D. 38/2020 Yargıtay/Hukuk : 140/2014

 (Lefkoşa Dava No: 7617/2011)

Yüksek Mahkeme Huzurunda.

Mahkeme Heyeti : Ahmet Kalkan, Beril Çağdal, Peri Hakkı.

İstinaf Eden : Didem Gurdur, Güzelyurt.

 (Davacı)

 İle

Aleyhine istinaf edilen : No-1. Arslan Çoşkun, Lefkoşa.

 No-2. KKTC Güvenlik Kuvvetleri

 Komutanlığı, Polis Genel

 Müdürlüğü, Boğaz-Girne

 vasıtasıyla KKTC

 Başsavcılığı, Lefkoşa.

 No-3. KKTC Güvenlik Kuvvetleri

 Komutanlığı, Boğaz-Girne

 vasıtasıyla KKTC Başsavcısı,

 Lefkoşa.

 (Davalılar)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına : Avukat Öncel Polili hazır.

Aleyhine istinaf edilen No.1 namına :Avukat Mustafa B.Asena hazır.

Aleyhine istinaf edilen No.2 ve No.3 namına: Savcı Yardımcısı

 Fatma Damdelen hazır.

Lefkoşa Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Bertan Özerdağ ‘ın 7617/2011 sayılı davada, 24.7.2014 tarihinde verdiği karara karşı, Davacı tarafından yapılan istinaftır.

 -----------------

 K A R A R

Ahmet Kalkan : Bu istinafta iki karar vardır. Kararlar sırasıyla okunacaktır.

Ahmet Kalkan : İstinaf Eden/Davacı, Aleyhine İstinaf Edilen/Davalılar aleyhine açtığı davanın Lefkoşa Kaza Mahkemesi tarafından ret ve iptal edilmesi üzerine bu istinafı dosyaladı.

 İstinaf Eden bundan böyle sadece Davacı, Aleyhine İstinaf Edilenler ise Davalılar veya yerine göre Davalı No.1, No.2 veya No.3 olarak anılacaktır.

 Davacı, 15.12.2011 tarihinde Davalılar aleyhine Hukuk Muhakemeleri Usulü Emir 2 n.1 altında bir dava dosyalayarak Davalı No.1 ve/veya Davalılar tarafından kötü muameleye maruz kaldığı, dövüldüğü ve/veya darp edildiği konusunda bir tespit kararı ve tazminat ödenmesi hususunda emir ve hüküm verilmesini talep etti.

 Davacı daha sonra 1.3.2013 tarihinde dosyaladığı Tafsilatlı Talep Takririnde, özetle 19.7.2011 tarihinde Lefkoşa’da Kıbrıs Türk Hava Yolları (KTHY) binası önünde Anayasal hakkı olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını barışçıl bir şekilde kullandığı esnada, kendisine karşı fiziksel şiddet ve/veya darp ve/veya işkence ve/veya kötü muamele uygulayan Davalıların haksız fiilleri ve/veya fiziksel saldırıları ve/veya ihmalkârlığı ve/veya dikkatsizliği sonucu ve/veya alması gereken önlemleri almaması ve/veya kanuni vecibeleri hilafına hareketleri sonucunda genel ve özel zarara uğradığını iddia ederek Tafsilatlı Talep Takririnin (A)’dan (J)’ye kadar olan alt paragraflarındaki taleplerinde yer alan iddialarının tespitini ve zarar-ziyanın ödenmesini talep etti.

 Davalı No.1, Avukatı vasıtasıyla 7.6.2013 tarihinde Müdafaa Takriri dosyalayarak polis mensubu olduğunu, verilen emirleri yerine getirmesi nedeniyle dava edilemeyeceğini, gerçekte saldırıya uğrayanın kendisi olduğunu ileri sürdükten sonra Davacının taleplerini reddetmiştir.

 Başsavcılık vasıtasıyla Müdafaa
Takriri dosyalayan Davalılar No.2 ve No.3 Davacının iddialarını reddederek, Davacının eylemlerle birlikte kamu düzenini bozucu fiillerde bulunduğunu, Davacının eylemli saldırıda bulunduğunu, haklı dava sebebi olmadığını ileri sürerek davanın ret ve iptalini talep ettiler.

 Davacı Avukatı vasıtasıyla her iki Müdafaa Takririne karşı Müdafaaya Cevap Takriri dosyaladı.

İSTİNAF İLE İLGİLİ OLGULAR:

 Duruşma tutanakları ve sunulan emareler ışığında Alt Mahkemenin maddi ve hukuki olgular ile ilgili bulgularını aşağıdaki gibi özetleyebiliriz:

 Davacı, Davalı No.1’i kendisine yönelik eylemi gerçekleştiren polis olduğu, Davalı No.2’yi Polis Genel Müdürlüğü olması hasebiyle Davalı No.1’i istihdam eden, talimat ve yetki veren kurum, Davalı No.3’ü de Davalı No.2 Müdürlüğün işleyişini, yönetimini, disiplinini ve gözetimini denetleyen yetkili kurum sıfatıyla dava etmiştir.

 Dava konusu olay 19.7.2011 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı Recep Tayyip Erdoğan’ın resmi ziyarette bulunduğu ve 20 Temmuz resmi törenlerinin olduğu esnada, Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı’na yönelik olumsuz ifadeler içeren bir pankartın kendisi ve heyetinin takip edeceği yol güzergâhına asılması, mezkûr pankartın önünde protesto maksatlı toplanılması sonucunda pankartın indirilmesi ve yolun trafiğe açılması amacıyla polis tarafından yapılan girişim esnasında çıkan arbede sonucu meydana geldi.

 Davacı, Tanık Pembe Birinci, Salih Batak ve Çağlar Gulamkadir ile birlikte eylem yapan grubun içerisinde yer aldı.

 Toplantı ve eylem esnasında eyleme katılanlar kol kola girerek olumsuz ifadeler içeren pankartın indirilmesine mani olmak için dizilmiş, bu arada trafik akışı durmuştur.

 Polis pankartı indirmek ve yolu açmak için müdahalede bulunmuştur. Müdahale sırasında Davalı No.1 fiziki gücünü kullanarak Davacıyı yolda karşıdan karşıya geçirmiştir.

 Alt Mahkeme, şahadeti ve maddi olguları değerlendirdikten sonra özetle, polisin belirtilen eylemlerinin, konuk devlet yetkilisi aleyhine açılmış olumsuz içerikli pankartın indirilmesi amaçlı yapıldığını değerlendirerek pankartın indirilmesinin kamu yararının gerekliliği içerisinde olduğuna, eyleme katılanların pankartın indirilmesine izin vermemeleri sonucunda Davalı No.1’in herhangi bir teçhizat kullanmadan bu engeli aşmaya çalışması ve trafiğin akışının sağlanması amacıyla eyleme katılanları makul kuvvet kullanarak karşı şeride taşımasının kamu yararının sağlanması anlamına geldiğine, bu davranış veya sınırlamanın gösteri hakkının yasal sınırlamaları kapsamında olduğuna, Davalı No.1’in amirlerinin emrini yerine getirmesinde Davacıya karşı sorumlu olmadığına, bu çerçevede gerçekleştirdiği fiillerinin Davacının herhangi bir hakkını ihlal etmediğine, Davacıya yönelik bir darp eyleminin ispat edilemediğine bulgu yaparak Davalılar aleyhindeki dava ispat edilemediğinden davanın ret ve iptaline karar vermiştir.

İSTİNAF SEBEPLERİ:

 Davacının istinaf ihbarnamesinde 16 istinaf sebebi bulunmaktadır. Tüm istinaf sebeplerinin incelenebileceği ana istinaf başlığını aşağıdaki gibi özetleyebilirim:

**Muhterem Alt Mahkeme, Davalı No.1’in Davacıya karşı eylemli saldırıda bulunmadığına, Davacının toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının ihlal edilmediğine, Davalıların müştereken ve münferiden sorumlu olmadıklarına bulgu yapmakla ve Davacının tazminat taleplerini reddetmekle hata etmiştir.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI:

 Davacı Avukatı istinaftaki hitabında özetle, bu meselede Davalı No.1’in Davacıyı darp edip etmediği, haksız fiil kapsamında eylemli saldırıda bulunup bulunmadığı, bulunmuşsa bunun haklı sebebe dayanıp dayanmadığı, Davalıların sorumlulukları ve Alt Mahkeme kararının gerekçeli olup olmadığının önemli olduğunu, Davalı No.1’in fiziki müdahale ile Davacıyı yolun karşısına geçirdiğinin doğru olduğunu, emarelerden de bu durumun görülebileceğini, emareler incelendiğinde bu eylemin darp olduğunun aşikâr olduğunu, darp fiilinin Fasıl 148 Haksız Filler Yasası’ndaki karşılığının eylemli saldırı olduğunu, bu olayda teknik darp fiilinin oluştuğunu, doktor raporuna gerek olmadığını; Alt Mahkemenin darp fiilinin oluşmadığına ilişkin bulgusunun hatalı olduğunu, burada darbın yasal bir gerekçesinin bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini, Alt Mahkemenin bu çerçevede Anayasa’nın 32. maddesinin incelemesinde hata olmadığını, ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinde yer alan gösteri özgürlüğünün incelenmediğini, kısıtlama maksatlı müdahalelerde geçerli olan orantılılık ilkesinin değerlendirilmediğini, öngörülebilir olmayan soyut kamu menfaati ile ilgili düzenleme karşısında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin kriter olarak alınması gerektiğini, pankartın ifade hürriyeti çerçevesinde değerlendirilmediğini, pankartın indirilmesi gerekmediğinden kullanılan gücün orantılı olamayacağını, siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararların denge içerisinde değerlendirilmesi ve hakkı ortadan kaldıracak müdahalenin haksız fiil kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, Davalı No.1 verilen emri yerine getirdiği için Davalı No.2’nin de sorumlu olduğunu, bu nedenlerle istinafının kabulünü talep etmiştir.

 Davalı No.1 Avukatı özetle, Alt Mahkemenin görüntülerden bazı kareleri alıp Davacıyı çektiğine bulgu yapmasının hata olduğunu, ancak sonuçta doğru karar verdiğini, Davacı ve tanıklarının Mahkemeye temiz ellerle gelmediklerini, işi cinsel tacize kadar götürerek adaleti yanıltmaya çalıştıklarını, Davacının, Davalı No.1’in kendisini bıraktığını kabul ettiğini, Davacı Avukatının ileri sürdüğü darp tanımlamasına itirazı olmadığını, ancak burada Davacının düşünce hürriyetini veya gösteri hakkını ortadan kaldıran bir müdahale veya şiddetin Davacıya karşı uygulanmadığını, Davacının istintakı incelendiğinde Davacının tutarsız ve çelişkili şahadet verdiğinin açıklıkla görüleceğini, Davalı No.1’in polis olarak verilen görevi uygularken sorumlu tutulmasının hukuken mümkün olmadığını, 51/1984 sayılı Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası’nın 28. maddesi kapsamında makul güç kullanarak görevini yerine getirdiğini, konuk Başbakanın KKTC Cumhurbaşkanı’na gideceği yol güzergâhını kesmenin protesto hakkını kullanan kişilerin hakkı olmayan bir davranış olduğunu, neticede Alt Mahkemenin doğru sonuca ulaştığını, istinafın reddi gerektiğini ileri sürmüştür.

 Diğer Davalıları temsilen Mahkemeye hitap eden Başsavcılık, Alt Mahkemenin kararında hata olmadığını, bu davada hak ihlalinin tespitinin talep edilmediğini, Alt Mahkemenin kamu yararı gözeterek kullanılan gücü makul addetmesinde hata olmadığını, istinafın reddedilmesi gerektiğini ileri sürdü.

İNCELEME:

 Dava layihaları, tutanaklar, sunulan emareler, tarafların iddia ve argümanları incelenip değerlendirildi.

 Kararın “İSTİNAF SEBEPLERİ” başlığı altında belirlediğim ana istinaf başlığı şöyledir:

**Muhterem Alt Mahkeme, Davalı No.1’in Davacıya karşı eylemli saldırıda bulunmadığına, Davacının toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının ihlal edilmediğine, Davalıların müştereken ve münferiden sorumlu olmadıklarına bulgu yapmakla ve Davacının tazminat taleplerini reddetmekle hata etmiştir.**

Huzurumuzdaki istinafa konu olay, 19.7.2011 tarihinde Lefkoşa’da Bedrettin Demirel Caddesi üzerinde bulunan

eski Kıbrıs Türk Hava Yolları (KTHY)binası önünde Davacının da

dahil olduğu protesto toplantısı veya gösterisinin gerçekleştirildiği sırada meydana gelmiştir.

Alt Mahkeme Davacının davasındaki iddia ve taleplerine bağlı olarak ispatlanması ve incelenmesi gereken uyuşmazlık konularını (3) başlık altında toplamış ve bunları,

1. Davacının, Davalılar tarafından ihmal ile dikkatsizce, kasten ve yasal yetkilerin ihlal edilmesi suretiyle darp edildiği,
2. Davalıların, gösteri ve toplanma özgürlüğünü kısıtladıkları, ve
3. Davalılar tarafından darp edilmesi ve gösteri yapma, toplanma hakkının engellenmesi sonucunda Davacının özel ve genel zarar-ziyana uğradığı,

şeklinde izah etmiştir.

Davacının Hukuk Muhakemeleri Usulü Tüzüğü Emir 2 n.1 altında dosyaladığı dava celpnamesi ve daha sonra dosyaladığı Tafsilatlı Talep Takriri incelendiğinde, Davacının, 19.7.2011 tarihinde Lefkoşa’da Bedrettin Demirel Caddesi üzerinde bulunan KTHY eski binası önünde bir grup vatandaş ile Anayasal hakkı olan toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını barışçıl bir şekilde kullanırken, Davalıların haksız fiilleri ve/veya fiziksel saldırıları ve/veya ihmalkârlığı ve/veya dikkatsizlikleri ve/veya almaları gereken önlemleri almamaları sonucu Davacının ciddi şekilde darp edildiği ve/veya fiziki saldırıya uğradığı ve/veya ağır şekilde yaralandığı ve toplum nezdinde küçük düşürüldüğü, özel ve genel zarar ziyana uğratıldığını iddia ederek, talepte bulunduğu görülmektedir.

Tafsilatlı Talep Takririndeki iddiaları dikkate aldığımda, Alt Mahkemenin yukarıda 3 başlık altında belirtmiş olduğu hususların dava sebebiyle doğrudan alakalı iddia ve talepler olduğu anlaşılmaktadır.

Davadaki iddialara göre, Davalı No.1 veya Davalıların Davacıya karşı güç kullanıp kullanmadığı, kullanmış ise bunun eylemli saldırı kapsamında olup olmadığı, Davalı No.1’in veya Davalıların ihmalde bulunup bulunmadığı, Davacının Anayasadan kaynaklanan toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının ihlal edilip edilmediği ve Davacının zarar ziyana uğrayıp uğramadığı konularının istinaf sebepleri kapsamında incelenmesi gereken esas uyuşmazlık konuları olduğunu belirtmek isterim.

Davacının iddialarının temelinde, Davalı No.1’in ve/veya Davalıların Davacıya karşı eylemli saldırıda bulunduğu ve görevlerini ihmal ettikleri iddiası yer aldığından öncelikle eylemli saldırı ve ihmalkârlık iddiaları üzerinde durmamız gerekmektedir.

 Eylemli Saldırı haksız fiili, Fasıl 148 Haksız Fiiller Yasası’nın 26. maddesinin İngilizce ve Türkçe metinlerinde Eylemli Saldırı (Assault) yan başlığı altında şöyle tanımlanmıştır:

**26(1). Assault consists of intentionally applying force of any kind whether by way of striking, touching, moving, or otherwise, to the person of another, either directly or indirectly, without his consent, or with his consent if the consent is obtained by fraud, or attempting or threatening by any act or gesture to apply such force to the person of another if the person making the attempt or threat causes the other to believe upon reasonable grounds that he has the present intention and ability to effect his purpose.**

 **(2). Fort the purposes of this section, the expression ”applying force” includes applying heat, light, electrical force, gas, odour or any other substance or thing whatever if applied in such a degree as to cause damage.**

**26(1). Eylemli saldırı, vurmak, dokunmak, itmek, kımıldatmak, hareket ettirmek suretiyle veya başka biçimde herhangi bir kişinin şahsına karşı, rızası olmaksızın, veya rızası hile yoluyla alınmışsa rızasıyla, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kasten herhangi bir suretle zor kullanılmasını, veya herhangi bir fiil veya jestle başka birisinin şahsına bu biçimde zor kullanma teşebbüs veya tehdidinde bulunmasını anlatır. Ancak teşebbüs veya tehdit halinde zor kullanma teşebbüs veya tehdidinde bulunan kişinin, amacını o sırada yerine getirmeye niyetli ve muktedir olduğuna dair, diğer kişide, makul sebeplere dayanan bir kanı uyanmasına sebebiyet vermesi gerekir.**

 **(2). Bu madde amaçları bakımından “zor kullanma” deyimi, zarar verecek ölçüde kullanıldığında zarara sebebiyet veren ısı, ışık, elektrik gücü, gaz, koku veya herhangi başka bir madde veya şey kullanımını da kapsar.”**

 Bu mesele açısından öncelikle Yasa’nın 26. maddesinde yer alan eylemli saldırı fiilinin tanımını ve unsurlarını belirlemek gerekmektedir.

 Yukarıda Türkçe tercümesini de iktibas ettiğim ve tercümede eylemli saldırı olarak ifade edilen, “assault” haksız fiilinin yer aldığı 26. maddenin orijinal İngilizce metninden görüleceği gibi (1). fıkra “assault consists of intentionally applying force of any kind” tümcesiyle başlamaktadır. Buradaki güç kullanma niyetinden neyin anlaşılması gerektiğinin tespitini yapmak gerekmektedir.

 Mehaz içtihatlardaki prensipler üzerine kurulan Tumba v Loutsios davasındaki hükümde bu durum şöyle izah edilmiştir:

 **“This tort is defined in section 26 of the Civil Wrongs**

**Law, Cap 148, as the intentional application of force of any kind to person without his consent. The concept of intention involves consequences which a man not only foresees that they may result, but also desires that they should do so. Intention is thus contrasted with negligence, which brings about an event which reasonable men would have foreseen or avoided. We have therefore an element of involuntary inadvertence in negligence.(See Smith and Hogan, Criminal Law, 2nd edition, pp 37 and 40 and Kenny’s Outlines of Criminal Law 16 th edition, pp 27 and 29) The necessity of proving intention in an action for trespass to the person was discussed in Fowler v lanning (1959) I ALL ER.290 (And See Also letang v Cooper (1964) 2 All ER.929).(Tumba v Loutsios (1975) IJ.S.C.115)”**

Bu iktibasa göre, eylemli saldırı haksız fiilinin Fasıl 148 Haksız Filler Yasası’nın 26. maddesindeki tanımı, bir kişiye kasti bir şekilde, onun izni olmaksızın, herhangi bir güç uygulamaktır. Niyet, güç uygulayan kişinin sadece o sonucu öngörebilmesini değil, o sonucun doğmasını istemesiyle oluşur. Bu açıdan eylemli saldırıdaki niyet, ihmalkârlıktan farklıdır. İhmalkârlıkta makul bir kişinin öngörebileceği ya da o sonucun doğmasını önleyebileceği veya kaçınabileceği bir durum vardır. Bu nedenle, ihmalkârlıkta istem dışı bir dikkatsizlik söz konusudur. Kişiye karşı eylemli saldırı davalarında niyeti kanıtlamanın gerekliliği Fowler v Lanning (1959) IALL ER, 290 ve Letang v Cooper (1964)2 All ER, 929) davalarında da belirtilmiştir.

Eylemli saldırı bakımından kasıt ve ihmal arasındaki farkı ortaya koyan ve iktibas edilen kısımda referansı verilen Fowler v Lanning davasında, davalının fiilinden dolayı zarar gördüğünü iddia eden bir davacının, eylemli saldırı ile zarar gördüğünü iddia etmesi halinde davalının fiilikastengerçekleştirdiğini, alternatif olarak ihmal nedeniyle zarara uğradığını iddia ediyorsa, ihmali gösteren olguları ileri sürerek ihmalin oluştuğunu ispatlamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

(In action for tresspass to the person the onus of proof of the defendant’s intention or negligence lay on the plaintiff and the plaintiff either must allege that the shooting was intentional on the part of the defendant or must allege that the defendant was negligent, stating the facts alleged to constitute the negligence).

Aynı şekilde Güney Kıbrıs’ta neticelendirilen Raşit Ali v David Braybrook (1972) J.S.C.1082 davasında, dava sebebinin eylemli saldırıya dayandırıldığı hallerde; Davalının fiili kasten yapması halinde Fasıl 148 Haksız Fiiller Yasası’nın 26. maddesi altında eylemli saldırıdan sorumlu olacağına, fiilin eylemli saldırı niyetiyle yapılmadığının ispatlanması halinde ise ihmalden dolayı sorumlu tutulabileceğine karar verilmiştir. (Act done intentionally-Defendant quilty assault-moreover even if defendant were found not to have acted intentionally he is quilty of negligence).

 Benzer hukuk sisteminin uygulandığı ülkemizde de durum aynıdır. Buna göre, bir kişinin kullandığı fiziki güç nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden biri, dava sebebini eylemli saldırıya dayandırabileceği gibi alternatif olarak, ihmalden zarar gördüğünü de iddia edebilir. Böyle bir durumda davalının gücü kasten gerçekleştirdiği ispatlanırsa eylemli saldırıdan, kasıtlı olmadığı ortaya çıktığı takdirde ise ihmalden sorumlu tutulması mümkündür.

Yukarıda çok açık şekilde izah edildiği gibi bir kişinin, başka bir kişiye karşı kasten, onun rızası olmaksızın herhangi bir güç uygulaması eylemli saldırı haksız fiilinin oluşması için yeterlidir.

Güç kullananın niyeti belirlenirken kişinin sadece sonucu öngörebilmesine değil, o sonucun doğmasını isteyip istemediğine de bakmak gerekmektedir.

Eylemli saldırı haksız fiilinin tanımını huzurumuzdaki uyuşmazlık bakımından değerlendirecek olursam, Davalı No.1’in veya Davalıların eylemli saldırı fiilinden sorumlu tutulabilmesi için polis olan Davalı No.1’in veya polis mensuplarının Davacıya karşı kasten ve rızası olmaksızın güç kullandığının Davacı tarafından ispatlanması gerekmektedir.

Burada unutulmaması gereken husus, polis olan Davalı No.1’in kanuni görevini yerine getirirken makul olarak kullanmak zorunda kaldığı meşru amaçlı orantılı gücün haksız fiil ve buna bağlı oluşacak sorumluluğun vasıtası olarak değerlendirilemeyeceğidir. İleride değineceğim gibi, meşru amaçla orantısız olarak kullanılan aşırı güç veya Davacının yasal bir hakkını ihlal ederek kullanacağı herhangi bir güç, kanuni vecibelerin yerine getirilmesi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden, böyle durumlarda haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun oluştuğuna bulgu yapılması hukuken mümkün olacaktır.

Bu meselede Davacı, davasında alternatif dava sebebi olarak ihmalkârlığı da ileri sürmesine rağmen davasını eylemli saldırı altında sürdürmüş, Alt Mahkemenin kararından sonra ihmal iddiaları ile ilgili herhangi bir istinaf sebebi ileri sürmemiştir. Bu sonuca göre, Davacı davasını eylemli saldırı dava sebebi temelinde yürüttüğünden, ihmalkârlık ile ilgili iddialarının istinaf aşamasında incelenmesi mümkün değildir.

Bu esaslar çerçevesinde Davacının iddialarını istinaf sebeplerine bağlı olarak incelerken önce Davalı No.1’in Davacıya karşı güç kullanıp kullanmadığını belirlemek gerekmektedir.

Alt Mahkeme, huzurundaki şahadeti değerlendirdikten sonra Davalı No.1’in Davacıya karşı fiziki güç kullandığı bulgusuna varmıştır. Alt Mahkemenin bulgusu şöyledir:

**“Netice itibarıyla, Davacının iddia ettiği gibi Davalı No.1, Davacıyı karşıdan karşıya fiziki gücünü kullanarak taşımış olduğu hususunda bulguya varırım.(Mavi 249).”**

Davacı Avukatı istinaf ihbarnamesinde yer alan 3. İstinaf sebebinde, Alt Mahkemenin Davalı No.1’in eylemleri ile ilgili hatalı bulgu yaptığını iddia etmiş ve Davalı No.1’in uyguladığı fiziki güç bulgusunu istinaf konusu yapmıştır. Mezkûr 3. İstinaf sebebi aynen şöyledir:

**“3. Mahkemeye emare olarak sunulan Bayrak Radyo Televizyon Kurumu tarafından çekilen görüntüden oluşan Emare 3 CD’nin 9. Dakikasının 37.,38. ve 39. saniyelerinde ve diğer kısımlarında Davalı No.1’in Davacıya temas ettiği, çektiği, sürüklediği ve/veya darp ettiği görülmesine rağmen Davalı No.1’in Davacıya yönelik bir eylem veya darp fiilinin olmadığı yönünde bulgu yapması hatalıdır.”**

Davacı Avukatının istinaf konusu ettiği Emare No.3 CD’nin belirtilen 9. Dakikasının 37,38 ve 39. saniyeleri incelendiğinde, göstericilerin KTHY binası önünde konuşma yaptıkları, pankart taşıdıkları, kalabalık bir kitlenin yolun kenarında olduğu, bu esnada trafiğin aktığı ve polislerin yolun karşı tarafında beklediği, daha sonra bir grup göstericinin öne çıkarak kol kola girdiği ve yolun ortasına doğru geldikleri, Davacının bu grubun tam arkasında olduğu, gösterici grubunun yol içerisine doğru gelmesiyle polislerin onlara doğru hareket ettikleri ve elleriyle bedensel güç kullanarak göstericileri yolun kenarına çıkarmaya çalıştıkları, aralarında itişme olduğu, bu sırada Davalı No.1’in öne çıkarak başka bir kişiyi ellerinden tutarak çektiği, oluşan hareketlenme içerisindeki itişmeler sırasında Davalı No.1’in Davacıya fiili olarak temas ettiği, bunun dışında Davacıyı çekme, taşıma gibi fiilleri olmadığı, Davalı No.1’in bileklerinden tutarak çektiği kişinin Davacı olmadığı, Davacının polis tarafından sürüklenmediği, ellerinden tutulmadığı, çekilmediği açıklıkla görülmektedir.

Bu gerçeğe göre Davacı, ne iddia edildiği gibi Davalı No.1 tarafından çekilip sürüklenmiş ne de Alt Mahkemenin yukarıda iktibas ettiğim bulgusunda belirttiği şekliyle yolda karşıdan karşıya taşınmıştır. Bu gerçekten hareketle 9/1976 sayılı Mahkemeler Yasası’nın 37(3) maddesindeki yetkiyi kullanarak, olgular ile ilgili olan ve istinaf konusu edilen Davalı No.1’in Davacıya karşı uyguladığı fiziki gücün şekli veya niteliği konusunda Alt Mahkemenin bulgusuyla bağlı olmadığımı ve Emare No.3 CD’nin içeriğinden çıkan sonuca göre olayın meydana gelişini; Davalı No.1’in, diğer polislerle birlikte aralarında Davacının da bulunduğu göstericileri bedensel fiziki güç kullanarak yol dışına çıkarmaya çalıştıkları esnada yol içerisinde meydana gelen itişmede, Davalı No.1 ile Davacı arasında fiziki temas oluşması sonucunda Davacının bedensel fiziki güce maruz kaldığı şeklinde değerlendireceğimi belirtirim.

Bu safhada, Davalı No.1’in diğer polis memurlarıyla birlikte aralarında Davacının da bulunduğu yola giren göstericileri yolun dışına çıkarmak isterken Davacıya karşı uyguladığı gücün, Anayasa ile teminat altına alınan toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının ihlali ve eylemli saldırının gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini istinaf sebepleri kapsamında incelemem gerekmektedir.

Davacı Avukatına göre, Davacı, Anayasa’nın 32. maddesiyle güvence altına alınan Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı’nı kullandığı sırada bu hakkın ihlali suretiyle yapılan bir müdahalede kullanılan gücün makul olup olmadığının önemi yoktur. Fiil teknik olarak işlense dahi, tazminatı gerektirecek eylemli saldırı fiilinin oluştuğunu kabul etmek gerekmektedir.

Davacı Avukatının iddiası hukuken doğrudur. Davalı No.1 veya Davalıların müdahalesi Davacının Anayasal hakkını ihlal eder nitelikte ise Davacının rızası olmaksızın maruz kalacağı herhangi bir güç karşısında makuliyet ölçüsü veya orantılılık aranmaz. Böyle bir fiil teknik anlamda oluşmuş olsa dahi eylemli saldırı haksız fiilinin gerçekleştiği sonucuna varılabilir.

Huzurumuzdaki davada olay gösteri yürüyüşü sırasında meydana geldiği için Anayasa’nın 32. maddesi ile güvence altına alınan Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı’nın ihlal edilip edilmediğini öncelikle incelemem gerekmektedir.

Dava konusu olay kararın “İSTİNAF İLE İLGİLİ OLGULAR” bölümünde belirttiğim gibi 19.7.2011 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti Başbakanının 20 Temmuz törenleri için KKTC’de bulunduğu bir sırada, aracının geçeceği güzergâh üzerinde protesto içeren pankartların önünde toplanan ve gösteri yapan kalabalığa polisin müdahale etmesi neticesinde meydana gelmiştir.

Anayasa’nın 32. maddesinde yer alan, “Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı’na” göre, Yurttaşlar önceden izin almaksızın, silahsız ve saldırısız toplanma ve gösteri yürüyüşü yapma hakkına sahiptir. Bu hak, kamu düzenini korumak için yasa ile sınırlanabilir.

Bu hak, Anayasa’da, “Temek Hak ve Özgürlükler” başlığı altında yer almaktadır.

 Anayasa’nın 11. maddesi ise “Temel Hak ve Özgürlüklerin Özü ve Sınırlanması’nı” düzenlemektedir. Bu maddeye göre, temel hak ve özgürlükler özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabilmektedir.

Ülkemizde toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kısıtlanması ve kullanılmasındaki sınırlama veya hak ihlali ile ilgili ölçütleri belirlerken 39/1962 sayılı Yasa ile benimsediğimiz ve yürürlükteki mevzuat kapsamında olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kurallarını dikkate almamız ve Sözleşmenin uygulanması ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin prensiplerini ve koyduğu kriterleri göz önünde bulundurmamız, bu kriterleri yürürlükteki cari mevzuatımız ile uyumlu bir şekilde uygulamamız gerekmektedir.

Alt Mahkemenin de belirttiği gibi, Fasıl 32 Toplantılar ve Toplu Halde Yürüyüşler Yasası’na göre bu tür toplantılar izne tabi olmakla birlikte, Anayasa’nın 32. maddesinin gereği olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü yapmak için izin alınması gerekmemektedir.

Polisin yetki ve görevleri, 51/1984 sayılı Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası’nın 8. maddesinde düzenlendiğinden, mezkûr Yasa altındaki düzenlemenin temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı nitelikte yetkiler içeren yasa olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Yasa’nın 8. maddesinin ilgili fıkraları şöyledir:

**“Polis 8. Polis Örgütünün yetki ve görevleri şunlardır:**

**Örgütünün (1)Devletin iç güvenliğini ve kamu düzenini**

**Yetki ve sağlamak ve korumak;**

**Görevleri ……………………………………………………………………………………………**

 **(6)Sulh ve sükunu, kamu huzurunu, nizam ve**

 **asayişi sağlamak ve korumak;**

 **……………………………………………………………………………………………**

 **(19)Kamu yollarında, sokak ve caddelerde**

 **geçitlerde, hava alanlarında ve limanlarda**

 **kamuya açık yerlerde ve eğlence yerlerinde**

 **düzeni, sulhu ve sükunu sağlamak ve korumak;**

 **……………………………………………………………………………………………**

 **(20)Kamu yararının gerektirdiği özel durumlarda,**

 **resmi törenlerde ve anma günlerinde,**

 **toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde ve yasal**

 **her tür toplantıda nizam ve asayişi korumak;**

 **suçları önlemek ve ortaya çıkarmak amacıyla,**

 **belirli yol, cadde ve sokakları belirli süre**

 **veya sürelerle trafiğe kapatmak veya**

 **trafiğin yönünü değiştirmek;”**

Maddenin içeriğinden çok açık şekilde anlaşılacağı gibi Polisin kamu yollarında, sokak ve caddelerde kamu yararının gerektirdiği özel durumlarda, resmi törenlerde ve anma günlerinde toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde ve yasal her tür toplantıda nizam ve asayişi korumak, suçları önlemek ve ortaya çıkarmak amacıyla, belirli yol cadde ve sokaklarda tedbir alma hakkı ve ödevi vardır.

Öngörülen kısıtlamalar ve düzen sağlama yükümlülüğü, kamu düzeni ile Anayasal hakların kullanılması arasındaki denge gözetilerek kullanılmalıdır. Bir tarafta hakkı kullananların haklarını kullanması için uygun tedbirler alınması gerekirken diğer tarafta kamu düzenini bozucu hareketlerin önlenmesi ve herkesin güvenliğinin sağlanması gerekir. Tedbirler ve müdahaleler hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde gerçekleştirilemez.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki düzenlemede de sınırlamalar öngörülmektedir. Ancak, bizim hukuk sistemimiz bakımından önemli olan kendi Anayasamız ile uyumlu ölçüt ve sınırlamaların kriterlerini belirlemektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarına göre toplanma özgürlüğü, çoğunlukla ifade özgürlüğünün toplu (kolektif) biçimde kullanılmasıdır. Bu sebeple toplanma özgürlüğü ifade özgürlüğüne göre özel hüküm (Lex specialis) niteliğinde olup toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğünün kullanılmasını sağlayan araçlardan yalnızca biridir. Toplanma özgürlüğünün varoluşu ifade özgürlüğüne bağlıdır. Buna göre, ifade özgürlüğü ile güvence altına alınan kişisel görüşlerin korunması barışçıl toplanma özgürlüğünün de hedeflerinden biridir(Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Gülcü V Türkiye, Appl.No.17526/10, 19.1.2016 para 76).

Bu nedenle toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğünün tatmin edici şekilde ve kolektif olarak kullanılmasının öznesini teşkil ettiğinden, topluluğun ortak olarak vermek istediği mesajın ifade edilebilmesi, çoğu zaman bir birinden ayrı tutulması düşünülemez(Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Çelebi and other v Turkey Appl.No.37273/10,24.5.2016 para l109).

Bunun sonucu olarak, ifade özgürlüğünün kullanılış biçimi bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Taranenko v Russia Application No.19554/05,13.10.2014, para.63’de ifade edilen prensipler bizim yasal mevzuatımız bakımından da geçerliliğini korumakta ve toplumun sadece geneli tarafından kabul gören görüşler değil, geneli tarafından benimsenmeyecek görüşler de koruma kapsamına girmektedir. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik demokratik toplumun gereksinimi olarak kabul edilir.

Ancak toplanma özgürlüğünün kısıtlanması ve müdahale kriterleri, gerek Anayasamız gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlendiğinden buradaki kısıtlama ölçütünü belirlemek gerekmektedir.

Böyle bir inceleme yaparken özgürlüklerin, somut olay bağlamında, toplantı ve gösteri yapma hakkı ve ifade özgürlüğünün Anayasadaki yorumunu yaparak Anayasa Mahkemesinin yetki alanına girecek değilim. Burada sadece Anayasal güvence sayılacak, uyuşmazlığa konu temel hakkın güvence kapsamı ve sınırları açısından sadece kendi norm alanı ile sınırlıyız. Meseleye bu açıdan baktığımda, kısıtlama kriteri için Anayasa’nın 32. maddesi bakımından kamu düzeni ölçütünü; “Düşünce Söz ve Anlatım Özgürlüğü’nü” düzenleyen Anayasa’nın 24. maddesinin (3). fıkrası bakımından ise, özgürlüğün kullanılması, ulusal güvenlik, Anayasal düzen, kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak yararı için veya başkalarının şöhret veya haklarının korunması veya bir sırrın açıklanmasının önlenmesi veya yargının otorite veya tarafsızlığının sürdürülmesi için gerekli ve yasanın koyduğu yöntemlere, koşullara, sınırlamalara ve cezalara bağlı tutulabileceği ölçütünü dikkate alacağım. Dolayısıyla yapılacak inceleme Anayasaya aykırılık değil, hakkın ihlali incelemesidir.

Bir hukuk davasında, Anayasal bir hakkın ihlal edildiği iddiası ile karşılaşıldığında, Anayasanın kısıtlama için öngördüğü ölçütler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, “meşru amaç” ve “demokratik toplumda gereklilik” ilkeleri ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu nedenle, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı ve müdahale için ortaya konan gerekçenin uygun ve yeterli olup olmadığının belirlenmesi davanın bütünü içerisinde belirlenmelidir(Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Gün ve Others Appl.No.8029/2007, 18.6.2013 para 75). Bu kapsamda Mahkeme, müdahaleyi değerlendirirken, zorunlu toplumsal ihtiyaç ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ölçütlerini de dikkate alarak, özgürlük ve otorite arasındaki dengenin temelini bu esaslar çerçevesinde belirlemelidir. Bu kapsamda müdahalenin meşruluğu ve müdahale teşkil eden tedbirin oluşumunun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir.

Meseleye bu açıdan bakıldığında, bir toplantı veya gösteri yürüyüşünde belirlenen Anayasal sınırlamalara ve polise müdahale hakkı veren yasal sebeplere riayet edilmemesi halinde polisin müdahale yetkisi olduğu açıktır. Ancak bu müdahale, hiçbir şekilde Anayasa ile teminat altına alınan hakkın özünü, demokratik toplum düzenini ve orantılılık ilkesini ihlal edecek şekilde ve nitelikte olamaz.

Davacı Avukatı, özellikle istinaf aşamasında, toplantı ve gösteri yürüyüşü kapsamında ifade özgürlüğünün de ihlal edildiğini ve pankart alınmasına veya indirilmesine yönelik müdahalenin yasal olmadığını, hak ihlali olduğunu ileri sürmüştür.

Alt Mahkemenin pankart kaldırılması ve müdahaledeki kamu yararı ile ilgili bulgusu şöyledir:

**“Çıkan olaylar sonrasında polis memurları eylemcileri KTHY binasının önünden alıp karşı kaldırıma geçirmiş ve pankarta ulaşıp indirilmesini sağlamıştır.**

**Polisin yukarıda belirtilen eylemleri konuk bir devlet yetkilisi aleyhine asılmış olumsuz ifadeler içeren pankartın indirilmesi amacı kapsamında olup yukarıda belirtilen kamu yararı gereklilikleri içerisindedir ve pankartın indirilmemesi bir saygısızlık ve diplomatik bir nezaketsizlik olacaktır. Bu nedenle mezkur pankartın indirilmesi kararı kamu yararı içerisinde olan bir eylemdir.**

**Aynı şekilde bu pankartın indirilmesine izin verilmemesi ve kol kola girilerek geçişe izin verilmemesi sonrasında Davalı No.1 tarafından herhangi bir teçhizat kullanılmadan bu engeli aşmaya çalışılması, eylemcilerin pankartın indirilmesine müdahale edilmemesi ve trafiğin akışının sağlanması amacı ile karşı şeride taşınması da eylemin makul kuvvet kullanılarak sonlandırılması ve kamu yararının sağlanması anlamına gelmektedir.**

**Keza mezkur toplantının dağıtılması, eylemin sonlandırılması kamu yararı için gerekli olup bu sınırlama toplantı ve gösteri hakkının yasal sınırlamaları içerisindedir.**

**Polis Kuvvetlerinin diplomatik kuralların ihlal edilmemesi amacıyla Türkiye Cumhuriyeti Başbakanına yönelik toplantı ve gösteri yapılması ve pankart asılması eylemini sonlandırılması için yapılan eylemleri kamu yararı içerisinde olup Davalı No.1’in de bu yönde almış olduğu talimatı yerine getirerek Davacıyı karşı kaldırma geçirmesi herhangi bir hak ve özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğurmamaktadır.”(Mavi 251-252)**

 Alt Mahkemenin kamu yararı bulgusunda iki temel kriter bulunmaktadır. Birincisi rahatsızlık, saygısızlık ve diplomatik nezaketsizlik içeren pankartın indirilmesi, ikincisi de trafiğin akışının sağlanması.

Her şeyden önce bazı grupların başka bir grupta veya toplumun genelinde rahatsızlık yaratacak düşüncelerini açıklamaları yasak olmadığı gibi, diplomatik teamüller, kamu yararı bakımından Anayasa ile teminat altına alınan bir hakkın ihlal edilmesini geçerli ve haklı çıkarmaz. Ancak bu durum bir grubun toplanarak suç sayılan eylemleri yapabilecekleri veya başka insanların temel hak ve özgürlüklerini kullanmasına mani olabilecekleri anlamına gelmez.

Meseleye bu açıdan bakıldığında, pankart indirilmesi ile ilgili polis müdahalesinde, başta ifade hürriyeti olmak üzere toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edildiğini ileri süren Davacının, davasında pankartın içeriğini dava sebebi yapması ve bu içeriğin engellenerek hakkın ihlal edildiğini ileri sürerek bu konuda şahadet sunması gerekmektedir.

Pankartın içeriğinin Müdafaa Takririnde ileri sürülmesi, ifade hürriyetini hak ihlali bakımından Talep Takririndeki dava sebebi haline getirmez. Davacının Tafsilatlı Talep Takririnde bu iddialara yer verilmediği gibi, istinaf ihbarnamesinin 8 ve 9. paragraflarında polis müdahalesinin pankartı almak amacıyla değil göstericileri dövmek amacıyla yapıldığını ve pankartın polis tarafından alınmadığı, Alt Mahkemenin pankartın alındığına dair bulgusunun hatalı olduğu iddia edilmiştir. Esasen bu iddia, Davacının davasının esasını teşkil etmekte ve Davalı No.1’in veya Davalıların, Davacıyı veya göstericileri dövmek amacıyla harekete geçtikleri iddiası bakımından tutarlılık göstermektedir.

Alt Mahkeme huzurundaki şahadet ve Emare CD’den görüldüğü üzere, pankartta ifade edilen sözlerin yer aldığı bir çok pankartın bulunduğu gösteri yürüyüşünde, göstericilerin düşüncelerini sergiledikleri pankartları taşıdıkları, bu pankartlara doğrudan müdahale olmadığı anlaşıldığından ifade hürriyeti bakımından ihlal bulgusu yapılması olanağı yoktur.

Davalıların ifade hürriyetine yönelik ihlalinden bahsedilemeyeceğine göre, bu aşamada geriye, trafik akışının sağlanması için yapılan müdahale kalmaktadır. Trafik akışının sağlanması için yapılan müdahale daha önce iktibas ettiğim Polis yetkileri dahilinde olup polisin trafiğin akışının sağlanması için müdahale hakkı olduğunun kabul edilmesi gerekir. Göstericiler arasında bulunan Davacının, kol kola girerek öne çıkan göstericilerin arkasında onlarla birlikte yola girerek gösteri yaptıkları bir sırada yoldaki trafik akışının durduğu, aksadığı ve mezkûr yol güzergahının misafir ülke Başbakanının geçiş güzergâhı olduğu şahadetle sabittir. Bu anlamda, yolun açık tutulması gerektiği olgusu göstericiler veya Davacı bakımından öngörülebilir olmayan bir durum değildir.

Daha önce kriterleri belirlerken ifade ettiğim gibi kamu düzeni bakımından, Anayasal hakkını kullananlar ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması arasındaki dengenin gözetilmesi esastır.

Sunulan şahadet ile ortaya çıkan gerçek, mezkûr mahalde toplantı ve gösteri yürüyüşü yapan kişiler ile yolu kullanacak diğer kişilerin hakları arasındaki dengenin bozulduğu ve aralarında Davacının da bulunduğu bir grup göstericinin öne çıkarak yola girmesiyle trafiğin durma noktasına geldiği ve akışının aksadığıdır. Bu kapsamda yolun trafiğe kapanmaması için polis tarafından yapılan müdahalenin alınan tedbirler bağlamında Davacı bakımından öngörülebilir nitelikte, meşru amaçlı olduğu bu anlamda Davacının Anayasadan kaynaklanan toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının ihlal edilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle Alt Mahkeme, Davacının hak ihlali iddiasına itibar etmemekle hata etmedi.

Davacıya karşı hak ihlaliyle gerçekleştirilmiş bir müdahale olmadığı belirlendikten sonra şimdi değerlendirilmesi gereken ikinci husus, Davalı No.1 tarafındanDavacıya yapılan fiziki müdahalenin kasten gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir.

Davacının davası talep şerhinden başlayarak incelendiğinde, talep şerhinde eylemli saldırı fiilinin Davalı No.1 tarafından gerçekleştirildiğinin iddia edildiğini, Tafsilatlı Talep Takririnde Davalıların haksız fiilleri şeklinde genişletilmiş bir iddianın yer aldığı ancak Tafsilatlı Talep Takririndeki eylemli saldırı ve ihmal iddialarına bakıldığında Davalı No.2’ye bağlı polislere yönelik bir iddia olmadığı Davalı No.2’nin, Davalı No.1’e yetki veren ve daha sonra tasdik eden kamu kuruluşu sıfatıyla dava edildiğinin iddia edildiğini, eylemli saldırı iddialarının temelinde Davalı No.1’in Davacıya olan eylemi olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, konunun bu çerçevede ele alınması gerekmektedir.

Kararın başlangıcında belirttiğim gibi eylemli saldırıda niyet (kast) belirlenirken, kişinin, sadece eyleminin sonucunu öngörebilmesini değil aynı zamanda o sonucun doğmasını isteyip istemediğinin de tespit edilmesi gerekmektedir.

Huzurumuzdaki davanın ispatlanmış olgularına göre, Davalı No.1 dahil olmak üzere orada görevli polislerin, aralarında

Davacının da bulunduğu gösterici kitlesini yoldaki trafiğe engel olmamaları amacıyla rızaları olmaksızın bedensel fiili güç kullanarak yolun kenarına veya dışına çıkarmaya çalıştıkları sabittir.

Burada uygulanan güç, yola giren göstericileri, rızaları olmaksızın yolun kenarına veya dışına çıkarmak olduğuna göre, Davalı No.1’in uyguladığı gücün sonucunu öngörebileceği ve aynı zamanda istediği de kabul edilmelidir. Davalı No.1’in niyetinin Davacının da içinde bulunduğu gösterici gruba karşı güç kullanmak olduğu ortaya çıktıktan sonra Davalıların Davalı No.1’in bu fiilinden sorumlu oldukları sonucuna varılabilmesi için, Davalı No.1’in kanuni görevini ifa ederken, yetkisiyle bağdaşmayan, meşru amaç ile orantısız güç kullandığına bulgu yapılması gerekir.

Huzurumuzdaki davada olayın Davalı No.1’in görevini ifa sırasında meydana geldiği konusunda ihtilaf yoktur. Daha önce iktibas ettiğimiz 51/1984 sayılı Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası’nın 8. maddesinin içeriğinden anlaşılacağı gibi, polisin toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde suçları önlemek, nizamı korumak amacıyla belirli yol, cadde ve sokaklarda tedbir almak hakkı bulunmaktadır. Böyle bir hakkı kullanmak maksadıyla gerçekleştirilen fiillerin kamu yararı ölçütünde meşru bir amaca yönelik olduğu kabul edilir. Burada önemli olan uygulanan tedbirlerin veya yapılan müdahalenin meşru amaçla orantısız, aşırı güç ile ifa edilip edilmediğidir.

Davalıların buradaki müdafaaları müdahale yetkisini veren 51/1984 sayılı Yasa’dan kaynaklanmaktadır. Nitekim, Davalılar bu hususu Müdafaa Takrirlerinde açıkça ileri sürdüler ve yasal görevin yerine getirildiğini iddia ettiler.

Davacı tarafından istinaf konusu edilen Emare No.3 CD.deki görüntülerde yer alan gerçekleri, Davacıyı ilgilendirdiği oranda dikkate aldığımda, Davalı No.1’in doğrudan Davacıyı hedef alan davranışı olmadığı, diğer polislerle birlikte yolu trafiğe elverişli hale getirmek için müdahale ettiği sırada Davacının maruz kaldığı itişme şeklindeki bedensel gücün, Davalı No.1’in yetkisiyle bağdaşmayan, meşru amaçla orantısız ve aşırı güç olarak değerlendirilmesi ve bu fiile bağlı olarak Davalıların, Davacıya karşı sorumlu tutulmasının mümkün değildir.

Bu sonuçtan hareketle, Alt Mahkemenin vardığı sonuçta hata olmadığı anlaşıldığından diğer istinaf sebeplerinin incelenmesine gerek olmadan istinafın reddi gerekmektedir.

Beril Çağdal : İstinaf Eden/Davacı (bundan böyle sadece Davacı diye anılacaktır) tarafından Aleyhine İstinaf Edilen/Davalılar (bundan böyle Davalılar veya yerine göre Davalı No.1, Davalı No.2 veya Davalı No.3 diye anılacaktır) aleyhine dosyalanan davanın Lefkoşa Kaza Mahkemesi tarafından ret ve iptal edilmesi üzerine Davacı bu istinafı dosyalamıştır.

 Davacı Emir 2, n.1 şeklinde başlattığı davasında Davalı No.1 ve/veya Davalılar tarafından darp edildiği ve/veya fiziki şiddete/saldırıya uğradığı ve/veya dövüldüğü iddialarıyla bu hususta tespit kararı ve tazminat ödenmesi için emir ve hüküm talep etmiştir.

 Davacı tarafından daha sonra dosyalanan Tafsilatlı Talep Takririnde ise özetle, 19.7.2011 tarihinde Lefkoşa’da KTHY binası önünde Anayasal hakkı olan toplantı ve gösteri hakkını barışçıl bir şekilde kullandığı esnada Davalı No.1 ve/veya Davalılar tarafından darp edildiği ve/veya fiziki şiddete ve/veya işkence ve/veya kötü muamele ve/veya Davalı No.1 ve/veya Davalıların ihmalkârlığı ve/veya dikkatsizliği sonucunda genel ve özel zarar ziyana uğradığı iddiasıyla;

“8. Yukarıdakiler ışığında Davacı’nın Muhterem Mahkemeden, Davalılar aleyhine müştereken ve/veya münferiden talebi aşağıdaki gibidir:

1. 19.7.2011 tarihinde ve/veya o tarihlerde, takriben ve/veya saat 19.00 20.30 saatlerinde Lefkoşa’da Bedrettin Demirel Caddesi üzerinde bulunan KTHY eski binası önünde ve insan topluluğu içerisinde bulunan Davacının, Davalılar ve/veya Davalı No.1 tarafından ağır darp edildiği ve/veya ciddi bir şekilde fiziki şiddete uğradığı ve/veya dövüldüğü ve/veya fiziki saldırıya uğradığı ve/veya ağır yaralandığı ve/veya dövüldüğü hususunda bir mahkeme deklerasyonu ve/veya tespit kararı;
2. 19.7.2011 tarihinde ve/veya o tarihlerde Lefkoşa’da Bedrettin Demirel Caddesi üzerinde KTHY eski binası önünde Davalılar ve/veya Davalı No.1 tarafından darp edilmesi ve/veya fiziki şiddete uğraması ve/veya dövülmesi ve/veya yumruklanması ve/veya fiziki saldırıya uğraması neticesinde davacının ciddi bedensel zarar ziyana uğradığı ve/veya bedensel ve ruhsal acı ve ızdıraba maruz kaldığı hususunda bir mahkeme deklerasyonu;
3. 19.7.2011 tarihinde ve/veya o tarihlerde Lefkoşa’da eski KTHY binası önünde Davalılar ve/veya Davalı No.1 tarafından insan topluluğu içerisindeki Davacının darp edilmesi ve/veya fiziki şiddete uğraması ve/veya dövülmesi ve/veya yumruklanması ve/veya fiziki saldırısı ve/veya haksız fiil teşkil eden ve/veya yaralamaya matuf davranışları ve/veya kötü niyetli ve/veya davacının bedensel ve/veya ruhsal bütünlüğüne yönelik haksız ve/veya kanunsuz fiziki tecavüzleri ve/veya saldırıları neticesinde davalıların genel ve/veya özel zarar ziyan ve/veya maddi ve manevi tazminat ve/veya ağırlaştırılmış (aggravated) ve/veya cezai (punitive) tazminat ödemeleri için bir Hüküm ve/veya Emir;
4. 19.7.2011 tarihinde ve/veya o tarihlerde Lefkoşa’da Bedrettin Demirel Caddesi üzerinde bulunan KTHY eski binası önünde ve insan topluluğu içerisinde bulunan Davacının, Davalılar ve/veya Davalı No.1 tarafından ağır darp edilmesi ve/veya ciddi bir şekilde fiziki şiddete maruz kalması ve/veya dövülmesi ve/veya fiziki saldırıya uğraması ve/veya yaralanması ve/veya dövülmesi sonucunda işkenceye ve/veya kötü muameleye maruz kalmış olması hususunda bir mahkeme deklerasyonu ve/veya tespit kararı;
5. 19.7.2011 tarihinde ve/veya o tarihlerde Lefkoşa’da Bedreddin Demirel Caddesi üzerinde bulunan KTHY eski binası önünde ve insan topluluğu içerisinde bulunan Davacının, Davalılar ve/veya Davalı No.1 tarafından ağır darp edilmesi ve/veya ciddi bir şekilde fiziki şiddete maruz kalması ve/veya dövülmesi ve/veya fiziki saldırıya uğraması ve/veya yaralanması ve/veya dövülmesi sonucunda işkenceye ve/veya kötü muameleye maruz kalmış olması sonucunda Davalıların genel ve/veya özel zarar ziyan ve/veya maddi ve manevi tazminat ve/veya ağırlaştırıcı (aggravated) ve/veya cezai (examplary)tazminat ödemeleri için bir Hüküm ve/veya Emir;
6. Yukarıda belirtilenler ışığında 100.000-TL’den yukarı Genel Zarar - Ziyan ve/veya tazminat ve/veya ağırlaştırılmış (aggravated) tazminat ve/veya cezai (examplary) tazminat için Bir Hüküm ve/veya Emir;
7. Yukarıdakiler meyanında Davacının dava konusu eylemler dolayısıyle işinde ve/veya mesleğinde ve/veya toplum huzurunda uğramış olduğu maddi kayıp ve/veya zarar ziyan ve/veya genel zarar ziyan;
8. 19.07.2011 tarihinden tamamen tediye tarihine değin Yasal Faiz; ”

şeklinde taleplerde bulunulmuştur. Tafsilatlı Talep Takririnde gerek “darp” haksız fiili gerekse de “ihmalkârlık” haksız fiilinin tafsilatı yer almaktadır.

 Davalı No.1 Müdafaa Takririnde kimseye haksız fiilde ve/veya saldırıda bulunmadığını; aksine, kendisinin Davacı tarafından saldırıya uğradığı; olayların büyümemesi ve/veya polislerin yasal yetkilerini aşmalarını önlemek amacıyla eylemcilere yaklaştığı esnada Davacının saldırısına uğradığı; kendisinin eylemcilere karşı görevlerini ifaya giden polisler arasında olmadığı iddiasıyla Davacının taleplerinin reddini talep etmiştir.

 Başsavcılık tarafından Davalı No.2 ve No.3 adına dosyalanan Müdafaa Takririnde ise Davacı iddiaları reddedilerek, davanın reddi talep edilmiştir.

**İSTİNAF SEBEPLERİ**:

 İstinaf ihbarnamesinde 16 istinaf sebebi ileri sürülmüştür. Meselenin daha anlaşılır olması için Davacının istinaf sebeplerinin aynen aktarılması uygun olacaktır:

 “1. Muhterem bidayet mahkemesi davacının ispatlaması gereken unsur olarak belirlediği “Davacının, Davalıarın darp eylemi ve gösteri ve toplanma hakkını engellemeleri sonrasında özel ve genel zarar ziyana düçar olduğunu ispat etmesi gerekir” hususu ile ilgili çok dar bir yorumda bulunmuş, cezai tazminat exemplary damage) ödenmesi ile ilgili ilkeleri göz önünde bulundurmamış ve/veya insan hakkı ihlali olması durumunda mutlaka tazmin edilmesi gerekir ilkesini göz önünde bulundurmayarak ve/veya haksız fiil sonucunda ortaya bir zarar çıktığı noktasında tazminat verilmesi hususunu göz önünde bulundurmayarak hata etmiştir.

1. Muhterem mahkeme, KKTC içtihatlarında ve/veya İngiliz içtihatlarında olan darp tanımının hukuki anlamını kullanmayarak darp fiilinin sözlük anlamını kullanarak ve/veya darp fiilinin hukuki karşılığını yanlış yorumlayarak hata etmiştir.
2. Mahkemeye emare olarak sunulan Bayrak Radyo Televizyon Kurumu tarafından çekilen görüntüden oluşan Emare 3 cd’nin 9. dakikasının 37., 38. ve 39. saniyelerinde ve diğer kısımlarında Davalı No.1’in Davacıya temas ettiği, çektiği, sürüklediği ve/veya darp ettiği görülmesine rağmen Davalı No.1’in davacıya yönelik bir eylem veya darp fiilinin olmadığı yönünde bulgu yapması hatalıdır.
3. Muhterem Bidayet Mahkemesi sunulan şahadetten Davalı No.1’in Davacıyı darp ettiğini veya yumrukladığını ifade eden bir beyan bulunmamaktadır bulgusu hatalıdır çünkü davacı lehine şahadet veren tüm tanıklar Davalı No.1’in Davacıyı darp kapsamına giren fiillerde bulunduğu yönünde şahadet vermişlerdir. Ancak Muhterem Bidayet Mahkemesi darp fiilini yanlış yorumladığı için hatalı karar vermiştir.
4. Muhterem Bidayet Mahkemesi *“Davacı Davalı No.1’in kendisini arkadaşı ile elini omzuna atarak yolun karşı kaldırımına karşıdan karşıya sürüklediğini iddia etmiştir. Bu iddia Davacı tanıkları tarafından farklı şekilde ve bir bütün olarak tutarlı şekilde olmadan ifade edilerek yukarıda belirtildiği gibi kimisi boğazından tutularak çekildiğini, kimisi ellerinden tutularak çekildiğini ve kimisi de kolunun altına alarak çekildiğini ifade etmişlerdir”* şeklindeki bulgusu hatalıdır, çünkü Davacı tanıklarının şahadetlerinin nasıl ve neden bir bütün olarak tutarlı olmadığının gerekçesi verilmemiştir. Kararın gerekçesiz olması başlı başına bir hata olmakla beraber adil yargılama hakkını da ihlal etmiştir.
5. Muhterem Bidayet Mahkemesi Davalı No.1’in Davacıyı karşıdan karşıya fiziki gücünü kullanarak taşımış olduğu hususunda bulguya varmasına rağmen darp fiilinin hukuki anlamını yanlış yorumlayarak Davalı No.1’in Davacıyı darp etmiş olduğu yönünde karar vermemesi hatalıdır.
6. Muhterem Bidayet Mahkemesi gösteri özgürlüğünün ihlal edilmesi ilgili olarak sadece kamu yararı ölçütünü kullanması, bunun yanında müdahalenin hakkın özüne dokunup dokunmadığını, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olması gerekliliğini, bireyin hakkı ile kamu menfaati arasında bir denge kurulup kurulmadığını incelemeyerek hatalı karar vermiştir. Bununla beraber muhterem Bidayet Mahkemesi yukarıda belirtilen unsurları göz önünde bulundurmayarak hem gerekçesiz bir karar vermiş hem de adil yargılama ilkesini ihlal etmiştir.
7. Muhterem Bidayet Mahkemesi emare CD’leri göz önünde bulundurmadan, sadece tanık Savaş Leylek’in ifadesine dayanarak göstericilerin polisin geçişine izin vermediği bulgusu hatalıdır. Emare CD’ler ve şahadet incelendiğinde polis müdahalesinin pankart almak amacıyla değil göstericileri dövmek amacıyla yapıldığı aşikardır.
8. Muhterem Bidayet Mahkemesi’nin önünde polislerin pankartı aldığına dair herhangi bir şahadet olmadan pankartın alındığı yönünde bulgusu hatalıdır. Bununla beraber, pankart alınmış olsa dahi (zaten alınmadı) emare olarak sunulmadan Muhterem Bidayet Mahkemesi’nin pankartı alınmış kabul etmesi hatalıdır.

 10.Muhterem Bidayet Mahkemesi, *“Polisin yukarıda belirtilen eylemleri konuk bir devlet yetkilisi aleyhine asılmış olumsuz ifadeler içeren pankartın indirilmesi amacında olup yukarıda belirtilen kamu yararı gereklilikleri içerisindedir ve pankartın indirilmesi bir saygısızlık ve diplomatik bir nezaketsizlik olacaktır.*

 *Bu nedenle mezkur pankartın indirilmesi kararı kamu yararı içerisinde olan bir eylemdir”* şeklindeki bulgusu tamamen hatalı ve gerekçesizdir ve dolayısıyla adil yargılama hakkını ihlal etmiştir, şöyle ki:

1. Pankartta hangi olumsuz ifadelerin olduğu belirtilmedi, hatta pankartta ne yazılı olduğu dahi kararda belirtilmedi ve/veya incelenmedi;
2. Yukarıdaki hususları incelemeden pankartın indirilmesi girişiminin kamu yararına olduğu bulgusuna varılması yanlıştır;
3. Mezkur pankartın indirilmesinde herhangi bir kamu yararı yoktu;
4. Pankartın indirilmesi kime karşı nasıl bir diplomatik nezaketsizlik olacağı incelenmedi ve herhangi bir diplomatik nezaketsizlik yapılmadı;
5. Gösteri özgürlüğünün kısıtlanması için sadece kamu yararı ölçütü kullanıldı;
6. Gösteri ve ifade özgürlüğü göz önünde bulundurulmadan yukarıdaki bulguya ulaşıldı;

 11.Muhterem Bidayet Mahkemesi’nin “*Aynı şekilde bu pankartın indirilmesine izin verilmemesi sonrasında Davalı No.1 tarafından herhangi bir teçhizat kullanılmadan bu engeli aşmaya çalışması, eylemcilerin pankartın indirilmesine müdahale edilmemesi ve trafiğin akışının sağlanması amacı ile karşı şeride taşınması da eylemin makul kuvvet kullanılarak sonlandırılması ve kamu yararının sağlanması anlamına gelmektedir. Keza mezkur toplantının dağıtılması, eylemin sonlandırılması kamu yararı için gerekli olup bu sınırlama toplantı ve gösteri hakkının yasal sınırları içerisindedir”* bulgusu hatalıdır, şöyle ki:

1. Polisin göstericilerden pankartı istediğine dair herhangi bir şahadet yoktur;
2. Göstericilerin polisi engellendiğine dair herhangi bir şahadet ve/veya yeterli yoktur;
3. Trafiğin akışının bozulduğuna dair yeterli şahadet yoktur, olsa dahi trafiğin akışının engellenmesi gösteri özgürlüğü çerçevesinde hoş görü gösterilmesi gerekir;
4. Müdahalenin amacı, pankartı almak değil göstericileri dövmekti;
5. Yapılan müdahale toplantı ve gösteri hakkının ve/veya ifade özgürlüğünün yasal sınırlamaları içerisinde değildir;

 12.Muhterem Bidayet Mahkemesi’nin *“Polis kuvvetlerinin diplomatik kuralların ihlal edilmemesi amacıyla Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı’na yönelik toplantı ve gösteri yapılması ve pankart asılması eylemini sonlandırılması için eylemleri kamu yararı içerisinde olup Davalı No.1’in de bu yönde almış olduğu talimatı yerine getirerek Davacıyı karşı kaldırıma geçirmesi herhangi bir hak ve özgürlüğün kısıtlanması sonucunu doğurmamaktadır”* yönündeki bulgusu hatalıdır, şöyle ki:

1. Hangi diplomatik kuralın ihlal edildiği yeterince incelenmemiş ve/veya belirtilmemiştir;
2. Pankartın indirilmesinde kamu yararı yoktur ve/veya gösteri özgürlüğünü kısıtlayacak kadar bir kamu yararı yoktur;
3. Davalı No.1’in amacı pankarta ulaşmak değil, en çelimsiz gördüğü kişileri vahşice darp etmekti;

 13.Muhterem Mahkeme’nin *“Davalı No.1’in almış olduğu talimatla yasal bir amaç için talimatları yerine getirmek amacıyla yapmış olduğu müdahalenin Davacının herhangi bir hakkını ihlal etmemiş ve yasal bir amacı yerine getirmek için yaptığı müdahale esnasında Davacının herhangi bir hakkının ihlal edilmediği”* hususunda bulguya varması hatalıdır, şöyle ki:

a)Muhterem mahkemenin önünde Davalı No.1’in yapmış olduğu müdahalenin talimat aldığına dair yeterli şahadet yoktur;

b)Davalı No.1 talimat alarak dava konusu fiilleri yapmış olsa dahi almış olduğu talimat yasal değildir;

c)Davalılar müştereken ve/veya münferiden Davacının gösteri hakkını ve ifade özgürlüğünü ihlal etmişlerdir.

14.Muhterem Bidayet Mahkemesi’nin Davacı’nın uğramış olduğu darp ile ilgili doktor raporu sunmadığı ve şahadet dinletmediği cihetle davasını ispat edememiş yönündeki kararı hatalıdır. Şöyle ki,

a)Davacı darp edildiğine yönelik şahadet dinletmiştir ancakmuhterem Bidayet Mahkemesi darp fiilinin yorumunu yanlış yapmıştır;

1. Davacı doktor raporu sunmadan da darp edildiğini kanıtlamıştır;

 15. Muhterem Bidayet Mahkemesi Davalı No.3’ün sorumlulukları ile ilgili yasayı yanlış yorumlamış ve sorumlu olmadığı yönünde karar vermesi hatalıdır.

 16.Davacı şahitlerinden Pembe Birinci’nin Davalı No.1 tarafından darp edildiği yönünde şahadet vermesi, Davalı No.1’in bu hususu kabul etmesi ve bu hususunu emare CD’lerde gayet net bir şekilde görülmesine rağmen Muhterem Bidayet Mahkemesi’nin soruşturma emri vermemesi hatadır.”

 Davacının istinaf sebepleri incelendiğinde, Alt Mahkemenin Davacının Davalı No.1 tarafından darp edildiği bulgusunu yapmamakla hata yaptığı; bu bağlamda, “darp” haksız fiilinin hukuki karşılığını yanlış yorumladığı özlü argümanın bu istinafın esasını oluşturduğu hatalı bir çıkarım olmayacaktır. Davacı Avukatı istinaf duruşmasında bu husus üzerinde durarak Alt Mahkemenin “darp”ı Türk Hukuk Sözlüğüne bakarak yorumlamasının hatalı olduğunu; Fasıl 148 Haksız Fiiller Yasası madde 26’da yer alan tanımın dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Avukat bu hususta hitabına devamla, Alt Mahkemenin Davacının darp ile ilgili bir Doktor Raporu sunmadığı nedeniyle davasını ispat edemediğine bulgu yapmakla hata ettiğini, çünkü meselenin teknik darp olduğunu, keza Davalı No.1’in yapmış olduğu darbın yasal gerekçesinin olup olmadığının önemli olduğunu ifade etmiştir. Davacı Avukatı, keza Alt Mahkemenin Davacıyı karşıdan karşıya geçirerek fiziki bir müdahalede bulunduğunu kabul ettikten sonra Anayasa’nın 32. maddesinde düzenlenen gösteri özgürlüğüne ilişkin yasal durumu da inceleyerek Davalı No.1’in fiillerinin yasa dışı olmadığı kararına vardığı, ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin de gösteri özgürlüğünü düzenlediği ve onun da incelenmesi gerektiği; bu bağlamda Alt Mahkemenin “pankartın indirilmesi gerektiği” nedeniyle yapılan temasın meşru bir sebebe dayandığı yönündeki bulgusunun hatalı olduğu çünkü pankartın indirilmesini gerektirecek bir sebebin bulunmadığı şeklinde bir argüman yapmıştır.

 Davacı Avukatı tarafından üzerinde durulan bir diğer husus; Alt Mahkemenin, Davalı No.1’in Davacıyı karşıdan karşıya geçirdiği nedeniyle fiziki müdahalede bulunduğunu kabul ettikten sonra eylemli saldırı haksız fiili oluşmadığı şeklindeki bulgusunun hatalı olduğu şeklindedir. Davacı Avukatına göre Emare 3 CD’de yer alan görüntülerden Davalı No.1’in Davacıya temas ettiği, sonrasında Davacı ve Tanık No.2’yi kavrayarak çektiği ve bu bağlamda darp haksız fiilinin gerçekleştiği görülmektedir.

 Davalı No.1 adına bulunan Avukat ise özetle, CD görüntülerinde Davalı No.1’in Davacı Tanığı No.2 tarafından darp edildiğinin görüldüğünü; Davalı No.1’in de ilgili kişiyi birini darp etmemesi için yolun diğer tarafına geçirdiğini; Davalı No.1’in aldığı emir doğrultusunda hareket ettiğini; görevinin pankartı almak olduğunu; 51/1984 Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri) Yasası tahtında makul şiddet kullandığı, neticede Alt Mahkemenin doğru sonuca ulaştığını ifade ederek istinafın reddini talep etmiştir. Davalı No. 2 ve No. 3’ü temsilen Mahkemeye hitap eden Başsavcılık ise Alt Mahkemenin, kamu yararı olduğu şeklindeki bulgusunun doğru olduğu dolayısıyla, Alt Mahkemenin kararının doğru olduğu; istinafın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

 İstinaf sebepleri ve Davacı Avukatının hitabında dile getirdikleri bağlamında bu istinafa konu incelemenin iki başlık altında yapılması uygun olacaktır:

1. Alt Mahkemenin Davalı No.1 tarafından Davacıya karşı eylemli saldırıda bulunulduğu bulgusu yapmamakla hata ettiği.
2. Alt Mahkemenin cezai tazminat (exemplary damages) ödenmesine ilişkin ilkeleri değerlendirmemekle hata ettiği.

 Alt Mahkemenin darp bulgusu yapmamakla hata ettiği şeklindeki istinaf sebebi irdelenirken öncelikli olarak “Assault” (Eylemli Saldırı) haksız fiilinin hukuki tanımı yapılmalıdır. “Assault” (Eylemli Saldırı) haksız fiilinin düzenlendiği Fasıl 148 madde 26’nın orjinali ve Türkçe çevirisi şöyledir:

**“Assault. 26.(1) Assault consist of intentionally applying**

**10 *of* 38/53. force of any kind whether by way of striking, touching, moving, or otherwise, to the person of another, either directly or indirectly, without his consent, or with his consent if the consent is obtained by fraud, or attempting or threatening by any act or gesture to apply such force to the person of another if the person making the attempt or threat causes the other to believe upon reasonable grounds that he has the present intention and ability to effect his purpose.**

 **(2)For the purposes of this section, the expression “applying force” includes applying heat, light, electrical force, gas, odour or any other substance or thing whatever if applied in such a degree as to cause damage.**

**“Müessir fiil 26.(1)Müessir fiil, vurmak, değmek, kımıldatmak**

 **10,38/53 suretiyle veya başka biçimde herhangi bir kişinin şahsına karşı, onamı olmaksızın veya onamı hile yoluyla alınmışsa onamı olsa bile, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kasten zor kullanılmasını veya herhangi bir eylem veya davranış yoluyla sözü edildiği biçimde zor kullanma teşebbüs veya tehdidinde bulunulmasını anlatır; ancak, zor kullanma teşebbüs veya tehdidinde bulunan kişinin, amacını yerine getirme niyet ve gücünde olduğuna dair, tecavüze uğrayan kişide, makul sebeplere dayanan bir kanı uyanmasına sebebiyet vermesi gerekir.**

 **(2)Bu madde amaçları bakımından “zor kullanma” deyimi, zarar verecek ölçüde ısı, ışık, elektrik gücü, gaz, koku veya herhangi başka bir madde veya nesne kullanımını da kapsar.”**

 Yukarıdaki tanımdan da görülmektedir ki vurmak, dokunmak, itmek, kımıldatmak, hareket ettirmek suretiyle veya başka bir şekilde herhangi bir kişiye, rızası olmaksızın veya rızası hile yoluyla alınmışsa rızası ile doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kasten herhangi bir surette zor kullanılması veya herhangi bir fiil veya jestle başka birisinin şahsına bu biçimde zor kullanma teşebbüs veya tehdidinde bulunulması (teşebbüs veya tehdit halinde zor kullanma teşebbüs veya tehdidinde bulunan kişinin amacını o sırada yerine getirme niyetine sahip ve muktedir olduğuna dair diğer kişide makul sebeplere dayanan bir kanı uyanmasına sebebiyet vermesi) halinde “Eylemli Saldırı/assault” haksız fiili meydana gelmektedir. İçtihat kararlarımızda yapılan taramadan da görülebileceği gibi ülkemizde “Eylemli Saldırı/assault” haksız fiilinin dava konusu yapıldığı meselelere çok fazla rastlanmamaktadır. Bu nedenle, Fasıl 148 madde 26 tahtında haksız fiil teşkil edebilecek davranışların dava konusu olduğu meseleler irdelenirken, “eylemli saldırı/assault” haksız fiilinin mehaz hukuktaki tanımına da bakılmalıdır.

 **Clerk and Lindsell on Torts** (Twelfth Edition) Bölüm II “**Trespass To The Person**” başlığı altında şunlar yer almaktadır:

 “**Kinds of trespass**. The security of a man’s person, which is the most elementary of civil rights, may be directly attacked by actual violence inflicted or menaced, or by a deprivation of liberty. There are accordingly three kinds of trespass to the person-battery, assault, and false imprisonment.”

 **“Tecavüz/ihlal (trespass) türleri**. En temel insan haklarından olan bir kişinin vücut bütünlüğüne fiili şiddet uygulamak, fiili şiddet tehdidinde bulunmak veya özgürlükten yoksun bırakmak suretiyle doğrudan saldırıda bulunulabilir. Bu doğrultuda kişinin vücut bütünlüğünün ihlali şeklinde 3 tür tecavüz vardır- darp, eylemli saldırı ve haksız tutuklama.”

Ayni eserde sayfa 287’de ise “assault” şöyle tanımlanmıştır:

“**Assault.** An assault is an overt act indicating an immediate intention to commit a battery, coupled with the capacity of carrying that intention into effect. Although in popular language an assault includes a battery, a person may be guilty of an assault without being guilty of a battery. There are obvious reasons why in dealing with security of the person the law should treat the mere attempt as a substantive wrong.” If you direct a weapon, or if you raise your fist, within those limits which give you the means of striking, that may be an assault; but if you simply say, at such a distance as that at which you cannot commit an assault, ‘I will commit an assault’ I think that is not an assault”.

 **“Eylemli Saldırı**. Eylemli saldırı, darp etmek için hemen gerçekleşebilecek bir niyet gösteren ve bu niyeti gerçekleştirebilme kapasitesiyle birleşen aleni bir fiildir. Popüler dilde eylemli saldırı darp fiilini de içermesine rağmen, bir kişi darp suçunu işlemeden de eylemli saldırıdan suçlu olabilir. Kişilerin güvenliği ele alınırken yasanın neden yalnızca teşebbüsü asli bir haksız fiil olarak ele aldığının açık sebepleri mevcuttur. Size vurma olanağını veren sınırlar içinde bir silah doğrultursanız veya yumruğunuzu kaldırırsanız bu eylemli saldırı olabilir; fakat bir eylemli saldırıda bulunamayacağınız bir mesafede yalnızca ‘Bir saldırıda bulunacağım’ derseniz, kanımca bu bir eylemli saldırı değildir.”

 Yukarıdaki alıntılardan görülebileceği gibi mehaz hukukta tanımlanan “assault” haksız fiili Fasıl 148 madde 26’da hayat bulan “eylemli saldırı” haksız fiilinin tanımı ile büyük ölçüde örtüşmektedir.

 “Tresspass to the Person” söz dizisinin en yakın ve doğru Türkçe karşılığının “kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan ihlal” şeklinde olduğu gerçeği ışığında; “eylemli saldırı/ assault” haksız fiilinin “kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılmış bir ihlal” olduğunu söylemek de hatalı değildir.

 **Salmond and Heuston on the Law of Torts** (twentieth edition) isimli eserde “**Trespass to the Person**” başlıklı Bölüm 7’de:

 “The torts known as assault, battery and false imprisonment are based on the ancient action of trespass. So any direct and immediate interference with personal liberty is actionable without proof of damage.

‘English law goes to great lengths to protect a person of full age and capacity from interference with his personal liberty. We have too often seen freedom disappear in other countries not only by coups d’état but by gradual erosion; and often it is the first step that counts. So it would be unwise to make even minor concessions.’”

 “Eylemli Saldırı, darp ve haksız tutuklama olarak bilinen haksız fiiller eskiden kalma (kişinin vücut bütünlüğüne) tevacüz fiiline dayanır. Yani kişinin özgürlüğüne yönelik her türlü doğrudan ve hemen gerçekleşebilecek müdahale zarar ziyanın kanıtı olmadan da dava konusu olabilir. ‘İngiliz Hukuku yetişkin ve aklıselim olan bir kişiyi şahsi özgürlüğüne karşı bir müdahaleden korumak için çok çaba harcamaktadır. Özgürlüğün, başka ülkelerde yalnızca darbelerle değil, ayni zamanda yavaş yavaş aşınmayla da kaybolduğunu birçok kez gördük ve genellikle ilk adım çok önemlidir. Bu nedenle küçük tavizler vermek bile akılcı olmayacaktır.’”

Sayfa 127’de ise

“The act of putting another person in reasonable fear or apprehension of an immediate battery by means of an act amounting to an attempt or threat to commit a battery amounts to an actionable assault. The tort is remarkable, for it remains the only instance in English jurisprudence of a mere offensive sensation unaccompanied by any untoward psychosomatic symptoms, let alone external trauma, giving a cause of action for damages”

şeklindeki görüşün varlığıyla karşılaşılmaktadır.

 Yukarıya aktarılanlardan görülebileceği gibi; mehaz hukukta, “assault” (eylemli saldırı), “battery” (darp) ve “false imprisonment” (haksız tutuklama) haksız fiilleri kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan ihlal türleridir. Fasıl 148 Haksız Fiiller Yasası’nda assault (eylemli saldırı) haksız fiilinin madde 26’da; false imprisonment (haksız tutuklama) haksız fiilinin ise madde 29’da düzenlendiği görülmektedir.

 **Winfield and Jolowicz on Tort (Twelfth Edition by W.V.H. Rogers)** isimli eserde sayfa 54’te şu görüşe yer verilmiştir:

*“Battery is the intentional and direct application of force to another person.*

 *Assault is an act of the defendant which causes to the plaintiff reasonable apprehension of the infliction of a battery on him by the defendant.*

In popular language the World “assault” is used to describe either or both of these torts, but in this chapter it will be used in its strict sense. So, to throw water at a person is an assault but if any drops fall upon him it is battery; riding a horse at a person is an assault butriding it against him is a battery. Pulling away a chair, as a practical joke, from one who is about to sit on it is probably an assault until he reaches the floor, for while he is falling he reasonably expects that the withdrawal of the chair will result in harm to him. When he comes in contact with the floor, it is a battery. Throwing over a chair on which another person is actually

sitting is either a battery or one of the forms of residuary trespass to the person; either way the defendant is liable.

 “Darp (Battery) başka bir kişiye kasten ve direkt olarak güç kullanılmasını ifade eder.

 Eylemli Saldırı (Assault), Davacının Davalı tarafından darp edileceğine dair makul bir beklenti içerisine girmesine sebep olan davranıştır.”

 **Meaning of force**

Any physical contact with the body of the plaintiff is sufficient to amount to “force”: there is a battery when the defendant shoots the plaintiff from a distance just as much as when he strikes him with his fist. ………………………… ………………………………………………………………………………………………………………………………………………….

If there is “force” in the technical sense, no physical hurt is necessary, for all forms of trespass are actionable *perse*.”

“Davacının vücuduna herhangi bir fiziki temas “güç” kullanıldığının göstergesi için yeterlidir.

 Teknik olarak güç kullanılmışsa, fiziki yaralanma gerekli değildir.”

 Yukarıdaki tanımlardan görülebileceği gibi, mehaz hukukta assault ve battery haksız fiilleri ayrı ayrı tanımlanmış olmakla birlikte Fasıl 148 madde 26’da tanımlanan “assault” (eylemli saldırı) esasen her iki haksız fiili (assault ve battery) kapsamaktadır.

 **Clerk and Lindsell on Torts** (supra) sayfa 297’de “Justification of Tresspass to the Person” başlığı altında

 **“Justification.** In an action of trespass to the person, once the trespass is admitted or proved it is for the defendant to justify the trespass if he can. So if the plaintiff proves that he was imprisoned by the defendant the onus lies upon the defendant of proving a justification.”

 “Kişinin vücut bütünlüğünün ihlali iddiasıyla açılan bir davada “ihlal”in kabul edilmesi veya ispat edilmesi sonrasında Davalı geçerli bir müdafaası olduğunu–eğer varsa - isbat etmek zorundadır. Eğer Davacı haksız tutuklandığını isbat ederse, özel savunmasını isbat etmek Davalının uhdesindedir.”

Yukarıda yapılan incelemeden görülmektedir ki, mehaz hukukta kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan bir ihlalin ortaya konması sonrasında bu eylemin “justification”ı olup olmadığına bakılmaktadır. Burada “justification” unsurunu ispat etmek Davalıdadır. Bizdeki yasal durumun ne şekilde olduğuna baktığımızda, Fasıl 148 Haksız Fiiller Yasası’ndaki düzenlemenin mehaz hukuktakiyle çok benzer olduğu görülmektedir. Fasıl 148 madde 27’de bir müessir fiille ilgili açılan herhangi bir davada nelerin “özel savunma” teşkil edeceği sıralanmıştır. Madde şöyledir:

|  |  |
| --- | --- |
| Müessir fiil davasında özel savunma10,38/53 | 27. Bir müessir fiille ilgili olarak açılan Herhangi bir davada, aşağıdaki hususlar savunma teşkil eder:1. Davalının, söz konusu müessir fiili, davacının yasal olmayan biçimde zor kullanmasına karşı kendisini veya başka bir kişiyi korumak amacıyla işlemiş olması ve bunu yaparken de o amacın gerçekleşmesi için gerekli olandan fazla bir şey yapmamış olması ve işlediği müessir fiil sonucu davacıya verilen zararla önlenmesine çalışılan zarar arasında bir orantısızlığın bahis konusu olmaması;
 |
|  | (b) Davalının, bir taşınmaz malı tasarruf eden kişi olarak veya bir taşınmaz malı tasarruf eden kişinin kendine verdiği yetkiyi kullanarak, davacının söz konusu taşınmaz mala yasal hakkı olmaksızın girmesini önlemek amacıyla, veya yasal hakkı olmaksızın girmiş olduğu veya bulunduğu böyle bir taşınmaz maldan onu çıkarmak amacıyla, makul ölçüde zor kullanmış olması:Ancak - |
|  | (i)Davacı söz konusu taşınmaz mala zor kullanarak girmemişse, veya girmeye teşebbüs etmemişse, davalının, ondan söz konusu taşınmaz mala girmekten kaçınmasını veya girmişse oradan çıkmasını istemiş olması ve davacıya bu isteğini sükunet içinde yerine getirmesi için makul fırsat vermiş olması gerekir;(ii)Kullanılan zorun, davacının söz konusu taşınmaz mala girmesini zor kullanarak önlemek veya oradan çıkmasını sağlamaktan öteye gitmemiş olması ve dövme, yaralama veya başka tür bir bedensel zarar içermemesi gerekir, meğer ki davacı söz konusu taşınmaz mala zor kullanarak ağır bir suç işleme yoluyla girmeye kalkışmış, olsun; |
|  | (c)Davalının, taşınır bir malı tasarruf etme hakkına sahip bir kişi olarak, bu hakkını korumak amacıyla veya davacı söz konusu taşınır malı davalıdan haksız olarak almış veya alıkoymuşsa, onu geri almak amacıyla, makul ölçüde zor kullanmış olması: Ancak - (i)Davacı söz konusu taşınır malı zor kullanarak almamışsa veya almaya teşebbüs etmemişse, davalının, ondan söz konusu taşınır malı almaktan kaçınmasını veya almışsa onu geri vermesini istemiş olması ve davacıya bu isteğini sukunet içinde yerine getirmesi için makul fırsat vermiş olması gerekir: |
|  | (ii)Kullanılan zorun, davacının söz konusu taşınır malı almasını zor kullanarak önlemek veya almışsa, onu zor kullanarak geri almaktan öteye gitmemiş olması ve dövme, yaralama veya başka tür bir bedensel zarar içermemesi gerekir. |
|  | (d) Davalının, söz konusu müessir fiili, Mahkeme veya ilgili konuda yargı yetkisi olan herhangi bir makam tarafından ısdar edilen bir müzakkereyi, Mahkeme veya hapse gönderme işlemini, Mahkeme veya hapse gönderme emrini veya haciz müzekkeresini icra etmek veya icrasında yasal yoldan yardımcı olmak amacıyla işlemiş olması: Ancak, şikayet konusu davranışın ilgili müzekkere, Mahkeme veya hapse gönderme işlemi, Mahkeme veya hapse gönderme emri veya haciz müzzekkeresiyle yetkili kılınmış olması gerekir ve ilgili müzekkere, Mahkeme veya hapse gönderme işlemi, Mahkeme veya hapse gönderme emri veya haciz müzekkeresinde veya bunların ısdar edilişlerinde görülen eksiklikler dikkate alınmaz. |
|  | (e) Davacının akli dengesi bozuk veya akıl veya beden hastalığından müstarip bir kişi olması ve kullanılan zorun, davacının kendisinin veya başkalarının korunması için makul ölçüde gerekli olması ve iyi niyetle ve kasıtsız olarak kullanılmış olması; |
|  | (f)Gerek davacının, gerek davalının Kıbrıs Türk Federe Devleti Güvenlik Kuvvetleri mensubu olması ve davalının söz konusu Güvenlik Kuvvetleriyle ilgili bir Yasa veya mevzuat uyarınca ve bunların verdiği yetkiye dayanarak hareket etmiş olması; |
|  | (g)Davalının, davacının anne veya babası, vasisi veya öğretmeni olması veya onunla bunlara benzer bir ilişkisi bulunması ve davacıyı doğru yola getirmek için makul ölçüde gerekli olan bir ceza uygulanmış olması; |
|  | (h)Davalının, söz konusu müessir fiili, davacının yararına olduğuna inandığı için işlemiş olması; ve mevcut koşullar içinde davacının onamının gerek davacının kendisi tarafından gerek davacı adına onu yasal himayesinde bulunduran başka bir kişi tarafından verilmesinin olanak dışı olduğu için söz konusu onamın davalı tarafından müessir fiilden önce alınmamış olması ve davalıya göre, söz konusu müessir fiil'in geciktirilmemesinin davacının yararına olacağına dair inandırıcı makul sebeplerin var olması.” |

Yukarıya aktarılan yasal durum ışığında, “kişinin vücut bütünlüğüne karşı yapılan ihlal” (tresspass to the person) bağlamında “eylemli saldırı” (assault) haksız fiiline ilişkin iddialar değerlendirilirken Mahkemece karar verilmesi gereken ilk husus, “eylemli saldırı/assault”nın meydana gelip gelmediğidir. Bunun ispatlanması veya kabulü sonrasında Mahkeme Davalının (özel savunması) (justification) olup olmadığını incelemelidir.

 Alt Mahkeme kararı irdelendiği zaman kararın 2. sayfasında:

 **“Davacı davasını ispat aşamasında tanık dinletmiş ve emare sunmuştur.**

**Davacının sunmuş olduğu emareler;**

**Emare 1 fotoğraflar**

**Emare 2 fotoğraf**

**Emare 3 CD**

**Emare 4 CD**

**Darp sözlük anlamı ile dövmek ve vurmak fiillerini kapsamaktadır.**

**Emare 1 ve 2 fotoğraflarda Davalının Davacıya yönelik darp veya herhangi bir eylemi olmadığı görülmektedir.**

**Davacı tarafından sunulan emare CD’lerde olay tarihinde KTHY merkezi diye anılan binanın üzerine asılan bir pankartın indirilmesi için polisin eylem yapan gruba müdahale ettiği, Davacının ve tanık Pembe Birinci, Salih Batak ve Çağlar Gulamkadir’in de o anda eylem yapan grubun içerisinde oldukları, Davalı No.1’in de gruba müdahale eden polislerin arkasından gelip müdahale ettiğini ancak bu görüntülerde Davalı No.1’in Davacıya yönelik bir eylem veya darp fiilinin olmadığı görülmektedir. İlgili görüntüler olayın olduğu esnada çekilmiş ve iddia edilen darp fiilinin gerçekleşmesi gereken tüm müdahale anının görüntülerinden oluşmaktadır.**

**Bu görüntüler Davacının Davalı No.1 tarafından darp edildiğini gösteren bir görüntü içermemektedir. Emare 3 CD’de Davacının görüntüleri olup bu görüntülerde birçok polis tarafından Davalı No.1 ile birlikte müdahalenin olduğu ancak bunların Davacıya yönelik darp fiili içermediği görülmektedir.”**

şeklinde bir görüş yer aldığı görülmektedir.

Alt Mahkeme kararı incelenmeye devam edildiğinde Mavi 247’de Davacı tanıkları tarafından dava konusu eyleme ilişkin şahadetin;

**“Davacı; Davalı No.1’in kendisi ve arkadaşı olan Pembe Birinci’nin omuzuna elini atarak sürüklediğini ve zaman zaman tökezlediğini, Davalı No.1’in kendi ayağına bastığını,**

 **Tanık Pembe Birinci; Davalı No.1’in Davacı ile kendisini itekleye itekleye karşı şeride geçirdiğini,**

 **Tanık Salih Batak; Davacıyı Davalı No.1’in çekiştirdiğini, neresinden çekiştirdiğini hatırlamadığını,**

 **Tanık Savaş Leylek; Davalı No.1’in Davacıyı ve arkadaşı Pembe Birinci’yi ellerinden tutarak karşıdan karşıya çektiğini,**

 **Tanık Çağlar Gülamkadir; Davalı No.1’in Davacıyı boğazından sıkarak karşıdan karşıya götürdüğünü,”**

şeklinde özetlendiği, sonrasında ise Mavi 248-249’da;

**“Sunulan şahadetten Davalının Davacıyı darp ettiğini veya yumrukladığını ifade eden bir beyan bulunmamaktadır. Davacı da Davalı No.1’in kendisini darp ettiğini veya yumrukladığını ifade etmemiştir.**

 **Davacı Davalı No.1’in kendisini arkadaşı ile elini omuzuna atarak yolun karşı kaldırımına, karşıdan karşıya sürüklediğini iddia etmiştir. Bu iddia Davacı tanıkları tarafından farklı şekilde ve bir bütün olarak tutarlı şekilde olmadan ifade edilerek yukarıda belirtildiği gibi kimisi boğazından tutularak çekildiğini, kimisi ellerinden tutularak çekildiğini ve kimisi de kolunun altına alarak çekildiğini ifade etmişlerdir.**

 **Bu iddiaların hiçbiri birbiri ile tutarlı olmayıp çelişkilidir ve emarelerle de örtüşmemektedir. Bu ifadelere göre darp nitelikli bir fiil de olay esnasında yer almamaktadır.**

 **Davalı No.1 Davacıya hiçbir teması olmadığını iddia etmiş olup müdafaasında makul gücü kullanarak pankartı indirebilmek amacıyla diğer göstericilerle birlikte ellerinden tutup karşıdan karşıya geçirdiğini beyan etmiştir.**

 **Davalı No.1 layihaların tamamlanmasından sonra duruşma esnasında Davacının Pembe Birinci olarak zannettiği kişi olmadığını fark ettiğini beyan etmiştir. Davalı No.1 Davacıyı tanımadığı cihetle Davacıyı Pembe Birinci ile karıştırdığını ve bu nedenle böyle bir iddiada bulunduğunu iddia etmiştir.**

 **Taraflar layihalarında ileri sürmüş oldukları iddialarla bağlıdır ve herhangi bir taraf layihasında hata yapmış ise bu hatasını düzeltmek için en erken zamanda hareket ederek Mahkemeye tadilat için başvurması gerekmektedir. Davalı No.1 Davacının Pembe Birinci olmadığını fark etmiş olduğu anda ve bu fırsatı yakaladığında Davacı davasını ileri götürmeden mahkemeye başvurarak tadilat yapmak için izin istemesi gerekirdi.**

 **Davalı No.1 bu başvuruyu yapmamış ve Davacı da davasını ispat edebilmek ve Davalı No.1’in müdafaasına cevap vermek amacıyla Davalı No.1’in layihasına dayanmıştır.**

 **Davalı No.1 Davacıyı ellerinden çekerek karşı kaldırıma götürdüğü iddiası bir kabul içeren bir beyan olup daha sonra şahadeti esnasında beyan ettiği “herhangi bir temas yapmadığı” iddiası ile ortadan kalkmamaktadır. Sunulan emarelerde bunun aksini gösterebilecek bir olgu yer almadığı gibi Davalı No.1 bu iddiasının teyit etmek amacıyla kendisi dışında başka herhangi bir tanık da dinletmemiştir.**

 **Netice itibarıyla Davacının iddia ettiği gibi Davalı No.1 Davacıyı karşıdan karşıya fiziki gücünü kullanarak taşımış olduğu hususunda bulguya varırım.”**

şeklinde bir sonuca varıldığı anlaşılmaktadır.

 Alt Mahkeme kararında, Fasıl 148 madde 26 kapsamında eylemli saldırı/assault haksız fiilinin tanımının yer almadığı bir gerçektir. Eylemli saldırı/assault haksız fiilinin yasal tanımı incelendiği zaman “eylemli saldırı” için, herhangi bir yaralanma veya fiziki yaralanma (physical hurt)nın gerçekleşmiş olmasının eylemli saldırı/assault haksız fiilinin oluşması için gerekli olmadığı da Fasıl 148 madde 26’da yer alan tanımdan ve yukarıda temas edilen mehaz hukuktaki görüşlerden anlaşılmaktadır.

 Bu bakış açısı ve yasal durum çerçevesinde konu değerlendirildiği zaman Alt Mahkemenin, Davacının Davalı No.1 tarafından karşıdan karşıya fiziki güç kullanılarak taşındığı hususunda bulguya (ki bulguya karşı bir istinaf sebebi bulunmamaktadır) vardıktan sonra, “Davacıya karşı Davalı No.1 tarafından eylemli saldırı gerçekleşmemiştir” bulgusu sorgulanabilir haldedir.

 Yukarıda da izah edildiği gibi Haksız Fiiller Yasası kapsamında “eylemli saldırı”dan söz edebilmek için öncelikle, Yasada tanımlanan davranışların (vurmak, dokunmak, itmek, kımıldatmak veya başka biçimde Davacının şahsına karşı onamı olmaksızın doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kasten zor kullanılmasının) mevcut olup olmadığı irdelenmelidir. Alt Mahkeme, huzurundaki “real evidence/maddi delil” olarak bulunan Emare CD’de yer alan görüntüler ve Davalı No.1’in Müdafaa Takririnde yer alanlar ışığında Davalı No.1’in Davacıyı karşıdan karşıya fiziki gücünü kullanarak taşıdığı bulgusuna varmıştır.

 Alt Mahkeme kararları Yargıtay süzgecinden geçerken, Alt Mahkeme huzurundaki şahadetin ne olduğu ve Alt Mahkemece ne şekilde değerlendirildiği incelenmelidir. Bu bağlamda, Emare CD’de yer alan ve “real evidence” kapsamında değerlendirilmesi gereken görüntülerden, KTHY önünde eylemde bulunan kişilerin yolun içerisine inmesi üzerine karşı tarafta bulunan polis mensuplarının yavaşça yolun içerisine girerek eylemcilere doğru yürüdükleri görülmektedir. Bu esnada Davacı, yanında bulunan bir başka kadın eylemci ile kol kola girmiş vaziyetteydi. Diğer tüm eylemciler de kol kola girmiş, kaldırımın hemen önünde yol içine inmiş vaziyetteydiler. Polis mensuplarının eylemcilere doğru yürümeye başlamasından çok kısa (birkaç dakika içerisinde) bir süre sonra Davalı No.1’in polis mensuplarının arkasından süratli bir şekilde gelip diğer tüm polis mensuplarının önüne geçerek, Davacının kol kola girmiş olduğu kadın eylemciyi çekmeye başladığı görülmektedir. Bu esnada kol kola girmiş bulunan Davacı da diğer kadın eylemci ile birlikte çekilmiş ve neticede Alt Mahkemenin de isabetli bir şekilde bulguya vardığı şekilde karşıdan karşıya taşınmıştır. Burada, Davacıya karşı rızası olmaksızın, dolaylı olarak da olsa, kasten zor kullanıldığı aşikârdır. Zor kullanılma hareket ettirilmek suretiyle gerçekleşmiştir; dolaylıdır, çünkü Davacının kenetlenmiş halde bulunduğu kişiye karşı yapılmıştır. Ancak görüntülerden her ikisinin de ince ve minyon yapılı olduğu bariz olan Davacı ve kenetlenmiş olduğu arkadaşının (Davacı Tanığı No.2), sadece ikisinden birinin zor kullanılarak hareket ettirilmesinin, diğerinin de sürüklenmesi sonucunu sağlayacağı açıktır. Emare 3 CD görüntülerinden de olayın tam da bu şekilde meydana geldiği; Davacının kenetlenmiş olduğu şahsın (Davacı Tanığı No.2) çekilmesiyle ikisinin de sürüklenerek taşındığı görülmektedir.

 Bu bağlamda Alt Mahkemenin, Davalı No.1’in Davacıyı karşıdan karşıya fiziki gücünü kullanarak taşıdığı bulgusu sonrasında Davalı No.1’in madde 27 (justification) bağlamında özel bir savunması olup olmadığı irdelenmeliydi.

 Bu bakış açısıyla mesele değerlendirildiğinde Davalı No.1’in, “Davacıyı karşıdan karşıya fiziki gücünü kullanarak taşımış olduğu” olgusuna ilişkin müdafaasının ne olduğuna bakılmalıdır.

 Hukuk davalarında tarafların layihalarında ileri sürdükleri iddialarla bağlı oldukları, o yönde şahadet sunabilecekleri, layihada yer almayan esasa ilişkin hususlarda sunulan şahadetin ise Mahkemece dikkate alınmayacağı temel prensiplerden birisidir.

 Bu meselede de Davalı No.1’in dava konusu iddialara karşı müdafaasının (justification) ne olduğuna bakılmalıdır.

 Davalı No.1 tarafından dosyalanan Müdafaa Takririnde Davacı iddialarına karşı 6. ve 7. paragraflarda şu iddialar yer almaktadır:

 “6.Davalı No.1, Talep Takririnin 5 ve 6’ncı paragraflarındaki iddiaları kabul etmez ve Davacıya karşı Davalıların ve/veya Davalı No.1’in herhangi bir saldırılarının olmadığını ve Davacının darp edilmediğini ve Davacının hiçbir yara almadığını ve/veya küçük düşürülmediğini iddia eder. Davalı No.1, o anda eylemcilerin ‘Emperyalist kuşatmayı red ediyoruz, paranı da memurunu da paketini de istemiyoruz’ yazılı binaya astıkları pankartın izinsiz olduğu ve Polise ve TC Başbakanı Tayip Erdoğan’a yönelik ‘imamın ordusu, köpekler, faşistler, Tayip’in köpekleri pankartımızı alamazsınız’ gibi sözlerle itale-i lisanda bulundukları gerekçesiyle, mezkur pankartın indirilmesi hususunda bir emir verildiğini ve bu emir uyarınca bir kısım polislerin mezkur pankartı indirmek ve görevlerini yapmak üzere eylemcilere karşı yürüyüşe geçtiğini ve eylemcilerin de kol kola girerek ve kadınları da önlerine çıkararak mezkur pankartın alınmasını engellemeye çalıştıkları esnada, Polislerle eylemciler arasında karşılıklı arbede yaşandığını gördüğünü, **bir amir olarak olayların büyümemesi ve/veya Polislerin yasal yetkilerini aşmalarını ve/veya orantısız kuvvet ve/veya şiddet kullanmalarını önlemek amacıyla eylemcilere yanaştığı bir esnada Davacının, Davalı No.1’in üniformasının yakasına yapışıp çekmeye ve Davalı No.1’e vurmaya başladığını**, **üniformasının yakasını çeke, çeke yırttığını ve bu durumda Davalı No.1’in, Davacıyı etkisiz hale getirmek ve saldırısını durdurmak üzere kolundan tutarak etkisiz hale getirerek, KTHY binasının karşısında bulunan Polislere götürdüğünü** ve etkisizleştirdiğini iddia eder. Davalı No.1 ayrıca, Davacının yapmış olduğu saldırı ve Davalı No.1’in üniformasına verdiği zarar ziyanın bir suç teşkil ettiği halde Davalı No.1’in, Davacıyı tutuklamadığı ve/veya tutuklanmasına emir vermediğini (ki diğer saldırgan eylemciler başka polisler tarafından tutuklanmıştı) ve Davacının, oportünist ve/veya dogmacı kafa yapısının Davalı No.1’in bu tutumunu bile algılayamadığını iddia eder.

 7.Davalı No.1, Talep Takririnin 7 ve 8’inci paragraflarındaki iddiaları kabul etmez ve Davalı No.1, **eylemcilerin bulundurmakta oldukları izinsiz mezkur pankartı indirmeleri için ve/veya mezkur itale-i lisan içeren sözlerine karşı tutuklanmaları için herhangi bir emir vermediği gibi böyle bir emir de almadığını, zaten eylemcilere karşı görevlerini ifaya giden Polisler arasında da olmadığını,** olayları KTHY binasının karşısından izlemekte olduğunu ve karşılıklı arbede olması nedeniyle ve bir amir olarak olayların büyümemesi ve/veya polislerin yasal yetkilerini aşmalarını ve/veya orantısız kuvvet ve/veya şiddet kullanmalarını önlemek amacıyla eylemcilere ve olay yerine yanaştığı bir esnada Davacının, Davalı No.1’in üniformasının yakasına yapışıp çekmeye ve Davalı No.1’e vurmaya başladığını, üniformasının yakasını çeke, çeke yırttığını bir kez daha iddia eder. Davalı No.1 ayrıca, mezkur olay yerinde Davalı No.1’in yetkili amir olmadığını ve mezkur olay yerinde daha üst rütbeli yetkili polis amirleri olduğunu iddia eder.”

 Bu aşamada daha ileri bir incelemeye geçmeden önce bir hususa değinmeyi gerekli görmekteyim. Alt Mahkeme zabıtları incelendiği zaman Davalı No.1’in şahadeti esnasında Davacıyı tanımadığını ifade ettiği, esasen kendisini dava eden kişinin bir başkası olduğunu bildiğini; duruşmanın başlaması üzerine Davacıyı salonda görüp kim olduğunu anladığı şeklinde bir şahadet sunduğu görülmektedir (Mavi 232). Alt Mahkeme kararında bu hususa değinmiştir (Mavi 248). Alt Mahkeme kararının ilgili bölümü yukarıda alıntılanmıştır.

 Davalı No.1’in Davacıyı karşıdan karşıya geçirmekle vücut bütünlüğünü ihlal etmesine karşın, müdafaasının ne olduğu ve ne şekilde değerlendirileceği irdelenirken, Davalı No.1’in layihasıyla bağlı olduğu, orada ileri sürülen iddialar dışında bir şahadet ibraz edemeyeceği, etse de bunun dikkate alınmaması gerektiği çok açıktır.

 Davalı No.1’in Müdafaa Takririnin yukarıya aktarılan 6.maddesinde, eylemcilerin pankartın alınmasını engellemeye çalıştıkları esnada çıkan arbedede olayların büyümemesi ve/veya Polislerin yasal yetkilerini aşmalarını ve/veya orantısız kuvvet ve/veya şiddet kullanmalarını önlemek amacıyla eylemcilere yanaştığı bir esnada Davacının, Davalı No.1’in üniformasının yakasına yapışıp çekmeye ve Davalı No.1’e vurmaya başladığını, üniformasının yakasını çeke, çeke yırttığını ve bu durumda Davalı No.1’in, Davacıyı etkisiz hale getirmek ve saldırısını durdurmak üzere kolundan tutarak etkisiz hale getirdikten sonra, KTHY binasının karşısında bulunan Polislere götürdüğünü iddia ettiği çok açık bir şekilde görülmektedir. Başka bir ifade ile, Davalı No.1’in Davacının vücut bütünlüğünü ihlalinin “özel savunması”nın (justification) Müdafaa Takririnde, “Davacının üniformasının yakasına yapışıp çekmeye ve kendisine vurmaya başladığı, üniformasının yakasını yırttığı ve kendisinin de Davacıyı etkisiz hale getirmek ve saldırısını durdurmak üzere kolundan tutarak etkisiz hale getirdiği ve KTHY binasının karşısında bulunan polislere götürüp etkisizleştirdiği” şeklinde izah edildiği anlaşılmaktadır.

 Müdafaa Takririnin 7. paragrafında ise Davalı No.1’in, “eylemcilerin bulundurmakta olduğu izinsiz pankartı indirmeleri için herhangi bir emir vermediği gibi böyle bir emir de almadığını; eylemcilere karşı görevlerini ifaya giden polisler arasında da olmadığını” ileri sürdüğü görülmektedir.

 Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse bu meseledeki Davalı No.1’in müdafaasının;

* Davacının üniformasının yakasına yapışıp çekmesi ve kendisine vurması üzerine Davacının saldırısını durdurmak için onu kolundan tutarak, karşıya götürdüğü;
* Kendisinin eylemcilerin pankartı indirmesi için bir emir vermediği;
* Böyle bir emir de almadığı;
* Eylemcilere karşı görev ifa eden polislerden olmadığı

şeklinde olduğu görülmektedir.

 Alt Mahkeme kararı incelendiği zaman ise, yapılan eylemin kamu yararı kapsamında değerlendirildiği ve bu sonuçtan hareketle, Davalı No.1’in herhangi bir haksız fiilde bulunmadığı bulgusu yapıldığı görülmektedir. Alt Mahkemenin, dava konusu eylemin Davalı No.1’in Müdafaa Takririnde esasa ilişkin husus olarak ileri sürülmeyen ve Davacının istintakı esnasında kendisine iddia konmayan “kamu yararı içerisinde bir eylem” olduğu şeklindeki çıkarımı hatalı olmuştur.

 Yukarıda incelenen yasal durum, Davalı No.1’in Müdafaa Takririndeki iddialar bağlamında meselenin olgularına uygulandığı zaman Alt Mahkemenin, *“Polisin yukarıda belirtilen eylemleri konuk bir devlet yetkilisi aleyhine asılmış olumsuz ifadeler içeren pankartın indirilmesi amacında olup yukarıda belirtilen kamu yararı gereklilikleri içerisindedir ve pankartın indirilmemesi bir saygısızlık ve diplomatik bir nezaketsizlik olacaktır. Bu nedenle mezkur pankartın indirilmesi kararı kamu yararı içerisinde olan bir eylemdir”* ve “*Aynı şekilde bu pankartın indirilmesine izin verilmemesi sonrasında Davalı No.1 tarafından herhangi bir teçhizat kullanılmadan bu engeli aşmaya çalışması, eylemcilerin pankartın indirilmesine müdahale edilmemesi ve trafiğin akışının sağlanması amacı ile karşı şeride taşınması da eylemin makul kuvvet kullanılarak sonlandırılması ve kamu yararının sağlanması anlamına gelmektedir. Keza mezkur toplantının dağıtılması, eylemin sonlandırılması kamu yararı için gerekli olup bu sınırlama toplantı ve gösteri hakkının yasal sınırları içerisindedir”* şeklindeki bulgularının hatalı olduğu sonucuna varılması kaçınılmazdır.

 Bu aşamaya kadar yapılan inceleme ışığında, Alt Mahkemenin Davalı No.1 tarafından Davacıya karşı eylemli saldırıda bulunulmadığına dair vardığı bulgusunun hatalı olduğu sonucuna varılması kaçınılmazdır. Bu nedenle, Davacının “eylemli saldırı haksız fiili gerçekleşmediği” şeklindeki bulgunun hatalı olduğuna ilişkin istinaf sebebinin kabul edilmesi gerekmektedir.

 Alt Mahkeme tarafından, Davalı No.1’in Davacıya karşı eylemli saldırıda bulunmadığına dair bulgusunun hatalı olması halinde Davalı No.2 ve Davalı No.3’ün sorumluluklarına ilişkin bir inceleme yapılmadığı gibi tazminata hükmedilmesi halinde bunun miktarının ne olacağı şeklinde de bir değerlendirme yapılmadığından bu hususların tarafımdan incelenmesi gerekmektedir.

 Bir işverenin müstahdeminin haksız fiilinden hangi şartlarda sorumlu olacağına dair düzenleme Fasıl 148 madde 13’te düzenlenmiştir. İlgili düzenleme şöyledir:

|  |  |
| --- | --- |
| İşverenin Müstahdemlerinin Fiillerinden Sorumluluğu6.38/53 |  13.(1)Bu Yasa amaçları bakımından bir işveren, müstahdeminin herhangi bir fiilinden aşağıdaki  hallerde sorumlu olur-  (a) bu fiil yapılmasına yetki vermiş olacağı veya  yapılmasını onaylayacağı bir fiil ise; veya (b) bu fiil müstahdemin istihdam edilmekte olduğu  sırada yapılmışsa. Ancak, müstahdeminin, işveren tarafından açıkça veya zımnen yetkilendirilmediği halde, kendi görevini işverenin bir başka müstahdemi olmayan herhangi bir kişiye devretmesi halinde, işveren müstahdemi olmayan böyle bir kişinin herhangi bir fiilinden sorumlu olmaz. |
|  | (2) Bir fiil, bir müstahdem tarafından, müstahdem sıfatıyla ve istihdamının öngördüğü mutat görevlerin veya bu görevlere arızi görevlerin yerine getirilmesi sırasında yapılırsa, bu fiil, yapılmasına işverenin yetki verdiği bir fiilin doğru olmayan biçimde veya usulsüz yapılmış bir fiil olmasına bakılmaksızın, müstahdemin istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmış bir fiil sayılır, ancak işveren adına değil de müstahdemin kendi amaçları için yapılmış bir fiil müstahdemin istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmış bir fiil sayılmaz. |
|  | (3) Bu madde amaçları bakımından fiil deyimi bir fiilin yapılmasının ihmal edilmesini de kapsar. |
|  | (4) Bu madde kurallarının hiçbiri, herhangi bir müstahdemin kendi işlediği herhangi bir fiilinin sorumluluğunu etkilemez ve ortadan kaldırmaz. |

 **Salmond and Heuston on the Law of Torts** (20th edition) sayfa 444’de **“Vicarious Liability”** başlıklı bölümde, “**Master and Servant**” başlığı altında şu ifade yer almaktadır:

“A master is jointly and severally liable for any tort committed by his servant while acting in the course of his employment. This is by far the most important of the various cases in which vicarious responsibility or vicarious liability is recognised by the law. Vicarious liability means that one person takes or supplies the place of another so far as liability is concerned”

S:448’de ise

 “In order that the doctrine of vicarious liability may

 apply, there are two conditions which must co-exist:

1. The relationship of master and servant must exist between the defendant and the person committing the wrong complained of;
2. The servant must in committing the wrong have been acting in the course of his employment.”

 51/1984 sayılı Polis Örgütü (Kuruluş, Görev ve Yetkileri)

Yasası’nın “Polis Örgütünün Kuruluşu” başlıklı 3. maddesi şöyledir:

**“3. Bu Yasa ile, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti sınırları**

**ile karasuları ve hava sahası içinde, bu Yasada öngörülen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmak üzere, Başbakanlığa bağlı Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Polis Örgütü kurulur. Örgüt, bu Yasadan kaynaklanan görev ve yetkilerini Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığına bağlı olarak yerine getirir. Örgütün işleyişi, çalışması, yönetimi, gözetimi, disiplini ve denetimi Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı tarafından yürütülür. Güvenlik Kuvvetleri Komutanı, bu görev ve yetkileri bakımından Başbakana karşı sorumludur.”**

 Huzurumuzdaki istinafa konu meselede Davalı No.1’in Davacıya karşı eyleminin Davalı No.2 bünyesinde istihdam edildiği bir esnada, yapmakla yükümlü olduğu mutad bir görevi veya ona ilişkin arızî görevi yaparken meydana geldiği hususunda bir ihtilaf yoktur. Bu yönde Davalı No.2 tarafından aksi yönde bir iddia öne sürülmüş değildir. Bu meselenin olguları bağlamında olaya bakıldığı zaman, yapılan eylemin işveren (Davalı No.2) tarafından yapılmasına yetki verilen ancak uygunsuz biçimde yapılmış olan bir eylem olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle, Davalı No.1’in Davacıya karşı işlediği “eylemli saldırı” fiilinden Davalı No.2’nin de (vicarious liability)(kusursuz sorumluluk) prensibi tahtında sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

 Davalı No.3’e ilişkin yasal durum incelendiği zaman; 29/1976 sayılı 1976 Güvenlik Kuvvetlerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Yasası tahtında kurulmuş olan Davalı No.3 Güvenlik Kuvvetleri Komutanlığı ile Davalı No.1 arasında bir işveren – müstahdem ilişkisinin mevcudiyetinden söz etmek olası değildir.

 Bu aşamada Davacının tazminat taleplerinin incelenmesi gereklidir.

 Tafsilatlı Talep Takririnin “prayer” bölümünde Davacının cezai (exemplary) tazminat talep etmekte olduğu görülmektedir.

 Common Law kuralları uyarınca bazı durumlarda Davalı aleyhine “exemplary damages” (örnek niteliğinde zarar ziyan) verilebilmektedir.

 Exemplary damages (örnek niteliğinde/zarar ziyan)’in hangi hallerde verilebileceği ve hukuki boyutu **Yargıtay/Hukuk 98/2009 D.17/2011** sayılı kararda etraflıca incelenmiştir. İlgili kararda örnek niteliğinde tazminatın haksız fiilin kötü niyetle, saygısızca veya küstahça gerçekleştirildiği hallerde verildiği, bu tür tazminatın sıklıkla kişiye saldırı (assault) davalarında görüldüğü vurgulanmıştır.

 Exemplary Damages kavramına ilişkin yol gösterici (leading) karar olan Sıdkı Taner Şakir İlkay ile Bumerang Travel Club Ltd. ve diğeri Yargıtay/Hukuk No.98/2009 D.17/2011 sayılı kararda **Halsburys Laws of England 3 rd edition Vol II** sayfa 224 ve 225’te yer alan

 **“Exemplary damages may, however, be awarded in an action**

**for tort as for, instance, assault, conversion,trespass, negligence, nuisance, libel, slander, seduction, malicious prosecution and false imprisonment.”**

 Bu alıntıya göre, “örnek niteliğinde zarar ziyan, haksız fiil davalarında verilir. Örnek olarak kişiye saldırı, gasp, taşınmaz mala tecavüz, ihmal, rahatsızlık, hakaret sövme, iğfal, iftira ve yasadışı tutuklama.”

şeklindeki görüşlere temas edildikten sonra,

 “Görülebileceği gibi trespass ve nuisance davalarında örnek niteliğinde zarar ziyan verilebilmektedir.”

Aynı eserde örnek niteliğinde zarar ziyanın şartları ile ilgili sayfa 224-225’te şöyle denmektedir:

 **“In order to justify the award of exemplary damages, it is not sufficient to show merely that defendant has committed a wrongful act. The conduct of the defendant must be high-handed, insolent, vindictive or malicious, showing a contempt of the plaintiff’s right or disregarding every principle which actuates the conduct of gentlemen.”**

Bu alıntıya göre, “örnek niteliğinde zarar ziyan hükmü verilebilmesi için Davalının sadece haksız fiili gerçekleştirmesi yeterli değildir. Davalının davranışının keyfi, despotça, saygısızca, kindar veya kötü niyetli olması; Davacının haklarını hiçe sayan veya normal bir insanın davranışlarına neden olacak her tür prensibi dışlayan davranışlar olması gerekir.”

görüşü vurgulanmıştır.

 Huzurumuzdaki istinafa konu davada Davalı No.1, Anayasal toplantı ve gösteri hakkını barışçıl bir şekilde kullanmakta olan ve kendisine nazaran fiziksel olarak daha güçsüz olan Davacıyı fiziki gücünü kullanarak karşıdan karşıya sürükleyerek geçirmiştir. Davalı No.1 bu davranışıyla Davacının vücut bütünlüğüne karşı saygısız ve despot bir hareket sergilemiş; Davacının vücut bütünlüğünü ihlal etmiştir.

 Yargıtay/Hukuk 98/2009 D.17/2011’de “exemplary damages” ile ilgili vurgulanan hususları hatırda tutarak bu meselede Davacı lehine 4000 Stg üzerinden, bu meblağın hüküm tarihindeki TL karşılığı olarak (1 Stg = 10.6 TL) 42,400 TL olarak örnek zarar ziyana hükmedilmesi gerektiği görüşündeyim.

 Belirtilenler ışığında Davacının, “Alt Mahkemenin Davalı No.1 tarafından Davacıya karşı eylemli saldırı gerçekleşmemiştir yönündeki bulgusunun hatalı olduğu” şeklindeki istinaf sebebinin kabul edilerek Davalı No.1’in Davacıya karşı eylemli saldırı gerçekleştirdiğine dair tespit kararı verilmesi, Davacı lehine, Davalı No.1 ve Davalı No.2 aleyhine müştereken ve münferiden 42,400 TL zarar ziyan için hüküm verilmesi ve istinafın Davalı No.3’ü ilgilendirdiği oranda reddedilmesi gerektiği görüşündeyim.

Peri Hakkı : Her iki kararı da okudum, Sayın Ahmet Kalkan’ın kararına katılırım.

Ahmet Kalkan : Netice itibarıyla istinaf oy çokluğuyla reddedilir.

Masraflar Davacı tarafından ödenecektir.

 Ahmet Kalkan Beril Çağdal Peri Hakkı

 Yargıç Yargıç Yargıç

5 Kasım, 2020