asgari düzeye indirilmesini sağlamak amacıyla gerekli özeni gösterip göstermediklerinin yanı sıra tedbir, araç ve yöntemlerin seçiminde dikkatli davranıp davranmadıklarının tespit edilmesi amacıyla, bir kimsenin ölümüyle sonuçlanan bir polis operasyonunun hazırlık ve denetim aşamalarını incelemek önem arz etmektedir (yukarıda anılan *McCann ve diğerleri* kararı, §§ 194-201, A Serisi No. 324, yukarıda anılan *Andronicou ve Constantinou* kararı, § 181, *Moussaïev ve diğerleri/Rusya*, no. 57941/00, 58699/00 ve 60403/00, §§ 153 155, 26 Temmuz 2007).

95. Bu bağlamda, Mahkeme daha önce, 2. madde bağlamında Devlete düşen usuli yükümlülüğün, benzer durumda, mevcut davada üzücü ölümün yaşanmasına sebep olabilecek ölümcül saldırının faili – mevcut davada polis memuru Fatih Dalgacı – dışındaki Devlet görevlilerinin eylem ya da unutma ihmali olup olmadığını belirlemeyi amaçlayan ek bir soruşturma yürütülmesini gerektirdiğinin altını çizmiştir (farklı durumlar için, bk. örneğin, *Avşar/Türkiye*, no. 25657/94, §§ 398- 406, AİHM 2001-VII (alıntılar), *Mazepa ve diğerleri/Rusya*, no. 15086/07, §§ 75-79, 17 Temmuz 2018, *Ribcheva ve diğerleri/Bulgaristan*, no. § 125-130, 30 Mart 2021 ve *Tkheldidze/Gürcistan*, no. 33056/17, §§ 58-59, 8 Temmuz 2021).

96. Bu nedenle, İstanbul Valisi ve Emniyet Müdürünün, Berkin Elvan'ın ölümüne neden olan polis operasyonunun uygulanmasında oynayabilecekleri role ilişkin yürütülen soruşturmalara eğilmek Mahkemeye kalmaktadır. Bu bağlamda, ek soruşturma yükümlülüğü bakımından gerekli soruşturmanın mutlaka cezai nitelikte olmadığı doğru olsa da (bk. yukarıda anılan *Ribcheva ve diğerleri* kararı, §§ 129 ve 131), Hükümetin, benzer durumda yararlı şekilde başlatılabilecek başka türde yargılamalar olduğunu hiçbir zaman ileri sürmemiş olması sebebiyle, Mahkeme yalnızca mevcut davada yürütülen ceza soruşturması hususunda karar verebilir.

97. Mahkeme, davanın olay ve olgularına dönerek, başvuran Sami Elvan'ın, İstanbul Emniyet Müdürü H.Ç. ve İstanbul Valisi H.A.M. hakkındaki şikâyeti üzerine dosyanın, 4483 sayılı Kanun'un gerektirdiği üzere soruşturma açılması için izin alınması amacıyla İçişleri Bakanlığına gönderildiğini gözlemlemektedir. İçişleri Bakanlığı 14 Mart 2014 tarihinde soruşturma izni vermeyi reddetmiştir (yukarıdaki 27, 29, 30 ve 31. paragraflar).

İncelemenin bu aşamasında, yargılanabilir kişilerin konuya ilişkin soruşturmalara etkin olarak katılımının mümkün olmaması (*Işıldak/Türkiye*, no. 12863/02, §§ 54 ila 56, 30 Eylül 2008) ve söz konusu organların kararları üzerinde Danıştay tarafından gerçekleştirilen hukuki denetimin yetersizliği ile ilgili olarak (*Kanlıbaş/Türkiye*, no. 32444/96, § 49, 8 Aralık 2005, *Sultan Öner ve diğerleri/Türkiye*, no. 73792/01, § 143, 17 Ekim 2006, *Uyan/Türkiye* (n° 2), no. 15750/02, § 49, 21 Ekim 2008 ve *Mecail Özel/Türkiye*, no. 16816/03, § 25, 14 Nisan 2009), 4483 sayılı Kanun'un gerektirdiği bu rejimi, onu uygulamakla yükümlü soruşturma organlarının bağımsız olmaması nedeniyle Mahkemenin sistematik olarak eleştirdiği ve defalarca yaptırım uyguladığı hatırlatılmalıdır (bk. örnek olarak, *Nazif Yavuz/Türkiye*, no. 69912/01, § 49, 12 Ocak 2006, *Ümit Gül/Türkiye*, no. 7880/02, §§ 53-57, 29 Eylül 2009, *Mete ve diğerleri/Türkiye*, no. 294/08, § 114, 4 Ekim 2011 ve *Karahan/Türkiye*, no. 11117/07, § 45, 25 Mart 2014).

Mevcut davada, Mahkemenin bunun gibi sonuçlardan sapmasına neden olabilecek herhangi özel bir durum bulunmamaktadır: Mahkeme daha önce, *Aydoğdu/Türkiye* (no. 40448/06, § 90, 30 Ağustos 2016) ve yakın zaman önce *Asma/Türkiye* (no. 47933/09, § 86, 20 Kasım 2018) ve *Mehmet Ulusoy ve diğerleri/Türkiye* (no. 54969/09, § 97, 25 Haziran 2019) kararlarında vardığı ve burada başlı başına usuli yükümlülüklerin tanınmamasını oluşturan yapısal bir sorunun söz konusu olduğu yönündeki tespitini tekrar etmektedir.

98. Bununla birlikte, Mahkeme, aşağıdaki nedenlerden ötürü, incelemesinin burada bitemeyeceği kanaatindedir.

Başvuranların, Milletvekili E.K. gibi (yukarıda 32. ve 33. paragraflar), 14 Mart 2014 tarihli bakanlık kararına itiraz ettikleri tespit edilmese de (yukarıda 34. paragraf), 3 Aralık 2014 tarihinde, Türkiye Büyük Millet Meclisine, söz konusu iki üst düzey devlet memurunu adaleti engellemekle suçladıkları bir dilekçe verdikleri açıktır. Bu suçlama, 25 Aralık 2014 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar veren İstanbul Cumhuriyet Savcılığının dikkatine sunulmuştur (yukarıda 35 ve 36. paragraflar). Başvuranlar, bu karara Anayasa Mahkemesi önünde itiraz etmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sundukları önceki dilekçelerinin kapsamını genişleterek Emniyet Müdürü H.Ç. ve Vali H.A.M.yi, nazarlarında, polis memurlarına kanuna uygun ve halkın güvenliğini koruma kaygısıyla hareket etmeyi bildirmemekle ve böylelikle polisleri, göstericilere karşı aşırı güç kullanmaya kasten teşvik etmekle de suçlamışlardır (yukarıda 37. paragraf).

Bu şekilde Anayasa Mahkemesine iletilen şikâyetler, Mahkemeye sunulan şikâyetlerle ilişkilidir; başka bir ifadeyle, davanın bu yönüyle ilgili olası bir usul yükümlülüğü ihlali - dolaylı da olsa - tam yargı yetkisine sahip ve sözleşmeye bağlı hakların garantörü olan en yüksek yargı organı tarafından müteakip denetime tabi tutulmuştur.

99. Ancak Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin 9 Mayıs 2019 tarihli kararında (yukarıda 44. paragraf) şu sonuca varmakla yetindiğini kaydetmektedir:

ELVAN/TÜRKİYE KARARI

“(…) Başvuranlar, polis memurlarının eylemleri ile üst düzey kamu görevlileri tarafından verilen emirler arasında ceza hukuku kapsamına giren bir nedensellik bağının bulunduğu iddiasını savunulabilir kılabilecek nitelikte bir bilgi veya belge ileri sürememişlerdir. (...) Başvuranlar ayrıca, ileri sürülen müdahale emrinin emniyet görevlilerinin yetkilerinin dışında müdahale etmelerini amaçladığına dair somut bir delil sunmamışlardır; dolayısıyla, her türlü makul şüphenin ötesinde bir delil unsuruna dayanmaması nedeniyle, başvuruların şikâyetleri savunulabilir olarak kabul edilemez.”

100. Hükümet bu yaklaşımı paylaşırsa da (yukarıda 87. paragraf), Mahkeme, yalnızca ispat yükünün tersine çevrilmesine dayandığından, bununla yetinemez. Bunun yanı sıra, mevcut davada, başvuranlardan, Emniyet Müdürü H.Ç. ve Vali H.A.M.nin, polis amiri sıfatıyla, polisi şiddet uygulamaya teşvik ettikleri yönündeki şikâyetlerini –her ne kadar değerlendirilmemiş olsa da- desteklemek için, kolluk kuvvetlerine verilmiş olabilecek stratejik emirlerin yasaya uygunluğunu sorgulatabilecek ve sunduklarından daha somut delil unsurları sunmaları kesinlikle beklenemez. Bu tür bilgiler, şayet mevcutsa, ancak Türkiye’nin güvenliğinden sorumlu yüksek mercilerin elinde olabilirdi; ve her halükarda, Emniyet Müdürü H.Ç. ve Vali H.A.M., polisin Gezi olaylarına nasıl müdahale ettiğini şüphesiz ilk bilen kişiler olup başvuruların iddialarını doğrulayabilecek veya çürütebilecek bilgilere erişimi olan yalnızca yanıt vermek zorunda oldukları yetkililer idi.

101. Ancak Anayasa Mahkemesi, Mahkemenin içtihadı gereğince, davalı Hükümetin bir sivilin ölümüyle ilgili açıklama yapmaya çağrıldığı durumlarda, soruşturma sırasında alınan tedbirlerin incelenmesinin, söz konusu soruşturmanın yalnızca usul gerekliliklerine uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini belirlemeye değil fakat aynı zamanda söz konusu Hükümetin “ispat yükünden kurtulup kurtulamadığına” karar vermeye de yaradığını göz ardı edemezdi (bk. diğerlerinin yanı sıra, *Döndü Günel/Türkiye*, no. 34673/07, § 25, 6 Eylül 2016).

Nitekim -mevcut davada olduğu gibi- bir ölümün devlet görevlileri tarafından ölümcül güç kullanımından kaynaklandığı tartışmasız olduğunda, ispat yükü, başvuran tarafın iddialarını uygun ve ikna edici araçlarla çürütmesi gereken davalı Hükümete düşmektedir; bu özellikle, örneğin polis operasyonları veya askeri operasyonlar sırasında, Devlet makamları veya görevlilerinin denetimi altındayken -yetkililerinin veya görevlilerinin, mağdurlar tarafından kendilerine yöneltilen iddiaları doğrulayabilecek veya çürütebilecek ilgili bilgilere erişecek tek kişi olarak görüldüğü durumlar- yaralanan veya ölen kişiler için geçerlidir (bk. diğer birçok karar arasında, *Mansuroğlu/Türkiye*, no. 43443/98, §§ 77 ve 78, 26 Şubat 2008).

102. Bu yaklaşım, Mahkemenin, Sözleşme'nin 38. maddesini tehlikeye atan davalarda benimsediği yaklaşımla tutarlıdır: Söz konusu hükümlere uyulmaması, ilgili Hükümet tarafından yalnızca kendisinin sahip olduğu önemli bilgilerin açığa vurulmaması Mahkemenin gerçekleri tespit etmesine engel olduğunda, Mahkemeye, başvuranların iddialarının “esasına” ilişkin olarak bir Devletin aleyhine çıkarımlarda bulunma yetkisi verir (bk. örneğin, *Akkum ve Diğerleri/Türkiye*, no. 21894/93, §§ 185 ve 209, AİHM 2005-II (alıntılar), *Timurtaş/Türkiye*, no. 23531/94, § 82, AİHM 2000-VI ve burada yapılan atıflar ve yukarıda anılan *Mansuroğlu* kararı, § 79).

103. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususların gerektiği gibi incelenmemiş olması halinde, söz konusu anayasal yargılamanın sonucu hakkında tahminde bulunmaya çalışarak bu eksikliği kapatamayacaktır. Mahkeme, mevcut davada, başvurunun bu kısmıyla ilgili olarak konu hakkındaki değerlendirmeleri neticesinde kesin sonuçlara varmasının mümkün olmayışının, aslında, 4483 sayılı Kanun ve nihai merci olarak Anayasa Mahkemesi tarafından öngörülen, şüpheli rejime bağlı olan soruşturma organlarının uygun tepki vermemesinden kaynaklandığı sonucuna varabilir (bk. *gerekli değişiklikler yapılmak koşuluyla (mutatis mutandis)*, *Labita/İtalya* [BD], no. 26772/95, § 131, AİHM 2000-IV,

İlhan/Türkiye [BD]], no.22277/93, § 79, AİHM 2000-VII, *Ay/Türkiye*, no.37410/97, § 56, 10 Mayıs 2007).

104. Bu nedenle, Mahkeme, Hükümetin, bu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu iddia edilen ve esasla birleştirdiği itirazını reddederek (yukarıda 84. paragraf), davalı Devletin, Sözleşme'nin 2. Maddesinin 1. fıkrası gereğince, İstanbul Emniyet Müdürü H.Ç. ve/veya Valisi H.A.M.nin, söz konusu olayda üzücü ölümün meydana gelmesinde olası oynadığı rolle ilgili etkili bir soruşturma yürütme usuli yükümlülüğünü yerine getirmediği kanaatindedir.

III. SÖZLEŞME'NİN 3, 10, 11 VE 14. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

105. Başvuranlar aynı zamanda, mevcut davanın koşullarından dolayı çektikleri acı nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin kendi açılarından ihlal edildiğini de iddia etmekte ve Berkin Elvan'ın Gezi Parkı gösterilerine katılmasını alenen kullanan yetkili makamların, ilgilinin, sağken, Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte 10 ve 11. maddeleriyle güvence altına alınan hak ve özgürlüklerini ihlal ettiklerini ileri sürmektedirler.

106. Bunun yanı sıra, Mahkeme, somut olayın koşulları, başvuranların - üstelik Hükümetin bilgisine sunulmamış olan - iddialarını ve Sözleşme'nin 2. maddesi açısından ifade edilen sonuçları göz önünde bulundurarak, bu şikâyetler hakkında ayrıca karar vermeye gerek olmadığı kanaatindedir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

107. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

ELVAN/TÜRKİYE KARARI

108. Başvuran taraf, adil tazmin bağlamında herhangi bir talepte bulunamadığı için (yukarıda 59. paragraf), Mahkeme bu bağlamda bir ödeme yapılmasına karar veremez.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. İstanbul Valisi ve Emniyet Müdürüne yönelik yargılamalara ilişkin şikâyetin kabul edilebilir olduğuna; polis memuru Fatih Dalgacı hakkındaki davaya ilişkin şikâyetin kabul edilemez olduğuna;
2. Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine;
3. Sözleşme'nin 3, 10, 11 ve 14. maddelerine ilişkin şikâyetleri ayrı olarak incelemeye gerek olmadığına;
4. Sözleşme'nin 41. maddesi bağlamında herhangi bir ödeme yapılmamasına *karar vermiştir*.

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gereğince 7 Şubat 2023 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Hasan Bakırcı
Yazı İşleri Müdürü

Arnfinn Bårdsen
Başkan