



BİREYSEL BAŞVURU
SEÇME KARARLAR

2020/2



BİREYSEL BAŞVURU
SEÇME KARARLAR

2020/2

Ankara, 2021



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN: 978-605-2378-59-5

TK: 978-605-2378-57-1

Seçme Kararlar 2020/2

© 2021, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, kitabın tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Kitapta yayımlanan kararlar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara

Telefon : (312) 463 73 00

Faks : (312) 463 74 00

e-posta : ayam@anayasa.gov.tr

Twitter : @AYMBASKANLIGI

Web : www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

EPAMAT

Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.

Telefon : (0312) 394 48 63

Faks : (0312) 394 48 65

Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Mart, 2021

İFADE VE BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

UFUK ÇORBACI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/15118)

Karar Tarihi: 9/9/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI M. Emin KUZ Yıldız SEFERİNOĞLU Basri BAĞCI
Raportör	: Fatma Gülbin ÖZCÜRE
Başvurucu	: Ufuk ÇORBACI

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, dava dilekçesinde kullandığı ifadeler nedeniyle baronun kınama cezası vermesinin başvurusunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 31/8/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

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

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, İstanbul Barosuna kayıtlı bir avukattır. Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesinde görölmekte olan sıra cetveline itiraz davasında davacı C.Ö.nün vekilliğini üstlenen başvurucu, yargılama sırasında dinlenen tanık ifadelerine ilişkin bir beyan dilekçesi hazırlayarak dosyaya sunmuştur. Söz konusu beyan dilekçesinde tanık M.A.T.nin davalının oğlu ile ilişkisi olduğunu, davalı ile bu sebepten yakınlığı bulunması dolayısıyla tanıklığına itibar edilmemesi gerektiğini belirten başvurucu, dilekçesine tanık M.A.T.nin Facebook isimli sosyal medya hesabına ait arkadaş ve durum bilgisini içeren renkli ekran görüntüsünü de tanık ve taraf ilişkisini ispatlamak amacı ile eklenmiştir. Dilekçede M.A.T. ile ilgili kısımda yer alan ifadeler şu şekildedir:

"Diğer tanık [M.A.T]e gelince;

Bu kişinin O.K.'nın (davalının oğlunun) sevgilisi olduğu duyumlarımı alıyoruz. Bu kişinin Facebook sayfasının ekran görüntüsünü renkli olarak ekte sunuyoruz. (EK 6)

[M.A.T]nin de bu sayfa görüntülerine dikkat edilecek olursa [O.K] arkadaşları arasındadır ve o da [O.K.]nin reklamını yapmaktadır. Ancak asıl arkadaşı olduğunu söylediği [S.U.] arkadaş isimleri arasında yoktur.

Sayın Mahkemeye 25.03.2011 tarihinde sunduğumuz Kadıköy 1. Asliye Hukuk Mahkemesi 2008/423 Esas nolu dosyanın kararına dikkat edilecek olursa muvazaalı işleme adı karışan kişilerden biri [Ö.S.] isimli bir bayandır. Aldığımız duyumlara göre bu kişinin de [O.K.]in, [S.U.]dan önceki sevgilisidir.

Anlaşılacağı üzere diğer davalı [A.C.K.] muvazaalı işlerde oğlunun sevgililerini kullanmaktadır.

Önce [Ö.S.], sonra [S.U.] ve şimdi de yönlendirilmiş tanık [M.A.T.]

Dikkat edilecek olursa tanığın yönlendirildiği ama kendi yalanını kendisinin ele verdiği görölmektedir.

Her şeyden önce borç verildiği ve karşılığında senet alındığı söylenen rakam 150.000.-TL dir. Tanığın söylediği rakam 200.000.-TL' dir.

Tanık evin 2008-2009 yıllarında satıldığını söyledi. Halbuki satılıp da satım bedeli borç olarak verildiği iddia edilen evin en geç Ekim 2005 den önce satılması

İfade ve Basın Özgürlüğü

gerekmektedir. Çünkü 04.12.2007 tarihinde icra takibine konan senedin tanzim tarihi 20.10.2005'dir.

Sayın stajyer avukat mesleği öğrenmeden yanlı tanık olmayı öğrenmiş anlaşılan.

Tanık [M.A.T.], müvekkilim ile [K.] ailesinin borcun ödenmemesi için işbirliği yaptığını söylüyor yani sözde [K.] ailesi aleyhine tanıklık yapıyor ama Facebook sayfasında [O.K.]i başköşeye koyuyor. Takdiri yüce mahkemeye bırakıyoruz.

Ayrıca [M.A.T.] ortaklığın 2008-2009 yıllarında kurulduğu konusunda tahminde bulunmuştur.

Maalesef tanığın bu tahmini de tutmamıştır. Çünkü ortaklık Ocak 2006 da kurulmuş ve [A.C.K.]in (davalı) ihracat bedellerini kendi sayfasına aktarması sonucunda 2006 Eylül ayında da sona ermiştir.

Sayın mahkemedeki dosyada bulunan 2007/187 Esas sayılı icra dosyasındaki mahkeme kararında görüleceği üzere 2006 yılı Eylül ayında ihtilafa düşüldüğü ve fiili ortaklığın son bulduğu görülmektedir.

Tanık [M.A.T.] bir de kanaat belirtmektedir. Sözde müvekkilim diğer davalı [A.C.K.] ile işbirliği yaparak borçtan kurtulmaya çalışıyorlar diye kanaat belirtmektedir.

Her şeyden önce tanık kanaat belirtmez. Kanaat belirtmesi yanlı olarak tanıklık yaptığının delilidir. Borçtan kurtulmaya çalışan bir kişi diğer tarafın taşınmazını cebri icra ile satmak için bu kadar çaba sarfeder mi?"

9. M.A.T. dilekçede kendisi ile ilgili olarak kullanılan ifadeler sebebi ile başvurucudan İstanbul Barosu Başkanlığı ve Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde şikâyetçi olmuştur. Şikâyet sonucunda başvurucu hakkında hem ceza hem de disiplin soruşturması başlatılmıştır.

10. Başvurucu hakkında hakaret suçundan Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesinde ceza davası açılmıştır. Mahkeme başvurucunun beyan dilekçesinde yer verdiği ifadeleri katılanı aşağılamak veya küçültmek amacı ile değil, tanık olarak dinlenen katılanın taraflı beyanlarını ortaya

koymak amacı ile kaleme aldığını belirterek başvurucunun beraatine oyçokluğu ile karar vermiştir.

11. İstanbul Barosunca yapılan disiplin soruşturması sonucunda ise başvurucunun avukat sıfatı ile yazmış olduğu dilekçede yer verdiği "Davalı [A.C.K.], oğlunun sevgililerini kullanmaktadır, bunlardan biri de şimdi yönlendirilmiş tanık [M.A.K.] dir" ve "Sayın stajyer avukat, mesleği öğrenmeden yanlı tanık olmayı öğrenmiş anlaşılan" şeklindeki ifadeler savunmayı aşan hakaret cümlesi olarak değerlendirilerek başvurucuya kınama cezası verilmesine karar verilmiştir. Söz konusu kararın kaldırılması talebi ile başvuru tarafından Türkiye Barolar Birliğine (TBB) itirazda bulunulmuş ise de TBB tarafından başvurucunun itirazının reddine karar verilmiştir.

12. Başvurucu, hakkında tesis edilen disiplin cezasının iptali talebi ile TBB aleyhine Ankara 2. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır. Başvurucunun hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan ve karşı tarafın özel hayatı ile ilgili, savunma hakkının sınırını aşan ifadelerden bir avukat olarak kaçınması gerektiğini vurgulayan Mahkeme, başvurucunun disiplin cezasının konusunu teşkil eden ifadeleri sebebi ile savunma hakkının sınırını aştığını değerlendirerek davanın reddine karar vermiştir.

13. Başvurucu tarafından Mahkeme kararına itiraz edilmesi üzerine karar itiraz mercii olan Ankara Bölge İdare Mahkemesince (4. Kurul) incelenmiştir. 4. Kurul 24/12/2015 tarihli kararı ile başvuru tarafından yapılan itirazı kabul ederek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ise de karar düzeltme incelemesi sonucunda 1/6/2016 tarihli karar ile ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına kesin olarak karar vermiştir.

14. Bu karar başvurucuya 2/8/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 31/8/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

16. 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ilgili kısımları şöyledir:

İfade ve Basın Özgürlüğü

"Madde 34 – (Değişik : 2/5/2001 - 4667/21 md.)

Avukatlar, yüklendikleri görevleri bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler.

...

Madde 134 – (Değişik : 2/5/2001 - 4667/65 md.)

Avukatlık onuruna, düzen ve gelenekleri ile meslek kurallarına uymayan eylem ve davranışlarda bulunanlarla, meslekî çalışmada görevlerini yapmayan veya görevinin gerektirdiği dürüstlüğe uygun şekilde davranmayanlar hakkında bu Kanunda yazılı disiplin cezaları uygulanır.

...

Madde 135 – Disiplin cezaları şunlardır:

1. (Değişik: 22/1/1986 - 3256/23 md.) Uyarma; avukatın mesleğinin icrasında daha dikkatli davranması gerektiğinin kendisine bildirilmesidir.

2. Kmama; meslekinde ve davranışında kusurlu sayıldığıının avukata bildirilmesidir.

..."

17. TBB'nin 8-9 Ocak 1971 tarihli IV. Genel Kurulunda kabul edilen ve 26 Ocak 1971 tarihli TBB Bülteni'nde yayımlanarak yürürlüğe giren TBB Meslek Kuralları'nın ilgili kısmı şöyledir:

"5. Avukat, yazarken de, konuşurken de düşüncelerini olgun ve objektif bir biçimde açıklamalıdır. Mesleki çalışmasında avukat, hukukla ve yasalarla ilgisiz açıklamalardan kaçınmalıdır."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

18. Mahkemenin 9/9/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

19. Başvurucu, İstanbul Barosuna bağlı avukat olarak görev yaptığını belirtmektedir. Başvuru konusu dilekçenin sunulduğu davada tanık M.A.T.nin davalının sevgilisi olduğunu müvekkili olan davacıdan öğrendiğini, M.A.T. ile davalı arasındaki yakınlığı ortaya koyarak M.A.T.nin tanıklığına itibar edilmemesi amacı ile bu bilgiye dilekçesinde yer verdiğini belirten başvurucu, dilekçede kullandığı ifadeler nedeniyle hakkında adli ve idari soruşturma başlatıldığını ifade etmiştir.

20. Hakkında yapılan ceza soruşturması sonucunda dava açıldığını dile getiren başvurucu; davanın görüldüğü Kadıköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yapılan ceza yargılaması sonucunda beraatine karar verildiğini, disiplin soruşturmasının ise kınama cezası ile sonuçlandığını belirterek hakkında tesis edilen disiplin cezasının iptali için açmış olduğu davanın beraat kararı dikkate alınmaksızın reddedilmesinin ifade özgürlüğünü ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

21. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, ř 16). Bu bağlamda başvurucunun diğer tüm iddialarının ifade özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

22. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığđ ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Müdahalenin Varlığı

23. Başvurucu, davacı vekili sıfatı ile yazmış olduğu bir dilekçede yargılamada dinlenen bir tanık için kullanmış olduğu ifadeler dolayısıyla

kınama cezası ile cezalandırılmıştır. Bu şekilde başvuruçunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapılmıştır.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

24. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

25. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

26. TBB Meslek Kuralları'nın "*Genel Kurallar*" kenar başlıklı 3. ve 4. maddesi ile 1136 sayılı Kanun'un 34., 134. ve 135. maddelerinin *kanunilik* koşulunu karşıladığı sonucuna varılmıştır.

ii. Meşru Amaç

27. Başvuruçunun hakkında verilen mahkûmiyet kararının *başkalarının şöhret veya haklarının korunmasına* yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

iii. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(1) Genel İlkeler

(a) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

28. Anayasa Mahkemesinin daha önce bu konuda detaylı olarak açıklama yaptığı kararlar için bkz. *Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151,

4/6/2015, §§ 44, 47, 48, 51, 57; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 68-72; AYM, E.2018/69, K.2018/47, 31/5/2018, § 15; AYM, E.2017/130, K.2017/165, 29/11/2017, § 18; *ansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 51; *Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 58, 59, 61, 66, 68; *Meral Özata Özgürol*, B. No: 2015/2326, 26/12/2018, §§ 33-36 .

29. Buna göre ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

(b) Bireyin Şeref ve İtibarının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

30. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır (*İlhan Cihaner* (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 44) Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (*Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41; *Adnan Oktar* (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; *Bekir Coşkun*, § 45; *Önder Balıkçı*, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 44).

31. Devletin bireyin şeref ve itibarının korunmasında pozitif yükümlülüklerine ilişkin geniş anlatım için bkz. *Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 51; *Hüdayi Ercoşkun*, B. No: 2013/6235, 10/3/2016, § 94.

(c) Hak Arama Hürriyeti

32. Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, kişilerin hak arama özgürlükleri güvence altına alınmıştır. Hak arama özgürlüğü toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmanın yanında bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme yoludur. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü hukuk devletinin ve çağdaş demokrasinin

İfade ve Basın Özgürlüğü

vazgeçilmez koşullarından biridir (AYM, E.2014/86, K.2015/109, 25/11/2015, § 91; *Ali Abbas Yalman*, B. No: 2015/11456, 19/4/2018, § 28; S.A., B. No: 2015/19664, 7/2/2019, § 37).

33. Hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir (AYM, E.2015/61, K.2016/172, 2/11/2016, § 123; *Ali Abbas Yalman*, § 29; S.A., § 38).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

34. Somut olayda başvuru; davacı vekili sıfatı ile yer aldığı bir yargılamada, tanık olarak dinlenen M.A.T.nin davalının oğlu ile olan yakınlığına ilişkin bir iddiayı ve bu durumun M.A.T.nin tanık olarak güvenilirliğine tesirine ilişkin değerlendirmelerini içeren bir dilekçe kaleme almış ve bu dilekçeyi mahkemeye sunmuştur. Dilekçede yer verilen ifadeler sebebiyle tanık M.A.T., başvuru hakkında İstanbul Barosuna şikâyetle bulunmuştur. Yapılan idari soruşturma sonucunda başvuru kınama cezası ile tecziyesine karar verilmiş, anılan karara karşı başvuru tarafından açılan iptal davası da reddedilerek karar kesinleşmiştir. Başvuru dilekçe, yargılama ile ilgili verilmiş olduğundan başvuru hak arama hürriyeti ışığında ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

35. Şüphesiz ki maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı ile hak arama hürriyetiyle bağlantılı olarak ifade özgürlüğünün karşı karşıya geldiği durumlarda çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için;

i. Hak arama hürriyetinin kullanılmasını haklı gösterecek -oldukça zayıf veya dolaylı da olsa- emarelerin varlığı,

ii. Hak arama hürriyetinin sırf üçüncü kişilere zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığı,

iii. Hak arama hürriyetinin kamu görevlilerine karşı, görevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili konularda kullanılıp kullanılmadığı,

iv. Hak arama hürriyetinin kullanılması esnasında hedef alınan

kişiyeye yönelik isnatların taraflar arasındaki uyuşmazlık konusuyla -oldukça zayıf veya dolaylı da olsa- ilgisinin bulunup bulunmadığı ve uyuşmazlığın çözümüne katkısının olup olmadığı,

v. Hak arama hürriyetinin kullanılması esnasında dile getirilen ifadeler ve bunların hedef alınan kişinin yaşamına etkileri (*Ali Abbas Yalman*, § 33; *S.A.*, § 41) gibi kriterlerin somut olaya uygulanması gerekmektedir.

36. İlk derece mahkemesinin kararı incelendiğinde disiplin cezasına konu edilen isnada ilişkin hiçbir hususun kararda tartışılmadığı görülmektedir. Mahkeme tarafından başvuruçunun söz konusu dilekçede tanık M.A.T. için kullanmış olduğu ifadeleri ona zarar vermek için değil M.A.T. ile davalı arasındaki yakınlığı ortaya koymak suretiyle M.A.T.nin tanıklığına itibar edilmemesi amacıyla yer verdiğine ilişkin savunması da dikkate alınmamıştır. Yine bir tanık olan M.A.T.nin beyanlarının güvenilirliği açısından taraflarla olan yakınlığının sorgulanmasının yargılamanın sıhhati üzerindeki tesirine ilişkin olarak da gerekçeli kararda bir değerlendirme yapılmamıştır.

37. Bu açıklamalar ışığında ilk derece mahkemesinin başvuruçunun disiplin cezası ile tecziyesinin *zorunlu toplumsal bir ihtiyaca karşılık geldiğini ilgili ve yeterli* bir gerekçe ile ortaya koyduğunun kabul edilmesi mümkün olmamıştır.

38. Başvuruçunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

39. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

(2) *Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve*

İfade ve Basın Özgürlüğü

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

40. Başvurucu ihlalin tespiti ile birlikte yeniden yargılama ve 10.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

41. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* kararında ihlal sonucuna varıldığına ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

42. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

43. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanununun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul

hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemezsizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

44. İncelenen başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

45. Bu durumda ifade özgürlüğü ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 2. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

46. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

47. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

İfade ve Basın Özgürlüğü

B. Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin ifade özgürlüğünün ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 2. İdare Mahkemesine (E.2013/1538 K.2014/1161) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun manevi tazminat talebinin REDDİNE,

E. 239,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 9/9/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

CANDAR ŞAFAK DÖNMEZ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/15672)

Karar Tarihi: 5/11/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportörler	: Yunus HEPER Ömer MENCİK
Başvurucu	: Candar Şafak DÖNMEZ
Vekilleri	: Av. Metin NARİN Av. Gül ALTAY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; anayasal haklar kapsamında koruma altında bulunan bazı eylemlerinin terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyetinde

delil olarak kullanılmasının başvuruçunun ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını; katıldığı toplantı ve gösteriler esnasında attığı sloganlar ile astığı afişler nedeniyle terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılmasının ise başvuruçunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 8/9/2015 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonda başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.
8. İkinci Bölüm tarafından 10/6/2020 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:
10. Başvurucu 1990 doğumlu olup olayların meydana geldiği tarihte Tunceli'deki Munzur Üniversitesinde öğrencidir.
11. Başvurucu, Türkiye Komünist Partisi/Marksist Leninist-Türkiye İşçi Köylü Kurtuluş Ordusu (TKP/ML-TİKKO) terör örgütüne üye olduğu gerekçesiyle 1 gün gözaltında tutulduktan sonra 6/6/2012

İfade ve Basın Özgürlüğü

tarihinde tutuklanmıştır. Cumhuriyet savcısı 6/8/2012 tarihli iddianamesi ile başvuruçunun terör örgütüne üye olma, terör örgütünün propagandasını yapma ve görevi yaptırmamak için direnme suçlarından cezalandırılmasını talep etmiştir. Malatya 4. Ağır Ceza Mahkemesi (Mahkeme) 10/5/2013 tarihinde, başvuruçunun terör örgütüne üye olma suçundan 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve ayrıca üç ayrı tarihte işlediği terör örgütünün propagandasını yapma suçundan ayrı ayrı 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca başvuruçunun görevi yaptırmamak için direnme suçu yönünden de 11 ay 3 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

12. 1970 yılında kurulan Türkiye İhtilalci İşçi Köylü Partisi içinde Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgeleri sorumluluğuna getirilen İbrahim Kaypakaya (İ.K.) parti içinde Marksist-Leninist çizgide bir muhalefet başlatmıştır. İ.K. *"ülkede silahlı mücadele şartlarının var olduğunu ve silahlı mücadeleye başlanılması gerektiğini"* ileri sürerek örgüt yönetimine karşı görüş ve eleştiriler ortaya koymuş, görüşlerinin kabul görmemesi üzerine ise söz konusu düşüncelerin harekete geçirilmesi için TKP/ML terör örgütünün kurulmasına önderlik etmiştir. 1972 yılında İ.K. ve arkadaşları tarafından kurulan TKP/ML terör örgütü kendisini parti olarak nitelendirmektedir. TKP/ML-TİKKO terör örgütünün kurucusu İ.K.nın kimliği ile örgüte müzahir oluşumlar eldeki başvurunun çözümlenmesinde kritik öneme sahiptir. İ.K. köylerden şehirlere doğru yayılacak silahlı ve uzun süreli halk savaşı stratejisini benimsemiş, siyasi her tür mücadelenin karşısında olmuştur. Örgütün askerî kolu TİKKO ve gençlik örgütü Türkiye Marksist-Leninist Gençlik Birliğidir (TMLGB).

13. İlk derece mahkemesi gerekçeli kararında ilk olarak örgütün kuruluşu, yapısı, günümüze kadar geçirdiği kurumsal değişimler, finans kaynakları, eleman temin yöntemleri ve örgüte müzahir örgütler hakkında ayrıntılı bilgiler vermiş; daha sonra örgütün kırlardan şehirlere doğru kuşatmayı amaçlayan silahlı mücadeleyi strateji olarak benimsediğini polis raporları ve terör örgütü üyelerinin beyanlarından oluşan delillere dayalı olarak göstermiştir (gerekçe s. 24-37).

14. Bu kapsamda ilk derece mahkemesi 1973 yılında güvenlik kuvvetleri ile girdiği çatışma sonucunda yaralı olarak ele geçirilen

ve kısa bir süre sonra da ölen İ.K.nın örgütün kurucusu ve simge isimlerinden biri olduğuna özel vurgu yapmıştır. İ.K.nın başlattığı terör hareketi kurulduğu günden günümüze kadar değişik isimler altında birçok silahlı ve bombalı şiddet eylemleri gerçekleştirmiştir. Mahkeme, kurulduğu günden karar tarihine kadar geçen süre içinde örgütün gerçekleştirdiği ve suç oluşturan çok sayıda örgütsel eyleme değinmiş; -polis raporlarına göre- neden olduğu 287 şiddet eyleminden başlıcalarını ise ayrıntılı olarak sıralamıştır. Çoğu ciddi can kaybına neden olan terör eylemlerinin faili olan örgüt kendi varlığına yönelik tehditlere karşı da son derece acımasızdır. Sözgelimi 1973 yılında güvenlik güçlerine karşı terör eylemlerinde bulunduğu sırada yerlerini güvenlik güçlerine haber verdiği iddia edilen öğretmen C.A.ya uzun süre infaz listesinde yer vermiştir. İnfaz listesindeki öğretmen C.A., 2000 yılında İstanbul'daki evini basan üç kişi tarafından kafasından kurşunlanarak öldürülmüştür. 1973'te İ.K. ve arkadaşlarına karşı yapılan komando harekâtını yöneten, daha sonrasında İ.K.yı yaralı ele geçiren Albay F.A. ise 2015 yılının Haziran ayında İstanbul'da uğradığı silahlı saldırıda yaralanmıştır. İlk derece mahkemesi kararında ayrıca terör örgütünün söz konusu şiddet eylemlerinin sonucunda birçok insanın hayatını kaybettiği, örgüte yönelik gerçekleştirilen soruşturmalarda çok miktarda ve ağır nitelikli silah, patlayıcı ve diğer mühimmatın ele geçirildiği ayrıntılı olarak gösterilmiştir (gerekçe s. 28-36).

15. İlk derece mahkemesi kararında açıklandığı üzere hâlen son derece tehlikeli olan örgüt, ana gövdesi veya alt seksiyonları ile bugün de ülkemizin içinde veya dışında Türkiye'ye karşı terör eylemlerine devam etmektedir. Daha 12/3/2016 gibi yakın bir tarihte Irak'ta bulunan PKK terör örgütüne ait kamplarda, aralarında TKP/ML'nin de bulunduğu birçok terör örgütü tarafından bir basın açıklaması yapılmış; birçok terör örgütü güç ve eylem birliği yapmak amacıyla Halkların Birleşik Devrim Hareketi adlı yapıyı kurduklarını ilan etmiştir. Öte yandan TKP/ML-TİKKO terör örgütünün PYD saflarında Suriye'deki iç savaşa katıldığı, PKK ile ortak eylemlerde bulunduğu ve hâlen Türk Silahlı Kuvvetleri ve Özgür Suriye Ordusu ile çatışmalara girdiği yönünde de bilgiler bulunmaktadır.

İfade ve Basın Özgürlüğü

16. TKP/ML-TİKKO hakkındaki genel değerlendirmelerden sonra Mahkeme gerekçesinde, örgütün yayın organlarına ve alt seksiyonlarından ikisi olan Partizan ve Yeni Demokrat Gençlik oluşumlarına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Mahkeme mahkûmiyete konu Partizan ve Yeni Demokrat Gençlik oluşumları ile aynı ismi taşıyan TKP/ML-TİKKO ile bağlantılı yayınları ele almış, örgüt üyelerinin beyanlarını ve adı geçen dergilerde yer alan bazı yazıları değerlendirmiştir.

17. Söz konusu dergilerden biri olan Partizan 2015 yılından itibaren yayımlanan pek çok sayısı hakkında mahkemelerce verilmiş toplatma kararları bulunan bir derginin ismidir. Ancak ilk derece mahkemesi Partizan'ın yalnızca bir yayın organının adı olmadığı, aynı zamanda TKP/ML-TİKKO geleneğini sahiplenen fraksiyonlardan birini de ifade ettiği sonucuna varmıştır. TKP/ML, İ.K. tarafından kurulmasından sonraki süreçte dallanıp budaklanmıştır. Son derece karmaşık bir soyağacına sahip TKP/ML, Maoist Komünist Parti, Bolşevik Parti/Kuzey Kürdistan-Türkiye, Marksist-Leninist Parti (Bolşevik), Maoist Parti Merkezi (TKP-ML/MPM), Türkiye'de Marksist Leninist Parti-İnşa, Birleşik Komünist Parti, İbocu Dönüşüm Hareketi, Komünist Parti-İnşa Örgütü, Demokratik Haklar Platformu, TKP/ML Geçici Yurt Dışı Komitesi gibi gruplara ayrılmıştır. Söz konusu grupların çoğu kendilerini merkez, diğerlerini ise hizip olarak görmektedir. İşte *Partizan*, zikri geçen fraksiyonlardan "*Batı Anadolu Bölge Komitesi*", "*Konferans*", "*Ana grup*" diye anılan TKP/ML örgütüne verilen isimlerden yalnızca biridir.

18. Güvenlik güçlerinin sundukları raporlardan ve yargılama dosyasında yer alan sanık anlatımlarından hareket eden Mahkeme, TKP/ML-TİKKO terör örgütüne müzahir yayın yapan yayın organlarından bir diğeri olan Yeni Demokrat Gençlik'in aynı zamanda örgütün gençlik yapılanmasının adı olduğu sonucuna varmıştır. 2015 yılından bu yana en az beş sayısı mahkeme kararı ile toplatılan Yeni Demokrat Gençlik isimli derginin çatısı altında, TKP/ML ana gövdesi içinde yer alan gençlik hareketi örgütlenmiştir. Dergi ile aynı adı taşıyan Yeni Demokrat Gençlik (YDG) Hareketi Maoist ideolojiyi benimsemekte olup sadece üniversitelerde değil üniversite dışında da *gençlik çalışması* yapmaktadır. İlk derece mahkemesi başvurusunun da söz konusu hareketin içinde yer

aldığını kabul etmiştir (YDG hakkında bir değerlendirme için bkz. *Ali Soyulu*, B. No: 2014/10602, 19/11/2019, § 31).

19. İlk derece mahkemesi terör örgütünün propagandasını yapma suçunun hukuki nitelendirmesi hakkında da bazı açıklamalarda bulunmuştur. Mahkeme 2/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen bu suça ilişkin olarak 11/4/2013 tarihli ve 6459 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile yapılan değişiklikten bahsetmiştir. Mahkemeye göre bahsi geçen değişiklik sonucunda propaganda suçunun oluşabilmesi için propaganda olduğu belirtilen sözlerin terör örgütünün "*cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde*" gerçekleştirilmesi gerekir.

20. Mahkeme bu şekilde yaptığı değerlendirmeden sonra 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasının son kısmında sayılan eylemlerin terör örgütünün "*cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde*" gerçekleştirilmese dahi terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturacağını ifade etmiştir. Nitekim Mahkeme, başvurunun da aralarında olduğu sanıkların eylemlerinin bahsi geçen kural kapsamında kaldığını ve terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturduğunu belirtmiş; 6459 sayılı Kanun'la yapılan ve yukarıda zikredilen değişikliğin başvuru yönünden uygulanmayacağını açıkça ifade etmiştir.

21. Genel açıklamalardan sonra Mahkeme, atılı suçların işlenip işlenmediği hususunda her bir sanık yönünden öncelikle delil olarak kabul edilen eylemleri tek tek sıralamış; daha sonra ise genel bir değerlendirmeye yer vermiştir. Başvurucunun terör örgütüne üye olma suçundan mahkûmiyetinde Mahkemece dikkate alınan delillerin bazıları şöyledir:

i. Başvurucunun YDG içinde yer aldıkları iddiasıyla haklarında soruşturma başlatılan ve tutuklanan kişilerin tutuklanmalarını protesto etmek amacıyla 22/2/2011 tarihinde Tunceli'de düzenlenen basın açıklamasına katıldığı tespit edilmiştir. Basın açıklaması sırasında başvurunun "*Baskılar Bizi Yıldırılmaz*" sloganının yazılı olduğu YDG

İfade ve Basın Özgürlüğü

imzalı pankartı taşıdığı, böylece örgütün alt yapılanması olan YDG içinde faaliyet gösterdiği ifade edilmiştir.

ii. Sığındıkları bir mağarada meydana gelen göçük nedeniyle yaşamlarını yitiren TKP/ML-TİKKO terör örgütü mensubu beş kadını anmak amacıyla 22/4/2011 tarihinde Tunceli'de düzenlenen basın açıklamasına başvurusunun katılması ve basın açıklaması sırasındaki eylemleri delil olarak değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre başvuru, basın açıklaması öncesinde TKP/ML-TİKKO terör örgütünün marşını okumuş; marş sonrasında "*Beşler Yaşıyor Kavga Sürüyor*", "*Şehit Namırın*", "*Önderimiz [İ.K.]*", "*Gerillalar Ölmez Yaşasın Halk Savaşı*", "*Sekizler Yaşıyor Kavga Sürüyor*" şeklinde sloganlar atan grupla birlikte hareket etmiştir. Başvurucunun "*Partizan*" yazılı flamayı yürüyüş boyunca taşıdığı, örgütün marşını söylediği ve sloganlar attığı belirtildikten sonra Partizan ve YDG'nin örgütün bir alt yapılanması olduğu ve başvurusunun bu yapılanma içinde faaliyet yürüttüğü ifade edilmiştir.

iii. Başvurucunun hayatlarını kaybeden beş kadın terör örgütü mensubunu anmak amacıyla 28/7/2011 tarihinde Tunceli'de düzenlenen basın açıklamasına terör örgütünün internet üzerinden verdiği talimata istinaden katılması ve basın açıklaması sırasındaki eylemleri de delil olarak değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre bahis konusu basın açıklaması sırasında "*Beşler Yaşıyor Kavga Sürüyor, Bedel Ödedik Bedel Ödeteceğiz, Yaşasın Halkın Kavgası, Yaşasın Devrimci Dayanışma, Şehit Namırın (Şehitler Ölmez) Önderimiz [İ], [İ.K.] Gerillalar Ölmez, Yaşasın Halk Savaşı ve Sekizler Yaşıyor Kavga Sürüyor*" şeklinde sloganlar atılmıştır. Başvurucunun "*Partizan*" yazılı flamayı basın açıklaması ve daha sonra yapılan yürüyüş sırasında taşıdığı, örgütsel nitelikte sloganlar attığı belirtildikten sonra Partizanın örgütün bir alt yapılanması olduğu ve başvurusunun bu yapılanma içinde faaliyet yürüttüğü ifade edilmiştir.

iv. Başvurucunun YDG tarafından "*YDG 6. Konferansı*" adı altında İstanbul'da düzenlenen etkinliğe katıldığı ifade edilmiştir. Adı geçen konferansın Tunceli'de hayatını kaybeden örgüt üyelerine atfen düzenlenen bir etkinlik olduğu belirtilmiştir. YDG'nin örgütün bir alt yapılanması olduğu ve başvurusunun bu konferansa katılarak yapılanma içinde aktif rol aldığı kabul edilmiştir.

v. Başvurucunun çatışmalarda ölü olarak ele geçirilen yedi PKK terör örgütü mensubunu anmak amacıyla Tunceli'de 5/1/2012 tarihinde düzenlenen basın açıklamasına katılması ve basın açıklaması sırasındaki eylemleri de delil olarak değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre söz konusu basın açıklaması -basın açıklaması sırasında atılan sloganlardan ve kullanılan pankartlardan anlaşıldığına göre- örgütün bir alt yapılanması olan YDG tarafından düzenlenmiştir. Başvurucunun basın açıklamasına katılan üniversite öğrencilerini basın açıklaması sırasında yönlendirdiği ifade edilmiştir. Ayrıca basın açıklaması sırasında diğer katılımcılarla birlikte başvurucunun ölen örgüt mensupları adına saygı duruşunda bulunduğu, ölen örgüt üyelerine ithafen "*Şehit Namırın, Bedel Ödedik Bedel Ödeteceğiz, Katil Devlet Hesap Verecek, Kürdistan Faşizme Mezar Olacak, Kahrolsun Faşizm Yaşasın Mücadelemiz, Faşizmi Döktüğü Kanda Boğacağız*" şeklinde sloganlar attığı kabul edilmiştir.

vi. Başvurucunun Demokratik Haklar Federasyonu (DHF) ve Partizan üyelerine bazı suçlardan verilen cezaları protesto etmek amacıyla 23/3/2012 tarihinde düzenlenen basın açıklamasına katılması ve basın açıklaması sırasındaki eylemleri delil olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu basın açıklaması sırasında dokuz adet pankart ve döviz taşındığı, bu döviz ve pankartlardan sekizinde TKP/ML-TİKKO terör örgütünün kurucusu olarak kabul edilen İ.K.nın silüetinin bulunduğu belirtilmiştir. Başvurucunun da dövizler ve pankartların arkasında yürüdüğü ve atılan sloganlara iştirak ettiği ifade edilmiştir. Atılan sloganlardan birinin "*Önderimiz [İ.K.]*" şeklinde olduğu kabul edilmiştir. Son olarak İ.K.nın örgütün kurucusu olduğu kabul edilerek başvurucunun örgüt liderini sahiplendiği sonucuna varılmıştır.

vii. Başvurucunun *Özgür Gelecek* adlı gazetenin dağıtımını yaparken üzerine "*Partizan*" ibaresi bulunan yelege giymesi delil olarak değerlendirmeye alınmıştır. Mahkemeye göre Partizan, örgütün bir alt yapılanması olduğundan söz konusu eylem, delil olarak değerlendirilmesi gereken bir eylemdir.

viii. Başvurucunun 21/3/2012 tarihinde Tunceli'de düzenlenen *21 Mart Nevruz Bayramı kutlamaları* sırasındaki eylemleri dikkate alınmıştır. Başvurucunun adı geçen etkinliğe Partizan adlı grup içinde katıldığı

İfade ve Basın Özgürlüğü

hatta adı geçen grubu yönlendirdiği belirtilmiştir. Ayrıca başvuru grubuna "Önderimiz [İ.K.]" ve "Umut dağlarda Partizanlarda" şeklinde slogan attığı, "Nevroz Sarewedardene Sarewedarden Zedekerim Partizan (Nevruz İsyandır İsyana Etmek İçin Çoğalalım Partizan)" şeklinde içeriğe sahip pankartın etkinlik alanına asılması çalışmalarını yürüttüğü kabul edilmiştir. Son olarak İ.K.'nin örgütün kurucusu ve Partizanın örgütün bir alt yapılanması olduğu ifade edilerek başvuru grubunun örgütün liderinin ve bir yapılanmasının lehine olan bahis konusu eylemleri delil olarak kabul edilmiştir.

ix. Başvuru grubunun 29/1/2012 tarihinde Elâzığ'da gerçekleştirilen ve bir anma etkinliği niteliğini taşıyan mezar ziyaretine katılması ve etkinlik sırasındaki faaliyetleri delil olarak kabul edilmiştir. Etkinlik sırasında başvuru grubunun elinde bir flama taşıdığı, bazı kişilere de aynı flamadan dağıttığı, bahis konusu flamalarda "Partizan" ibaresinin bulunduğu ve örgüt kurucusu İ.K.'nin silüetinin yer aldığı belirtilmiştir. Bundan başka başvuru grubunun örgüt lideri İ.K. lehine slogan attığı tespitine yer verilmiştir. Son olarak İ.K.'nin örgütün kurucusu olduğu ve Partizanın örgütün bir alt yapılanması olduğu ifade edilerek başvuru grubunun örgüt liderinin ve bir yapılanmasının lehine olan söz konusu eylemleri delil olarak değerlendirilmiştir.

x. Başvuru grubunun örgütün çağrısı üzerine 1/5/2012 tarihinde Tunceli'de gerçekleşen bir etkinliğe katılması ve etkinlik sırasındaki eylemleri delil olarak değerlendirmeye alınmıştır. Başvuru grubunun etkinlik sırasında örgütün ve liderinin lehine sloganlar attığı, polis memuruna saldırarak onu yaraladığı, üzerine "Partizan Görevli" yazılı yelek giydiği, örgüt lideri İ.K.'nin silüetinin yer aldığı flamayı taşıyan kişileri etkinlik sırasında yönlendirdiği kabul edilmiştir. Bundan başka İ.K.'nin örgütün kurucusu ve Partizanın da örgütün bir alt yapılanması olduğu ifade edilerek başvuru grubunun örgütün liderinin ve bir yapılanmasının lehine olan bahis konusu eylemleri terör örgütüne üye olma suçu kapsamında bir delil olarak kabul edilmiştir.

xi. Başvuru grubunun İ.K.'nin anılması amacıyla 1/5/2012 tarihinde Tunceli'de düzenlenen basın açıklaması ile yürüyüş etkinliği öncesindeki ve etkinlik anındaki faaliyetleri dikkate alınmıştır. Mahkemeye göre

etkinlik öncesinde başvuru, İ.K.nın resminin bulunduğu ve üzerinde "Onu Anmak Savaşmaktır Partizan" yazan afişlerin şehrin muhtelif yerlerine asılması ya da yapıştırılmasını organize etmiştir. Başvurucunun İ.K. ve devrim şehitleri olarak ifade edilen kişiler anısına etkinlik sırasında 1 dakikalık saygı duruşunda bulunduğu, "[İ.K.] Ölümsüzdür" şeklinde slogan attığı ve aynı sloganı toplanan kalabalığa attığı belirtilmiştir.

xii. Başvurucunun bir grup öğrencinin Tunceli'deki bir okulun yurt binasında 13/3/2012 tarihinde gerçekleştirdiği gösteri sırasındaki faaliyetleri delil olarak değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre olay günü yurttan kalan öğrenciler gösteri sırasında öncelikle içeriği tam olarak anlamayan sloganlar atmış, daha sonra ise yatakhane kısmında bulunan yatak ve çarşafı yakıp okul camlarını kırmıştır. Başvurucunun gösteri sırasında bazı eylemlerin yapılması konusunda öğrencilerin eylem iradelerini güçlendirici faaliyetlerde bulunduğu kabul edilmiştir. Bu noktada bazı tanık beyanlarına yer verilmiştir. Tanık beyanlarından yola çıkan Mahkeme, başvuru eylemlerinin örgütsel bağlantıyı ortaya koyduğunu ifade etmiştir.

- Tanıklardan ilki Ş.C.dir. Tanık Ş.C.nin açıklamalarının olaylar sırasında başvuru da aralarında olduğu beş kişinin yurda gelerek kendilerine hitaben destek amacıyla yurda geldiklerini söyledikleri, bu sırada başvuru yurdun içine kadar girdiği, öğrencilere "Işıkları açmayın, kapıya yanaşmayın, kovalarla zehirlenmeye karşılık su hazırlayın." dediği ve sloganlar attığı, başvuru ve diğer dört kişinin olaylara katılmasıyla yurttaki olayların daha da büyüdüğü şeklinde olduğu kabul edilmiştir.

- Bir diğer tanık ise S.A.dır. Tanık S.A.nın açıklamalarının olaylar esnasında başvuru da aralarında olduğu beş kişinin yurda geldiği, bu kişilerin "Siz sorunlarınızı anlatın, polis size bir şey yapamaz, polisleri göndereceğiz, birlik olalım, yürüyüş yapacağız, biz dersimde polis istemiyoruz, siz istediğinizi yapın, kimse size bir şey diyemez, biz buradayız." şeklinde sözler söylediği, söz konusu sözler sonrasında olayların daha da büyüdüğü, öğrencilerin eylemi bitirmek istemeleri üzerine bu beş kişinin "Aşağı inmeyin, eylemi devam ettirin." şeklinde telkinlerde bulunduğu şeklinde olduğu kabul edilmiştir.

İfade ve Basın Özgürlüğü

xiii. Son olarak başvuruçunun "8 Mart Dünya Kadınlar Günü" nedeniyle Tunceli'nin Ovacık ilçesinde düzenlenen etkinliğe katılması ve etkinlik sırasındaki faaliyetleri delil olarak değerlendirmeye alınmıştır. Etkinlik sırasında başvuruçunun İ.K.nın resmi ve "Partizan" ibaresi bulunan flamayı taşıdığı kabul edilmiştir. Bundan başka İ.K.nın örgütün kurucusu olduğu ve Partizanın örgütün bir alt yapılanması olduğu belirtilerek başvuruçunun eylemleri terör örgütüne üye olma suçu kapsamında bir delil olarak değerlendirilmiştir.

22. Delil olarak değerlendirilen eylemler bu şekilde açıklandıktan sonra Mahkeme başvuruçunun terör örgütüne üye olma suçunu işlediğine ilişkin genel bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme aşağıdaki değerlendirmelerle başvuruçunun terör örgütüne üye olma suçu yönünden 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir:

"Sonuç olarak; sanık Candar Şafak Sönmez'in; terör örgütü TMKP/ML-TİKKO'nun bir alt seksiyonu olan 'Yeni Demokrat Gençlik' (YDG) isimli oluşum içinde yer alarak, örgütün amaçları doğrultusunda faaliyet gösterdiği, bu kapsamda olmak üzere, 25-26/02/2012 tarihinde YDG [nin] 6. Konferansına katıldığı, 22/02/2011 günü basın açıklamasına katılıp örgüt lehine slogan attığı, pankart taşıdığı, 05/01/2012 tarihinde, öldürülen 7 HPG'li teröristi sahiplendiği ve onları şehit olarak nitelediği; yine aynı terör örgütünün alt seksiyonu niteliğindeki 'PARTİZAN' isimli grup içinde yer alarak, örgütün amaçları doğrultusunda 28/07/2011 tarihindeki yürüyüş ve basın açıklamasında örgüt lehine slogan attığı ve örgütün silahlı mensuplarını sahiplendiği, 08/03/2012 tarihinde kadınlar günü kutlaması adı altında örgütün propagandasını yaptığı, 21/03/2012 tarihindeki Nevruz kutlamaları adı altında örgüt lehine slogan attığı, güvenlik güçleriyle girdiği çatışmada ölen örgüt mensubu Y.Y.'ın cenaze törenine katılarak ve 22/04/2011 tarihindeki eylemle de göçük altında kalarak ölen beş kadın silahlı örgüt üyesini sahiplendiği, 30/04/2012 tarihinde, Partizan adına hareketle, 'Özgür Gelecek' gazetesinin dağıtımını yaptığı; 13/03/2012 tarihinde, öğrenci yurdunda, yasadışı ve propaganda içerikli eyleme katıldığı ve katılanları yönlendirdiği, 01/05/2012 ve 18/05/2012 tarihlerinde İşçi Bayramı kutlamaları ve örgüt kurucusu [İ.K.]'yı anma etkinliği adı altında yapılan yürüşler sırasında, örgütün kurucusu olan [İ.K.]'yı övücü nitelikte slogan attığı ve sahiplendiği, 18/05/2012 tarihindeki yürüyüşle de örgüt kurucusunun doğum gününü

kutlayarak onu sahiplendiği, 23/03/2012 tarihinde propaganda içerikli yürüyüşe katıldığı, bu şekilde sanığın eylemlerinin 2011 ve 2012 yılları içerisinde, çeşitli tarihlerde ve süreklilik arz edecek şekilde belli bir yoğunluğa ulaştığı, yürüyüşler sırasında örgüt lehine sloganlar atmak, örgütün seksiyonlarında yer alarak örgütün amaçları doğrultusunda faaliyetlerde bulunmak, örgütün düzenlediği konferansa katılarak alınan kararları uygulamak, örgütün silahlı mensuplarını sahiplenip onların yasa dışı eylemlerini benimsemek şeklinde belli bir çeşitlilik seviyesine ulaşan eylemleri nedeniyle, terör örgütü TKP/ML-TİKKO ile arasında organik bir bağ olduğunu açıkça ortaya koyduğu ve dolayısıyla adı geçen örgütün bir üyesi olduğu anlaşılmıştır.”

23. Mahkûmiyet hükmünde, terör örgütünün propagandasını yapma suçları yönünden de ayrı ayrı değerlendirme yapılmış ve suç olduğu kabul edilen her bir eylem yönünden başvuruçunun ayrı ayrı 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Mahkemenin değerlendirmeleri şu şekildedir:

“...1) 01/05/2012 tarihli eylemi açısından; ...3713 Sayılı TMK.nın 6459 sayılı yasa ile değişik 7/2-b fıkrasının 1 ve 2. bentlerine göre, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde örgüte ait amblem, resim ve işaretlerin taşınması ve slogan atılması cezalandırılmaktadır. Somut olayda sanık, ‘Önderimiz [İ], [İ.K.]’ şeklinde slogan attığı ve adı geçen örgüt kurucusunun silüetlerini taşıyan gruba örgüt lehine slogan attığı, dosyadaki CD çözüm tutanaklarından ve tüm dosya içeriğinden anlaşılmıştır. PARTİZAN isimli oluşum, TKP/ML-TİKKO terör örgütünün alt seksiyonudur. [İ.K.] ise örgütün kurucusudur. Sanık bu şekilde, örgüte ait işaretler niteliğindeki PARTİZAN ibaresi ile [İ.K.] silüeti ile DHF imzalı ‘[İ.K.]’ı savunmak onurdur’ pankartını taşıyan grupla birlikte hareket edip onlara örgüt lehine slogan attırarak propaganda suçunu işlemiştir.

2) 21/03/2012 tarihli eylemi açısından; ...Somut olayda sanık, üzerinde PARTİZAN ibaresi ile TKP/ML-TİKKO terör örgütünün kurucusu [İ.K.]’nın silüetinin bulunduğu flamayı taşımış ve ‘Önderimiz [İ], [İ.K.]’ şeklinde slogan atmıştır. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere, PARTİZAN isimli oluşum, TKP/ML-TİKKO terör örgütünün alt seksiyonudur. [İ.K.] ise örgütün kurucusudur. Sanık bu şekilde, örgüte ait işaretler niteliğindeki PARTİZAN ibaresi ile [İ.K.] silüetini taşıyarak propaganda suçunu işlemiştir.

İfade ve Basın Özgürlüğü

3)16/05/2012 tarihli eylemi açısından; ... sanığın, 16/05/2012 günü, Tunceli İl Merkezi, Cemal Gürsel Caddesi üzerinde bulunan bir binanın duvarına, üzerinde örgüt kurucusu [İ.K.]'nın resmi bulunan ve üst kısmında 'Onu Anmak Savaşmaktır' yazılı, kırmızı zemin üzerine PARTİZAN imzalı afişleri yapıştırdığı ve bu şekilde terör örgütünün propagandasını yaptığı anlaşılmıştır. ...Somut olayda sanık, üzerinde PARTİZAN ibaresi ile TKP/ML-TİKKO terör örgütünün kurucusu [İ.K.]'nın silüetinin bulunduğu afişleri, kamuya açık olan caddedeki bir duvara yapıştırmıştır. Yukarıda gerekçeleri açıklandığı üzere, PARTİZAN isimli oluşum, TKP/ML-TİKKO terör örgütünün alt seksiyonudur. [İ.K.] ise örgütün kurucusudur. Sanık bu şekilde, örgüte ait işaretler niteliğindeki PARTİZAN ibaresi ile [İ.K.] silüetini afişlemek suretiyle terör örgütünün propagandasını yapmak suçunu işlemiştir..."

24. Son olarak mahkûmiyet hükmünde, görevi yaptırmamak için direnme suçu hakkında yapılan değerlendirme ise şu şekildedir:

"Tunceli il merkezinde 01.05.2012 günü düzenlenen '1 Mayıs İşçi ve Emekçi Bayramı' yürüyüşü sırasında meydana gelen olaylar nedeniyle görevli 15 polis memurunun darp edilerek çeşitli yerlerinden yaralandığı, 11. Klasör içerisindeki 18. Dosyada bulunan DVD görüntülerinden de açıkça anlaşılacağı üzere, 4 numaralı arama noktasında görevli polis memurlarına yönelik toplu saldırı sırasında üzerinde 'PARTİZAN Görevli' ibareli yelek bulunan sanık Candar Şafak Dönmez'in hedef gözeterek Tunceli İl Emniyet Müdürlüğü kadrosunda görevli katılan komiser yardımcısı Ö.T.'nin arkasından yaklaşarak elinde bulundurduğu metal megafon ile kafasına vurmak suretiyle, 14. Klasörde bulunan 01/05/2012 tarihli raporlardan anlaşılacağı üzere kafatasının oksipital bölgesinden 3 cm lik cilt skarı oluşacak ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaralandığı, bu eylem öncesinde ve sonrasında aktif olarak rol aldığı, olayın bu şekilde meydana geldiğinin katılan Ö.T.'nin talimat yoluyla alınan beyanları ile de doğrulandığı gözetilerek sanığın atılı, 'Görevi Yaptırmamak İçin Direnme' suçunu işlediği sonucuna varılmıştır."

25. Başvurucunun temyiz etmesi üzerine mahkûmiyet kararı, Yargıtay 9. Ceza Dairesinin 13/10/2014 tarihli ilamı ile onanmıştır. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden yapılan incelemede başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararı sonrasında Mahkemenin kapatıldığı anlaşılmıştır. Bu durum nedeniyle onama kararı sonrasında dosya

Tunceli Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiştir. Ancak Tunceli Ağır Ceza Mahkemesi, yaşanan bazı aksaklıklar nedeniyle 13/8/2015 tarihinde kesinleşme evraklarını düzenlemiştir.

26. Başvurucu, karardan 10/8/2015 tarihinde haberdar olduğunu belirtmiş; 8/9/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucunun kararın kesinleşmesinden yaklaşık 11 ay sonra bireysel başvuruda bulunduğu görülmektedir. Başvurucunun nihai kararı öğrendiği tarih olarak bildirdiği 10/8/2015 tarihi öncesinde kararı öğrendiğine dair bir bilginin varlığına rastlanmamış olup başvurunun süresinde yapıldığı değerlendirilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

27. 3713 sayılı Kanun'un "Terör örgütleri" kenar başlıklı 7. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Madde 7 – (Değişik: 29/6/2006-5532/6 md.)

Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.

(Değişik ikinci fıkra: 11/4/2013-6459/8 md.) Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenmesine iştirak etmemiş olan yayın sorumluları hakkında da bin günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur. (Ek cümle:17/10/2019-7188/13 md.) Haber verme sınırlarını aşmayan veya eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

a) (Mülga: 27/3/2015-6638/10 md.)

İfade ve Basın Özgürlüğü

b) Toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında gerçekleşmesi dahi, terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde;

1. Örgüte ait amblem, resim veya işaretlerin asılması ya da taşınması,

2. Slogan atılması,

3. Ses cihazları ile yayın yapılması,

4. Terör örgütüne ait amblem, resim veya işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi."

28. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Silâhlı örgüt" kenar başlıklı 314. maddesi şöyledir:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silâhlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır."

B. Uluslararası Hukuk

29. 16/5/2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin (Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi) giriş bölümünde aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

"Avrupa Konseyi'nin üye devletleri ve imzacılar olarak;

Terörizmi önlemek için etkin önlemler almayı ve özellikle, terör suçlarını işlemeyi alenen tahrike, terörist saflara katmaya ve eğitime karşı mukabelede bulunmayı arzu ederek;

...

Bu Sözleşmenin mevcut ifade özgürlüğü ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin ilkeleri değiştirme niyetinde olmadığını kabul ederek;

Terörist eylemlerin doğası veya koşulların gereği olarak, halkı sindirmek veya bir hükümeti veya uluslararası örgütü bir eylemi yerine getirmeye veya yerine getirmekten kaçınmaya haksız olarak zorlamak veya bir ülkeyi veya uluslararası bir örgütü ciddibiçimde istikrarsız hale getirmek veya temel siyasal, anayasal, ekonomik ve toplumsal yapılarını yıkmak amacını güttüklerini hatırdanda bulundurarak;

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır."

30. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Terminoloji" kenar başlıklı 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası şu şekildedir:

"(1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, "terör suçu" Ek'te sıralanan antlaşmalardan birinin kapsamına giren ve bu antlaşmalarda tanımlanan suçlar anlamına gelir."

31. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Terör suçunun işlenmesine alenen teşvik" kenar başlıklı 5. maddesi şu şekildedir:

"1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, 'bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik', terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir.

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten işlendiği durumlarda, terörizm suçunu işlemeyi alenen teşviki ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır."

32. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Terörist saflara katma" kenar başlıklı 6. maddesi şu şekildedir:

"1) Bu Sözleşmenin amaçları açısından, "terörist saflara katma" bir başka kişiyi terörist bir eylemi işlemeye veya bu eylemin işlenmesine katılmaya veya bir veya daha fazla suçun bir dernek veya grup tarafından işlenmesine katkıda bulunmak amacıyla bir dernek veya gruba katılmaya teşvik etmek anlamına gelmektedir.

İfade ve Basın Özgürlüğü

2) Her bir taraf, 1. paragrafta tanımlandığı şekilde, yasadışı olarak ve kasten bir suç işlendiği durumda, terörist saflara katmayı ulusal mevzuatı açısından cezai suç olarak ihdas etmek üzere gerekli olabilecek tedbirleri alacaktır."

33. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Terör suçunun işlenip işlenmemesi arasında fark bulunmaması" kenar başlıklı 8. maddesi şu şekildedir:

"Bir eylemin Sözleşmenin 5 ila 7. maddelerinde belirtilen suçlardan birini teşkil etmesi için, bu eylemin bilfiil gerçekleşmiş olması gerekmeyecektir."

34. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "Koşullar ve güvenceler" kenar başlıklı 12. maddesi şu şekildedir:

"1) Her bir Taraf, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşme, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve uluslararası hukuk uyarınca diğer yükümlülüklerinde yer aldığı şekilde ve o Tarafa uygulanabildiği durumlarda, insan hakları yükümlülüklerine, özellikle ifade özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve din özgürlüğüne saygı göstererek bu Sözleşmenin 5 ila 7 ve 9. maddelerde yer alan konuların suç haline getirilmesinin ihdasını, uygulanmasını ve yerine getirilmesini sağlayacaktır.

2) Bu Sözleşmenin 5 ila 7 ve 9. maddelerde yer alan konuların suç haline getirilmesinin ihdası, uygulanması ve yerine getirilmesinde ayrıca, izlenen meşru amaçlar ve demokratik toplum açısından gereklilik göz önünde bulundurularak orantılılık ilkesine bağlı kalmamak ve her türlü keyfilik, ayrımcılık veya ırkçı muamele dışında tutulacaktır."

35. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunda, şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik oluşturacak mesajlara yönelik belirli sınırlamaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS/ Sözleşme) uygun olduğu hatırlatılmıştır (açıklayıcı raporda bkz. § 91). Açıklayıcı raporda, daha sonra terör suçlarının işlenmesine dolaylı teşvik ile meşru eleştiri hakkı arasındaki sınırın nerede olduğu meselesinin önemine değinilmiştir:

"95. Bu hükmü [Terör Suçunun İşlenmesine Alenen Tahrik (Madde 5)] kaleme alırken, CODEXTER [Sözleşme'nin uygulanmasının değerlendirmesi mekanizması olan Terörizmle Mücadelede Uzmanlar Komitesi], Parlamenter

Asambenin (Görüş no. 255 (2005), paragraf 3 vii ve devamı) ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin (doküman BcommDH (2005) 1, paragraf 30 sonu) bu hükmün, terör şiddetine dolaylı tahrik oluşturabilecek "bir eylemin failini öven mesajları veya mağdurların aşağılanması, terörist örgütlere mali kaynak isteyen veya diğer benzeri davranışları" kapsayabileceği hususundaki görüşlerini dikkate almıştır.

96. *Daha kazuistik olana göre bu hüküm daha genel nitelikte bir formül kullanmakta ve Tarafların terör suçlarını savunan mesajların yayılmasını veya farklı bir şekilde kamuya sunulmasını cezalandırmasını gerektirmektedir. Bu hükmün uygulanması bakımından, bunun doğrudan veya dolaylı yollardan yapılıp yapılmadığı önem taşımamaktadır.*

97. *Doğrudan tahrik, çoğu hukuk sisteminde bir şekilde suç teşkil ettiğinden özel bir soruna yol açmamaktadır. Dolaylı tahriki bir suç haline getirmenin amacı uluslararası hukukta veya eylemde mevcut olan boşluğu bu alanda hükümler ekleyerek telafi etmektir.*

98. *Bu hüküm, suçun tanımı ve uygulaması bakımından Taraflara belirli miktarda takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin, bir terör suçunu gerekli ve haklı göstermek dolaylı teşvik suçunu oluşturabilir.*

99. *Ancak, uygulanmasında iki şartın karşılanmasını gerektirmektedir: ilk olarak, bir terör suçunun işlenmesi hususunda özel bir kastın varlığı gerekir, aşağıda verilen 2. paragraftaki diğer bir gerekliliğe göre de tahrik hukuka aykırı bir şekilde ve kasten işlenmelidir.*

100. *İkinci olarak, böyle bir eylemin sonucu, bu tip bir suçun işlenmesi tehlikesine neden olmalıdır. Böyle bir tehlikeye neden olup olmadığı değerlendirilirken, yazarın ve mesajın muhatabının niteliği yanında suçun hangi bağlamda işlendiği AİHM'nin oluşturduğu içtihat anlamında dikkate alınacaktır. Tehlikenin önemi ve inandırıcılığı iç hukukun gereklerine uygun olarak ele alınmalıdır.*

...

104. *Kamuya bir mesajın sunulması için, çeşitli araçlar ve teknikler kullanılabilir. Örneğin, basılı yayınlar veya diğerlerinin erişebileceği yerlerde yapılan konuşmalar, kitle iletişim araçları veya elektronik imkânların, özellikle,*

İfade ve Basın Özgürlüğü

mesajların e-posta ile yayılması veya sohbet odalarında, haber grupları veya tartışma ortamında materyallerin değişimi gibi imkânları sunan internetin kullanımı.

105. AİHM içtihatları ilave rehberlik sunmaktadır. Bu bağlamda, CODEXTER (doküman CODEXTER (2004)19) için hazırlanan AİHM'nin ilgili içtihatlarının derlemesine müracaat edilmelidir."

36. Ulusal ve uluslararası hukuka ilişkin daha fazla kaynak için bkz. *Metin Birdal* [GK], B. No: 2014/15440, 22/5/2019, §§ 28-39; *Sırrı Süreyya Önder* [GK], B. No: 2018/38143, 3/10/2019, §§ 23-39.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 5/11/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Terör Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

38. Başvurucu, ilk derece mahkemesinin terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturduğuna karar verdiği her üç eylem (bkz. § 23) yönünden de ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin gerekliliği hususunda ilgili ve yeterli bir gerekçelendirme yapmadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre bahsi geçen eylemler nedeniyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, çoğulculuğun ve açık fikirliliğin egemen olması gereken demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak değerlendirilemez. Bundan başka başvuru bahsi geçen eylemlerde şiddetin teşvik edilmediğini, sözlerin nefret söylemi niteliğinde olmadığını ayrıca vurgulamış ve terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir.

39. Bakanlık görüşünde, başvuru ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanuni dayanağının ve meşru amacının bulunduğu belirtildikten sonra müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı noktasında bazı açıklamalara yer verilmiştir. Bakanlığa göre başvuru, katılmış olduğu eylemlerde

"Gerillalar ölmez, yaşasın halk savaşı!, bedel ödedik bedel ödeteceğiz!, umut dağlarda Partizanlarda!, biz Dersim'de polis istemiyoruz!, içeride dışarıda tecriti parçala!, şehit namırım (şehitler ölmez), örgütlü bir halkı hiçbir kuvvet yenemez, devrimci tutsaklar onurumuzdur." şeklinde şiddeti teşvik edici söylemlerde ve silahlı direnmeye veya isyana teşvik niteliği taşıyan açıklamalarda bulunmuştur. Bakanlık, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir.

2. Değerlendirme

40. Anayasa'nın "Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" kenar başlıklı 26. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar..."

Bu hürriyetlerin kullanılması, ... kamu düzeni[nin], ... korunması ... amaçlarıyla sınırlanabilir..."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

41. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı

42. Başvurucu, birbirinden farklı tarihlerde iki ayrı gösteriye ve bir anma törenine katılmıştır. 1/5/2012 tarihli gösteride atmış olduğu slogan sebebiyle ve 21/3/2012 tarihli gösteri ile 16/5/2012 tarihli anma töreninde ise TKP/ML-TİKKO terör örgütü lehine sloganların ve sembollerin yer aldığı afişleri duvarlara asması sebebiyle her bir eyleminden ayrı ayrı 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Dolayısıyla söz konusu ilk derece mahkemesi kararı ile başvurusunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale yapıldığının kabul edilmesi gerekir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

43. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşulları yerine getirmediği müddetçe Anayasa'nın 26. maddesinin ihlalinin teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... demokratik toplum düzeninin ... gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

44. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanunlar tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlere dayanma ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk koşullarını sağlayıp sağlamadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

45. 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ikinci fıkrasının *kanunla sınırlama* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

46. Başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın terör örgütü ve terörizmle mücadele kapsamında kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı sonucuna varılmıştır.

(3) Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygunluk

(a) Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğünün Önemi

47. İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanmaması, bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemde olduğunu daha önce pek çok kararında açıklamıştır (*Bekir Coşkun* [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015, §§

33-35; *Mehmet Ali Aydın* [GK], B. No: 2013/9343, 4/6/2015, §§ 42, 43; *Tansel Çölaşan*, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, §§ 35-38).

(b) Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

48. İfade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılması ve orantılı bir müdahale olması gerekir (*Bekir Coşkun*, §§ 53-55; *Mehmet Ali Aydın*, §§ 70-72; AYM, E.2007/4, K.2007/81, 18/10/2007).

49. Derece mahkemeleri, bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir denge sağlamalıdır (*Bekir Coşkun*, §§ 44, 47, 48; *Hakan Yiğit*, B. No: 2015/3378, 5/7/2017, §§ 58, 61, 66). Derece mahkemeleri söz konusu dengelemeyi yaparken ve ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığını değerlendirirken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Şüphesiz kullanılan sözlerin bireylere, bir kamu görevlisine ya da toplumun bir kesimine karşı şiddete teşvik mahiyetinde olması durumunda kamu otoritelerinin ifade özgürlüğüne müdahale konusunda takdir marjları çok daha geniştir. Ancak bu takdir payı, Anayasa Mahkemesinin denetimindedir (*Kemal Kılıçdaroğlu*, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 57).

50. Anayasa Mahkemesinin görevi, bu denetimi yerine getirirken derece mahkemelerinin yerini almak değil onların takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Anayasa'nın 26. maddesi açısından uygunluğunu denetlemektir. Anayasa Mahkemesi bunu yaparken eldeki başvurunun koşulları ile beraber özellikle terörle mücadeleye bağlı zorlukları da gözönüne almaktadır (*Zübeyde Füsün Üstel ve diğ.leri* [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, § 76).

(c) Müdahalenin Zorunlu Bir Toplumsal İhtiyacı Karşılması

51. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması,

İfade ve Basın Özgürlüğü

başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir (bazı farklılıklarla birlikte bkz. *Bekir Coşkun*, § 51; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Tansel Çölaşan*, § 51).

52. Somut olayda açıkladığı düşüncelerin kişileri terör suçlarını işlemeye teşvik ettiğinin ortaya konulması hâlinde başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı kabul edilebilir. O hâlde çözümlenmesi gereken mesele, derece mahkemelerinin başvurunun açıkladığı düşüncelerle kişileri terör suçlarının işlenmesine teşvik ettiğini ikna edici bir biçimde ortaya koyup koymadığı olacaktır.

(d)Müdahalenin Gereçesi

53. Anayasa Mahkemesi, çok sayıdaki kararında ifade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahalelerin Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edeceğini ifade etmiştir. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olması gerekir (diğerleri arasından bkz. *Kemal Kılıçdaroğlu*, § 58; *Bekir Coşkun*, § 56; *Tansel Çölaşan*, § 56; *Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri*, § 120; *Sırrı Süreyya Önder*, § 60).

(e) Somut Olayın Değerlendirilmesi

54. Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 26. maddesine ilişkin içtihadında ortaya konan ilkeler aynı zamanda kamu düzenini sağlamak amacıyla terörle mücadele kapsamında kamu gücünü kullanan organlar tarafından alınan tedbirlere de uygulanacaktır. Anayasa Mahkemesi önündeki mesele, somut olayın koşullarında başvurunun slogan atmak ve afiş asmak suretiyle açıkladığı düşüncesi nedeni ile terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkûmiyetinin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığının belirlenmesidir.

55. Başvurucunun 2011 ve 2012 yıllarında gerçekleştirdiği bir dizi eylem güvenlik güçlerince takip edilmiş, söz konusu eylemlerinin terör örgütü üyesi olduğunu gösterdiği kanaatine ulaşan Cumhuriyet

Savcılığı başvurusunun cezalandırılması için bir kamu davası açmıştır. Sonuç olarak TKP/ML-TİKKO terör örgütünün hiyerarşik yapılanması içinde yer aldığını kabul eden Mahkeme, başvurusunun terör örgütüne üye olma suçundan ve farklı tarihlerdeki açıklamaları nedeniyle de TKP/ML-TİKKO terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılmasına karar vermiştir.

56. Başvurusunun terör örgütünün propagandasını yapma suçundan cezalandırılmasına neden olan olaylardan ilki 21/3/2012 tarihinde Tunceli'de düzenlenen 21 Mart Nevruz Bayramı kutlamalarındaki eylemdir. Mahkeme, başvurusunun adı geçen etkinliğe Partizan adlı grubun lideri olarak katıldığını ve grubu yönlendirdiğini; gruba "Önderimiz [İ.K.]" ve "Umut Dağlarda Partizanlarda", "Kürt Ulusuna Özgürlük Halk Savaşıyla Gelecek" şeklinde slogan attırdığını, üzerinde "Partizan" ibaresi ve İ.K.nın silüeti bulunan bazı afişleri duvarlara yapıştırdığını tespit etmiştir. Partizanın TKP/ML-TİKKO terör örgütünün alt seksiyonu, İ.K.nın ise örgütün kurucusu olduğunu belirten Mahkeme; "Partizan" yazısı ile İ.K.nın silüetinin örgüte ait işaretler ve İ.K.nın da örgütün kurucusu olduğunu, söz konusu sembollerin taşınmasının ve İ.K.yı öven sloganların atılmasının terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturduğunu kabul ederek başvurusunun 10 ay hapis cezasına mahkûm edilmesine karar vermiştir.

57. Başvurusunun eylemlerinden ikincisi 1/5/2012 tarihinde yine Tunceli'de gerçekleşmiştir. Başvurucu, örgütün çağrısı üzerine Tunceli'de gerçekleşen bir toplantıya katılmıştır. Başvurusunun etkinlik sırasında üzerine "Partizan Görevli" yazılı yelek giydiği, örgüt lideri İ.K.nın silüetinin yer aldığı flamayı taşıyan kişileri yönlendirdiği, İ.K.nın resminin bulunduğu ve üzerinde "Onu Anmak Savaşmaktır Partizan" yazan afişlerin şehrin muhtelif yerlerine asılması ya da yapıştırılmasını organize ettiği, bir polis memuruna saldırarak onu yaraladığı kabul edilmiştir. Başvurusunun örgüte ait işaret niteliğindeki "Partizan" yazısı ile İ.K.nın silüetinin arkasında yürüdüğü, Partizanla birlikte hareket ettiği, İ.K. ve "Devrim Şehitleri" olarak ifade edilen, güvenlik güçleri ile girdikleri çatışmalarda öldürülmüş terör örgütü mensupları anısına düzenlenen etkinlik sırasında 1 dakikalık saygı duruşunda bulunduğu,

İfade ve Basın Özgürlüğü

gösteride "[İ.K.] Ölümsüzdür" ve "Önderimiz [İ], [İ.K.]" "*Umut Dağlarda Partizanlarda*", "*1 Mayıs Kızıldır Kızıl Kalacak*", "*Kahrolsun Faşist Kemalist Diktatörlük*", "*Faşizme İsyân Halka Önder Partizan*" şeklinde slogan attığı ve kalabalığa attığı gerekçesiyle terör örgütü propagandası yapma suçundan 10 ay hapis cezasına mahkûm edilmesine karar verilmiştir.

58. 16/5/2012 tarihinde İ.K.nın ölüm yıl dönümü için düzenlenen eylem ise başvurusunun terör örgütünün propagandasını yapma suçundan mahkûmiyetine konu edilen üçüncü ve son eylemdir. Başvurucu bu eyleme de Partizanla birlikte katılmıştır. Üzerinde İ.K.nın silüetinin olduğu "*Onu Anmak Savaşmaktır*" yazılı bir afişi Tunceli'de bulunan bir binanın duvarına yapıştırdığı tespit edilmiştir. Üzerinde "*Partizan*" ibaresi ve İ.K.nın silüeti bulunan söz konusu afişi kamuya açık bir caddede yer alan binanın duvarına asmasının terör örgütü propagandası yapma suçunu oluşturduğunu belirten Mahkeme başvurusunun 10 ay hapis cezasına mahkûm edilmesine karar vermiştir.

59. Anayasa Mahkemesi, eldeki başvurunun koşulları ile beraber özellikle terörle mücadeleye bağlı zorlukları da gözönüne alacaktır. Terörizm olgusu insanlık tarihi kadar eskidir ve bugün ulusal sınırları aşarak toplum ve devlet hayatının üzerinde sosyal ve ekonomik bakımdan büyük çapta tahribatlara sebep olmaktadır. Herhangi bir amaca ulaşmak için propagandaya yönelik ses getirici eylemlerle insanların öldürülmesi, insanlara korku ve dehşet salınması olan terör; bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ve özellikle temel bir hak olan yaşam hakkını ciddi bir şekilde tehdit etmektedir (*Meki Katar* [GK], B. No: 2015/4916, 3/10/2019, § 58).

60. Terörizmin hukuksal bir tanımının yapılmasında kimi zorluklar bulunmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin asıl görevi bir başvuruya konu olayın *terör suçu* kapsamında kalıp kalmadığını değerlendirmek değildir. TKP/ML-TİKKO örgütünün hâlen son derece tehlikeli, güvenlik güçleri ile çatışmalara giren bir terör örgütü ve adı geçen İ.K.nın da bu örgütün kurucusu ve çok sayıda terör eyleminin sorumlusu olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

61. Terör örgütleri ve destekçileri, görüşlerinin toplum içinde yayılmasını ve fikirlerinin kökleşmesini hedefler ve bu amacın

gerçekleşmesine yönelik her türlü vasıtaya başvurulabilir. Terörün veya terör örgütlerinin propagandasının da söz konusu vasıtalarından biri olduğunda kuşku yoktur. Terör, başta ifade özgürlüğü olmak üzere demokratik toplumun tüm değerlerine düşmandır. Bu nedenle terörizmi, terörü ve şiddeti meşrulaştıran, öven ya da bunlara teşvik eden sözler ifade özgürlüğü kapsamında görülemez (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, § 79; *Ayşe Çelik*, B. No: 2017/36722, 9/5/2019, § 43; *Sırrı Süreyya Önder*, § 61).

62. Anayasa Mahkemesi daha önce *Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* (aynı karada bkz. §§ 115-118) kararında terör örgütünün propagandasını yapma suçunun Türk hukukundaki görünümüne ilişkin bazı tespitlerde bulunmuştur. İlk olarak 3713 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yapılan değişiklik ile terör örgütünün propagandasını yapma suçu çok sayıda ve her türde ifadeyi kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilecek bir fiil olmaktan çıkarılmaya, terör örgütünün şiddet ve tehdit yöntemlerini meşru gösterme veya övme ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik etme şeklinde tanımlanarak suça hukuki belirlilik kazandırılmaya çalışılmıştır. İkinci olarak Yargıtay da Türk hukukunda terör ile bağlantılı her tür düşünce açıklamasının değil yalnızca terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasının yapılmasının suç olarak kabul edildiğini pek çok kez ifade etmiştir (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, §§ 54-57).

63. İçinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan çeşitli grupların şiddete başvurmaksızın ulaşmayı düşündükleri toplumsal veya siyasi hedeflere, siyasi, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşleri gibi düşünce açıklamaları, ideolojik ve katı olarak nitelendirilseler bile terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Dolayısıyla sağ veya sol ideolojilere, anarşist ve nihilist akımlara, toplumsal ve siyasi ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin -devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile- açıklanması, yayılması,

İfade ve Basın Özgürlüğü

aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün korunması altındadır (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, § 81; *Ayşe Çelik*, § 44).

64. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin 5. maddesinin birinci paragrafında, terör suçunun işlenmesi için alenen teşvik düzenlenmiştir. Buna göre doğrudan veya dolaylı yollardan terör suçunun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılmasının cezalandırılması hedeflenmektedir. Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin "açıklayıcı raporuna" göre Sözleşme'nin temel özgürlüklerinin sınırlandırılması yönündeki muhtemel riskin dikkatli bir şekilde analiz edilmesi için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulamasına ilişkin içtihatlarına ve *terörizmi övme* ve *terörizme teşvike* ilişkin ulusal hükümlerin uygulanması hususunda devletlerin deneyimlerine özel bir dikkat göstermek gerekmektedir (açıklayıcı rapor, § 88). Açıklayıcı raporda şiddet içeren terör suçlarına doğrudan veya dolaylı teşvik teşkil edecek mesajlara yönelik belirli sınırlamaların Sözleşme'ye uygun olduğu hatırlatılmıştır (açıklayıcı rapor, § 91).

65. Açıklayıcı raporda ayrıca terör suçlarının işlenmesine dolaylı teşvik ile meşru eleştiri hakkı arasındaki sınırın nerede olduğu meselesinin önemine de değinilmiştir. Açıklayıcı raporda dolaylı teşvikin belirlenmesinde devletlerin belirli bir takdir yetkisi olduğu ifade edilmiş ancak bir eylemin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik etme olarak kabul edilebilmesi için eylem ile iletilmek istenen mesajın terör suçlarının işlenmesine kışkırtmak niyetiyle ve terör suçlarının işlenmesini savunarak bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak şekilde kamuoyuna yayılmasının amaçlanması gerektiği ifade edilmiştir (açıklayıcı rapor, §§ 97-100). Terör örgütünün propagandasını yapma suçunda örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemleri belirli bir yoğunlukta savunularak başkalarının aynı davranışın gerçekleştirilmesi amaç edinilmektedir (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri*, § 119; *Sırrı Süreyya Önder*, § 63).

66. Nitekim yukarıda verilen açıklamaları takip eden Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği iki kararında Türkiye'nin her bölgesinde

yaşanan ve yaşanmakta olan ağır şiddet hareketlerinin faili, PKK'nın kurucusu ve söz konusu şiddet eylemlerinin birincil elden sorumlusu olan Abdullah Öcalan'ı (A.Ö.) *politik bir lider ve toplumsal sorunların demokratik yollarla çözümünde meşru bir aktör olarak ilan eden söylemleri terör eylemlerinin failini öven ve dolayısıyla terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik eden mesajlar olarak değerlendirmemiştir (Sırrı Süreyya Önder §§ 69-87; Meki Katar, § 58). Bununla beraber çatışma ortamının bulunduğu bir durumda A.Ö.nün lider olarak benimsendiğini gösteren sloganların örgütün korkutucu gücünden faydalanmak, kişileri ve toplumu sindirmek amacıyla atıldığı değerlendirilmiştir; bu tür açıklamaların terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açtığı ve başkalarını terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerine başvurmayı teşvik ettiği sonucuna ulaşılmıştır (Mehmet Mihdi Bala, B. No: 2015/15088, 8/1/2020, § 58; ayrıca bkz. Baver Mızrak, B. No: 2015/19280, 9/1/2020, §§ 48-53).*

67. Anayasa Mahkemesi, daha önce pek çok kararında propaganda suçunun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesinin başta ifade özgürlüğü olmak üzere anayasal hak ve özgürlükler üzerinde bir baskı oluşturma potansiyeli olduğuna dikkat çekmiştir. Bu sebeple Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunun 100. maddesinde ifade edildiği gibi bir propaganda faaliyetinin cezalandırılabilmesi için olayın somut koşullarında belirli oranda tehlikeye neden olduğunun gösterilmesi uygun olacaktır (diğerleri arasından bkz. Zübeyde Fusun Üstel ve diğerleri, § 84; Ayşe Çelik, § 47; Sırrı Süreyya Önder, § 64; Meki Katar, § 53).

68. Öte yandan bu çeşit bir düşünce açıklamasının barışçıl bir toplantı sırasında yapılması olgusu da değerlendirilmelidir. Önemle belirtilmelidir ki terörle mücadelenin zorlukları ile birlikte terör bağlamında yapılan açıklamaların karmaşıklığı ve muğlaklığı söz konusu olduğunda düşünce açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ancak açıklamanın yapıldığı bağlama, açıklamada bulunan kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine, açıklamadaki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır (Sırrı Süreyya Önder, § 64).

İfade ve Basın Özgürlüğü

69. TKP/ML-TİKKO son elli yılda Türkiye’de terör eylemlerini gerçekleştirmiş olan bir örgüt olarak ortaya çıkmıştır. İlk derece mahkemesi gerekçesinde *Partizanın* TKP/ML-TİKKO terör örgütü üyelerinin şehirlerde örgütün düşüncelerini açıkladıkları ve etrafında örgütlendikleri bir derginin adı olduğunu, buna ilave olarak *Partizan* isminin doğrudan doğruya örgütün ana gövdesini oluşturan bir grubu da ifade ettiğini belirtmiştir. İ.K. ise bu örgütün kurucusudur ve onun temellerini attığı uzun süreli halk savaşı stratejisi, geçen yaklaşık elli yıllık sürede terör örgütüne benimsenmiştir. İ.K. şiddet yöntemleriyle ismi özdeşleşmiş bir kişidir (bkz. §§ 12-18). Sonuç olarak başvuru konusu düşünce açıklamaları temelde *Partizan* ve İ.K. sembol isimleri etrafında örgütün toplum tarafından bilinir olması çabalarından oluşmaktadır.

70. Başvurucunun hareketleri kolluk güçlerince bir süre izlenmiştir. Başvurucunun terör örgütünün ve örgütün kurucu liderinin isimlerinin bilinir olması ve örgütün silahlı çatışmalarda ölen üyelerinin yüceltilmesi için çabaladığı değerlendirilmiştir. Başvurucu, "*Önderimiz İ.K.*", "*Onu Anmak Savaşmaktır Partizan*", "*Umut Dağlarda Partizanlarda*" "*Gerillalar Ölmez, Yaşasın Halk Savaşı!*", "*Bedel Ödedik Bedel Ödeteceğiz!*", "*Umut Dağlarda Partizanlarda!*", "*Kürt Ulusuna Özgürlük Halk Savaşıyla Gelecek*", "*1 Mayıs Kızıldır Kızıl Kalacak*", "*Kahrolsun Faşist Kemalist Diktatörlük*", "*Faşizme İsyân Halka Önder Partizan*" şeklindeki sloganları Tunceli’de halka açık alanlarda ve büyük kalabalıkların bulunduğu ortamlarda söylemiş, İ.K.’nın silüetinin bulunduğu afişleri toplantılarda taşımış, şehrin cadde ve sokaklarına asmış, örgüte ait bir başka sembol olan "*Partizan*" yazılı bayrak ve flamaların altında toplanan gruplarla toplantılara katılmıştır. Başvurucu; söz konusu toplantılarda örgütün şiddete karışmış üyelerini ve yöneticilerini övmüş, bu kişilerin faaliyetlerini desteklemiş, terör örgütü liderinin ve çatışmada öldürülen teröristlerin anıldığı toplantılarda kalabalıkları yönlendirmiş, toplantılardan birinde TKP/ML-TİKKO terör örgütünün kurucusu lehine sloganlar attıktan sonra bir polis memurunu yaralamış, son olarak bir öğrenci yurdunda gerçekleşen ve içinde şiddet barındıran gösteri sırasında öğrencilerin eylem iradelerini güçlendirici açıklamalarda ve faaliyetlerde bulunmuştur.

71. Başvurucu ne İ.K.’nın demokratik süreçlerin meşru bir aktörü olduğunu ne de toplumsal sorunların çözümüne ilişkin demokratik

görüşleri bulunduğunu ifade etmiştir (bkz. § 66). Aksine söz konusu sloganlar, açıklamalar ve faaliyetlerle başvuru; İ.K.nın başlattığı terör hareketini onaylamak, İ.K.nın takipçileri tarafından gerçekleştirilen eylemleri kahramanca davranışlar olarak sunmak vehâlen son derece tehlikeli olan TKP/ML-TİKKO terör örgütünün silahlı çatışmalarda ölen mensuplarını eylemleri ve örgütsel rolleri bağlamında yüceltmek amacıyla hareket etmiştir.

72. Başvuru, toplumsal sorunların çözümünde her tür siyasal yöntemi reddeden ve terör yöntemlerini tek ve geçerli bir yöntem olarak benimseyen İ.K. ve takipçilerini överek ve başkalarına benimsetmeye çalışarak insanları cesaretlendirmeye, halkın örgüte olan sempatisini artırmaya ve giderek aktif desteğini sağlamaya olanak sağlamıştır. Başvurucunun davranışları ve açıklamaları bir bütün olarak ele alındığında başkalarını, İ.K.nın takipçileri tarafından hâlen gerçekleştirilmekte olan şiddet eylemlerinde bulunmaya teşvik niteliğinde olduğu değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvurunun bir terör örgütünün sesinin başkalarına duyurulmasını sağlama çabaları ile yarattığı tehlike, bir soyut tehlike olarak görülmemiş (bkz. § 67); Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi'nin açıklayıcı raporunun 95. maddesinde ifade edilen terör eylemlerini ve bu eylemlerin faillerini öven mesajlardan olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

73. Yukarıdaki bilgiler dikkate alındığında -derece mahkemelerinin farklı çıkarları dengelerken sahip oldukları takdir payı da gözetildiğinde- ilk derece mahkemesinin başvurunun cezalandırılmasını gerekçelendirmek için sunduğu nedenler bu tür bir mahkûmiyeti haklı göstermek için ilgili ve yeterlidir. Başvurucunun ayrı tarihlerde yaptığı her bir propaganda eylemi için ayrı ayrı 10 ay hapis cezası ile cezalandırılması şeklindeki müdahalenin “zorunlu toplumsal bir ihtiyaca” karşılık geldiği gibi *orantılı* da olduğu, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

74. Açıklanan gerekçelerle başvurunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

B. Terör Örgütüne Üye Olma Suçu Yönünden

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

75. Başvurucu; mahkûmiyetinde delil olarak değerlendirilen eylemlerin neden delil olarak değerlendirildiği hususunda gerekçeli kararda ilgili ve yeterli bir gerekçe gösterilmediğini, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığının ortaya konulmadığını belirterek ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

76. Bakanlık görüşünde; başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin kanuni dayanağının ve meşru amacının bulunduğu belirtildikten sonra müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı noktasında bazı açıklamalara yer verilmiştir. Bakanlığa göre başvurucu, katılmış olduğu eylemlerde *"Gerillalar ölmez, yaşasın halk savaşı!, bedel ödedik bedel ödeteceğiz!, umut dağlarda Partizanlarda!, biz Dersim'de polis istemiyoruz!, içeride dışarıda tecriti parçala!, şehit namırım (şehitler ölmez), örgütlü bir halkı hiçbir kuvvet yenemez, devrimci tutsaklar onurumuzdur"* şeklinde şiddeti teşvik edici söylemlerde bulunmuş; silahlı direnmeye veya isyana teşvik niteliği taşıyan yaklaşımlar göstermiştir.

77. Söz konusu açıklamalar sonrasında Bakanlık, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olduğunu belirtmiştir.

2. Değerlendirme

78. Katıldığı veya organize ettiği toplantılar ile bu toplantılarda yapılan bazı düşünce açıklamalarının ve ölen terör örgütü mensuplarını şehit olarak nitelendirmesinin terör örgütüne üye olma suçundan verilen mahkûmiyet kararının delili olarak kullanılması başvurucunun ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı üzerinde caydırıcı etki doğurabilir. Dolayısıyla başvurucunun Anayasa'nın 26. ve 34. maddelerinde koruma altına alınan haklarına müdahalede bulunulduğu kabul edilmelidir (*Metin Birdal, § 48*).

79. Başvuru konusu müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunla sınırlama ölçütünü karşıladığı ve Anayasa'nın 26. ve 34. maddelerinin ikinci fıkrasında yer alan millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması meşru amaçları kapsamında kaldığı anlaşılmıştır (*Metin Birdal*, §§ 52, 53). Bu nedenle başvuru konusu müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı değerlendirilecektir.

a. Müdahalenin Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

80. Temel hak ve özgürlüklerin korunması altında bulunan bir eylemin terör örgütüne üye olma suçunun mahkûmiyetinde delil olarak kullanılması suretiyle temel hak ve özgürlüklere yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması gerekir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir (zorunlu toplumsal ihtiyaç testine ilişkin açıklamalar için bkz. *Bekir Coşkun*, §§ 51, 53-55, 57; *Mehmet Ali Aydın*, § 68; *Ferhat Üstündağ*, B. No: 2014/15428, 17/7/2018, §§ 45, 46; *Tansel Çölaşan*, § 51).

b. Somut Olayın Değerlendirilmesi

81. Bir kişinin yasa dışı örgüt üyeliği suçundan cezalandırılabilmesi için henüz bir suç işlemiş olması gerekmez. Örgüt üyeliği başlı başına cezalandırılan bir suçtur. Bu itibarla örgüt üyesinin faaliyetinin mutlaka örgüt tarafından gerçekleştirilen suçlara katılma şeklinde olması da gerekmez. Terör örgütüne üye olma suçu, üye ve hatta örgüt henüz bir suç işlememiş olsa dahi örgütün toplum için yarattığı tehlikeyi cezalandıran ve bu yönüyle bir yandan da örgüt faaliyetleri kapsamında suç işlenmesini engelleme amacı taşıyan bir suç türüdür (*Metin Birdal*, §§ 60, 61).

82. Bireysel başvuru yolunda Anayasa Mahkemesinin görevi bir yargılamanın sonucu itibarıyla adil olup olmadığını değerlendirmek değildir. Dolayısıyla başvurucu hakkında isnat edilen terör örgütünün üyesi olma suçunun sübuta erip ermediği veya toplanan delillerin suçun sübutu için yeterli olup olmadığı meselesi, ilkesel olarak Anayasa Mahkemesinin ilgi alanı dışındadır (*Metin Birdal*, § 47; ayrıca bkz. *Yılmaz*

İfade ve Basın Özgürlüğü

Çelik [GK], B. No: 2014/13117, 19/7/2018, § 45; krş. Ferhat Üstündağ, § 65). Bundan başka bir ceza yargılamasında hangi delillerin hükme esas alınabileceği meselesi de esas itibarıyla Anayasa Mahkemesinin görev alanının dışındadır (Abdulaziz Kaya, B. No: 2015/19363, 8/1/2020, § 22).

83. Bir kişinin henüz başka bir suç işlemeden yalnızca terör örgütüne üye olması nedeniyle cezalandırılabilmesi için yargılama makamlarının o kişinin terör örgütüyle olan bağlarını ortaya koyması gerekir. Henüz ceza kanunlarında tanımlanan bir suçu işlememiş olsa bile bir terör örgütü ile *örgüt üyeliği* olarak kabul edilecek kuvvette bir bağın varlığının araştırılması bireylerin sahip olduğu fikirlerin, bağlı oldukları toplumsal grupların ve ideolojilerinin, davranışlarının anlamlarının ve bunların altında yatan saiklerin de değerlendirilmesini gerektirebilir. Böyle bir değerlendirmenin örgütlere üye olmak, toplantılara katılmak veya düşünce açıklamaları yapmak gibi kişilerin anayasal haklar kapsamında koruma altında bulunan eylemlerini de kapsadığı durumlarda başta ifade, örgütlenme, din ve vicdan özgürlükleri ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı olmak üzere temel haklar üzerinde ciddi bir baskı oluşturabilecek potansiyele sahip olduğu açıktır (*Metin Birdal, §§ 63, 64*).

84. Kişilerin anayasal hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin terör örgütünün üyesi olma suçundan verilen mahkûmiyet kararlarının delili olarak kullanılmasının temel haklar üzerinde yaratacağı caydırıcı etki nedeniyle -devletin toplumu terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı korumak şeklindeki pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olarak- insanların terörsüz bir ortamda yaşama hakkı ile bu süreçte bireylerin potansiyel olarak etkilenebilecek temel hakları arasında adil bir denge kurulmalıdır (*Metin Birdal, § 65*).

85. Ceza muhakemesinin amacı gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu için ispat değeri açısından deliller arasında bir hiyerarşi getirilemez, hâkimin hükmünü dayandıracığı ve olayı temsil eden delillerin nelerden ibaret olduğu önceden sayılarak sınırlanamaz ya da bir ceza davasındaki uyumsuzluğun en az kaç delille ispatlanabileceği düzenlenemez. Dolayısıyla terör örgütlerinin yapılarının ve faaliyetlerinin çeşitliliği söz konusu olunca bir kişinin terör örgütünün üyesi olduğunun ortaya

konulması için değerlendirmeye alınabilecek deliller konusunda ortak ve sınırlı bir öngöründe bulunulması mümkün değildir (*Metin Birdal*, §§ 69, 70).

86. Son olarak belirtilmelidir ki insanların terörsüz bir ortamda yaşama hakkı ile bu süreçte bireylerin potansiyel olarak etkilenebilecek temel hakları arasında adil bir denge sağlandığının kabul edilebilmesi için derece mahkemelerinin kişilerin anayasal hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin terör örgütüne üye olma suçundan verilen mahkûmiyet kararlarında delil olarak kullanılmasının zorunlu bir ihtiyacı karşıladığını göstermeleri gerekir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin benzer başvurulardaki denetimi temel haklara bu şekilde yapılan müdahalenin zorunlu bir ihtiyacı karşıladığının ilgili ve yeterli bir gerekçeyle gösterilip gösterilemediği ile sınırlı olacaktır (*Metin Birdal*, § 72).

87. Başvuru konusu olayda ilk derece mahkemesi; süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk gösterdiği kabul edilen eylem ve davranışlarıyla şiddeti ve demokratik olmayan yöntemleri benimseyen başvuruçunun TKP/ML-TİKKO terör örgütünün üyesi olduğu kanaatine ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi başvuruçunun tarafından sunulan bilgi ve belgeler ile derece mahkemelerince başvuruçunun mahkûm edilmesi için benimsenen gerekçeleri yukarıda yer verilen ilkeler uyarınca bir bütün olarak incelemiştir.

88. Terör örgütüne üye olma suçunda delil değerlendirmesi geleneksel suçlara ilişkin delillerin değerlendirilmesine göre bir ölçüde farklılaşmaktadır. Zira belirtilmelidir ki bir kişinin terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilebilmesi için mahkûmiyetine delil olarak alınan maddi olayların tek tek ele alındıklarında kendi başlarına birer suç teşkil etmesi veya bir suça vücut vermesi gerekmemektedir (*Metin Birdal*, § 71).

89. Öte yandan bir kişinin terör örgütü üyeliği suçundan cezalandırılması için örgüt faaliyeti çerçevesindeki eylemlerinin *süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk* göstermesi gerekmektedir. O hâlde derece mahkemelerince her biri örgüt üyeliğine ilişkin bir parçayı açıklayan ve delil olarak kabul edilen faaliyetlerin birleştirilerek olayın bütününe anlaşılması sağlanmalıdır (*Metin Birdal*, § 72). Bu açıklamalardan yola çıkıldığında somut olayda Mahkemenin sadece terör örgütünün propagandasını yapma suçu kapsamında görülen eylemleri

İfade ve Basın Özgürlüğü

değerlendirmek suretiyle başvuruçunun terör örgütüne üye olma suçunu işlediği sonucuna varmadığı anlaşılmaktadır.

90. İlk derece mahkemesi, başvuruçunun on üç farklı eylemini terör örgütüne üye olma suçu yönünden delil olarak değerlendirmiştir (bkz. § 16). İlk derece mahkemesi; delil olarak değerlendirilen eylemlerde başvuruçunun terör örgütünü sahiplenen bazı toplantılara katıldığını, söz konusu toplantılarda örgütün şiddete karışmış üyelerini ve yöneticilerini övdüğünü ve bu kişilerin faaliyetlerini desteklediğini kabul etmiştir. Bundan başka Mahkeme; başvuruçunun bahis konusu toplantılarda kalabalığı organize ettiği ve yönlendirdiği, toplantılardan birinde TKP/ML-TİKKO terör örgütü ve lideri lehine sloganlar attıktan sonra polis memuruna saldırarak onu yaraladığı, bu şekilde şiddet içeren bir eyleme katıldığı, son olarak bir öğrenci yurdunda gerçekleşen ve içinde şiddet barındıran gösteri sırasında öğrencilerin eylem iradelerini güçlendirici açıklamalarda ve faaliyetlerde bulunduğu sonucuna varmıştır.

91. Somut olayda başvuruçunun bir bütün olarak eylemlerinin şiddetin geçerli ve etkili bir yöntem olduğu görüşünün toplum içinde yayılmasını ve terör eylemlerine neden olan fikir ve kanaatlerin kökleşmesini sağlamak amacını taşıdığı değerlendirilmiştir. Öte yandan başvuruçunun bu amaca ulaşmak için belirli bir çaba ve zaman harcadığı da eylemlerin yoğunluğundan anlaşılmaktadır. Bundan başka başvuruçunu, eylemleriyle terör örgütüne sempatican ve destekçi toplamaya çalışmış; kişilerin terör örgütlerine bakış açısını değiştirmeyi amaç edinmiştir. Üstelik başvuruya konu olayda başvuruçunun üyesi olduğu TKP/ML-TİKKO ve destek verdiği PKK terör örgütleri artık tehlikesiz veya tehlikeliliği varsayımsal olan örgütler değildir.

92. Dolayısıyla somut olayın koşullarında ilk derece mahkemesinin başvuruçuyu suç oluşturmadığı ve anayasal hakların kullanımından ibaret olduğu ileri sürülen eylemleri nedeniyle mahkûm ettiği kabul edilmemiştir. İlk derece mahkemesi; başvuruçunun terör örgütünün düzenlediği bazı toplantı ve gösterilere katılmak, örgüt ve lideri lehine slogan atmak, ölen örgüt mensupları adına saygı duruşunda bulunmak biçimindeki rolünün, öldürülen terör örgütü mensuplarını şehit olarak nitelendirmesinin, TKP/ML-TİKKO terör örgütünün güdümünde olduğu kabul edilen YDG adlı

yapılanma içinde yer almasının ve diğer davranışlarının onun TKP/ML-TİKKO terör örgütünün hiyerarşik yapılanmasına kendi isteğiyle ve bilerek dâhil olduğuna dair bilgileri doğrular ve tamamlar nitelikte olduğunu ikna edici biçimde ortaya koymuştur. Bu bağlamda ilk derece mahkemesi, başvuruçunun şikâyetine konu eylemlerinin delil olarak kullanılmasının bir toplumsal ihtiyacı karşıladığını ilgili ve yeterli bir gerekçe ile göstermiştir (krş. *Metin Birdal*, § 80).

93. Sonuç olarak başvuruçunun ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahale demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir müdahale olarak değerlendirilemez.

94. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açıkça dayanaktan yoksun başvuruların Anayasa Mahkemesince kabul edilemezliğine karar verilebileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda müdahalenin meşru olduğu açık olan başvurular açıkça dayanaktan yoksun kabul edilebilir (*Hikmet Balabanoğlu*, B. No: 2012/1334, 17/9/2013, § 24).

95. Açıklanan gerekçelerle ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemezliğine karar verilmesi gerekir.

C. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvuruçunun İddiaları

96. Başvuruçucu; görevi yaptırmamak için direnme suçu yönünden görgüye dayalı olan tek delilin müşteki polis memurunun beyanı olduğunu, bahsi geçen müştekinin ifadesinin başka mahkemece alındığını, müştekiye soru sorma ve müşteki beyanını sorgulama imkânının kendisine verilmediğini belirterek tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

97. Bireysel başvuruçunun ikincil niteliğinin bir sonucu olarak olağan kanun yollarında ve mahkemeler önünde ileri sürülmeyen iddialar ile

İfade ve Basın Özgürlüğü

bu mahkemelere sunulmayan bilgi ve belgeler bireysel başvuru konusu edilemez (*Bayram Gök*, B. No: 2012/946, 26/3/2013, § 20).

98. Somut olayda başvurusunun adil yargılanma hakkı kapsamında ileri sürdüğü bu başlık altındaki iddialarını 13/5/2013, 4/7/2013 ve 19/7/2013 tarihli dilekçeleri ile başvurduğu temyiz kanun yolunda ileri sürmediği, dolayısıyla ihlal iddialarını yargılama sürecinde dile getirmediği, bu iddialarına ilişkin bilgi veya belge sunmadığı ve böylece başvuru yollarını usulüne uygun tüketmediği anlaşılmaktadır.

99. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Terör örgütünün propagandasını yapma suçundan verilen mahkûmiyet kararları nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Terör örgütüne üye olma suçundan verilen mahkûmiyet kararı dolayısıyla ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Terör örgütünün propagandasını yapma suçundan verilen mahkûmiyet kararları nedeniyle Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
5/11/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

MÜLKİYET HAKKI



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

**FARMASOL TIBBİ ÜRÜNLER SAN. VE TİC. A.Ş.
BAŞVURUSU (2)**

(Başvuru Numarası: 2017/37300)

Karar Tarihi: 15/1/2020

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Hicabi DURSUN Kadir ÖZKAYA Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Umut FIRTINA
Başvurucu	: Farmasol Tıbbi Ürünler San. ve Tic. A.Ş.
Vekili	: Av. Suat Murat ÇELİK TEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, itirazın şikâyet sürecinde alınan başvuru bedelinin lehe karar verilmesine rağmen başvurucuya iade edilmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 15/11/2017 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarını Anayasa Mahkemesine sunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

9. Başvurucu tıbbi ürünlerin ticareti ile iştigal eden bir şirkettir. Sinop ili Kamu Hastaneleri Birliği tarafından hemodiyaliz sarf malzemelerinin alımı için ihale düzenlenmiş, başvurucu Şirket ise İhale Komisyonunca ihale dışı bırakılmıştır.

10. Başvurucu, ihaleye ait idari şartnamenin 8. maddesine göre %15 oranındaki fiyat avantajının uygulanmadığını belirterek 30/12/2015 tarihinde ihaleyi gerçekleştiren idareye şikâyet başvurusunda bulunmuştur. İdare, başvurunun şikâyetini 4/1/2016 tarihinde reddetmiştir.

11. Başvurucu bunun üzerine 12/1/2016 tarihinde Kamu İhale Kurumuna (KİK) itirazın şikâyet başvurusunda bulunmuştur. Başvurucu 6.831 TL tutarında başvuru bedeli ödemiştir. KİK 3/2/2016 tarihinde başvurunun şikâyetini kabul etmiştir. Buna göre ihalenin bazı kısımlarında yerli malı teklif eden isteklilere %15 oranında fiyat avantajı sağlanması gerektiği belirtilerek başvurunun haklı olduğu sonucuna varılmıştır.

12. Başvurucu, itirazın şikâyet başvuru bedelinin iade edilmesi için 2/3/2016 tarihinde KİK'ten talepte bulunmuştur. KİK 1/4/2016 tarihinde bu talebi reddetmiştir.

B. İptal Davası Süreci

13. Başvurucu söz konusu idari işlemin iptali istemiyle KİK aleyhine 3/5/2016 tarihinde Ankara 11. İdare Mahkemesinde dava açmıştır.

14. Mahkeme 24/3/2017 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, davaya konu başvuru bedellerinin idarenin

Mülkiyet Hakkı

gelirleri arasında sayıldığına vurgu yapılmıştır. Mahkeme ayrıca başvuru bedeli alınmasına ilişkin kanun hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmediğine işaret etmiştir.

15. Başvurucunun istinaf talebi Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesince (Daire) 21/9/2017 tarihinde reddedilmiştir.

16. Nihai karar 16/10/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

17. Başvurucu 15/11/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Mevzuat Hükümleri

18. 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 53. maddesinin (j) bendinin (2) numaralı alt bendi şöyledir:

"Kurumun gelirleri aşağıda belirtilmiştir:

...

2) (Değişik: 6/2/2014-6518/49 md.) Yaklaşık maliyeti beş yüz bin Türk Lirasına kadar olan ihalelerde üç bin Türk Lirası, beş yüz bin Türk Lirasından iki milyon Türk Lirasına kadar olanlarda altı bin Türk Lirası, iki milyon Türk Lirasından on beş milyon Türk Lirasına kadar olanlarda dokuz bin Türk Lirası, on beş milyon Türk Lirası ve üzerinde olanlarda on iki bin Türk Lirası tutarındaki itirazın şikâyet başvuru bedeli.

..."

19. 4734 sayılı Kanun'un 54. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, bu Kanunda belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunabilirler.

Şikâyet ve itirazın şikâyet başvuruları, dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu idari başvuru yollarıdır.

Şikâyet başvuruları idareye, itirazın şikâyet başvuruları Kuruma hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle yapılır.

...

İtirazın şikâyetinde bulunanlardan 53 üncü maddenin (j) bendinin (2) nolu alt bendinde belirtilen bedelin dört katı tutarına kadar başvuru teminatı alınmasına Cumhurbaşkanınca karar verilebilir. Başvuru teminatları Kurum hesaplarına yatırılır. Bu teminatlar Kurum gelirleri ile ilişkilendirilmeksizin ayrı hesaplarda tutulur.

İtirazın şikâyet dilekçelerine, başvuruda bulunmaya yetkili olduğuna dair belgeler ile imza sirkülerinin aslı veya yetkili mercilerce onaylı örneklerinin, varsa şikâyete idarece verilen cevabın bir örneği ile başvuru bedeli ve teminatının Kurum hesaplarına yatırıldığına dair belgenin eklenmesi zorunludur.

Aynı kişi tarafından birden fazla ihaleye, birden fazla kişi tarafından ise aynı ihaleye tek dilekçe ile başvuruda bulunulamaz.

Belirtilen hususlara aykırılık içeren ve henüz başvuru süresi dolmamış olan başvurulardaki eksiklikler, idare veya Kurumun bildirim yapma zorunluluğu bulunmaksızın, başvuru süresinin sonuna kadar başvuru sahibi tarafından giderilebilir.

(Ek: 6/2/2014-6518/50 md.) Başvuruların ihaleyi yapan idare veya Kurum dışındaki idari mercilere ya da yargı mercilerine yapılması ve başvuru dilekçelerinin bu merciler tarafından ilgisine göre idareye veya Kuruma gönderilmesi hâlinde, dilekçelerin idare veya Kurum kayıtlarına girdiği tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilir.

Başvurular üzerine ihaleyi yapan idare veya Kurum tarafından gerekçeli olarak;

a) İhale sürecinin devam etmesine engel oluşturacak ve düzeltici işlemle giderilemeyecek hukuka aykırılığın tespit edilmesi halinde ihalenin iptaline,

b) İdare tarafından düzeltme yapılması yoluyla giderilebilecek ve ihale sürecinin kesintiye uğratılmasına gerek bulunmayan durumlarda, düzeltici işlem belirlenmesine,

Mülkiyet Hakkı

c) Başvurunun süre, usul ve şekil kurallarına uygun olmaması, usulüne uygun olarak sözleşme imzalanmış olması veya şikâyete konu işlemlerde hukuka aykırılığın tespit edilememesi veya itirazın şikâyet başvurusuna konu hususun Kurumun görev alanında bulunmaması hallerinde başvurunun reddine,

karar verilir. Kurumun görev alanında bulunmaması hali hariç, itirazın şikâyet başvurusunun reddedilmesi durumunda, başvuru teminatı yatırılan hallerde teminatın gelir kaydedilmesine de karar verilir.

...”

B. Anayasa Mahkemesi Kararı

20. 4734 sayılı Kanun'un 20/11/2008 tarihli ve 5812 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle değiştirilen 53. maddesinin (j) fıkrasının değiştirilen ikinci bendinin iptali istemine ilişkin Anayasa Mahkemesince verilen 16/6/2011 tarihli ve E.2009/9, K.2011/103 sayılı kararın ilgili kısımları şöyledir:

”Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurularında getirilen yüksek başvuru ücretlerinin, ihaleye aday ve istekli olmuş gerçek ve tüzel kişilerin başvurularını ölçüsüzce sınırlandırdığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural ile mal, hizmet veya yapım işleri ihalelerine ilişkin olarak Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazın şikâyet başvurusu bedelleri yaklaşık maliyetle ilişkilendirilmiş ve buna göre mal, hizmet, yapım işleri ihalelerinde itirazın şikâyet başvuru bedellerinin, ihalelerin yaklaşık maliyetlerine göre kademeli olarak artırılıp azaltılması esası getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden birisi de ölçülülük ilkesidir. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kullanım alanına ilişkin kuralların hakkaniyete uygun, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

İptali istenilen kural ile Kuruma yapılan itirazın şikâyet başvurularından alınmakta olan başvuru bedeli, ihalelerin niteliği ve parasal büyüklükleri göz önünde tutularak yeniden belirlenmiştir. Düzenlemenin amacının; şikâyet ve itirazın şikâyet başvurusunda bulunacakları iyi niyetli, esas saiki hak arama

amacı olan, özenli biçimde hazırlanmış başvurulara sevk etmek, bununla birlikte şikâyet ve itirazın şikâyet sürecinin hızlı ve etkili biçimde gerçekleşmesini temin etmek olduğu anlaşıldığından, itirazın şikâyet başvurularından bedel alınmasının ve bu bedelin yaklaşık maliyete göre kademeli olarak artmasının amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu görülmekle, kuralın ölçüsüzce düzenlendiği söylenemeyeceğinden söz konusu düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

21. Mahkemenin 15/1/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

22. Başvurucu Şirket; Anayasa Mahkemesinin 16/6/2011 tarihli kararına konu olan davada tartışma konusunun itirazın şikâyet bedeli alınmasının hukuka aykırı olup olmadığı hususu olduğunu, başvuru konusu olayda ise şikâyetinde haklı çıkmasına rağmen itirazın şikâyet başvuru bedelinin iade edilmemesinin çekişmeye yol açtığını, Dairenin benzer bir uyuşmazlıkla ilgili vermiş olduğu 30/6/2017 tarihli kararda itirazın şikâyet bedelinin ihale makamından alınabileceğine hükmettiğini, KİK nezdinde yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun hukuka uygun olduğu belirlenmesine rağmen itirazın şikâyet bedelinin iade edilmemesinin ölçülü olmadığını, bu nedenlerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

23. Başvurucu Şirket ayrıca itirazın şikâyet başvurusunun dava açılmadan önce tüketilmesi zorunlu bir başvuru yolu olduğunu, doğrudan dava açması durumunda 250 TL yargılama gideri ödeyeceğini, itirazın şikâyet başvuru bedelinin ise 6.381 TL olduğunu, 25 kat daha fazla masrafa katlanarak hukuka aykırılığın tespit ettirilebildiğini, haklı çıkmasına rağmen ödenen bedelin kendisine iade edilmemesinin orantısız bir müdahale teşkil ettiğini, içtihatlarla aykırı hüküm tesis edildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu benzer gerekçelerle eşitlik ilkesinin de ihlal edildiğini dile getirmiştir.

Mülkiyet Hakkı

24. Bakanlık görüşünde; başvuru Şirketin KİK'e yaptığı itirazın şikâyet başvurusu esnasında ödediği başvuru bedelinin alınmasının dayanağının 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (j) fıkrasının (2) numaralı alt bendinde yer alan hüküm olduğu belirtildikten sonra anılan hükmün iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesinin 16/6/2011 tarihli ve E.2009/9 K.2011/103sayılı kararı ile anılan düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmadığı ifade edilmiştir. Bakanlık ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu kararı verirken düzenlemenin amacını da gözönünde bulundurarak kuralın ölçüsüzce düzenlenmediği kanaatine vardığını vurgulayarak başvuru şikâyetlerinin incelenmesinde bu hususların da dikkate alınması gerektiğini bildirmiştir.

25. Başvuru vekili cevap dilekçesinde; Bakanlık görüşünün başvuru dilekçesinde ileri sürdükleri iddiaları karşılamadığını, anılan Anayasa Mahkemesi kararının başvuru bakımından emsal teşkil etmediğini vurgulamıştır. Karşı beyanda Bakanlığın 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uygulamasına ilişkin görüş bildirmekten imtina ettiği hususuna da dikkat çekilmiştir.

B. Değerlendirme

26. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvuru, mülkiyet hakkının ihlali iddiası yanında aynı gerekçelerle mahkemeye erişim hakkı ile eşitlik ilkesinin de ihlal edildiğini de ileri sürmüştür. Başvurucunun şikâyetinin özünün KİK nezdinde yaptığı itirazın şikâyet başvurusunun hukuka uygun olduğu belirlenmesine rağmen itirazın şikâyet bedelinin iade edilmemesine yönelik olduğu anlaşılacakla ihlal iddialarının mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

28. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

29. Başvuruya konu itirazın şikâyet başvuru bedelinin başvuru Şirketin mal varlığından tahsil edildiği dikkate alındığında somut olayda Anayasa'nın 35. maddesi anlamında mülkün varlığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

30. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla-sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma ve ondan tasarruf etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, mülkün semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlandırılması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53).

31. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle *mülkten barışçıl yararlanma hakkına* yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlandırabileceği belirlenerek aynı zamanda *mülkten yoksun bırakmanın* şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin

Mülkiyet Hakkı

mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, §§ 55-58).

32. Başvurucu Şirketten itirazın şikâyet başvuru bedeli alınması mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmekle olup bu müdahalenin mülkiyet hakkının kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

34. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir(*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

i. Kanunilik

35. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt, kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir

kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

36. Somut olayda idare ve derece mahkemeleri, başvuruya konu itirazın şikâyet başvuru bedelinin kanuni dayanağı olarak 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (j) bendinin (2) numaralı alt bendini göstermiştir. Gerçekten de bu kanun hükmünde söz konusu başvuru bedeli KİK gelirleri arasında sayılmıştır. Bu itibarla ulaşılabılır, öngörülebilir ve belirli olduğu açık olan söz konusu kanun hükmüne dayanan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıdığı değerlendirilmiştir. Bununla birlikte itirazın şikâyetin haklı görülmesi hâlinde başvuru bedelinin iade edilip edilmeyeceği ile ilgili bir düzenlemeye ise 4734 sayılı Kanun'da yer verilmemiştir. Bu hususun ise müdahalenin ölçülülüğü bağlamında tartışılması gerekmektedir. Bu itibarla ulaşılabılır, öngörülebilir ve belirli olduğu açık olan söz konusu kanun hükmüne dayanan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşıdığı değerlendirilmiştir.

ii. Meşru Amaç

37. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir (*Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

38. Somut olayda KİK tarafından itirazın şikâyet başvuru bedeli alınmasının amacının yersiz başvuruların önüne geçmek ve idari sürecin etkin bir şekilde işlenmesini sağlamak olduğu dikkate alındığında bedel öngörülmesinin kamu yararı amacına dayandığı hususunda tereddüt

Mülkiyet Hakkı

bulunmamaktadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2009/9, K.2011/103, 16/6/2011).

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

39. Son olarak kamu makamlarınca başvuru hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

40. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

41. Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvuru hakkının şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Müdahalenin orantılılığını değerlendirirken Anayasa Mahkemesi; bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvuru hakkının ve kamu otoritelerinin davranışlarını gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; *Osman Ukav*, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, § 71).

42. İdari veya yargısal başvuru yollarında yapılan giderlerin bunlara sebebiyet veren kişiye -haksız bulunan tarafa- yükletilmesi ölçülü bir müdahale olarak kabul edilebilir. Ancak bireylerin, ilgili sürecin sonunda haklı çıkmalarına rağmen, söz konusu idari başvuru veya dava sebebiyle

yapılan giderleri yüklenmeye mahkum edilmeleri mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyi ölçüsüz kılabilir. Son olarak söz konusu idari veya yargısal giderlerin kişilere yükletilmesinin her hâlde, kamu yararı ile karşılaştırıldığında bireyler üzerinde şahsi olarak aşırı bir külfete yol açmaması gerekir.

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

43. Somut olayda yersiz başvuruların önüne geçilmesi ve idari sürecin etkin bir şekilde işlemesi amacı çerçevesinde itirazın şikâyet başvurusunda bulunacaklardan bedel alınmasının müdahalenin amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olduğu açıktır. Kamu makamlarınca gerçekleştirilen işlemin yalnızca bedel tahsilatı olduğu ve müdahalede kullanılacak en uygun aracın belirlenmesi konusunda kamu makamlarına tanınan takdir yetkisi dikkate alındığında müdahalenin *gerekli* olduğu da söylenebilir. Bu sebeple müdahalenin *orantılılığının* tartışılması gerekmektedir.

44. Başvurucu Şirket kendisinden itirazın şikâyet başvuru bedeli alınmasından değil başvurusunda haklı çıkmasına rağmen itirazın şikâyet bedelinin iade edilmemesinden yakınmaktadır.

45. Başvuru konusu olayda KİK'e yapılan itirazın şikâyet başvurusunda başvurucu Şirket haklı bulunmuş ve düzeltici işlem belirlenmesine karar verilmiştir. KİK'in düzeltici işlem belirlenmesine karar vermesinin nedeni ihaleyi gerçekleştiren idarenin hukuka aykırı işlemidir. 4734 sayılı Kanun'a göre isteklilerin şikâyet ve itirazın şikâyet yollarını tüketmeden dava açmaları mümkün değildir. Başvurucu Şirket idarenin hukuka aykırı işleminin tespitini sağlayabilmek adına 6.381 TL itirazın şikâyet başvuru bedeli yatırmak durumunda kalmıştır. Diğer taraftan başvurucu Şirket şikâyetinde haklı çıkmasına ve ihaleyi yapan idarenin hukuka aykırı işlemi tespit edilmesine rağmen bu tutar kendisine iade edilmemiştir.

46. Yukarıda da değinildiği üzere ilgili kanuna istinaden itirazın şikâyet yolu için başvuru bedeli alınmasının amacı yersiz başvuruların önüne geçmek ve idari sürecin etkin bir şekilde işlemlerini sağlamaktır. Başvurucu Şirketten itirazın şikâyet başvuru bedeli alınması belirtilen

Mülkiyet Hakkı

kamu yararı amacına dayanmakla birlikte haklı çıktuktan sonra bedelin iade edilmemesi şeklinde mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin başvuru aleyhine aşırı bir külfet yüklememesi gerekmektedir.

47. Başvurucu, mevzuatta öngörülen idari yolları tüketmeden dava açmamaktadır. Hâlbuki doğrudan dava açılabilseydi başvuru Şirket itirazın şikâyet başvuru bedeli ödemeyecek, davasında haklı çıkması durumunda ise yargılama giderleri karşı tarafa yüklenecektir. Diğer taraftan itirazın şikâyet başvuru bedelinin idari yargıda dava açma masraflarıyla karşılaştırıldığında çok yüksek olduğu görülmektedir. İhaleye katılan isteklilerin hukuka aykırı bir durumla karşılaştıklarında haklı çıksalar dahi itirazın şikâyet başvuru bedelinin kendilerine iade edilmeyeceğini bilmeleri bu yola başvurmalarını engelleyebilmektedir.

48. İhaleyi yapan idarenin hukuka aykırı işlemi nedeniyle idari yollara başvurmak zorunda kalan başvuru Şirkete şikâyetinde haklı çıkmasına rağmen başvuru bedeli iade edilmemiş ve neticede başvuru Şirketin mal varlığında ödenen bedel kadar eksilme meydana gelmiştir. Başvuru konusu olayda başvuru Şirkete haklı çıkmasına rağmen itirazın şikâyet başvuru bedelinin iade edilmemesi suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahale başvuru Şirketin menfaatlerinin dikkate alınmaması nedeniyle ölçüsüzdür.

49. Şikâyetinde haklı çıkan başvuru Şirkete söz konusu başvuru bedelini doğrudan yatırdığı KİK'ten almak yerine ayrı bir dava açmaya zorlanması başvuru aleyhine aşırı bir külfet yüklemektedir. Zira söz konusu bedel kolaylıkla idari süreç içinde ilgili idareye rücu edilebilir. Bu külfetin başvurucuya yükletilmesi ise mülkiyet hakkının usul güvencelerine de uygun düşmemektedir.

50. Diğer taraftan derece mahkemesince başvuru bedeli alınmasına ilişkin kanun hükmünün Anayasa Mahkemesinin 16/6/2011 tarihli ve E.2009/9, K.2011/103 sayılı kararı ile iptal edilmediği belirtilerek davanın reddine karar verilmiş ise de anılan karar itirazın şikâyet başvuru bedelinin iadesiyle ilgili değildir. Karardan, itirazın şikâyet bedeli alınmasının hukuka aykırı olup olmadığı hususunun tartışıldığı anlaşılmaktadır.

51. Sonuç olarak itirazın şikâyet başvurusunda alınan başvuru bedelinin lehe karar verilmesine rağmen başvuru Şirkete iade edilmemesi başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemektedir. Dolayısıyla müdahalenin kamu yararı ile başvuru hakkının korunması arasında olması gereken adil dengenin başvuru aleyhine bozulduğu ve müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna varılmıştır.

52. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

53. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin şöyledir:

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

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

54. Başvuru ihlalin tespit edilmesini istemiş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

55. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

Mülkiyet Hakkı

56. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

57. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemezsizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), §§ 57-59, 66, 67).

58. İncelenen başvuruda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin idarenin işleminden/eyleminden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte derece mahkemeleri de ihlali giderememiştir. Bu açıdan ihlalin aynı zamanda mahkeme kararından da kaynaklandığı söylenebilir.

59. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 11. İdare Mahkemesine (E.2016/1996) gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

60. İhlal tespiti ve yeniden yargılanma kararı verilmesinin yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından ayrıca tazminata hükmedilmesine gerek görülmemiştir.

61. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL TL tutarındaki yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın **KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,**

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının **İHLAL EDİLDİĞİNE,**

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 11. İdare Mahkemesine (E.2016/1996) **GÖNDERİLMESİNE,**

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin **REDDİNE,**

E. 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin **BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,**

Mülkiyet Hakkı

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
15/1/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

**ASLAN AVCI DÖKÜM SANAYİ VE TİCARET A.Ş.
BAŞVURUSU**

(Başvuru Numarası: 2017/39159)

Karar Tarihi: 28/1/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Recai AKYEL
Raportör	: Kamber Ozan TUTAL
Başvurucu	: Aslan Avcı Döküm Sanayi ve Ticaret A.Ş.
Vekili	: Av. Fadime Eda BAYSAL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, fabrika sahasına gömülü tehlikeli atıkların bertaraf edilmediği gerekçesiyle idari para cezası verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 7/12/2017 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, kurşun imalatı alanında faaliyet gösteren bir şirkettir.

9. H.Y. tarafından 1940'lı yıllarda İzmir Gaziemir'de bulunan bir araziye kurşun fabrikası kurulmuştur. H.Y.nin vefatı sonrasında fabrika, faaliyetlerini H.Y. Varisleri Adi Ortaklığı olarak 2005 yılına kadar, ardından da başvurucu şirketin adı altında devam ettirmiştir.

A. Atıkların Toprağa Gömülmesi Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezasına İlişkin Süreç

10. Başvurucu şirkete ait fabrika sahasına atık gömüldüğü ihbarı üzerine kamu makamlarınca 2007 yılında yapılan incelemede cüruf atıklarının fabrikanın faaliyet gösterdiği alanda gömülü olduğu tespit edilmiştir. Teknik analizler sonucunda atıkların tehlikeli olduğu belirlenerek İzmir Valiliği Çevre ve Orman İl Müdürlüğü (Valilik) tarafından başvurucu şirkete 321.000 TL idari para cezası verilmiştir. Ayrıca çevreyi kasten kirletme iddiasıyla suç duyurusunda bulunulmuştur.

11. Başvurucu şirket tarafından idari para cezasının iptali istemiyle açılan dava İzmir 2. İdare Mahkemesinin 11/2/2009 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, işletme arazisinde yapılan kazılarda atıklara rastlanıldığı ve yapılan teknik incelemelerde bunların tehlikeli atık olduğunun tespit edildiği belirtilmiştir. Karar, temyiz kanun yolundan geçerek kesinleşmiştir.

12. Bu dönemde basın yayın organlarında, kurşun fabrikası alanında toprağa gömülü radyasyonlu atıkların çevreye zehir saçtığı ve fabrika çevresindeki evlerde yaşayanlarda nefes darlığı, öksürük, astım ve bronşit şikâyetlerinin arttığına dair haberler yapılmıştır. 15/6/2014 tarihli bir haberde ise atıkların ayıklanmasına ilişkin projenin Çevre ve Şehircilik Bakanlığından onay almasının ardından yüklenici firmanın çalışmalara başladığı belirtilmiştir.

Mülkiyet Hakkı

B. Ceza Davası Süreci

13. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 28/2/2008 tarihli iddianamesi ile başvuru şirketin ortağı ve yetkilisi olan kişinin 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 181. maddesi gereğince cezalandırılması talep olunmuştur. İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesi 3/6/2009 tarihinde suçun işlendiğinin sabit olması nedeni ile sanığın 4 yıl 2 ay hapis ve 2.000,00 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Karar, Yargıtay 4. Ceza Dairesi tarafından 28/05/2013 tarihinde usul ve esas yönünden bozulmuştur. Bozma sonrası dosya 2013/32 Esas numarasını almıştır.

14. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 22/9/2009 ve 20/12/2013 tarihli iddianameleri ile başvuru şirketin yöneticilerinin de 5237 sayılı Kanun'un 181. maddesi gereğince cezalandırılmaları talep olunmuştur. Sanıklar hakkındaki ceza davaları İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2013/321 Esas sayılı dosyası ile birleştirilmiştir.

15. İzmir 3. Ağır Ceza Mahkemesi 1/7/2015 tarihinde sanıkların beraatine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde geçici atık depolama lisansının verildiği 15/1/2004 tarihinden sonra şirketin açık arazisine çevresel kirliliğe neden olacak nitelikte atık bırakma eylemlerine iştirak edildiğine dair mahkûmiyetine yeter, kesin, net ve inandırıcı delil bulunmadığı belirtilmiştir.

16. Karar, katılanlar ve müştekiler tarafından temyiz edilmiştir. Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2/5/2017 tarihinde sanıklar hakkındaki kamu davalarının düşürülmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, suçun oluştuğu 2004 yılına göre hükümden sonra sanıklar yararına olan 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. ve 104. maddelerinde öngörülen 7 yıl 6 aylık olağanüstü dava zamanaşımının gerçekleştiği belirtilmiştir.

C. Atıkların Bertaraf Edilmemesi Sebebiyle Uygulanan İdari Para Cezasına İlişkin Süreç

17. Valilik tarafından 12/11/2010 tarihinde başvuru şirkete gönderilen yazıda "*...Türkiye Atom Enerjisi Kurumu ile gerekli*

koordinasyonun sağlanması ve işletmenize uygulanan idari para cezasına esas alanda yapılacak olan rehabilitasyon için Bakanlığa termin planı sunulması ve Müdürlüğümüze bilgi verilmesi..." gerektiği bildirilmiştir.

18. Çevre ve Orman Bakanlığı Atık Yönetim Dairesi Başkanlığınca başvuru şirkete gönderilen 23/12/2010 tarihli yazıda "...bu atıkların bertarafına ilişkin firma tarafından hazırlanması gereken iş termin planının bir örneğinin 14.01.2011 tarihine kadar Bakanlığa gönderilmesi..." istenmiştir.

19. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Çevre Yönetimi Genel Müdürlüğünce 3/6/2013 tarihinde başvuru şirkete gönderilen yazıda ise "...tesisinize ait sahada bulunan atıkların bertaraf işlemlerinin mer'î mevzuat çerçevesinde en kısa zamanda tamamlanması ve yapılan çalışmalar hakkında Bakanlığımıza düzenli bilgi verilmesi..." talep olunmuştur.

20. Atıkların gömülü olduğu fabrika sahasında 28/10/2013 tarihinde gerçekleştirilen denetim sırasında alınan su ve toprak üzerinde analizler yapılmıştır. Hazırlanan bilirkişi raporunda işletme sahasında gömülen tehlikeli atıkların bertarafının sağlanmadığı ve çevredeki su kuyularında yüksek oranda ağır metallerin olduğu tespit edilmiştir.

21. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından başvuru şirkete, 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrası ve 20. maddesinin birinci fıkrasının (v) bendi uyarınca 5.079.900 TL idari para cezası uygulanmıştır. İdari para cezası kararının gerekçesinde, 28/10/2013 tarihinde yapılan denetimde 2007 yılında işletme sahasına gömülen tehlikeli atıkların bertarafının sağlanmadığının tespit edildiği ve atık sahası ile çevresindeki su kaynaklarında yüksek konsantrasyonlarda ağır metallerin bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca başvuru şirketin gömdüğü tehlike atıkların toprak ve yer altı sularında ciddi kirliliğe neden olması ve atıkların bertaraf edilmemesine bağlı olarak çevre kirliliğinin sürmesi nedeniyle idari para cezasının üst sınırdan verildiği ifade edilmiştir.

22. Başvuru şirket, idari para cezası işlemine karşı 14/2/2014 tarihinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı aleyhine Ankara 11. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) iptal davası açmıştır. Dava dilekçesinde; idari para cezasının yasal dayanaktan yoksun olduğu, aynı nedenle ikinci kez idari para cezası verildiği ve suç olan eylem için ayrıca kabahatten dolayı yaptırım

Mülkiyet Hakkı

uygulanamayacağı ifade edilmiştir. Başvurucu, atıkların kaldırılmasında tek sorumlunun kendileri olmadığını ve atıklar nedeniyle suların kirliliğine ilişkin ortada bir kesinlik olmadığını belirtmiştir. Başvurucu ayrıca üst sınırdan verilen idari para cezasının ölçüsüz olduğunu da ileri sürmüştür.

23. Mahkeme 8/1/2015 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, atıkların bertaraf edilmemesine ilişkin fiilin idari para cezasına dayanak kanun maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra gerçekleştiği ve daha önceki idari para cezasına neden olan çevreye atık bırakma fiilinden farklı olarak atıkların bertaraf edilmemesi nedeniyle dava konusu idari para cezasının verildiği belirtilmiştir. Mahkeme, 2872 sayılı Kanun gereğince idari para cezası verilmesinin diğer kanunlarda öngörülen cezaların verilmesine engel olmayacağına ve idari para cezasının radyoaktivite mevzuatına dayalı olarak verilmediğine vurgu yaparak, kamu makamlarınca başvuru şirketin atıkları bertaraf etmesine engel bir durum yaratılmadığı ve atıkların çevreyi kirlettiği sabit olduğundan dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığına hükmetmiştir.

24. Başvurucunun temyiz ettiği karar Danıştay Ondördüncü Dairesince 16/2/2017 tarihinde onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme istemi talebi de aynı Dairenin 17/10/2017 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

25. Nihai karar, 7/11/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

26. 7/12/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

27. 2872 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Bu Kanunda geçen terimlerden;

...

Çevre korunması: Çevresel değerlerin ve ekolojik dengenin tahribini, bozulmasını ve yok olmasını önlemeye, mevcut bozulmaları gidermeye, çevreyi

iyileştirmeye ve geliştirmeye, çevre kirliliğini önlemeye yönelik çalışmaların bütünü,

Çevre kirliliği: Çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkiyi,

...

Kirleten: Faaliyetler sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişileri,

...

Tehlikeli atık: Fiziksel, kimyasal ve/veya biyolojik yönden olumsuz etki yaparak ekolojik denge ile insan ve diğer canlıların doğal yapılarının bozulmasına neden olan atıklar ve bu atıklarla kirlenmiş maddeleri,

...ifade eder."

28. 2872 sayılı Kanun'un "Kirletme yasağı" kenar başlıklı 8. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Kirlenme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ilgililer kirlenmeyi önlemekle; kirlenmenin meydana geldiği hallerde kirleten, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdürler."

29. 2872 sayılı Kanun'un "İdari nitelikteki cezalar" kenar başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasının (v) bendi ve ikinci fıkrası şöyledir:

"v) Bu Kanunda ve ilgili yönetmeliklerde öngörülen yasaklara veya sınırlamalara aykırı olarak tehlikeli atıkları toplayan, ayıran, geçici ve ara depolama yapan, geri kazanan, yeniden kullanan, taşıyan, ambalajlayan, etiketleyen, bertarafeden ve ömrü dolan tehlikeli atık bertaraf tesislerini kurallara uygun olarak kapatmayanlara 100.000 Türk Lirasından (368.789 TL) 1.000.000 Türk Lirasına (3.688.006 TL) kadar idarî para cezası verilir.

...

Mülkiyet Hakkı

Bu maddenin (ı) bendinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı alt bentleri ile (k), (l), (r), (s), (t), (u), (v) ve (y) bentlerinde öngörülen idarî para cezaları kurum, kuruluş ve işletmelere üç katı olarak verilir."

30. 2872 sayılı Kanun'un "Diğer kanunlarda yazılı cezalar" kenar başlıklı 27. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunda yazılı filler hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu filler için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz."

31. 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Kabahatin ihmali davranışla işlenmesi" kenar başlıklı 7. maddesi şöyledir:

"Kabahat, icraî veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icraî davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gereklidir."

32. 5326 sayılı Kanun'un "İçtima" kenar başlıklı 15. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır."

B. Uluslararası Hukuk

33. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir."

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

34. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), ister suç gelirlerinin elde edilmesinin önüne geçilmesi için müsadere olarak uygulansın isterse

de doğrudan uygulansın para cezalarının veya kazanç müsaderesinin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmektedir. AİHM, bu suretle yapılan müdahalenin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı kapsamında mülkiyetin kullanılmasının kontrolüne ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerektiği görüşündedir (*Butler/Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 41661/98, 27/6/2002; *Phillips/Birleşik Krallık*, B. No: 41087/98, 5/7/2001, §§ 50, 51; *Konstantin Stefanov/Bulgaristan*, B. No: 35399/05, 27/10/2015, §§ 57, 58).

35. *Konstantin Stefanov/Bulgaristan* kararına konu olayda başvuru avukatın ücreti yetersiz bulması nedeniyle zorunlu müdafî olmayı reddederek duruşmadan ayrılması üzerine ceza mahkemesince başvuru avukata yaklaşık 260 Avro tutarında para cezası verilmiştir. AİHM, şikâyet edilen cezaya konu paranın mülk teşkil ettiğini ve bu para cezasının uygulanmasının da mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini belirtmiştir (*Konstantin Stefanov/Bulgaristan*, § 57). AİHM'e göre uygulanan para cezası Sözleşme'nin anlamında bir *yaptırım* teşkil etmektedir. Bu sebeple müdahale; taraf devletlere para cezalarının ödenmesini sağlamak için mülkiyetin kullanımını kontrol yetkisi tanıyan Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafı çerçevesinde değerlendirilmiştir (*Konstantin Stefanov/Bulgaristan*, § 58).

36. AİHM para cezasının açık, öngörülebilir ve ulaşılabilir mahiyette bir kanuna dayandığını, yargılamanın etkin ve gecikmeden sürdürülmesi yönünde kamu yararına dayalı meşru bir amacının da bulunduğunu tespit etmiştir (*Konstantin Stefanov/Bulgaristan*, §§ 63, 64). AİHM, ölçülülük yönünden yaptığı değerlendirmede ise farklı unsurları değerlendirmiş ve duruşmanın geçerli bir neden olmaksızın tehir edilmesinin, mahkemelerden garanti altına alması istenen *adalet sisteminin düzgün işlemesine* bir engel teşkil ettiğini vurgulamıştır. AİHM, caydırıcı bir etkinin sağlanması için parasal bir cezanın uygulanabileceğini ve bu alanda devletlerin geniş bir takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir. AİHM bu bağlamda en önemli güvencenin ise başvurucuya uygulanan cezaya karşı itiraz edebilme hakkının tanınması olduğunu ve somut başvuruda başvurucuya uygulanan cezaya ilişkin karar verme usulünün keyfî olduğunun ortaya konulmadığını ifade etmiştir. AİHM başvurucuya verilen para cezasının üst sınırdan uygulanmakla beraber aşırı veya

Mülkiyet Hakkı

orantısız olmadığını değerlendirmiş ve başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığı sonucuna varmıştır (*Konstantin Stefanov/Bulgaristan*, §§ 65-70).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

37. Mahkemenin 28/1/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

38. Başvurucu şirket 9/3/2013 tarihli ve 28582 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Radyoaktif Atık Yönetimi Yönetmeliği öncesinde radyoaktif maddelerin ne şekilde bertaraf edileceğine dair bir düzenlemenin olmadığını ve atıkların bertaraf edilmesini sağlayacak bir tesisin Türkiye'de bulunmadığını belirtmiştir. Tehlikeli atıkların bertaraf edilmesinin hukuken ve fiilen imkânsız olduğunu ileri süren başvurucu, 2013 yılının sonuna kadar olan süreçte bertaraf işleminin hiçbir zaman kendi inisiyatiflerinde olmadığını, su kirliliği iddiasının belirsiz olduğunu ve olayda kendilerine yüklenebilecek bir kusur bulunmadığını belirterek, suç ve cezalarda kanunilik ilkesine aykırı biçimde, cezai sorumluluk doğmadığı hâlde ölçüsüz bir ceza verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

39. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

40. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun yukarıda yer verilen şikayetlerinin özü, idari para cezası verilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlali iddiasına ilişkindir. Bu nedenle başvurucunun belirtilen ihlal iddialarının tümü mülkiyet hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

41. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

42. Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Somut olayda idari para cezası tutarındaki paranın başvuru mal varlığına dâhil olduğu ve verilen idari para cezasıyla başvuru mal varlığında eksilmeye yol açıldığı kuşkusuz olduğuna göre bu paranın başvuru açısından *mülk* teşkil ettiği açıktır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Orhan Gürel*, B. No: 2015/15358, 24/5/2018, § 43).

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

43. Somut olayda başvuru hakkında çevrenin korunmasına ilişkin kurallara uymadığı için idari para cezası uygulanması mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Müdahale ile çevrenin korunması, çevreyi kirletenlerin cezalandırılması ve benzeri kabahatlerin işlenmesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bu durumda başvuru mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolüne veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekir (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Mustafa Taş*, B. No: 2017/23968, 31/10/2018, § 38).

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

44. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik

Mülkiyet Hakkı

toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

45. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

i. Kanunilik

46. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK]*, B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

47. Somut olayda işletme sahasında 28/10/2013 tarihinde yapılan denetim sonucunda daha önce alana gömülen tehlikeli atıkların bertaraf edilmediği gerekçesiyle 2872 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrası ve 20. maddesinin birinci fıkrasının (v) bendi uyarınca başvurucuya idari para cezası verilmiştir. 2872 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ikinci fıkrasında kirlenmenin meydana geldiği hâllerde kirlenenin, kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. 2872 sayılı Kanun'un 26/4/2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (v) bendinde bu Kanun'da ve ilgili yönetmeliklerde öngörülen yasaklara veya sınırlamalara aykırı olarak ömrü dolan tehlikeli atık bertaraf tesislerini kurallara uygun olarak

kapatmayanlara idari para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de (v) bendinde öngörülen idarî para cezalarının kurum, kuruluş ve işletmelere üç katı olarak verileceği düzenlenmiştir.

48. Dolayısıyla verilen idari para cezasının 2872 sayılı Kanun'un 8. maddesi ve 20. maddesinin birinci fıkrasının (v) bendi ile aynı maddenin ikinci fıkrasına göre verildiği görüldüğünden ve söz konusu Kanun hükümleri açık, ulaşılabilir ve öngörülebilir mahiyette olduğundan, başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuna dayalı olduğu anlaşılmaktadır.

ii. Meşru Amaç

49. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılmasına imkân verdiğinden, bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir (*Nusrat Külâh*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

50. Anayasa'nın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu düzenlenmiş; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirliliğini önlemenin devlet ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir (AYM, E.2010/51, K.2011/137, 12/10/2011).

51. Buna göre çevrenin geliştirilmesine, çevre sağlığının korunmasına ve çevre kirlenmesinin önlenmesine yönelik tedbirleri almak devletin temel ödevlerindedir. Bu amaçla devlet, çevrenin korunmasını sağlamak için etkili bir hukuk düzeni oluşturmakla yükümlüdür (AYM, E.2019/35, K.2019/53, 26/6/2019, § 20).

Mülkiyet Hakkı

52. Bu bağlamda çevrenin korunması amacıyla çevre mevzuatına aykırılıkların yaptırımı tabi tutulmasında kamu yararı amacı bulunduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla somut olayda tehlikeli atıkların bertaraf edilmemesi nedeniyle idari para cezası uygulanmasında kamu yararına dayalı meşru bir amacın olduğu açıktır.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

53. Son olarak kamu makamlarınca başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar arasında makul bir ölçülülük ilişkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir.

54. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

55. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine göre ölçülü olabilmesi için her şeyden önce bu tedbirin öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olması zorunludur. Diğer taraftan müdahalede bulunulurken takip edilen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye en uygun aracın seçilmesi gerekmektedir. Bu alanda hangi araçların tercih edileceği ise öncelikli olarak daha isabetli karar verebilecek konumda olan ilgili kamu makamlarının yetkisindedir. Bu nedenle hangi aracın tercih edileceğinin belirlenmesi hususunda idarelerin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki seçilen aracın gerekliliğine ilişkin olarak idarelerin sahip olduğu takdir yetkisi sınırsız değildir. Tercih edilen aracın müdahaleyi ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağırlaştırması durumunda

Anayasa Mahkemesince müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna ulaşılması mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda yapacağı denetim, seçilen aracın isabet derecesine yönelik olmayıp hak ve özgürlükler üzerinde oluşturduğu müdahalenin ağırlığına dönüktür (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Hamdi Akın İpek*, B. No: 2015/17763, 24/5/2018, § 108; *Hanife Ensaroğlu*, B. No: 2014/14195, 20/9/2017, § 67).

56. Diğer taraftan hukuk devletinde; ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini göz önüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı fiilleri ceza hukuk alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tabi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır (AYM, E.2017/170, K.2018/77, 5/7/2018).

57. Bununla birlikte orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurucunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemi, diğer taraftan da müdahalenin niteliği ile başvurucunun ve kamu otoritelerinin davranışları gözönünde bulundurularak başvurucuya yüklenen külfet dikkate alınacaktır (bkz. *Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60).

58. Anayasa'nın 35. maddesi usule ilişkin açık bir güvenceden söz etmemektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi bakımından bu madde, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da ifade edildiği üzere mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır. Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır

Mülkiyet Hakkı

(Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 64; Bekir Yazıcı [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 71).

59. Elkoyma veya müsadere gibi tedbirler yoluyla ya da para cezası uygulanmak suretiyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bireyin menfaatleri ile kamunun yararı arasında olması gereken adil dengeyi bozmaması için malikin davranışı ile kanunun ihlali arasında uygun bir illiyet bağının olması ve başvurucunun müdahaleye yönelik iddia ve savunmalarının ilgili idari ve yargısal makamlarca makul biçimde karşılanması, ayrıca her hâlde iyi niyetli malikin zararının tazmini gerekmektedir. Bu gerekliliklere uyulduğu takdirde mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçülü olacaktır (Züliye Öztürk, § 64).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

60. Başvurucuya idari para cezası verilmesinin çevrenin korunmasını sağlamaya yönelik olduğu dikkate alındığında müdahalenin söz konusu kamu yararı amacını gerçekleştirmeye *elverişli* olduğunda şüphe bulunmamaktadır. İkinci olarak başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin *gerekli* olup olmadığı irdelenmelidir. Buna göre mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolüne ilişkin üçüncü kural çerçevesinde kamu makamlarının sahip olduğu geniş takdir yetkisi de gözönünde bulundurulduğunda başvurucunun fiilinin kabahat olarak düzenlenerek yalnızca idari para cezası uygulandığı dikkate alındığında müdahalenin *gerekli* olmadığı söylenemez.

61. *Orantılılık* yönünden ise öncelikle başvurucuya idari para cezası kararına karşı iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir. Başvurucuya idari para cezası verilmeden önce tehlike atıklarının bertaraf edilmesi için gerekli tedbirleri alması bildirilmiştir. İdari para cezası kararına karşı da kendisini avukat ile temsil ettiren başvuru, önce idare mahkemesinde dava açmış; davanın reddine ilişkin karara karşı da temyiz yoluna başvurmuştur.

62. Başvuru şirket tehlikeli atıkların bertaraf edilmesinin fiilen ve hukuken mümkün olmamasından ve su kirliliği iddiasının belirsiz olduğundan yakınmıştır. Bununla birlikte söz konusu itirazı

değerlendiren Mahkemece idari para cezasına konu işlemde radyoaktivite mevzuatına dayalı bir hüküm bulunmadığına vurgu yapılmış; tehlikeli atıkların bertaraf edilmesine ilişkin fiilî bir kısıtlamanın olmadığı ve bertaraf işleminde kamu makamlarınca işbirliğinin sağlanılmasının istendiği belirtilmiştir. Mahkemece, alınan numunelerin analiz edilmesi sonucu hazırlanan rapora göre atıkların çevreyi kirlettiğinin de sabit olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda mülkiyet hakkına, idari para cezası uygulanmak suretiyle yapılan müdahaleye karşı başvurunun etkin bir biçimde itiraz edebilme olanağı bulunduğu ortadadır.

63. Başvurucu, olay tarihinde yürürlükte olmayan kanun hükmüne dayanılarak para cezası verildiğini ileri sürmüştür. Somut olayda idari para cezasına dayanak eylem tehlikeli atıkların bertaraf edilmemesi olarak gösterilmiştir. 28/10/2013 tarihinde başvuru şirkete ait fabrika sahasında yapılan denetimlerde tehlikeli atıkların bertaraf edilmediği tespit edilmiş ve 2872 sayılı Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasının (v) bendi ile aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca idari para cezası uygulanmıştır. Dolayısıyla idari para cezası uygulanan eylemin gerçekleştiği tarihte söz konusu kanun hükmünün yürürlükte olduğu anlaşılmaktadır.

64. Diğer taraftan başvuru, idari para cezasının miktarının yüksek olduğu için orantısız olduğundan yakınmakta ise de herhangi bir orantılılık karşılaştırması yapmaya elverişli bir bilgi veya belge sunmamıştır. Dolayısıyla verilen idari para cezasının somut olay bağlamında başvurunun ekonomik durumunda nasıl bir etkiye yol açtığı belirlenmesi mümkün olamamıştır.

65. Sonuç olarak tehlikeli atıkların bertaraf edilmesinin, çevrenin korunması ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı açısından büyük önem arz ettiğinde kuşku bulunmadığı gibi devletin idari para cezalarının düzenlenmesi ve uygulanması alanında geniş bir takdir yetkisinin olduğu da dikkate alınmalıdır. Kaldı ki olayda başvurucuya idari para cezasının dışında herhangi bir adli veya idari yaptırım uygulanmamış, müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi ya da şirketin geçici süreyle veya tamamen faaliyetlerinin engellenmesi yahut kısıtlanması gibi bir tedbir yoluna da gidilmemiştir. Ayrıca idari para cezası verilmesine yol açan

Mülkiyet Hakkı

fiilin başvuruçunun kusurundan kaynaklandığı, somut olayda kamu makamlarının özensiz bir tutum veya davranışının ise söz konusu olmadığı gözetilmelidir.

66. Bu durumda başvuruçunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin, içerdiği kamu yararı amacı ile karşılaştırıldığında ve özellikle başvuruçunun kendi kusuruyla kanuna aykırılığa yol açtığı gözetildiğinde başvuruçuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvuruçunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığı ve müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

67. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuruçusu üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 28/1/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

FENERBAHÇE SPOR KULÜBÜ DERNEĞİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/4483)

Karar Tarihi: 13/2/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan y.	: Celal Mümtaz AKINCI
Üyeler	: Muammer TOPAL M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Kamber Ozan TUTAL
Başvurucu	: Fenerbahçe Spor Kulübü Derneği
Vekili	: Av. Abdurrahim EROL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, forma reklam gelirinden pay alınması nedeniyle mülkiyet hakkının; karar düzeltme talebinin reddedilmesi sonucu hükmedilen para cezası nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 23/12/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından, başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirilmesine gerek olmadığını belirtmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, merkezi İstanbul'da olan dernek statüsünde bir spor kulübüdür.

9. Başvurucu 2012-2013 sezonu Kadınlar Voleybol Ligi'nde giyilecek formalara reklam alınmasına ilişkin olarak 300.000 TL karşılığında bir şirket ile sözleşme yapmıştır.

10. Spor Genel Müdürlüğü (İdare) başvurucu aleyhine 10/6/2013 tarihinde İstanbul Anadolu 19. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) alacak davası açmıştır. Dava dilekçesinde, 5/4/2001 tarihli ve 24364 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Mülkiyeti ve Kullanımında Bulunan Spor Tesislerinde Yapılacak Spor Faaliyetleri ile Genel Müdürlüğün Gözetim ve Denetiminde Düzenlenecek Olan Spor Organizasyonlarına Katılan Kulüp ve Kişilerin Her Türlü Spor Malzemeleri ile Araç ve Gereçlerine Reklam Konulmasına Dair Yönetmelik'in (Yönetmelik) 9. maddesi gereğince Kadınlar Voleybol Ligi 2012-2013 voleybol sezonunda oynanan müsabakalarda giyilen formalar için alınan reklama ilişkin sözleşmeden elde edilen gelirin %5'inin ödenmesi talep edilmiştir.

11. 4/4/2014 tarihli ve 28962 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Mülkiyeti ve Kullanımında Bulunan Spor Tesislerinde Yapılacak Spor Faaliyetleri ile Genel Müdürlüğün Gözetim ve Denetiminde Düzenlenecek Olan Spor Organizasyonlarına Katılan Kulüp ve Kişilerin Her Türlü Spor Malzemeleri ile Araç ve Gereçlerine Reklam Konulmasına Dair Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik ile Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

12. Mahkeme 9/12/2014 tarihinde davanın kabulü ile 15.000 TL'nin davacı İdareye ödenmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; başvurusunun 2012-2013 sezonu için forma reklam sözleşmesi yaptığı, forma reklam gelirinin 300.000 TL olduğu ve Yönetmelik'in 9. maddesi gereğince forma reklam gelirinin %5'i olan 15.000 TL'nin davacıya ödenmesi gerektiği açıklanmıştır.

Mülkiyet Hakkı

13. Başvurucu tarafından temyiz edilen karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin (Daire) 30/11/2015 tarihli kararıyla onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi de Daire tarafından 20/10/2016 tarihinde reddedilmiş ve başvurucuya 260 TL para cezası verilmiştir.

14. Nihai karar 25/11/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 23/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

16. 12/5/1986 tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu'nun olay tarihinde yürürlükte olan 8. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Ülkemizde yapılacak uluslararası gençlik ve spor organizasyonlarının giderlerinde kullanılmak üzere Genel Müdürlük nezdinde özel hesap oluşturulur. Özel hesabın gelirleri; bu amaçla bütçeden ayrılacak ödenek, oyunların düzenlenmesi ile ilgili naklen yayın, reklam ve sponsorluk gelirleri ile bağış ve yardımlardan meydana gelir. Özel hesapta toplanan paraların harcanması, nemalandırılması ve buna ilişkin diğer usûl ve esaslar hazırlanarak yürürlüğe konulan yönetmelik ile düzenlenir.

17. 3289 sayılı Kanun'un olay tarihinde yürürlükte olan 10. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Merkez Danışma Kurulunun görevleri şunlardır:

...

c) Teşkilatı ilgilendiren yönetmelikleri hazırlamak,

..."

18. 3289 sayılı Kanun'un olay tarihinde yürürlükte olan 14. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Genel Müdürlüğün gelirleri şunlardır;

...

e) Her türlü reklam gelirleri ile Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumundan naklen yayın hakkı geliri,

..."

19. Olay tarihinde yürürlükte olan Yönetmelik'in 1. maddesi şöyledir:

"Bu Yönetmeliğin amacı; Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özel kanunla kurulmuş spor federasyonlarınca tescilleri yapılarak, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü mülkiyeti ve/veya kullanımında bulunan spor tesislerinde yapılacak resmi ve özel spor müsabakaları ile Genel Müdürlüğün gözetim ve denetiminde düzenlenecek olan spor organizasyonlarına katılmaya hak kazanan spor kulüplerinin amatör ve/veya profesyonel takımlarını oluşturan kişilerin ve ferdi sporcuların her türlü spor malzemeleri ile araç ve gereçlerine konulacak reklamlar ile ilgili usul ve esasları belirlemektir."

20. Olay tarihinde yürürlükte olan Yönetmelik'in 2. maddesi şöyledir:

"Bu Yönetmelik, resmi ve özel müsabakalara katılan takımları oluşturan kişiler ile ferdi sporcuların her türlü spor malzemeleri ile araç ve gereçlerine konulacak reklamları veren müşterileri ve reklam kabul eden spor kulüplerini ve ferdi sporcuları kapsar."

21. Olay tarihinde yürürlükte olan Yönetmelik'in 3. maddesi şöyledir:

"Bu Yönetmelik, 21/5/1986 tarihli ve 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 10 uncu maddesi ile 14 üncü maddesinin (e) bendine dayanılarak hazırlanmıştır."

22. Olay tarihinde yürürlükte olan Yönetmelik'in 9. maddesi şöyledir:

"Spor kulüpleri ve sporcular ile reklam veren müşteriler arasında yapılan sözleşmelere göre, ödenecek reklam bedellerinin %5'i reklam sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden üç işgünü içinde spor kulüplerinin ve sporcuların tescilli bulunduğu il müdürlüğü hesabına makbuz karşılığı ödenerek sözleşmenin bir nüshasıyla birlikte il müdürlüğüne teslim edilir."

Sözleşmede; sözleşmenin geçerli olduğu müsabaka tarihleri, reklam bedeli, reklamda kullanılacak şekil, yazı vb. hususlar belirtilir."

Mülkiyet Hakkı

%5 payın il müdürlüğü hesabına yatırıldığına dair makbuz ibraz edilmediği takdirde müşterinin reklamı kullanılamaz."

23. Olay tarihinde yürürlükte olan Yönetmelik'in 11. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...

Herhangi bir şekilde reklam bedelinin %5'inin ödenmemiş olması halinde, spor faaliyetlerinin yapıldığı il müdürlüğü ile spor kulübünün veya ferdi sporcunun tescilli bulunduğu il müdürlüğü bu tahsilatın temini ile yükümlü ve sorumludur.

İl müdürlüklerince tahsil edilen %5 paylar amatör sporun geliştirilmesi için ihtiyaç duyulan her türlü spor, araç-gereç ve malzeme alımlarında kullanılır."

2. Yargıtay İçtihadı

24. Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin 13/12/2018 tarihli ve E.2018/3281, K.2018/10576 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Yeniden yargılama, önceki yargılamadan bağımsız yeni bir davadır. Yeniden yargılamaya sebep olan mahkeme kararı, Anaya[sa] Mahkemesinin kararı ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmıştır. İhlale neden olan yerel mahkeme kararı temyiz incelemesinden geçmiş ise, yerel mahkemenin verdiği ve ihlale neden olan karar kaldırıldığı için, kaldırılan kararın temyizine ilişkin Yargıtay kararı da hükümsüz kaldığından artık Yargıtayın onama veya bozma kararının varlığından da söz edilemez.

Anayasa Mahkemesince ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilk derece mahkemesine gönderilmiş ise, ilk derece mahkemesince artık önceki kararlardan bağımsız olarak Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı çerçevesinde yeni ve ayrı bir inceleme yapılacağından, HMK'nın 373/4. fıkrasında 'Yargıtayın bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesince bozmaya uygun olarak karar verildiği takdirde, bu karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir' hükmü uygulanamaz. İlk derece mahkemesinin kararı, madde 341/1 kapsamında ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar niteliğinde olup istinaf yoluna başvurulması gerekmektedir."

B. Uluslararası Hukuk

25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün "*Mülkiyetin korunması*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

26. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahaleler, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci paragrafında öngörülen mülkiyetin kullanımının kontrolüne ilişkin üçüncü kural kapsamında değerlendirilmektedir. AİHM, bu paragrafta yer alan kuralın taraf devletlere vergi koyma ve vergilerin ödenmesini sağlamak için gerekli gördüğü kanunları çıkarma konusunda açık bir yetki tanıdığını kabul etmiştir (*Gasus Dossier-und Fördertechnik GmbH/Hollanda*, B. No: 15375/89, 23/2/1995, § 59).

27. AİHM'e göre mülkiyet hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin anılan maddesinin ilk ve en önemli koşulu, kamu makamları tarafından mülkiyet hakkına yapılan herhangi bir müdahalenin hukuka dayalı olması gerekliliğidir (*Iatridis/Yunanistan* [BD], B. No: 31107/96, 25/3/1999, § 58). Bu maddenin birinci paragrafının ikinci cümlesi, devletlere yalnızca *hukukun öngördüğü koşullar* dâhilinde mülkiyetten yoksun bırakma yetkisi vermiş; ikinci paragraf ise devletlere ancak hukuk kuralları uygulanarak mülkiyeti kamu yararına kontrol etme yetkisi tanımıştır. AİHM, hukuka dayalı olma ilkesini yalnızca bu maddede yer alan hükümlerden çıkarmamaktadır. Kararlarda sıklıkla demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesinin Sözleşme'nin bütün maddeleri için geçerli olduğu ifade edilmektedir (*Iatridis/Yunanistan*, § 58).

Mülkiyet Hakkı

28. AİHM'e göre hukukilik ilkesi, müdahalenin ilk olarak iç hukukta bir temelinin olması gerektiği anlamına gelmektedir (*Shchokin/Ukrayna*, B. No: 23759/03, 37943/06, 14/10/2010, § 51). AİHM, Sözleşme'de geçen *hukuk* ya da *hukuka aykırı* terimleri konusunda sadece iç hukuka atıfta bulunmakla kalmayıp aynı zamanda bu terimlerin hukukun üstünlüğü ile ilgili olduğunu belirtmektedir. Buna göre uygulanan iç hukuktaki düzenlemelerin hukukun üstünlüğü ilkesiyle de uyumlu olması gerekmektedir (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 67). Hukuka dayalı olma ilkesi, ayrıca iç hukukta uygulanan kanun hükümlerinin yeterli derecede erişilebilir, belirli ve öngörülebilir olmasını da içermektedir (*Beyeler/İtalya* [BD], B. No: 33202/96, 5/1/2000, § 109; *Hentrich/Fransa*, B. No: 13616/88, 22/9/1994, § 42; *Spaček, s.r.o./Çek Cumhuriyeti*, B. No: 26449/95, 9/11/1999, §§ 56-61).

29. Öte yandan *Tkachenko/Rusya* (B. No: 28046/05, 20/3/2018) kararında AİHM, iç hukuktaki düzenlemelere aykırı olan bir müdahalenin de hukukilik ölçütünü karşılamadığını kabul etmiştir. AİHM bu bağlamda, herhangi bir usule aykırılığın müdahalenin hukukiliğiyle uyumsuz kabul edilemeyeceğini, hukukun doğru biçimde uygulanması ve yorumlanması konusunda sınırlı bir yetkisinin olduğunu ve ulusal mahkemelerin yerine geçme gibi bir sorumluluğunun bulunmadığını, ancak bu kararların açık bir keyfilik veya bariz takdir hatasından yoksun olmaması gerektiğini vurgulamıştır (*Tkachenko/Rusya*, § 52). AİHM sonuç olarak somut olayda iç hukukta öngörülen kamulaştırma usulüne aykırı davranıldığını tespit ederek mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Tkachenko/Rusya*, §§ 53-58).

30. AİHM; vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin de yeterince ulaşılabilir, öngörülebilir ve belirli bir hukuka dayalı olması gerektiğini belirtmektedir (*Lithgow ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 9006/80..., 8/7/1986, § 110; *Hentrich/Fransa*, § 42). *Hentrich/Fransa* kararına konu olayda taşınmazın satışının vergi değerinin altında yapılması nedeniyle ön alım hakkının kullanılması söz konusudur. AİHM, ne zaman kullanılacağı belirli olmayan bu yetkinin öngörülemez biçimde kişiye özgü ve keyfi olarak uygulandığı, ayrıca müdahalenin dayandığı hukuki düzenlemenin keyfiliğe karşı yeterli güvenceler içermediği sonucuna varmıştır (*Hentrich/Fransa*, § 42).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

31. Mahkemenin 13/2/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

32. Başvurucu; alacak davasının kabulüne dayanak olan Yönetmelik'in Mahkeme kararından önce yürürlükten kaldırıldığını, hukuka aykırı karar nedeniyle 15.000 TL ve icra giderlerini ödemek zorunda kaldığını, bu nedenlerle mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

33. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

34. Anayasa'nın "Vergi ödevi" kenar başlıklı 73. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Mülkün Varlığı

36. Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal

Mülkiyet Hakkı

varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Somut olayda İdare tarafından başvuru kulüpten tahsil edilen forma reklam gelirinin %5'i oranındaki bedelin *mülk* olduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

ii. Müdahalenin Varlığı ve Türü

37. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında; vergi ve benzeri yükümlülükler ile sosyal güvenlik prim ve katkılarını belirlemeye, değiştirmeye ve bunların ödenmesini güvence altına almaya yönelik müdahalelerin -taşıdığı amaçlar dikkate alındığında- devletin mülkiyetin kamu yararına kullanımını kontrol veya düzenleme yetkisi kapsamında incelenmesi gerektiği kabul edilmiştir (*Ahmet Uğur Balkaner* [GK], B. No: 2014/15237, 25/7/2017, § 49; *Arif Sarıgül*, B. No: 2013/8324, 23/2/2016, § 50; *Narsan Plastik San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2013/6842, 20/4/2016, § 71).

38. Başvurucunun elde ettiği forma reklam gelirinin %5'i karşılığı bedelin İdare tarafından tahsil edilmesi mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Müdahale ile spor alanındaki kamu hizmetlerinin finansmanının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu nedenle müdahalenin, mülkiyetin kamu yararına kullanılmasının düzenlenmesine ilişkin kural çerçevesinde incelenmesi gerekir.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

39. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

40. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilirliği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna

dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

(1) Genel İlkeler

41. Anayasa'nın 35. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmek suretiyle mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerin kanunda öngörülmesi gereği ifade edilmiştir. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi de *hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini* temel bir ilke olarak benimsemiştir (*Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49).

42. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği ölçüde hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55). Bu bağlamda müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK]*, B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44).

43. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir (AYM, E.2016/150, K.2017/179, 28/12/2017, § 57).

44. Bununla beraber Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da belirtildiği üzere kanunla düzenleme zorunluluğu, hakka yapılacak müdahalenin uygulamasının kanunun çerçevesini aşmayacak şekilde tüzük, yönetmelik, tebliğ ve genelge gibi yürütme organının çıkaracağı ikincil düzenlemelerle yapılmasına mani değildir (*Tahsin Erdoğan*, § 60). Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin konularda temel esaslar, ilkeler ve genel çerçeve kanunla belirlendikten sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların, yürütme organınca çıkarılacak düzenleyici işlemlerle tanzim edilmesi mümkündür (AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

Mülkiyet Hakkı

45. Devletin kamusal ihtiyaçların karşılanması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği kamu alacağı biçiminde tanımlanan verginin anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır (AYM, E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004; E.2010/62, K.2011/175, 29/12/2011). Verginin niteliklerini oluşturan yasal düzenlemelerde Anayasa'nın bu konudaki ilkelerinin özenle gözönünde tutulması gerekir (AYM, E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004).

46. Verginin kanuniliği ilkesi takdire dayalı keyfi uygulamaları önleyecek sınırlamaların kanunda yer almasını gerektirmekte ve vergi yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin konulması, değiştirilmesi veya kaldırılmasının kanun ile yapılmasını zorunlu kılmaktadır (AYM, E.2001/36, K.2003/3, 16/1/2003; E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004; E.2004/14, K.2004/84, 23/6/2004; E.2005/73, K.2008/59, 21/2/2008; E.2009/63, K.2011/66, 14/4/2011; E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 6). Vergi ve malî yükümlülüklerin kanunla konulmasını öngören Anayasa'nın 73. maddesi, malî yükümlülüğün yalnızca kanun ile konulabileceği ve kanunun hiçbir şekilde bu konuda yürütme organını ve idareyi yetkili kılamayacağı anlamındadır (AYM, E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 7).

47. Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş içtihadında da açıkça belirtildiği üzere Anayasa koyucu, her çeşit malî yükümlülüğün kanunla konulmasını öngörürken keyfi ve takdire dayalı uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir malî yükümlülüğün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeterli değildir (AYM, E.1986/20, K.1987/9, 31/3/1987; E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011; E.2011/16, K.2012/129, 27/9/2012).

48. Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için vergilendirmede vergiyi doğuran olayın, yükümlünün, vergilerin matrah ve oranlarının yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel öğelerinin yasalarla belirlenmesi gerekir (AYM, E.2001/36, K.2003/3, 16/1/2003; E.2003/33, K.2004/101, 15/7/2004; E.2005/73, K.2008/59, 21/2/2008; E.2009/63, K.2011/66, 14/4/2011; E.2010/62, K.2011/175, 29/12/2011; E.2010/80, K.2011/178, 29/12/2011;

E.2011/16, K.2012/129, 27/9/2012; E.2012/158, K.2013/55, 10/4/2013; E.2014/72, K.2014/141, 11/9/2014; E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 7). Bir malî yükümlülük bu yönleri dolayısıyla yasayla yeterince çerçevelenmemişse kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan malî yükümlülükler belli başlı ögeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek kanunlarla düzenlenmelidir (AYM, E.1986/20, K.1987/9, 31/3/1987).

49. Anayasa'nın 13., 35. ve 73. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden vergilendirme yoluyla mülkiyet hakkına müdahalede bulunulması durumunda takdire dayalı olma ve keyfiligi önlemek için müdahalenin vergiyi doğuran olay, yükümlü, sorumlu, matrah, miktar ve oranların yukarı ve aşağı sınırları, tarh, tahakkuk ve tahsil usulü, yaptırım ve zamanaşımı gibi verginin belli başlı temel ögelerini ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir şekilde düzenlemiş bir kanun hükmüne dayanması gerektiği anlaşılmaktadır (*İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.* [GK], B. No: 2015/941, 25/10/2018, § 67).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

50. Başvuruya konu olayda; Kadınlar Voleybol Ligi'nin 2012-2013 sezonunda başvuru kulübün voleybol takımının giydiği formaya alınan reklamdaki elde edilen gelirden %5'lik payın ödenmesi için İdare tarafından alacak davası açılmıştır. Yapılan yargılama sonucu dava kabul edilmiş ve 15.000 TL'nin İdareye ödenmesine karar verilmiştir. Gerek İdare gerekse de Mahkeme tarafından söz konusu alacağın hukuki dayanağı olarak olay tarihinde yürürlükte olan ve reklam gelirinin %5'inin ödenmesi gerektiğini düzenleyen Yönetmelik'in 9. maddesi gösterilmiştir.

51. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin genel ilkeler bölümünde değinildiği üzere öncelikle belirli, ulaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuni temelinin bulunması gerekmektedir. Diğer bir deyişle somut başvuru bakımından Anayasa Mahkemesi, öncelikle mülkiyet hakkına müdahalenin belirtilen şekilde kanuni bir dayanağının olup olmadığını tespit etmek durumundadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.*, § 71).

Mülkiyet Hakkı

52. Diğer taraftan bu aşamada belirtmek gerekir ki mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin müdahale türü yönünden kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisinin olması müdahalenin kanuna dayalı olması gerektiği olgusunu değiştirmemektedir. Diğer bir deyişle hangi müdahale türü olursa olsun mülkiyet hakkına ancak ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir bir kanun ile müdahale edilebileceği kuşkusuz olup müdahale türleri arasındaki farklılaşma ölçülülük yönünden önem taşımaktadır (*İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.*, § 72).

53. 3289 sayılı Kanun'un 8. maddesinin son fıkrasında ülkede yapılacak uluslararası gençlik ve spor organizasyonlarının giderlerinde kullanılmak üzere İdare nezdinde özel hesap oluşturulacağı ifade edildikten sonra bu hesabın gelirlerine yer verilmiştir. Buna göre; bütçeden ayrılacak ödenek, oyunların düzenlenmesi ile ilgili naklen yayın, reklam ve sponsorluk gelirleri ile bağış ve yardımlar anılan hesabın gelirlerini oluşturmaktadır. Ayrıca aynı Kanun'un 14. maddesinin (e) bendinde *her türlü reklam geliri* İdarenin gelirleri arasında sayılmıştır.

54. 3289 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile 14. maddesinin (e) bendine dayanılarak hazırlanan Yönetmelik'in 9. maddesinde reklam gelirlerinden alınacak pay gösterilmiştir. Buna göre spor kulüpleri ve sporcular ile reklam veren arasındaki sözleşmede belirlenen bedelin %5'i reklam sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden üç iş günü içinde İdareye ödenecektir. Yine aynı madde; söz konusu reklam sözleşmesinde, sözleşmenin geçerli olduğu müsabaka tarihlerinin, reklam bedelinin, reklamda kullanılacak şeklin, yazının vb. hususların belirtilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

55. Gençlik ve spor organizasyonlarının giderlerini karşılamak amacıyla kamu makamları düzenleyici kurallar getirebilir. Bu kapsamda idarenin gözetim ve denetiminde düzenlenecek olan spor organizasyonlarına katılan kulüplerin elde ettiği reklam gelirleri üzerinden birtakım malî yükümlülükler öngörülebilir. Bununla birlikte reklam gelirleri üzerinden alınan pay ile mülkiyet hakkına müdahale edilmesi sonucunu doğuran bu tür malî yükümlülüklerin kanuna dayalı olması gerekir. Uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin detayların

ikincil mevzuatla düzenlenmesi mümkün olmakla birlikte kanunla öngörülmeleyen bir malî yükümlülüğün ilk elden yönetmelik veya benzeri idari düzenleyici işlemlerle getirilmesi *kanunla öngörülme* şartının ihlali sonucunu doğurur.

56. Somut olayda başvuru kulübün reklam veren ile yaptığı sözleşme gereğince elde ettiği gelirin %5'i olan 15.000 TL açılan alacak davası sonucu İdareye ödenmiştir. Uyuşmazlık, reklam gelirinden alınan bu payın belirlenmesinin ve tahsilinin başvuru açısından kanunla belirli ve öngörülebilir bir biçimde düzenlenmiş olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

57. 3289 sayılı Kanun'un 8. maddesinde *oyunların düzenlenmesi ile ilgili reklam gelirleri* ve 14. maddesinin (e) bendinde de *her türlü reklam geliri* İdarenin gelirleri arasında gösterilmiştir. İdarenin gelirleri arasında sayılan bu kalemler ile kastedilenin İdarenin doğrudan tarafı olduğu sözleşmeler sonucu elde edeceği reklam gelirleri mi, yoksa Yönetmelik'te düzenlendiği gibi spor kulüpleri ve sporcular ile reklam veren arasındaki reklam sözleşmeleri karşılığı belirlenen reklam gelirleri mi olduğu konusunda ortada kanuni bir açıklık bulunmamaktadır.

58. Başvuru kulübün elde ettiği reklam geliri üzerinden İdareye hangi oranda ödeme yapacağına ilişkin olarak 3289 sayılı Kanun'un 8. ve 14. maddelerinde herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Yine bu kapsamda reklam gelirinden alınacak payın alt veya üst sınırlarını gösterir bir düzenleme de Kanun'da bulunmamaktadır. Müdahalenin dayandığı %5 oranındaki pay ilk elden Yönetmelik'in 9. maddesinde öngörülmüştür. Bu nedenle kanuni bir dayanağı bulunmadan doğrudan Yönetmelik hükümleri ile malî yükümlülük öngörülmesinin ve bu suretle mülkiyet hakkına müdahale edilmesinin kanunilik unsurunu sağlamayacağı kuşkusuzdur.

59. Yönetmelik'in 9. maddesinde reklam sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden üç iş günü içinde spor kulüplerinin ve sporcuların tescilli bulunduğu il müdürlüğü hesabına makbuz karşılığı reklam gelirinin %5'inin ödeneceğine yer verilmiştir. Yönetmelik'in 11. maddesinde de İdarenin bu tahsilatın temini ile yükümlü ve sorumlu olduğu belirtilmiştir. Buna karşılık 3289 sayılı Kanun'un 8. ve 14.

Mülkiyet Hakkı

maddeleri incelendiğinde reklam sözleşmesinden elde edilecek gelirden İdareye ödenecek %5 oranındaki payın nasıl tahsil edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

60. Sonuç olarak somut olayda 3289 sayılı Kanun'da yer verilen *reklam geliri* tanımının muğlak olması, reklam gelirinden hangi oranda tahsilat yapılacağına dair sınırlayıcı bir düzenlemenin kanunda öngörülmemiş olması ve tahsilatın nasıl yapılacağına ilişkin belirsizlik göz önüne alındığında; idare tarafından başvurucudan alınan reklam geliri payının esaslı unsurlarının kanunla belirli ve öngörülebilir bir biçimde düzenlenmemiş olması nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13., 35. ve 73. maddelerinde öngörülen kanunilik ilkesini ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.

61. Müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı tespit edildiğinden Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen diğer unsurlar olan meşru amaç ve ölçülülük kriterlerine riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek görülmemiştir.

62. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

63. Başvurucu, karar düzeltme başvurusunun reddedilmesi sonucu Daire tarafından 260 TL para cezasına hükmedilmesinin hak arama hürriyetini kısıtladığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

64. Başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmış ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiştir. Bu kapsamda yeniden yargılama kararı ile birlikte Mahkeme ve Daire hükümleri ortadan kalkmış olacaktır.

65. Dolayısıyla somut olayda karar düzeltme başvurusunun reddedilmesi sonucu Dairenin hükmettiği para cezası da ihlalin sonucuna bağlı olarak kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden bu aşamada inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

66. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

67. Başvuru ihlalin tespit edilmesini istemiş ve 5.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

68. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

69. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

70. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanununun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile

Mülkiyet Hakkı

İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

71. İncelenen başvuruda; mahkeme kararı ile başvuru kulübün forma reklam gelirinden Yönetmelik hükmü gereğince pay alınması nedeniyle kanunilik ölçütü yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

72. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul Anadolu 19. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2013/248) gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

73. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından manevi

tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın bu aşamada ayrıca incelenmesine YER OLMADIĞINA,

D. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul Anadolu 19. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2013/248, K.2014/395) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvuruçunun manevi tazminat talebinin REDDİNE,

F. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 13/2/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

BEDRETTİN MORİNA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/40089)

Karar Tarihi: 5/3/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Heysem KOCAÇINAR
Başvurucu	: Bedrettin MORİNA
Vekili	: Av. Metin ÖZTOSUN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanma imkânının sonradan vatandaşlığa alınanlar yönünden sadece vatandaşlığa alınma

tarihinden sonraki süre için tanınması nedeniyle mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 19/12/2017 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

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

7. İkinci Bölüm tarafından 28/1/2020 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

9. 31/5/1951 tarihinde Yugoslavya Cumhuriyeti vatandaşı olarak dünyaya gelen başvuru, Bakanlar Kurulunun 6/9/1996 tarihli kararıyla Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığını kazanmıştır.

10. Almanya'da çalışan başvuru, Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra 3/3/2006 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) müracaat ederek 8/5/1985 tarihli ve 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca

Mülkiyet Hakkı

borçlanma talebinde bulunmuştur. Başvurucu 2/2/1973 ile 21/1/2003 tarihleri arasındaki çalışmaları kapsamındaki 10.945 günü borçlanmak istemiştir.

11. SGK 6/9/2006 tarihli yazı ile başvurucuya yurt dışında geçen 2/2/1973 ile 21/1/2003 tarihleri arasındaki çalışmaları borçlanabileceği bildiriminde bulunmuştur.

12. Başvurucu bu bildirim üzerine 21/1/1988 ile 21/1/2003 tarihleri arasındaki 5.400 günlük çalışması karşılığı 23.010,75 TL'yi 9/7/2008 tarihinde SGK'ya ödemiştir.

13. SGK, belirlenen borçlanma bedelinin yatırılması üzerine 1/7/2009 tarihinden itibaren başvurucuya yaşlılık aylığı bağlamıştır.

14. Bununla birlikte SGK, başvurucuya bağladığı aylığı 22/1/2015 tarihinde kesmiştir. SGK başvurucunun Türk vatandaşlığını kazandığı tarihten önce yurt dışında geçen çalışma süresini borçlanmasının mümkün olmadığı ve bu süre düşüldükten sonra kalan çalışma süresinin de yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli olan asgari süreyi karşılamadığı gerekçesine dayanmıştır. SGK 12/3/2015 tarihli bildirim ile geriye doğru 23/9/2009 ile 22/1/2015 tarihleri arasında başvurucuya yersiz olarak ödenen toplam 61.513,62 TL'nin bir aylık süre vererek iadesini istemiştir. Tesis edilen işlem 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesine dayandırılmıştır.

15. Başvurucunun 13/3/2015 tarihinde yaşlılık aylığının kesilmesi ve yapılan ödemelerin iadesi işleminin iptali talebiyle SGK'ya yaptığı müracaat 16/3/2015 tarihinde reddedilmiştir.

B. Bireysel Başvuruya Konu Yargılama Süreci

16. Başvurucu 17/4/2015 tarihinde yaşlılık aylığı tahsisinin iptali ve yapılan ödemelerin iadesi kararına karşı Bursa 6. İş Mahkemesinde (Mahkeme) iptal davası açmıştır. Başvurucu, dava dilekçesinde yurt dışında çalıştığı süreleri Türkiye'de borçlanarak emekliliğe hak kazandığını, emekli aylığının bağlanmasından 6 yıl sonra kesilmesinin kazanılmış haklarını zedelediğini ileri sürmüştür. Türkiye ile Almanya arasında bağtlanan 30/4/1964 tarihli Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'ne

atıfta bulunun başvuru, söz konusu Sözleşme'de sonradan Türk vatandaşlığına geçenler yönünden menfi bir ayırımın yapılmadığını ifade etmiştir. Başvurucu Yargıtay kararlarına ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün düzenlemelerine atıfta bulunarak Türk vatandaşlığını doğuştan kazananlar ile sonradan kazananlar arasında ayırım yapılmasının eşitlik ilkesini ihlal edeceğini ifade etmiştir.

17. Mahkeme 22/12/2015 tarihinde 3201 sayılı Kanun hükümleri uyarınca başvuruçunun Türk vatandaşlığını kazanmadan önceki yurt dışı çalışmalarını borçlanması mümkün olmadığından 6/9/1996 öncesi çalışmalara ilişkin isteğin reddine ve bu tarihten sonraki çalışmalar 3.600 günü doldurduğundan bu süre üzerinden başvuruçuya yaşlılık aylığı ödenmesine karar vermiştir.

18. Karar taraflarca temyiz edilmiştir. Başvurucu temyiz dilekçesinde özetle; SGK'nın emekli olunan tarihten altı yıl sonra çıkan bir kanunu geriye yürüterek kazanılmış hakkını ortadan kaldırdığını, 64 yaşında olduğunu ve yaşantısını buna göre planladığını, Yargıtay içtihatlarının da lehine olduğunu, sonradan Türk vatandaşı olanlara borçlanma hakkı tanınmamasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu belirtmiştir.

19. Yargıtay 21. Hukuk Dairesi (Daire) 27/10/2016 tarihinde hükmü bozmuştur. Daire gerekçeli kararında, 6/9/1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığına geçen başvuruçunun bu tarihten önce yurt dışında geçen çalışma süresini borçlanamayacağı saptamasında bulunmuş ve ayrıca başvuruçunun isteğe bağlı sigortalı olma yönünde bir talebi de bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

20. Mahkeme 15/3/2017 tarihinde, bozma kararındaki gerekçelere atıf yaparak davanın reddine karar vermiştir.

21. Başvurucu tarafından temyiz edilen karar Daire tarafından 9/11/2017 tarihinde onanarak kesinleşmiştir. Nihai karar 19/12/2017 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiştir.

22. Başvurucu 19/12/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Mülkiyet Hakkı

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

23. 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir."

24. 3201 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Bu Kanununun 1 inci maddesinde belirtilenler ile yurt dışında çalışmakta iken veya yurda kesin dönüş yaptıktan sonra ölenlerin Türk vatandaşı olan hak sahipleri sigortalının Türkiye'de hiçbir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi çalışması yoksa Sosyal Güvenlik Kurumuna, Türkiye'de çalışması varsa en son tabi olduğu sosyal güvenlik kuruluşuna müracaat etmek suretiyle bu Kanunla getirilen haklardan yararlanırlar."

B. Uluslararası Hukuk

25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasanın öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir."

"Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez."

26. Sözleşme'nin 14. maddesi şöyledir:

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, mülkiyet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

27. *Pichkur/Ukrayna* (B. No: 10441/06, 7/11/2013, §§ 45-54) kararına konu olayda 1956 ile 1996 yılları arasında Ukrayna'da çalışan başvurucunun artık yurt dışında yaşaması nedeniyle sosyal güvenlik ödemeleri kesilmiştir. AİHM, bu farklı muamelenin objektif ve haklı bir temelinin gösterilemediği gerekçesiyle mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

28. *Andrejeva/Letonya* ([BD], B. No: 55707/00, 18/2/2009) kararına konu olayda ise Kazakistan doğumlu olup on iki yaşında Letonya'ya gelen başvuru 1966 yılından itibaren kimya sektöründe çalışmıştır. Başvuru, Letonya dışında başka ülkelerde de çalışmış; 1996 yılında elli beş yaşına geldiğinde emekli olmuştur. Sosyal Güvenlik Kurumu sadece Letonya'da çalıştığı sürelerin dikkate alınacağını başvurucuya bildirmiştir. AİHM olayda ulusal makamların Letonya dışında yaşayanların çalışma süresini dikkate almamasının vatandaşlık temelinde farklı bir muameleye dayandığını tespit etmiştir. Buna göre başvuru ile aynı durumda olup da doğuştan Letonya vatandaşı olan biri başvurucuya göre daha fazla yaşlılık aylığı alabilmektedir. AİHM bu sebeple olayda vatandaşlık bağının tek farklı muamele ölçütü olduğunu belirtmiştir. AİHM bununla birlikte farklı muamelenin Sözleşme'ye göre ayrımcılık yasağı kapsamına girmemesi için daha güçlü gerekçelerin ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır (*Andrejeva/Letonya*, §§ 81-87).

29. Bu bağlamda ilk olarak başvurucunun tüm çalışma süresi boyunca diğer koşulları yerine getirmediğinin ortaya konulmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla başvuru 1991 yılından sonra tanınan haklar çerçevesinde aynı veya benzer bir kariyere sahip Letonya vatandaşları ile objektif olarak benzer durumdadır. İkinci olarak Sovyet döneminde millet kökenine veya doğum tarihine dayalı olmadan herkesin aynı şekilde sosyal güvenlik vergisi ödendiği yönündeki iddianın aksinin gösterilemediği açıklanmıştır. Üçüncü olarak AİHM, başvurucunun Letonya vatandaşı olmamakla birlikte bu ülkeye kalıcı olarak yerleşmiş

Mülkiyet Hakkı

biri olduğu yönündeki statüsüne de vurgu yapmıştır. AİHM sosyal güvenlik alanında devletlerin geniş takdir yetkisi olduğunu kabul etmekle birlikte olayda farklı muamelenin objektif ve haklı bir temele dayalı olduğunun ulusal makamlarca ortaya konulmadığı gerekçesiyle Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Andrejeva/Letonya*, §§ 88-92).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 5/3/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucu, borçlanma talebi tarihinde yürürlükte bulunan hükümler uyarınca yurt dışı borçlanmasını ödeyerek yaşlılık aylığı almaya hak kazandıktan yaklaşık altı yıl sonra borçlanılan sürenin bir kısmının Türk vatandaşlığından önceki bir döneme ilişkin olması nedeniyle bu hakkın elinden alındığını bildirmiştir. Başvurucuya göre bir Türk vatandaşının sosyal güvenlik hakkından mahrum olmasına neden olan uygulama hukuka aykırıdır ve bu uygulama vatandaşlığı doğumla kazananlar ile sonradan idarenin kararıyla kazananlar arasında kabul edilemeyecek bir eşitsizliğe neden olmaktadır. Başvurucu haksız olan ve aynı zamanda ayrımcılık yasağına aykırı olan bu uygulama ile sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakıldığını belirterek Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

32. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

33. Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" kenar başlıklı 10. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

...

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

34. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

35. Anayasa'nın 10. maddesi *ayrımcılık yasağı* biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir (*Tuğba Arslan* [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 108). Başvurucunun ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine yönelik iddialarının soyut olarak değerlendirilmesi mümkün olmayıp iddiaların Anayasa ve Sözleşme kapsamında yer alan diğer temel hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak ele alınması gerekir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 33). Bu sebeple bu hakkın ihlal edildiğine ilişkin şikâyet, Anayasa ve Sözleşme kapsamında hangi hak veya özgürlük bakımından ayrımcılık yapıldığı iddiasını da içermelidir. Ancak Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında yer alan başka bir hakkın ihlal edildiğini iddia ve ispat etmek şart olmayıp başvurudaki uyuşmazlık konusunun bu koruma alanında yer alan diğer hakların kapsamında olması gerekli ve yeterlidir.

36. Başvurucu; eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmek suretiyle bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuru formu ve ekleri bir bütün olarak incelendiğinde başvuru formunun temel olarak yurt dışında geçen çalışma süresinin borçlanılmasında vatandaşlığın kazanılma şekline göre farklı bir yöntem benimsenmesinin aylık bağlama ve ödemelerde haksız bir ayrımcı muameleye yol açtığını şikâyet ettiği anlaşılmıştır. Dolayısıyla başvuru formunun buna dair şikâyetinin, ilgili olduğu mülkiyet hakkı

Mülkiyet Hakkı

bağlamında ayrımcılık yasağı iddiası yönünden değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

37. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

2. Esas Yönünden

38. Anayasa'nın 60. maddesinde "*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar*"; 62. maddesinde ise "*Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır*" denilmektedir.

39. Anayasa'nın 62. maddesi yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması konusunda devletin pozitif yükümlüğünün bulunduğu işaret etmektedir. Nitekim kanun koyucu bu kapsamda 3201 sayılı Kanun'u kabul ederek yabancı ülkelerde çalışan bazı kişilerin belli bazı şartları sağlaması hâlinde yaşlılık aylığı almasını öngörmüştür.

40. 3201 sayılı Kanun, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelenen çalışma sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesini amaçlamaktadır. Kanunla, yurt dışında çalışan veya yurda dönmüş bulunan vatandaşların Anayasa'nın 62. maddesi kapsamında sosyal güvenlik şemsiyesi altına alınmalarına imkân sağlanmıştır. Bu Kanun'un 6. maddesine göre aylık tahsisi yapılabilmesi için yurda kesin dönmüş olması, tahakkuk ettirilen prim borcunun tamamının ödenmiş olması ve borcun tamamının ödenmesinden sonra yazılı istekte bulunulması şarttır.

41. Somut olayda başvuruçunun talebine konu yaşlılık aylığının Anayasa'nın 35. maddesi bağlamında *mülk* olduğunun kabulü gerekir.

42. Anayasa Mahkemesi tarafından daha önce mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağına ilişkin ilkeler *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* ([GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018) kararında ortaya konulmuştur. Buna göre mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık iddiasının incelenmesinde öncelikle Anayasa'nın 10. maddesi çerçevesinde benzer sebebin ve farklı muamelenin mevcut olup olmadığı tespit edilmeli, bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler arasında mülkiyet hakkına müdahale bakımından farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Bundan sonra farklı muamelenin objektif ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı ve müdahalenin ölçülü olup olmadığı sorgulanarak sonuca varılacaktır (*Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, § 77).

a. Benzer Sebebin ve Farklı Muamelenin Tespiti

43. Anayasa'nın 10. maddesinde sayılan ayrımcılık sebeplerinin cinsiyet, ırk veya din gibi bireylerin doğuştan taşıdıkları ya da sonradan edindikleri kişisel olarak nitelendirilebilecek sebeplerle sınırlı olmadığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu maddede yer alan *benzer sebepler* kavramı geniş bir anlamı içermekte olup maddede yer alan *herkes* ve *benzeri sebepler* ifadeleriyle ayrımcılığa karşı korunan kişi ve ayrımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediği gözetilmelidir (*Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, § 83). Başvuru konusu olayda da sonradan Türk vatandaşı olanlar ile doğuştan Türk vatandaşı olanlar arasında yurt dışındaki hizmet sürelerinin eklenmesi yönünden ayrımcı bir muamele yapıldığı iddia edildiğine göre ayrımcılık sebebinin *vatandaşlığın kazanılması* temelinde tartışılması gerekmektedir.

44. Yukarıda da belirtildiği üzere 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesi yabancı ülkelerde çalışanların yaşlılık aylığı alması imkânını -kişi yönünden- Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerle sınırlı tutarak bu kişilerin sadece on sekiz yaşını doldurduktan sonra *Türk vatandaşı* olarak *yurt dışında geçirdiği* ve belgelendirdikleri sigortalılık sürelerinin değerlendirileceğini hüküm altına almıştır. Başvuru ise sonradan

Mülkiyet Hakkı

Türk vatandaşlığını kazanmıştır. Başvurucuya ait nüfus kayıt örneği incelendiğinde başvurucunun 14/6/1934 tarihli ve 2510 sayılı mülga İskân Kanunu'nun 6. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığına alındığı anlaşılmaktadır.

45. Başvurucu başka bir devletin vatandaşı iken idarenin tesis ettiği işlem sonucunda Türk vatandaşlığını kazanmış olup borçlanılmak istenen süre yurt dışında geçen çalışmalara ilişkindir. Bu itibarla doğumla vatandaşlığı elde etmiş kişiler ile sonradan vatandaş olanların çalışma şartları ve bu çalışmaların sosyal güvenlik sistemi içindeki yeri benzer özellikler taşımaktadır. Bu durumda yurt dışındaki hizmet sürelerinin borçlandırılması suretiyle yaşlılık aylığı tahsis edilmesi bakımından doğuştan Türk vatandaşı olanlar ile sonradan Türk vatandaşlığına kabul edilenler karşılaştırılabilir birer kategori oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle yurt dışında geçen hizmetleri yönünden vatandaşlığı doğumla kazananlar ile idarenin tesis ettiği işlemle sonradan kazananların bu hizmetlere ilişkin sürenin borçlanılabilmesi yönünden karşılaştırma yapmaya müsait olacak şekilde *benzer durumda* oldukları açıktır.

46. Somut olayda 2/2/1973 ile 21/1/2003 tarihleri arasında Almanya'da bulunan başvurucu 6/9/1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra 3/3/2006 tarihinde SGK'ya müracaat ederek 3201 sayılı Kanun hükümleri uyarınca borçlanma talebinde bulunmuştur. SGK tarafından başvurucunun yaşlılık aylığı tahsis talebi kabul edilerek başvurucuya 1/7/2009 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere aylık tahsisi yapılmıştır. Ancak başvurucunun almakta olduğu yaşlılık aylığı, başvurucunun vatandaşlık öncesi yurt dışı çalışma süresinin borçlanılmasının mümkün olmadığı ve kalan sürenin de yaşlılık aylığı tahsisi için yeterli olmadığı gerekçesiyle kesilmiştir.

47. 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinde bu haklardan yararlanacak kişilerin çalışma sırasında Türk vatandaşı ya da doğumla Türk vatandaşı olup izin alarak vatandaşlıktan çıkan kişiler olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre doğumla Türk vatandaşlığını kazanan kişilere belirli şartlar altında yurt dışında geçirmiş oldukları hizmetlerine ilişkin çalışma süresinin tamamını borçlanma imkânı tanınmışken sonradan vatandaş olanlara vatandaş olmadan önce yurt dışında geçirmiş oldukları

hizmetlerine ilişkin çalışma süresini borçlanma imkânı tanınmamıştır. Bu da vatandaşlığın kazanılması temelinde karşılaştırılabilir gruplar arasında *farklı bir muamele* teşkil etmektedir.

b. Objektif ve Makul Bir Sebebin Varlığı

48. Türk vatandaşlarının yurt dışındaki hizmetlerine ilişkin sürelerin borçlanılabilmesi hususunda devletin belirli bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Ayrıca benzer durumlarda farklı bir muamelenin gerekip gerekmediği veya ne ölçüde gerektiğinin değerlendirilmesi bakımından da kamu makamlarının belirli bir takdir yetkisinin bulunduğu açıktır. Ancak bu takdir yetkisinin mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı yönünden bir sınırının olduğu da kuşkusuzdur (benzer yönde değerlendirmeler için bkz. *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, § 94; *Tevfik İlker Akçam*, B. No: 2018/9074, 3/7/2019, § 50).

49. Mülkiyet hakkına müdahale edilirken aynı konumdaki kişilere farklı muamele uygulanmasına neden olan kamu makamlarının bu farklılığı haklı kılabilecek makul ve nesnel gerekçeler sunabilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda yurt dışı borçlanmasının koşullarının belirlenmesi kural olarak kamu makamlarının takdir yetkisinde olmakla birlikte müdahalenin makul ve nesnel bir gerekçeye dayalı olmadan ayrımcı bir şekilde uygulanmaması da zorunludur (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.*, § 95; *Tevfik İlker Akçam*, § 51).

50. Yukarıda da değinildiği üzere 3201 sayılı Kanun genel olarak yurt dışında yaşayan ve buldukları ülkelerde çalışan kişileri, ülkeye dönüşlerinden sonra belirli koşullar altında ülke içinde yerleşik vatandaşlara tanınan sosyal güvenlik haklarından yararlandırmayı amaçlamaktadır. 3201 sayılı Kanun'da hedeflenen bu amaç Anayasa'nın 62. maddesinde teminat altına alınan yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşları için devletin almayı taahhüt ettiği tedbirlerle de uyumludur.

51. 3201 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması kapsamında vatandaşlığı doğumla kazanan kişilere borçlanma imkânı tanınırken sonradan vatandaşlığa alınanlara bu vatandaşlık öncesi çalışmalar

Mülkiyet Hakkı

nedeniyle borçlanma imkânı tanınmadığı saptanmıştır. Sonradan Türk vatandaşlığını kazanan başvuru da doğuştan Türk vatandaşı olanlar gibi yabancı ülkelerdeki hizmet sürelerinin tamamını borçlanmayı talep etmektedir. Her iki durumda da benzer şekilde yabancı ülkelerde geçen çalışma sürelerinin borçlandırılması söz konusudur. Bunun yanında başvuru da doğuştan Türk vatandaşı olanlar ile aynı primi ödeyerek borçlanması hâlinde yaşlılık aylığının tahsis edilebileceği dikkate alındığında gerek prim miktarı gerekse de aylık miktarı bakımından da sosyal güvenlik sistemine ek bir malî külfetten de söz edilemez. Bu Kanun'da yer alan diğer koşullar yönünden de sonradan Türk vatandaşı olanlar için hizmet sürelerinin borçlanması bakımından farklılaşmayı gerektirir bir durum bulunmamaktadır. Buna göre doğuştan Türk vatandaşı olan bir kimse yurt dışındaki bütün çalışma süreleri için prim borcu ödeyerek yaşlılık aylığı alabilmekteyken sonradan Türk vatandaşı olan başvuru, vatandaşlığı kazanmadan önceki yurt dışı çalışma süreleri için borçlanma imkânından ve dolayısıyla yaşlılık aylığından yoksun kalmaktadır. Vatandaşlığın kazanılma anına göre bu şekilde farklı bir muamele yapılmasını gerektirir nesnel ve makul bir gerekçe ise bulunmamaktadır.

52. Bu itibarla, kamu makamlarının yurt dışında geçen hizmet sürelerinin borçlanması suretiyle yaşlılık aylığı tahsisi bakımından geniş bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte somut olayın koşulları altında, sonradan vatandaşlığa geçen başvurucu doğumla vatandaşlık elde eden kişilerin aksine vatandaşlığı kazandığı tarihten önceki yurt dışı hizmetleri için borçlanma imkânı tanınmaması haklı ve objektif bir gerekçe gösterilemediği için mülkiyet hakkına yönelik ayrımcı bir muameleye yol açmaktadır. Çalışma çağını geride bırakmış başvuru objektif ve makul bir gerekçe gösterilmeden mülkiyet hakkına yapılan ayrımcı müdahale sonucunda sosyal güvenlik şemsiyesinin dışında kaldığından aşırı bir külfet altına girmiştir. Dolayısıyla başvuru konusu olayda mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

53. Bu sonuç dikkate alındığında mülkiyet hakkına ilişkin şikâyetin ayrı olarak incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

54. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak 10. maddesinde güvence altına alınan ayırmacılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

55. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

56. Başvurucu ihlalin tespit edilmesini istemiş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

57. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir, Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

58. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından

Mülkiyet Hakkı

söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan, §§ 55, 57*).

59. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilmeden önce ihlalin kaynağının belirlenmesi gerekir. Buna göre ihlal; idari eylem ve işlemler, yargısal işlemler veya yasama işlemlerinden kaynaklanabilir. İhlalin kaynağının belirlenmesi uygun giderim yolunun belirlenebilmesi bakımından önem taşımaktadır (*Mehmet Doğan, § 57*).

60. İhlal, idari makamların veya derece mahkemelerinin Anayasa'ya uygun yorum yapmalarına imkân vermeyecek açıklıktaki bir kanun hükmünü uygulamaları veya kanundaki belirsizlikler sebebiyle ortaya çıkmışsa bu ihlal kanunun uygulanmasından değil doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Bu durumda söz konusu ihlalin bütün sonuçlarıyla giderilebildiğinden söz edilebilmesi için ancak ihlale yol açan kanun hükmünün ortadan kaldırılması veya ilgili hükmün yeni ihlallere yol açılmayacak bir şekilde değiştirilmesi ya da yeni ihlallere yol açılmasının önüne geçilmesi için belirsizliğin giderilmesi suretiyle giderilebilir (*Süleyman Başmeydan, B. No: 2015/6164, 20/6/2019, § 70*).

61. Başvuruya konu olayda Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği ve ihlalin doğrudan 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinden kaynaklandığı sonucuna varılmıştır.

62. İlgili Kanun hükmü hâlen yürürlükte olduğuna göre yeniden yargılama yapılması yoluyla ihlalin giderimi mümkün değildir. İhlalin giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için ihlale yol açan Kanun hükmünün gözden geçirilmesi konusunda ise takdir yetkisi yasama organına aittir. Sonradan vatandaşlığa alınanlara belirli koşullar

altında yurt dışında geçen hizmet sürelerini borçlanabilme imkânı tanınarak sosyal güvenlik şemsiyesi kapsamına dâhil olabilmelerine olanak sağlayacak bir düzenleme ihlalin giderimi bakımından önem taşımaktadır. Böyle bir düzenleme benzeri ihlallerin de önüne geçerek bireysel başvurunun amacı ve işlevine de uygun olacağından kararın bir örneğinin bilgi ve takdiri için yasama organına gönderilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

63. Diğer taraftan kararın bir örneğinin yasama organına gönderilmesi somut başvuru bağlamında başvurucunun ihlalden kaynaklanan mağduriyetini bütünüyle gidermemektedir. Buna göre ihlalin sonuçlarına ilişkin *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde başvurucunun varsa maddi ve manevi zararlarının da giderilmesi gerekmektedir. Somut olayda 12/3/2015 tarihli bildirim ile başvurucudan alınmasına karar verilen 61.513,62 TL'nintahsilinden vazgeçilmesi ya da varsa tahsil edilen miktarın iadesi gerekmektedir. Yapılan ödemelerin iadesi kararı yeterli bir giderim sağladığından ayrı bir manevi tazminat ödenmesi gerekmemektedir. Başvurucunun da aralarında olduğu bu durumda olan kişiler yönünden aylık bağlanması hususunda keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirilmesi gerekir.

64. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ile 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun iddialarının mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı kapsamında İNCELENMESİNE Serdar ÖZGÜLDÜR ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B. Mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA Serdar ÖZGÜLDÜR ve Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Mülkiyet Hakkı

C. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence alınan ayrımcılık yasağının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR, M. Emin KUZ, Kadir ÖZKAYA, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in başvuruları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Yapısal sorunun çözümü için keyfiyetin Türkiye Büyük Millet Meclisine BİLDİRİLMESİNE Serdar ÖZGÜLDÜR'ün başvuru ve OYÇOKLUĞUYLA,

E. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için, iadesi istenen tutarın tahsilinden vazgeçilmesi ya da tahsil edilen tutarın iadesi amacıyla gereken işlemler yapılmak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına GÖNDERİLMESİNE,

F. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

G. 257,50 TL harç ile 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

I. Kararın bir örneğinin bilgi için Bursa 6. İş Mahkemesi (E.2016/649, K.2017/152) ve Yargıtay 21. Hukuk Dairesine (E.2016/2445, K.2016/13288) GÖNDERİLMESİNE,

İ. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 5/3/2020 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ VE DEĞİŞİK GEREKÇE

1. Bireysel başvuru konusunun, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağı yönden değil, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı bakımından incelenmesi gerektiği kanaatiyle; işaret edilen nedene dayalı kabul edilebilirlik kararına katılmak mümkün olmamıştır.

2. Başvurunun somutunda, başvuru ile Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) arasında doğan ihtilafın 8.5.1985 tarih ve 3201 Sayılı "Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun" hükümleri esas alınarak, başvuru aleyhine sonuçlandırıldığı görülmektedir. Oysa dosyanın incelenmesinde, başvuru tarihinde Türkiye ile Federal Almanya Cumhuriyetleri hükümetleri arasında imzalanan ve 8.10.1965 tarih ve 12121 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan (28.5.1969, 25.10.1974 ve 2.11.1984 tarihlerinde tadil edilmiştir) Sosyal Güvenlik Konusundaki Sözleşmenin 29 ncu maddesinin (4) no'lu bendinde belirtilen "Bir kimsenin Türk sigortasına girişinden önce bir Alman rant sigortasına girmiş bulunması halinde, Alman rant sigortasına girişi, Türk sigortasına giriş olarak kabul edilir "hükümünün kendisi bakımından uygulanmasını talep ettiği ve 1973-2003 yılları arasında Almanya'da vaki çalışmasının bu nedenle Türkiye'de geçmiş olarak sayılması gerektiğini öne sürdüğü, aynı Sözleşmenin 1 nci maddesinde de, bu sözleşmenin uygulanmasında vatandaş tabirinin, Türkiye bakımından Türk vatandaşlığını haiz kimseyi ifade ettiğinin hüküm altına alındığı, başvuru tarihinde da emekli aylığı talep tarihinde Türk vatandaşı olması ve anılan sözleşmede sonradan Türk vatandaşı olanlar bakımından bir kısıtlama öngörmemesi karşısında, bu talebinin dikkate alınmayarak 3201 Sayılı Kanunun kısıtlayıcı hükümlerinin uyuşmazlığa tatbik edildiği görülmektedir.

3. Anayasa'nın 90 ncu maddesinin son fıkrasında "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda

Mülkiyet Hakkı

milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” denilmektedir. 30.4.1964 tarihli Türkiye-Federal Almanya Sosyal Güvenlik Antlaşması halen yürürlükte olup, esasen bir kanun hükmüyle uluslararası sözleşme hükümlerinin değiştirilebilmesi de mümkün değildir. 3201 sayılı Kanunun 1 nci maddesi ile anılan Antlaşmanın 1 ve 29 uncu maddeleri (Almanya’da çalışanlar bakımından) birbirine tezat hükümler ihtiva etmektedir. Anayasa’nın 90 ncı maddesinin yukarıda işaret edilen son fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, başvuru konusu ihtilafta 3201 sayılı Kanunun 1 nci maddesinin değil, anılan Antlaşmanın 1. ve 29/4 ncü maddelerinin uygulanması gerektiği izahtan varestedir. Bu durumda derece mahkemelerinin bu ciddi iddiayı ele alıp müspet/menfi şekilde karşılaması gerektiği halde, bu lazıme riayet edilmeyerek, konunun sadece 3201 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla başvurunun “gerekçeli karar hakkı” bağlamında Anayasanın 36 ncı maddesindeki adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

4. Bu gerekçe karşısında, başvuruya esas ihtilafta 3201 Sayılı Kanunun tatbik kabiliyeti bulunmadığından, ihlâl yol açtığı gerekçesiyle bu kural için TBMM’ne başvuru (çağrı) yapılmasına da gerek bulunmamaktadır.

5. Açıklanan nedenlerle;

a. Ayrımcılık yasağının ihlâl edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olmadığı,

b. Başvurucunun “gerekçeli karar hakkı” bağlamında Anayasa’nın 36. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği ve ihlâl gerekçesinin bu hususa dayalı olması gerektiği,

c. 3201 Sayılı Kanunun 1 nci maddesinin ihlâl yol açtığı gerekçesiyle değiştirilmesi konusunda TBMM’ne bildirimde (çağrıda) bulunulmasına gerek bulunmadığı, değerlendirildiğinden; çoğunluğun bu hususlarla örtüşmeyen değerlendirmelerine katılamadım.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

Yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanma imkânının sonradan vatandaşlığa alınanlar yönünden sadece vatandaşlığa alınma tarihinden sonraki süre için tanınması sebebiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararın gerekçesinde; vatandaşların yurt dışındaki çalışma sürelerinin borçlanması hususunda devletin bir takdir yetkisi bulunmakla birlikte, bu konudaki farklı muamelenin ölçüsüne ilişkin olarak bu yetkinin ayrımcılık yasağı yönünden bir sınırının olduğu, yurt dışı borçlanmasının şartlarının belirlenmesinde aynı konumdaki kişilere makul ve nesnel bir gerekçeye dayalı olmadan farklı muamele yapılamayacağı, incelenen başvuruya konu muamelenin dayanağı olan ve yurt dışında çalışan vatandaşların ülkeye dönmelerinden sonra ülkedeki diğer çalışanlara tanınan sosyal güvenlik haklarından yararlanmalarının usul ve esaslarını düzenleyen 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde doğumla Türk vatandaşlığını kazananlarla sonradan vatandaş olanlar bakımından farklı hükümler getirildiği, ancak bunun için objektif ve makul bir gerekçe gösterilemediği belirtilerek mülkiyet hakkı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Kararda da belirtildiği üzere, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması konusunda devletin pozitif yükümlülüğü bulunduğunu gösteren Anayasanın 62. maddesi uyarınca 3201 sayılı Kanun yürürlüğe konulmuştur. Kanunun 1. maddesinde ise yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının (ve doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin) onsekiz yaşını doldurduktan sonra "Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen" ve belgelendirilen sigortalılık sürelerinin bu Kanun hükümlerine göre değerlendirileceği hükme bağlanmıştır.

Çoğunluğun gerekçesinde; yurt dışında geçen çalışma sürelerinin borçlanılabilmesi yönünden vatandaşlığı doğumla kazananlar ile sonradan kazananların benzer durumda oldukları, ancak doğumla Türk vatandaşlığını kazanan kişilere yurt dışındaki çalışma sürelerinin tamamını borçlanma imkânı tanınmışken, sonradan vatandaş olanlara vatandaş olmadan önce yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanma

Mülkiyet Hakkı

imkânının tanınmadığı, bunun da vatandaşlığın kazanılması temelinde farklı muamele teşkil ettiği belirtilmekte ise de bu tespiti katılmak mümkün değildir.

İhlal kararının gerekçesinde aktarılan AİHM kararlarında; ülkesinde kırk yıl çalışarak emekli olan başvuruçunun yurt dışında yaşamaması nedeniyle sosyal güvenlik ödemelerinin kesilmesi (*Pichkur/Ukrayna*, B. No: 10441/06, 7/11/2013, §§ 45-54) ve eski SSCB vatandaşı olup oniki yaşından itibaren Letonya'da yaşayan ve çalışan başvuruçunun bu ülkedeki otuzbir yıllık çalışmasının sonunda emeklilik maaşının hesaplanmasında vatandaşlık temelinde farklı bir muamele yapılması (*Andrejeva/Letonya* [BD], B. No: 55707/00, 18/2/2009) sebebiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği belirtilmiştir.

Başka bir anlatımla, emsal gösterilen AİHM kararlarında yurt dışında çalışılan sürelerin değil, ülkede çalışılan sürelerin (ilkinde yurt dışında yaşama, ikincisinde ise -eski SSCB vatandaşlığına rağmen- daha sonra Letonya vatandaşı olmadan uzun süreli oturma sahip kişi statüsünde çalışma nedeniyle) sigortalılıkta değerlendirilmemesi söz konusudur. Buna karşılık incelenen başvurudaki işlemin dayandığı Kanunda, Türk vatandaşlarının -yurt içinde çalışanlara tanınan sosyal güvenlik haklarından yararlanabilmeleri için- tamamı yurt dışında geçen çalışma sürelerinin değerlendirilmesinin şartları düzenlenmektedir. Kuşkusuz, kararda aktarılan AİHM kararlarına konu başvurulara olduğu gibi, farklı bir muamelenin varlığı halinde bu farklı muamelenin haklı ve objektif bir sebebinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi ayrımcılık yasağının tespiti açısından gereklidir.

Ancak incelenen başvuruya konu işlemin dayanağı olan 3201 sayılı Kanunun 1. maddesinde geçen "Türk vatandaşları" ibaresi vatandaşlığı doğumla veya sonradan kazananlar arasında ayırım gözetmeden bütün vatandaşları kapsayacak genişliktedir. Madde, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni ile vatandaşlığı kaybedenlerin de borçlanma imkânını düzenlediğinden -doğumla ve sonradan vatandaşlığı kazananların tamamını kapsayacak şekilde-onsekiz yaşını doldurduktan sonra "Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri"nin bu Kanun hükümlerine göre değerlendirilmesini

öngörmüştür. Başka bir anlatımla, doğumla Türk vatandaşı iken izinle vatandaşlıktan çıkanların da sadece “Türk vatandaşı olarak” yurt dışında geçen sigortalılık sürelerinin değerlendirilmesine imkân tanınmıştır. Böylece, doğumla veya sonradan vatandaşlığı kazananlar arasında bir ayırım gözetilmeden “Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen” çalışma sürelerinin borçlanılması öngörüldüğünden, vatandaşlığın kazanılması temelinde farklı bir muamele söz konusu değildir.

Diğer taraftan, anılan hükmün -vatandaşlığı doğumla veya sonradan kazananlar arasında farklı bir muamele öngördüğü kabul edilse bile- doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alarak vatandaşlığı kaybedenlerin de ancak “Türk vatandaşı olarak” yurt dışında geçen çalışma sürelerinin borçlanılmasına imkân verdiği dikkate alındığında bunların da aleyhine bir durum oluşmaması yönünde objektif ve makul bir gerekçeye dayanmadığı söylenemez.

Türk vatandaşlarının yurt dışında geçen ve belgelenen çalışma sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi amacıyla ve devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında yapılan söz konusu düzenlemede devletin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu ve açıkça kamu yararına aykırı olmadığı sürece buna saygı gösterilmesi gerektiği de tartışmasızdır. Yalnızca Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen sürelerin borçlanılmasına imkân tanınmasının, aylık bağlanması için mesela yurda kesin dönüş yapılmasının şart koşulmasından bir farkı da bulunmamaktadır. Ayrıca düzenlemenin sosyal güvenlik sisteminin sürdürülebilirliği açısından kamu yararına uygun olmadığı da söylenemez.

Son olarak çoğunluğun kararında, çalışma çağını geride bırakan başvuru konusunu müdahale ile sosyal güvenlik şemsiyesinin dışında kaldığı için aşırı bir külfet altına girdiği belirtilmişse de, derece mahkemelerinin kararlarında başvuru konusunun 6/9/1996 tarihinden sonra yurt dışında geçen çalışmalarının 3600 günü doldurduğundan yaşlılık aylığı bağlanabileceğine, ancak başvuru konusunun bu yönde bir talebi bulunmadığından davanın reddine hükmedildiği dikkate alındığında, başvuru konusunun aşırı bir külfet altına girdiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmak da mümkün değildir.

Mülkiyet Hakkı

Bu sebeplerle mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği düşüncesiyle çoğunluğun ihlal kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Yugoslavya Cumhuriyeti vatandaşı olarak 31.05.1951 tarihinde dünyaya gelip, Almanya'da çalışmakta olan başvurucu, 06.09.1996 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla Türk vatandaşlığını kazandıktan sonra, 03.03.2006 tarihinde Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK) müracaat ederek 3201 sayılı Yurt Dışında Bulunan Türk Vatandaşlarının Yurt Dışında Geçen Sürelerinin Sosyal Güvenlikleri Bakımından Değerlendirilmesi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca, 02.02.1973 ile 21.01.2003 tarihleri arasındaki Almanya'da gerçekleşen çalışmalarının 10.945 gününü borçlanmak istemiyle SGK'ya başvurmuştur.

2. SGK tarafından 06.09.2006 tarihli yazı ile başvurucuya 02.02.1973 ile 21.01.2003 tarihleri arasına ilişkin yurt dışında geçen çalışmalarını borçlanabileceği bildirilmiştir. Bu bildirim üzerine başvurucu 21.01.1988 ile 21.01.2003 tarihleri arasındaki 5.400 günlük çalışması karşılığı borçlanma tutarı olan 23.010,75 TL'yi 09.07.2008 tarihinde SGK'ya ödemiştir. Borçlanma tutarının ödenmesinin ardından da 01.07.2009 tarihi itibarıyla başvurucuya yaşlılık aylığı bağlamıştır.

3. Aradan yaklaşık 5 yıl 7 ay geçtikten sonra ise SGK başvurucuya bağladığı aylığı 22.01.2015 tarihi itibarıyla kesmiştir. Tesis edilen işlem 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesine dayandırılmıştır. Gerekçe olarak da başvurucunun Türk vatandaşlığını kazandığı 06.09.1996 tarihinden önce yurt dışında geçen çalışma sürelerini borçlanmasının mümkün olmadığı ve bu süre düšüldükten sonra kalan çalışma süresinin de yaşlılık aylığı bağlanması için gerekli olan asgari süreyi karşılamadığı hususu gösterilmiştir. Yaşlılık aylığının iptaliyle birlikte geriye doğru 23.09.2009 ile 22.01.2015 tarihleri arasında başvurucuya yersiz olarak ödendiği kabul edilen toplam 61.513,62 TL'nin bir aylık süre vererek iadesi istenmiştir.

4. Başvurucunun, Yargıtay kararlarına ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün düzenlemelerine atıfta bulunarak Türk vatandaşlığını doğuştan kazananlar ile sonradan kazananlar arasında ayırım yapılmasının eşitlik ilkesini ihlal edeceğini, ayrıca emekli olduğu tarihten altı yıl sonra, kazanılmış haklarını ortadan kaldıracak ve hem 64 yaşına ulaşması, hem de yaşantısını buna göre planlaması nedeniyle telafisi imkânsız bir mağduriyete yol açacak şekilde hakkında işlem tesis edilmesinin hakkaniyete uygun olmadığını ifade ederek açtığı dava nihayetinde reddedilmiştir.

5. Kararlarda özet olarak, uyuşmazlığın SGK tarafından sehven tahakkuk ettirilmek suretiyle tahsil olunan ve sonradan iptal edilen yurt dışı hizmet borçlanması prim ödemelerinin başvurucuya ödeme tarihinden itibaren ileriye yönelik olarak isteğe bağlı sigortalılık statüsü kazandırıp kazandırmayacağı noktasında toplandığı, olayda ilgilinin öncelikle Türk vatandaşlığını kazanmadan önceki yurt dışı çalışmalarını borçlanmasının mümkün olmadığı, bununla birlikte 506 sayılı Kanun'un 85. maddesi gereğince isteğe bağlı sigortalılığa hak kazanabilmek için SGK'ya sigortalılık iradesinin yazılı olarak veya düzenli prim ödemek suretiyle bildirilmesi gerektiği, oysa somut olayda ilgilinin hem 506 sayılı Kanun'un 85. maddesi kapsamında yeniden isteğe bağlı sigortalı olmak yönünde SGK'ya yazılı başvurusunun olmadığı, hem de isteğe bağlı sigortalılık iradesini ortaya koyacak biçimde prim ödemesinde bulunmadığı gerekçelerine dayanılmıştır.

6. 19.12.2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

7. Mahkememiz çoğunluğunca başvurunun mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı yönünden incelenmesine karar verilmiş ve kabul edilebilir bulunan başvuruda başvuru bakımından Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

8. Aşağıda açıklanan nedenlerle karara katılmadım.

9. Yukarıda da belirtildiği üzere, 02.02.1973 ile 21.01.2003 tarihleri arasına ilişkin olup yurt dışında geçen çalışmalarını borçlanabileceği başvurucuya SGK tarafından 06.09.2006 tarihli yazı ile bildirilmiş; bu

Mülkiyet Hakkı

bildirim üzerine hesaplanan borçlanma tutarı 09.07.2008 tarihinde SGK'ya ödenmiş; yaşlılık aylığı 01.07.2009 tarihi itibarıyla bağlanmış; işlemin hatalı olduğunun fark edilerek iptal edilmesi ve hatalı işlem kapsamında yapılan ödemelerin iadesinin istenilmesi ise 22.01.2015 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

10. Kamu idarelerinin zaman zaman hatalı işlem yapmaları olağan kabul edilmelidir. Bu bağlamda görevlerinin gereği olarak hatalı işlemlerinden dönebilecekleri ve doğru işlem tesis edebilecekleri de kabul edilmelidir. Bununla birlikte hatalı işlemin düzeltilmesinde muhatabı olan kişi üzerinde aşırı bir yüke sebep olunmamaya da dikkat edilmelidir. (*Kırca Mühendislik İnş. Turz. Tic. ve San. A.Ş.*, B. No: 2014/6241, 29/9/2016, § 75)

11. Somut olayda başvuruya konu işlem yaşlılık aylığının bağlanmasının ardından yaklaşık 5 yıl 7 ay geçtikten ve başvurucu 64 yaşına ulaştıktan sonra 22.01.2015 tarihi itibarıyla tesis edilmiş bulunmaktadır. Başvurucu tarafından eşitlik ilkesinin ihlal edildiği yanında emekli olduğu tarihten yaklaşık altı yıl sonra, kazanılmış haklarını ortadan kaldıracak ve hem 64 yaşına ulaşması, hem de yaşantısını buna göre planlaması nedeniyle telafisi imkânsız bir mağduriyete yol açacak şekilde hakkında işlem tesis edilmesinin hakkaniyete uygun olmadığı da ifade edilmiştir.

12. Öte yandan başvurucu hakkında iptal işlemi tesis edilirken 3201 sayılı Kanun hükümlerine dayanılmıştır. Yargılama sürecinde ise Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ve Bursa 6. İş Mahkemesi tarafından 3201 sayılı Kanun ve 506 sayılı Kanun yorumlanmak suretiyle karar verilmiştir.

13. 3201 sayılı Kanun, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının sosyal güvenliklerinin sağlanması konusunda devletin pozitif yükümlülüğü bulunduğunu gösteren Anayasa'nın 62. maddesi uyarınca yürürlüğe konulmuştur.

14. Öncelikle belirtilmelidir ki sosyal güvenlik sisteminin oluşturulmasında ve uygulanmasında Devletlerin oldukça geniş bir takdir yetkileri vardır. Zira bu konu, devletlerin sosyal güvenlik ve bütçe politikaları ile yakından ilişkilidir. Dolayısıyla Türk vatandaşlarının

yurt dışında geçen ve belgelenen çalışma sürelerinin sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilmesi amacıyla ve devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında yapılan söz konusu düzenlemede devletin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu ve açıkça kamu yararına aykırı olmadığı sürece buna saygı gösterilmesi gerektiği tartışmalıdır.

15. Bu bağlamda 3201 sayılı Kanun'a bakıldığında, Kanun'da, yurt içinde çalışanlara tanınan sosyal güvenlik haklarından yurt dışında çalışmaları bulunan Türk vatandaşlarının da yararlanabilmelerinin, bu bağlamda söz konusu kişilerin tamamı yurt dışında geçen çalışma sürelerinin değerlendirilmesinin şartlarının düzenlendiği görülmektedir.

16. Anılan Kanun'un 1. maddesinde, yurt dışında çalışan Türk vatandaşlarının (ve doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin) onsekiz yaşını doldurduktan sonra "Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen" ve belgelendirilen sigortalılık sürelerinin bu Kanun hükümlerine göre değerlendirileceği hükme bağlanmaktadır. Maddeye göre yurtdışından geçen sürelerini borçlanma imkânı yalnızca vatandaşlara tanınmış bir haktır. Ancak vatandaşlığın doğumla veya sonradan kazanılmış olması arasında bir fark bulunmamaktadır.

17. Sayın Emin Kuz'un karşı oyunda da belirttikleri gibi maddede geçen "Türk vatandaşları" ibaresi vatandaşlığı doğumla veya sonradan kazananlar arasında ayırım gözetmeden bütün vatandaşları kapsayacak genişliktedir. Madde, doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni ile vatandaşlığı kaybedenlerin de borçlanma imkânını düzenlediğinden -doğumla ve sonradan vatandaşlığı kazananların tamamını kapsayacak şekilde-onsekiz yaşını doldurduktan sonra "Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri"nin bu Kanun hükümlerine göre değerlendirilmesini öngörmüştür. Başka bir anlatımla, doğumla Türk vatandaşı iken izinle vatandaşlıktan çıkanların da sadece "Türk vatandaşı olarak" yurt dışında geçen sigortalılık sürelerinin değerlendirilmesine imkân tanınmıştır. Böylece, doğumla veya sonradan vatandaşlığı kazananlar arasında bir ayırım gözetilmeden "Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen" çalışma sürelerinin borçlanması öngörüldüğünden, vatandaşlığın kazanılması temelinde farklı bir muamele söz konusu değildir.

Mülkiyet Hakkı

18. Bir başka söyleyişle, anılan Kanun hükmünün yurt dışı hizmet sürelerinin hesaplanmasında doğuştan Türk vatandaşı olup olmamaya göre bir sonuç doğurmadığı, dolayısıyla herhangi bir eşitsizliğe neden olmadığı, Kanun koyucunun amacının eşitsizlik meydana getirmek değil, bilakis yurt dışındaki hizmet sürelerinin belli şartlarla kabul edilebileceğini belirlemek olduğu anlaşılmaktadır.

19. Hal böyle olunca somut başvurunun mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı yönünden değil, idarenin hatalı işleminden kaynaklı olarak başvurunun mülkiyet hakkına yönelen müdahalenin ölçülü olup olmadığı yönünden salt mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi, incelemenin de hatalı işlemde idarenin payı, idarenin hatalı işlem karşısındaki tutumu, işlemin fark edilmesinde geçen süre, hatalı işlemin düzeltilmesinde takip edilen yöntem ile hatanın sorumluluğunu paylaşırma ve muhatabı üzerinde aşırı bir yüke sebep olup olmama gibi hususların gözetilmesi suretiyle yapılması gerektiği (*Kırca Mühendislik İnş. Turz. Tic. ve San. A.Ş.*, B. No: 2014/6241, 29/9/2016, § 75) görüşüyle başvurunun mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağı yönünden incelenmesine, bu bağlamda yapılan değerlendirme sonucu başvurunun kabul edilebilir bulunmasına ve sonuçta Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmamasına ilişkin çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyorum.

Üye

Kadir ÖZKAYA

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Başvurucu, borçlanma talebi tarihinde yürürlükte bulunan hükümler uyarınca yurt dışı borçlanmasını ödeyerek yaşlılık aylığı almaya hak kazandıktan yaklaşık altı yıl sonra borçlanılan sürenin bir kısmının Türk vatandaşlığından önceki bir döneme ilişkin olması nedeniyle bu hakkın elinden alındığını bildirmiştir. Başvurucuya göre

bir Türk vatandaşının sosyal güvenlik hakkından mahrum olmasına neden olan uygulama hukuka aykırıdır ve bu uygulama vatandaşlığı doğumla kazananlar ile sonradan idarenin kararıyla kazananlar arasında kabul edilemeyecek bir eşitsizliğe neden olmaktadır. Başvurucu haksız olan ve aynı zamanda ayrımcılık yasağına aykırı olan bu uygulama ile sosyal güvenlik hakkından yoksun bırakıldığını belirterek Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Sosyal güvenlik sisteminin oluşturulması ve uygulanmasında Devletlerin oldukça geniş bir takdir yetkisi olduğunun dikkate alınması gerekir. Zira bu alan, devletlerin sosyal güvenlik alanındaki politikaları ve bütçe politikaları ile yakından ilişkilidir. Temel hak ve özgürlüklere yönelik açık bir müdahale olmadıkça yargı organlarının da bu alana müdahale etmekten kaçınmaları beklenir.

3. 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

"Türk vatandaşları ile doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlerin on sekiz yaşını doldurduktan sonra Türk vatandaşı olarak yurt dışında geçen ve belgelendirilen sigortalılık süreleri ve bu süreleri arasında veya sonunda her birinde bir yıla kadar olan işsizlik süreleri ile yurt dışında ev kadını olarak geçen süreleri, bu Kanunda belirtilen sosyal güvenlik kuruluşlarına prim ödenmemiş olması ve istekleri hâlinde, bu Kanun hükümlerine göre sosyal güvenlikleri bakımından değerlendirilir."

4. Somut olayda, başvuru Yugoslavya Cumhuriyeti vatandaşı olarak dünyaya geldikten sonra talebi üzerine Bakanlar Kurulunun 6/9/1996 tarihli kararıyla Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığını kazanmıştır. Başvurucuya uygulanan 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesi başvuru tarihindeki vatandaşlığa geçtiği tarihte yürürlüktedir. Dolayısıyla hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmıştır.

5. Anılan kanun hükmüne bakıldığında Kanun koyucunun, yurt dışı hizmet sürelerinin değerlendirilmesinde bazı şartlar öngördüğü anlaşılmaktadır. Şöyle ki;

Mülkiyet Hakkı

- Doğuştan Türk vatandaşı olmasına rağmen Türk vatandaşlığından çıkıp tekrar vatandaşlığına girenlerin Türk vatandaşlığında olmadığı dönemde yurt dışında geçen hizmet süreleri dikkate alınmamakta, fakat Türkiye'deki hizmet süreleri sayılmaktadır.

- Sonradan Türk vatandaşlığına geçenlerin vatandaş olmadan önce Türkiye'deki hizmet süreleri sayılmakta, vatandaş olmadıkları dönemde yalnızca yurtdışındaki hizmet süreleri dikkate alınmamaktadır.

- Doğuştan veya sonradan kazanılsa dâhi Türk vatandaşlarının hem Türkiye'deki hem de Türk vatandaşı olduğu dönemde yurt dışındaki hizmet süreleri dikkate alınmaktadır.

6. Anılan mevzuat hükmü, hizmet sürelerinin sayılmasında doğuştan Türk vatandaşlığını kazanıp kazanmamaya bağlı olarak bir sonuç doğurmamakta, doğuştan veya sonradan vatandaş olanların Türkiye'deki ve yurtdışındaki hizmet sürelerine göre hesaplama yapılmaktadır. Yine hükme göre 18 yaşından sonraki hizmet süreleri dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır.

7. Kararda belirtildiği gibi, 3201 sayılı Kanun hükümlerinin vatandaşlığı doğumla kazanan kişilere borçlanma imkânı tanırken sonradan vatandaşlığa alınanlara vatandaşlık öncesi çalışmalar nedeniyle borçlanma imkânı tanınmadığı şeklindeki değerlendirmenin kanunun lafzına ve amacına uygun bir yorum olduğu düşünülemez.

8. Yurtdışı borçlanmasından yararlanabilmek için, belli şartların bulunması gerekmektedir. Öncelikle kişi, Türk vatandaşı olmalıdır. Yurtdışından geçen süreleri borçlanma imkânı yalnızca vatandaşlara tanınmış bir haktır. Ancak bu vatandaşlığın doğumla veya sonradan kazanılmış olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Ayrıca vatandaşın ancak, on sekiz yaşını doldurduktan sonra geçirdiği süreler hesaba katılacaktır.

9. Ancak bazı durumlarda ilgili ülkeyle Türkiye arasında ikili anlaşma yapılmış olabilir. İkili anlaşma yapılan ülkelerdeki işe başlangıç tarihi sanki Türkiye'de yapılmış gibi kabul edilmekte ve sigortalılık

süresinin hesaplamasında o tarih esas alınmaktadır. Bu ülkeler; *Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Çek Cumhuriyeti, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İsviçre, Kanada, Kebek, KKTC, Lüksemburg, Makedonya ve Slovakya*'dır. Bu ülkelerdeki sigortalılık sürelerini borçlananların, bu ülkelerdeki ilk işe başlama tarihi, Türkiye'de hiç çalışmaları yoksa veya bu tarih Türkiye'deki sigorta başlangıç tarihinden daha önceye ait ise aylığa hak kazanmada Türkiye'de ilk işe giriş tarihi gibi kabul edilecektir.

10. Sözleşme bulunan ülkelerden birinde ikamet ediyor olmanın bir avantajı da, ilgili ülkelerde geçen çalışma süreleriyle, Türkiye'de geçen çalışma sürelerini birleştirebilmesi imkânıdır.

11. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, anılan Kanun hükmünün, yurt dışı hizmet sürelerinin hesaplanmasında doğuştan Türk vatandaşı olup olmamaya göre bir sonuç bağlamadığı dolayısıyla herhangi bir eşitsizliğe neden olmadığı, Kanun koyucunun amacının eşitsizlik yaratmak değil bilakis yurt dışındaki hizmet sürelerinin belli şartlarla kabul edilebileceğini belirlemek olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan yurtdışındaki hizmet sürelerinin tamamının sayılması konusunda da ikili anlaşmalar yapılmasının önünün açık olduğu, nitekim 18 ülke ile bu yönde anlaşmalar yapıldığı görülmektedir. Devletler arasındaki mütekabiliyet ilkesinin de bu şekilde hayata geçirildiği görülmektedir.

12. 3201 sayılı Kanun'un 1. maddesinin eşitlik ilkesini ihlal ettiği yönündeki sonucun, sosyal güvenlik sistemini etkileyeceği gibi, Devletin ikili anlaşmalar yapılmasına da artık gerek olmayacağı şeklinde bur sonuç doğuracağı dikkate alındığında, Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan ayrımcılık yasağının ihlaline yol açılmadığı kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

DOĞAN DEPİŞGEN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/12233)

Karar Tarihi: 11/3/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Muammer TOPAL M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Özgür DUMAN
Başvurucu	: Doğan DEPIŞGEN
Vekili	: Av. Ercan ERDEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru muhtarlık görevine seçilen başvuruçunun tutuklu kaldığı süre için muhtarlık maaşının ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/7/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu 1964 doğumlu olup Kastamonu'nun İhsangazi ilçesinde ikamet etmektedir.

9. Başvurucu -başvuru formu ve eklerinde belirtilmeyen bir tarihte-İhsangazi ilçesine bağlı Elçelebi Mahallesi'nin muhtarı seçilmiştir.

A. Ceza Soruşturması ve Kovuşturması Süreci

10. Başvurucu *haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulan silahlı suç örgütü üyesi olma* ile 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'a muhalefet* suçlarından yürütölen soruşturma çerçevesinde Cide Sulh Ceza Mahkemesince 6/5/2007 tarihinde tutuklanmıştır.

11. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 5/6/2008 tarihli iddianamesiyle başvurucunun silahlı suç örgütü üyesi olma ve ruhsatsız tabanca bulundurma suçlarından ayrı ayrı cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır.

12. Sincan Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu olan başvurucu 26/8/2008 tarihinde serbest bırakılmıştır.

13. İddianameyi kabul eden özel yetkili Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi yapılan yargılama sonucunda 19/6/2012 tarihinde, başvurucunun isnat edilen suçlardan 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) ve (e) bentleri uyarınca ayrı ayrı beraatine karar vermiştir. Beraat kararı temyiz edilmeden 26/6/2012 tarihinde kesinleşmiştir.

B. Adli Yargı Yerinde Görölen Dava Süreci

14. Başvurucu 5/12/2012 tarihinde Maliye Hazinesi aleyhine Kastamonu Ağır Ceza Mahkemesinde (Mahkeme) tazminat davası açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde, bu sürede çalışamadığı için maddi

Mülkiyet Hakkı

olarak zarara uğradığı gerekçesiyle 26.000 TL ve manevi yönden olumsuz etkilendiği için de 35.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

15. Mahkeme muhasebe alanında uzman bir bilirkişiden rapor almıştır. Bilirkişinin 28/1/2013 tarihli raporunda, başvurunun tutuklu kaldığı toplam 478 günlük dönem içerisinde asgari ücretle bir işte çalışması hâlinde yoksun kaldığı net toplam asgari ücret tutarının 7.411,98 TL olduğu belirtilmiştir. Bilirkişi zirai gelir miktarı hesaplandığında başvurunun hissesine düşen tutarın 8.331,10 TL olduğunu vurgulamıştır. Bilirkişi ayrıca tutuklu kaldığı dönemde başvurucuya ödenmeyen muhtarlık maaşı tutarının ise 4.619,59 TL olduğunu bildirmiştir. Bilirkişiye göre başvurucuya ödenmesi gereken maddi tazminat, hissesine düşen 8.331,10 TL tarımsal geliri ve yoksun kaldığı 4.619,59 TL muhtarlık maaşı toplamı olan 12.950,69 TL'dir.

16. Mahkeme 30/1/2013 tarihinde davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Mahkeme, bilirkişi raporunda bildirilen zarar tutarına başvurunun beraat ettiği davada takdir olunan 1.000 TL vekâlet ücretini de ekleyerek 13.950,69 TL tutarındaki maddi tazminatın başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca 10.750 TL tutarında takdir olunan manevi tazminatın da başvurucuya ödenmesi yönünde hüküm tesis etmiştir.

17. Davalı Hazinesinin temyiz ettiği karar Yargıtay 12. Ceza Dairesince (Daire) 9/6/2014 tarihinde bozulmuştur. Bozma kararında, başvurunun tutuklu kaldığı süreye ilişkin olarak ödenmediği iddia olunan muhtarlık maaşına dayalı gelir kaybı yönünden idareye ve sonrasında idari yargı yerlerine başvurması gerektiği belirtilmiştir. Daireye göre, çiftçilik ve hayvancılıkla uğraşan başvurunun tutukluluğu süresinde tarımsal faaliyette bulunmadığı için gelir elde edemediği iddiası yönünden ise herhangi bir bilgi ve belge sunulmamış olup esas alınan bilirkişi raporunda da varsayımsal değer ve saptamalara yer verilmiştir. Daire bu sebeple başvurunun vasıfsız işçi gibi değerlendirilerek tutuklu kaldığı dönemde geçerli olan net asgari ücret üzerinden hafta sonu, dinî ve millî bayram tatilleri nedeniyle indirim yapılmadan hesaplanacak miktarın maddi tazminat olarak hüküm altına alınması gerektiğini açıklamıştır. Daire ayrıca, ancak ait olduğu davada hüküm altına

alınabilecek vekâlet ücretinin de maddi tazminata ilave edilemeyeceğini vurgulamış ve başvurucu tarafından aynı konuya ilişkin ayrı bir dava açılıp açılmadığının da araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

18. Mahkeme yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırarak 4/2/2015 tarihinde davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Mahkeme başvurucunun *"haksız olarak tutuklulukta kaldığı süreler içerisindeki maddi kazanç kaybına karşılık olarak"* toplam 7.411,98 TL tutarındaki maddi tazminat ile 10.750 TL tutarındaki manevi tazminatın başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme başvurucunun fazlaya ilişkin istemini ise reddetmiştir.

19. Davalı Hazine kararı temyiz etmiş, Daire 14/1/2019 tarihinde hükmü düzelterek onamıştır. Daire, başvurucunun tutuklu kaldığı döneme ilişkin net asgari ücret üzerinden hesaplanan 7.057,59 TL yerine, hatalı bilirkişi raporuna dayanılarak 7.411,98 TL olarak tayin edilmesi suretiyle başvurucu lehine fazla maddi tazminata hükmedilmesinin hatalı olduğunu açıklamış, buna göre hükmün düzeltilmesine karar vermiştir.

C. İdari Yargı Yerinde Görülen Dava Süreci

20. Başvurucu -başvuru formu ve eklerinde belirtilmeyen bir tarihte- İhsangazi Kaymakamlığı Mahalli İdareler Bürosuna başvuruda bulunarak tutuklu kaldığı dönemde ödenmeyen muhtarlık maaşlarının kendisine ödenmesini talep etmiştir.

21. Kastamonu İl Özel İdaresi 26/11/2014 tarihli bir yazı ile talebinin reddedildiğini başvurucuya bildirmiştir. Yazıda, ilgili yönetmelik gereği tutuklu bulunan süreler için ödenek verilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

22. Başvurucu 25/12/2014 tarihinde İl Özel İdaresine karşı Kastamonu İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) dava açmıştır. Dava dilekçesinde, başvurucunun hukuka aykırı olarak tutuklu kaldığı döneme ait malî hakların ödenmesi gerektiği belirtilerek buna yönelik talebinin reddine ilişkin idari işlemin iptal edilmesi talep edilmiştir.

Mülkiyet Hakkı

23. İdare Mahkemesi 15/10/2015 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, 29/8/1977 tarihli ve 2108 sayılı Muhtar Ödenek ve Sosyal Güvenlik Kanunu'nun 6. maddesine göre düzenlenerek 16/12/1987 tarihli ve 19666 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Köy ve Mahalle Muhtarlarının Ödeneklerinin Ödenme Usulü, Köy ve Mahalle Muhtarları ve İhtiyar Heyetleri Tarafından Verilecek Resmi Evrak ile Mahalle Muhtarlarının Harç Tahsilatının ve Paylarının Ödenme Biçimi Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) 7. maddesindeki düzenlemeye atıfta bulunulmuştur. Karara göre bu düzenleme gereğince muhtarların maaş karşılığı değil görevde buldukları sürece muhtarlık ödeneğinden yararlanacakları açıktır. İdare Mahkemesi, tutuklanması nedeniyle başkasının vekâlet ettiği muhtarlık görevi nedeniyle başvurusunun muhtarlık ödeneğinden yararlanmasına olanak bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık görülmediği sonucuna varmıştır.

24. Başvurucu kararı temyiz etmiş, Danıştay Onyedinci Dairesi 25/2/2016 tarihinde kararın itiraz yoluyla Zonguldak Bölge İdare Mahkemesince incelenmesi gerektiğini belirterek istemi görev yönünden reddetmiştir.

25. Bölge İdare Mahkemesi 29/3/2016 tarihinde başvurusunun itiraz istemini reddederek hükmü onamış, 14/6/2016 tarihinde de karar düzeltme talebini reddetmiştir.

26. Başvurucu 11/7/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

27. 2108 sayılı Kanun'un 1. maddesi şöyledir:

“(Değişik: 5/2/1998 - 4336/1 md.)

Köy muhtarları ile şehir ve kasaba mahalle muhtarlarına, 14.750 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda aylık ödenek verilir. (Değişik ikinci cümle: 21/4/2005-5335/9 md.; Mülga ikinci cümle: 29/1/2016-6663/12 md.)

Bu ödenek damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaz.

Bu ödeneğın karşılığı her yıl İçişleri Bakanlığı bütçesine konulur ve yılı içinde söz konusu bütçeden il özel idare ile yatırım izleme ve koordinasyon başkanlıkları bütçelerine aktarılır.

Muhtar ödeneğı, her ayın onbeşinci günü il özel idareleri tarafından ilgililere peşin olarak ödenir.”

28. 2108 sayılı Kanun'un 6. maddesi şöyledir:

“Köy ve mahalle muhtarlarına verilecek ödeneğın özel idare bütçelerine aktarılması, köy ve mahalle muhtarlarına ödenmesinin esas ve usulleri; mahalle muhtarlarının harç tahsilatının ve paylarının ödenme biçimi ile köy ve mahalle ve ihtiyar heyetleri tarafından verilecek resmi evraka ait basılı kağıtların tip, örnek ve bedellerine ilişkin hususlar Maliye ve Gümrük Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”

29. Yönetmelik'in 7. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Köy ve mahalle muhtarları görevli oldukları sürece ödenek alırlar. Hastalık, izin veya görevden ayrılma hallerinde bu ödenek vekillerine ödenir.”

B. Uluslararası Hukuk

30. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi şöyledir:

“Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.”

31. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında, mülkiyet hakkının kapsamı konusunda mevzuat hükümlerinden ve derece

Mülkiyet Hakkı

mahkemelerinin bunlara ilişkin yorumundan bağımsız olarak *özerk bir yorum* esas alınmaktadır (*Depalle/Fransa* [BD], B. No: 34044/02, 29/3/2010, § 62; *Anheuser-Busch Inc./Portekiz* [BD], B. No: 73049/01, 11/1/2007, § 63; *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No: 48939/99, 30/11/2004, § 124; *Broniowski/Polonya* [BD], B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 129).

32. AİHM, mülkiyet hakkına ilişkin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin mülkiyeti elde etme beklentisini koruma altına almadığını kabul etmektedir (*Slivenko ve diğerleri/Letonya* [BD], B. No: 48321/99, 23/1/2002, § 121; *Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Türkiye*, B. No: 34478/97, 9/1/2007, § 52).

33. AİHM, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasının ancak müdahalenin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin anlamı kapsamında bir *mülk* ile ilişkili olması durumunda ileri sürülebileceğini belirtmektedir. Buna göre alacak haklarını da içeren mevcut mülk veya mal varlığı yanında mülkiyet hakkının elde edilebileceği yönündeki en azından bir *meşru beklenti* de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilir (*Kopecný/Slovakya* [BD], B. No: 44912/98, 28/9/2004, § 35; *Lihtenştayn Prensi Hans-Adam II/Almanya* [BD], B. No: 42527/98, 12/7/2001, § 83; meşru beklenti kavramının ilk defa geliştirildiği kararlar için *Pine Valley Developments Ltd ve diğerleri/İrlanda*, B. No: 12742/87, 29/11/1991, § 51; *Stretch/Birleşik Krallık*, B. No: 44277/98, 24/6/2003, § 35; *Pressos Compania Naviera S.A. ve diğerleri/Belçika*, B. No: 17849/91, 20/11/1995, § 31).

34. *Arzhiyeva ve Tsadayev/Rusya* (B. No: 66590/10, 3773/11, 13/11/2018) kararına konu olayda terör olayları sebebiyle uğranılan zararlar bakımından yapılan değerlendirmede başvuruçuların yerleşik idari ve yargısal uygulama çerçevesinde tazminatı elde etme yönünde *meşru bir beklentilerinin* olduğu kabul edilmiştir (*Arzhiyeva ve Tsadayev/Rusya*, § 48). AİHM devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri çerçevesindeki ilkelerin büyük ölçüde benzeştiğini belirterek, başvuruçulara somut olayda tazminat ödenmemesinin Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinde güvence altına alınan mülkiyetten barışçıl yararlanma

hakkından doğan yükümlülüklerin yerine getirilmediği sonucuna varmıştır (*Arzhiyeva ve Tsadayev/Rusya*, řř 51-58).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

35. Mahkemenin 11/3/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği dşnld:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

36. Başvurucu haksız yere tutuklandığı hâlde tutuklu kaldığı döneme ilişkin muhtarlık maaşının kendisine ödenmediğinden yakınarak bu maaşın ödenmesi yönünde meşru bir beklentisi olduğunu ve haksız olarak tutuklanmasaydı kendisine söz konusu maaşın denmiş olacağını belirtmiştir. Başvurucu bu nedenle adil yargılanma ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

37. Anayasa'nın "*Mülkiyet hakkı*" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

38. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013 ř 16).Başvurucunun şikâyetinin özü konusu itibarıyla mülkiyet hakkını ilgilendirdiğinden başvurunun mülkiyet hakkı kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir nedeni de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

i. Genel İlkeler

40. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, B. No: 2013/1178, 5/11/2015, § 54). Bu nedenle öncelikle başvurucunun Anayasa'nın 35. maddesi uyarınca korunmayı gerektiren mülkiyete ilişkin bir menfaatinin olup olmadığı noktasındaki hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekir (*Cemile Ünlü*, B. No: 2013/382, 16/4/2013, § 26; *İhsan Vurucuoğlu*, B. No: 2013/539, 16/5/2013, § 31).

41. Anayasa'nın 35. maddesiyle güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü mal varlığı hakkını kapsamaktadır (AYM, E.2015/39, K.2015/62, 1/7/2015, § 20). Bu bağlamda mülk olarak değerlendirilmesi gerektiğinde kuşku bulunmayan menkul ve gayrimenkul mallar ile bunların üzerinde tesis edilen sınırlı aynî haklar ile fikrî hakların yanı sıra icrası kabil olan her türlü alacak da mülkiyet hakkının kapsamına dâhildir (*Mahmut Duran ve diğerleri*, B. No: 2014/11441, 1/2/2017, § 60).

42. Mülkiyet hakkı, özel hukukta veya idari yargıda kabul edilen mülkiyet hakkı kavramlarından farklı bir anlam ve kapsama sahip olup bu alanlarda kabul edilen mülkiyet hakkı, yasal düzenlemeler ile yargı içtihatlarından bağımsız olarak özerk bir yorum ile ele alınmalıdır (*Hüseyin Remzi Polge*, B. No: 2013/2166, 25/6/2015, § 31; *Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, § 51).

43. Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı mevcut mal, mülk ve varlıkları koruyan bir güvencedir. Bir kişinin hâlihazırda sahibi olmadığı bir mülkün mülkiyetini kazanma beklentisi -kişinin bu konudaki menfaati ne kadar güçlü olursa olsun- Anayasa ile korunan mülkiyet kavramı içinde değildir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki Anayasa'nın 35. maddesi soyut bir temele dayalı olarak mülkiyete erişmeyi ve mülkiyeti edinmeyi değil mülkiyet hakkını güvence altına

almaktadır. Bu hususun istisnası olarak belli durumlarda bir *ekonomik değer* veya icrası mümkün bir *alacağı* elde etmeye yönelik *meşru bir beklenti* Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkı güvencesinden yararlanabilir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, B. No: 2012/636, 15/4/2014, §§ 36, 37; *Mehmet Şentürk* [GK], B. No: 2014/13478, 25/7/2017, §§ 41, 53; *Mustafa Ateşoğlu ve diğerleri*, §§ 52-54).

44. Meşru beklenti objektif temelden uzak bir beklenti olmayıp belirli bir kanun hükmüne veya başarılı olma ihtimalinin yüksek olduğunu gösteren yerleşik bir yargı içtihadına ya da aynî menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayanan yeterli derecede somut nitelikteki bir beklentidir (*Seçuk Emiroğlu*, B. No: 2013/5660, 20/3/2014, § 28; *Mehmet Şentürk*, § 42). Dolayısıyla Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma kapsamında olan meşru beklentiye dayalı mülkiyet hakkının tespiti mevcut hukuk sisteminde iddia edilen mülkiyet iddiasının tanınmasına bağlı olup bu tespit, mevzuat hükümleri ve yargı kararları ile yapılmaktadır (*Üçgen Nakliyat Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2013/845, 20/11/2014, § 37). Temelsiz bir hak kazanma beklentisi veya sadece mülkiyet hakkı kapsamında ileri sürülebilir bir iddianın varlığı meşru beklentinin kabulü için yeterli değildir (*Kemal Yeler ve Ali Arslan Çelebi*, § 37).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

45. Öncelikle bir ekonomik değer ifade eden muhtarlık ödeneğinin mülkiyet hakkının konusunu teşkil edebileceğinde bir tereddüt bulunmamaktadır. Somut olayda tartışma konusu olan başvurucunun bu ödeneğin varlığını kanıtlayıp kanıtlayamadığı hususudur. Başvurucuya bu ödenek verilmediğine göre mevcut bir mülkün varlığından söz edilemez. Ancak başvurucunun bu alacağı elde etmeye yönelik somut bir temele dayalı meşru beklentisinin olup olmadığı da belirlenmelidir.

46. Anayasa Mahkemesi yukarıda da değinildiği üzere meşru beklentinin tespiti bakımından başvurucunun talebini bir kanun hükmüne veya yerleşik bir yargısal içtihadı dayandırmasını beklemektedir. Diğer bir deyişle ancak böyle bir somut temelin varlığı hâlinde meşru beklentinin varlığından söz edilebilecektir (yargı kararına dayalı olarak meşru beklentinin kabul edildiği karar için bkz. *Osman*

Mülkiyet Hakkı

Ukav, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, 55-59; buna karşın böyle bir somut bir temele dayalı olmadığı için meşru beklentinin mevcut olmadığı tespit edildiği karar için bkz. *Mehmet Şentürk*, §§ 40-54).

47. Somut olayda ise başvuru mahalle muhtarı olarak seçilmiş olup 2108 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre muhtarlık ödeneği almaya hak kazandığı açıktır. Bunun yanında başvuruçunun beraat ettiğinden dolayı 5271 sayılı Kanun'un 141. ve devamı maddeleri hükümlerine göre tutuklu kaldığı süre için zararının tazmin edilmesi gerektiği de kabul edilmiştir. Dolayısıyla başvuruçunun söz konusu zararlarının giderimi ve bu kapsamda şikâyetine konu muhtarlık ödeneğini elde etme yönünde Anayasa'nın 35. maddesi anlamında somut bir temele dayalı meşru beklentisinin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

48. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, onun üzerinde tasarruf etme ve ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, mülkün semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53).

49. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle *mülkten barışçıl yararlanma hakkına* yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlanabileceği belirlenerek aynı zamanda *mülkten yoksun bırakmanın* şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin

mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmışır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, §§ 55-58).

50. Başvuru konusu olayda başvurucuya tutuklu kaldığı dönem için muhtarlık ödeneği verilmemiştir. Başvurucunun bu ödeneği elde etme yönünde Anayasa'nın 35. maddesi anlamında meşru bir beklentisinin olduğu dikkate alındığında bu ödeneğin verilmemesinin başvurucunun mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur. Söz konusu müdahalenin *yoksun bırakma* veya *mülkiyetin kamu yararına kullanımını kontrolü veya düzenlenmesi* gibi bir amacı olmadığından *mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkına* ilişkin genel kural çerçevesinde incelenmesi uygun görülmüştür.

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

51. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

52. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilereği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

Mülkiyet Hakkı

i. Kanunilik

53. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

54. Somut olayda ilk derece mahkemesi Yönetmelik'in 7. maddesindeki düzenlemeye atıfla başvurusunun görevde olmadığı tutuklu kaldığı süre için muhtarlık ödeneği alamayacağına karar vermiştir. Bu karar Bölge İdare Mahkemesince onanmış ve karar düzeltme talebinin reddiyle kesinleşmiştir. 2108 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, köy muhtarları ile şehir ve kasaba mahalle muhtarlarına belirtilen tutarda aylık ödenek verileceği hüküm altına alınmış olup bu ödeneğin ödenmesine ilişkin usul ve esasların ise yönetmelikle belirleneceği açıklanmıştır. Yönetmelik'in 7. maddesinde ise köy ve mahalle muhtarlarının görevli oldukları sürece ödenek alacakları belirtilmiş olup hastalık, izin veya görevden ayrılma hâllerinde bu ödeneğin vekillerine ödeneceği düzenlenmiştir.

55. Anayasa Mahkemesi daha önce bireysel başvuru kapsamında verdiği çeşitli kararlarında mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin ancak mutlak manada şekli bir kanuna dayanması gerektiğini açık olarak belirtmiştir (*Torsan Orman San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/13677, 20/9/2017, § 74; *Üças Gıda Pazarlama ve Tekstil San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/16633, 6/12/2017, § 57). Bu bağlamda kanunda yer verilmeyen bir sınırlamanın düzenleyici işlemle getirildiği görülmektedir. Bunun yanında söz konusu düzenlemenin başvurucudan kaynaklanan hastalık, izin veya görevden ayrılma hâlleri dışında sayılabilecek tutuklu kaldığı dönemi de kapsadığı yönünde yorumlanması kanunilik ölçütü yönünden sorunlu görülebilir. Ancak müdahalenin haklı olup olmadığı belirlenirken meşru amacı ve ölçülülüğü de dikkate alınmak suretiyle sonuca varılacaktır.

ii. Meşru Amaç

56. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılmasına imkân vererek bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörmek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturmak suretiyle mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir (*Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

57. Köy veya mahalle muhtarlarının özlük hakları ile ayrılacak ödeneklerin usul ve esaslarının belirlenmesi hususunda kamu makamlarının geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu çerçevede muhtarlara verilecek ödeneklerin hangi dönemlerde ödeneceğinin belirlenmesi bakımından kamu yararına dayalı meşru bir amacın olduğu açıktır.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

58. Son olarak başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir.

59. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

Mülkiyet Hakkı

60. Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemi, diğer taraftan da müdahalenin niteliği ile başvurunun ve kamu otoritelerinin davranışları gözönünde bulundurularak başvurucuya yüklenen külfet dikkate alınacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; *Osman Ukav*, § 71).

61. İdarenin ölçülülük bağlamında *iyi yönetim* ilkesine uygun hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. *İyi yönetim* ilkesi, kamu yararı kapsamında bir konu söz konusu olduğunda kamu otoritelerinin uygun zamanda, uygun yöntemle ve her şeyden önce tutarlı olarak hareket etmelerini gerektirir (*Kenan Yıldırım ve Turan Yıldırım*, B. No: 2013/711, 3/4/2014, § 68). Bu bağlamda idarelerin kendi hatalarının sonuçlarını gidermeleri ve bireylere yüklememeleri gerekir (*Reis Otomotiv Ticaret ve Sanayi A.Ş.* [GK], B. No: 2015/6728, 1/2/2018, § 100).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

62. Somut olayda başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin niteliği gereği *elverişliliğini* veya *gerekliliğini* sorgulamayı gerektirir bir durum bulunmamaktadır. Buna göre müdahalenin *orantılı* olup olmadığı belirlenmelidir.

63. Olayda başvuru tutuklandığı isnat edilen suçlardan dolayı yargılanmış ve ağır ceza mahkemesinde görülen yargılama neticesinde başvurunun bu suçlardan ayrı ayrı beraatine karar verilmiştir. Bu beraat kararının kesinleşmesinden sonra başvuru 5271 sayılı Kanun uyarınca maddi ve manevi zararlarının tazmini için dava açmış, ağır ceza mahkemesi başvurunun haksız olarak tutuklandığını kabul ederek başvurucuya 7.057,59 TL maddi ve 10.750 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir (bkz. § 19). Bu karar Yargıtayca onanarak kesinleşmiştir. Somut olay bağlamında ceza mahkemelerinin bu tespitlerinden ayrılmayı bir gerektiren bir sebep bulunmamaktadır.

64. Başvurucuya 2108 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre muhtar seçildiği için aylık denek verilmesi gerektiği açıktır. Ancak muhtar olan başvurucuya tutuklu kaldığı 6/5/2007 ile 26/8/2008 tarihleri arası dönemde söz konusu aylık denek verilmemiştir. Başvurucunun açtığı davada idari yargı yerleri, Kanun'da yer almamakla birlikte Yönetmelik'teki düzenlemeye atıf yaparak bu aylıkların ödenemeyeceği yönündeki bir yorumla başvurucunun talebini reddetmişlerdir. Hâlbuki başvurucunun ilgili Yönetmelik'te değinilen hastalık veya izin gibi sebeplerle kendi isteğiyle görevinden ayrılmadığı belirlidir. Bunun yanında adli yargı mercilerince 5271 sayılı Kanun'un 141. ve devamı maddeleri çerçevesinde başvurucunun beraat ettiğinden dolayı tutukluluk yüzünden uğradığı zararların tazmin edilmesi gerektiği de kabul edilmiştir.

65. Buna karşılık derece mahkemeleri ilgili Kanun ve Yönetmelik hükümlerini yorumlarken başvurucunun hangi sebeple görevinden ayrılmak zorunda kaldığını dikkate almamışlardır. Başvurucunun belirtilen tarihlerde görev yapamadığı için ödemenin yapılamayacağı yönündeki savunmaya ise hem söz konusu aylıkların Kanun gereği ödenmesinin zorunlu olup aksi yönde bir sınırlamanın kanun ile düzenlenmediği hem de Yönetmelik'teki düzenleme dikkate alınsa dahi başvurucunun kendi isteği dışında görevinden ayrılmaya zorlandığı gözönüne alındığında itibar edilemeyeceği değerlendirilmektedir. Bu çerçevede her ne kadar başvurucunun tutuklanması sonrası kendisine bu dönem süresince geçici olarak söz konusu aylıkların ödenmemesi makul görülebilirse de tutuklama yüzünden uğranılan zararların tazmin edilmesi gerektiği saptandığı hâlde meşru beklentisi kapsamındaki aylıkların ödenmemesinin haklı bir sebebe dayandığı idare ve yargı makamlarınca ortaya konabilmiş değildir.

66. Ayrıca bu bağlamda somut olayda başvurucunun tutuklanmamış olması hâlinde muhtarlık görevini yapabileceği ve talebine konu aylıkları alabileceği dikkate alınmalıdır. Buna göre somut olayda başvurucunun tutukluluğu sebebiyle uğradığı diğer maddi ve manevi zararları tazmin edilmiş ise de muhtar olması sebebiyle kanun gereği ödenmesi gereken aylıklar kendisine ödenmediğinden bütün zararlarının giderilmiş olduğundan da söz edilemez.

Mülkiyet Hakkı

67. Sonuç olarak olayda tutukluluk sebebiyle tazminata hükmedilmesi gerektiği kamu makamlarınca tespit edilen başvurucuya muhtar olarak seçildiği için ödenmesi gereken aylıklar tutuklu kaldığı sürede ödenmemiştir. Başvurucunun bu aylıkların ödenmesi yönündeki talebi ise söz konusu ödenekleri elde etme hususunda kanuna dayalı olarak meşru bir beklentisi olduğu hâlde derece mahkemelerince reddedilmiştir. Buna göre ilgili kanun hükümlerine göre tutuklama sebebiyle başvurucunun uğradığı zararların tazmininin gerektiği kabul edildiği hâlde söz konusu aylıkların başvurucuya ödenmemesinin haklı bir sebebi ortaya konulamamıştır. Dolayısıyla ilgili kanun ve yönetmelik hükümlerinin derece mahkemelerince olayda olduğu gibi katı bir biçimde yorumlanması suretiyle muhtarlık aylıklarının ödenmemesi başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemiş olup başvurucunun mülkiyet hakkının korunması ile müdahalenin kamu yararı amacı arasında olması gereken adil dengeyi başvuru aleyhine bozmuştur. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale bu sebeple ölçülü değildir.

68. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

69. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

70. Başvurucu, ihlalin tespiti ile manevi tazminata karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

71. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

72. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, řř 55, 57).

73. İhlalin idari eylem ve işlemden kaynaklandığı durumlarda 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi her somut olayın koşullarını dikkate alarak yapılması gerekenlere hükmeder. İdari eylem ve işleme karşı başvurulacak kanun yolları varsa ve bu yollar tüketildikten sonra yapılan bireysel başvurunun incelenmesi sonucu ihlal tespiti yapılmışsa yeniden yargılama yoluyla ilgili mahkemenin tespit edilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırma imkânının bulunduğu durumlarda kararın bir örneğinin ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmedilebilir (*Ali Kayan*, B. No: 2015/9814, 20/3/2019, 86).

74. 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'un 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine

Mülkiyet Hakkı

ilişkin yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğeri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

75. Başvurucuya tutuklu kaldığı dönem için idari makamlarca muhtarlık aylığının ödenmemesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin idari bir işlemde kaynaklandığı anlaşılmıştır.

76. Bununla birlikte başvurunun söz konusu idari işleme karşı dava açabildiği ve davanın reddedilmesi üzerine bireysel başvuruda bulunduğu görülmektedir. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise usul hukukunda yer alan benzer kurumlardan farklı ve bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, öncelikle hak ihlaline yol açan mahkeme kararının ortadan kaldırılmasından ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Kastamonu İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

77. Yeniden yargılama yapılmasına karar verilmesi mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının giderimi bakımından yeterli görüldüğünden başvurunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

78. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL tutarındaki yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Kastamonu İdare Mahkemesine (E.2014/1448, K.2015/1012) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruçunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvuruçuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 11/3/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

ADİL YARGILANMA HAKKI



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

İBRAHİM KAYA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/29474)

Karar Tarihi: 28/1/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Recai AKYEL
Raportörler	: Akif YILDIRIM Cafiye Ece YALIM
Başvurucu	: İbrahim KAYA
Vekili	: Av. Aslı Serap EKMEN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başvurucuya (sanığa) gerekçeli karar tebliğ edilmeden dosyanın kanun yolu denetimi yapan mahkemeye gönderilmesi nedeniyle savunma için gerekli zaman ve kolaylıklardan yararlanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 13/7/2017 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresi içinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

9. İstanbul Anadolu 12. Ağır Ceza Mahkemesinin (Mahkeme) 1/3/2017 tarihli kararı ile başvurucunun, bilişim sistemleri banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan 2 yıl 6 ay hapis ve 4.000 TL adli para cezasına mahkûmiyetine karar verilmiştir. Hüküm 1/3/2017 tarihli celsede tefhim edilmiştir.

10. Başvurucu, mahkûmiyet kararının tefhiminden sonra süresi içinde istinaf kanun yoluna başvurmuş; mahkûmiyet kararının usul ve yasaya aykırı olduğunu, gerekçeli kararın tebliğinden sonra ayrıntılı olarak istinaf yoluna başvuru nedenlerini açıklayacağını belirtmiştir.

11. Hükme karşı istinaf yoluna başvurulduğu Mahkemece öğrenilmesine rağmen gerekçeli karar başvurucuya tebliğ edilmemiştir. Mahkeme 27/9/2019 tarihli yazısında sanığın yüzüne karşı hüküm verildiğinden gerekçeli kararın tebliğ edilmediğini belirtmiştir. Dosya, sanık tarafından gerekçeli istinaf nedenleri sunulmaksızın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. Ceza Dairesine (Bölge Adliye Mahkemesi) gönderilmiştir.

12. Bölge Adliye Mahkemesi 26/4/2017 tarihinde istinaf talebini esastan reddetmiştir.

13. Başvurucu, istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararı 16/6/2017 tarihinde öğrenmiştir.

14. Başvurucu 13/7/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

15. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun istinaf istemi ve süresi başlıklı 273. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır..."

16. 5271 sayılı Kanun'un 275. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Hüküm, istinaf yoluna başvuran Cumhuriyet savcısına veya ilgililere gerekçesiyle birlikte açıklanmamışsa; hükme karşı istinaf yoluna başvurulduğunun mahkemece öğrenilmesinden itibaren gerekçe, yedi gün içinde tebliğ edilir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

17. Mahkemenin 28/1/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Savunma İçin Gerekli Zaman ve Kolaylıklardan Yararlanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia Yönünden

1. Başvurucunun İddiası ve Bakanlık görüşü

18. Başvurucu; gerekçeli kararın kendisine tebliğ edilmediğini, ayrıntılı itiraz dilekçesi sunmadan istinaf başvurusunun incelenerek reddedildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

19. Bakanlık görüşünde; ceza muhakemesi hukuku ilkeleri uyarınca Cumhuriyet savcısı dışında istinaf başvurusunda bulunanların istinaf yargılamasında sebep göstermelerinin zorunlu tutulmaması nedeniyle istinaf mahkemesinin ileri sürülen sebeplere bağlı olmaksızın kararı tüm yönleriyle inceleyebilecek olduğu, bu nedenle somut olayda başvurucunun gerekçeli istinaf dilekçesi sunamaması nedeniyle ilk derece mahkemesi kararının hukuki ve maddi yönden denetlenmesi imkânından mahrum kalmadığı, somut olayda istinaf mahkemesinin

başvurucu müdafinin istinaf talebini kabul ederek inceleme yaptığı ve dosyanın esasına girdiği belirtilmiştir.

20. Bakanlık görüşüne karşı başvuru formundaki iddialarını tekrar etmiştir.

2. Değerlendirme

21. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddiaları savunma için gerekli kolaylıklara sahip olma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

22. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

24. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes *savunma* ve *adil yargılanma* hakkına sahiptir. Savunma hakkının sağladığı *güvenceler*, esasen adil yargılanma hakkı içinde yer almaktadır. Savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden ve adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden biri olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde

Adil Yargılanma Hakkı

ayrıca ifade edilmiştir (*Ufuk Rifat Çobanoğlu*, B. No: 2014/6971, 1/2/2017, § 35).

25. Ceza yargılamasında savunma hakkının güvence altına alınması, demokratik toplumun temel ilkelerindendir (*Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 32).İddiaya karşı savunma imkânı tanınmadığı sürece adil muhakeme yapılması mümkün değildir.

26. Suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altındaki kişi, savunma için yeterli imkâna yani gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmalıdır.Bu itibarla anılan güvence adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğine dâhil ve bu hakkın doğal sonucudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde, bir suç ile itham edilen herkesin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı düzenlenmiştir (*Ufuk Rifat Çobanoğlu*, § 37).

27. Anayasa Mahkemesi de savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma kavramı yanında meşru vasıta ve yollardan yararlanma kavramının da kapsamında olduğunu belirtmiştir (AYM, E.1992/8, K.1992/39, 16/6/1992).

28. Savunma için *gerekli kolaylık* kavramı şüpheliye/sanığa savunma için yardımcı olacak veya olabilecek zorunlu olan imkânları ifade etmekte ve *silahların eşitliğini* sağlamayı amaçlamaktadır. Suç isnadı altındaki kişiye sağlanması zorunlu kolaylıklar, savunma için *gerekli* olanlardır. Kişinin beraat etmesini veya cezasının azaltılmasını sağlayabilecek delil niteliğindeki belgelere erişimine ve müdafiiyle görüşmesine izin verilmesi, gerekçeli kararın tebliğ edilmesi ve yargılama esnasında esaslı değişikliklerden haberdar edilmesi sağlanacak kolaylıklardır (*Ufuk Rifat Çobanoğlu*, § 45).

29. Kanun yoluna başvuru süresi tefhimle başlayan kişinin gerekçeli karar tebliğ edilmeden kanun yoluna başvurmak zorunda kalması durumunda gerekçesini bilmediği karar veya hükme karşı kanun yoluna başvuru hakkını gereği gibi kullandığı söylenemeyeceği gibi kanun yoluna başvurma nedenlerini bilmeyen kanun yolu merciinin de kanun yolu incelemesini sağlıklı bir şekilde yapması da mümkün değildir (temyiz kanun yolu bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. *Vesim Parlak*, B. No: 2012/1034, 20/3/2014).

30. Anılan anayasal hak, ilgili usul kanunlarında da düzenlenmiştir. Nitekim bu amaçla 5271 sayılı Kanun'un 273. maddesinin (1) numaralı fıkrasında istinaf kanun yoluna, 291. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise temyiz kanun yoluna başvurma süresinin hükmün açıklanmasından itibaren başlayacağı belirtilmişken aynı Kanun'un 275. maddesinin (2) numaralı fıkrası ve 293. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla, hükmün gerekçesiyle birlikte açıklanmaması hâlinde istinaf ve temyiz kanun yollarına başvurulduğunun öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde gerekçenin tebliğ edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

31. Somut olayda Mahkemece 1/3/2017 tarihli celsede dolandırıcılık suçundan başvurusunun mahkûmiyetine karar verilerek hüküm başvuruya tefhim edilmiştir. Mahkeme tefhim ettiği kısa kararda, mahkûmiyet kararının gerekçesine dair bir açıklamada bulunmamıştır.

32. Başvurucu mahkûmiyet kararının usul ve yasaya aykırı olduğunu iddia ederek süresi içinde istinaf kanun yoluna başvurmuş ve dilekçesinde, istinaf kanun yoluna başvurma nedenlerini gerekçeli kararın tebliğinden sonra ayrıntılı olarak bildireceğini belirtmiştir. Başvurucuya Mahkemenin gerekçeli kararı tebliğ edilmemiştir. Bölge Adliye Mahkemesi 26/4/2017 tarihinde başvurusunun *istinaf başvurusunun esastan reddine* karar vermiştir.

33. Somut olayda, başvurucuya gerekçeli karar tebliğ edilip başvurusunun ayrıntılı istinaf sebeplerini ileri sürmesi beklenmeden dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine gönderildiği ve bu sebeple başvurusunun kanun yoluna başvurma nedenlerini sunmadığı

Adil Yargılanma Hakkı

anlaşılmaktadır. Kanun yoluna başvuru süresi tefhimle başlayan başvurucunun gerekçesini bilmediği bir hükme karşı istinaf kanun yoluna başvuru hakkını gereği gibi kullandığı söylenemez. Başvurucunun beraat etmesini veya cezasının azaltılmasını sağlayabilecek argümanları ileri sürebilmesi için hangi gerekçe ile cezalandırıldığını bilmesi gerekir. Dolayısıyla yargılamanın esaslı belgelerinden olan ve cezalandırmanın olgusal ve hukuksal temelini oluşturan gerekçeli kararın başvurucuya tebliğ edilmemesi, başvurucunun savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmuştur.

34. Açıklanan nedenlerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Diğer İhlal İddiaları

35. Başvurucunun savunma için gerekli zaman ile kolaylıklara sahip olma ve mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğine karar verildiğinden, müdafî yardımından yararlanamadığı ve zararı gidermesi hâlinde cezadan indirim yapılacağı konusunda bilgilendirilmediği yönündeki şikâyetleri hakkında kabul edilebilirlik ve esas yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

36. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı ve (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla

yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

37. Başvurucu, ihlalin tespit edilerek sonuçlarının ortadan kaldırılması ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

38. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

39. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §55, 57).

40. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanununun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İhtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar

Adil Yargılanma Hakkı

kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğ.leri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

41. İlk derece mahkemesince gerekçeli karar tebliğ edilmeden gönderilen dosyada başvuru aleyhine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından karar verilmesi nedeniyle savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla ihlalin, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararının sanığa tebliği sağlanmadan istinaf istemini değerlendiren Bölge Adliye Mahkemesi kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

42. Bu durumda, savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin, gerekçeli kararı başvurucuya tebliğ edip ona gerekçeli istinaf dilekçesi hazırlaması için belli bir süre tanandıktan sonra dosyayı yeniden yargılama yapılması amacıyla İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. Ceza Dairesine göndermesi için İstanbul (Anadolu) 12. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2016/378, K.2017/67) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

43. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

44. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harçtan ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılması amacıyla İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 22. Ceza Dairesine gönderilmek üzere İstanbul (Anadolu) 12. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2016/378, K.2017/67) GÖNDERİLMESİNE,

D. Tazminata ilişkin talebin REDDİNE,

E. 257,50 TL harçtan ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 28/1/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

EMRAH YAYLA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/38732)

Karar Tarihi: 6/2/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportörler	: Akif YILDIRIM Zehra GAYRETLİ
Başvurucu	: Emrah YAYLA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, infaz hâkimliğince yapılan incelemede şikayette bulunanın duruşmada hazır bulunma talebi reddedilerek ses ve görüntü aktarımı

suretiyle duruşmaya katılımının sağlanmaya çalışılması nedeniyle duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 4/12/2017 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.
8. Birinci Bölüm tarafından 29/1/2020 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:
 10. 1981 doğumlu olan başvurucu, silahlı terör örgütüne üye olma suçu ile başka suçlardan aldığı cezaların infazı kapsamında Kırıkkale F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda (İnfaz Kurumu) hükümlü olarak bulunmaktadır.
 11. Olayların geçtiği tarihte başvurucu, İnfaz Kurumunun C Blok 14 numaralı odasında kalmaktadır.
 12. İnfaz Kurumunda 7/5/2017 tarihinde hükümlü ve tutukluların akşam sayımı yapıldıktan sonra C Blok 14 ve 16 numaralı oda kapıları

Adil Yargılanma Hakkı

ile bahçe kapılarının kapatıldığı sırada başvuruçunun da aralarında bulunduğu bazı hükümlülerin kapıların erken kapatılmasını protesto etmek amacıyla oturma eylemi yaptığı iddia edilmiştir.

13. Başvuruçunun oturma eylemine katıldığı, odasına girmek istemediği ve infaz koruma memurlarına direnerek slogan attığı iddiaları nedeniyle hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır.

14. 7/5/2017 tarihli Olay Tutanağına göre anılan tarihte saat 19.40 civarında C Blok'ta sayım yapıldığı sırada başvuruçunun da aralarında bulunduğu DHKP-C terör örgütüyle bağlantılı suçlardan mahkûm oldukları ifade edilen hükümlülerin oda bahçelerinde oturma eylemi yapmaları ve odalarına girmek istememeleri üzerine vardiya görevlisi infaz koruma memurlarının kendilerine direnen hükümlülere zor kullandıkları ve hükümlülerin odalarına girmelerinin bu şekilde sağlandığı anlaşılmaktadır.

15. Başvuruçucu, oturma eylemine katılan ve haklarında disiplin soruşturması başlatılan diğer hükümlüler ile birlikte 10/5/2017 tarihinde ortak yazılı bir savunma hazırlayarak İnfaz Kurumu Müdürlüğü Disiplin Kurulu Başkanlığına (Disiplin Kurulu) sunmuştur. Başvuruçucu yazılı savunmasında özetle havalandırma hakkına ilişkin mevzuatın infaz koruma memurlarınca hatalı uygulandığını, bahçe kapılarının saat 08.00'de açılıp hava karardığında kapatılması gerekirken kapıların geç açılıp erken kapatıldığını, bu hususla ilgili olarak defalarca şikâyette bulunmalarına rağmen durumun değişmediğini, bu nedenle oturma eylemi yaptıklarını, eylemi sonlandırmak isteyen infaz koruma memurlarının ise kendilerine işkence yaptıklarını ileri sürmüştür.

16. Başvuruçucu yazılı savunmasında, havalandırma mevzuatının hatalı uygulandığı iddiasını kanıtlamak üzere son bir aya ilişkin kamera görüntülerinin izlenmesi talebinde de bulunmuştur.

17. Olayla ilgili ifadesine başvuruçulan infaz koruma memuru A.Ş. 10/5/2017 tarihli ifadesinde özetle olay tarihinde vardiya başmemuru olarak görev yapmakta olduğunu, bahçe kapılarının erken kapatıldığını iddia ederek bu durumu protesto etmek amacıyla oturma eylemi başlatan hükümlüleri eyleme son vermeleri hususunda birkaç kez

uyardıklarını, uyarılara rağmen eylemin sonlandırılmaması hâlinde yasal sınırlar çerçevesinde zor kullanılacağını bildirildiklerini, eylemin devam etmesi ve slogan atılması üzerine başvurusunun da aralarında bulunduğu hükümlülerin zorla odalarına alındığını ifade etmiştir. İfadesine başvuru diğer infaz koruma memurları da benzer yönde beyanda bulunmuşlardır.

18. Disiplin Kurulu 11/5/2017 tarihinde; başvurusunun oturma eylemi yaparak direnişte bulunduğu, sayıma engel olduğu ve slogan attığı gerekçesiyle gereksiz yere marş söyleme veya slogan atma disiplin suçundan 1 ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası, sayım yapılmasına karşı çıkma disiplin suçundan ise 5 gün hücreye koyma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

19. Başvurucu, anılan karara karşı Kırıkkale İnfaz Hâkimliğine (Hâkimlik) şikâyet başvurusunda bulunmuştur. Hâkimlik tarafından yazılan 19/9/2017 tarihli müzekkereyle; şikâyetin duruşmalı olarak inceleneceği, başvurusunun duruşma tarihi olan 10/10/2017 tarihinde saat 14.00'te Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) odasında hazır bulundurulurken Disiplin Kurulu kararı ile ilgili savunmasını vekâletnamesini ibraz etmesi suretiyle avukatı ile birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabileceği başvurusuna bildirilmiştir. Müzekerede ayrıca disiplin soruşturması aşamasında ifadesine başvuru A.Ş.'nin duruşmada tanık olarak dinleneceği hususunun A.Ş.'ye bildirilmesi ve tanığın duruşma tarihinde hazır edilmesi de istenmiştir.

20. Başvuru dosyasında anılan müzekkerenin İnfaz Kurumu idaresince başvurusuna tebliğ edildiğine dair herhangi bir bilgi veya belgeye rastlanmamıştır.

21. 10/10/2017 tarihli duruşmada SEGBİS odasında hazır bulundurulan başvuru; İnfaz Kurumunda işkence gördüğünü, işkence ile ilgili olarak suç duyurusunda bulunduğunu, baskı altında tutulduğu bir ortamda savunma yapamayacağını belirterek mahkeme huzurunda avukatı eşliğinde savunma yapmak istediğini beyan etmiştir. Hâkimlik, duruşmanın SEGBİS aracılığı ile yapılmasının ceza muhakemesi ilkelerinden yüz yüzelik ilkesine uygun olduğunu, bu yönde Anayasa

Adil Yargılanma Hakkı

Mahkemesi kararları bulunduğunu ve SEGBİS ile yapılan duruşmanın duruşma salonundakinden farklı olmadığını bildirmiştir.

22. Başvurucunun duruşma salonunda bulunma talebi Hâkimlikçe reddedilerek duruşmaya SEGBİS ile devam edilmesi üzerine başvurucu bunu kabul etmediğini, savunma hakkının engellendiğini ifade etmiştir.

23. Duruşma tutanağından, başvurucunun "*Savunma hakkımız engellenemez*" şeklinde slogan atması üzerine incelemenin bitirileceğinin bildirildiği ve başvurucuya son sözünün sorulduğu, başvurucunun "*Protesto ediyorum*" şeklinde cevap vermesini müteakip başka bir işlem yapılmaksızın incelemenin bitirildiği ve hükmün açıklandığı anlaşılmaktadır.

24. Hâkimliğin 10/10/2017 tarihli kararı ile başvurucunun Disiplin Kurulu kararına yaptığı itiraz reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde; 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun uyarınca hükümlü ve tutuklulara uygulanan disiplin cezalarına karşı yapılan şikâyet ve itirazların incelenmesinde duruşma açılması zorunluluğunun bulunmadığı belirtilmiş, buna rağmen başvurucunun meramının tam olarak anlaşılabilmesi için duruşma açılmasına karar verilmiş ise de başvurucunun açıklama yapmaktan kaçındığı ifade edilmiştir. Hâkimlik; İnfaz Kurumu görevlilerince düzenlenen tutanak, tanık beyanı ve tüm dosya kapsamına atıfta bulunarak başvurucuya uygulanan disiplin cezalarının hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.

25. Başvurucu 6/11/2017 tarihli dilekçesi ile duruşma salonunda bizzat hazır bulunarak ifade vermek istediği hâlde SEGBİS ile duruşmaya katılmaya zorlandığını, duruşma salonunda savunma yapma hakkının kullanılmadığını, tanıklara soru sormadığını belirterek karara itiraz etmiştir.

26. Kırıkkale 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 15/11/2017 tarihli kararıyla "*Ceza İnfaz Kurumunda uyulması gerekli düzene aykırı davranışın yaptırımının olması gerektiği, cezanın niteliğinin ve süresinin makul ve orantılı olduğu vicdani kanaatine [varıldığı]*" belirtilerek başvurucunun itirazı reddedilmiştir.

27. Nihai karar 21/11/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucu 4/12/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

28. 16/5/2001 tarihli ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun "İnfaz hâkimliklerinin görevleri" kenar başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi şöyledir:

"Hükümlü ve tutuklular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının kanun, veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak."

29. 4675 sayılı Kanun'un "İnfaz hâkimliğince şikâyet üzerine verilen kararlar" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir:

"Şikâyet başvurusu, 5 inci maddede yazılı sürenin geçmesinden sonra veya infaz hâkimliğinin görev ve yetki alanı dışında kalan bir işlem veya faaliyete karşı ya da başvuru hakkı olmayan kimselerce yapılmışsa infaz hâkimi, başvuru dilekçesini esasa girmeden reddeder; şikâyet başvurusu başka bir yargı merciinin görevi içerisinde ise o mercie gönderir."

Şikâyet başvurusu üzerine infaz hâkimi, duruşma yapmaksızın dosya üzerinden bir hafta içinde karar verir; ancak, gerek gördüğünde karar vermeden önce şikâyet konusu işlem veya faaliyet hakkında resen araştırma yapabilir ve ilgililerden bilgi ve belge isteyebilir; ayrıca ceza infaz kurumu ve tutukevi ile ilgili Cumhuriyet savcısının da yazılı görüşünü alır. (Ek cümle: 22/7/2010-6008 S.K/5.md.) Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. (Ek cümle: 22/7/2010-6008 S.K/5.md.) Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekaletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir. (Ek cümle: 22/7/2010-6008 S.K/5.md.) İnfaz hâkimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir."

İnfaz hâkimi, inceleme sonunda şikâyeti yerinde görmezse reddine; yerinde görürse, yapılan işlemin iptaline ya da faaliyetin durdurulmasına veya ertelenmesine karar verir."

Adil Yargılanma Hakkı

İnfaz hâkimi, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4/4/1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre inceleme ve işlemlerini yürütür ve kararını verir.

İnfaz hâkiminin kararlarına karşı şikayetçi veya ilgili Cumhuriyet savcısı tarafından, tebliğden itibaren bir hafta içinde Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre acele itiraz yoluna gidilebilir.

İtiraz, infaz hâkimliğinin kurulduğu yer ağır ceza mahkemesine ... yapılır. İnfaz hâkimi aynı zamanda bu mahkemenin üyesi olduğu takdirde itirazla ilgili karara katılamaz."

30. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 196. maddesinin (4) numaralı fıkrası *"Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır."* şeklinde iken 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 147. maddesi ile *"Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir."* şeklinde değiştirilmiştir. Bu KHK hükmü 1/2/2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun'un 142. maddesi ile aynen kabul edilmiştir.

31. 5275 sayılı Kanun'un 43. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar ziyaretçi görüşüne çıkarılmamasıdır.

2) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasını gerektiren eylemler şunlardır:

a) Sayım yapılmasına karşı çıkmak,

...

c) Sevke, nakle veya bunlarla ilgili olarak alınacak tedbirlere karşı çıkmak."

32. 20/9/2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) "Ceza infaz kurumunda bulunanlar" kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

" (1) Teknik altyapının hazır olması durumunda ceza infaz kurumunda bulunan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi, SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir.

(2) Talep eden makam, dinleme yapacağı kişinin kimlik bilgilerini, dinleme zamanını ve dinleme için yapılması gereken hazırlıkları ilgili ceza infaz kurumu yönetimine bildirir.

(3) İlgili ceza infaz kurumu görevlisi, ikinci fıkrada belirtilen talimatlar doğrultusunda, dinlenecek kişiyi, dinleme odasında hazır eder.

(4) Talep eden makam ayrıca belirtmediği sürece, dinlenecek kişinin dinleme talebinde belirtilen kişi olduğuna dair bir tutanak, ceza infaz kurumu görevlisince düzenlenir ve imzalanır."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

33. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

34. Duruşmada hazır bulunma hakkı Sözleşme'de açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarıyla, yargılamaya etkili katılım hakkaniyete uygun yargılanma hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir (*Colozza/İtalya*, B. No: 9024/80, 12/2/1985).

Adil Yargılanma Hakkı

35. AİHM, ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunmakta olan başvurucuların hukuk mahkemelerinde açtıkları davaların duruşmalarına götürülmeyerek duruşma salonunda hazır bulundurulmamalarının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği şikâyetini incelediği *Yevdokimov ve diğerleri/Rusya* (B. No: 27236/05,44223/05..., 16/2/2016) kararında ihlal sonucuna ulaşmıştır.

36. Anılan karara konu olayda, haklarında devam etmekte olan ceza kovuşturması kapsamında ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan başvurucular tutuklama sırasında üçüncü kişilerin hakaretine maruz kalmaları, gözaltı koşullarının kötü olması ve haksız gözaltı işlemleri gibi nedenlerle bazı kamu görevlileri hakkında şikâyette bulunmuş, hukuk mahkemeleri önünde tazminat davaları açmışlardır. Başvurucular, iddialarının inceleneceği bu davalarda bizzat duruşma salonunda hazır bulunarak duruşmalara katılmak istediklerine ilişkin taleplerini hukuk mahkemelerine ilettikleri hâlde duruşmalarda hazır bulundurulmamışlardır. Hukuk mahkemelerince, ceza infaz kurumundaki tutuklu veya hükümlülerin tarafı oldukları hukuk davalarına bizzat katılabilmeleri için ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transfer edilmelerine imkân sağlayan herhangi bir mevzuat hükmü bulunmaması gerekçe gösterilerek başvurucuların duruşmada hazır bulunma talepleri reddedilmiştir. Başvurucular duruşmada hazır bulundurulmamaları nedeniyle davanın karşı tarafınca sözlü olarak sunulan deliller hakkında bilgi sahibi olmadıklarını ve bunlara karşı kendi delillerini sunma hususunda dezavantajlı konuma düşürüldüklerini iddia etmişlerdir (*Yevdokimov ve diğerleri*, §§ 4-20).

37. AİHM, *Yevdokimov ve diğerleri* kararında başvurucuların iddialarının kabul edilebilir olduğuna karar verdikten sonra esasa ilişkin olarak yaptığı değerlendirmede Sözleşme'nin 6. maddesinin hukuk mahkemelerinde görülen duruşmalarda bizzat hazır bulunma hakkını açıkça garanti etmediğini, ancak bundan daha genel olarak kişiye davasını mahkemede etkili bir şekilde sunma ve silahların eşitliği ilkesine uygun olarak iddialarını ileri sürme olanağı tanınması gerekliliğini garanti ettiğini hatırlatmıştır (*Steel ve Morris/Birleşik Krallık*, B. No: 68416/01, 15/2/2005 §§ 59, 60). AİHM medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin davalarda adil yargılanma koşullarını yerine getirme yükümlülüğünün

ulusal makamlara ait olduğunu ifade etmiştir (*Dombo Beheer B.V./ Hollanda*, B. No: 14448/88, 27/10/1993, § 33).

38. AİHM, *Yevodkimov ve diğerleri/Rusya* kararında duruşmaya katılma veya duruşmada temsil edilme haklarının 6. maddenin birinci fıkrasında belirtilen hakkaniyete uygun yargılanma ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM bir hukuk davasının tarafı olan başvuruçunun davanın diğer tarafınca ileri sürülen kanıtlar hakkında bilgi sahibi olup olmadığı veya yorum yapıp yapmadığı, davanın karşı tarafına nazaran dezavantajlı konuma düşürülmeden davasının yürütülmesinde makul bir fırsata sahip olup olmadığı hususlarını incelemekle görevli olduğunu ifade etmiştir (*Yevodkimov ve diğerleri/Rusya*, § 22).

39. AİHM ceza infaz kurumunda bulunan tutuklu ya da hükümlülerin ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transfer edilmelerindeki zorlukları dikkate aldığını belirtmiştir. Böyle durumlarda kişinin duruşmada bizzat hazır bulunması yerine vekille temsil edilmesi silahların eşitliği ilkesine uygun olabilir. Ancak davacının duruşmaya bizzat katılması, davanın konusunun davacının karakteri ve yaşam şekliyle doğrudan ilgili olduğu ya da kişinin mevcut ve daha önceki davranışlarının verilecek kararı etkileme ihtimali bulunduğu durumlarda Sözleşme'nin 6. maddesinin gereklerinden biri olarak kabul edilmelidir (*Yevodkimov ve diğerleri/Rusya*, §§ 24, 25).

40. AİHM davacının kişisel katılımının gerekli olduğu medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda ceza infaz kurumundan duruşma salonuna getirilemeyen davacının video konferans bağlantısı kurulmak suretiyle duruşmaya katılımının sağlanmasının yargılamanın hakkaniyete uygun olarak yürütülmesi için usule yönelik dengeleyici bir seçenek olarak değerlendirilebileceğini belirtmiştir (*Vladimir Vasilyev/Rusya*, B. No: 28370/05, 10/1/2012, § 84).

41. Video konferans uygulaması, diğer hususların yanında tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transferleri nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargılamaların hızlandırılması amacını taşımaktadır (*Marcello Viola/İtalya*, B. No: 45106/04, 5/1/2007, § 70). Bu nitelikteki imkânlara başvurmak bizzat

Adil Yargılanma Hakkı

duruşmada hazır bulunma hakkının amaçlarıyla çelişmemektedir. Fakat tutuklunun veya hükümlünün yargılama sürecini takip edebilmesinin, duruşmada dinlenen insanları görebilmesinin ve sarf edilen ifadelerden haberdar olabilmesinin, ayrıca kendisinin de mahkeme, tanıklar ve diğer ilgililer tarafından görülmesinin ve dinlenmesinin teknik engeller bulunmaksızın garanti edilmesi gerekir (*Sakhnovskiy/Rusya* [BD], B. No: 21272/03, 2/10/2010, § 98; *Marcello Viola*, §§ 72-74).

42. Bu ilkelere göre somut olayı değerlendiren AİHM sonuç olarak hukuk mahkemelerinde görülen davaların başvuru sahiplerinin doğrudan duruşmada hazır bulunmalarını gerektiren bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda hukuk mahkemelerince herhangi bir değerlendirme yapılmadan sadece normatif düzenleme bulunmadığı gerekçesiyle başvuru sahiplerinin yokluklarında duruşma yapılmasının Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrası kapsamında duruşmada hazır bulunma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır (*Yevdokimov ve Diğerleri/Rusya*, §§48-53).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

43. Mahkemenin 6/2/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

44. Başvurucu, bireysel başvuru harç ve masraflarını karşılayacak geliri olmadığını beyan ederek adli yardım talebinde bulunmuştur.

45. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli ölçüde güçleştirmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvuru sahibinin açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

46. Başvurucu; duruşma salonunda bizzat hazır bulunarak savunma yapmak istediği hâlde SEGBİS ile duruşmaya katılmaya zorlandığını,

duruşma salonunda bizzat savunma yapma hakkının kullandırılmadığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

47. Bakanlık görüşünde; SEGBİS ile ilgili mevzuat hakkında açıklamalarda bulunularak SEGBİS yönteminin hangi durumlarda uygulanabileceğinin, hangi merciin bu yöntemin kullanılmasına karar verme yetkisine sahip olduğunun ve ses-görüntü bağlantısı için gerekli olan teknik altyapıya ilişkin koşulların ilgili mevzuatta açık bir şekilde düzenlendiği belirtilmiştir. Görüş yazısında; SEGBİS ile ifadesi alınanların duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı bulunduğu, yargılama makamının ve duruşmada hazır bulunan diğer kişilerin de aynı şekilde ifade alma, beyanda bulunma ve soru yöneltme gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirebilme imkânına sahip oldukları, başka bir ifadeyle SEGBİS'in içerdiği bu özellikler sayesinde yargılamanın unsurlarından biri olan yüz yüzelik ilkesinin gerçekleştiği belirtilmiştir.

48. Bakanlık görüşünde ayrıca; somut olayın özellikleri, davanın niteliği, dava konusunun karmaşık olup olmadığı, başvurunun içinde bulunduğu durum ve yargılamanın aşaması ile birlikte yargılama faaliyetinin bütünü gözönüne alındığında başvurucuya savunmasını hazırlaması ve itirazlarını mahkeme önünde etkili bir şekilde ileri sürebilmesi için makul bir süre tanındığı, gerekli olan tüm bilgilere ulaşma imkânı verildiği belirtilmiştir. Görüş yazısında; duruşmanın SEGBİS yoluyla yapılmış olmasının başvurunun yargılmasının makul bir süre içerisinde sonuçlandırılması amacına uygun olduğu, bu suretle adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının yerine getirildiği ifade edilmiştir.

2. Değerlendirme

49. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

Adil Yargılanma Hakkı

50. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddiaları adil yargılanma hakkı kapsamında duruşmada hazır bulunma hakkı yönünden incelenmiştir.

51. Anayasa Mahkemesi daha önce sesli ve görüntülü bilişim sisteminin kullanılmasını, *Erdal Korkmaz ve diğerleri* başvurusuna ilişkin kararında *kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı* yönünden ele almıştır (*Erdal Korkmaz ve diğerleri*, B. No: 2013/2653, 18/11/2015, §§ 98-105). Karara konu olayda silahlı terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin olarak başlatılan soruşturma kapsamında tutuklanan başvurusular, tutukluluk incelemesini yapan hâkim huzuruna çıkarılmadıklarını ve incelemenin SEGBİS vasıtasıyla yapıldığını belirterek anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir (*Erdal Korkmaz ve diğerleri*, § 98). Anılan kararda, SEGBİS'in duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı sağladığı ve bu sistemde yargılamanın taraflarının yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirilebildikleri vurgulandıktan sonra SEGBİS vasıtasıyla yapılan yargılamada yüz yüzelik ilkesinin sağlandığı ifade edilmiştir (*Erdal Korkmaz ve diğerleri*, § 103).

52. Anayasa Mahkemesi daha önce başvurusuların ses ve görüntü aktarımı suretiyle duruşmaya katılımlarının sağlanmasını *adil yargılanma hakkı* kapsamındaki *duruşmada hazır bulunma hakkı* yönünden kapsamlı bir şekilde değerlendirmemiştir. Dolayısıyla infaz hâkimlikleri tarafından yürütülen yargılamalarda adil yargılanma hakkı kapsamındaki *duruşmada hazır bulunma hakkına* yönelik müdahalelerle ilgili ilk esaslı değerlendirme bu kararda yapılacaktır.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

53. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme'nin ve Sözleşme'ye Türkiye'nin de taraf olduğu ek

protokollerin kapsamına girmesi gerekir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvurunun kapsamında değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

54. Sözleşme'nin 6. maddesinde, adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular, Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz (*Onurhan Solmaz*, § 23).

55. Başvuruya benzer olaylarda uygulanacak ilkeler Anayasa Mahkemesinin *Cihan Yeşil* (B. No: 2013/8635, 6/5/2015, § 35) kararında ortaya konmuştur. Adı geçen kararla başvuruçunun yirmi gün süreyle hücreye koyma disiplin cezasının infazıyla haberleşme veya iletişim araçlarından ve ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılması sonucu ortaya çıkacağından disiplin cezasının kişisel hak ve bu bağlamda medeni hak niteliğinde olduğu, söz konusu disiplin cezasından dolayı yaptığı şikâyetin İnfaz Hâkimliği tarafından incelenmesinin de medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık kapsamında kaldığı kabul edilmiştir.

56. Somut olayda da başvuruçunun hücre cezasının infazından dolayı haberleşme veya iletişim araçlarından ve ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılacağından hücreye koyma disiplin cezasının da medeni hak niteliğinde olduğu kabul edilmelidir (benzer yöndeki değerlendirme için bkz. *Cihan Yeşil*, § 35). Dolayısıyla başvuruçunun hakkında uygulanan disiplin cezaları nedeniyle yaptığı şikâyetin infaz hâkimliği tarafından incelenmesinin *medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlık* kapsamında kaldığının ve dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinin uygulanmasının mümkün olduğunun kabul edilmesi gerekir.

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

b. Esas Yönünden

i. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

58. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa'nın anılan maddesinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak iddia ve savunma hakkına birlikte yer verilmesi, taraflara iddia ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir (*Mehmet Fidan*, B. No: 2014/14673, 20/9/2017, § 37).

59. Anayasa'nın 36. maddesine "...ile adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. AİHM Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılama kavramından hareket ederek adil yargılanma hakkının gereklerini saptamıştır. Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında adil yargılanma hakkının gereklerinden birinin de duruşmada hazır bulunma hakkı olduğunu birçok kararında vurgulamıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının duruşmada hazır bulunma hakkını da kapsadığının kabul edilmesi gerekir.

60. Tarafların duruşmada hazır bulunma hakkı hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil duruşma sürecini dinlemeyi, takip etmeyi, iddia/savunmaları destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Dolayısıyla duruşmada hazır bulunma hakkının tarafların yargılamaya etkili katılmaları ile doğrudan ilişkisi vardır. Medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin uyuzmazlıklar da dâhil olmak üzere tarafların duruşmada hazır bulunmasının sağlanması çelişmeyi gerçekleştirmektedir. Böylelikle taraflar gösterdikleri kanıtlardan ve sundukları görüşlerden bilgi sahibi olmakta ve bunlarla ilgili görüşlerini bildirebilme imkânını elde etmektedir.

61. Diğer taraftan medeni hak ve yükümlölöklere ilişkin uyuzmazlıklar açısından tarafların duruşmada hazır bulunması, onların iddia ve

savunma imkânlarını doğrudan kullanmalarına ve uyuşmazlıkla ilgili olan taleplerini huzurda açıklamalarına olanak tanımaktadır. Taraflar duruşmada bizzat hazır bulunmak suretiyle teknik ve fiziksel engeller bulunmaksızın delillerini ileri sürebilmekte ve diğer tarafça gösterilen delillere itiraz etmek ve davasını bizzat savunmak suretiyle kararı etkileme imkânını elde etmektedir.

62. Somut olayda başvuruçunun duruşma salonunda bizzat hazır bulunma talebinin Hâkimlikçe reddedilmesi ve SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmaya çalışılması nedeniyle başvuruçunun duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

63. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan duruşmada hazır bulunma hakkı mutlak olmayıp sınırlamalara konu olabilir. Ancak yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

64. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

65. Bu sebeple müdahalenin somut başvuruya ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan, kanun tarafından öngörülmeye, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1). Kanunilik

66. Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmakta olan başvuruçunun İnfaz Hâkimliğince açılan duruşmada bizzat hazır bulunma talebinin reddedilmesi 4675 sayılı Kanun'un 6. maddesinin yollamasıyla 5271 sayılı Kanun'un 196. maddesinin (4) numaralı fıkrasına dayanmaktadır. Dolayısıyla anılan müdahalenin *kanunilik* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2). Meşru Amaç

67. Anayasa'nın 141. maddesinde yargıya davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi de verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça uyumsuzlukların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir (AYM, E.2013/85, K.2013/95, 22/9/2010). Dolayısıyla tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transferleri nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargulamaların hızlandırılması sebebiyle duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin usul ekonomisinin gerçekleştirilmesine yönelik meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

iii. Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

68. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

69. Buna göre duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için amacı gerçekleştirmeye *elverişli* olmasının yanında *gerekli* olması da gerekir. *Gereklilik* yukarıda da ifade edildiği üzere hakka müdahale teşkil eden birden fazla araç arasından hakkı en az zedeleyen aracın seçilmesini ifade etmektedir. Buna göre hak ve özgürlüğü sınırlayan tedbirlerden hangisi diğerlerine nazaran hakkın norm alanına daha az müdahale edilmesi sonucunu doğuruyorsa o tedbirin tercih edilmesi gerekir. Bununla birlikte hakka müdahale oluşturacak aracın seçiminde kamu otoritelerinin belli ölçüde takdir payının bulunduğu da kabul edilmelidir. Zira yetkili

kamu makamları, öngörülen amaca ulaşılması bakımından hangi aracın etkili ve verimli sonuçlar doğuracağına ilişkin olarak isabetli karar verme noktasında daha iyi bir konumdadır. Özellikle alternatif aracın bulunmadığı veya mevcut alternatiflerin öngörülen meşru amaca ulaşılması bakımından etkili olmadığı ya da daha az etkili olduğu durumlarda kamu makamlarının araç seçimi hususundaki tercih yetkisinin *gereklilik* kriterini sağlamadığının söylenebilmesi için çok güçlü nedenlerin bulunması gerekir.

70. Duruşmada hazır bulunma asıldır ve bu hak istisnai olarak sınırlandırılabilir. Duruşmada hazır bulunma hakkı, ceza hukukunun çekirdeğini oluşturan konularda daha katı bir biçimde uygulanırken anılan kategorilere girmeyen medeni hak ve yükümlülöklere ilişkin uyuşmazlıklarda daha esnek şekilde uygulanabilir. Bu durumda bile gerçekleştirilen işlemin niteliği ile davanın özelliklerinden ötürü ilgili tarafın duruşma salonunda fiziksel olarak yer alması gerekebilir. Bazı durumlarda ilgili tarafın ses ve görüntüsünün duruşma salonuna aktarılması, onun duruşmada hazır bulunmasına nazaran daha az menfaat sağlayabilir. Bu bakımdan duruşmada hazır bulunma kural olduğundan istisnai durum olan duruşmada bulunmayı gerekli kılmayan koşulların somut olayda gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla *gereklilik ilkesi* yönünden duruşmada hazır bulunma hakkı ancak olayın koşullarının *zorunlu kıldığı* durumlarda sınırlandırılacaktır. Bu bakımdan duruşmada hazır bulunma hakkını sınırlayan herhangi bir tedbirin öncelikle *gerekli* olduğunun gösterilmesi gerekir.

71. Dolayısıyla ölçölölük ilkesi açısından -duruşmada hazır bulunma ilgili usul hukuku kurallarına göre zorunlu olsun ya da olmasın- başvuruçuların kişisel özellikleri ve davranışları gibi duruşmada hazır bulunmayı zorunlu kılan olguların bulunup bulunmadığı, yargılamanın niteliği, şekli ve teknik nitelikte bir incelemeden ibaret olup olmadığı hususları da değerlendirilmelidir. Özellikle geleneksel ceza hukuku kategorilerine dâhil olmayan veya medeni hak ve yükümlölöklere ilişkin uyuşmazlıklarda delil ve ifadelerin sözlü olarak sunulmasını veya tanıkların sorgulanmasını gerektirecek -inandırıcılıkla ilgili- sorunların ya da kişilerin duruşmada bizzat bulunmasını zorunlu kılacak olayların var olmadığı, taraflara iddialarını yazılı olarak sunma ve aleyhindeki

Adil Yargılanma Hakkı

delillere itiraz etme imkânının tanındığı hâllerde kişilerin duruşmada bizzat bulunması gerekli görülmeyebilir. Bu çerçevede uyuşmazlığın tarafının duruşmada hazır bulunmasını zorunlu kılan bir olgunun yokluğu derece mahkemelerince somut ve olaya uygun bir gerekçeyle ortaya konulmalıdır.

72. Bilindiği üzere SEGBİS, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nde (UYAP) ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemi olarak tanımlanmaktadır (*Erdal Korkmaz ve diğerleri*, § 99). Esasen SEGBİS'in suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar ile medeni hak ve yükümlülüklerle -ve bu bağlamda cezaların infazına- ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması kategorik olarak Anayasa'ya aykırı bir durum değildir. Aksine kişilerin duruşmalara sesli ve görüntülü bir bilişim sistemi kullanılarak katılmalarına imkân tanınması veya adli merciler önünde kendilerini sözlü olarak ifade edebilmeleri bizatihi bu kişilerin adli süreçlere katılımlarını büyük ölçüde kolaylaştıran bir işleve sahiptir. Bu itibarla Türk hukuk uygulamasında yakın dönemde gerçekleştirilen en önemli projelerden biri olan UYAP'ın ve bunun bir parçası olan SEGBİS'in adil yargılanma hakkı bağlamında sağladığı yararlar ve bu sistemlerin geliştirilerek uygulanmaya devam edilmesinin önemi inkâr edilemez.

73. Bununla birlikte SEGBİS'in kullanılması yoluyla duruşmaya katılmanın duruşmada bizzat hazır bulunmaya göre kişilere kendilerini yargı makamları önünde sözlü olarak ifade etme ve yargılama sürecine aktif olarak katılım sağlama yönünden daha sınırlı bir menfaat sağladığı da gözardı edilmemelidir. Bu durumda kişinin duruşmada bizzat hazır bulunma hakkına belirli ölçüde sınırlama getiren bir uygulama olan SEGBİS vasıtasıyla duruşmaya katılımının neden gerekli olduğu derece mahkemelerince gösterilmelidir. Bu gerekliliğin ortaya konulması bağlamında, kişilerin duruşmada bizzat hazır bulunmayı talep etmelerine rağmen SEGBİS yoluyla katılımlarının neden yeterli görüldüğünün ve duruşmada bizzat hazır bulunmayı imkânsız hâle getiren veya büyük ölçüde zorlaştıran koşulların neler olduğunun ifade edilmesi gerekir. Bu çerçevede talepte bulunan kişilerin duruşmada bizzat hazır bulunmasına imkân sağlayan alternatif tedbirlerin uygulanabilirliğinin hatırdâ tutulması önemlidir. Duruşmada bizzat hazır bulunmanın

önemine istinaden kanun koyucu da 5271 sayılı Kanun'un uygulandığı durumlarda hâkim veya mahkemenin ancak *zorunlu gördüğü durumlarda* görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle duruşmalara katılıma karar verilebileceğini düzenlemiştir.

74. Müdahalenin *gerekli* olduğunun ortaya konulduğu hâllerde ise başvuru konusunun duruşmada hazır bulunmamasının yargılamanın adilliğine bir bütün hâlinde zarar verip vermediği ölçülülük ilkesinin diğer bir unsuru olan *orantılılık* açısından gözönüne alınmalıdır. Bu kapsamda duruşmada bizzat hazır bulundurulmayan tarafın diğer tarafça ileri sürülen görüşler ve kanıtlar hakkında bilgi sahibi olup olmadığı veya bunlara yorum yapıp yapmadığı, dezavantajlı duruma düşürülmeksizin davaya etkili katılımının sağlanmasında makul bir fırsata sahip olup olmadığı hususları detaylı bir incelemeye tabi tutulmalıdır. *Orantılılık* açısından yapılacak değerlendirmede, yokluğunda gerçekleştirilen işlemin ilgili tarafın duruşmada fiziken hazır bulunmasını gerektiren (esaslı) nitelikte bir işlem olup olmadığına da bakılmalıdır.

75. Diğer taraftan duruşmada hazır bulunma hakkından açıkça veya örtülü şekilde feragat edilmesi mümkündür. Her iki durumda da feragatin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması ve aynı zamanda kamu yararına aykırılık taşımaması gerekir. Duruşmada hazır bulunma hakkından feragat, ilgili tarafa bu haktan vazgeçmesiyle orantılı asgari güvenceler sağlanmadıkça kamu yararına uygunluk taşımayabilir. Ayrıca örtülü feragatin geçerli olabilmesi için feragat eden tarafın söz konusu eylemlerinin sonuçlarını makul olarak öngörebileceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Dolayısıyla yetkili yargı organlarının bu konuda varsayıma dayalı bir değerlendirme yapmaması gerekir.

(b). İlkelerin Olaya Uygulanması

76. Başvuru konusu olayda Hâkimlik, ilgili mevzuat hükümlerine göre disiplin cezalarına karşı şikâyet ve itirazların duruşmalı incelenmesi şartı ve zorunluluğu bulunmadığına da vurgu yaparak başvuru konusunun şikâyetlerinin neden ibaret olduğunun bir kez daha açıklanması için duruşmalı inceleme yapmaya karar vermiştir. Duruşma tarihinde başvuru konusunun İnfaz Kurumunda bulunan SEGBİS odasında hazır edilerek duruşmaya video konferans bağlantısı üzerinden katılması

Adil Yargılanma Hakkı

istenmiştir. Başvurucunun anılan yöntemle savunma yapmak istemediğini bildirmesi üzerine Hâkimlikçe aşağıdaki şekilde bir ara kararı verilmiştir:

"GD. Segbis'in Anayasa Mahkemesinin 20/01/2017 tarih ve 2016/12905 başvuru numaralı kararında segbis yoluyla alınan beyanların yüz yüzelik ilkesinin sağladığı yönündeki kararı okundu, segbis'in duruşma salonunda gibi olduğu ifade edildiği görülmekle filen getirilme talebinin reddine karar veril[di.] [A]çık inceleme devam olundu."

77. Hâkimlikçe daha sonra başka bir işlem yapılmaksızın dosyadaki mevcut yazılı bilgi ve belgeler değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmış ve başvurunun disiplin cezalarına karşı itirazı reddedilmiştir.

78. Ölçülülük ilkesi açısından ilk olarak müdahalenin *elverişli* olup olmadığı incelenmelidir. Somut olayda İnfaz Kurumunda hükümlü bulunan başvurunun SEGBİS yoluyla duruşmaya katılımının sağlanmak istenmesinin amacının ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transferi nedeniyle oluşabilecek gecikmelerin azaltılması ve yargılamanın hızlandırılmasıdır. Hâkimlik, SEGBİS yönteminin yüz yüzelik ilkesini karşıladığı ve duruşma salonuna transfere ihtiyaç bulunmadığı inancındadır. Buna göre yargılamanın uzun sürmemesi gibi meşru bir amaca ağırlık verilerek duruşmada hazır bulunma hakkına sınırlama getirilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Başvurucunun duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin makul sürede yargılama yapılması amacına ulaşılması bakımından *elverişli* bir araç olduğu söylenebilir.

79. İkinci olarak müdahalenin *gerekli* olup olmadığı incelenmelidir. Somut olayda başvurucuya hücre ve ziyaret yasağı cezaları verilmiş olup başvuru, İnfaz Hâkimliği önünde bu cezaları şikâyet etmiştir. Başvuruya konu uyuşmazlığın -klasik idari veya hukuk yargılamalarından farklı olsa bile- medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olduğu ve bu tür uyuşmazlıklarda duruşmada hazır bulunma hakkının daha esnek uygulanabileceği tartışmasızdır. Dolayısıyla infaz hâkimliği tarafından şikâyet incelemelerinde başvuruda bulunanların her durumda duruşmada bizzat hazır bulundurulması gerekmeyebilir. Nitekim 4675 sayılı Kanun'un 6. maddesinde infaz hakimliği tarafından yapılacak

incelemelerin kural olarak dosya üzerinden gerçekleştirileceği ancak disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkiminin hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verebileceği belirtilmiştir.

80. Diğer taraftan somut olaydaki disiplin cezasına ilişkin uyuşmazlık -medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin bir uyuşmazlık olsa bile- niteliği itibarıyla klasik yazılı yargılama usulünün uygulandığı bir yargılama değildir. Nitekim kanun koyucu da infaz hâkiminin ilgili Kanun'da hüküm bulunmayan hâllerde 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre inceleme ve işlemlerini yürütüp karar vereceğini düzenlemiştir (bkz. § 29).

81. Somut olayda başvurunun disiplin cezasına konu eylemleri, temel olarak İnfaz Kurumu idaresinin uygulamalarına karşı gelmesinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca başvuru, infaz koruma memurları hakkında kendisine şiddet uyguladıkları iddiasıyla suç duyurusunda bulunmuş olması nedeniyle İnfaz Kurumunda iddia ve savunmalarını etkili bir şekilde ileri süremeyeceğini belirterek duruşma salonunda hazır bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir. Buna karşılık Hâkimliğin duruşmada bizzat hazır edilmemesini gerekli kılan koşulları belirtmeden başvurunun SEGBİS aracılığıyla dinlenilmesi yoluna gittiği görülmektedir.

82. Bu bağlamda Hâkimlik kararında, başvurunun temel olarak ceza infaz kurumunun uygulamalarına karşı gösterdiği tepkiden dolayı maruz kaldığı disiplin yaptırımının şikâyete konu edildiğinin dikkate alındığı yönünde bir açıklama mevcut değildir. Dahası kararda başvurunun ceza infaz koruma görevlilerinin kötü muamelesi nedeniyle bu kişiler hakkında suç duyurusunda bulunması dolayısıyla İnfaz Kurumu koşullarında baskı altında bulunduğunu ifade etmesi değerlendirmeye konu olmamıştır. Hâkimlikçe başvurunun duruşmada bizzat hazır bulunma talebi kabul edilmezken yalnızca "*SEGBİS yönteminin yüz yüzelik ilkesini sağladığı*" şeklinde kategorik bir gerekçeye dayanılmıştır. SEGBİS'in her türlü uyuşmazlığa ilişkin yapılan tüm duruşmalarda uygulanmasını olaysal bir incelemeye bağlı kılmaksızın mümkün kılan böyle bir değerlendirme Anayasa'da teminat altına alınan adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan duruşmada hazır bulunma hakkını

Adil Yargılanma Hakkı

tümüyle etkisizleştirebileceği gibi- 4675 sayılı Kanun'un atıf yaptığı- 5271 sayılı 196. maddesiyle de bağdaşmamaktadır. Zira anılan maddede SEGBİS'in ancak zorunlu görülen durumlarda uygulanması gerektiği ifade edilmiştir (bkz. § 30).

83. Öte yandan başvuru görece büyük sayılmayacak nüfusa ve merkezî yerleşime sahip olan Kırıkkale ilindeki bir ceza infaz kurumunda hükümlü olup başvuru şikâyeti de aynı ilde bulunan Kırıkkale İnfaz Hâkimliğince incelenmiştir. Buna karşılık Hâkimlik tarafından başvuru bizzat duruşmada hazır bulunma talebi kabul edilmezken aynı şehir merkezinde bulunan bir ceza infaz kurumundan adliyeye getirilmesinin neden güç olduğu açıklanmamıştır. Başvuru tutulu olduğu İnfaz Kurumunun F Tipi yüksek güvenlikli kapalı bir ceza infaz kurumu olması dolayısıyla başvuru adliyeye intikalinde güvenlik sorunu olduğu yönünde bir gerekçe de bulunmamaktadır. Ayrıca 4675 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde infaz hâkiminin gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabileceği bir seçenek olarak düzenlenmiştir. Buna göre adliyeye getirilemiyorsa dahi başvuru ceza infaz kurumunda da kendisini sözlü olarak ifade etmesine imkân bulunduğu anlaşılmaktadır. Duruşma tarihinde duruşma salonu yerine hükümlünün kendisini ceza infaz kurumunda hâkim huzurunda bizzat sözlü olarak ifade etmesine yönelik makul bir çaba gösterildiğine dair bir veriye de ulaşılamamıştır.

84. Son olarak Hâkimlik önünde şikâyete konu disiplin yaptırımının dayanağını oluşturan olayla ilgili olarak İnfaz Kurumu idaresi tarafından soruşturma yürütülürken çeşitli tanıkların ifadelerine başvurulmuş, Hâkimlik de duruşma sırasında tanık ifadesine başvurulacağını bildirmiştir. Bununla birlikte başlangıçta tanık dinlemeyi de içerecek şekilde duruşma yapmayı gerekli gören Hâkimlik başvuru hazır bulundurmadığı duruşmada tanık dinlemekten vazgeçtiği gibi şikâyeti de esastan reddetmiştir. Dolayısıyla somut olayda Hâkimlik sonuca etkili olabilecek bir karar ile esas hakkındaki kararı başvuruya duruşmaya katılma olanağı vermeden almıştır. Başvuru duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmemiş aksine SEGBİS ile ifade vermek istemediğini,

bizzat duruşmada bulunmayı talep ettiğini dile getirmiştir. Buna karşılık Hâkimliğin başvuruçunun duruşmaya katılmasını sağlamak için yukarıda değinilen alternatif yöntemleri denediğini veya dikkate aldığını gösteren bir olgu mevcut değildir.

85. Dolayısıyla somut olayda başvuruçunun duruşmaya bizzat katılması yönünde hiçbir çaba içine girilmemiş, aynı şehir merkezinde bulunan bir ceza infaz kurumundan duruşmaya katılamamasının niçin *gerekli* görüldüğü de açıklanamamıştır. Bu çerçevede Hâkimlikçe hiçbir alternatif değerlendirilmeden ve olaya özgü somut gerekçeler de sunulmadan -genel ve kategorik bir yaklaşımla- başvuruçunun duruşmada hazır bulunma talebi reddedilmiştir. Uyuşmazlığın bizzat duruşmada bulunmayı gerektiren bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususunda Hâkimlikçe herhangi bir değerlendirme yapılmadan genel ve kategorik bir sebeple başvuruçunun yokluğunda duruşma yapılması ve duruşmada hazır bulunma hakkına müdahale için en uygun aracın seçilmemesi müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna yol açmıştır.

86. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve M.Emin KUZ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmışlardır.

Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

C. İşkence ve Kötü Muamele Yasağının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvuruçunun İddiaları

87. Başvuruçucu; infaz koruma memurlarının saldırısına uğradığını ve işkence gördüğünü, işkence uygulayan koruma memurları hakkında yasal işlem yapılmadığını ve tedavi ettirilmediğini belirterek işkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

88. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesi şöyledir:

"Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır."

89. 6216 sayılı Kanun'un *"Bireysel başvuru hakkı"* kenar başlıklı 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

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

90. Yukarıda belirtilen Anayasa ve Kanun hükümleri gereğince Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir kanun yoludur. Bireysel başvuru yolunun ikincilik niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, § 17).

91. Öte yandan 6216 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının tamamının bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması, başka bir deyişle bireysel başvuru yapıldığı tarihte başvuru koşullarının tamamının sağlanmış olması gerekir. Bununla birlikte bir başvuru yolu yoksa ya da olan başvuru yolları etkili değilse Mahkeme somut olayın koşullarını dikkate alarak başvurunun incelenmesine karar verebilir (*Ümit Ata*, B. No: 2012/254, 6/2/2014, § 33).

92. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanan kötü muamele yasağına ilişkin olarak devletin pozitif yükümlülüğü kapsamında etkili bir hukuk mekanizmasının olması ve bu mekanizmanın sadece teorik değil pratik olarak da işlemesi gereklidir. Mevcut hukuk sisteminde teorik olarak etkili bir hukuk mekanizması olmadığı söylenemez. Bununla birlikte bu mekanizmanın pratik olarak

etkili işlemesi her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir (Onur Cingil, B. No: 2013/7836, 16/4/2015, § 48).

93. Somut olayda başvuru ceza infaz kurumunda işkence gördüğü iddiasıyla ilgili olarak sadece Savcılığa suç duyurusunda bulunduğunu soyut olarak ileri sürmüş, suç duyurusuna ilişkin şikâyet dilekçesini başvuru formu ekinde sunmamıştır. Başvurucu, bu suç duyurusuna ilişkin başvurusunun Savcılıkça etkin bir şekilde soruşturulmadığına ya da sonuçsuz kaldığına yönelik bir bilgi veya belge sunmamış, başvuru yollarını usulüne uygun bir şekilde tüketmemiştir. Başvurucunun anılan şikâyetine ilişkin başvuru yollarını tüketmeden doğrudan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunması, bireysel başvurunun *ikincil niteliği* ile bağdaşmamaktadır. Başvurucunun şikâyetine konu iddialar dikkate alındığında başvuru yollarının tüketilmesi kuralına istisna tanınmasını gerektiren bir durumun olmadığı görülmektedir.

94. Açıklanan gerekçelerle işkence ve kötü muamele iddiaları ile ilgili olarak idari ve/veya yargısal başvuru yolları tüketilmeden bireysel başvuru yapıldığı anlaşıldığından başvurunun bu kısmının *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

95. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

96. Başvurucu, ihlalin tespiti talebinde bulunmuştur.

Adil Yargılanma Hakkı

97. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

98. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

99. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri

yerine getirmektir. (Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aliğül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67).

100. İncelenen başvuruda duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

101. Bu durumda duruşmada hazır bulunma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme iğereren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Kırıkkale İnfaz Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. 1. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. İşkence ve kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

C. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Burhan ÜSTÜN, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Adil Yargılanma Hakkı

D. Kararın bir örneğinin duruşmada hazır bulunma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Kırıkkale İnfaz Hâkimliğine (E.2017/931, K.2017/1529) GÖNDERİLMESİNE,

E. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
6/2/2020 tarihinde karar verildi.

DEĞİŞİK GEREKÇE

16.5.2001 tarih ve 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanununun “İnfaz hâkimliğince şikâyet üzerine verilen kararlar” başlıklı 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası “...Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. **Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekaletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir...**” hükmünü öngörmektedir. Anılan hükmün gerekçesinde “... Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi’nin 6 ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının kapsam ve mahiyeti dikkate alınarak, **hükümlü veya tutuklulara verilen disiplin cezalarına karşı yapılan şikâyet başvurularında infaz hâkiminin, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan sonra karar vermesini sağlamak amacıyla değişiklik yapılması öngörülmektedir...**” denilmektedir.

Anılan yasal düzenlemenin açık hükmü ve gerekçesi karşısında, başvurucunun kendisi hakkında verilen “bir ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma” ve “beş gün hücreye koyma” disiplin cezalarına karşı infaz hâkimliğine yapmış olduğu şikâyet üzerine, anılan hâkimliğin her halûkârda başvurucunun savunması şifahi şekilde, ya bizzat duruşmada dinlemek ya da ceza infaz kurumuna giderek dinlemek suretiyle alması zorunlu bulunmaktadır. Oysa derece mahkemesi mecburi olan bu usul yerine başvurucuyu SEGBİS sistemiyle dinlemek istemiş, başvurucunun buna muvafakat etmemesi nedeniyle de dosya üzerinden yaptığı inceleme üzerine şikâyet başvurusunu reddetmiştir. Dolayısıyla, derece Mahkemesinin bu kanunilik şartını yerine getirmemesi suretiyle verdiği

karar ve bu karara karşı yapılan itirazın reddine dair mahkeme kararı başvuruçunun “bizzat dinlenmek; savunmasının huzurda alınması” hakkını açıkça ihlâl etmiştir.

Açıklanan nedenle, başvuruçunun adil yargılanma hakkının bu nedenle ihlâl edilmiş olduğuna karar verilmesi gerektiğini değerlendirdiğimden; çoğunluk kararına bu değişik gerekçeyle katılıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞI OY

Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa'nın anılan maddesinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak iddia ve savunma hakkına birlikte yer verilmesi, taraflara iddia ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir (Mehmet Fidan, B. No: 2014/14673, 20/9/2017, § 37).

Anayasa'nın 36. maddesine "...ile adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. AİHM Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılama kavramından hareket ederek adil yargılamanın gereklerini saptamıştır. Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında adil yargılanma hakkının gereklerinden birinin de duruşmada hazır bulunma hakkı olduğu, AİHM'in birçok kararında vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının duruşmada hazır bulunma hakkını da kapsadığının kabul edilmesi gerekir.

Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrasında da “Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır.” Denilerek mahkemelere -istisnalar dışında-

Adil Yargılanma Hakkı

duruşmaları açık yapma yükümlülüğü yüklenmiştir. Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği anılan Anayasa kuralı da duruşmada hazır bulunma hakkının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Anayasa'nın 141. Maddesinde geçen duruşma kavramının doğası, davanın taraflarının o duruşmada hazır bulunmalarını gerektirir. Taraflardan bağımsız bir duruşma düşünülemez. Duruşmanın amacı tüm tarafların delillerle temasını ve bu delillerin taraflarca tartışılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla açılan bir duruşmada hazır bulunmak, davanın tarafları yönünden işin doğasından kaynaklanan bir haktır.

Davacının duruşmada hazır bulunma hakkı hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ilkesine ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil, duruşma sürecini dinlemeyi, takip etmeyi, iddia/savunmaları destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Dolayısıyla duruşmada hazır bulunma hakkının tarafların yargılamaya etkili katılmaları ile doğrudan ilişkisi vardır. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda da dahil olmak üzere tarafların duruşmada hazır bulunmasının sağlanması, çelişmeyi gerçekleştirmektedir. Böylelikle taraflar gösterdikleri kanıtlardan ve sundukları görüşlerden bilgi sahibi olmakta ve bunlarla ilgili görüşlerini bildirebilme imkânı elde etmektedir.

Ceza yargılamasında hakkaniyete uygun bir yargılamanın en önemli unsuru olan savunma hakkının sağlanabilmesi için sanığın duruşmada hazır bulunma olanağına sahip olması gerekir. Duruşmada hazır bulunma hakkı, kişinin kendi davasının duruşmasına bizzat veya bir müdafii ile birlikte katılması anlamına gelmektedir. Böylelikle sanık, huzurunda sunulan delilleri tartışılmasını sağlayarak aleyhinde olanları çürütme ve mahkemenin vereceği kararı etkileme imkânı bulacaktır. Sanık böylelikle savunmasının doğruluğunu ispatlayabilecektir. Mahkeme de anılan hak vesilesiyle sanığın kişisel özellikleri hakkında izlenim elde edebilecektir. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar açısından da tarafların duruşmada hazır bulunması, onların iddia ve savunma imkânlarını doğrudan kullanmalarına ve uyuşmazlıkla ilgili olan taleplerini huzurda açıklamalarına olanak tanımaktadır. Taraflar duruşmada bizzat hazır bulunmak suretiyle teknik ve fiziksel engeller

bulunmaksızın delillerini ileri sürebilecek diğer tarafça gösterilen delillere itiraz edebilecek ve davasını bizzat savunmak suretiyle kararı etkileme imkânını elde edecektir.

Somut olayda başvuruçunun duruşma salonunda bizzat hazır bulunma talebinin Hâkimlikçe reddedilmesi ve SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmaya çalışılması nedeniyle başvuruçunun duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan duruşmada hazır bulunma hakkı mutlak olmayıp sınırlamalara konu olabilir. Ancak yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Bu sebeple müdahalenin somut başvuruya ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmakta olan başvuruçunun İnfaz Hâkimliğince açılan duruşmada bizzat hazır bulunma talebinin reddedilmesinin 4675 sayılı Kanun'un 6. maddesinin yollamasıyla 5271 sayılı Kanun 196. maddesinin (4) numaralı fıkrasına dayanmaktadır. Dolayısıyla anılan müdahalenin kanunilik ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

Anayasa'nın 141. maddesiyle davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça uyuşmazlıkların çözümünü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir (AYM,

Adil Yargılanma Hakkı

E.2013/85, K.2013/95, 22/9/2010). Dolayısıyla tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transferleri nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargılamaların hızlandırılması sebebiyle duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin usul ekonomisini gerçekleştirilmesine yönelik meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

Duruşmada hazır bulunma hakkı -doğası gereği- ceza hukukunun çekirdeğini oluşturan konularda daha katı bir biçimde uygulanması gerekmekte iken bu kategoriye girmeyen uyuşmazlıklarda esnek şekilde uygulanabilir. Gerek medeni hak ve yükümlülere gerekse suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklarda duruşmada hazır bulunmayı haklı kılacak koşullar, uyuşmazlığın niteliği ve esas itibarıyla derece mahkemelerince karara bağlanacak meselenin mahiyetine bağlıdır.

Ölçülülük ilkesi açısından -duruşmada hazır bulunma ilgili usul hukuku kurallarına göre zorunlu olsun ya da olmasın- başvuru sahiplerinin kişisel özellikleri, davranışları gibi duruşmada hazır bulunmayı zorunlu kılan olguların bulunup bulunmadığı; yargılamanın niteliği, şekli ve teknik nitelikte bir incelemeden ibaret olup olmadığı hususları da değerlendirilmelidir. Özellikle geleneksel ceza hukuku kategorilerine dâhil olmayan veya medeni hak ve yükümlülere ilişkin uyuşmazlıklarda delil ve ifadelerin sözlü olarak sunulmasını veya tanıkların sorgulanmasını gerektirecek -inandırıcılıkla ilgili- sorunların ya da kişilerin duruşmada bizzat bulunmasını zorunlu kılacak olayların var olmadığı ve taraflara yazılı olarak sunma ve aleyhindeki delillere

itiraz etme imkânının tanındığı hâllerde kişilerin duruşmada bizzat bulunması gerekli görülmeyebilir.

Ayrıca medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda, ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olup olmadığı (gereklilik ilkesi) değerlendirilirken derece mahkemelerinin tarafların SEGBİS yoluyla duruşmaya katılımlarını sağlamaya çalışıp çalışmadıkları da gözetilmelidir.

Bilindiği üzere SEGBİS, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemi olarak tanımlanmaktadır (Erdal Korkmaz ve Diğerleri, B. No:2013/2563, 18/11/2015, § 99). Nitekim ceza ve hukuk yargılamalarında bu yöntemin uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu itibarla tarafların duruşmada hazır bulundurulmamasının yargılamanın bütünü dikkate alındığında adilliğine zarar verip vermediği göz önüne alınmalıdır. Bu kapsamda, duruşmada bizzat hazır bulundurulmayan tarafın diğer tarafça ileri sürülen görüşler ve kanıtlar hakkında bilgi sahibi olup olmadığı veya bunlara yorum yapıp yapamadığı; dezavantajlı duruma düşürülmeksizin davaya etkili katılımının sağlanmasında makul bir fırsata sahip olup olmadığı hususları detaylı incelemeye tabi tutulmalıdır.

Hâkimlik, ilgili mevzuat hükümlerine göre disiplin cezalarına karşı şikâyet ve itirazların duruşmalı incelenmesi şartı ve zorunluluğu bulunmadığına da vurgu yaparak başvurucunun şikâyetlerinin neden ibaret olduğunun bir kez daha açıklanması için duruşmalı inceleme yapmaya karar vermiştir. Duruşma tarihinde başvuru Ceza İnfaz Kurumunda bulunan SEGBİS odasında hazır edilerek duruşmaya video konferans bağlantısı üzerinden katılmıştır. Başvurucunun anılan yöntemle açıklamada bulunmak istemediğini bildirmesi üzerine Hâkimlikçe başka bir işlem yapılmaksızın dosyadaki mevcut yazılı bilgi ve belgeler değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmış ve başvurucunun disiplin cezalarına karşı itirazı reddedilmiştir.

Başvurucunun duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin usul ekonomisinin gerçekleştirilmesi amacına

Adil Yargılanma Hakkı

ulaşılması bakımından elverişli bir araç olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun düşebilmesi için aynı zamanda gerekli de olması gerekir. Gereklilik hakka müdahale teşkil eden birden fazla araç arasından hakkı en az zedeleyen aracın seçilmesini ifade etmektedir. Buna göre, hak ve özgürlüğü sınırlayan tedbirlerden hangisi diğerlerine nazaran hakkın norm alanına daha az müdahale edilmesi sonucunu doğruyorsa o tedbirin tercih edilmesi gerekir. Bununla birlikte hakka müdahale oluşturacak aracın seçiminde kamu otoritelerinin belli ölçüde takdir payının bulunduğu kabul edilmelidir. Zira yetkili kamu makamları, öngörülen amacın elde edilmesi bakımından hangi aracın etkili ve verimli sonuçlar doğuracağı hususunda isabetli karar vermek noktasında daha iyi bir konumdadırlar. Özellikle alternatif aracın bulunmadığı veya mevcut alternatiflerin, öngörülen meşru amaca ulaşılması bakımından etkili olmadığı ya da daha az etkili olduğu durumlarda kamu makamlarının araç seçimi hususundaki tercih yetkisinin gereklilik kriterini sağlamadığının söylenebilmesi için çok güçlü nedenlerin bulunması gerekir.

Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklarda ceza infaz kurumunda tutuklu veya hükümlü bulunan tarafların SEGBİS yoluyla dinlenmesinin amacı ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transfer nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargulamaların hızlandırılmasıdır. Şikâyete konu disiplin işleminin oda ve bahçe kapılarının erken kapatılması uygulamasına karşı odalara girilmeyerek bahçede oturma ve slogan atma eyleminden kaynaklandığı ve teknik veya hukuki bilgi gerektirecek karmaşık olaylar olmadığı görülmektedir. Bu nitelikteki karmaşık olmayan olaylarda tutuklu veya hükümlünün transferi nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargulamaların hızlandırılması kaygısına ağırlık verilerek bu kişilerin duruşmada hazır bulunma hakkına sınırlama getirilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Anılan hakka daha az müdahale teşkil eden ancak aynı amaca ulaşmaya elverişli olan alternatif bir yöntemin bulunduğu başvuru tarafından iddia edilmediği de gözetildiğinde somut olayda başvuruçunun SEGBİS

yoluyla duruşmaya katılımının sağlanması yönünde verilen kararın gerekli olmadığı değerlendirilmemiştir.

Son olarak müdahalenin orantılı olup olmadığı incelenmelidir. Orantılılık denetiminde başvurucunun duruşmada hazır bulundurulmamasının yargılamanın bütünü dikkate alındığında adilliğine zarar verip vermediği göz önüne alınmalıdır. Başvurucu, infaz koruma memurları hakkında şiddet uyguladıkları iddiasıyla suç duyurusunda bulunmuş olması nedeniyle onların denetim ve gözetimi altında iddia ve savunmalarını etkili bir şekilde ileri süremeyeceğini belirterek duruşma salonunda hazır bulundurulması gerektiğini iddia etmektedir. Ceza hukukunun çekirdek alanıyla ilgili olmayan bu uyuşmazlığa ilişkin yazılı savunma sunulduğu hâlde video konferans yöntemi ile duruşma açılarak başvurucuya olayların kendi versiyonunu sözlü olarak da anlatma ve itirazlarını ileri sürme olanağı tanınmış; başvurucunun video bağlantısı üzerinden açıklamada bulunmak istememiştir.

Hakimlikçe başvurucunun yargılamaya katılımının sağlanması için gerekli önlemlerin alındığı, davanın diğer tarafınca ileri sürülen deliller hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma vekarşı tarafa nazaran dezavantajlı konuma düşürülmeden iddia ve kanıtlarını ileri sürme hususlarında başvurucuya makul olanakların sunulduğu anlaşılmaktadır. Yargılamanın konusu da başvurucunun karakteri ve yaşam şekliyle doğrudan ilgili değildir. Diğer bir ifadeyle başvurucunun bizzat duruşma salonunda bulunmasını zorunlu kılan bir neden de bulunmamaktadır. Dolayısıyla başvurucunun duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahale orantısız bulunmamıştır.

Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerektiği görüşüyle çoğunluğun kararına katılmadık.

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ

Başvuruya konu olayda, infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan başvuruçunun beş gün süreyle hücreye koyma ve bir ay süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma disiplin cezaları ile cezalandırılmasına karar verilmiş, başvuruçucu bu cezalara karşı infaz hâkimliğine şikayette bulunmuştur.

Somut olayın 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'na göre çözülmesi gerektiği, bu Kanunda hükümlü ve tutuklulara uygulanan disiplin cezalarına itirazın inceleme mercii olarak infaz hakimliği olduğu ve infaz hâkimliğinin duruşmalı inceleme şartı ve zorunluluğunun bulunmadığı da belirtilmiştir.

Başvuruçunun, hakkında uygulanan disiplin cezaları nedeniyle yaptığı şikayetin infaz hakimliği tarafından incelenmesi medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar kapsamındadır. Bu hak kapsamında infaz hâkimliği, şikayet ve itirazların duruşmalı incelenmesi şart ve zorunluluğu olmamasına rağmen, başvuruçunun şikayetlerinin nelerden ibaret olduğunu bir kez daha açıklaması için duruşmalı inceleme yapmaya karar vermiştir. Başvuruçucu, duruşma tarihinde SEGBİS odasında hazır bulundurulmuş, başvuruçucu burada savunma yapamayacağını, mahkeme huzurunda savunma yapmak istediğini belirtmiş, bu talebi infaz hâkimliğince reddedilmiştir.

SEGBİS, ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği bir bilişim sistemidir ve bu sistemle ilgili gerekli düzenlemelere mevzuatta yer verilmiş, sistemin nasıl işleyeceği ayrıntılı bir şekilde açıklığa kavuşturulmuştur. SEGBİS sistemi ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemelerin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunmayan kişilerin video konferans yoluyla dinlenilmesi ve savunmaları ile ifadelerinin alınması imkanı sağlanmıştır.

Davacının duruşmada hazır bulunma hakkı hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ilkesine ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil, duruşma sürecini dinlemeyi, takip etmeyi, iddialarını ve savunmalarını ileri sürmeyi de

içerir. SEGBİS ile ifadesi alınanların duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı bulunduğu gibi yargılama makamı ve duruşmada hazır bulunan diğer kişilerin de aynı şekilde ifade alma, beyanda bulunma ve soru yöneltme gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirebilme imkânları vardır. Başka bir ifadeyle SEGBİS sisteminin içerdiği bu özellikler sayesinde yargılamanın unsurlarından biri olan yüz yüzelik ilkesinin gerçekleşmesi önemli ölçüde sağlanmaktadır.

Anayasa'nın 141. maddesinde davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. SEGBİS sayesinde ceza infaz kurumunda veya yargılama makamının yargı çevresi dışında bulunan kişilerin bir an önce hâkim önüne çıkarılması ve haklarında makul sürede karar verilebilmesi olanağı sağlanmaktadır. Ayrıca SEGBİS sisteminin kullanılması suretiyle, ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin araç ile yargılamayı yürüten mahkeme huzuruna getirilmesine gerek kalmamakta, bu suretle nakiller sırasında meydana gelebilecek kaza veya terör saldırısı gibi ihtimaller bertaraf edilerek meydana gelebilecek zararlar önlenmektedir.

Şikayete konu disiplin işleminin; oda ve bahçe kapılarının erken kapatılması uygulamasına karşı odalara girilmeyerek, bahçede oturma ve slogan atma eyleminden kaynaklandığı, olayın niteliği itibariyle karmaşık olmadığı, başvurunun zaten yazılı olarak savunma sunduğu ve infaz hâkimliğinin de dosya üzerinden inceleme yapma hakkı olduğu, bu durumda bir kez de SEGBİS yoluyla başvurunun itirazlarını açıklama hakkı verilmesinin bir hak ihlaline yol açmayacağı çok açıktır. Zira infaz hâkimliği duruşma sırasında yalnızca başvurunun ve tanığın dinlenilmesine karar vermiş, başvurunun SEGBİS yolu ile beyanda bulunmayacağını belirtmesi üzerine, tanık dinlenilmesinden de vazgeçerek dosyadaki bilgi ve belgelere göre karar vermiştir. Öte yandan başvuru tüm iddialarını ve itirazlarını, itiraz dilekçesinde öne sürdüğü gibi bu dilekçesindeki itirazlar dışında hangi itiraz ve delilleri ileri süreceğine dair hiçbir bilgi de sunmamıştır.

İnfaz hâkimliği en baştan itibaren zaten 4675 sayılı Kanun hükümlerine göre dosya üzerinden karar verme hakkına sahiptir. Bu sebeple başvurunun bir hak kaybına uğramadığı çok açık ortadadır.

Adil Yargılanma Hakkı

Sonuç olarak, 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'na göre çözülmesi gereken somut olayda infaz hâkimliğinin duruşmalı inceleme yapma şartı ve zorunluluğunun olmamasına rağmen duruşma açtığı, Anayasa'nın 141. maddesi uyarınca da davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine de hizmet eden SEGBİS sistemiyle başvuru beyanlarının alınmasına karar verdiği, bu sistemde dezavantajlı konumda olmayacak şekilde kendisini savunma, duruşma sürecine etkin bir şekilde dahil olma, duruşma salonundakileri net bir biçimde görebilme, söylenenleri duyabilme, herhangi bir sınırlamaya maruz kalmadan savunmasını yapma ve karşı tarafa soru yöneltebilme ve varsa müdafî yardımından da yararlanma imkanı sağlandığı, başvuru bizzat duruşma salonunda bulunmasını zorunlu kılan bir neden de bulunmadığı, bu gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmediği kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye

Hicabi DURSUN

FARKLI GEREKÇE

İnfaz hâkimliğince yapılan incelemede başvuru duruşmada hazır bulunarak savunma yapmak istemesine rağmen bunun kabul edilmemesinden dolayı savunması alınmadan karar verilmesi sebebiyle adil yargılanma hakkı kapsamında duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Kararın gerekçesinde; infaz hâkimliğinin duruşmalı inceleme yapmaya ve başvuru duruşmaya video konferans yoluyla katılmasına karar verdiği, başvuru bu usulle savunma yapmak istemediğini belirtmesi üzerine dosyadaki bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi suretiyle disiplin cezalarına yönelik şikâyetin reddedildiği, medenî hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarda duruşmada hazır

bulunma hakkının daha esnek uygulanabileceği ve bu çerçevede infaz hâkimliği tarafından yapılan incelemelerde şikâyetçilerin her durumda duruşmada bizzat hazır bulundurulmasının gerekemeyebileceği, ancak somut olayda infaz hâkimliğinin tanık dinlemeyi de içerecek şekilde duruşma yapmayı gerekli görmesine rağmen başvurusunun duruşmaya katılması için hiçbir çabaya girmeden, duruşmaya getirilememesinin nedenlerini açıklamadan, savunmasının alınması için Kanunda öngörülen alternatifleri denemeden ve gerekçelerinde belirtmeden duruşmada hazır bulunma talebini reddetmesi sebebiyle anılan hakka yapılan müdahalenin gerekli olmadığı, bu nedenle ölçülü bulunmadığı belirtilerek Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Bilindiği gibi, 4675 sayılı Kanunun 3. maddesine göre hükümlü ve tutuklular hakkındaki disiplin tedbirleri ile cezalarına ilişkin şikâyetleri inceleyerek karara bağlamakla görevli olan infaz hâkimlerinin, aynı Kanunun 6. maddesine göre bu şikâyetleri “duruşma yapmaksızın dosya üzerinden bir hafta içinde” karara bağlayacakları; disiplin cezalarına karşı yapılan şikâyetlerde hükümlü veya tutukluların savunmalarını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra karar verecekleri hükme bağlanmıştır.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, söz konusu şikâyetlerin incelenmesinde öngörülen usûl Kanunda açık olarak düzenlenmiş ve infaz hâkimlerine duruşma yapma hususunda bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında, disiplin cezalarına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkiminin hükümlü veya tutuklunun savunmasını alması ve hükümlü veya tutuklu savunmasını hazır bulunmak ve avukatıyla birlikte yapma istiyorsa bu şekilde; gerekli görülmesi hâlinde de ceza infaz kurumunda alabilmesi öngörülmüştür. Buna göre infaz hâkiminin söz konusu savunmayı odasında veya duruşma salonunda yahut ceza infaz kurumunda alması mümkündür.

Ancak infaz hâkiminin, disiplin cezasına karşı şikâyet üzerine hükümlü veya tutuklunun savunmasını alma zorunluluğu duruşma yapmasını gerektirmediği gibi buna imkân da vermemekte; bu

Adil Yargılanma Hakkı

düzenleme, duruşma yapılmadan dosya üzerinden bir hafta içinde karar verilmesini öngören hükmün istisnasını oluşturmamakta ve şikâyetçi duruşma salonunda dinlenildiyse bu da duruşma yapıldığı anlamına gelmemektedir. Anılan hüküm, esas olarak, disiplin cezalarına yönelik şikâyetlerin karara bağlanmasından önce ilgilinin savunmasının infaz hâkimi tarafından dinlenilmesini ve talep edilen diğer delillerin toplanıp değerlendirilmesini gerektirmektedir.

5271 sayılı Kanunun “Kovuşturma Evresi” başlıklı Üçüncü Kitabının “Kamu Davasının Yürütülmesi” başlıklı Birinci Kısımının “Duruşma” başlıklı İkinci Bölümünde düzenlenen ve ceza muhakemesinde kendisinden sonra gelen sonuç çıkarma devresine geçmeyi mümkün kılan duruşma, Kanunda öngörülen belirli şartların yerine getirilmesini gerektiren ve aleniyet, sözlülük, yüze karşılık ve vasıtasızlık gibi özellikleri bulunan bir yargılama evresidir. Bu itibarla,söz konusu şikâyetler bakımından bir suç isnadı altında olmayan ve hakkında bir kamu davası da yürütülmeyen hükümlü ve tutuklunun 4675 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre savunmasının alınmasının zorunlu olmasından ve bunu hazır bulunmak suretiyle yapmak isteyen hükümlü veya tutuklunun varsa avukatıyla birlikte hazır bulunarak yapabilme imkânından hareketle, savunmanın infaz hâkimi tarafından sözlü olarak alındığı safha duruşma olarak değerlendirilemez.

Bu nedenle, 4675 sayılı Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen “infaz hâkimi, duruşma yapmaksızın dosya üzerinden... karar verir” şeklindeki emredici hükme rağmen, düzenlemenin hâkime duruşma yapıp yapmama konusunda bir takdir yetkisi tanıdığı ve hâkim duruşma yapmaya gerek gördüğü takdirde başvurucunun duruşmaya bizzat katılması için çaba göstermesi yahut duruşmaya katılmamasının niçin gerekli görüldüğünün açıklanmasının zorunlu olduğu yönündeki değerlendirmelere katılmak da mümkün değildir.

Yukarıda açıklandığı üzere Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki emredici hüküm infaz hâkiminin duruşma açmasına imkân vermediği gibi, aynı maddenin dördüncü fıkrasındaki “İnfaz hâkimi, Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4/4/1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre inceleme

ve işlemlerini yürütür ve kararını verir” hükmü de ancak 4675 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde uygulama alanı bulacağından, ikinci fıkradaki açık hüküm sebebiyle duruşma ile ilgili hükümler uygulanamaz ve söz konusu şikâyetlerin incelenmesinde duruşma yapılamaz.

Kararın gerekçesinde, infaz hâkimliğine yapılan şikâyetlerde başvuru suç isnadı altında olmadığından başvuruya konu uyuşmazlığın medenî hak ve yükümlülüklerle ilişkin olduğu ve bu tür uyuşmazlıklarda duruşmada hazır bulunma hakkının daha esnek uygulanabileceği belirtilmektedir. Oysa yukarıda da açıklandığı üzere, 4675 sayılı Kanunda, hükümlü ve tutukluların disiplin cezalarına karşı yaptıkları şikâyetlerin duruşmalı olarak incelenmesini değil, infaz hâkimi tarafından dinlenilmelerini güvence altına alan bir düzenleme tercih edildiğinden, kanunla duruşmada bulunma hakkı tanındığından söz edilemez. Kanununun 6. maddesinin ikinci fıkrasında, duruşma yapılmadan dosya üzerinden inceleme yapılarak bir hafta içinde karar verilmesini öngören hüküm -devamındaki savunma alınması zorunluluğu gibi- esasen söz konusu şikâyetlerin anlamsız hâle gelmeden ivedilikle karara bağlanmasını sağlayacak bir adil yargılanma güvencesi olarak öngörülmüştür. İnfaz hâkimi tarafından hükümlü ve tutuklunun savunmasının alınmasını zorunlu kılan hükümden duruşma yapılması imkânı veya zorunluluğunun çıkarılması ise, disiplin cezalarına karşı yapılan itirazların -kabul edilmeleri hâlinde bile- somut olayda olduğu gibi çoğu zaman anlamsız hâle gelmesine ve söz konusu güvencenin etkisiz kalmasına yol açabilecek niteliktedir.

Nitekim başvuru konusu olayda infaz hâkimi, mezkûr Kanunun açık hükmüne rağmen duruşma yapmaya karar vererek, başvurucuya bir ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma ile beş gün hücreye koyma cezası verilmesine ilişkin 11/5/2017 tarihli Disiplin Kurulu kararına karşı yapılan şikâyetin 10/10/2017 tarihinde yapılacak duruşmada inceleneceğini bildirmiş; böylece -anılan disiplin cezalarının süreleri de dikkate alındığında- başvuru konusunun şikâyetinin duruşma yapılmadan dosya üzerinden bir hafta içinde karara bağlanacağına ve savunması alındıktan ve talep edilen deliller toplanarak değerlendirildikten sonra karar verileceğine ilişkin kanun hükmü etkisiz kılınmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

Başka bir anlatımla, adil yargılanma hakkının kapsamında bulunan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının özel bir görünümü olan duruşma(da hazır bulunma) hakkının kabulü, somut olayda verilen duruşmalı inceleme kararı sebebiyle şikâyetin etkili bir şekilde incelenmesini engellemiş ve başvurucunun duruşma yapılmadan herhangi bir şekilde dinlenilmesini gerektiren mezkûr hükmü etkisiz hâle getirmiştir. Bu nedenle öncelikle incelenmesi gereken husus adil yargılanma hakkının kapsamında olan ve mahkeme önündeki bir uyuşmazlığın makul bir sürede karara bağlanmasını güvence altına alan mahkeme hakkının ihlal edilip edilmediği olmalıdır.

Yukarıda da belirtildiği gibi, somut olayda, başvurucuya verilen disiplin cezalarına ilişkin şikâyetin -verilen cezaların süreleri de dikkate alınarak- Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen usûle uygun şekilde başvurucunun savunması alındıktan, talep ettiği deliller de toplanıp değerlendirildikten sonra ve beş günlük hücreye koyma cezası ile bir ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezasının infaz edilmesinden ve şikâyeti kabul edilecekse de bu kararın anlamsız hâle gelmesinden önce karara bağlanması gerekirken, şikâyetin duruşmalı olarak incelenmesine ve duruşmanın şikâyet başvurusundan yaklaşık beş ay sonra yapılmasına karar verilmiştir.

Bu itibarla, başvurucunun, mahkeme önündeki uyuşmazlığın makul bir sürede karara bağlanmasını güvence altına alan mahkeme hakkı ihlal edilmiştir.

Yukarıda açıklanan sebeplerle, başvurucunun adil yargılanma hakkının, duruşmada hazır bulunma hakkı yönünden değil mahkeme hakkı yönünden ihlal edildiği düşüncesiyle ihlal kararına farklı gerekçeyle katılıyorum.

Üye

M. Emin KUZ

KARŞIOY

Mahkememiz çoğunluğunca, infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan başvuruçunun hakkında tesis edilen beş gün süreyle hücreye konulma ve bir ay süreyle ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılma disiplin cezalarına karşı infaz hâkimliğine yaptığı, infaz hakimliğinin de SEGBİS yöntemiyle duruşmalı olarak incelenmesini kararlaştırdığı itirazının incelenip karara bağlanması sürecinde Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmadık.

Doya kapsamındaki verilere göre, çeşitli suçlardan aldığı cezaların infazı kapsamında hükümlü olarak ceza infaz kurumunda bulunan başvuru başa hükümlülerle birlikte, 07.05.2017 tarihinde gerçekleştirilen sayımın ardından, oda ve bahçe kapılarının erken kapatılmasını protesto etmek amacıyla, oturma ve akabinde koruma memurlarına direnerek slogan atıp odalara girmeme şeklinde bir eylem gerçekleştirmiştir. DHKP-C terör örgütüyle bağlantılı suçlardan mahkûm oldukları ifade edilen ve olay esnasında vardiya görevlisi infaz koruma memurlarına direndikleri belirtilen hükümlülerin odalarına zor kullanılarak girmelerinin sağlandığı anlaşılmaktadır.

Olayın hemen ardından disiplin soruşturması başlatılmıştır.

Başvuruçucu, oturma eylemine katılan ve haklarında disiplin soruşturması başlatılan diğer hükümlülerle birlikte 10.05.2017 tarihinde ortak yazılı bir savunma hazırlayarak İnfaz Kurumu Müdürlüğü Disiplin Kurulu Başkanlığına (Disiplin Kurulu) sunmuştur.

Yazılı savunmada özetle havalandırma hakkına ilişkin mevzuatın infaz koruma memurlarınca hatalı uygulandığı, bahçe kapılarının saat 08.00'de açılıp hava karardığında kapatılması gerekirken, geç açılıp erken kapatıldığı, bu hususla ilgili olarak defalarca şikâyetle bulunulmasına rağmen durumun değişmediği, oturma eyleminin bu nedenle yapıldığı, eylemi sonlandırmak isteyen infaz koruma memurlarının kendilerine işkence yaptıkları ileri sürülmüştür. Ayrıca havalandırma mevzuatının

Adil Yargılanma Hakkı

hatalı uygulandığı iddiasını kanıtlamak üzere son bir aya ilişkin kamera görüntülerinin izlenmesi talebinde bulunulmuştur.

Olayla ilgili ifadesine başvuru infaz koruma memurları da, bahçe kapılarının erken kapatıldığını iddia ederek bu durumu protesto etmek amacıyla oturma eylemi başlatan hükümlüleri eyleme son vermeleri hususunda birkaç kez uyardıklarını, uyarılara rağmen eylemin sonlandırılmaması hâlinde yasal sınırlar çerçevesinde zor kullanılacağını bildirdiklerini, eylemin devam etmesi ve slogan atılması üzerine başvuruçunun da aralarında bulunduğu hükümlülerin zorla odalarına alındıklarını ifade etmişlerdir.

Soruşturma sonucunda Disiplin Kurulu'nca, başvuruçunun oturma eylemi yaparak direnişte bulunduğu, sayıma engel olduğu ve slogan attığı gerekçesiyle "gereksiz yere marş söyleme veya slogan atma" disiplin suçundan 1 ay ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası; "sayım yapılmasına karşı çıkma" disiplin suçundan ise 5 gün süreyle hücreye koyma cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Başvuruçunun bu cezalara karşı infaz hâkimliğine şikâyetinde bulunmuştur.

İnfaz hakimliği şikâyetin duruşmalı olarak inceleneceğini, bu itibarla başvuruçunun duruşma tarihi olan 10.10.2017 tarihinde saat 14.00'te Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) odasında hazır bulundurulmasını, Disiplin Kurulu kararı ile ilgili savunmasını vekâletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatı ile birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabileceğini hem başvuruçuya hem de idareye bildirmiştir.

Başvuruçunun 10.10.2017 tarihli duruşmada SEGBİS odasında hazır bulundurulmuştur. Kendisine söz verilmesi üzerine, İnfaz kurumunda işkence gördüğünü, işkence ile ilgili olarak suç duyurusunda bulunduğunu, baskı altında tutulduğu bir ortamda savunma yapamayacağını belirterek mahkeme huzurunda avukatı eşliğinde savunma yapmak istediğini beyan etmiştir.

Hâkimlik, duruşmanın SEGBİS aracılığı ile yapılmasının ceza muhakemesi ilkelerinden yüz yüzelik ilkesine uygun olduğunu, bu yönde Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarının bulunduğunu ve SEGBİS

ile yapılan duruşmanın duruşma salonundakinden farklı olmadığını belirterek, başvuruçunun duruşma salonunda bulunma talebini reddetmiş ve duruşmaya SEGBİS ile devam etmiştir.

Başvuruçucu ise bunu kabul etmediğini, savunma hakkının engellendiğini ifade etmiştir. Duruşma tutanağına göre başvuruçunun "Savunma hakkımız engellenemez" şeklinde slogan atması üzerine Hakimlikçe incelemenin sonlandırılacağı açıklanmış ve başvuruçuya son sözü sorulmuştur. Başvuruçunun "Protesto ediyorum" şeklinde cevap vermesi üzerine de başka bir işlem yapılmaksızın inceleme bitirilmiş ve başvuruçunun Disiplin Kurulu kararına yaptığı itiraz reddedilmiştir.

Kararın gerekçesinde; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun uyarınca hükümlü ve tutuklulara uygulanan disiplin cezalarına karşı yapılan şikâyet ve itirazların incelenmesinde duruşma açılması zorunluluğu bulunmadığı halde salt başvuruçunun meramının tam olarak anlaşılabilmesi için duruşma açılmasına karar verildiği, buna rağmen başvuruçunun açıklama yapmaktan kaçındığı ifade edilmiş; İnfaz Kurumu görevlilerince düzenlenen tutanağa, tanık beyanına ve dosya kapsamında bulunan diğer bilgi ve belgelere atıfta bulunularak başvuruçuya uygulanan disiplin cezalarının hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Başvuruçucu duruşma salonunda bizzat hazır bulunarak ifade vermek istediği hâlde SEGBİS ile duruşmaya katılmaya zorlandığını, duruşma salonunda savunma yapma hakkının kullanılmadığını, tanıklara soru soramadığını belirterek karara itiraz etmiştir.

İtiraz, ceza infaz kurumunda uyulması gereken düzene ve kurallara aykırı davranışın yaptırımının olması gerektiği, olayda uygulanan cezanın niteliğinin ve süresinin makul ve orantılı olduğu vicdani kanaatine varıldığı belirtilerek reddedilmiştir.

4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'na göre hükümlü ve tutuklular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının kanun, veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikâyetleri inceleme ve karara bağlama görevi infaz hakimliklerine aittir. Şikâyet başvurusu üzerine infaz hâkimi, duruşma yapılmaksızın

Adil Yargılanma Hakkı

dosya üzerinden bir hafta içinde karar verir. Ancak, gerek gördüğünde karar vermeden önce şikâyet konusu işlem veya faaliyet hakkında resen araştırma yapabilir ve ilgililerden bilgi ve belge isteyebilir. Ayrıca ceza infaz kurumu ve tutukevi ile ilgili Cumhuriyet savcısının da yazılı görüşünü alır. Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekâletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir. İnfaz hâkimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir. İnfaz hâkimi, inceleme sonunda şikâyeti yerinde görmezse reddine; yerinde görürse, yapılan işlemin iptaline ya da faaliyetin durdurulmasına veya ertelenmesine karar verir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre de, Hâkim veya mahkeme zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusunu yapabilir veya duruşmalara katılmasına karar verebilir.

Başvuruya konu disiplin işlemi, oda ve bahçe kapılarının erken kapatılması uygulamasının sonlandırılmasını temin amacıyla, başvurucunun da aralarında bulunduğu hükümlülerce sayım işlemi sırasında görevlilere direnerek odalara girmeme, bahçede oturma ve slogan atma şeklinde gerçekleşen eylemler nedeniyle tesis edilmiştir. Esas itibarıyla görevlilerin hükümlülere kötü davranıp davranmadıkları konusu dışında, olayın bu şekilde cereyan ettiğinde taraflar arasında bir ihtilaf bulunmamaktadır . Dolayısıyla olayın, niteliği itibarıyla karmaşık bir olay olduğu söylenemeyecektir. Ayrıca başvuru olaya ilişkin talep, tespit, iddia, düşünce ve değerlendirmelerini hem disiplin soruşturması aşamasında ilgili idari birime, hem de itiraz aşamasında infaz hakimliğine yazılı olarak sunmuş bulunmaktadır. Dolayısıyla bu bilgi ve belgeler itiraz dosyasında infaz hakiminin bilgisinde yer almaktadır.

Öte yandan, olayda İnfaz Hakimliğince, 4675 sayılı Kanunu'na göre yasal zorunluluk bulunmadığı halde başvuru yararına takdir kullanılarak duruşma açılmasına karar verildiği ve niteliği itibarıyla

karmaşık olarak görülmeyen olayın, mutlaka mahkemenin duruşma salonlarında yapılması gereken bir duruşmayı gerektirmediği gözetilerek duruşmanın SEGBİS yöntemiyle yapılmasına karar verilmiş ve bu durum başvuruca da bildirilmiştir. Başvurucu, 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'na göre itirazının duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden bir hafta içinde karara bağlanacağını, olayda hakim kendi lehine değerlendirmede bulunarak duruşma açmaya, duruşmayı da SEGBİS yöntemiyle yürütmeye karar verdiğini bildiği halde, duruşma tarihinden önce hakimliğe dilekçe vererek duruşma salonunda bizzat hazır bulunarak ifade vermek istediğini belirtmiş, SEGBİS yöntemi ile açılan duruşmada da aynı tutum ve anlayışını devam ettirmiştir.

İlgili mevzuatta SEGBİS yönteminin ne olduğu, alt yapısının nasıl oluşturulduğu, hangi durumlarda uygulanabileceği, bu yöntemin kullanılmasına hangi merciin karar vereceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, SEGBİS ile ifadesi alınanlar, duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme; yargılama makamı ve duruşmada hazır bulunan diğer kişiler de aynı şekilde ifade alma, beyanda bulunma ve soru yöneltme gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirebilme imkânına sahip bulunmaktadır.

Hal böyle olunca, İnfaz Hakimliğince, 4675 sayılı Kanunu'na göre yasal zorunluluk bulunmadığı halde başvuruca yararına takdir kullanılarak duruşma açılmasına karar verildiği ve niteliği itibarıyla karmaşık olarak görülmeyen olayın, mutlaka mahkemenin duruşma salonlarında yapılması gereken bir duruşmayı gerektirmediği gözetilerek duruşmanın SEGBİS yöntemiyle yapılmasına karar verildiği; SEGBİS yöntemiyle açılan duruşmada başvuruca, dezavantajlı konumda olmayacak şekilde kendisini savunma, duruşma sürecine etkin bir şekilde dahil olma, duruşma salonundakileri net bir biçimde görebilme, söylenenleri duyabilme, herhangi bir sınırlamaya maruz kalmadan savunmasını yapabileme ve varsa müdafî yardımından da yararlanma imkanının sağlandığı, olayda başvuruca'nın bizzat duruşma salonunda bulunmasını zorunlu kılan bir nedenin de bulunmadığı, dolayısıyla 4675 sayılı Kanun hükümlerine göre olayın başından itibaren duruşma açmaksızın dosya üzerinden karar verme hakkına sahip olan İnfaz

Adil Yargılanma Hakkı

hakimliğince başvurusunun herhangi bir hak kaybına uğratılmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmediği kanaatiyle, kararın çoğunluk görüşüne dayalı bu kısmına katılmadık.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

ŞEHRİVAN ÇOBAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/22672)

Karar Tarihi: 6/2/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportörler	: Akif YILDIRIM Zehra GAYRETLİ
Başvurucu	: Şehrivan ÇOBAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, ceza davasında başvuruçunun (sanığın) duruşmada hazır bulunma talebi reddedilerek ses ve görüntü aktarımı suretiyle

duruşmaya katılımının sağlanmaya çalışılması nedeniyle duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 2/5/2017 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.
8. Birinci Bölüm tarafından 29/1/2020 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. 1991 doğumlu olan başvuru, bireysel başvuru konusu olayların geçtiği tarihte Mersin'de ikamet etmektedir.

11. 30/7/2015 tarihinde açık kimliği belirtilmeyen bir şahıs tarafından Van İl Emniyet Müdürlüğü Muhabere Elektronik Şube Müdürlüğüne yapılan bir ihbarda PKK/KCK terör örgütüne eleman kazandırmak için "*Mersin'den otobüsle Van'a gelen Şehrivan [başvurucu] isimli bir kişinin yanındaki kişiyi örgüte teslim edeceği*" iddia edilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

12. İhbar üzerine Van Cumhuriyet Başsavcılığınca (Başsavcılık) başlatılan soruşturma kapsamında Mersin'den Van'a yolcu taşıyan özel bir firmaya ait yolcu otobüsü takibe alınmıştır.

13. Bahse konu otobüsün Van Şehirler Arası Otobüs Terminali'ne ulaşmasından sonra otobüsten inen iki kadının çevreyi kontrol etmesi ve Yüksekova'ya giden arabaların hareket noktasını sorması üzerine bu iki kadının ihbar edilen şahıslar olabileceği değerlendirilerek kimlik kontrolü yapılmıştır.

14. Yapılan kimlik kontrolünde kadınlardan birinin başvuru Şehrihan Çoban olduğu, diğer kadının S.D. adına düzenlenmiş bir kimlik taşıdığı, asıl isminin ise R.T. olduğu tespit edilmiştir.

15. 30/7/2015 tarihli Olay Tutanağında, kimlik kontrolü sonucunda R.T.nin 28/7/2015 tarihinden itibaren kayıp şahıs olarak aranmakta olduğunun anlaşıldığı belirtilmiştir.

16. Soruşturma kapsamında 30/7/2015 tarihinde gözaltına alınan başvuru 31/7/2015 tarihinde tutuklanmıştır.

17. Mağdur sıfatıyla 31/7/2015 tarihinde beyanına başvuru R.T.; Mersin'de ailesi ile birlikte ikamet ettiğini, akrabalarından bazılarının PKK terör örgütüne katıldığını, kendisinin de örgüte katılmaya karar verdiğini ifade etmiştir. Bu amaçla siyasi bir partinin Mersin'de bulunan il binasına giderek burada ismini örgüte katılmak isteyenler listesine yazdırıldığını belirten R.T., daha sonra kendisinin telefonla aranarak partiye çağrıldığını ve örgüte katılımının sağlanması amacıyla başvurucuya teslim edildiğini beyan etmiştir. R.T.nin avukat eşliğinde alınan 31/7/2015 tarihli beyanının ilgili kısımları şöyledir:

"Mersin ilinde ailemle birlikte kalıyorum. İfademde de belirttiğim gibi yakın akrabamdan bir kaç kişi PKK'ya katılmıştı. Ben de teyzemin çocukları [B.] ve[K.] ile birlikte katılmaya karar verdim. Mersinde bulunan [...] il binasına gittik. Tarifini ifademde verdiğim şekilde isimlerimizi PKK'ya katılmak üzere orada bulunan kişiye yazdırdık. Daha sonra bizi partiden arayarak partiye çağırdılar. Beni orada ismini Şehrihan olarak tanıdığım kişiye teslim ettiler. Şehrihan benim üstümdeki tişörtü değiştirdi. Belki önceki tişörtümle beni tanıyan olabilir diye

değiştirmiştim. Şehrivanın bana anlattığına göre önce Van'a gidecektik oradan da Hakkariye gidecektik. Beni orada erkek bir arkadaşına teslim edecekti. Kendisi de geri dönecekti. Şehrivan ile Mersin'de bir gün kaldıktan sonra Van'a aynı otobüsle geldik. Otobüse binmeden önce benim de çalıştığım yerden arkadaşım olan [S.D.nin] kimliğini Şehrivan bana verdi."

18. Başvurucu, Savcılıktaki 31/7/2015 tarihli sorgusunda suçlamaları reddetmiştir. Başvurucu sorgusunda özetle Mersin'de ikamet ettiğini, akrabalarını ziyaret etmek için Van'a geldiğini, daha önceden tanımadığı R.T. ile yöneticisi olduğu Yakınlarını Kaybeden Aileler Derneğinin (YAKAY-DER) bir organizasyonu sırasında tanıştıklarını ve birlikte yolculuk yaptıklarını ileri sürmüştür. Başvurucunun 31/7/2015 tarihli Savcılık sorgusunun ilgili kısımları şöyledir:

"Aslen Bitlisliyim. Ancak Mersin ilinde ailemle birlikte ikamet ediyorum. Bir basın kuruluşunda çalışıyordum ancak şuanda işsizim Van'a akrabalarımı ziyaret amacıyla gelmişim. [R.T.yi.] daha önceden tanımıyordum.

...

[R.T.nin.] İfadelerini kabul etmiyorum. Beni ağabeyimin evinde arama yapıldığını söylüyor. Öyle bir arama yapılıyorsa bizim gözaltına alınır. Bu şekilde bir arama yapılmamıştır. Ben kendisine acıdığım için evime aldım. PKK'ya götürdüğüm doğru değildir. [...] il binasının önünde bir kamera vardır. Kameraya bakılırsa benim onunla orada görüşmediğim anlaşılır. Üzerimden çıkan telefon numaraları ile ilgili olarak daha önce ifademde belirtmişim aynen tekrar ederim. Üzerimden çıkan mektup ağabeyim göndermiş olabilir. Ben kimseyi PKK'ya katılmak için götürmüyordum. Üzerime atılı suçlamayı kabul etmiyorum."

19. Başsavcılığın 18/1/2016 tarihli iddianamesi ile başvurucu hakkında silahlı terör örgütüne üye olma suçundan kamu davası açılmıştır. İddianamede başvurunun terör örgütünün emir ve komuta zinciri içinde hareket ederek örgütün kırsal alanına katılmak üzere mağdur R.T.yi Mersin'den Van'a getirme eyleminin örgüt faaliyeti çerçevesinde görev dağılımı gereğince yürütülen örgütsel bir faaliyet olduğu iddia edilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

20. Van 2. Ağır Ceza Mahkemesinde (Mahkeme) görülen yargılamanın 15/3/2016 tarihli celsesinde başvuru hazır bulunarak müdafii eşliğinde tercüman aracılığı ile savunma yapmıştır. Başvurucu; soruşturma aşamasındaki savunmasını tekrar ederek özetle R.T.yi daha önceden tanımadığını, Van'da bulunan akrabalarını ziyaret etmek için Van'a gitmeyi planladığını, R.T.nin de Yüksekova'da bulunan akrabalarının yanına gitmek istediğini beyan etmesi üzerine R.T. ile birlikte yolculuk yaptıklarını, R.T.ye başkasına ait bir kimlik kartı vermediğini savunmuştur.

21. Mahkemece istinabe suretiyle 2/3/2016 tarihinde dinlenen R.T., soruşturma aşamasında verdiği beyandan farklı bir beyanda bulunarak başvuru hazır önceden tanımadığını, Van'da bulunan teyzesini ziyaret etmek için otobüse binerek Van'a geldiğini, başvuru hazır aynı otobüste yolculuk ettiğini ve otogara vardıklarında gözüne alındıklarını ifade etmiştir. R.T.nin 2/3/2016 tarihli beyanının ilgili kısımları şöyledir:

"[B]en Mersin'de oturmaktayım, bahçe işlerinde çalışıyorum, Van'da teyzem bulunmaktadır, ismi [F.Y.dir], kocasının ismi de [S.Y.dir], daha önce hiç yanına gitmemiştim ilk defa ziyaret etmek istedim ve otobüse binip Van'a geldim, sanık Şehriban Çobanı ne Mersinde ne Vanda tanı mıyordum o da aynı otobüsteymiş, otobüsten iner inmez otogarda bizi yakaladılar, benim kesinlikle iddia edilen konu ile ilgim yoktur ben akraba ziyaretine gitmiştim örgüte katılma amacım söz konusu değildir bu konuda kimseden yardım alma durumumda söz konusu değildir ...

...

Mağdurun savcılıkdaki müdafii eşliğindeki ifadesi okundu soruldu, kabul etmiyorum ben çok yorgundum ve korkmuştum bu nedenle o şekilde ifade verdim şimdiki ifadem doğrudur, ben sanıktan şikayetçi değilim davaya katılmak istemiyorum, zira kendisini tanı mıyorum"

22. Mağdur R.T.nin istinabe suretiyle alınan beyanı başvuru hazır bizzat hazır bulunduğu 15/3/2016 tarihli celsede okunmuştur. Başvuru hazır aynı tarihli celsede mağdurun soruşturma aşamasındaki soyut beyanı dışında aleyhe bir delil bulunmadığını ve mağdurun bu beyanının çelişkili olduğunu belirterek olayın

aydınlatılması için tahkikatın genişletilmesi talebinde bulunmuştur. Mahkeme bu taleple ilgili herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

23. Öte yandan terör suçlarından yargılanmakta olan tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumlarında 2016 yılı Mart ayı itibarıyla *ses getirecek firar, ayaklanma veya rehin alma* gibi eylemlerde bulunacaklarına dair istihbarata dayalı bir bilgi elde edilmesi üzerine ceza infaz kurumlarının bağlı bulunduğu idareler, meydana gelebilecek olaylara karşı tedbir almaları hususunda Bakanlık tarafından bilgilendirilmiştir. Bu kapsamda başvuruçunun tutuklu olarak bulunduğu Van M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun şehir merkezinde terör olaylarının sıklıkla yaşanmakta olduğu mahallelere yakın bir mevkide yer aldığı, İnfaz Kurumunda meydana gelebilecek herhangi bir toplu eylemde civardaki terörist unsurların ve Kurumdaki diğer hükümlü veya tutukluların eylemlere destek verme riskinin yüksek olduğu, koğuş kapasitesinin aşılması sonucu asayişe konu olaylarda artış yaşandığı gözetilerek aralarında başvuruçunun da yer aldığı, terör örgütü üyeliği suçundan yargılanan bazı tutukluların başka bir ceza infaz kurumuna nakledilmesi talep edilmiştir.

24. Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) nakil talebinin uygun görülmesi üzerine başvuruçunun 28/3/2016 tarihinde Ankara Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna (İnfaz Kurumu) sevk edilmiştir. Sevk uygun görüldüğüne dair yazıda, sevk edilen tutukluların yargılandıkları mahkemelerden duruşmalarda bulundurulmalarına ilişkin müzekkere gelmesi hâlinde bu duruşmaların Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) ile yapılması, SEGBİS ile duruşma yapılamadığı takdirde ilgili yer Cumhuriyet başsavcılıklarınca gerekli güvenlik önlemleri alınarak tutukluların duruşmalara götürülmeleri istenmiştir.

25. Mahkeme, başvuruçunun 14/4/2016 tarihinde yapılması planlanan duruşmaya SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmasını temin etmek üzere İnfaz Kurumuna müzekkere yazmıştır.

26. Anılan müzekkereye istinaden başvuruçunun; Mahkemeye sunduğu dilekçede SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılmak istemediğini, duruşmada hazır bulunarak savunma yapmak istediğini beyan etmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

27. 14/4/2016 tarihli celsede başvuruçunun SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılmak istemediğine dair dilekçesi okunmuştur. Başvuruçunun SEGBİS odasında bulunmayı reddetmesi nedeniyle SEGBİS bağlantısı kurulmaksızın başvuruçunun yokluğunda duruşmaya devam edilmiştir. Bu duruşmada başvuruçunun müdafisine, mağdur R.T.nin talimatla alınan beyanı ile üst araması sırasında başvuruçunun üzerinde ele geçirilen bir mektubun tercümesine ilişkin bilirkişi raporu okunmuş ve bu belgelere karşı beyanı sorulmuştur.

28. Duruşmada hazır bulunan başvuruçucu müdafii; mağdur R.T.nin başvuruçucu aleyhindeki beyanlarını geri aldığını, başvuruçunun aleyhinde başka bir delil de bulunmadığını belirterek tahliye kararı verilmesini talep etmiştir.

29. Aynı celsede Savcılık makamı esas hakkındaki mütalaasını Mahkemeye sunmuştur. Mütalaada; iddianameden farklı herhangi bir olaya ya da olguya yer verilmemiştir. Başvuruçucu müdafinin mütalaya karşı savunma yapmak için süre talebinde bulunması üzerine Mahkemece talep kabul edilerek duruşma 12/5/2016 tarihine ertelenmiştir.

30. Mahkeme duruşma tarihinde başvuruçunun SEGBİS odasında hazır edilmesi için İnfaz Kurumuna müzekkere yazmış; bunun üzerine İnfaz Kurumu, SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılımının sağlanması için SEGBİS odasında hazır edilmesinin istendiği hususunda başvuruçuyu bilgilendirmiştir.

31. Başvuruçucu, Mahkemeye sunduğu 26/4/2016 tarihli dilekçesinde çeşitli Yargıtay kararlarına atıf yapmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanmaması için duruşmada hazır bulundurulmasının gerekli olduğunu ve video konferans yöntemi ile kendisini etkin bir şekilde savunmasının mümkün olmadığını belirterek SEGBİS odasında hazır bulunmayacağını, duruşmaya bizzat katılmak istediğini beyan etmiştir.

32. Yargılamanın 12/5/2016 tarihli son celsesinde Mahkeme, başvuruçunun bizzat duruşmada hazır bulunma talebini değerlendirmiştir. Buna göre başvuruçunun savunmasının esaslı bölümünü oluşturan sorgusunun birinci celsede Mahkeme huzurunda

yapıldığı, yargılamanın gerçekleştirildiği Van il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları nedeniyle hem başvurucunun hem de kamu görevlilerinin güvenliğinin tehlikeye düşmesi ihtimali bulunduğundan Ankara'daki Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu bulunan başvurucunun bu ilden Mahkemeye transferi sırasında güvenlik sorunu yaşanabileceği ve video konferans yöntemi ile savunma alınmasının ilgili mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle talebin reddine karar verilmiş ve başvurucunun yokluğunda duruşmaya devam edilmiştir.

33. Başvurucunun yokluğunda yapılan son celsede başvurucunun müdafii esas hakkındaki mütalaaya karşı savunma yapmış ve savunmasında özetle; mütalaaya katılmadıklarını, örgüt üyeliği suçunun işlendiğine dair somut bir delil bulunmadığını, başvurucunun aleyhinde beyanda bulunan R.T.nin söz konusu beyanlarının çelişkili olduğunu belirtmiştir.

34. Mahkeme 12/5/2016 tarihli kararı ile başvurucunun silahlı terör örgütü üyesi olma suçundan 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir. Gerekçeli kararın ilgili kısmı şöyledir:

"Mağdur [R.T.] soruşturma aşamasında özetle terör örgütünün kırsal kadrosuna katılım yapmak üzere Mersin ilinden Van iline kendisinin Şehriyan ÇOBAN'ın getirdiğini beyan etmiş iken kovuşturma aşamasında özetle kendisinin Şehriyan ÇOBAN'ın hiç bir şekilde tanımadığını beyan etmiştir. Oysa sanık dahi kendisi ile Mersin ilinde tanıştığını, birlikte yolculuk yaptıklarını, otobüs biletini kendisinin aldığını yolda tişörtünü verdiğini beyan etmiş iken soruşturma aşamasında ayrıntılı bir anlatımda bulunan mağdurun kovuşturma aşamasında bu beyanlarından dönmesi sanığı suç ve cezadan kurtarma amacına yönelik olduğu kabul edilerek mağdurun dosya kapsamı ile uyumlu görülen soruşturma aşamasındaki beyanları kovuşturma aşamasındaki beyanlarına üstün tutulmuştur.

Zira [R.T.nin.] kimlik tespiti sonrası yapılan GBT sorgulamasında 28/7/2015 tarihinden itibaren ailesinin başvurusu üzerine kayıp şahıs olarak arandığı dosyada mevcut Dz. 4 de bulunan GBT sorgu tutanağından anlaşılmıştır. Dolayısıyla akraba ziyaretine giden bir kimse hakkında ailesinin kayıp şahıs müracaatı yapması düşünülemeyecektir.

Adil Yargılanma Hakkı

Yine Mağdur [R.T.] kovuşturma aşamasındaki beyanlarında Şehrivan ÇOBAN'ı tanımadığını otobüsten iner inmez yakalandıklarını beyan etmiş ise de gerek Şehrivan ÇOBAN'ın ikrara dayalı anlatımları ile Mersin ilinden birlikte gelmeleri hatta Şehrivan ÇOBAN'ın evinde mağduru bir gece misafir ettiğine, biletini birlikte aldığına, kendisine tişört verdiğiine dair anlatımları, mağdur ve sanığın otobüsten indikten sonra birlikte tuvalete gittikleri, daha sonra servis aracına birlikte bindiklerinin tespitine dair tutanak ile de örtüşmemektedir.

Bu nedenlerle sanığın inkara dayalı savunmasına da itibar etmek mümkün olmamıştır.

Sanığın mahkememizce itibar edilmeyen savunması, mağdurun kovuşturma aşamasındaki beyanlarında üstün tutulan soruşturma aşamasındaki beyanları, ihbar tutanağı, yakalama tutanağı, ile birlikte tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde sanık Şehrivan ÇOBAN'ın silahlı terör örgütü PKK/KCK'nın kamplarına katılmak isteyen mağdur [R.T.nin.] Mersin ilinden önce Van iline getirdiği ihbar üzerine yakalandığı maddi olayın bu şekilde geliştiği kabul ve vicdani kanaatine varılmıştır. "

35. Başvurucu; çelişkili tanık beyanının hükme esas alındığını, SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılmayı reddederek duruşmada bizzat hazır bulunmayı talep ettiği hâlde usule aykırı bir şekilde yokluğunda duruşma yapıldığını belirterek hükmü temyiz etmiştir.

36. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 1/2/2017 tarihli kararı ile hükmü onamıştır. Kararda; *başvurucunun yaşı küçük olan mağdurun kimliğini gizlemek amacıyla mağdura kıyafet vermesi, başkasına ait nüfus cüzdanı temin etmesi ve sahte otobüs bileti alması şeklindeki eyleminin silahlı terör örgütüne eleman kazandırma organizasyonu içinde yer aldığını gösterdiği, dolayısıyla Mahkemenin başvurusunun silahlı terör örgütü üyesi olduğu yönündeki kabulünün yerinde olduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir.*

37. Başvurucu 2/5/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

38. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "İfade ve sorgunun tarzı" kenar başlıklı 147. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendi şöyledir:

"İfade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılır."

39. 5271 sayılı Kanun'un "Sanığın duruşmadan başışık tutulması" kenar başlıklı 196. maddesinin (4) numaralı fıkrası "Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır." şeklinde iken 15/8/2017 tarihli ve 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 147. maddesi ile "Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir." şeklinde değiştirilmiştir. Bu KHK hükmü 1/2/2018 tarihli ve 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değıştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 142. maddesi ile aynen kabul edilmiştir

40. 5271 sayılı Kanun'un 196. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

"Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeven oturumlar için getirilmemesine mahkemeye karar verilebilir."

41. 13/12/2004 tarihli 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "Nakiller" kenar başlıklı 53. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Hükümlüer, kendi istekleri veya toplu sevk, disiplin, asayiş ve güvenlik, hastalık, eğitim, öğretim, suç ve yargılama yeri nedenleriyle başka bir kuruma nakledilebilirler."

Adil Yargılanma Hakkı

42. 5275 sayılı Kanun'un "Zorunlu nedenlerle nakil" kenar başlıklı 56. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Kurumların elverişsiz ve yetersiz kalması, kapsama gücünün aşılması, kullanılamaz hâle gelmesi, asayiş, güvenlik, doğal afet, yangın ve büyük onarım gibi zorunlu nedenlerle başka kurumlara nakledilmeleri gerekli görülen hükümlüler, yargı çevresi dışında Adalet Bakanlığınca belirlenen ve konumlarına uygun olan diğer kurumlara nakledilebilirler."

43. 20/9/2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in (Yönetmelik) "Ceza infaz kurumunda bulunanlar" kenar başlıklı 14. maddesi şöyledir:

"(1) Teknik altyapının hazır olması durumunda ceza infaz kurumunda bulunan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi, SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir.

(2) Talep eden makam, dinleme yapacağı kişinin kimlik bilgilerini, dinleme zamanını ve dinleme için yapılması gereken hazırlıkları ilgili ceza infaz kurumu yönetimine bildirir.

(3) İlgili ceza infaz kurumu görevlisi, ikinci fıkrada belirtilen talimatlar doğrultusunda, dinlenecek kişiyi, dinleme odasında hazır eder.

(4) Talep eden makam ayrıca belirtmediği sürece, dinlenecek kişinin dinleme talebinde belirtilen kişi olduğuna dair bir tutanak, ceza infaz kurumu görevlisince düzenlenir ve imzalanır."

44. Genel Müdürlüğün 5/6/2015 tarihli ve Ceza infaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler konulu Genelgesi'nin "5275 sayılı kanunun 9'uncu maddesinde belirtilenler ile 3713 sayılı kanuna muhalefet suçlarından hükümlü ve tutukluların nakilleri" kenar başlıklı 18. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Tutuklular, öncelikle yargılandıkları mahkemenin bulunduğu yerdeki kapalı ceza infaz kurumlarında, bu yerde kapalı ceza infaz kurumu bulunmuyor ise suçları itibarıyla konumlarına uygun en yakın kapalı ceza infaz kurumlarında barındırılacaktır."

45. Aynı Genelge'nin 22. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Ceza infaz kurumlarından yapılacak tüm nakillerde varsa, nakli yapılacak kişinin devam eden yargılamasına ilişkin duruşma tarihi dikkate alınacak, duruşma tarihinin yakın olması durumunda naklin bu tarihten sonra yapılması için gerekli tedbirler alınacaktır."

2. Yargıtay Kararları

46. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20/6/2017 tarihli ve E.2016/16-639, K.2017/339 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; alt sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren 5237 sayılı TCK'nun 314/2. maddesi uyarınca silahlı terör örgütüne üye olma suçundan yargılanan, yargı çevresi dışında tutuklu bulunan ve ses ve görüntü bilişim sistemi (SEGBİS) ile savunma yapma imkânı tanınan sanığın, Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünü bildirdiği oturumlar ile hükmün açıklandığı son oturuma getirilmeden karar verilmesinin savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup olmadığı, bu bağlamda 'adil yargılanma' ilkesinin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesine ilişkindir.

...

Böylece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde konu edilen 'adil yargılanma hakkı' ilkesi gözetilerek, hâkimlerin hüküm vermeden önce sanığı bizzat görmeleri sağlanmaya çalışılmış,

...

Sanığın duruşmada hazır bulunabilmesi, yükümlülük yönü olmakla birlikte öncelikle kendisi açısından bir hak olup, bu hak 'adil yargılanma hakkı'nın temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Taraftı olduğumuz ve onaylamakla iç hukuk mevzuatına dahil ettiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 'adil yargılanma hakkı' başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, sanığın en azından kendi kendini savunmak hakkı bulunduğu belirtilmekle, mahkeme huzurunda doğrudan savunmasını yapabilmesi için duruşmada hazır bulunma hakkının varlığı da zımnen kabul edilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

Kendisi yönünden hak olarak düzenlendiği kabul edilen bir hususta sanığın, bu hakkı ne şekilde kullanacağı konusunda hiçbir insiyatifinin olmadığı kabulü hâlinde hakkın varlığından da söz edilemeyecektir.

Sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını sanıktan kaynaklanan herhangi bir olumsuzluk olmaksızın, onun istemi dışında ortadan kaldıran ve zorunlu varesteliği öngören 1412 sayılı CMUK'nun 226. maddesinin dördüncü fıkrasındaki; 'Duruşmadan vareste tutulmasını talep etmese bile, davanın görüldüğü yer mahkemesinin yargı çevresi dışında başka bir suçtan tutuklu veya cezası infaz edilmekte olan sanığın sorgusu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığı ile yaptırılabilir' şeklindeki düzenlemeye 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'da yer verilmemiştir.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12 Şubat 1985 tarihli Colozza ve Rubinat/İtalya ve 25 Kasım 1997 tarihli Zana/Türkiye kararlarında; 'Sözleşmeyle garanti altına alınan bir hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, bunun açıkça söylenmesiyle mümkün olabilir' denilmek suretiyle, sanığın duruşmada hazır bulunma hakkından feragat etmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir. Aynı prensip Ceza Genel Kurulunun 22.11.2011 gün ve 192-241 ile 12.11.2013 gün ve 1442-451 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır.

Bu manada, tutuklu sanığın duruşmada hazır bulundurulması mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir, sorgusunun yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlarda duruşma salonuna gelme yönünde bir talebi olmayan tutuklu sanığın katılımı SEGBİS ile sağlanabilecektir. SEGBİS ile savunma alınması hâlinde ise talep edildiğinde sanığın yanında müdafininin veya bir başka avukatın bulunması sağlanacaktır.

...

23.07.2016 tarihinde yürürlüğe giren 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının [...] (i) bendinde ise; hâkim veya mahkemenin uygun gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle şüpheli veya sanığın sorgusunu yapabileceği veya duruşmalara katılmasına karar verebileceği hüküm altına alınmıştır. ... Buna göre; derhal uygulanma ilkesi çerçevesinde geçmişe yürümeyecek olan usul hükümleri niteliğindeki 667 sayılı KHK'nın 6. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinin ve

676 sayılı KHK'nın 6. maddesinin uyuşmazlık konusu olaya uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Saniğin duruşmaya uzaktan katılmasını kamu güvenliği, kaçma şüphesi veya tanıkların güvenliği gibi haklı sebeplerle sağlama SEGBİS yönteminin, somut olaydaki dava şartları ve yargılama safahatı itibarıyla meşru zeminde karşılığı bulunup bulunmadığının gözetilmesi gerekmektedir. ... Buna göre, SEGBİS yönteminin savunma hakkını kısıtlayıp kısıtlamadığı, yargılama şartları ve meşru amaç kriterleri çerçevesinde her bir somut olay bakımından bağımsız bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Yargılandığı suçtan dolayı mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir cezaevinde tutuklu olup 27.11.2013, 22.01.2014 ve 26.02.2014 tarihli oturumlarda bizzat hazır bulundurulmuş ve 08.05.2014 tarihli oturumda SEGBİS vasıtasıyla savunması alınan sanığın, sorgu sırasında ve değişik tarihli dilekçelerinde duruşmalara bizzat katılmak istediğini belirtmesine karşın, Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki görüşünü bildirdiği oturumlar ile hükmün açıklandığı son oturumda duruşma salonunda hazır bulundurulmayıp yokluğunda yargılama yapılarak mâhkumiyetine karar verilmesinin savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir."

47. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12/2/2019 tarihli ve E.2017/6-423, K.2019/93 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"Bu aşamada ses ve görüntü bilişim sistemi (SEGBİS) üzerinde durulması faydalı olacaktır.

Şüpheli veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde uyulacak hususları belirleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 'İfade ve sorgunun tarzı' başlıklı 147. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında, teknik imkânlardan yararlanılacağı düzenlenmiş,

20.09.2011 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin;

3. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde; SEGBİS: 'UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi' olarak tanımlanmış,

Adil Yargılanma Hakkı

14. maddesinin 1. fıkrasında; 'Teknik altyapının hazır olması durumunda ceza infaz kurumunda bulunan kişi SEGBİS ile dinlenebileceği gibi, SEGBİS üzerinden duruşmalara da katılabilir.' hükmü getirilmiştir. Böylelikle, ceza infaz kurumunda, tedavi kurumunda veya yargı çevresi dışında bulunan kişilerin dinlenilmesinde SEGBİS'in kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

Sanık hazır olmaksızın duruşma yapılamayacağı kuralını düzenleyen CMK'nın 'Sanığın duruşmada hazır bulunmaması' başlıklı 193. maddesinin birinci fıkrası, 'Kanunun ayrıkt tuttuğu hâller saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Gelmemesinin geçerli nedeni olmayan sanığın zorla getirilmesine karar verilir.' hükmünü amirdir. Bu kuralın istisnaları da aynı maddenin 2. fıkrasında 'Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa da dava yokluğunda bitirilebilir.'

...

Uyuşmazlık konusunun çözümüne ışık tutacak olan 'Sanığın duruşmadan başışık tutulması' başlıklı CMK'nın 196. maddesi ise suç ve karar tarihi itibarıyla;

(1) Mahkemece sorgusu yapılmış olan sanık veya bu hususta sanık tarafından yetkili kılındığı hâllerde müdafii isterse, mahkeme sanığı duruşmada hazır bulunmaktan başışık tutabilir.

(2) Sanık, alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar hariç olmak üzere, istinabe suretiyle sorguya çekilebilir. Sorgu için belirlenen gün, Cumhuriyet savcısı ile sanık ve müdafii bildirilir. Cumhuriyet savcısı ile müdafii'nin sorgu sırasında hazır bulunması zorunlu değildir. Sorgusundan önce sanığa, ifadesini esas mahkemesi huzurunda vermek isteyip istemediği sorulur.

(3) Sorgu tutanağı duruşmada okunur.

(4) Yukarıdaki fıkralar içeriğine göre sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır.

(5) Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan

sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir.

(6) Yurt dışında bulunan sanığın, belirlenen duruşma tarihinde hazır bulunmasının zorluğu hâlinde, bu tarihten önce duruşma açılarak veya istinabe suretiyle sorgusu yapılabilir.' şeklinde iken 25.08.2017 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 694 sayılı KHK'nın 147. maddesi ile anılan maddenin dördüncü fıkrası; 'Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusu yapılabilir veya duruşmalara katılmasına karar verilebilir.' biçiminde değiştirilmiş, 08.03.2018 tarihli ve 30354 mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7078 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 142. maddesiyle de anılan fıkra kanunlaşmıştır.

Görüldüğü üzere, 694 sayılı KHK'nın 147. maddesi ile CMK'nın 196. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan birinci değişiklik 'yukarıdaki fıkralar içeriğine göre' ibaresinin madde metninden çıkarılmasıdır. Bu halde alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda sanığın huzurda dinlenilmesine ilişkin gereklilik, sanığın istinabe suretiyle sorguya çekilmesini düzenleyen aynı maddenin ikinci fıkrası bakımından devam etmekte iken, sanığın SEGBİS yöntemi ile sorgusunun yapılmasını düzenleyen dördüncü fıkrası bakımından aranmamıştır. Böylelikle, alt sınır ayırımı yapılmaksızın tüm suçlar yönünden sanığın SEGBİS yöntemi uygulanarak sorgusu yapılabilecektir.

694 sayılı KHK'nın 147. maddesi ile CMK'nın 196. maddesinin dördüncü fıkrasında yapılan ikinci değişiklik ise 'Hâkim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda' ibaresinin madde metnine eklenmesidir. Bu manada, somut yargılamanın şartlarına göre bir değerlendirme yapacak olan Yerel Mahkeme, zorunlu gördüğü durumlarda, sanığın SEGBİS yöntemi ile sorgusunu yapabilecek veya sorgusu yapılan sanığın bu sistem vasıtasıyla oturumlara katılmasına karar verebilecektir."

48. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 15/2/2016 tarihli ve E.2015/8703, K.2016/749 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

"Yargılandığı suçtan dolayı mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir cezaevinde tutuklu olup 27.02.2014 tarihli oturumda bizzat duruşmada hazır bulundurulurken, 05.09.2014 tarihli oturumda da sesli ve görüntülü iletişim tekniği kullanılarak sorgusu yapılan, ancak SEGBİS ile alınan sorgusu sırasında ve değişik tarihlerde sunduğu yazılı dilekçeleri ile, duruşmalara bizzat katılmak istediğini belirten sanığın, CMK'nın 196/5. maddesi hükmü gereğince; duruşmada hazır bulundurulmamasının dayanağı olan zorunlu nedenler karar yerinde gösterilmeden yokluğunda yargılama yapılarak hükmün tefhim edilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,

Kanuna aykırı[dır.]"

49. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 26/5/2016 tarihli ve E.2016/1697, K.2016/3295 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"CMK'nın genel ilkeleri ve 196. maddedeki düzenleme Dairemizce benimsenen Y.C.G.K.'nin 10.06.2008 tarih ve 9-148-169 sayılı kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihatları göz önünde bulundurulduğunda; duruşmada hazır bulunma hakkı adil yargılama kapsamında değerlendirilmekte olup, bu hakkın sınırlanması ancak ciddi şekilde gerekli olması halinde istisna olarak uygulanmalıdır. A.İ.H.M.'nin Marcello Viola v. İtalya kararı temyiz duruşmasına ilişkindir. Bu nedenlerle kovuşturma aşamasında;

1-) Genel kural sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Bu hak ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir.

2-) İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara sanığın SEGBİS yolu ile katılması, açık kabulüne dayalı olmalıdır.

3-) Sesli ve görüntülü yöntemle savunma alınması halinde sanık müdafininin talebi durumunda sanığın yanında bulunma olanağının sağlanması; koşulları gerçekleştiğinde savunma hakkının kısıtlanmadığı kabul edilebilecektir.

Tüm bu açıklamalar karşısında; duruşmalardan önce SEGBİS sistemiyle savunma yapmak istemediklerini ve mahkemede hazır bulunarak savunma yapmak istediklerini beyan eden sanığın müdafininin de aynı yöndeki talebine rağmen duruşmada hazır bulundurulmayarak SGBİS sistemiyle alınan savunma ile hüküm kurularak CMK 196/2 maddesine muhalefet etmek suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,

...

Kanuna aykırı[dır.]"

50. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 28/6/2016 tarihli ve E.2016/3392, K.2016/4533 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"1-Ceza yargılamasının temel ilkelerinden biri 'doğrudan doğrualık-vasıtasızlıktır.' Bu nedenle CMK'nın 193/1. maddesinde 'sanık olmaksızın yargılama olmaz' genel kuralına yer verildikten sonra istisnalar aynı Kanunun 193/2, 194/2, 195, 196, 200/1 ve 204. maddelerinde gösterilmiştir. Sanığın kabulüne bağlı olarak alt sınırı 5 yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçlar hariç olmak üzere istinabe yoluyla sorguya çekilebilecektir. Görüntülü ve sesli iletişim tekniği kullanılarak sorgu yapma yöntemi CMK'nın 196/4. maddesi hükmüne göre mümkün kılınmıştır.

CMK'nın genel ilkeleri ve 196. maddedeki düzenleme Dairemizce benimsenen Y.C.G.K.'nın 10.06.2008 tarih ve 9-148-169 sayılı kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihatları göz önünde bulundurulduğunda; duruşmada hazır bulunma hakkı adil yargılama kapsamında değerlendirilmekte olup, bu hakkın sınırlanması ancak ciddi şekilde gerekli olması halinde istisna olarak uygulanmalıdır.

Bu açıklamalar karşısında; yargılandıkları suçtan tutuklu olan sanıkların duruşmada hazır edilerek savunmalarının tespiti yerine, SEGBİS sistemi aracılığıyla ifadeleri alınarak haklarında mahkumiyet kararı verilmesi,

...

Kanuna aykırı[dır.]"

51. Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 19/12/2017 tarihli ve E.2016/16369, K.2017/16223 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Duruşmada hazır bulunmak isteyen sanığın, duruşmada hazır bulundurulması sadece ödev değil aynı zamanda bir haktır. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.06.2008, 9-148/169 sayılı kararı)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesine göre; cezai bir suç ile itham edilen herkesin, kendini savunma, iddia tanıklarını sorguya çekme veya

Adil Yargılanma Hakkı

çektirme, duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından para ödenmeksizin yararlanması haklarını güvence altına almıştır. Duruşmada hazır bulunmaksızın bu hakları nasıl kullanabileceğinin anlaşılması zordur. (Colozza v. İtalya 12 Şubat 1985)

Adil bir ceza yargılaması sürecinin oluşumunda sanığın mahkeme nezdinde hazır bulunmasının büyük önemi bulunmaktadır. (Lala v. Hollanda 22 Eylül 1994) Bunun sebebi hem adil yargılama hakkının mevcudiyeti hem de beyanların doğruluğunun anlaşılması ve mağdur ile tanıkların beyanlarıyla karşılaştırılmasıdır. (Sedoviç v. İtalya)

Temyiz aşamasında davalının duruşma salonunda şahsen hazır bulunması ilk derece mahkemesinde görülmekte olan duruşmalarda hazır bulunmasına nispeten daha az önem arz etmektedir. (Kamasinsiki v. Avusturya, 19 Aralık 1989)

Adaletin gerçekten adil bir şekilde sağlanmasının demokratik bir toplumda tuttuğu yer göz önünde bulundurularak savunma hakkının kısıtlanmasına yönelik her bir tedbirin ciddi şekilde gerekli olmasına işaret edilmiştir. Daha az kısıtlayıcı bir tedbirin bulunması halinde o uygulanmalıdır. (Van Mechelen ve diğerleri)

Sözleşme ile garantiye alınan hakkın kullanılmasından vazgeçilmesi, bunun açığa söylenmesi ile mümkün olabilir.(Zana/Türkiye)

CMK'nın genel ilkeleri ve 196. maddedeki düzenleme Y.C.G.K.'nin 10.06.2008 tarih ve 9-148-169 sayılı kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İçtihadları göz önünde bulundurulduğunda; duruşmada hazır bulunma hakkı adil yargılama kapsamında değerlendirilmekte olup, bu hakkın sınırlanması ancak ciddi şekilde gerekli olması halinde istisna olarak uygulanmalıdır. A.İ.H.M.'nin Marcello Viola v. İtalya kararı temyiz duruşmasına ilişkindir. Bu nedenlerle kovuşturma aşamasında;

1-) Genel kural sanığın duruşmada hazır bulundurulmasıdır. Bu hak ciddi nedenlere dayalı olarak mahkeme kararı ile sınırlandırılabilir.

2-) İlk ve son savunmanın yapıldığı, esasa ilişkin delillerin toplandığı oturumlara sanığın SEGBİS yolu ile katılması, açık kabulüne dayalı olmalıdır.

Tüm bu açıklamalar karşısında; bozma sonrası yapılan yargılamada SEGBİS sistemiyle kendisine bağlanan sanığın, savunma yapmak istemediğini ve mahkemede hazır bulunarak savunma yapmak istediğini beyan etmesine rağmen duruşmalarda hazır bulundurulmayıp SEGBİS sistemi aracılığıyla yargılaması yapılarak mahkumiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,

Bozmayı gerektirmiş[tir.]”

52. Yargıtay 17. Ceza Dairesinin 8/10/2019 tarihli ve E.2019/8212, K.2019/12041 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

15/8/2017 tarihinde yürürlüğe giren 694 sayılı KHK'nın 147. maddesiyle CMK'nun 196. maddesinde yapılan ve 1/2/2018 tarihli 7078 sayılı Yasa'nın 142. maddesiyle aynen kabul edilen değişiklikle;

Hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusunun yapılabilmesine veya duruşmalara katılabileceğine karar verilebileceği belirtilmiştir.

Anılan kanun gerekçesinde de; düzenlemeyle sanığın duruşmada hazır bulunmasının tarafların güvenliklerini tehlikeye düşürmesine veya davanın makul sürede sonuçlandırılmasına engel olması ya da buna benzer başka sebeplerin varlığı ile mahkemece zorunlu görülmesi halinde, yurt içinde bulunan sanığın sorgusunun SEGBİS kullanılmak suretiyle yapılabilmesi veya duruşmalara katılabilmesinin öngörüldüğü, Nitekim YGGK'nın 13/2/2018 tarihli, 2016/16-814 Esas ve 2018/42 Karar sayılı ve 27/2/2018 tarihli, 2017/16-33 Esas ve 2018/74 Karar sayılı ilamlarında da, yukarıda belirtilen kanun değişikliği itibarıyla hakim veya mahkemenin zorunlu gördüğü durumlarda alt sınırı beş yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan yargılanan ve mahkeme huzuruna getirilme talebi bulunan sanığın SEGBİS yöntemi ile sorgusunun yapılmasına ve duruşmalara katılımına karar verilmesinin bozma sebebi oluşturmayacağına karar verilmiştir.

Bozma sonrasında SEGBİS sistemi aracılığıyla ifade vermek istemeyen sanığın sorgusunun kanun gerekçesinde de belirtildiği gibi zorunlu görülen tarafların güvenliklerinin tehlikeye düşmesi veya davanın makul sürede

Adil Yargılanma Hakkı

sonuçlandırılmasına engel olması gibi hangi durumların gözönünde bulundurulduğu açıklanıp belirtilmeden duruşmada hazır bulundurulmayıp, SEGBİS aracılığıyla sorgusu yapılarak mahkumiyetine karar verilmesi suretiyle savunma hakkının kısıtlanması,

Bozmayı gerektirmiş[tir.]”

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

53. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

”Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyumsuzluklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

54. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında, Sözleşme'de açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen Sözleşme'nin 6. maddesinin amaç ve hedefleri bir bütün olarak gözetildiğinde suç isnadı altında olan bir kimsenin yargılamaya katılma hakkının bulunduğu kabul edilmektedir (*Hermi/İtalya* [BD], B. No:18114/02, 18/10/2006, § 59). Buna göre bir bütün olarak değerlendirildiğinde Sözleşme'nin 6. maddesi sanığa duruşmaya fiilen katılma hakkı tanımaktadır. Söz konusu madde, ilke gereği diğerlerinin yanı sıra yalnızca duruşmalara katılma hakkını değil aynı zamanda duruşmaları dinleme ve izleme hakkını da kapsamaktadır (*Stanford/Birleşik Krallık*, 23/2/1994, § 26).

55. AİHM, ceza davalarında video konferans sistemi aracılığı ile duruşma yapılmasının savunma açısından güçlükler sebepli olduğu ve duruşmada hazır bulunma hakkını ihlal ettiği yönündeki şikâyeti *Asciutto/İtalya* (B. No: 35795/02, 27/11/2007) kararında incelemiştir.

56. Anılan karara konu olayda, üyesi olduğu mafya örgütünün faaliyetleri çerçevesinde işlediği suçlar nedeniyle hapis cezasına mahkûm edilen başvuru bu cezaya karşı istinaf yoluna başvurmuştur.

Hakkındaki hapis cezasının infazı kapsamında özel bir tutukluluk rejimine tabi olarak ceza infaz kurumunda tutulan başvuru, dışarıyla olan ilişkilerinin kısıtlanması sebebiyle ağır ceza mahkemesi ve istinaf mahkemesinde görülen duruşmalarda hazır bulundurulmamıştır. Başvurucunun bu duruşmalara katılımı video konferans sistemi aracılığı ile sağlanmıştır (*Asciutto/İtalya*, §§ 5-21).

57. AİHM, *Asciutto/İtalya* kararında başvuruçunun hâkim önüne çıkarılmamasının ve duruşmalara video konferans sistemi aracılığı ile katılmak zorunda bırakılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği şikâyetini kabul edilemez bulmuştur. AİHM, yaptığı değerlendirmede öncelikle hakkaniyete uygun bir ceza yargılaması için sanığın mahkeme huzuruna çıkarılmasının büyük önem arz ettiğine ilişkin içtihadını hatırlatmıştır (*Asciutto/İtalya*, § 57). Bu içtihada göre sanık duruşmada hazır bulunmadan Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında özel olarak düzenlenen "*bizzat savunma*", "*tanık sorgulama veya sorgulatma*" ve "*ücretsiz tercüman yardımından yararlanma*" haklarının kullanılması zordur. Dolayısıyla sanığın duruşmada hazır bulunma hakkını güvence altına alma yükümlülüğü Sözleşme'nin 6. maddesinin temel gerekliliklerindedir (*Hermi/İtalya*, §§ 58, 59). Dahası duruşmada hazır bulunma hakkı sanığın savunmasının doğruluğunu kanıtlama, onu tanık ve mağdur ifadeleriyle karşılaştırma olanağı sunar (*Medenica/İsviçre*, B. No: 20491/92, 12/12/200, § 54).

58. AİHM; sanığın video konferans yöntemi ile duruşmalara katılmasının tek başına Sözleşme'ye aykırı olmadığını, ancak her bir davanın kendine özgü koşulları dikkate alındığında bu yöntemin uygulanmasının meşru bir amaç taşıması ve uygulamaya ilişkin koşulların Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörüldüğü şekliyle savunma haklarına ilişkin gerekliliklerle uyumlu olması gerektiğini belirtmiştir (*Asciutto/İtalya*, § 64).

59. Video konferans uygulaması, diğer hususların yanında tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transferleri nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargılamaların hızlandırılması amacını taşımaktadır (*Marcello Viola/İtalya*, B. No: 45106/04, 5/1/2007, § 70). Bu nitelikteki imkânlarla başvurmak bizzat

Adil Yargılanma Hakkı

duruşmada hazır bulunma hakkının amaçlarıyla çelişmemektedir. Fakat tutuklunun veya hükümlünün yargılama sürecini takip edebilmesi, duruşmada dinlenen insanları görebilmesi ve sarf edilen ifadelerden haberdar olabilmesi, ayrıca kendisinin de mahkeme, tanıklar ve diğer ilgililer tarafından görülmesinin ve dinlenilmesinin teknik engeller bulunmaksızın garanti edilmesi gerekir (*Sakhnovskiy/Rusya* [BD], B. No: 21272/03, 2/10/2010, § 98; *Marcello Viola*, §§ 72-74).

60. Bu ilkelere göre *Asciutto/İtalya* kararında somut olayı değerlendiren AİHM başvurusunun farklı bir ceza infaz rejimine tabi tutulan bir tutuklu olması nedeniyle ilgili ceza mevzuatında öngörülen hükümler çerçevesinde video konferans yöntemi ile ağır ceza mahkemesi ve istinaf mahkemesinde görülen duruşmalara katılımının sağlandığına dikkat çekmiş, bu yöntemin uygulanmasının meşru bir amaç taşıyıp taşımadığını ve yöntemin uygulandığı koşulların savunma haklarına riayet edip etmediğini incelemiştir. Bu incelemede öncelikle başvurusunun mafya üyesi olma suçundan yargılandığı gözönüne alınarak kaçma veya suikasta uğrama riskinin mevcut olması nedeniyle duruşma salonuna transferinin ağır güvenlik tedbirleri alınmasını gerektirdiğini ve davanın duruşma salonunda hazır bulunan diğer tarafları ile tanıklara baskı uygulama gücünün bulunduğunu belirtmiştir. Bu durumda başvurusunun duruşma salonuna transferinin zorluğuna vurgu yapan AİHM video konferans yönteminin uygulanmasının kamu düzenini koruma, tanıkların ve mağdurların güvenliğini ve özgürlüğünü sağlama, aynı zamanda yargılamayı makul sürede tamamlama gibi meşru amaçlar taşıdığı kanaatine varmıştır. Video konferans yönteminin uygulanmasına ilişkin koşulların savunma haklarına uyup uymadığı hususunda yapılan incelemede ise başvurusunun duruşmada hazır bulunan kişileri görme ve söylenenleri duyma imkânına sahip olduğunu, yargılamada teknik nitelikte sorunlar yaşandığı hususunda bir şikâyetin dile getirilmediğini ve ilgili mevzuata göre başvuru müdafininin video konferans bağlantısı kurulan odada hazır bulunma hakkına sahip olduğunu gözeterek başvurusunun video konferans yöntemi ile ağır ceza mahkemesi ve istinaf mahkemesindeki duruşmalara katılımının davanın diğer tarafına göre savunma açısından başvurucuyu dezavantajlı duruma düşürmediği ve sonuç olarak Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörüldüğü şekliyle

savunma hakkının kullanıldığı sonucuna ulaşmıştır (*Asciutto/İtalya*, §§ 63-69)

V. İNCELEME VE GEREKÇE

61. Mahkemenin 6/2/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

62. Başvurucu, bireysel başvuru harç ve masraflarını karşılayacak geliri olmadığını beyan ederek adli yardım talebinde bulunmuştur.

63. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

64. Başvurucu; SEGBİS aracılığı ile duruşma yapılmasının savunma açısından kendisini zor duruma düşürmesi nedeniyle bu şekilde duruşmaya katılmayı reddettiğini, ilgili mevzuat hükümlerine ve yerleşik içtihadı göre esas hakkındaki mütalaanın yüzüne karşı okunması gerektiği hâlde gıyabında duruşma yapıldığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

65. Bakanlık görüşünde; SEGBİS ile ilgili mevzuat hakkında açıklamalarda bulunularak SEGBİS yönteminin hangi durumlarda uygulanabileceğinin, hangi merciin bu yöntemin kullanılmasına karar verme yetkisine sahip olduğunun ve ses-görüntü bağlantısı için gerekli olan teknik altyapıya ilişkin koşulların ilgili mevzuatta açık bir şekilde düzenlendiği belirtilmiştir. Görüş yazısında; SEGBİS ile ifadesi alınanların duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı bulunduğu, yargılama makamının ve duruşmada hazır bulunan diğer kişilerin de aynı şekilde ifade alma, beyanda bulunma ve soru yöneltme

Adil Yargılanma Hakkı

gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirebilme imkânına sahip oldukları, başka bir ifadeyle SEGBİS'in içerdiği bu özellikler sayesinde yargılamanın unsurlarından biri olan yüz yüzelik ilkesinin gerçekleştiği belirtilmiştir. Ayrıca somut olayda SEGBİS aracılığı ile alınan bir ifade ya da savunma bulunmadığına dikkat çekilmiş; başvurucunun ilk duruşmada yargılamayı yapan mahkeme önünde avukatının katılımıyla ve tercüman aracılığıyla savunma yaptığı belirtilmiştir.

66. Bakanlık görüşünde ayrıca; yargılama devam ederken başka bir ildeki ceza infaz kurumuna nakledilen başvurucunun transferi sırasında güvenlik sorunu yaşanabileceği gözetilerek duruşmalara SEGBİS bağlantısı kurulmak suretiyle katılımının kararlaştırıldığı, SEGBİS ile duruşmalara katılmayı reddetmesi nedeniyle başvurucunun yokluğunda fakat müdafinin katılımıyla yargılamanın sürdürüldüğü, bu şekildeki bir yargılamanın adil yargılanma hakkının görünümlerinden olan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine aykırılık teşkil etmediği belirtilmiştir.

2. Değerlendirme

67. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

68. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddiaları adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkı yönünden incelenmiştir.

69. Anayasa Mahkemesi SEGBİS'in kullanılmasını daha önce *Erdal Korkmaz ve diğerleri* (B. No: 2013/2653, 18/11/2015, §§ 98-105) başvurusuna ilişkin kararında *kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı* yönünden ele almıştır. Karara konu olayda silahlı terör örgütüne üye olma suçuna ilişkin olarak başlatılan soruşturma kapsamında tutuklanan başvurucular, tutukluluk incelemesini yapan hâkim huzuruna çıkarılmadıklarını ve incelemenin

SEGBİS vasıtasıyla yapıldığını belirterek anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir (*Erdal Korkmaz ve diğerleri*, § 98). Anılan kararda, SEGBİS'in duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı sağladığı ve bu sistemde yargılamanın taraflarının yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirilebildikleri vurgulandıktan sonra SEGBİS vasıtasıyla yapılan yargılamada yüz yüzelik ilkesinin sağlandığı ifade edilmiştir (*Erdal Korkmaz ve diğerleri*, § 103).

70. Anayasa Mahkemesi daha önce başvuruçuların ses ve görüntü aktarımı suretiyle duruşmaya katılımlarının sağlanmasını, *adil yargılanma hakkı* kapsamındaki *duruşmada hazır bulunma hakkı* yönünden kapsamlı bir şekilde değerlendirmemiştir. Dolayısıyla *suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklarda* adil yargılanma hakkı kapsamındaki *duruşmada hazır bulunma hakkına* yönelik müdahalelerle ilgili ilk esaslı değerlendirme bu kararda yapılacaktır.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

b. Esas Yönünden

i. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

72. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes iddia, savunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Anayasa'nın anılan maddesinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak iddia ve savunma hakkına birlikte yer verilmesi, taraflara iddia ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir (*Mehmet Fidan*, B. No: 2014/14673, 20/9/2017, § 37).

73. Anayasa'nın 36. maddesine "...ile adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılama

Adil Yargılanma Hakkı

kavramından hareket ederek adil yargılanma hakkının gereklerini saptamıştır. Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında adil yargılanma hakkının gereklerinden birinin de duruşmada hazır bulunma hakkı olduğu AİHM'in birçok kararında vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının duruşmada hazır bulunma hakkını da kapsadığının kabul edilmesi gerekir.

74. Sanığın duruşmada hazır bulunması hem savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Ceza adaletinin hakkaniyete uygun şekilde gerçekleşebilmesi için sanığın mahkemenin huzuruna çıkarılması büyük önem arz etmektedir. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine dayalı bir yargılama sisteminin benimsenmesi, sanığın duruşmada hazır bulunmasını gerektirmektedir. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil duruşma sürecini takip etmeyi, iddiaları ve tanık ifadelerini dinlemeyi, iddia/savunmaları destekleyecek şeyleri ileri sürmeyi de içerir. Dolayısıyla duruşmada hazır bulunma hakkı, sanığın yargılamaya etkili katılım hakkıyla da doğrudan ilişkilidir. Suç isnadı altındaki bir kimse duruşmada hazır bulunarak yargılamaya etkin olarak katılmakta, hakkında kurulacak hükmün inşasına ortak olmakta ve yargılamaya yön verme imkânına kavuşmaktadır. Hâkimler de bu hak vesilesiyle sanığın tutum ve davranışları ile kişisel özelliklerini gözleme imkânı elde etmektedir.

75. Duruşmada hazır bulunma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının özel bir görünümü olan savunma hakkıyla da sıkı bağlantılıdır. Ceza yargılamasında hakkaniyete uygun bir yargılamanın en önemli unsuru olan *bizzat savunma* hakkının sağlanabilmesi için sanığın duruşmada hazır bulunma olanağına sahip olması gerekir. Özellikle mahkemenin vereceği hükmü etkileyebilecek nitelikteki değerlendirmelerin veya başka esaslı işlemlerin yapıldığı *kritik aşamalarda* sanığın duruşmada hazır bulunması büyük önem taşımaktadır. Duruşmada hazır bulunma hakkı, kişinin kendi davasının duruşmasına bizzat veya müdafii ile birlikte katılması anlamına gelmektedir. Böylelikle olayı en iyi bilebilecek durumda olan sanık, delillerin tartışılmasını sağlayarak aleyhinde olan delilleri çürütme ve mahkemenin vereceği

kararı etkileme imkânı bulacak ve böylelikle savunmasının doğruluğunu ispatlayabilecektir.

76. Duruşmada hazır bulunma hakkı tanık sorgulama veya sorgulatma ve tercüman yardımından yararlanma haklarıyla da yakından bağlantılıdır. Duruşmada hazır bulunmayan sanığın anılan haklarını etkili şekilde kullanması zordur. Duruşmada hazır bulunma hakkı, anılan hakların kullanılmasını gerektiren durumlarda sanığa savunmasını planlayarak mahkeme önünde en uygun ve etkili şekilde yapabilme, tanıklara soru sormak suretiyle onların beyanlarının zayıf/ itibar edilemez noktalarını ortaya koyabilme ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilme imkânı vermektedir. Dolayısıyla -görüntü ve ses kalitesi yüksek olan araçlardan yararlanılsa bile- uzaktaki sanığın ses ve görüntüsünün duruşma salonuna aktarılmasının sağladığı menfaat ile onun duruşma salonunda fiziksel olarak yer almasının sağladığı menfaat aynı değildir. Bunun için anılan hak sadece istisnai hâllerde sınırlandırılabilir.

77. Duruşmada hazır bulunma hakkı, ilgili usul kanunlarında da düzenlenmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sanık hazır olmaksızın duruşma yapılamayacağı kuralı hükme bağlanmıştır. Buna göre Kanun'un ayırık tuttuğu hâller saklı kalmak üzere hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılmaz. Kanun'un ayırık tuttuğu hâllerden biri aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa sorgusu yapılmamış olsa da davanın sanığın yokluğunda bitirilebileceği şeklinde düzenlenmiştir. Diğerleri de aynı Kanun'un 194., 195., 196., 200. ve 204. maddelerinde düzenlenmiştir. Ancak bireysel başvuru incelemelerinde ölçü norm Anayasa'dır; kanuna uygunluk denetimi yapılmamaktadır. Bu nedenle yapılan müdahalenin anayasal koşullara da uygun olması gerekir.

78. Somut olayda başvurusunun duruşma salonunda bizzat hazır bulunma talebinin Mahkemece reddedilmesi ve SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmaya çalışılması nedeniyle duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

79. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan duruşmada hazır bulunma hakkı mutlak olmayıp -istisnai olarak- sınırlamalara konu olabilir. Ancak yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalini teşkil edecektir.

80. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

81. Bu sebeple müdahalenin somut başvuruya ilişkin olarak Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

82. Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak bulunmakta olan başvurucunun duruşmada bizzat hazır bulunma talebinin Mahkemece reddedilmesi 5271 sayılı Kanun'un 196. maddesinin (4) numaralı fıkrasına dayanmaktadır. Dolayısıyla anılan müdahalenin *kanunilik* ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır.

(2) Meşru Amaç

83. Anayasa'nın 13. maddesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını ilgili hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde gösterilen özel sınırlandırma sebeplerinin bulunmasına bağlı kılmıştır.

84. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilmektedir. Buna göre Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği

kabul edilmektedir (AYM, E.2014/87, K.2015/112, 8/12/2015; E.2016/37, K.2016/135, 14/7/2016, § 9; E.2013/130, K.2014/18, 29/1/2014; *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § 33).

85. Anayasa'nın 36. maddesinde özel sınırlama nedeni düzenlenmemiştir. Bu durumda Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin somut olay bakımından sınırlandırma sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır.

86. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında herkesin yaşam ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarına sahip olduğu belirtilmektedir. Anılan hüküm ile devlete verilen yaşam hakkını koruma ödevinin suç isnadı altındaki kişilerin Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir unsuru olan duruşmada hazır bulunma hakkının sınırlandırılmasında dikkate alınması gerekmektedir.

87. Somut olayda başvurusunun duruşmaya bizzat katılma talebi, transfer esnasında kendisinin ve kamu görevlilerinin yaşamı yönünden risk oluşturduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Buna göre müdahalenin kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması, bunun yanı sıra gerek tutuklu kişinin gerekse tutukluya refakat edecek güvenlik görevlilerinin yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunması amaçlarını taşıdığı, bunun da Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır.

88. Diğer taraftan Anayasa'nın 141. maddesinde yargıya davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi de verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir (AYM, E.2013/85, K.2013/95, 22/9/2010). Somut olayda başvurusunun duruşmaya bizzat katılma talebi, daha önce huzurda savunma yaptığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Dolayısıyla tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumundan duruşma salonuna transferleri nedeniyle oluşan gecikmelerin azaltılması ve yargılamaların hızlandırılması sebebiyle duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan

müdahalenin usul ekonomisinin gerçekleştirilmesine yönelik olarak da meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

89. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

90. Buna göre duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için amacı gerçekleştirmeye *elverişli* olmasının yanında *gerekli* olması da gerekir. *Gereklilik* yukarıda da ifade edildiği üzere hakka müdahale teşkil eden birden fazla araç arasından hakkı en az zedeleyen aracın seçilmesini ifade etmektedir. Buna göre hak ve özgürlüğü sınırlayan tedbirlerden hangisi diğerlerine nazaran hakkın norm alanına daha az müdahale edilmesi sonucunu doğuruyorsa o tedbirin tercih edilmesi gerekir. Bununla birlikte hakka müdahale oluşturacak aracın seçiminde kamu otoritelerinin belli ölçüde takdir payının bulunduğu da kabul edilmelidir. Zira yetkili kamu makamları, öngörülen amaca ulaşılması bakımından hangi aracın etkili ve verimli sonuçlar doğuracağına ilişkin olarak isabetli karar verme noktasında daha iyi bir konumdadır. Özellikle alternatif aracın bulunmadığı veya mevcut alternatiflerin öngörülen meşru amaca ulaşılması bakımından etkili olmadığı ya da daha az etkili olduğu durumlarda kamu makamlarının araç seçimi hususundaki tercih yetkisinin *gereklilik* kriterini sağlamadığının söylenebilmesi için çok güçlü nedenlerin bulunması gerekir.

91. Duruşmada hazır bulunma hakkının -doğası gereği- ceza hukukunun çekirdeğini oluşturan konularda daha katı bir biçimde

uygulanması gerekmektedir. Özellikle hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren suçlara ilişkin yargılamalarda, hükmü değiştirebilecek nitelikteki değerlendirmelerin veya başka esaslı işlemlerin yapıldığı *kritik aşamalarda* suç isnadı altındaki kişinin duruşmada hazır bulunmasının oluşturacağı menfaatin boyutu önem taşımaktadır. Suç isnadına ilişkin yargılamalarda esaslı işlemlerin yapıldığı bir aşamada sanığın duruşmada hazır bulunması asıldır, istisnai hâllerde gıyapta yargılama yapılabilir. Dolayısıyla *gereklilik ilkesi* yönünden duruşmada hazır bulunma hakkı ancak olayın koşullarının *zorunlu kıldığı* durumlarda sınırlanabilecektir. Bu bakımdan duruşmada hazır bulunma hakkını sınırlayan herhangi bir tedbirin öncelikle *gerekli* olduğunun gösterilmesi gerekir. Bu çerçevede sanığın duruşmada hazır bulunmamasını zorunlu kılan bir olgunun varlığı derece mahkemelerince somut ve olaya uygun bir gerekçeyle ortaya konulmalıdır.

92. Bilindiği üzere SEGBİS; Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'nde (UYAP) ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği, saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemi olarak tanımlanmaktadır (*Erdal Korkmaz ve diğerleri*, § 99). Esasen SEGBİS'in suç isnadına ilişkin uyuşmazlıklar ile medeni hak ve yükümlülüklerle -ve bu bağlamda cezaların infazına- ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması kategorik olarak Anayasa'ya aykırı bir durum değildir. Aksine kişilerin duruşmalara sesli ve görüntülü bir bilişim sistemi kullanılarak katılmalarına imkân tanınması veya adli merciler önünde kendilerini sözlü olarak ifade edebilmeleri bizatihi bu kişilerin adli süreçlere katılımlarını büyük ölçüde kolaylaştıran bir işleve sahiptir. Bu itibarla Türk hukuk uygulamasında yakın dönemde gerçekleştirilen en önemli projelerden biri olan UYAP'ın ve bunun bir parçası olan SEGBİS'in adil yargılanma hakkı bağlamında sağladığı yararlar ve bu sistemlerin geliştirilerek uygulanmaya devam edilmesinin önemi inkâr edilemez.

93. Bununla birlikte SEGBİS'in kullanılması yoluyla duruşmaya katılmanın duruşmada bizzat hazır bulunmaya göre kişilere kendilerini yargı makamları önünde sözlü olarak ifade etme ve yargılama sürecine aktif olarak katılım sağlama yönünden daha sınırlı bir menfaat sağladığı da gözardı edilmemelidir. Bu durumda kişinin duruşmada bizzat hazır bulunma hakkına belirli ölçüde sınırlama getiren bir uygulama olan

Adil Yargılanma Hakkı

SEGBİS vasıtasıyla duruşmaya katılımının neden gerekli olduğu derece mahkemelerince gösterilmelidir. Bu gerekliliğin ortaya konulması bağlamında, kişilerin duruşmada bizzat hazır bulunmayı talep etmelerine rağmen SEGBİS yoluyla katılımlarının neden yeterli görüldüğünün ve duruşmada bizzat hazır bulunmayı imkânsız hâle getiren veya büyük ölçüde zorlaştıran koşulların neler olduğunun ifade edilmesi gerekir. Bu çerçevede talepte bulunan kişilerin duruşmada bizzat hazır bulunmasına imkân sağlayan alternatif tedbirlerin uygulanabilirliğinin hatırdâ tutulması önemlidir. Duruşmada bizzat hazır bulunmanın önemine istinaden kanun koyucu da 5271 sayılı Kanun'un uygulandığı durumlarda hâkim veya mahkemenin ancak *zorunlu görüldüğü durumlarda* görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle duruşmalara katılıma karar verilebileceğini düzenlemiştir.

94. Müdahalenin *gerekli* olduğunun ortaya konulduğu hâllerde ise sanığın duruşmada hazır bulunmamasının yargılamanın adilliğine bir bütün hâlinde zarar verip vermediği ölçülülük ilkesinin diğer bir unsuru olan *orantılılık* açısından gözönüne alınmalıdır. Bu kapsamda duruşmada bizzat hazır bulundurulmayan tarafın diğer tarafça ileri sürülen görüşler ve kanıtlar hakkında bilgi sahibi olup olmadığı veya bunlara yorum yapıp yapmadığı, dezavantajlı duruma düşürülmeksizin davaya etkili katılımının sağlanmasında makul bir fırsata sahip olup olmadığı hususları detaylı bir incelemeye tabi tutulmalıdır. *Orantılılık* açısından yapılacak değerlendirmede, yokluğunda gerçekleştirilen işlemin sanığın duruşmada fiziken hazır bulunmasını gerektiren (esaslı) nitelikte bir işlem olup olmadığına da bakılmalıdır.

95. Diğer taraftan duruşmada hazır bulunma hakkından açıkça veya örtülü şekilde feragat edilmesi mümkündür. Her iki durumda da feragatin tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması ve aynı zamanda kamu yararına aykırılık taşımaması gerekir. Duruşmada hazır bulunma hakkından feragat, savunma tarafına bu haktan vazgeçmesiyle orantılı asgari güvenceler sağlanmadıkça kamu yararına uygunluk taşımayabilir. Ayrıca örtülü feragatin geçerli olabilmesi için sanığın söz konusu eylemlerinin sonuçlarını makul olarak öngörebileceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Dolayısıyla yetkili yargı organlarının bu konuda varsayım dayalı bir değerlendirme yapmamaları gerekir.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

96. Yargılamaya, başvuruçunun Van M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda tutukluluğu devam ederken başlanmıştır. Başvuruçucu 15/3/2016 tarihli oturuma müdafii ile katılarak ve resen atanan bir tercümanın yardımından yararlanarak savunma yapmıştır. Bu arada başvuruçunun Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna sevki yapılmış ve alınan ara kararı gereğince başvuruçunun SEGBİS odasında hazır edilerek sonraki celseye video konferans yöntemiyle katılması kararlaştırılmıştır. Sonraki (14/4/2016 tarihli) celsede İnfaz Kurumu idaresi tarafından başvuruçunun SEGBİS vasıtasıyla duruşmaya katılmak istemediği bildirilmiştir. Aynı celsede Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü açıklamış, sanık müdafinin esasa ilişkin savunma yapmak için süre talep etmesi nedeniyle hüküm verilmesi sonraki celseye ertelenmiştir.

97. 12/5/2016 tarihli son celsede de başvuruçunun müdafii hazır bulunmuş, İnfaz Kurumu idaresi tarafından başvuruçunun SEGBİS vasıtasıyla duruşmaya katılmak istemediği bildirilmiştir. Bunun üzerine Mahkeme; başvuruçunun savunmasının esaslı bölümünü huzurda yaptığını, Van il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları nedeni ile başvuruçunun Ankara'dan duruşmaya bizzat getirilmesi esnasında kendisinin ve kamu görevlilerinin yaşamının tehlikeye düşebileceğini ve SEGBİS yöntemiyle duruşmaya katılımın sağlanmasının da yasal olduğunu belirterek yargılamaya devam etmiştir. Aynı celsede Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü yinelemiş; başvuruçucu müdafinin esas hakkındaki savunmasını yapmasından sonra yargılama bitirilerek hüküm tefhim edilmiştir.

98. Başvuruçucu, aşamalarda ibraz ettiği dilekçelerinde video konferans yönteminin rızaya bağlı olduğuna dair Yargıtay kararlarının bulunduğunu belirtmiş; ısrarla duruşmalara bizzat katılmak istediğini dile getirmiştir.

99. Ölçülülük ilkesi açısından ilk olarak müdahalenin *elverişli* olup olmadığı incelenmelidir. Somut olayda başvuruçunun SEGBİS yoluyla duruşmaya katılımının sağlanmak istenmesinin amacı Mahkemenin

Adil Yargılanma Hakkı

bulunduğu il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları nedeniyle duruşma salonuna transfer sırasında başvuruçunun ve görevlilerin güvenliği açısından zorluk yaşanmaması ve makul sürede yargılama yapılmasıdır. Buna göre başvuruçunun transferinin güvenlik sorunu oluşturabileceği kaygısı ve yargılamanın uzun sürmemesi gibi meşru amaçlara ağırlık verilerek duruşmada hazır bulunma hakkına sınırlama getirilmesi anlaşılabilir bir durumdur. Başvuruçunun duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin başvuruçunun ve kamu görevlilerinin yaşam haklarının korunması ve makul sürede yargılama yapılması amaçlarına ulaşılması bakımından *elverişli* bir araç olduğu söylenebilir.

100. İkinci olarak müdahalenin *gerekli* olup olmadığı incelenmelidir. Ölçülülük denetiminde *gereklilik* ölçütü, müdahalede bulunulurken en hafif aracın seçilmesi anlamına gelmektedir. Terör örgütü üyeliği gibi nitelikli bir suçtan yargılanan başvuruçu, yargılama sürerken ceza infaz kurumunun kapasitesinin aşılması ve güvenlik gibi diğer nedenlerle Mahkemenin yargı çevresi dışındaki bir ceza infaz kurumuna sevk edilmiştir (bkz § 23). Bununla birlikte anılan nedenler kararda gösterilmemiştir. Dahası yargı organları ile Ceza İnfaz Kurumu idaresinin başvuruçunun duruşmada hazır bulunma hakkının gerekliklerinin sağlanmasına uygun şekilde planlama yaptığına (sevk kararından önce başvuruçunun devam eden yargılamasına ilişkin duruşma tarihinin dikkate alınıp alınmadığına ve sevkten sonra başvuruçunun duruşma tarihinde Mahkemeye transfer edilmesi için gerekli güvenlik önlemlerinin alınması noktasında makul bir çaba gösterildiğine) dair bir veriye de ulaşamamıştır. Somut olayda ilk derece mahkemesi başvuruçunun duruşmada hazır bulunma talebini genel olarak bir güvenlik sorununun varlığına işaret ederek reddetmiş, duruşmaya katılması yönünde bir çaba içine girmemiştir.

101. İlk oturumda bizzat hazır bulundurulurken sonraki oturumlarda sesli ve görüntülü iletişim tekniği kullanılmak suretiyle duruşmaya katılımı sağlanmaya çalışılan, ancak değişik tarihlerde yazılı dilekçelerle duruşmalara bizzat katılmak istediğini ısrarla belirten başvuruçunun yokluğunda Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü bildirmiş

ve Mahkemece hüküm verilmiştir. Diğer bir ifadeyle Mahkeme esas hakkındaki mütalaanın okunduğu ve başvuru hakkında hüküm verildiği, yani esaslı işlemlerin yapıldığı oturumlara başvuru katılma taleplerini reddetmiştir. İlk derece mahkemesinin güvenlik gerekçesi makul görülmeyle birlikte örneğin duruşmanın daha uygun başka bir günde yapılabilmesi önünde herhangi bir engel olup olmadığı araştırılmamıştır. Başvurucunun duruşmaya katılmasını mümkün kılmayan olaya özgü koşulların varlığı gösterilmemiş ve yeni bir duruşma günü verilmesi dâhil başka alternatiflerin de sonuçsuz kaldığı ortaya konulmamıştır. Başvuru anılan hakkından feragat de etmemiştir. Mahkemenin, başvuru duruşmaya katılmasını sağlamak için herhangi bir alternatif yöntemi denemeden ve bunun mümkün olmayıp SEGBİS yönteminin kullanılmasının zorunlu olduğunu göstermeden başvuru talebini reddettiği görülmektedir.

102. Bu çerçevede derece mahkemelerince diğer alternatifler değerlendirilmeden ve olaya özgü somut gerekçeler sunulmadan doğrudan başvuru duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesi, en uygun aracın seçilmemesi sebebiyle müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna yol açmaktadır. Dolayısıyla başvuru esas hakkında işlemlerin yapıldığı duruşmada hazır bulunma talebinin reddedilmesinin *zorunlu* olduğu derece mahkemelerince somut bir biçimde ortaya konulmadığı için müdahalenin *gerekli* olmadığı sonucuna varılmıştır.

103. Müdahalenin *gerekli* olmadığı sonucuna varıldığından ölçülülük açısından ayrıca *orantılılık* incelemesi yapılmamıştır.

104. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Selahaddin MENTEŞ bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yıldız SEFERİNOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

C. Bağımsız ve Tarafsız Bir Mahkemede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

105. Başvurucu; yargılamada görev alan Cumhuriyet savcısının Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) soruşturmaları kapsamında terör örgütü üyesi olduğu iddiasıyla mesleğinden ihraç edilerek tutuklandığını, bu hususun da yargının tarafsızlığına ve bağımsızlığına zarar verdiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

106. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 47. maddesinin (3), 48. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca bireysel başvuruda, kamu gücünün neden olduğu iddia edilen ihlale dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki hakların ne şekilde ihlal edildiği, buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20).

107. Somut olayda başvuru tarafından, bu iddianın başvuruya konu yargılamayı yapan mahkemenin bağımsızlığını ve tarafsızlığını ihlal eden hususlara ya da kendisine isnat edilen ve derece mahkemesince sabit görülen fiilleri, bu fiillere dayanılarak yapılan işlemlerin sıhhatini ne şekilde etkilediğine ilişkin somut ve hukuken kabul edilebilir herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Bu itibarla başvuru, ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma, temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Dolayısıyla başvuru tarafından ileri sürülen bu iddianın temellendirilemediği sonucuna ulaşılmıştır.

108. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

109. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

110. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesi talebinde bulunmuştur.

111. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

112. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

113. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması

Adil Yargılanma Hakkı

için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67).

114. İncelenen başvuruda duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

115. Bu durumda duruşmada hazır bulunma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Van 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurucunun adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. 1. Bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

2. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

C. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Hicabi DURSUN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yıldız SEFERİNOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Kararın bir örneğinin duruşmada hazır bulunma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Van 2. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2016/41, K.2016/328) GÖNDERİLMESİNE,

E. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 6/2/2020tarihindekarar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Silahlı terör örgütüne üye olma suçundan hakkında kamu davası açılan başvuru; yargılama sürecindeki tüm itirazlarına rağmen Sesli ve Görüntülü Bilişim Sistemi (SEGBİS) yoluyla beyanlarının tespit edilmek istenmesi nedeniyle mahkeme salonunda savunma yapma hakkının elinden alındığını ve esas hakkındaki mütalaaya karşı itirazlarını bu nedenle yapamadığını ve bu uygulama sonucu adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

Başvuru Van Ağır Ceza Mahkemesindeki 15/03/2016 tarihli ilk duruşmaya tutuklu bulunduğu Van M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan getirilmiş, mahkeme önünde avukatı hazır olduğu halde iddianame okunduktan sonra tercümanı aracılığıyla savunmada bulunmuştur. Daha sonra terör suçlarından yargılanmakta olan tutuklu ve hükümlülerin ceza infaz kurumlarında 2016 yılı Mart

Adil Yargılanma Hakkı

ayı itibariyle ses getirecek firar, ayaklanma veya rehin alma gibi eylemlerde bulunacaklarına dair istihbarata dayalı bilgiler edinilmesi üzerine ceza infaz kurumlarının bağlı bulunduğu idareler, meydana gelebilecek olaylara karşı tedbir almaları hususunda bakanlık tarafından bilgilendirilmiştir. Bu kapsamda başvuruçunun tutuklu bulunduğu Van M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun şehir merkezinde terör olaylarının sıklıkla yaşandığı mahallelere yakın olması sebebiyle infaz kurumunda meydana gelebilecek herhangi bir toplu eylemde mahalle sakinlerinin ve kurumdaki diğer hükümlü veya tutukluların eylemlere destek verme riskinin yüksek olduğu, koğuş kapasitesinin aşılması sonucu asayişe konu olaylarda artış yaşandığı gözetilerek terör suçundan yargılanan aralarında başvuruçunun da bulunduğu bazı tutukluların başka ceza infaz kurumlarına nakledilmesi talep edilmiştir. Bunun üzerine başvuruçunun 28/03/2016 tarihinde Ankara Sincan Ceza İnfaz Kurumuna sevk edilmiş, mahkeme tarafından başvuruçunun duruşmaya SEGBİS aracılığıyla katılımının sağlanması için ceza infaz kurumuna müzekkere yazılmıştır.

SEGBİS, ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği ve kaydedildiği bir bilişim sistemidir. Bu sistemle ilgili gerekli düzenlemelere mevzuatta yer verilmiş, sistemin nasıl işleyeceği ayrıntılı bir şekilde açıklığa kavuşturulmuştur. SEGBİS sistemi ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemelerin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunmayan kişilerin video konferans yoluyla dinlenilmesi ve savunmaları ile ifadelerinin alınması imkanı sağlanmıştır.

Davacının duruşmada hazır bulunma hakkı hem; savunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlamakta hem de, silahların eşitliği ilkesine ve çelişmeli yargılama ilkelerine işlerlik kazandırmaktadır. Anılan hak, sadece duruşmada hazır bulunmayı değil, duruşma sürecini dinlemeyi, takip etmeyi, iddialarını ve savunmalarını ileri sürmeyi de içerir. SEGBİS ile ifadesi alınanların duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı bulunduğu gibi yargılama makamı ve duruşmada hazır bulunan diğer kişilerin de aynı şekilde ifade alma, beyanda bulunma ve soru yöneltme gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirebilme imkânları vardır. Başka bir ifadeyle SEGBİS sisteminin

içerdiği bu özellikler sayesinde yargılamanın unsurlarından biri olan yüz yüzelik ilkesinin gerçekleşmesi önemli ölçüde sağlanmaktadır.

Anayasa'nın 141. maddesinde davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. SEGBİS sayesinde ceza infaz kurumuna veya yargılama makamının yargı çevresi dışında bulunan kişilerin bir an önce hâkim önüne çıkarılması ve haklarında makul sürede karar verilebilmesi olanağı sağlanmaktadır. Ayrıca SEGBİS sisteminin kullanılması suretiyle, ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin araç ile yargılamayı yürüten mahkeme huzuruna getirilmesine gerek kalmamakta, bu suretle nakiller sırasında meydana gelebilecek kaza veya terör saldırısı gibi ihtimaller bertaraf edilerek meydana gelebilecek zararlar önlenmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde, yargılamanın bütünlüğü içinde somut davanın kendine özgü koşulları dikkate alınmalıdır. Somut olaya bakıldığında başvuru 15/03/2016 tarihinde yapılan ilk duruşmada tutuklu olarak hazır bulunmuş, duruşma salonunda mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla savunma yapmış, savunmasında atılı suçları reddeden başvurucuya, dosyadaki tüm bilgi ve belgeler okunarak, bunlara karşı beyanları da sorulmuştur. Daha sonra güvenlik gerekçesiyle başvuru Ankara Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiş, mahkeme tarafından SEGBİS yoluyla duruşmalara katılması sağlanmaya çalışılmıştır. Başvurucunun, etkin bir savunma yapamayacağından bahisle SEGBİS odasında hazır bulunmayacağı ve duruşmaya bizzat katılmak istediği yönündeki talebini mahkeme değerlendirerek, başvurucunun birinci celse mahkemede hazır bulunarak savunmasını yaptığı, Van il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları nedeniyle hem başvurucunun hem de kamu görevlilerinin güvenliğinin tehlikeye düşmesi ihtimali bulunduğu, başvurucunun bulunduğu ilden Van iline transferi sırasında güvenlik sorunları yaşanabileceği gerekçeleriyle, başvurucunun talebini reddetmiştir. 5271 Sayılı Kanun'un 196.maddesinin (5) numaralı fıkrası; *"Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu*

Adil Yargılanma Hakkı

yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir.” şeklinde olup, görüldüğü üzere CMK 196. maddesinde belirtilen zorunlu nedenlerin gerçekleştiği mahkeme tarafından ortaya konulmuştur. Ayrıca, başvurunun bulunmadığı ikinci ve üçüncü celselerde yalnızca mağdurun talimatla alınan ve soruşturma aşamasındaki ifadesinden farklı olarak sanık lehine verdiği beyan ve başvurunun üzerinde ele geçirilen mektubun tercümesine ilişkin bilirkişi raporları okunarak, bu belgelere karşı hazır olan müdafiiye beyanları sorulmuş ve Cumhuriyet savcısı esas hakkında mütalaada bulunmuştur. Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaası iddianameden farklı herhangi bir olgu ve olay içermediği gibi iddianame ile de tutarlılık taşımaktadır. İddianameye karşı da mağdur zaten bizzat duruşma salonunda, birinci celsede savunmada bulunmuş, sanık müdafii de Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasına karşı ayrıntılı savunma yapmıştır.

Sonuç olarak, yargılamanın bütünlüğü içerisinde somut davanın kendine özgü koşulları değerlendirildiğinde başvurunun ilk celse duruşmaya katıldığı, üzerine atılı suçlamalarla ilgili olarak ayrıntılı savunmalarda bulunduğu, güvenlik gerekçesiyle başka bir cezaevine nakledilmesi üzerine, mahkemenin başvurunun SEGBİS sistemiyle duruşmalara katılmasını sağlamaya çalıştığı, Anayasa'nın 141. maddesi uyarınca da davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine de hizmet eden SEGBİS sistemi ile başvurunun beyanlarının alınmasına karar verildiği, bu sistemde dezavantajlı konumda olmayacak şekilde kendisini savunma, duruşma sürecine etkin bir şekilde dahil olma, duruşma salonundakileri net bir biçimde görebilme, söylenenleri duyabilme, herhangi bir sınırlamaya maruz kalmadan savunmasını yapma ve karşı tarafa soru yöneltebilme ve varsa müdafii yardımından da yararlanma imkanı sağlandığı, başvurunun bizzat hazır bulunmadığı celselerde müşteki, mağdur yada tanığın dinlenmediği, esasa ilişkin bir işlem yapılmadığı, Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasının iddianameden farkı olmadığı, sanığın bizzat ilk celse hazır olduğu duruşmada iddianameye karşı ayrıntılı savunmada bulunduğu, mahkemenin 5271 sayılı CMK'nın 196. maddesinde belirtilen zorunlu nedenleri gerekçeleriyle birlikte ortaya

koyduğu, bu nedenlerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmediği kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Hicabi DURSUN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Mahkememiz çoğunluğunca, birtakım eylemlerinin silahlı terör örgütüne eleman kazandırma organizasyonu içinde yer aldığını gösterdiğinden, bu nedenle de silahlı terör örgütü üyesi olduğundan bahisle cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasının görülmesi (karara bağlanması) sürecinde, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

2. Kararda; başvurusunun duruşma salonunda bizzat hazır bulunma talebinin Mahkemece reddedilmesi ve SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmaya çalışılması nedeniyle duruşmada hazır bulunma hakkına yönelik bir müdahalede bulunulduğu, başvuru tarafından yargılamanın çeşitli aşamalarında ibraz edilen dilekçelerle video konferans yönteminin rızaya bağlı olduğuna dair Yargıtay kararları bulunduğu belirtilerek ısrarla duruşmalara bizzat katılmak istendiği dile getirilmesine karşın Mahkemece, Mahkemenin bulunduğu il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları nedeniyle duruşma salonuna transfer sırasında başvurusunun ve görevlilerin güvenliği açısından sorunlar yaşanabileceği, dolayısıyla başvurusunun ve kamu görevlilerinin yaşam haklarının korunması ve makul sürede yargılama yapılması amaçlarıyla başvurusunun duruşma salonunda duruşmada hazır bulunma hakkına SEGBİS yönteminin tercih edilmesi suretiyle müdahalede bulunulmasının elverişli bir araç olduğu, bununla birlikte terör örgütü üyeliği gibi nitelikli bir suçtan yargılanan başvuru yargılamanın devamı esnasında ceza infaz kurumunun kapasitesinin aşılması ve güvenlik gibi diğer nedenlerle Mahkemenin

Adil Yargılanma Hakkı

yargı çevresi dışındaki bir ceza infaz kurumuna sevk edilmiş olmasına karşın, bu nedenlerin mahkeme kararında gösterilmediği, dahası yargı organları ile Ceza İnfaz Kurumu idaresi tarafından, sevk kararından önce, başvurusunun devam eden yargılamasına ilişkin duruşma tarihinin dikkate alınıp alınmadığına ve sevkten sonra başvurusunun duruşma tarihinde Mahkemeye transfer edilmesi için gerekli güvenlik önlemlerinin alınması noktasında makul bir çaba gösterildiğine dair bir veriye de ulaşamadığı; ayrıca ilk derece mahkemesince, başvurusunun duruşmaya katılmasını mümkün kılmayan olaya özgü koşulların varlığı gösterilmeden duruşmada hazır bulunma talebinin genel olarak ve bir güvenlik sorununun varlığına işaret edilerek reddedildiği, duruşmanın daha uygun başka bir günde yapılabilmesi gibi başvurusunun duruşmaya katılımının sağlanması yönünde bir çaba içine girilmediği, alternatif yöntemler bakımından SEGBİS yönteminin kullanılmasının zorunlu olduğu gösterilmeden başvurusunun talebinin reddedildiği, hal böyle olunca da başvurusunun esas hakkında işlemlerin yapıldığı duruşmada hazır bulunma hakkına yapılan müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna varılarak, başvurusunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

3. Aşağıda açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmadık.

4. 30.07.2015 tarihinde açık kimliği belirtilmeyen bir şahıs tarafından Van İl Emniyet Müdürlüğü'ne, PKK/KCK terör örgütüne eleman kazandırmak için "Mersin'den otobüsle Van'a gelen Şehrivan (başvurucu) isimli bir kişinin yanındaki kişiyi örgüte teslim edeceği" ihbarında bulunulur. (İhbarın yapıldığı tarihte başvuru Mersin'de ikamet etmektedir.)

5. İhbar üzerine başlatılan soruşturma kapsamında, Mersin'den Van'a yolcu taşıyan ve güvenlik görevlilerince başvuruyla birlikte yanındaki kişinin Mersin'den Van'a gitmek için bindikleri değerlendirilen özel bir firmaya ait yolcu otobüsü takibe alınır.

6. Söz konusu otobüsün Van Otobüs Terminali'ne ulaşip yolcularını indirmesinin ardından, otobüsten inen iki kadının çevreyi kontrol etmesi

ve Yüksekova'ya giden arabaların hareket noktasını sorması üzerine, ilgili güvenlik görevlilerince, bu iki kadının ihbar edilen şahıslar olabileceği değerlendirilerek kimlik kontrolü yapılır.

7. 30.07.2015 tarihli olay tutanağına göre, yapılan kimlik kontrolünde, kadınlardan birinin başvuru, diğerinin de 28.07.2015 tarihinden itibaren kayıp şahıs olarak aranmakta olan ve asıl adı R.T. olmakla birlikte S.D. adına düzenlenmiş kimlik belgesi taşıyan bir kadın olduğu tespit edilir.

8. 31.07.2015 tarihinde, mağdur sıfatıyla avukat eşliğinde beyanına başvuru R.T.; Mersin'de ailesi ile birlikte ikamet ettiğini, akrabalarından bazılarının PKK terör örgütüne katıldığını, kendisinin de örgüte katılmaya karar verdiğini, bu amaçla bir siyasi partinin Mersin'de bulunan il binasına giderek burada ismini örgüte katılmak isteyenler listesine yazdığını, daha sonra kendisinin telefonla aranarak partiye çağrıldığını ve örgüte katılımının sağlanması amacıyla ismini Şehrivan olarak bildiğini belirttiği kişiye (başvurucuya) teslim edildiğini, Şehrivan'ın öncelikle üzerindeki tişörtü değiştirdiğini, sonra da önce Van'a oradan da Hakkari'ye gideceklerini, orada kendisini (R.T.yi) bir erkek arkadaşına teslim edeceğini, ardından kendisinin (Şehrivan'ın - başvuru) geri döneceğini anlattığını, partide buluşmalarının ardından Şehrivan ile Mersin'de bir gün kaldıktan sonra aynı otobüsle Van'a geldiklerini, otobüse binmeden önce kendisinin de çalıştığı yerden arkadaşı olan S.D.'nin kimliğini Şehrivan'ın kendisine verdiğini beyan etmiştir.

9. Aynı tarihte (31.07.2015 tarihinde) savcılık sorgusu gerçekleştirilen başvuru, kendisine yöneltilen suçlamaları reddederek, aslen Bitlis'li olduğunu ancak ailesi ile birlikte Mersin'de ikamet ettiğini, işsiz olduğunu, akrabalarını ziyaret etmek amacıyla Van'a geldiğini, daha önceden tanımadığı R.T.'yi, yöneticisi olduğu "Yakınlarını Kaybeden Aileler Derneği'nin (YAKAY-DER) bir organizasyonu sırasında tanıdığını ve birlikte yolculuk yaptıklarını, R.T.'nin. İfadelerini kabul etmediğini, ona acıdığı için evine aldığını, PKK'ya götürdüğünün doğru olmadığını, ... il binasının önünde kamera bulunduğunu, kameraya bakıldığında kendisinin onunla orada görüşmediğinin anlaşılacağını, üzerimden çıkan

Adil Yargılanma Hakkı

telefon numaraları ile ilgili olarak daha önce ifadesinde belirttiklerini aynen tekrar ettiğini, üzerinden çıkan mektubun ağabeyi tarafından gönderilmiş bir mektup olabileceğini, kimseyi PKK'ya katılmak için götürmediğini, üzerine atılı suçlamayı kabul etmediğini ifade etmiştir.

10. Soruşturma kapsamında 30.07.2015 tarihinde gözaltına alınıp, 31.07.2015 tarihinde tutuklanan başvuru hakkında 18.01.2016 tarihli iddianame ile silahlı terör örgütüne üye olma suçundan kamu davası açılmıştır. İddianamede başvuru kişinin terör örgütünün emir ve komuta zinciri içinde hareket ederek örgütün kırsal alanına katılmak üzere mağdur R.T.yi Mersin'den Van'a getirdiği, bu eyleminin, örgüt faaliyeti çerçevesinde yapılan görev dağılımı gereğince yürütülen örgütsel bir faaliyet olduğu iddia edilmiştir.

11. Mahkeme 02.03.2016 tarihinde, istinabe suretiyle R.T.yi dinlemiştir., R.T., bu sefer soruşturma aşamasında verdiği beyanından farklı bir beyanda bulunarak, Mersin'de oturmakta olduğunu, bahçe işlerinde çalıştığını, Van'da teyzesi bulunduğunu, daha önce hiç yanına gitmediği teyzesini ilk defa ziyaret etmek için otobüse binip Van'a gittiğini, sanık Şehriban Çobanı (başvurucuyu) ne Mersin'de ne Van'da önceden tanımadığını, anılan kişinin de kendisi ile birlikte aynı otobüste yolculuk ettiğini ve otogara vardıklarında gözaltına alındıklarını, örgüte katılma ve bu konuda kimseden yardım alma gibi bir durumunun söz konusu olmadığını ifade etmiştir.

12. Mağdur sıfatını haiz R.T., müdafii eşliğinde savcılık sorgusu sırasında verdiği ifadesinin okunup sorulması üzerine, bu ifadeyi kabul etmediğini, çok yorgun ve korkmuş olması nedeniyle o şekilde ifade verdiğini, şimdi (yeni) verdiği ifadesinin doğru olduğunu, tanımadığı sanıktan şikayetçi olmadığını ve davaya katılmak istemediğini ifade etmiştir.

13. Van 2. Ağır Ceza Mahkemesinde (Mahkeme) görülen yargılamanın 15.03.2016 tarihli celsesinde müdafisi ile birlikte hazır bulunan başvurucuya, mağdur R.T.nin istinabe suretiyle alınan beyanı okunmuş, başvuru müdafii eşliğinde savunma yapmıştır. Başvuru; soruşturma aşamasındaki savunmasını tekrar ederek, özetle R.T.yi daha önceden

tanımadığını, Van'da bulunan akrabalarını ziyaret etmek için Van'a gitmeyi planladığını, R.T.nin de Yüksekova'da bulunan akrabalarının yanına gitmek istediğini beyan etmesi üzerine R.T. ile birlikte yolculuk yaptıklarını, R.T.ye başkasına ait bir kimlik kartı vermediğini ifade etmiştir. Başvurucunun müdafisi de aynı celsede mağdurun soruşturma aşamasındaki soyut beyanı dışında aleyhe bir delil bulunmadığını ve mağdurun bu beyanının çelişkili olduğunu belirterek olayın aydınlatılması için tahkikatın genişletilmesi talebinde bulunmuştur.

14. Bu arada, terör suçlarından yargılanmakta olan tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumlarında 2016 yılı Mart ayı itibarıyla, ses getirecek firar, ayaklanma veya rehin alma gibi eylemlerde bulunacaklarına dair istihbarata dayalı bir bilgi elde edilmesi üzerine, ceza infaz kurumlarının bağlı bulunduğu idareler, meydana gelebilecek olaylara karşı tedbir almaları hususunda Bakanlık tarafından bilgilendirilmiştir. Bu kapsamda başvurucunun tutuklu olarak bulunduğu Van M Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunun şehir merkezinde terör olaylarının sıklıkla yaşanmakta olduğu mahallelere yakın bir mevkide yer aldığı, İnfaz Kurumunda meydana gelebilecek herhangi bir toplu eylemde civardaki terörist unsurların ve Kurumdaki diğer hükümlü veya tutukluların eylemlere destek verme riskinin yüksek olduğu, koşuş kapasitesinin aşılması sonucu asayişe konu olaylarda artış yaşandığı gözetilerek aralarında başvurucunun da yer aldığı, terör örgütü üyeliği suçundan yargılanan bazı tutukluların başka bir ceza infaz kurumuna nakledilmesi talep edilmiştir.

15. Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğüne (Genel Müdürlük) nakil talebinin uygun görülmesi üzerine başvuru 28.03.2016 tarihinde Ankara Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna (İnfaz Kurumu) sevk edilmiştir. Sevk uygun görüldüğüne dair yazıda, sevk edilen tutukluların yargılandıkları mahkemelerden duruşmalarda bulundurulmalarına ilişkin müzekkere gelmesi hâlinde bu duruşmaların Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) ile yapılması, SEGBİS ile duruşma yapılamadığı takdirde ilgili yer Cumhuriyet başsavcılıklarınca gerekli güvenlik önlemleri alınarak tutukluların duruşmalara götürülmeleri istenmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

16. Mahkeme, başvuruçunun 14.04.2016 tarihinde yapılması planlanan duruşmaya SEGBİS aracılığı ile katılımının sağlanmasını temin etmek üzere İnfaz Kurumuna müzekkere yazmıştır.

17. Anılan müzekkereye istinaden başvuruçucu; Mahkemeye sunduğu dilekçede SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılmak istemediğini, duruşmada hazır bulunarak savunma yapmak istediğini beyan etmiştir.

18. Başvuruçunun müdafisinin hazır bulunduğu 14.04.2016 tarihli celsede başvuruçunun SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılmak istemediğine dair dilekçesi okunmuştur. SEGBİS odasında bulunmayı reddetmesi nedeniyle SEGBİS bağlantısı kurulmaksızın başvuruçunun yokluğunda duruşmaya devam edilmiştir. Duruşmada başvuruçunun müdafine, mağdur R.T.nin talimatla alınan beyanı ile üst araması sırasında başvuruçunun üzerinde ele geçirilen bir mektubun tercümesine ilişkin bilirkişi raporu okunmuş ve bu belgelere karşı beyanı sorulmuştur.

19. Başvuruçucu müdafisi; mağdur R.T.nin başvuruçucu aleyhindeki beyanlarını geri aldığı, başvuruçunun aleyhinde başka bir delil de bulunmadığını belirterek tahliye kararı verilmesini talep etmiştir.

20. Aynı celsede Savcılık da esas hakkındaki mütalaasını sunmuştur. Mütalaada, iddianameden farklı herhangi bir olaya ya da olguya yer verilmemiştir. Başvuruçucu müdafisinin mütalaaya karşı savunma yapmak için süre talebinde bulunması üzerine Mahkemece talep kabul edilerek duruşma 12.05.2016 tarihine ertelenmiştir.

21. Mahkeme duruşma tarihinde başvuruçunun SEGBİS odasında hazır edilmesi için İnfaz Kurumuna müzekkere yazmış; bunun üzerine İnfaz Kurumu, SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılımının sağlanması için SEGBİS odasında hazır edilmesinin istendiği hususunda başvuruçucuyu bilgilendirmiştir.

22. Başvuruçucu, Mahkemeye sunduğu 26.04.2016 tarihli dilekçesinde çeşitli Yargıtay kararlarına atıf yapmak suretiyle savunma hakkının kısıtlanmaması için duruşmada hazır bulundurulmasının gerekli olduğunu ve video konferans yöntemi ile kendisini etkin bir şekilde savunmasının mümkün olmadığını belirterek SEGBİS odasında hazır

bulunmayacağını, duruşmaya bizzat katılmak istediğini beyan etmiştir.

23. Yargılamanın 12.05.2016 tarihli son celsesinde başvuruçunun bizzat duruşmada hazır bulunma talebini değerlendiren Mahkeme, başvuruçunun savunmasının esaslı bölümünü oluşturan kısmının (sorgusunun) birinci celsede Mahkeme huzurunda yapıldığı, yargılamanın gerçekleştirildiği Van il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları nedeniyle hem başvuruçunun hem de kamu görevlilerinin güvenliğinin tehlikeye düşmesi ihtimali bulunduğu Ankara'daki Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu bulunan başvuruçunun bu ilden Mahkemeye transferi sırasında güvenlik sorunu yaşanabileceği ve video konferans yöntemi ile savunma alınmasının ilgili mevzuata uygun olduğu gerekçesiyle ara karar ile talebin reddine karar verilmiş ve başvuruçunun yokuşunda duruşmaya devam edilmiştir.

24. Duruşma esnasında başvuruçunun müdafisi esas hakkındaki mütalaaya karşı savunma yapmış ve savunmasında özetle; mütalaaya katılmadıklarını, örgüt üyeliği suçunun işlendiğine dair somut bir delil bulunmadığını, başlangıçta başvuruçunun aleyhinde beyanda bulunan R.T.'nin söz konusu beyanlarının çelişkili olduğunu belirtmiştir.

25. Mahkeme, 12.05.2016 tarihli kararı ile başvuruçunun "silahlı terör örgütü üyesi olma" suçundan 8 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir.

26. Anılan kararda:

- Soruşturma aşamasında terör örgütünün kırsal kadrosuna katılım yapmak üzere Mersin ilinden Van iline kendisini Şehrivan ÇOBAN'ın getirdiğini beyan eden Mağdur R.T.'nin kovuşturma aşamasında Şehrivan ÇOBAN'ı hiç bir şekilde tanımadığını beyan etmesinin kabul edilemeyeceği, zira sanık Şehrivan ÇOBAN'ın dahi ikrara dayalı anlatımlarında R.T. ile Mersin ilinde tanıştığını, Mersin'deki evinde bir gece misafir ettiğini, birlikte yolculuk yaptıklarını, otobüs biletini kendisinin aldığını, yolda tişörtünü verdiğini beyan ettiği, ayrıca 30.07.2015 tarihli olay tutanağında, mağdur ve sanığın otobüsten indikten sonra birlikte tuvalete gittiklerinin ve daha sonra da servis aracına birlikte bindiklerinin tespitli olduğu,

Adil Yargılanma Hakkı

- 30. 07.2015 tarihli olay tutanağına göre, kimlik tespiti sonrası yapılan GBT sorgulamasında R.T.nin, ailesinin başvurusu üzerine 28.07.2015 tarihinden itibaren kayıp şahıs olarak arandığının anlaşıldığı, dolayısıyla akraba ziyaretine giden bir kimse hakkında ailesinin kayıp şahıs müracaatı yapmasının düşünülemeyeceği,

- Belirtilen nedenlerle soruşturma aşamasında ayrıntılı bir anlatımda bulunan mağdurun kovuşturma aşamasında anılan beyanlarından dönmesinin sanığı suç ve cezadan kurtarma amacına yönelik olduğu sonucuna varıldığı, hal böyle olunca da mağdurun dosya kapsamı ile uyumluluk gösteren soruşturma aşamasındaki beyanlarının kovuşturma aşamasındaki beyanlarına üstün tutulduğu, aynı nedenlerle sanığın inkâra dayalı savunmasına da itibar edilemeyeceği,

belirtilmiştir.

27. Başvurucu; çelişkili tanık beyanının hükme esas alındığını, SEGBİS aracılığı ile duruşmaya katılmayı reddederek duruşmada bizzat hazır bulunmayı talep ettiği hâlde usule aykırı bir şekilde yokluğunda duruşma yapıldığını belirterek hükmü temyiz etmiştir.

28. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 01.02.2017 tarihli kararı ile hükmü onamıştır. Kararda; başvurucunun, yaşı küçük olan mağdurun kimliğini gizlemek amacıyla mağdura kıyafet vermesi, başkasına ait nüfus cüzdanı temin etmesi ve sahte otobüs bileti alması şeklindeki eyleminin silahlı terör örgütüne eleman kazandırma organizasyonu içinde yer aldığını gösterdiği, dolayısıyla Mahkemenin başvurucunun silahlı terör örgütü üyesi olduğu yönündeki kabulünün yerinde olduğu sonucuna varıldığı belirtilmiştir.

29. 02.05.2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

30. Başvurucu, SEGBİS aracılığı ile duruşma yapılmasının savunma açısından kendisini zor duruma düşürdüğünü, bu nedenle bu şekilde duruşmaya katılmayı reddettiğini, ilgili mevzuat hükümlerine ve yerleşik içtihadı göre esas hakkındaki mütalaanın yüzüne karşı okunması gerektiği hâlde gıyabında duruşma yapıldığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği üzere sanık olarak yargılanan kişinin hem dinlenme hakkı hem de hakkındaki iddiaların doğruluğunu denetleme ve kendi ifadesini herhangi bir şekilde olaya dâhil edilen (mağdur ve tanık gibi) diğer kişilerin ifadeleriyle karşılaştırabilme ihtiyacı dikkate alındığında, adil ve hakkaniyete uygun bir ceza yargılamasından bahsedebilmek için sanığın mahkeme huzuruna çıkarılması büyük bir önem taşımaktadır. Zira sanığın duruşmada hazır bulunmaması halinde "bizzat savunma", "tanık sorgulama veya sorgulatma" gibi haklarını kullanması zorlaşmaktadır. Hal böyle olunca da sanığın duruşmada hazır bulunma hakkının güvence altına alınması gerekmektedir. Bu itibarla çoğunluk görüşüne dayalı kararda sanığın duruşmada hazır bulunması hakkına ilişkin olarak yapılan ilkesel açıklamalara katılmamak mümkün değildir.

32. Bununla birlikte, kararda da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında bulunan duruşmada hazır bulunma hakkı, mutlak olmayıp, durumun gerektirdiği hallerde ve koşullarının varlığı halinde sınırlamalara tabi tutulabilecek nitelikte bir hakır.

33. Bu bağlamda, bir sanığın, hakkındaki yargılamada gerçekleştirilen duruşmalara bizzat mahkemenin duruşma salonuna gelmek suretiyle katılımı yerine SEGBİS yöntemiyle katılımının öngörülmesi durumunda, bu durumun, "duruşmada hazır bulunma hakkına" yapılmış bir sınırlama olup olmadığının ve sınırlama ise bu sınırlamanın olay bazında Anayasa'ya uygun olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

34. Belirtilen durum, çoğunluk görüşüne dayalı kararda sınırlama olarak nitelendirilmiştir. Kanaatimizce de bu bir sınırlamadır. Zira duruşmada hazır bulunma hakkının anlam, kapsam ve kişilere sağladığı olanakların önemine ilişkin olarak çoğunluk görüşüne dayalı kararda yer verilen ve bizim katıldığımız gerekçeler nedeniyle, "duruşmada hazır bulunma hakkı" nda olması gereken (asıl kural), bir suç isnadı ile yargılanan bir kişinin hakkındaki yargılamada gerçekleştirilen duruşmalara bizzat mahkemenin duruşma salonuna gelerek katılımının sağlanmasıdır. Bununla birlikte SEGBİS ve benzeri yöntemlere

Adil Yargılanma Hakkı

başvurulması her durumda “duruşmada hazır bulunma hakkı”nın ihlali olarak yorumlanmamalı, bir başka söyleyişle konuya kategorik olarak yaklaşılmamalı, konu her bir olay bazında, her olayın kendine özgü koşullarının dikkate alınması suretiyle değerlendirilmelidir.

35. AİHM de, sanığın, video konferans yöntemi ile duruşmalara katılmasının tek başına Sözleşme’ye aykırı olmadığını, ancak her bir davanın kendine özgü koşullarında, bu yöntemin uygulanmasının meşru bir amaç taşımasının ve uygulanmasına ilişkin koşulların (Sözleşme'nin 6. maddesinde öngörüldüğü şekliyle) savunma hakkına ilişkin gerekliliklerle uyumlu olmasının gerektiğini belirtmektedir. (Asciutto/İtalya B. No: 35795/02, 27/11/2007)

36. Somut olayda başvuru, Van 2. Ağır Ceza Mahkemesinde görülen hakkındaki yargılamanın 15.03.2016 tarihli duruşmasına bizzat mahkemenin duruşma salonuna gelerek müdafisi ile birlikte katılmış, aynı şekilde katılmak istediğini belirten dilekçeler göndererek, Mahkemece SEGBİS aracılığı ile katılması istenilen ve SEGBİS aracılığı ile gerçekleştirilen (müdafisinin hazır bulunduğu) 14.04.2016 tarihli duruşma ile 12.05.2016 tarihli son duruşmaya ise katılmamış, duruşmalar başvuru katılımlı olmaksızın gerçekleştirilmiştir.

37. İlgili mevzuatta SEGBİS yönteminin ne olduğu, alt yapısının nasıl oluşturulduğu, hangi durumlarda uygulanabileceği, bu yöntemin kullanılmasına hangi merciin karar vereceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemelerde yer alan hükümlere göre, SEGBİS, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde (UYAP) ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı bir bilişim sistemidir. Bu sistem ile ifadesi alınanların duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı bulunduğu gibi yargılama makamı ve duruşmada hazır bulunan diğer kişiler de aynı şekilde ifade alma, beyanda bulunma ve soru yöneltme gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirebilme imkânına sahip bulunmaktadır.

38. SEGBİS yöntemiyle ceza infaz kurumuna veya yargılama makamının yargı çevresi dışında bulunan kişilerin bir an önce hâkim önüne çıkarılması ve haklarında makul sürede karar verilebilmesi

olanağı sağlanmaktadır. Ayrıca SEGBİS sisteminin kullanılması suretiyle, ceza infaz kurumunda bulunan kişilerin araç ile yargılamayı yürüten mahkeme huzuruna getirilmesine gerek kalmamakta, bu suretle nakiller sırasında meydana gelebilecek kaza veya terör saldırısı gibi ihtimaller bertaraf edilerek meydana gelebilecek zararlar önlenmektedir.

39. Diğer taraftan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre Hâkim veya Mahkeme, zorunlu gördüğü durumlarda, aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle yurt içinde bulunan sanığın sorgusunu yapabilme veya duruşmalara katılmasına karar verebilme yetkisine sahip bulunmaktadır.

40. Somut olayda başvuru 15.03.2016 tarihinde yapılan ilk duruşmada tutuklu olarak Mahkeme'nin duruşma salonunda hazır bulunmuş, dosyadaki tüm bilgi ve belgeler yüzüne karşı okunarak, bunlara karşı beyanları sorulmuş, Mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla savunmasını yapmış, savunmasında kendisine yöneltilen suçlamaları reddetmiştir.

41. Bu arada Adalet Bakanlığı tarafından yapılan bir bilgilendirmeye bağlı olarak, başvuru barındırılmakta olduğu Ceza İnfaz Kurumu tarafından aralarında başvuru da bulunduğu terör örgütü üyeliği suçundan yargılanan bazı tutukluların başka bir ceza infaz kurumuna nakledilmeleri talep edilmiş, başvuru da bu kapsamda Ankara Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiştir. Bir başka söyleyişle başvuru somut bir güvenlik gerekçesiyle Ankara Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna nakledilmiştir.

42. Başvuru hakkındaki yargılamanın nakil işleminin gerçekleşmesinin ardından yaşanan sürecinde, yargılamayı yapan Mahkemece hem nakil olayının gerekçesini oluşturan güvenlik sorunları (Van il merkezinde ve çevresinde meydana gelen terör olayları nedeniyle hem başvuru hem de kamu görevlilerinin güvenliğinin tehlikeye düşmesi ihtimali ile Ankara'daki Ceza İnfaz Kurumunda tutuklu bulunan başvuru bu ilden Mahkemeye transferi sırasında yaşanabilecek güvenlik sorunları), hem yöneltilen suçlamalara karşı savunmasını Mahkeme'nin duruşma salonunda bizzat yaptığı, hem de dosyada

Adil Yargılanma Hakkı

savunma yaptığı konu dışında başka bir husus bulunmadığı hususları ile sanıkların SEGBİS yöntemi ile duruşmalara katılımlarının sağlanıp savunmalarının alınmasının ilgili mevzuata uygun olduğu gerekçeleriyle, başvuruçunun duruşmalara SEGBİS yöntemi ile katılımının sağlanmasına karar verilmiş ve aynı nedenlerle başvuruçunun bizzat mahkeme salonuna gelerek duruşmalara katılma talebi reddedilerek duruşmalara başvuruçunun yokluğunda devam edilmiştir.

43. Öte yandan başvuruçunun bizzat hazır bulunmadığı ikinci ve üçüncü celselerde, müştekinin veya herhangi bir tanığın dinlenmediği, başvuruçunun aleyhinde delil olabilecek veya aleyhinde değerlendirilebilecek savunması yapılmamış herhangi bir bilgi veya belge dosyaya girmemiş, duruşmalarda mağdurun talimatla alınan ve soruşturma aşamasındaki ifadesinin tersine tamamen sanık (başvuruçucu) lehine olan ifadesi ile güvenlik kuvvetlerince başvuruçunun üzerinde ele geçirilen mektubun tercümesine ilişkin bilirkişi raporları okunup, bu belgelere karşı, duruşma salonunda hazır olan başvuruçucu müdafisine beyanları sorulmuş, Cumhuriyet Savcısı'nın esas hakkındaki mütalaası alınmıştır. Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasının, başvuruçunun bizzat savunmasını yaptığı iddianameden farklı herhangi bir olay ve olguyu içermediği anlaşılmaktadır. Ayrıca iddianame ile de tutarlılık taşıdığı görülmektedir. İddianameye karşı da biraz önce belirtildiği üzere başvuruçucu tarafından bizzat duruşma salonunda, birinci celsede savunmada bulunulmuş, Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasına karşı ise başvuruçucu müdafisi tarafından bizzat Mahkeme salonunda ayrıntılı olarak savunma yapılmıştır.

44. 5271 Sayılı Kanun'un 196.maddesinin (5) numaralı fıkrasında *"Hastalık veya disiplin önlemi ya da zorunlu diğer nedenlerle yargılamanın yapıldığı yargı çevresi dışındaki bir hastahane veya tutukevine nakledilmiş olan sanığın, sorgusu yapılmış olmak koşuluyla, hazır bulundurulmasına gerek görülmeyen oturumlar için getirilmemesine mahkemece karar verilebilir."* hükmü yer almaktadır.

45. Somut olayda, başvuruçucu hakkında gerçekleştirilen ve ayrıntılarına yukarıda yer verilen yargılama, kendine özgü koşulları dikkate alınarak bir bütünlük içerisinde değerlendirildiğinde, olayda SEGBİS yöntemine

başvurma konusunda ilgili kanun maddesinde belirtilen “zorunlu nedenler”in gerçekleştiğinin mahkeme tarafından yeterli gerekçelerle ortaya konulduğu ve başvurucuya, dezavantajlı konumda olmayacak şekilde kendisini savunma, duruşma sürecine etkin bir şekilde dâhil olma, duruşma salonundakileri net bir biçimde görebilme, söylenenleri duyabilme, herhangi bir sınırlamaya maruz kalmadan savunmasını yapabilme ve karşı tarafa soru yöneltebilme ve varsa müdafî yardımından da yararlanma imkânlarının sunulduğu, sunulan bu imkânların yargılamanın belli bir aşamasından itibaren başvurucunun kendisi tarafından kullanılmadığı anlaşılmaktadır.

46. Hal böyle olunca olayda başvurucunun Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

47. Açıklanan nedenlerle, başvurucunun Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkının ihlal edilmediği kanaatiyle çoğunluk görüşüne katılmadık.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

FARKLI GEREKÇE

1. Mahkemenin Sayın çoğunluğu tarafından başvurucunun adil yargılama kapsamındaki duruşmada hazır bulunma hakkını ihlal edildiğine karar verilmiştir. Başvurucunun adil yargılanma hakkının ihlal edildiği yönündeki çoğunluk kararına duruşmada hazır bulunma güvencesi yönünden değil, esas hakkındaki mütalaa tebliğ edilmeden

Adil Yargılanma Hakkı

ve esas hakkındaki savunmaya ilişkin haklar hatırlatılmadan sorgudaki savunmaya itibar edilerek karar verilmesi dolayısıyla savunma için yeterli zaman ve kolaylıklardan yararlandırılma güvencesi yönünden ihlal kararı verilmesi gerektiği düşüncesiyle farklı gerekçe ile katılıyorum.

2. Olay ve olgular mahkememizin gerekçeli kararında ayrıntılı olarak özetlenmiştir. Bu bağlamda başvuru için yargılandığı davada ilk savunmasının mahkeme heyeti önünde müdafii ile birlikte yaptıktan sonra bulunduğu Van yargı çevresinden, Van merkezde ve civar illerde terör olaylarının artması ile Mart ayı itibarıyla ses getirecek firar, ayaklanma ve rehin alma gibi eylemlere ilişkin istihbarat bilgilerinin bulunması gerekçesiyle Ankara Sincan Kadın Kapalı Cezaevine nakledildiği anlaşılmaktadır.

3. Bunun üzerine Mahkeme, başvuru için duruşmaya SEGBİS yoluyla katılımının sağlanmasına karar vermiş ancak başvuru SEGBİS ile duruşmaya katılmak istemediğine ve bizzat duruşmada hazır bulunmayı talep ettiğine dair dilekçe sunmuştur.

4. Mahkeme 14/4/2016 tarihinde yapılan ikinci duruşma için başvuru için tutuklu olduğu ceza infaz kurumundaki SEGBİS odasında hazır edilmesi şeklinde bir yöntemle başvurmaksızın duruşmayı başvuru için yokluğunda ve fakat müdafisinin katılımıyla gerçekleştirmiştir. Başvuru için hazır bulunmadığı bu duruşmada Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki mütalaasını sunmuştur. Başvuru için müdafinin esas hakkındaki savunma yönünden süre talep etmesi üzerine duruşma 12/5/2016 tarihine ertelenmiştir.

5. Mahkemenin anılan duruşma için başvuru için SEGBİS odasında hazır edilmesi yönündeki talimatına rağmen başvuru Mahkemeye sunduğu 26/4/2016 tarihli dilekçesinde SEGBİS odasında hazır bulunmayacağını ve duruşmaya bizzat katılmak istediğini beyan etmiştir.

6. Başvuru için yargılandığı davadaki 12/5/2016 tarihli bu son duruşmada Mahkeme başvuru için duruşmada bizzat hazır bulunma talebinin reddine karar vermiştir. Mahkeme bu kararı verirken başvuru için savunmasının esaslı bölümünü oluşturan sorgusunun birinci celsede Mahkeme huzurunda yapıldığı ve ayrıca başvuru için

bizzat duruşmaya getirilmesinin güvenlik sorununa yol açabileceği gerekçelerine dayanmıştır.

7. Mahkeme duruşmada başvuruçunun müdafinin esas hakkındaki savunmasını alarak mahkûmiyet hükmü tesis etmiştir. Böylelikle, yokluğunda yapılan bu karar duruşmasında başvuruçunun esas hakkındaki savunması alınmadan hüküm verilmiştir.

8. UYAP; teknolojik gelişmeleri kullanarak Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşların, adli ve idari tüm yargı veya yargı destek birimlerinin donanım veya yazılım olarak iç otomasyonunu benzer şekilde bilgi otomasyonun sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış entegrasyonu sağlayan bir bilişim sistemidir. Elektronik imza alt yapısına uygun olarak geliştirilmiş merkezi bir bilgi sistemi kurulmuş bu sistemde yargı ve yargı destek birimleri arasında fonksiyonel tam entegrasyon sağlanmıştır. Sistemde elektronik imza rolleri bulunan hâkim, savcı, avukat, zabıt kâtibi, vatandaş yetkileri çerçevesinde her türlü bilgi belge sisteme aktarmakta sistemde aktif ve güvenli işleyişi sağlamaktadır. Daha önce yazışma ve ara kararı gerektiren bilgi ve belgeler e devlet sisteminden güvenli olarak doğrudan temin edilebilmektedir.

9. UYAP ile ilgili kanuni alt yapı başta 5271 sayılı Kanun (CMK) olmak üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve ilgili bütün kanunlara ve yönetmeliklere düzenlemeler konularak sağlanmıştır. Bu bağlamda CMK'nın "Elektronik işlemler" kenar başlıklı 38/A maddesinde UYAP ile ilgili olarak (ayrıntılı hükümler içeren) şu düzenlemeye yer verilmiştir.

"(1) Her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kullanılır. Bu işlemlere ilişkin her türlü veri, bilgi, belge ve karar, UYAP vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır.

(2) Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP'tan incelenebilir ve her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılabilir.

(3) Bu Kanun kapsamında fiziki olarak hazırlanması öngörülen her türlü belge ve karar elektronik ortamda düzenlenebilir, işlenebilir, saklanabilir ve güvenli elektronik imza ile imzalanabilir.

Adil Yargılanma Hakkı

(4) Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlar diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanarak gönderilen belge veya kararlar, gerekmedikçe fiziki olarak ayrıca düzenlenmez ve ilgili kurum ve kişilere gönderilmez.

(5) Elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge geçerli kabul edilir.

(6) Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlarda, mühürleme işlemi ile kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesini öngören hükümler uygulanmaz.

(7) Zorunlu nedenlerle fiziki olarak düzenlenmiş belge veya kararlar, yetkili kişilerce taranarak UYAP'a aktarılır ve gerektiğinde ilgili birimlere elektronik ortamda gönderilir.

(8) Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hallerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim, Cumhuriyet savcısı veya görevlendirilen yetkili kişi tarafından imzalanır ve mühürlenir.

(9) Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter.

(10) Yargı birimlerinin ihtiyaç duyduğu nüfus, tapu, adlî sicil kaydı gibi dış bilişim sistemlerinden UYAP vasıtasıyla temin edilen bilgi, belge ve kayıtlar, zorunlu olmadıkça ayrıca fiziki olarak istenilmez. UYAP'tan dış bilişim sistemlerine gönderilen bilgi ve belgeler ayrıca zorunlu olmadıkça fiziki ortamda gönderilmez.

(11) Ceza muhakemesi işlemlerinin UYAP'ta yapılmasına dair usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

10. CMK'nın 147. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendinde ise ifade alma ve sorgu işlemlerinde kaydında teknik imkanlardan yararlanılacağı hükmüne yer verilmiştir. Aynı kanunun 196. maddesinde de "Sanığın duruşmadan başışık tutulması" kenar başlığı altında sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun ve savunmasının yapılabileceği belirtilmiştir.

11. SEGBİS ise sistemi ulusal ağı yargı sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği bir bilişim

sistemidir. SEGBİS teknik özellikleri ve donanımı itibariyle UYAP'ta görüntülü kayıt yapıldığı takdirde duruşma salonunun bir parçası olarak işlev görmektedir. Sistemde ifade alınırken SEGBİS ile duruşma salonuna bağlanan kişiler duruşma salonundakileri görmekte duruşmada yapılanları takip edebilmekte konuşulanları duyabilmektedir.

12. SEGBİS sistemine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek amacıyla çıkarılan ve 29/9/2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesinde görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması imkânın varlığı halinde kanunlardaki usul esaslar dairesinde soruşturma veya kovuşturma aşamasındaki yapılan her türlü işlemin SEGBİS ile kayda alınacağı belirtilmiştir. Aynı Yönetmeliğin ceza infaz kurumunda bulunanlar başlığı altında ceza infaz kurumunda bulunan kişinin SEGBİS ile dinlenebileceği ve bu sistem ile duruşmaya katılabileceği düzenlenmiştir.

13. Öte yandan Anayasa'nın 141. maddesinde son fıkrasında "*Davaların az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırması yargının görevidir.*" denmektedir. Bunun bir yansıması olarak CMK'nın temel yaklaşımı duruşmanın tekliği (tek bir celsede tamamlanması) ilkesidir. UYAP ve SEGBİS sistemi teknik alt yapısı ve sağladığı imkanlar ile bilgi ve belgeye ulaşım kolaylığı göz önüne alındığında tümüyle bu sistemi sağlamaya yönelik olarak tasarlandığı söylenebilir. Dolayısıyla SEGBİS sistem olarak Anayasa'nın bu kuralına uygun ve kuralla öngörülen meşru amacı sağlamaya yönelik olarak işlemektedir.

14. Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde başvuruçunun duruşmaya SEGBİS yoluyla katılımın sağlanması başlı başına adil yargılanma hakkına aykırı bir durum değildir.

15. Bununla birlikte başvuruçunun yargılandığı davada Mahkeme başvuruçunun hazır bulunmadığı duruşmada veya SEGBİS yoluyla da katılım sağlamadığı duruşmada Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaasını almıştır. Bu mütalaanın duruşmaya katılmamış olan başvuruçuya tebliği yoluna da gidilmemiştir. Mahkeme gerek mütalaanın sunulduğu gerekse hükmün verildiği duruşmalar için başvuruçunun

Adil Yargılanma Hakkı

ceza infaz kurumundaki SEGBİS odasında duruşmaların yapıldığı sırada hazır edilmesini sağlamamıştır. Böylelikle başvurunun yokluğunda başvuru müdafinin yaptığı savunma ve başvurunun ilk savunması esas alınarak hüküm kurulmuştur.

16. Adil yargılanma hakkının en temel güvencelerinden biri kişilerin mahkeme önünde savunmalarını dile getirebilmeleri için zaman ve kolaylıklardan yararlanmalarının sağlanmasıdır. Bu çerçevede CMK'nın 147. maddesinde ifade ve sorgunun nasıl yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiş; ayrıca susma hakkı yönünden de hükümlere yer verilmiştir. Yine aynı Kanun'un 216. maddesinde delillerin tartışılması sırasında esas hakkındaki mütalaaya karşı sanığa savunma yapması için söz verileceği belirtilmiştir.

17. Somut olayda başvurunun, Mahkemenin kendisini SEGBİS yoluyla duruşmada hazır etme talebini kabul etmediği ve SEGBİS odasına çıkmadığı, bunun üzerine Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalaası başvurucuya tebliğ edilmeden, başvurunun ilk savunmasını Mahkeme önünde yapması yeterli görülerek ve yalnızca müdafinin esas hakkındaki savunması alınarak hüküm verildiği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Mahkemenin esas hakkındaki mütalaayı başvurucuya tebliğ etme, sonrasında CMK'nın 147. ve devamındaki maddelerinde yer alan hakları da hatırlatılarak savunma için süre verme, buna rağmen savunma yapmadığı takdirde anılan maddedeki susma hakkını hatırlatarak savunma yapmadığı takdirde bu hakkını kullanmış varsayacağını başvurucuya tebliğ etme gibi alternatif bazı yolları kullanmayı değerlendirmeden başvurunun esas hakkındaki savunmasını almaksızın hüküm tesis etmesi savunma hakkı bağlamında önemli bir kısıtlamaya sebebiyet vermiştir.

18. Bu bağlamda CMK'nın 147. ve 216. maddelerinde düzenlenen hakları kullanma yetkisinin ceza yargılamalarında bizzat yargılanan kişiye (sanığa) ait olduğu göz ardı edilmemelidir. Bu durumda başvurunun duruşmada bizzat hazır bulunma talebi Mahkemece reddedildikten sonra SEGBİS odasında hazır edilmesinin sağlanması veya en azından bu durumun ve davanın bitirileceğinin başvurucuya bildirilmesi de Mahkemece uygulanabilecek yöntemlerden biri iken bu

yönde bir girişimde de bulunulmamıştır. Böyle bir yöntemden sarfınazar edilmesi başvurucunun duruşma günü mahkemede bizzat hazır edilme talebinin reddedildiğinden haberdar olmaksızın ve esas hakkındaki savunmasını SEGBİS yoluyla da olsa Mahkemeye sunmasına imkân tanımaksızın davanın hükme bağlanmasına neden olmuştur.

19. Bu nedenlerle somut olayın koşullarında başvurucunun adil yargılanma hakkının esas hakkındaki savunma yönünden savunma için yeterli zaman ve kolaylıklardan yararlandırılmaması nedeniyle ihlal edildiği görüşümdedir. Dolayısıyla sayın çoğunluğun adil yargılanma hakkının başvurucunun SEGBİS yoluyla dinlenilmeye çalışılmasından kaynaklı olarak duruşmada hazır bulunma güvencesi bağlamında ihlal edildiği yönündeki görüşüne katılmıyorum.

Üye
Selahaddin MENTEŞ



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET OKYAR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/38342)

Karar Tarihi: 13/2/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Akif YILDIRIM
Başvurucu	: Mehmet OKYAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, karar sonucunu değiştirebilecek nitelikteki esaslı bir iddianın karşılanmaması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 28/11/2017 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu, olayların geçtiği tarihte Süleyman Demirel Üniversitesi bünyesinde döner sermaye *işletme müdürü* olarak görev yapmaktadır. Maliye uzmanlarının 2014 yılı çalışma programı gereğince yaptığı denetim sırasında banka hesaplarının giriş ve çıkışlarında bazı usulsüz işlemler görülmüştür. Bunun üzerine olay ile ilgili olarak maliye uzmanlarınca inceleme başlatılmıştır.

10. Isparta Süleyman Demirel Üniversitesi Döner Sermaye Saymanlığında *defterdarlık uzmanı* olarak görev yapan Y.P.nin kendisine yasal olarak tevdi edilen ve Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından hasta tedavi ücretleri olarak katılan kuruma gönderilen ücretlerden bir kısmını muhasebe hesaplarına eksik kaydedip muhasebe hesaplarına girmeyen bu tutarlar ile satışlardan iade gibi gösterilen tutarları 2012, 2013 ve 2014 yıllarında Üniversite ile herhangi bir ilişkisi olmayan on bir ayrı firma ve beş ayrı kişiye usulsüz olarak otuz yedi kez olmak üzere toplamda 11.337.627,43 TL'yi aktarmak suretiyle zimmet eylemlerinde bulunduğu iddia edilmiştir.

11. Aralarında başvuruçunun da bulunduğu birçok şüpheli hakkında adli soruşturma da başlatılmıştır. Isparta Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvuruçunun Y.P.nin zimmet eylemlerini bilmesine ve denetimle görevli olmasına rağmen onun eylemine kasten göz yumarak zimmet suçuna müşterek fail olarak iştirak ettiği iddiasıyla başvuruçunun hakkında Isparta 2. Ağır Ceza Mahkemesinde (Mahkeme) kamu davası açılmıştır.

12. Bu arada başvuruçunun, olayla ilgili olarak Sayıştay tarafından yapılan inceleme sonucunda dava konusu usulsüz işlemlerde sorumluluğunun bulunmadığına karar verildiğini belirterek buna ilişkin Sayıştay kararını dosyaya sunmuştur.

13. Süleyman Demirel Üniversitesi Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünün 2013 yılı hesabı konusunda Sayıştay 2. Dairesince verilen ve sonradan dosyaya sunulan 18/10/2016 tarihli kararda;

Adil Yargılanma Hakkı

i. Süleyman Demirel Üniversitesi Döner Sermaye İşletmesinin malî ve muhasebe işlemlerinin Maliye Bakanlığına bağlı olarak kurulan Saymanlık Müdürlüğü tarafından yürütüldüğü,

ii. Döner sermaye işletmesi müdürlerinin, gelir ve giderlerin ilgili mevzuata uygun olarak tahakkuk ettirilmesinden ve alacakların tahsil edilebilir duruma getirilmesinden sorumlu oldukları,

iii. Saymanlık müdürlüğü ile döner sermaye işletme müdürlüklerinin birbirinden bağımsız, farklı görev, yetki, sorumluluk ve çalışma usulü olan birimler olduğu,

iv. İşletme müdürlerinin saymanlık müdürleri üzerinde denetim ve kontrol yetkisinin bulunmadığı,

v. Yapılan incelemede bahsi geçen usulsüz işlemlerin Döner Sermaye İşletme Müdürlüğünde düzenlenen herhangi bir belgeye dayanmadığı,

vi. Bu işlemlerin Saymanlık Müdürlüğünde oluşturulan gerçeğe aykırı belgelerle yapıldığı ve İşletme Müdürlüğüne, muhasebe biriminde ilk etapta doğru olarak girilen kayıtların gönderildiği,

vii. İşletme Müdürlüğünde yer alan muhasebe kayıtlarının Sosyal Güvenlik Kurumundan gönderilen tutarları ihtiva ettiği

ifade edilmiş; bu nedenlerle Saymanlık Müdürlüğünde resen yapılan usulsüz işlemler sonucunda ortaya çıkan kamu zararında döner sermaye işletme müdürü başvurusunun sorumluluğunun bulunmadığı belirtilmiştir.

14. Mahkemece yapılan yargılama ve toplanan delillere göre başvurusunun eylemlerinin denetim görevini ihmal ederek 29/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 251. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen zimmet suçunun işlenmesine imkân sağlama şeklinde sübuta erdiği sonucuna varılmıştır. Başvurucu, Mahkemenin 21/12/2016 tarihli kararı ile 2 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir.

15. Mahkûmiyet kararının gerekçesinde; şirket veya kişilere usulsüz şekilde para aktarımına ilişkin ekstrelerde, bazı muhasebe işlem fişleri ve hesap özetlerinde başvurusunun imzasının bulunduğu, yasal

olarak sorumlu olduğu hâlde işletme müdürü olarak bu ödemeleri sorgulamadığı belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca başvuruçunun soruşturma evresindeki savunmalarında ekstreleri gördüğünü, ancak resmî yazının altında olduğu için ayrıntılı olarak incelemeyeğini beyan etmek suretiyle görevini ihmal ettiğini dolaylı şekilde ikrar ettiğine vurgu yapmıştır.

16. Başvuruçucu, istinaf kanun yoluna başvuru dilekçesinde Sayıştay kararına ilişkin değerlendirme yapılmamasını da bir neden olarak ileri sürmüştür. Ancak anılan karar Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesinin 16/10/2017 tarihli ve E.2017/1376, K.2017/1593 sayılı kararı ile kesinleşmiştir.

17. Başvuruçucu, onama kararından 1/11/2017 tarihinde haberdar olmuş ve 28/11/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

18. 5237 sayılı Kanun'un "*Denetim görevinin ihmali*" kenar başlıklı 251. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine imkân sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 13/2/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Gerekçeli Karar Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvuruçunun İddiaları ve Bakanlığın Görüşü

20. Başvuruçucu; aynı olayla ilgili olarak Sayıştay tarafından yapılan inceleme sonucunda dava konusu usulsüz işlemlerde sorumluluğunun bulunmadığına karar verildiğini belirterek buna ilişkin Sayıştay kararını dosyaya sunduğunu, ancak kararın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki bu hususun mahkûmiyet kararının gerekçesinde tartışılmadığını belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Adil Yargılanma Hakkı

21. Bakanlık görüşünde, somut olayda yapılan değerlendirme sonunda tarafların başvurunun sonucuna etkili olabilecek tüm iddia ve savunmaları tartışılarak verilen kararda hükme ulaşılması için yeterli gerekçe bulunduğu ve kanun yolu incelemesi sonucunda verilen kararda da değerlendirme konusu hüküm ve gerekçesinin yetersiz olmadığı belirtilmiştir.

22. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında başvuru formundaki iddiaları tekrarlamıştır.

2. Değerlendirme

23. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

24. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

25. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) birçok kararında vurgulanmıştır.

Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığının kabul edilmesi gerekir (*Abdullah Topçu*, B. No: 2014/8868, 19/4/2017, § 75).

26. Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında da “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*” denilerek mahkemelere kararlarını gerekçeli yazma yükümlülüğü yüklenmiştir. Anayasa'nın bütünlüğü ilkesi gereği anılan Anayasa kuralı da gerekçeli karar hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulmalıdır (*Abdullah Topçu*, § 76).

27. Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Bu hak, tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve demokratik bir toplumda kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir (*Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31, 34).

28. Mahkemelerin anılan yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir (*Yasemin Ekşi*, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56).

29. Ancak derece mahkemesinin aynı maddi veya hukuki olguyla ilgili olarak başka bir yargı merciinin vardığından farklı bir sonuca ulaşması hâlinde bunun dayanaklarını gerekçeli kararında göstermesi beklenir. Anayasa'da güvenceye bağlanan tüm temel hak ve özgürlüklerin yorumunda gözetilmesi gereken temel bir ilke olarak düzenlenen hukuk devleti ilkesi, yargı organlarının aynı maddi veya hukuki olgularla ilgili olarak çelişkili kararlar vermekten mümkün olduğunca kaçınmasını gerekli kılar. Aynı maddi veya hukuki vakıalarla ilgili olarak farklı kararlar verilmesi hukuk devleti ilkesini zedeleyebileceği gibi kişilerin hukuka olan inancını da zayıflatabilir. Bu nedenle bir maddi veya hukuki vakıa ile ilgili olarak başka bir yargı merci tarafından bir kimse lehine karar verildiği, ancak diğer bir yargı merciinin aynı olgu hakkında farklı bir sonuca ulaştığı durumlarda bunun gerekçesinin belirtilmesi gerekir.

Adil Yargılanma Hakkı

Yargı merciinin bu gibi durumlarda gerekçe gösterme yükümlülüğü, kişilerin hukuka olan güvenlerinin sarsılmaması için hayati öneme sahiptir.

30. Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği, davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir. Aksi bir tutumla mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında *ilgili ve yeterli bir yanıt* vermemesi hak ihlaline neden olabilecektir (*Sencer Başat ve diğerleri*, §§ 35, 39).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

31. Somut olayda mahkûmiyet kararından önce Sayıştay 2. Dairesi başvuruçunun *dava konusu usulsüz işlemlerde sorumluluğunun bulunmadığına* ilişkin karar vermiştir. Sayıştay 2. Dairesi kararında; saymanlık müdürlüğü ile döner sermaye işletme müdürlüklerinin birbirinden bağımsız, farklı görev, yetki, sorumluluk ve çalışma usulü olan birimler olduğunu, işletme müdürlerinin saymanlık müdürleri üzerinde denetim ve kontrol yetkisinin bulunmadığını ve usulsüz işlemlerin döner sermaye işletme müdürlüğünde düzenlenen herhangi bir belgeye dayanmadığını belirtmiştir.

32. Ancak Mahkeme, başvuruçunun görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek kişilerin kamunun zararına neden olduğu gerekçesiyle mahkûmiyet hükmü kurmuştur. Diğer bir ifadeyle Sayıştay, yargılamasında başvuruçunun malî sorumluluğunun bulunmadığını tespit ederken *işletme müdürlerinin saymanlık müdürleri üzerinde denetim ve kontrol yetkisi bulunmadığı* sonucuna ulaşılmasına karşın Ceza Mahkemesi aksi sonuca ulaşmıştır.

33. Başvuruçucu tarafından Sayıştay kararı Ceza Mahkemesinin bilgisine sunulmasına rağmen Ceza Mahkemesinin neden aksi sonuca ulaştığını gerekçelendirmediği görülmektedir. Ceza yargılamasında başvuruçuya isnat edilen *denetim görevinin ihmali* suçunun işlenip

işlenmediğinin tespitinde *işletme müdürlerinin (başvurucunun) saymanlık müdürlüğü üzerinde denetim ve kontrol görevinin bulunup bulunmadığı* hususunun incelenmesini gerektirdiği açıktır. Başvurucunun ayrı ve açık yanıt verilmesini gerektiren Saymanlık Müdürlüğü üzerinde *denetim ve kontrol yetkisinin bulunmadığı* yönündeki iddiası Mahkemece karşılanmamıştır. Gerekçede birtakım soyut değerlendirmeler bulunmaktaysa da başvurucunun denetim yetkisinin kapsamı ve içeriği yönünden bir tartışma yapılmamıştır. Ek olarak başvurucunun Sayıştay 2. Dairesi kararına açıkça atıfta bulunan istinaf nedeni de hiçbir gerekçe gösterilmeksizin Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi tarafından reddedilmiştir. Bu nedenlerle başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

34. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Diğer İhlal İddiaları

35. Başvurucunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verildiğinden kanun önünde eşitlik ile hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerinin ihlal edildiğine ilişkin diğer şikâyetleri hakkında kabul edilebilirlik ve esas yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

36. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel

Adil Yargılanma Hakkı

mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

37. Başvurucu, ihlalin tespiti ile maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

38. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* kararında ihlal sonucuna varıldığına ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

39. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

40. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanununun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini

beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

41. İncelenen başvuruda gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

42. Bu durumda gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Isparta 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

43. İhlal tespitinin yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından ayrıca manevi tazminata hükmedilmesine gerek görülmemiştir.

44. Anayasa Mahkemesinin maddi tazminata hükmedebilmesi için başvuruçunun uğradığını iddia ettiği maddi zarar ile tespit edilen ihlal arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Başvuruçunun bu konuda herhangi bir belge sunmamış olması nedeniyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

45. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

Adil Yargılanma Hakkı

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki gerekçeli karar hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin gerekçeli karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için sadece başvuru yönünden yeniden yargılama yapılmak üzere Isparta 2. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2015/64, K.2016/207) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat talebinin REDDİNE,

E. 257,50 TL harçtan oluşan yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin bilgi için Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 13/2/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MUSTAFA BERBEROĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2015/3324)

Karar Tarihi: 26/2/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör	: Yücel ARSLAN
Başvurucu	: Mustafa BERBEROĞLU
Vekili	: Av. Duygu DEMİREL

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, sendika işyeri temsilcisi olan başvurunun atama işleminin iptali talebiyle açılan davanın ehliyet yönünden reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının; görev yerinin değiştirilmesi nedeniyle de sendika hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 23/2/2015 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

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

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

III. OLAY VE OLGULAR

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

7. Başvurucu 1956 doğumlu olup olay tarihinde İzmir Millî Emlak Daire Başkanlığında (Daire Başkanlığı) memur olarak görev yapmaktadır. Başvurucu aynı zamanda Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonuna (KESK) bağlı Büro Emekçileri Sendikası (Sendika) işyeri temsilcisi ve İzmir Şube Denetleme Kurulu yesidir.

8. Başvurucuya izinsiz olarak işyerine gelmemesi nedeniyle 8/1/2007 tarihinde yazı ile uyarma cezası verilmiştir. Yine kadastro çalışmalarına ilişkin görevini tamamlamasından sonra işyerine dönmesi istenildiği hâlda dönmeyeceğini belirttiği ve aynı tavrı daha önce de tekrarladığı, görev dönüşü işyerine geri dnmemeyi alışkanlık hâline getirdiği, işyerine sendikal faaliyetlerde bulunması nedeniyle gelemediğini iddia edip görev ve sorumluluklarını savsakladığı belirtilerek söz konusu davranışları nedeniyle kendisine 8/5/2009 tarihinde kınama cezası verilmiştir.

9. Daire Başkanlığının 11/5/2009 tarihli yazısı ile başvurucunun Başkanlıklarındaki diğer birimlerde uyum sağlayamayacağı, bu nedenle saymanlıklarda ve müdürlüklerde görev yapmasının uygun olacağı belirtilmiş ve İzmir Gümrük Saymanlık Müdürlüğünde (Sayman Müdürlüğü) yoğunluktan dolayı personele ihtiyaç duyulduğu gerekçesiyle başvurucu 25/5/2009 tarihinde Sayman Müdürlüğüne veznedar olarak atanmıştır.

10. Başvurucu, atama işlemine karşı 8/7/2009 tarihinde İzmir 1. İdare Mahkemesinde (İdare Mahkemesi) iptal davası açmıştır. Dava, başvurucuyu temsilen Sendika tarafından açılmıştır.

11. İdare Mahkemesi 8/7/2010 tarihinde davayı reddetmiştir. İdare Mahkemesi kararında, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 76. maddesi ile 25/6/2001 tarihli ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 18. maddesine yer verdikten ve başvurucunun aldığı disiplin cezalarına değindikten sonra

Adil Yargılanma Hakkı

Daire Başkanlığında memur olarak görev yaptığı sırada başvurusunun işyerindeki işlerini aksattığının ve iş disiplinine aykırı hareket ederek işyerindeki huzuru bozduğunun çeşitli tarihlerde idareciler ve personel tarafından tutulan tutanaklardan anlaşıldığını belirtmiştir. Mahkeme buna göre, Daire Başkanlığında çalışması uygun olmayan başvurusunun iş yoğunluğu nedeniyle personel ihtiyacı olan Sayman Müdürlüğüne veznedar olarak atanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.

12. Başvurucu, kararı temyiz etmiştir. Danıştay Beşinci Dairesi (Daire) 20/2/2014 tarihinde, temyiz talebini reddetmiş ve kararı onamıştır. Daire kararında; davanın başvuru adına Sendika tarafından açıldığı, başvurusunun dava açılması konusunda Sendikaya başvuruda bulunup dava açılması için yazılı olarak yetki verdiğine yönelik dosyada herhangi bir belgenin bulunmadığı belirtilmiştir.

13. Daire; 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendine göre sendika ve üst kuruluşlara -hukuki yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda- üyelerini veya bunların mirasçılarını her derecedeki yargı organları önünde temsil etme ve dava açma hakkı tanındığını, üyesinin isteğine göre uyuşmazlığın çözümünde taraf olarak kendisini temsil etme yetki ve sorumluluğu verildiğini ifade etmiştir. Daire, bu konuda açık bir temsil yetkisi verilmediği sürece sendikanın bireysel uyuşmazlıklar dolayısıyla doğrudan dava yoluna başvuramayacağını, başvurusunun Sendikayı yetkili kıldığına ilişkin herhangi bir belgenin dava dosyasında bulunmadığı gerekçesiyle Sendikanın başvuru hakkında tesis edilmiş bireysel işleme karşı dava açma ehliyetinin bulunmadığını belirtmiştir. Daire bu nedenle davanın ehliyet yönünden reddi gerekirken işin esası yönünden inceleme yapılarak karar verilmesinde hukuki isabet bulunmadığını ifade etmiş, bununla birlikte bu hususun sonucu itibarıyla yerinde olan kararın bozulmasını gerektirmediğine karar vermiştir.

14. Başvurusunun Sendikaya yetki verdiğine dair belgenin dosyada bulunduğu, eksik olduğunun kabulü hâlinde de kolaylıkla tamamlayabilecekleri bir belge olduğu, Dairenin eksikliğin giderilmesini istemeden davayı reddetmesinin hukuka ve hakkaniyete aykırı olduğu

yönündeki iddialarını da içeren kararın düzeltilmesi talebini Daire 28/11/2014 tarihinde reddetmiştir. Karar 23/1/2015 tarihinde tebliğ edilmiştir.

15. Başvurucu 23/2/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

16. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" kenar başlıklı 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Dilekçeler,

...

c) Ehliyet,

...

yönlerinden sırasıyla incelenir."

17. 2577 sayılı Kanun'un "İlk inceleme üzerine verilecek kararlar" kenar başlıklı 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Danıştay veya idare ve vergi mahkemelerince yukarıdaki maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülürse, 14 üncü maddenin;

...

b) 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine,

...

Karar verilir."

18. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; ... , ehliyet, ... hallerinde ...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.

Adil Yargılanma Hakkı

19. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51. maddesi

şöyledir:

"Dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir. "

20. 6100 sayılı Kanun'un 76. maddesi şöyledir:

"(1) Avukat, açtığı veya takip ettiği dava ve işlerde, noter tarafından onaylanan ya da düzenlenen vekâletname aslını veya avukat tarafından onaylanmış aslına uygun örneğini, dava yahut takip dosyasına konulmak üzere ibraz etmek zorundadır.

(2) Kamu kurum ve kuruluşlarının avukatlarına, yetkili amirleri tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip verilmiş olan temsil belgeleri de geçerli olup, ayrıca noterce onaylanmasına gerek yoktur."

21. 6100 sayılı Kanun'un 77. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Vekaletnamenin aslını veya örneğini vermeyen avukat dava açamaz ve yargılama ile ilgili hiçbir görev yapamaz. Şu kadar ki, gecikmesinde zarar doğabilecek hallerde mahkeme, vereceği kesin süre içinde vekaletnamesini getirmek koşuluyla avukatın dava açmasına veya usul işlemlerini yapmasına izin verebilir. Bu süre içinde vekaletname verilmez veya asıl taraf yapılan işlemleri kabul ettiğini dilekçeyle mahkemeye bildirmez ise dava açılmamış veya gerçekleştirilen işlemler yapılmamış sayılır."

22. 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının olay tarihinde yürürlükte bulunan hâlinin ilgili kısmı şöyledir:

"Sendika ve konfederasyonlar kuruluş amaçları doğrultusunda aşağıdaki faaliyetlerde bulunabilirler:

...

f) Üyelerin idare ile ilgili doğacak ihtilaflarında, ortak hak ve menfaatlerinin izlenmesinde veya hukukî yardım gerekliliğinin ortaya çıkması durumunda üyelerini veya mirasçılarını, her düzeyde ve derecedeki yönetim ve yargı organları önünde temsil etmek veya ettirmek, dava açmak ve bu nedenle açılan davalarda taraf olmak...."

2. Danıştay Kararları

23. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 3/3/2006 tarihli ve E.2005/1, K.2006/1 sayılı kararının (İBK) ilgili kısmı şoyledir:

" ...

İřtihatları birleřtirme istemine konu daire kararlarında, sendikaların, genel dűzenleyici iřlemlere karřı dava ařabilmeleri konusunda iřtihat farklılıđı bulunmamaktadır. Kamu gűrevlileri sendika ve űst kuruluřlarının, űyelerinin ortak, ekonomik, sosyal ve mesleki hak ve menfaatlerinin korunması ve geliřtirilmesi iřin kurulmuř tűzel kiřilikler olarak diđer tűm tűzel kiřilere tanınan kuruluř amařları çerçevesinde ve bu amařları gerçekteřtiren ölçűde yetkili organları vasıtasıyla taraf ve dava ehliyetlerinin varlıđı karřısında 19'uncu maddenin (f) fıkrasının ıkarılıř gayesinin bunlardan bařka olduđu ařıkça gűrűlmektedir.

4688 sayılı Kanununun 19/f maddesi, sendika ve űst kuruluřlarının, bizzat taraf oldukları hukuki iliřkiler dolayısıyla davacı ve davalı oluř sıfatları ile ortak ıkarların korunması iřin tanınan davacı olabilme sıfatından bařka, hukuki yardım gerekliliđinin ortaya ıkması durumunda űyelerini veya bunların mirasıılarını her derecedeki yargı organları űnűnde temsil etmek ve dava ařma hakkı tanımaktadır. Bu bađlamda kanun koyucu 19/f maddesi ile sendika ve űst kuruluřları, diđer tűzel kiřiliklere genel hűkűmler uyarınca tanınan taraf olma ve dava ařma ehliyetinin dıřında, űyelerini ve bunların mirasıılarını temsil etme ve ettirme yetkisi ile donatmaktadır. Buna gűre, sűz konusu maddenin sendikalara ve űst kuruluřlarına tanıdıđı yetkinin ehliyet deđil temsil bađlamında deđerlendirilmesi gerekmektedir. Bařka bir anlatımla kanun koyucu, getirdiđi bu dűzenleme ile, idare tarafından sendika űyesi kamu gűrevlisi hakkında tesis edilen bireysel (subjektif) iřlemler nedeniyle bu iliřkinin tarafı olmayan sendika ve űst kuruluřa, űyesinin isteđine bađlı olarak uyuřmazlıđın cűzűműnde taraf olarak kendisini temsil etme yetki ve sorumluluđu vermektedir.

Gerek metindeki terimlere bađlı olarak maddenin yorumu, gerekse madde gerekçesi ile konuya iliřkin tarihsel sűreç ve mevzuatımızda yapılan deđiřiklikler dikkate alındıđında, kamu gűrevlileri sendika ve űst kuruluřlarının, sendika űyesi olan kamu gűrevlisinin isteđi űzerine, statűsű ve bu statűsűnden kaynaklanan hak, yűkűmlűlűk, gűrev ve sorumlulukları ile atama, nakil, disiplin ve personel

Adil Yargılanma Hakkı

hukukuna ilişkin diğer düzenlemelere dayalı olarak, üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (subjektif) işlemlere karşı, üyelerini temsilen avukatları aracılığıyla dava açabilecekleri ve bu nedenle açılan davalarda taraf olabilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır.

SONUÇ: 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun 19'uncu maddesinin (f) bendi uyarınca kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının üyeleri hakkında tesis edilen bireysel (subjektif) işlemlere karşı üyelerini temsilen dava açma ve bu nedenle açılan davalarda taraf olma hakkı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, içtihadın Danıştay Beşinci ve İkinci Daire kararları doğrultusunda birleştirilmesine 3/3/2006 günlü birinci toplantıda Kurul üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar verildi."

24. Danıştay Altıncı Dairesinin E.2019/1369 sayılı ara kararının ilgili kısımları şöyledir:

"Uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için:

...

Davacı Buca Belediye Başkanlığından:

1-a-1136 sayılı Avukatlık Kanununun; "Avukatlığın mahiyeti" başlıklı 1. maddesi: "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir", "Avukatlığın amacı" başlıklı 2. maddesi: "Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır.", "Yalnız avukatların yapabileceği işler" başlıklı 35. maddesi: "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.", "İşlerin stajiyer veya sekreterle takibi, dava dosyalarının incelenmesi ve dosyadan örnek alma" başlıklı 46. maddesi: "Avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava ve

takeip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez." hükümlerini düzenleme altına almıştır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun "Vekâletnamenin ibrazı" başlıklı 76. maddesinin 1. fıkrası: "Avukat, açtığı veya takip ettiği dava ve işlerde, noter tarafından onaylanan ya da düzenlenen vekâletname aslını veya avukat tarafından onaylanmış aslına uygun örneğini, dava yahut takip dosyasına konulmak üzere ibraz etmek zorundadır." hükmünü düzenlemiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanununun; "Örnek çıkarabilme ve tebligat yapabilme hakkı başlıklı 56. maddesinin 1. fıkrasında; "Usulüne uygun olarak düzenlenen ve avukata verilmiş olan vekaletname 52 nci maddede yazılı dosyada saklanır. Avukat, bu vekaletnamenin örneğini çıkarıp aslına uygunluğunu imzası ile onaylayarak kullanabilir. Avukatın çıkardığı vekaletname örneklere bütün yargı mercileri, resmi daire ve kurumlar ile gerçek ve tüzel kişiler için resmi örnek hükmündedir.", aynı Kanunun 56. maddesinin 5. fıkrasında; "Avukatlar veya avukatlık ortaklığı başkasını tevkil etme yetkisini haiz oldukları bütün vekâletnamelerini kapsayacak şekilde bir başka avukata veya avukatlık ortaklığına vekâletname yerine geçen yetki belgesi verebilir. Bu yetki belgesi vekâletname hükmündedir.", 6.fıkrasında; "Vekâletnameler Türkiye için tek tip olup, vekâletnamenin biçim ve içeriği Türkiye Barolar Birliği ile Türkiye Noterler Birliği tarafından hazırlanır." hükmü yer almıştır.

Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinin 18. maddesinin 2. fıkrasında; "Avukatlar veya avukatlık ortaklıkları, başkasını tevkil etme yetkisini taşıdıkları tüm vekaletnameleri kapsayacak şekilde tek bir genel ya da ayrı ayrı özel yetki belgesi düzenleyerek; bir başka avukatı veya avukatlık ortaklığını müvekkileri adına vekil tayin edebilirler. Vekaletname hükmünde olan bu yetki belgesi; tüm yargı mercileri ile resmi ve özel kişi, kurum ve kuruluşlar için hukuken vekaletname işlev ve etkisi taşır. Yetki belgesinde yetki verenin ve yetkilendirilenin adı, soyadı, barosu, sicil ve vergi numarası ve bu maddenin birinci fıkrasında yazılı hususların yer alması gereklidir." hükmüne yer verilmiştir.

659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin 6. maddesinin 5. fıkrası: "İdareleri vekil sıfatıyla temsile yetkili

Adil Yargılanma Hakkı

olan hukuk birimi amiri, hukuk müşaviri ve avukatların bir listesi, idaresince yazılı olarak veya Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslar dairesinde elektronik ortamda ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, bölge idare mahkemesi başkanlıklarına verilir. Bu listeler, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından adli yargı çevresinde, bölge idare mahkemesi başkanlığınca idari yargı çevresinde bulunan mahkemelere gönderilir. Yüksek mahkemeler ve bölge adliye mahkemesindeki duruşmalarda temsil yetkisini kullanacakların isimleri ilgili mahkemelerin başsavcılıklarına veya başkanlıklarına bildirilir. Listede isimleri yer alanlar, baroya kayıt ve vekaletname ibrazı gerekmeksizin idare vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilirler. Vekil sıfatıyla temsil yetkisi sona erenlerin isimleri anılan mercilere aynı usulle derhal bildirilir." hükmünü düzenlemiştir.

Anılan hükümler doğrultusunda, davayı takip etme yetkisinin baroya kayıtlı avukatlara tanınmış olduğu, bu yetkinin yasal düzenleme gereği noter tarafından onaylanan ve düzenlenen vekaletname ibrazını gerektirdiği düzenlenmesi nedeniyle davacı idare 5018 sayılı Kanun kapsamında sayılan genel bütçeli ve özel bütçeli kurumlardan olmadığından temsil belgesi ile davayı takip edemeyeceği, davayı takip yetkisi kendisine usulüne uygun olarak verilmiş avukatın davayı açarken bu vekaletnameyi sunması gerektiği sonucuna ulaşıldığından davacı idarenin vekilinden vekaletnamenin aslının veya bir örneğinin istenilmesine,...

d- Davacının istenilen belgeleri sunmaması ve harç ile yargılama giderlerini tamamlamaması halinde davanın açılmamış sayılacağına karar verileceğinin hatırlatılmasına,

...

Ara kararı gereğinin yerine getirilmesi için davalı idareye 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20. maddesi uyarınca (30) gün süre verilmesine,..."

25. Danıştay Onuncu Dairesinin 18/2/2019 tarihli ve E. 2014/4582 sayılı ara kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Uyuşmazlığın çözümünde gerekli görüldüğünden;

Davacıdan:

Dava dilekçesinin davacı [...] İnş. Turz. Gıda Eğitim San. ve Tic. Ltd. Şti. vekili Av. [A.O.B.] tarafından imzalandığı, ancak davacı şirket adına Av. [A.O.B.]'ye vekaletname veren [N. Ö.] nün davacı şirketi temsil etme yetkisi bulunduğunu gösteren temsil belgesi ve imza sirkülerinin eklenmediği anlaşıldığından temsil belgesi ve imza sirküleri örneklerinin istenmesine,

Ara kararı gereğinin yerine getirilmesi için kararın tebliğinden itibaren davacıya otuz (30) gün süre verilmesine,...

26. Danıştay Onuncu Dairesinin 10/2/2016 tarihli ve E. 2016/319 sayılı ara kararının ilgili kısmı şöyledir:

...Dava dilekçesinin Şırnak Barosu Başkan yardımcısı sıfatıyla Av. [S.T.] tarafından imzalandığı, ancak davacı baroyu temsile yetkili olduğuna ilişkin yetki belgesinin ve imza sirkülerinin eklenmediği anlaşıldığından temsil belgesi ve imza sirküleri örneklerinin istenmesine, ara kararı gereğinin yerine getirilmesi için davacıya kararın tebliğinden itibaren otuz gün süre verilmesine ..."

27. Danıştay Onuncu Dairesinin 13/10/2014 tarihli ve E. 2014/4611 sayılı ara kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dava dilekçesinin Kızıltepe Ziraat Odası Başkanı sıfatıyla [B.D.] tarafından imzalandığı, ancak davacı odayı temsile yetkili olduğuna ilişkin yetki belgesinin ve imza sirkülerinin eklenmediği, dava dilekçesinde bulunan imza ile dilekçeye eklenen genel kurul seçim tutanağında yer alan [B.D.]'ye ait imzanın açıkça birbirinden farklı olduğu anlaşıldığından, temsil belgesi ve imza sirküleri örneklerinin istenmesine, ara kararı gereğinin yerine getirilmesi için davacıya kararın tebliğinden itibaren otuz gün süre verilmesine ..."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

28. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

29. İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı için bkz. *Remzi Altuntaş*, B. No: 2014/13905, 9/11/2017,§§ 32-35.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 26/2/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucu; Danıştayın yetki belgesi eksikliği nedeniyle davanın ehliyet yönünden reddi gerektiği şeklindeki gerekçesine ilişkin olarak dilekçe ekinde söz konusu belgeye yer verildiğini, kendilerince kolaylıkla tamamlanabilecek bu eksikliğin tamamlanması yönünde de Mahkemenin bir kararının bulunmadığını belirterek bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

2. Değerlendirme

32. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

33. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun yukarıda yer verilen şikâyetlerinin özü, idari işlemin iptali istemiyle açtığı davada Sendika tarafından temsil edilmesine ilişkin yetki belgesinin dosyada yer almadığı gerekçesiyle esasının incelenmemesidir. Bu itibarla başvurucunun ihlal iddiaları adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmiştir. Her ne kadar ilk derece mahkemesince işin esası incelenmişse de temyiz sırasında Danıştay Dairesi, davanın ehliyet

yönünden reddi gerektiği sonucuna varmış ve ilk derece mahkemesinin kararını bu gerekçe ile onamıştır. Bu durumda başvuruya konu nihai karar Danıştay Dairesinin onama kararı olup değerlendirme bu karara ilişkin olacaktır.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

34. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

35. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur (*Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. şti.*, B. No: 2014/13156, 20/4/2017, ř 34; *Mehmet Ziyat Özdemir*, B. No: 2014/13899, 12/6/2018, ř 37).

36. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bakımdan davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Diğer bir ifadeyle dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmaz (*Mohammed Aynosah*, B. No: 2013/8896, 23/2/2016, ř 33).

37. Bireyin kamu makamları tarafından kamu gücü kullanılarak hakkında gerçekleştirilen ve sonuçları itibarıyla hukuksal durumunu, dolayısıyla menfaatini etkileyen bir idari işleme ilgili uyuşmazlığın

Adil Yargılanma Hakkı

mahkeme önünde incelenmesi imkânından yoksun bırakılması mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil edebilir.

38. Bireysel başvuruya konu olayda başvurunun görev yerinin değiştirilmesine ilişkin atama işleminin uyuşmazlık konusu edildiği bir idari dava söz konusudur. Söz konusu dava başvurucuyu temsilen Sendika tarafından açılmıştır. Danıştayın temyiz aşamasında, başvurucuyu temsil yetkisinin Sendikaya verildiğine dair belgenin dosyada bulunmadığı gerekçesiyle davanın ehliyet yönünden reddi gerektiğini belirterek uyuşmazlığın esasını incelememesi nedeniyle başvurunun mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

39. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

40. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

41. Somut başvuruda davanın esasının incelenmemesi yönündeki mahkeme kararının idari işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi için öngörülen *ehliyet* koşulunun bulunmadığı gerekçesine dayandığı görülmektedir. İdari yargıya ilişkin usul hukuku kuralları kapsamında *davanın ehliyet yönünden reddi* şeklindeki müdahalenin 2577 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerine dayandığı ve dolayısıyla başvurunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

(2) Meşru Amaç

42. Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak bu hakların sınırlandırılması mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanım koşullarına ilişkin bir kısım düzenlemenin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak bu sınırlamalar Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz (*Yusuf Bilin*, B. No: 2014/14498, 26/12/2017, § 53; AYM, E.2015/96, K.2016/9, 10/2/2016, § 10).

43. İlk olarak ehliyet yönünden yapılan müdahaleler, idari makamlar tarafından gerçekleştirilen ve bireyin menfaatini etkileyen işlemlerin temsil yetkisi bulunmayan kişilerce uyuşmazlık konusu yapılması, bir diğer ifadeyle kişilerin izni ve temsil yetkisinin devri söz konusu olmaksızın dava açma hakkının başkalarınca kullanılması gibi kişilerin menfaatlerini doğrudan etkileyen ve aleyhlerine hukuk dünyasında kesin hüküm oluşmasına yol açabilecek teşebbüslerin önlenmesi meşru amacına yöneliktir. İkinci olarak ise hem yargının hem de idarenin sürekli ve gereksiz bir biçimde meşgul edilip işleyemez hâle gelmesini engellemek, bu suretle gerek yargı hizmetinin gerekse idarenin asli görevi olan kamu hizmetlerinin hızlı, düzenli ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak düşüncesiyle kendisine usulüne uygun şekilde temsil yetkisi verilmeyen kişilerce dava açılması durumunda uyuşmazlıkların esasının incelenmemesi yönünde düzenlenen idari yargıya ilişkin bu usul ile usul ekonomisi gözetilmiştir.

44. Yargılama usullerinin düzenlenmesinde usul ekonomisinin gözetilmesi, bu suretle iyi adalet yönetiminin de sağlanarak kamu yararının gerçekleştirilmesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir. Dolayısıyla usul ekonomisi

Adil Yargılanma Hakkı

ile iyi adalet yönetimi ilkesi gözetilerek idari işlemlerin dava konusu edilebilirliğinin belli koşullara bağlanması mümkündür (*Levent Tütüncü*, B. No: 2015/3690, 18/7/2018, § 48).

45. Somut olayda usul kurallarını yorumlayan derece mahkemesinin davanın başvuru adına sendika tarafından açıldığı, başvuruçunun dava açılması konusunda Sendikaya başvuruda bulunup dava açılması için yazılı bir yetki vermediğinin dosyadan anlaşıldığını belirterek davanın esasını incelememesinin yukarıda değinilen başkalarının hak ve menfaatlerinin korunması ile kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

46. Anayasa Mahkemesi; bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka anlatımla mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini ifade etmiştir (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

47. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

48. Mahkemeye erişim hakkının sınırlanması için seçilen aracın öngörülen amaca ulaşılabilmesi bakımından elverişli olması gerekir. Ayrıca seçilen araç bu hakkı en az zedeleyici nitelikte bulunmalıdır. Bununla birlikte hakkı daha az zedeleyen aracın tercih edilmesi gerektiğinin söylenebilmesi için söz konusu araç aynı amacı

gerçekleştirmeye elverişli olmalıdır. Daha hafif sınırlama teşkil eden aracın tercih edilmesi hâlinde öngörülen amaç gerçekleşmeyecek ise daha ağır müdahale oluşturan aracın seçimi hususundaki tercih, Anayasa'ya aykırı olmaz. Bunun dışında hangi müdahale aracının tercih edileceği hususunda kamu otoritelerinin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır.

49. Öte yandan mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahaleler orantılı olmalıdır. Orantılılık, amaç ile araç arasında adil bir denge kurulmasını gerektirmektedir. Buna göre mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamayla ulaşılmak istenen meşru amaç ve başvurucunun mahkemeye erişim hakkından yararlanmasındaki bireysel yarar arasında makul bir orantı kurulmalıdır. Hedeflenen amaca ulaşıldığında elde edilecek kamusal yararlar kıyaslandığında sınırlama ile kişiye yüklenen külfetin aşırı ve orantısız olmaması gerekir.

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

50. Somut olayda başvurucu adına tesis edilen naklen atama işlemine karşı başvurucuyu temsilen Sendika tarafından dava açılmıştır. Danıştay 4688 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendi uyarınca -başvurucu tarafından Sendikaya temsil yetkisi verilmesi koşuluyla- Sendikanın başvurucu adına idari dava açabileceğini kabul etmiş ancak başvurucunun Sendikaya açık bir temsil yetkisi vermemiş olması sebebiyle Sendikanın başvurucu adına dava açma yetkisinin bulunmadığını ifade etmiştir. Başvurucu; Sendikaya yetki verdiğine dair belgenin dosyada bulunduğunu, kaldı ki eksik olduğunun kabulü hâlinde de kolaylıkla tamamlayabilecekleri bir belge olduğunu belirterek karar düzeltme yoluna başvurmuş ise de karar düzeltme talebi Daire tarafından reddedilmiştir.

51. Usulüne uygun olarak yetkilendirilmeyen kişilerin başkalarını temsilen dava açmasının önlenmesini temin edecek usul mekanizmalarının oluşturulması oldukça önemlidir. Ehliyetsiz kişilerin açtıkları davaların incelenmeksizin reddedilmesinin gerek adına dava açılan kişinin haklarının korunması gerekse yargı mercilerinin gereksiz yere meşgul edilmesinin önlenmesi bakımından elverişli bir araç olduğu hususunda tartışma bulunmamaktadır.

Adil Yargılanma Hakkı

52. Bununla birlikte mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin gerekli olup olmadığı da incelenmelidir. Davanın ehliyet yönünden reddi hâlinde yeni bir dava açılmasının neredeyse imkânsız olduğu gözetildiğinde bu araca ancak son çare olarak başvurulması gerekmektedir. Gerçekten idari yargılama usulünde dava açma süreleri nispeten kısa olup hak düşürücü süre niteliğindedir. İdari yargıda açılan bir davanın ehliyet yönünden reddedilmesi hâlinde süresi içinde yeni bir dava açılması hemen hemen imkânsızdır. Bu husus gözetildiğinde idari davanın ehliyet yönünden reddinin mahkemeye erişim hakkına yönelik oldukça ağır bir müdahale niteliği taşıdığı kolaylıkla ifade edilebilir. Dolayısıyla bu nitelikteki ağır bir müdahaleye ancak daha hafif, alternatif bir aracın bulunmaması hâlinde müracaat edilebilmelidir.

53. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesi ehliyet yönünden 6100 sayılı Kanun'a atıfta bulunmuştur. 6100 sayılı Kanun'da temsil ve yetki belgesinin eksik olması hâlinde davanın doğrudan reddedilmesini önleyecek mekanizmalar getirilmiştir. Söz konusu Kanun'un 51. maddesi ile 77. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan hükümler yetki belgesinin eksik olması hâlinde bunun tamamlanmasını öngörmüştür. Danıştay İBK'da belirtildiği üzere 4688 sayılı Kanun'la getirilen imkân da temsille ilgili bir meseledir. Dolayısıyla dava açılırken verilmesi gereken temsil yetkisinin gerçekten verilip verilmediğinin ara kararıyla ortaya konulması mümkündür. Nitekim yukarıda yer verilen Danıştay kararlarında da eksikliğin ara kararıyla giderilmesi yolunda bir uygulamanın bulunduğu görülmektedir. Bu uygulamanın temel hakların kullanılmasının asıl, sınırlandırmanın ise istisnai olduğu yaklaşımına daha uygun olduğu tartışmasıdır.

54. Belirtilen mevzuat hükümleri ve Danıştay kararları gözetildiğinde eksikliğin tamamlanması şeklinde daha hafif bir müdahale aracının da mevcut olduğu anlaşılmaktadır. Ancak somut olayda Danıştay daha başta en ağır olan müdahale aracını seçmiştir. Danıştay eksik belgeyi tamamlatma yoluna başvurmadığı gibi daha hafif olan bu müdahale aracına başvurmamasının nedenine ve bu aracın *öngörülen meşru amaca* ulaşmayı sağlayamayacağına ilişkin bir açıklama da yapmamıştır. Üstelik Danıştay 6100 sayılı Kanun'un davanın doğrudan reddedilmesini önleyecek söz konusu hükümlerinin somut davada neden uygulanamayacağına da

tartışmamıştır. Nihayetinde Danıştayın bu yorumunun başvuruçunun mahkemeye erişimini imkânsız kıldığı açıktır.

55. Bu itibarla Danıştayın başvuruçunun tarafından kolaylıkla sunulabileceği konusunda tereddüt bulunmayan yetki belgesini tamamlatmaksızın katı bir yorumla davanın ehliyet yönünden reddine karar vermek suretiyle ulaşılmak istenen amaç için daha hafif bir müdahale aracı yerine en başta başvuruçunun mahkemeye erişimini imkânsız kılan ağır bir aracı tercih etmesinin gereklilik ilkesine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

56. Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Sendika Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

57. Başvuruçunun; uluslararası sözleşmeler ile Anayasa ve ilgili mevzuata hükümlerine değindikten sonra atama işlemi ile üstlenmiş olduğu Sendika işyeri temsilciliği görevini yapmasının engellendiğini, görev yeri değışikliği nedeniyle fiilen bu görevi yapmasının olanaksız hâle geldiğini ileri sürmüştür. Başvuruçunun; atama işlemi nedeniyle 4688 sayılı Kanun'da yer alan güvencelere aykırı davranıldığı, derece mahkemelerinin kararlarında sendika işyeri temsilciliği görevinin hiç dikkate alınmadığını, idarenin gerçeğe aykırı tutanaklarla atamayı hukuka uygun hâle getirmeye çalıştığını ifade etmiş ve bu suretle sendika hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

58. Somut başvuruya konu Danıştay Dairesinin onama kararının Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varıldığından başvuruçunun bu başlık altında ileri sürdüğu şikâyetler hakkında bu aşamada ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

59. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

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

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

60. Başvuruçuyu, mağduriyetinin giderilmesi ve ihlal tespiti talebinde bulunmuştur.

61. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

62. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

63. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması

için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağılı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

64. İncelenen başvuruda mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin Danıştay Dairesinin kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

65. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Danıştay Dairesine iletilmek üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

66. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 226,90 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.226,90 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

Adil Yargılanma Hakkı

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için Danıştay Beşinci Dairesine ileilmek üzere İzmir 1. İdare Mahkemesine (E.2009/928, K.2010/994) GÖNDERİLMESİNE,

D. 226,90 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.226,90 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 26/2/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

KEMAL ÇAKIR VE DİĞERLERİ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/13486)

Karar Tarihi: 5/3/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

- Başkan** : Zühtü ARSLAN
- Başkanvekili** : Hasan Tahsin GÖKCAN
- Başkanvekili** : Recep KÖMÜRCÜ
- Üyeler** : Serdar ÖZGÜLDÜR
Burhan ÜSTÜN
Engin YILDIRIM
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Kadir ÖZKAYA
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Yıldız SEFERİNOĞLU
Selahaddin MENTEŞ
- Raportör** : Selçuk KILIÇ
- Başvurucular** : 1. Kemal ÇAKIR
2. Ömür PALABIYIK
3. Yılmaz ERCANOĞLU
4. Gülsüm YÜCE
- Vekili** : Av. Hatice Hande ATAY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, rüzgâr enerji santrali projesi için verilen *çevresel etki değerlendirmesi gerekli değildir* kararının iptali istemiyle açılan davada menfaat koşulunun bulunmadığı gerekçesiyle davanın esasının incelenmeksizin reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 28/7/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.
7. İkinci Bölüm tarafından 27/11/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucular Aydın ili Söke ilçesi Savuca mahallesinde kain 793, 833 ve 1762 parsel sayılı taşınmazların malikleridir. 17/10/2014 tarihli ve 23148 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 22/9/2014 tarihli ve 2014/6820 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile, Savuca mahallesinde kurulacak atalbük Rüzgâr Enerji Santrali (RES) Üretim Tesisinin yapımı

Adil Yargılanma Hakkı

amacıyla söz konusu taşınmazların acele kamulaştırılmasına karar verilmiştir.

10. Anılan Bakanlar Kurulu kararının iptali istemiyle başvuru tarafından Danıştayda dava açılmıştır.

11. Danıştay Altıncı Dairesi 22/6/2016 tarihli kararı ile; uyuşmazlık konusu 22/9/2014 tarihli Bakanlar Kurulu kararı uyarınca davalı idareler tarafından acele el koyma prosedürünün işletilmediği ve asliye hukuk mahkemesinde bedel tespiti ve tescil davası açılmadığı, bu hâliyle dava konusu taşınmazların kamulaştırılmasında âciliyet hâlinin bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline hükmetmiştir. Bu karar Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 11/6/2018 tarihli kararı ile onanarak kesinleşmiştir.

12. Başvurular tarafından, acele kamulaştırma kararının öğrenilmesi üzerine yapılan müracaatlar sonrasında Aydın ili Söke ilçesi Yenidoğan ve Akçakonak mahalleleri mevkiinde kurulacak Söke-Çatalbük RES Projesi (proje-1) hakkında 21/3/2008 tarihli *çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) gerekli değildir* kararının, yine Aydın ili Söke ilçesi Savuca mahallesinde kurulacak Çatalbük RES Projesi (proje-2) hakkında ise 22/4/2009 tarihli *ÇED gerekli değildir* kararının verildiği öğrenilmiştir. Bunun üzerine 25/11/2014 tarihli ve 29186 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği'nin (Yönetmelik) 25. maddesi uyarınca her proje için ayrı bir ÇED sürecinin işletilmesi gerektiği, bölgede Ege Bölgesi'nin potansiyelinin kaldıramayacağı sayıda RES projesinin yapıldığı, proje alanına yakın taşınmazların tamamının pamuk tarlalarından ve zeytinliklerden oluştuğu, söz konusu proje nedeniyle doğal/ekolojik ortamın zarar göreceği belirtilerek *ÇED gerekli değildir* kararlarının iptali istemiyle ayrı ayrı dava açılmıştır.

13. 21/3/2008 tarihli karara yönelik olarak Aydın 2. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) açılan davada Mahkemenin 15/9/2015 tarihli kararı ile davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde, RES projesinin Söke ilçesi Yenidoğan ve Akçakonak mahallelerinde bulunan taşınmazları kapsadığı, başvuru tarafından taşınmazlarının ise Söke ilçesi Savuca mahallesinde bulunduğu belirtilmiştir. Kararda, başvuru tarafından

davaya konu projenin kapsamına giren taşınmazlarının veya diğer mal varlıklarının bulunmadığı vurgulandıktan sonra vatandaş veya birey olmanın tek başına söz konusu idari işleme karşı dava açma ehliyetine sahip olma bakımından yeterli olmayacağı ifade edilmiştir. Kararda sonuç olarak başvuruçuların kişisel ve güncel menfaatini etkileyen bir uyuşmazlığın olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

14. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay Ondördüncü Dairesinin (Daire) 6/4/2016 tarihli kararı ile davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin kısmının oyçokluğuyla onanmasına, vekâlet ücretine ilişkin kısmının ise oybirliği ile bozulmasına ve 1.000 TL vekâlet ücretinin başvuruçulardan alınarak davalı idareye verilmesine hükmedilmiş; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "İvedi yargılama usulü" kenar başlıklı 20/A maddesinin ikinci fıkrasının (i) bendi uyarınca karar düzeltme yolunun kapalı olduğu belirtilmiştir.

15. Daire kararında azınlıkta kalan iki üyenin karşıoy gerekçesinde ise dava konusu işlem kapsamında başvuruçuların maliki oldukları taşınmazlar kamulaştırılmamış ise de kurulması planlanan rüzgâr enerji santralinin yeri ile başvuruçuların taşınmazlarının bulunduğu bölgenin birbirine yakın ve sınır olduğuna, başvuruçuların taşınmazlarının da dava konusu projenin etki alanında kaldığına değinilmiştir. Ayrıca bakılmakta olan dava dosyası ile proje-2'ye ilişkin olarak verilen 22/4/2009 tarihli ÇED gerekli değildir kararına yönelik olarak Dairenin E.2016/524 sayılı dosyasının birlikte incelendiği ve başvuruçuların yaşam hakkının özüne müdahale edildiği, bölgede rüzgâr enerjisine dayalı çok sayıda projenin olduğu ve doğal yaşam alanının yok olduğu, yöre halkının temel geçim kaynağı olan pamuk üretimine zarar verildiği, toz ve gürültü kirliliğinin insan ve yaban hayatı üzerine olumsuz etkilerinin olduğu, proje alanının tamamının pamuk tarlalarından ve zeytinliklerden oluştuğu, projenin 1/100.000 ölçekli Aydın-Muğla-Denizli Çevre Düzeni Planı hükümlerine aykırı olduğu, aynı bölgede Şirkete ait bir adet RES projesi ile bir adet enerji iletim hattı projesinin daha bulunduğu, dava konusu proje ile belirtilen projelerin tek bir proje olduğu, entegre proje olduğu ve tek ÇED başvuru dosyası hazırlanması gerektiği yolunda iddialarının olduğu belirtilmiştir. Karşıoy gerekçesinde bu nedenlerle başvuruçuların dava

Adil Yargılanma Hakkı

konusu işlemle hem taşınmaz maliki sıfatıyla hem de belde halkı sıfatıyla menfaat ilgilerinin ve dolayısıyla dava açma ehliyetlerinin bulunduğu ifade edilmiştir.

16. Nihai karar 29/6/2016 tarihinde tebliğ edilmiş ve başvuru 28/7/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

17. 2577 sayılı Kanun'un "*İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı*" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. İdari dava türleri şunlardır:

a) *İdari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları..."*

18. 2577 sayılı Kanun'un "*Dilekçeler üzerine ilk inceleme*" kenar başlıklı 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Dilekçeler,

...

c) *Ehliyet,*

...

yönlerinden sırasıyla incelenir."

19. 2577 sayılı Kanun'un "*İlk inceleme üzerine verilecek kararlar*" kenar başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Danıştay veya idare ve vergi mahkemelerince yukarıdaki maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülürse, 14 üncü maddenin;

...

b) *3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine,*

...

Karar verilir."

20. 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı evre Kanunu'nun "Tanımlar" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanunda geçen terimlerden;

...

Çevresel etki değerlendirmesi: Gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları,

...

ifade eder."

21. Yönetmelik'in "Tanımlar ve kısaltmalar" "kenar başlıklı 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Bu Yönetmelikte geçen;

...

g) evresel etki değerlendirmesi gerekli değildir kararı: Seçme Eleme Kriterlerine Tabi Projeler hakkında yapılan değerlendirmeler dikkate alınarak, projenin evre üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerinin, alınacak önlemler sonucu ilgili mevzuat ve bilimsel esaslara göre kabul edilebilir düzeylerde olduğunun belirlenmesi üzerine projenin gerçekleşmesinde evre açısından sakınca görülmediğini belirten Bakanlık kararını,

ğ) evresel etki değerlendirmesi gereklidir kararı: Seçme Eleme Kriterlerine Tabi Projelerin evresel etkilerinin incelenerek, çevresel etkilerinin daha detaylı incelenmesi amacıyla evresel Etki Değerlendirmesi Raporu hazırlanmasının gerektiğini belirten Bakanlık kararını,

...

ifade eder."

22. Yönetmelik'in "Yetki" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Yönetmeliğe tabi projeler hakkında 'ÇED Olumlu', 'ÇED Olumsuz', 'ÇED Gereklidir' veya 'ÇED Gerekli Değildir' kararlarını verme yetkisi Bakanlığa aittir. Ancak Bakanlık gerekli gördüğü durumlarda 'ÇED Gereklidir' veya 'ÇED Gerekli Değildir' kararının verilmesi konusundaki yetkisini, sınırlarını belirleyerek yetki genişliği esasına göre Valiliklere devredebilir."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

23. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda karar verecek olan,... bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

24. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının açık bir biçimde mahkemeye veya yargı merciine erişim hakkından söz etmese de maddede kullanılan terimler bir bütün olarak bağlamlarıyla birlikte dikkate alındığında mahkemeye erişim hakkını da garanti altına aldığı sonucuna ulaşıldığını belirtmiştir (*Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975, §§ 28-36). AİHM'e göre mahkemeye erişim hakkı Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında mündemictir. Bu çıkarsama, Sözleşmeciler devletlere yeni yükümlülük yükleyen genişletici bir yorum olmayıp 6. maddenin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin lafzının Sözleşme'nin amaç ve hedefleri ile hukukun genel prensiplerinin gözetilerek birlikte okunmasına dayanmaktadır. Sonuç olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası, herkesin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili iddialarını mahkeme önüne getirme hakkına sahip olmasını kapsamaktadır (*Golder/Birleşik Krallık*, § 36).

25. AİHM; adil yargılanmanın bir unsurunu teşkil eden mahkemeye erişim hakkının mutlak olmadığını, doğası gereği devletin düzenleme yapmasını gerektiren bu hakkın belli ölçüde sınırlanabileceğini kabul etmektedir. Ancak AİHM, bu sınırlamaların kişinin mahkemeye erişimini hakkın özünü zedeleyecek şekilde ve genişlikte kısıtlamaması ve zayıflatmaması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM'e göre meşru bir amaç taşımayan ya da uygulanan araç ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurmayan sınırlamalar Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasıyla uyumlu olmaz (Sefer Yılmaz ve Meryem Yılmaz/Türkiye, B. No: 611/12, 17/11/2015, § 59; Eşim/Türkiye, B. No: 59601/09, 17/9/2013, § 19; Edificaciones March Gallego S.A./İspanya, B. No: 28028/95, 19/2/1998, § 34).

26. AİHM'e göre Sözleşme'nin 6. maddesinin medeni hukuk alanına giren konularda uygulanabilirliği, ilk olarak bir uyuşmazlığın varlığına bağlıdır. İkinci olarak uyuşmazlık en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek hak ve yükümlülükler ile ilgili olmalıdır. Son olarak ise bu hak ve yükümlülükler -her ne kadar bizzat Sözleşme'nin 6. maddesi bu hak ve yükümlülükler Sözleşmeciler devletlerin hukuk sistemi içinde belirli bir anlam atfetmese de- Sözleşme anlamında *medeni* nitelikte olmalıdır (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 81).

27. AİHM, uyuşmazlık tespit edilirken görünüşün ve kullanılan dilin ötesine geçilerek her davanın koşullarına göre durumun gerçeklerine yoğunlaşılması gerektiğini belirtmiştir (*Gorou/Yunanistan (No. 2)* [BD], B. No: 12686/03, 20/3/2009, § 29).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 5/3/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünöldü:

A. Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucuların İddiaları

29. Başvurucular söz konusu alanda çiftçilik yaptıklarını ve başka geçim kaynaklarının bulunmadığını belirterek çevre ile ilgili davalarda

Adil Yargılanma Hakkı

subjektif ehliyetin oldukça geniş yorumlanması gerektiğini ifade etmişlerdir. Başvurucular, alandaki projelerin tek bir entegre proje olmasına karşın Yönetmelik'e aykırı olacak şekilde üç farklı proje olarak ele alındığından yakınmış; entegre proje kapsamında taşınmazlarının acele kamulaştırıldığını ve doğrudan menfaatlerinin ihlal edildiğini vurgulamışlardır. Kamulaştırmada âciliyet hâli bulunmadığı gerekçesiyle acele kamulaştırma işleminin iptal edildiğini hatırlatan başvurucular, proje alanının tamamının özel mülkiyete konu pamuk tarlalarından ve zeytinliklerden oluştuğunu, söz konusu proje nedeniyle doğal/ekolojik ortamın zarar göreceğini savunmuşlardır. Başvurucular son olarak proje alanının önemli pamuk üretim alanlarından biri olan Savuca köyüne 3 km'den daha yakın olduğunu, projenin pamuk üretimine ciddi zararlar vereceğini belirtmiş ve davanın ehliyet yönünden reddi nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

2. Değerlendirme

30. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

a. Uygulanabilirlik Yönünden

31. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği ileri sürülen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

32. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme, bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesinde "*değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı[nın] metne dahil*" edildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesine söz konusu ibarenin eklenmesinin amacının Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır (*Yaşar Çoban* [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 54). Bu itibarla Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği belirlenirken Sözleşme'nin "*Adil yargılanma hakkı*" kenar başlıklı 6. maddesinin ve buna ilişkin AİHM içtihadının da gözönünde bulundurulması gerekir (*Onurhan Solmaz*, § 22).

33. Sözleşme, bir kişinin sahip olduğunu ileri sürebileceği tüm hak ve yükümlülükler bakımından adil yargılanma hakkını güvenceye almamaktadır. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin *medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların* ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için ya başvurucunun medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğın tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadının esası hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz (*Onurhan Solmaz*, § 23).

34. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı suç isnadına bağlı yargılamaların yanında bir kimsenin *medeni hak ve yükümlülüklerinin* karara bağlanmasıyla ilgili yargılamalarda da uygulanır. Anayasa'nın 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *medeni meselelerde uygulanabilmesi* için ortada hukuk düzeni tarafından kişiye tanınmış veya en azından savunulabilir temeli bulunan bir *hakkın*

Adil Yargılanma Hakkı

bulunması gerekir. Bu hakkın Anayasa'da doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanan ve güvence altına alınan bir hakka ilişkin olması zorunlu değildir. Bu bakımdan kanunla kişilere tanınan hak ve ayrıcalıklar da -mahkemelerde ileri sürülebilmesi koşuluyla- Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında hak kavramına dâhildir. İkinci olarak bu hakla ilgili olarak ilgili kişinin menfaatini etkileyen bir uyuşmazlık mevcut olmalıdır. Öte yandan bu uyuşmazlık ihtilaf konusu hakkın tespiti ve bu haktan yararlanılması bakımından belirleyici bir nitelik arz etmelidir (*Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem*, B. No: 2015/7942, 28/5/2019, § 28).

35. Davaya konu edilmesine imkân bulunmayacak derecede önemsiz birtakım hak ve menfaatlerin ise Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında hak olarak nitelendirilmesi mümkün değildir (*Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem*, § 30).

36. Somut başvuruya konu davanın konusu 21/3/2008 tarihli *ÇED gerekli değildir* kararıdır. 2872 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına göre *ÇED*, gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesi ve varsa olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlere yönelik çalışmaları ifade etmektedir. Bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Yönetmelik'te, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının bazı projeler için *ÇED gerekli değildir* kararı vermesine imkân tanınmaktadır. Buna göre projenin çevre üzerindeki muhtemel olumsuz etkilerinin, alınacak önlemler sonucu ilgili mevzuata ve bilimsel esaslara göre kabul edilebilir düzeylerde olduğunun belirlenmesi hâlinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından projenin gerçekleşmesinde çevre açısından sakınca görülmediği anlamına gelen *ÇED gerekli değildir* kararı verilebilecektir. *ÇED gerekli değildir* kararı verilen projeler için, çevresel etkilerin daha detaylı olarak incelenmesini ifade eden *ÇED* raporu hazırlanması gerekliliği ortadan kalkmaktadır (bkz. §§ 20-22).

37. Başvurucuların amacı, bu davayla projenin kendi taşınmazları üzerindeki etkilerinin görülebilmesi amacıyla *ÇED* yaptırılmasını sağlamaktır. Projenin başvuru sahiplerinin taşınmazlarına tesirinin bulunduğu tespiti hâlinde başvuru sahiplerinin başta mülkiyet hakkı olmak üzere birtakım medeni haklarını etkilediği söylenebilecektir. Bu

iddianın savunulabilirliği yönünden ise başvuruculardan argümanlarını desteklemek için projenin kendi taşınmazları üzerindeki etkilerini somutlaştırmalarını beklemek somut başvuru özeline makul bir beklenti olmayacaktır. Zira başvurucular tam da bu etkilerin tespit edilebilmesi maksadıyla somut davayı açmışlardır. Bu durumda proje sahasına yakın konumdaki taşınmazların maliki olan başvurucuların proje hakkındaki ÇED gerekli değildir kararına karşı dava açma konusunda medeni hak kapsamında kalan bir menfaatlerinin bulunup bulunmadığı ve Anayasa'nın 6. maddesinin uygulanabilirliği konusunda daha ileri bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Müdahalenin Varlığı ve Hakkın Kapsamı

39. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Sözleşme'yi yorumlayan AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (*zbakım zel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. şti.*, B. No: 2014/13156, 20/4/2017, ř 34).

40. Mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı ve uyuşmazlık kapsamında bir talebi mahkeme önüne taşıyabilmek ve bunların etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir (AYM, E.2013/40, K.2013/139, 28/11/2013).

Adil Yargılanma Hakkı

41. Bireyin kamu makamları tarafından kamu gücü kullanılarak hakkında gerçekleştirilen ve sonuçları itibarıyla hukuksal durumunu, dolayısıyla menfaatini etkileyen bir idari işlemle ilgili uyuşmazlığın mahkeme önünde incelenmesi imkânından yoksun bırakılması mahkemeye erişim hakkına müdahale teşkil edebilir (*Levent Tütüncü*, B. No: 2015/3690, 18/7/2018, § 40).

42. Bireysel başvuruya konu olayda başvuruculara ait taşınmazların bulunduğu bölgeye çok yakın alanda yapılması planlanan RES üretim tesisi hakkında verilen *ÇED gerekli değildir* kararının uyuşmazlık konusu edildiği bir idari dava söz konusudur. Söz konusu idari işlemin iptali istemiyle açılan davada başvurucuların RES projesi kapsamına giren alanda taşınmaz sahibi olmadıkları, sadece vatandaş veya birey olmanın dava açma ehliyeti sağlamayacağı ve işlem nedeniyle menfaat ihlali bulunmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığın esasının incelenmemesi nedeniyle başvurucuların mahkemeye erişim haklarına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

ii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

43. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

44. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalinin teşkil edecektir. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

(1) Kanunilik

45. Somut başvuruda, davanın esasının incelenmemesi yönündeki mahkeme kararının idari işlemlere karşı iptal davası açılabilmesi için öngörülen *menfaat* koşulunun bulunmadığı gerekçesine dayandığı görülmektedir. Belirtilen koşulun idari yargıya ilişkin usul hukuku

kuralları kapsamında *dava açma ehliyetinin* unsurlarından biri olduğu ve bu müesseseyle ilgili düzenlemelere de 2577 sayılı Kanun'un 14. ve 15. maddelerinde yer verildiği görölmektedir. Dolayısıyla başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

(2) Meşru Amaç

46. İdari makamlar tarafından gerçekleştirilen ancak bireyin menfaatini etkilemeyen, bir başka ifadeyle birey üzerinde herhangi bir hukuksal sonuç doğurmayan işlemlerin uyuşmazlık konusu yapılarak hem yargının hem de idarenin sürekli ve gereksiz bir biçimde meşgul edilip işleyemez hâle gelmesini engellemek, bu suretle gerek yargı hizmetinin gerekse idarenin asli görevi olan kamu hizmetlerinin hızlı, düzenli ve etkin biçimde yürütülmesini sağlamak düşüncesiyle davacı ile arasında menfaat bağı kurulamayan işlemlerden doğan uyuşmazlıkların esasının incelenmemesi idari yargıya ilişkin bir usul kuralı olarak düzenlenmiştir (*Levent Tütüncü*, § 47).

47. Yargılama usullerinin düzenlenmesinde usul ekonomisinin gözetilmesi, bu suretle iyi adalet yönetiminin de sağlanarak kamu yararının gerçekleştirilmesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir. Dolayısıyla usul ekonomisi ile iyi adalet yönetimi ilkesi gözetilerek idari işlemlerin dava konusu edilebilirliğinin belli koşullara bağlanması mümkündür (*Levent Tütüncü*, § 48).

48. Somut olayda usul kurallarını yorumlayan derece mahkemesinin başvuruçuların dava konusu işlemin iptalini istemekte menfaatlerinin bulunmadığı gerekçesiyle idari işleme karşı açılan iptal davasının esasını incelememesinin yukarıda değinilen kamu yararının gerçekleştirilmesine yönelik meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşmıştır.

(3) Ölçülülük

(a) Genel İlkeler

49. Anayasa Mahkemesi; bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka anlatımla mahkeme

Adil Yargılanma Hakkı

kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini ifade etmiştir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

50. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2016/16, K.2016/37, 5/5/2016; Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

51. Ehliyet kavramı, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti kurumlarını kapsamaktadır. Öğretide ve uygulamada birleştiği üzere dava ehliyeti, gerçek ve tüzel kişilerin medeni hakları kullanma yeterliğinin usul hukukunda somutlaşması, biçime dönüşmesidir. Taraf ehliyeti ise davada bir yan olma yeterliğini anlatır ve medeni haklardan yararlanma yeterliğinin usul hukukunda biçimlenişidir (AYM, E.1987/30, K.1988/5, 15/3/1988).

52. Dava konusu edilen bir idari işlemin bireyin menfaatini ihlal edip etmediğini belirleme ve mevzuatı bu yönüyle yorumlama görevi esasen derece mahkemelerine aittir. Derece mahkemeleri, önlerindeki uyuşmazlığın niteliğini ve ilgili mevzuat hükümlerini gözönünde bulundurarak dava konusu işlemin davacının hukuki durumu üzerinde yaratabileceği etki ve sonuçlardan hareketle menfaatini ihlal edip etmediğini değerlendirir. Bireysel başvurunun ikincillik ilkesi gereği, dava konusu edilen işlemin başvuruçunun menfaatini ihlal edip etmediğinin belirlenmesi noktasında Anayasa Mahkemesinin bir görevi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu hususta üstleneceği rol, idari işlemin bireyin menfaatini etkilemediğiyle ilgili derece mahkemelerinin yorumlarının mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olayın koşulları ışığında incelemektir (Levent Tütüncü, § 53).

53. Ölçülülüğün üçüncü alt ilkesi olan orantılılık, hakkın sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hak

ve özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanmasını gerektirmektedir. Öngörülen tedbirin bireyi olağan dışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin orantılı ve dolayısıyla ölçülü olduğundan söz edilemez. Bu itibarla uygulanan tedbirle başvuruculara aşırı ve orantısız bir yük yüklenmemesi gerekmektedir (*Levent Tütüncü*, § 52).

54. Derece mahkemeleri, dava konusu edilen işlemin bireyin menfaatini ihlal edip etmediğini irdelerken ve buna dair usul kurallarını uygularken söz konusu düzenlemenin getirilmesiyle ulaşılmak istenen kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasında adil bir denge gözetmelidir. Bu bağlamda menfaat ihlali koşulundan hareketle uyuşmazlığın esasının incelenebilirliğinin değerlendirilmesinde kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasındaki denge kurulurken dava konusu edilen işlemin mahiyeti, başvurucunun hukuki durumuna ve gelecek yaşantısına ne şekilde etkilerinin olduğu, işlemin hukuka uygunluk denetiminin gerçekleştirilmemiş olması dolayısıyla bertaraf edilemeyen bu etkilerin başvurucuya bir külfet yükleyip yüklemediği gibi hususlar gözönünde bulundurulabilir (*Levent Tütüncü*, § 54).

55. Bu kapsamda bireyin hukuki durumu üzerinde birtakım etki ve sonuçlar doğurduğu, dolayısıyla hak ve menfaatlerini etkilediği çok açık olan bir idari işlemi yargı mercileri önünde uyuşmazlık konusu etme olanağından yoksun bırakılması bu konuda mahkemeye erişimini imkânsız hâle getirebileceğinden ölçülülük ilkesini zedeleyebilir (*Levent Tütüncü*, § 55).

(b) İlkelerin Olaya Uygulanması

56. Somut olayda başvurucuların maliki olduğu taşınmazların bulunduğu alanda ve yakın çevresinde çeşitli RES projelerinin yürütüldüğü anlaşılmaktadır.

57. Bireysel başvuruya dayanak davada uyuşmazlık konusu edilen işlem ise başvurucuların maliki olduğu Aydın ili Söke ilçesi Savuca mahallesinde kain 793, 833 ve 1762 parsel sayılı taşınmazların bulunduğu bölgeye yakın Yenidoğan ve Akçakonak mahallelerinde yapılacak olan Söke-atalbük RES Üretim Tesisi hakkındaki 21/3/2008 tarihli ÇED gerekli değildir kararıdır. Mahkeme; başvurucuların proje-1 kapsamına

Adil Yargılanma Hakkı

giren alanda taşınmaz sahibi olmadıkları, sadece vatandaş veya birey olmanın dava açma ehliyeti sağlamayacağı ve işlem nedeniyle menfaat ihlali bulunmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığın esasını incelememiştir (bkz. § 13). Kararın temyiz incelemesini yapan Daire tarafından da kararın davanın ehliyet yönünden reddine ilişkin kısmının onanmasına karar verilmiştir (bkz. § 14).

58. Bireyin menfaatini etkilemeyen uyuşmazlıkların esası hakkında karar verilmemesi suretiyle mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin usul ekonomisi ile iyi adalet yönetimi ilkesinin sağlanarak kamu yararı amacının gerçekleştirilmesi bakımından elverişli ve gerekli olmadığı söylenemez. Somut olaydaki müdahalenin ölçülülüğünün değerlendirilmesi bakımından asıl önem taşıyan ölçüt ise orantılılıktır. Bu itibarla uygulanan tedbirle başvurucuya aşırı ve orantısız bir külfet yüklenip yüklenmediğinin tespiti gerekmektedir.

59. Derece mahkemelerinin yukarıdaki kararları, davacıların mülklerinin proje sahasına yakın olması veya kullanım amacı gibi öznel koşulları dikkate almaksızın bir proje sahasında mülkü olmayanların -projeye yakın sahada mülkü olsa bile- projeye karşı hiçbir durumda dava açamayacakları yönünde kategorik bir yaklaşım içermektedir. Ancak başvurucuların öznel durumları hakkında bir değerlendirme içermeyen bu kategorik yaklaşım, başvurucular gibi proje kapsamında olmamakla birlikte projeden etkilenme potansiyeli bulunan kişilerin dava açmalarını imkânsız hâle getirdiğinden başvurucuların mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin orantısız olması sonucunu doğurmaktadır.

60. Bu hâle göre derece mahkemesinin, somut davada başvurucuların dava konusu edilen işlemin iptal edilmesinde menfaatlerinin bulunup bulunmadığını değerlendirmesiyle ve buna dair usul kurallarını uygulamasıyla ilgili bu yorumunun başvurucuların mahkemeye erişim hakkına yönelik katı bir yorum olduğu ve bu yorumun başvurucuların mahkemeye erişim hakkını neredeyse imkânsız hâle getirdiği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla bu yorumdan hareketle davanın ehliyet yönünden reddedilmesi suretiyle başvurucuların mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.

61. Açıklanan gerekerlele başvuruların Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

B. Diğer İhlal İddiaları

62. Başvurular; bireysel başvuru dilekçesinde ayrıca Yönetmelik'in 25. maddesi uyarınca her proje için ayrı bir ÇED sürecinin işletilmesi gerektiğini, ÇED kararında yer alan koordinatların hatalı olduğunu, ihtilaf konusu taşınmazlarının da aralarında bulunduğu kamulaştırılan taşınmazların büyük kısmının tarım arazisi olduğunu ve çiftçilerin başkaca geçim kaynağının bulunmadığını, raporun köylerinde ilan edilmediğini ve proje hakkında bilgilendirilmediklerini, rapora yönelik karar alma sürecinden dışlandıklarını belirterek maddi ve manevi varlığın korunması, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama, özel hayatın gizliliği ve ifade özgürlüğü hakları ile haberleşme hürriyetlerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

63. Somut başvuruya konu mahkeme kararının Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiği sonucuna varıldığından başvuruların bu iddiaları hakkında ayrıca değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

64. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluğu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şoyledir:

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

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel

Adil Yargılanma Hakkı

mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.”

65. Başvurucular, yeniden yargılama yapılmasına hükmedilerek ihlalin giderilmesi ve uğradığı zararın tazminine karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır.

66. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

67. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

68. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İttüyük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan

farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini bekleme-sizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aliğül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67).

69. İncelenen başvuruda başvuru-cuların açtığı davanın menfaat koşulunun bulunmadığı gerekçesiyle esasının incelenmemesi nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

70. Anayasa Mahkemesinin yukarıda aktarılan değerlendirmesi ve vardığı sonuç yalnızca mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin olup davanın esasına ilişkin bir tespit içermemektedir.

71. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Aydın 2. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

72. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiğı sonucuna ulaşılmıştır.

73. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvuru-culara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

Adil Yargılanma Hakkı

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Serdar ÖZGÜLDÜR ve Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Aydın 2. İdare Mahkemesine (E.2015/523, K.2015/501) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucuların tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvuruculara MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin bilgi için Danıştay Ondördüncü Dairesine GÖNDERİLMESİNE,

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 5/3/2020 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

İdari yargı yerinde iptalini talep ettikleri Söke-Çatalbük Rüzgâr Enerji Santrali'na (RES) ilişkin (Proje-1) Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) Gereklİ Değildir (Rapor-1) kararına konu proje sahasında başvuruçuların taşınmazlarının bulunmadığı, proje sahasına yakın (dosya kapsamına göre 8-9 km. mesafede) alanda mülk (pamuk tarlası ve zeytinlik) sahibi oldukları, "bölgede Ege Bölgesi'nin potansiyelinin kaldıramayacağı sayıda RES Projesinin yapıldığı, sözkonusu proje nedeniyle proje alanına yakın taşınmazların bu santral nedeniyle doğal/ekolojik ortamının zarar göreceğı" şeklindeki soyut iddialarla (Rapor-1)in iptali istemlerinin, idari yargı yerince "... vatandaş olmanın veya birey olmanın idari işlemlere karşı kişisel, güncel ve meşru bir menfaat ihlâli olmadan tek başına dava açma ehliyetine sahip olma anlamına gelemeyeceğı, bu nedenle davacıların kişisel, güncel ve meşru bir menfaatine etki etmeyen uyuşmazlık konusu işleme karşı dava açma ehliyetlerinin bulunmadığı..." gerekçesiyle ehliyet yönünden reddedildiğı, bu kararın Danıştay'ca onandığı AİHM'nin deyimiyile "actio popularis" davası mahiyetini taşıyan davanın reddine dair derece mahkemeleri kararlarının ilgili ve yeterli gerekçe taşıdıkları, sırf bir bölge sakini olmak, çevreye duyarlı vatandaş bulunmak vb. soyut nedenlerle, çevreye zarar verdiği öne sürülen yatırımların yapıldığı alanın dışında kalan kişilerce dava açılmasının 2577 sayılı Kanununun 2/1-a maddesi kapsamı dışında kalacağı, Anayasa'nın 56 ncı maddesi "çevreyi geliştirmek, çevre sağığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir" hükmünü öngörmesine karşın, bu hakkın maksadınca uygun biçimde yorumlanması gerektiğı, (Proje-1) sahasında taşınmazları bulunmayan başvuruçular yönünden yargı yerlerince varılan sonucun adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlâline yol açmadığı kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Rıdvan GÜLEÇ



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

MUHSİN HÜKÜMDAR BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2016/69274)

Karar Tarihi: 5/3/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili	: Recep KÖMÜRCÜ
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Kadir ÖZKAYA Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Özgür DUMAN
Başvurucu	: Muhsin HÜKÜMDAR
Vekili	: Av. Şenol OPUZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, gece vakti alkollü içki satışı kabahatinin tespiti aşamasında kolluk görevlilerinin başvuruçuyu kabahat işlemeye teşvik etmesi

nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının; idari para cezasına yapılan itiraz sürecinde tanıkların dinlenilmemesi, verilen cezanın orantılı olmaması ve sadece alkollü içkiler yönünden uygulanması nedeniyle de adil yargılanma hakkının diğer güvencelerinin ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 6/12/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.
7. İkinci Bölüm tarafından 16/1/2019 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Başvuruya Konu Olay ve Olgular

9. Başvurucu, İstanbul'un Avcılar ilçesine bağlı Mustafakemalpaşa Mahallesi İstiklal Caddesi üzerinde alkollü içki satışı da yapan bir kuruyemiş dükkânı işletmektedir.

10. Kolluk görevlileri 18/11/2014 tarihinde, saat 22.00'den sonra işyerinde alkollü içki satışı yapıldığına ilişkin tutanak düzenlemişlerdir.

Adil Yargılanma Hakkı

Tutanakta, bir polis memurunca aynı gün saat 00.20 civarı müşteri görünümüyle sivil giyimli olarak işyerine girildiği, başvurucudan üç şişe bira istenildiği ve görevlinin önceden seri numarası alınmış 20 TL parayı uzattığı, başvurucunun birayı görevliye verdiği ve para üstünü vermeye çalıştığı sırada bu görevlinin polis kimliğini göstererek parayı geri aldığı belirtilmiştir.

11. Bu tutanak Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumuna (Kurul) gönderilmiş, Kurul 11/2/2015 tarihinde başvurucuya gece vakti alkollü içki satışı yaptığı gerekçesiyle 30.454 TL idari para cezası verilmesine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde; kolluk görevlilerince düzenlenen tutanak esas alınarak 8/6/1942 tarihli ve 4250 sayılı İspirto ve İspirto lu İçkiler İnhisarı Kanunu'nun 6. maddesinin beşinci fıkrası, 7. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ve üçüncü fıkrası ile 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinin beşinci fıkrasının (k) bendi dayanak olarak gösterilmiştir.

12. Başvurucu bu karara karşı Küçükçekmece 2. Sulh Ceza Hâkimliği (Hâkimlik) nezdinde itirazda bulunmuştur. İtiraz dilekçesinde; başvurucunun olay gecesi dükkanını ihtiyaç molası için M.B. adlı bir şahsa emanet ettiği, buna ilişkin görgü tanıklarının olduğu belirtilmiştir. Başvurucuya göre polis memurunun tuzağa düşürmesi sonucu gerçekleşen olayda arkadaşı olan M.B. herhangi bir sıkıntı yaşamaması için tutanağı okumadan imzalamıştır. Başvurucu belirtilen saatten sonra alkollü içki satışı yapmadıkları ve aleyhe de hiçbir ihbar olmadığı hâlde polis memurunun haksız ve hukuka aykırı bu şekildeki tutum ve davranışlarının telafisi güç zararlara yol açtığından yakınmıştır.

13. Hâkimlik 27/10/2016 tarihinde itirazın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, başvurucunun kabul edilebilir geçerli bir itiraz nedeni sunmadığı ve düzenlenen resmî nitelikli tutanağın aksine bir delilin olmadığı belirtilerek idari yaptırım kararının usule ve kanuna uygun olduğu sonucuna varılmıştır.

14. Başvurucu bu karara karşı da itirazda bulunmuştur. İtiraz dilekçesinde, gizli soruşturmacı usulüyle delil toplanmasının hukuka aykırı olduğu, başvurucunun vergi kayıtlarının incelenmediği,

düzenlenen tutanağın polis memurlarının sicil numaraları olmadığı için delil kabiliyetinin bulunmadığı belirtilmiştir. Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğince itiraza konu kararda usule ve kanuna aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle 21/11/2016 tarihinde başvuruçunun itirazı reddedilmiştir.

15. Nihai karar 29/11/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

16. Başvuruçucu 6/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

B. Başvuruçunun Emsal Olarak Bildirdiği Kararlar

17. Başvuruçunun avukatının başka bir müvekkili adına benzer bir olayda yaptığı itiraz üzerine Küçükçekmece 2. Sulh Ceza Hâkimliğince verilen 4/3/2016 tarihli ve 2016/1986 Değişik İş sayılı kararın ilgili kısmı şöyledir:

"...Devletimizin görevi kişileri suça ya da kabahate teşvik etmek değil suç ve kabahatin önlenmesini sağlamaktır. Somut olayda polis memurları sivil kıyafetle müşteri olarak girip muterize ait büfeden yasak saatte içki satın almış, sonrasında tutanak tutmuş, CMK'nun 139. Maddesinde hüküm altına alınan ve uygulanması için ağır şartlar aranan gizli soruşturması gibi davranmışlardır. Kabahatler Kanununun 22/4, 28/5 maddeleri de kıyasen değerlendirildiğinde Kabahatler Kanununda açıkça yazmayan hükümlere CMK uygulanması olağandır. Bu itibarla mahkememizce yasak delil niteliğinde olduğu kanaatine varılan delillere dayanarak idari yaptırım kararı tesis edilemeyeceğinden itirazın kabulüne karar [verildi]."

18. Bu karara yapılan itiraz Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 1/4/2016 tarihli ve 2016/2833 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

19. Bakırköy 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin 19/9/2016 tarihli ve 2016/3003 D.İş sayılı kararının ilgili kısmı da şöyledir:

"...İstikrar kazanan yargısal kararlar ve AİHM kararlarında belirtildiği üzere CMK'de istisnai olarak düzenlenen ve kabahatler bakımından hiç bir uygulama olanağı bulunmayan gizli soruşturmacı müessesinde dahi gizli soruşturmacının kışkırtıcı ajan (faile suç işlettirme, suça ortak olma gibi) faaliyetlerine izin verilmemişken kabahat eylemlerinde kolluğun kimliğini gizlemek suretiyle kişiye

Adil Yargılanma Hakkı

kabahat işlettirip sonra da ceza kestirme yetkisinin hiçbir koşulda bulunmadığı, bu faaliyetin hukuka aykırı delil niteliğini taşıdığı, bu durumda idari yaptırıma dayanak teşkil eden bu delilin hukuka aykırı olduğu ve karara esas alınamayacağı, bu delil dışında da idari yaptırıma dayanak teşkil edecek başkaca bir delil bulunmadığı, bu sebeple kesilen idari para cezasının haksız olduğu sonucuna [varılmıştır].”

20. Bu karara karşı yapılan itiraz Bakırköy 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin 11/10/2016 tarihli ve 2016/1649 Değişik İş sayılı kararı ile reddedilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Mevzuat Hükümleri

21. 4250 sayılı Kanun'un 24/5/2013 tarihli ve 6487 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile yeniden düzenlenen 6. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi şöyledir:

“Alkollü içkiler, 22:00 ila 06:00 saatleri arasında perakende olarak satılamaz.”

22. 4250 sayılı Kanun'un 6487 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile yeniden düzenlenen 7. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Bu Kanununun 6 ncı maddesinin;

...

e) Beşinci fıkrasındaki yasaklara aykırı hareket edenlere, 3/1/2002 tarihli ve 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanununun 8 inci maddesinin beşinci fıkrasının (k) bendinde öngörülen, idari para cezası verilir.”

23. 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“...

Tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler piyasasında Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığından gerekli izinleri alarak veya almadan mal veya hizmet üreten, işleyen, ihraç veya ithal eden, pazarlayan, alan veya satan gerçek ve tüzel kişilere aşağıda yazılı idarî yaptırımlar uygulanır:

...

k) Tütün mamulleri veya alkollü içkilerin tüketicilere satışını; internet, televizyon, faks ve telefon gibi elektronik ticaret araçları ya da posta ile sipariş yöntemi kullanarak yapmak üzere satış sistemi kuran veya faaliyette bulunanlara yirmibin Yeni Türk Lirasından yüzbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. (Ek ikinci cümle: 13/2/2011-6111/175 md.) Satışın internet ortamında yapılması halinde, 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda öngörülen usullere göre erişimin engellenmesine karar verilir ve bu karar hakkında da anılan Kanun hükümleri uygulanır. ”

24. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 139. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) (Değişik: 21/2/2014-6526/13 md.) Soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi hâlinde, kamu görevlileri gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir. Bu madde uyarınca yapılacak görevlendirmeye hâkim tarafından karar verilir.

...

(4) Soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür.

(5) Soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz.

(6) Soruşturmacı görevlendirilmesi suretiyle elde edilen kişisel bilgiler, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz. (Ek: 21/2/2014-6526/13 md.) Suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhâl yok edilir.

(7) Bu madde hükümleri ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenip işlenmediğine bakılmaksızın uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

Adil Yargılanma Hakkı

2. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

3. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315).

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.”

2. Yargıtay İçtihadı

25. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 21/5/2013 tarihli ve E.2013/5397, K.2013/15729 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“...Türk Ceza Kanununun 1. maddesine göre Ceza Kanununun amacı ‘Kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir.’ Ancak suç işlenmesinin önleneyeğinden bahisle, başkalarına suç işletilmesi bu amaçla bağdaşmamaktadır. Kızgınlık, kırgınlık, öfke veya elem nedeniyle yahut ikramiyeye almak veya tutuklanan şüphelinin mallarına el koymak veya satın almak, eşi ile evlenmek, ünlü olmak, adını basında duyurmak, küçük hatalarının görülmemesi amacıyla kolluk kuvvetlerine yardım etmek gibi herhangi bir amaçla, bir kimseye yönelik kışkırtıcı faaliyetlerde bulunulup ona suç işlettirilmesi, suç işlemeye yönlendirilmesi halinde yüklenen suçun oluşup oluşmayacağı ve suça kışkırtılan failin sorumluluğu olaysal olarak belirlenmelidir.

Mevcut olan bir soruşturmada, suçun ortaya çıkarılmasını sağlamak için görevlilerin faaliyette bulunmaları mümkündür. Ancak Devletin görevi suç işlenmesini önlemek olup, organları vasıtasıyla kişilere suç işletmesi veya suç işleme eğilimini kuvvetlendirmesi, teşvik etmesi düşünülemez. Hukuk Devleti bireylerin hak ve özgürlüklerini korur. Devlet organlarının birtakım nedenlerle kişilere suç işletmesi ve sonra da failleri cezalandırması, cezalandırma hakkının kötüye kullanılmasıdır. Kamu görevlileri, görevlerini yerine getirirken Uluslar arası Sözleşmeler, Anayasa ve yasalarla bağlı olup kabul edilen ilkelere aykırı davranamazlar. Bir kimseyi suça kışkırtma hukuka aykırıdır. Devlet organları, bireyleri kışkırtarak suç işlemlerini sağlayıp sonra yakalayıp cezalandırılmalarını isteyemezler. Böyle bir uygulama yani bireyin hileli davranışlarla aldatılarak suç

işlemesinin sağlanması devlete olan güveni zayıflatacağı gibi temel hakları da ihlal edecektir.

Suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kişinin heyecanlandırılarak, tahrik edilerek, duygularından yararlanılarak kışkırtılıp suçüstü yakalatmak veya cezalandırılmasını sağlamak amacıyla bir suç işlemeye yöneltilmesi, suç işlemesine yardım edilmesi, suç işlemesi için olanak tanınması halinde ona verilecek ceza adil olmayacaktır. Zira fail tarafından, hiçbir etki olmadan özgür iradesiyle işlenmesine başlanmış bir fiil olmayıp kışkırtma olmadığı takdirde belki de bu suçun işlenmesi söz konusu olmayacaktır.

...

Failin, atılı suçu işlediğine dair yoğunlaşmış kuşku bulunması, bir soruşturmaya başlanmış olması halinde, bu kuşkuların giderilmesi için adli makamların bilgisi dahilinde gizli soruşturmacı, muhbir, gizli görevli kullanılması mümkündür. Görevlinin müdahalesi adil yargılama hakkını ihlal edici nitelikte olduğu takdirde, sanığın suçu işlediğini gösteren diğer delillerin mahkumiyete yeterli olup olmadığı, suçun nasıl işlendiği, suç eşyasının nerede ve nasıl bulunduğu, değerlendirilip sonucuna göre karar verilmelidir.”

26. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 10/1/2019 tarihli ve E.2016/17207, K.2019/1034 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

“...

YCGK kararı, AİHM kararları ve CMK'daki düzenlemeler uyarınca, gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisinin elde ettiği delillerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için aşağıda belirtilen koşulların varlığı aranmalıdır:

a- Gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiç bir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli, önceden failde bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak, fail suç işlemeye azmettirilmemeli.

...

c- Kolluk görevlisinin tutanağı delil olarak kabul edildiğinde, diğer delillerle birlikte tutanağa da dayanılıyorsa mutlaka tutanak düzenleyiciler dinlenilmeli, sanığa, tutanak ve düzenleyicilerin anlatımlarına karşı savunma yapma imkanı verilmelidir.

...”

B. Uluslararası Hukuk

27. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı paragrafının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."

28. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM); bir eylemin, Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrası uyarınca *suç isnadı* başlığı kapsamında kalıp kalmadığını belirlemek amacıyla bazı kriterler belirlemiştir. Bu kapsamda öncelikle eylemin iç hukuktaki nitelenmesi dikkate alınmaktadır. Bununla birlikte eylemin ve bu eylem için öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığı da gözetilmektedir (*Engel ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 5100/71..., 8/6/1976, § 81; *Campbell ve Fell/Birleşik Krallık*, B. No: 7819/77..., 28/6/1984, § 67).

29. AİHM suçların soruşturulmasının önemini ve zorluklarını kabul etmekle birlikte kolluk görevlilerinin kural olarak edilgen bir tutum sergilemeleri gerektiğini belirtmiştir. AİHM, kolluk görevlilerinin provokasyonu (tuzağa düşürmesiyle) toplanan delillerin kullanılmasını kamu yararının dahi haklı kılamayacağını vurgulamıştır. AİHM'e göre böyle bir uygulama sanığın, en baştan ve kesin olarak adil yargılanma hakkını riske atmaktadır. AİHM uyuşturucu kaçaklığı veya yolsuzluk gibi suçlarla mücadele için ve belirli güvenceler ile kısıtlamaların sağlanması kaydıyla özel soruşturma tekniklerine müsamaha gösterilebileceğini vurgulamıştır (*Ursu/Romanya*, B. No: 44497/09, 18/12/2018, § 31; *Vlachos/Yunanistan*, B. No: 20643/06, 18/9/2008, § 24; *Vanyan/Rusya*, B. No: 53203/99, 15/12/2005, §§ 46-47). AİHM'e göre kolluk görevlilerinin müdahalesi olmadan söz konusu suçun işlenebileceğini gösterir somut bir olgu mevcut olmadığı hâlde bu görevlilerin aktif olarak bir suçun işlenmesine etkili olmaları hâlinde yargılama hakkıniyete uygun yürütülmemiş ve Sözleşme'nin 6. maddesi ihlal edilmiş olur (*Ramanauskas/Litvanya* [BD], B. No: 74420/01, 5/2/2008; *Burak Hun/Türkiye*, B. No: 17570/04, 15/12/2009; *Sepil/Türkiye*, B. No:

17711/07, 12/11/2013). Bu çerçevede fail suç işleme potansiyeline sahip bir kişi olsa bile somut olayda kolluk görevlisinin müdahalesinden önce failin suç işleme hazırlığında olduğunun başka delillerle desteklenmesi, yani failin müdahale olmadan suçu işleyeceğinin başka delillerle kanıtlanması gerekir (*Burak Hun/Türkiye*, §§ 46-47).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

30. Mahkemenin 5/3/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

31. Başvurucu; kolluk görevlilerinin kabahate teşviki sonucu düzenlenen tutanağın delil teşkil edemeyeceğini, böyle bir delilin kullanılmasını kamu yararı gerekçesinin dahi haklı kılmayacağını belirtmiştir. Başvurucu, ilgili kanunda yer verilmediği hâlde olayda kolluk görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak hareket ettiğinden yakınmış; bu hususlar dikkate alınmadan verilen cezaya yaptığı itirazın ise hukuka aykırı olarak reddedildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

32. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

a. Uygulanabilirlik Yönünden

33. Öncelikle Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının suç isnadı boyutuyla somut olayda uygulanabilir olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Adil Yargılanma Hakkı

34. Bir yaptırımın veya hukuki bir tasarrufun/işlemin hangi koşullarla *suç* isnadı niteliğinde sayılıp *suç* ve cezalara ilişkin güvenceler kapsamında değerlendirilebileceği daha önce Anayasa Mahkemesi kararlarında açıkça ifade edilmiştir (D.M.Ç, B. No: 2014/16941, 24/1/2018; B.Y.Ç., B. No: 2013/4554, 15/12/2015; Selçuk Özbölük, B. No:2015/7206, 14/11/2018). Somut olayda gece vakti alkollü içki satışı *kabahat* olarak düzenlenmiş olup başvurucuya 30.454 TL idari para cezası verilmiştir. Anılan kararlarda yer verilen ilkeler bağlamında başvuruya konu cezai sürecin herkes için bağlayıcılığı olan genel bir etki yarattığı, kamu gücünü kullanan bir kamu otoritesi tarafından yürütüldüğü, bu sürecin cezalandırıcı ve caydırıcı bir amacının bulunduğu, ayrıca son olarak cezanın miktarı dikkate alındığında somut olaydaki yaptırımın adil yargılanma hakkı bağlamında *suç isnadı* niteliğinde sayılması gerektiği kuşkusuzdur. Dolayısıyla Sözleşme ve Anayasa'nın ortak koruma alanında yer alan adil yargılanma hakkının *suç isnadı* boyutuyla somut olay yönünden uygulanabilir olduğuna karar vermek gerekir.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

36. Anayasa'nın 36. maddesine "*adil yargılanma*" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca değerlendirme yaptığı birçok kararında, kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak ileri sürülen iddiaları adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan

hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelemektedir (*Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 43).

37. Öncelikle yukarıda da değinildiği üzere Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre *suç isnadı* ve *ceza* kavramları kabahatleri de kapsayacak şekilde yorumlanmaktadır (bkz. § 34). Buna göre adil yargılanma hakkının *suç isnadı* yönünden kabul edilen ilkeleri kabahatler yönünden de uygulama alanı bulur. Diğer taraftan adil yargılanma hakkı bağlamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkı Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlanmalıdır.

38. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir (bkz. AYM, E.2017/103, K.2017/108, 31/5/2017, § 9).

39. Öte yandan hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin ön koşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de bütün işlem ve eylemlerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar (bkz. AYM, E.2018/1, K.2018/83, 11/7/2018, § 13).

40. Bir hukuk devletinde adil yargılanma hakkının güvence altına alınabilmesi bakımından kişilere yönelik suç isnadında bulunulabilmesi ve buna bağlı idari ve adli soruşturma ve kovuşturmalar yürütülebilmesi için öncelikle *işlenmiş olduğu* iddia edilen bir suça ilişkin şüphenin varlığı gerekir.

41. Henüz *daha önce işlenmiş olduğu* ileri sürülen bir suça ilişkin şüphenin söz konusu olmadığı durumlarda, devletin kamu görevlileri aracılığıyla *suç işleyebileceği tahmin edilen* kişilerin suç işlemesine imkân verebilecek bir ortamı hazırlaması ve böylelikle kişilerin suç işlemesine

Adil Yargılanma Hakkı

imkân sağlaması düşünülemez. Böyle bir durumda hukuk devleti ilkesine aykırı olarak başlatılan soruşturma kapsamında kişilerin cezalandırılması yoluna gidilmesi adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkıyla bağdaşmaz. Diğer taraftan işlenmiş olduğu ileri sürülen bir suça ilişkin şüphenin bulunduğu durumlarda dahi özel soruşturma tekniklerinin, istisnai bazı durumlarda belirli kısıtlamalarla uygulanacağını içeren ve bireylere yeterli güvenceler de sağlayan kanuni bir dayanağının bulunması gerekir.

42. Bunun yanında yargısal makamların kolluk görevlilerinin şikâyete konu eylemlerini denetleme yükümlülüğü de büyük bir önem taşımaktadır. Bu bağlamda dava konusu olayların ve delillerin titizlikle incelenmesi ve gerçeğin açığa çıkarılması için gerekli adımların atılması görevi yargısal makamlara düşmektedir. Yargısal makamların yukarıda değinildiği gibi bir durumun gerçekleştiğini tespit etmeleri hâlinde ise Anayasa'da öngörülen güvencelere uygun şekilde sonuçlar çıkarmaları gerekmektedir.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

43. Alkollü içki satışı yapılan bir işyeri işleten başvurucuya kamu makamlarınca, gece vakti alkollü içki satışı yapma kabahatini işlediği gerekçesiyle para cezası verilmiştir. Başvuruya konu idari para cezasının dayanağı olan 4250 sayılı Kanun'un 6. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesine göre alkollü içkilerin 22.00 ile 06.00 saatleri arasında perakende olarak satılması yasaklanmış olup kamu makamları bu eylemin yaptırımının aynı Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi ve atıfta bulunduğu 4733 sayılı Kanun'un 8. maddesinin beşinci fıkrasının (k) bendinde öngörülen idari para cezası olarak düzenlendiğini açıklamışlardır.

44. Somut olayda kolluk görevlilerinin düzenlediği tutanağa göre başvurucunun işlettiği işyerine gelen bir polis memuru 18/11/2014 tarihinde saat 00.20 civarı müşteri görünümüyle, alkollü içki satın almak istediğini beyan ederek önceden seri numarası alınmış parayı uzatmış ve başvurucu içkiyi görevliye uzatarak para üstünü vermeye çalışmıştır. Kolluk görevlisi bundan sonra polis kimliğini göstererek tutanağı

düzenlemiş ve bu tutanak esas alınarak Kurul tarafından başvurucuya idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

45. Buna göre polis memurunun kabahatin işlenmesi sürecinde yalnızca *edilgen bir biçimde kabahat teşkil eden eylemi incelemekle* sınırlı kalmadığı ve bunun aksine kabahatin işlenmesinde *aktif olarak* rol aldığı görülmektedir. Ancak alkollü içki dışındaki ürünlerin de satışının yapıldığı söz konusu işyerinde gerçekleşen olayda başvurucunun polis müdahalesi yapılmadan önce işyerindeki alkollü içkileri yasak olarak belirlenen saatlerde sattığı yönünde bir şüphenin var olduğu somut bir biçimde gösterilememiştir. Dolayısıyla ortada söz konusu kabahatin *daha önce işlenmiş olduğu yönünde bir şüphe olmadığı* hâlde kamu görevlileri aracılığıyla bu kabahatin işlenmesine sebebiyet verildiği anlaşılmaktadır.

46. Başvurucu da bu hususu itiraz dilekçelerinde açık bir biçimde öne sürmüş ancak derece mahkemelerinin kararlarında bu yönden hiçbir değerlendirme yapılmamıştır. İtirazı inceleyen Hâkimlik sadece düzenlenen resmî nitelikli tutanağın aksine bir delilin başvurucu tarafından ileri sürülemediğini belirtmekle yetinmiş ve müdahalenin anayasal güvencelere uygun olup olmadığını tartışmadan söz konusu tutanağı esas almıştır. Ayrıca bu tutanağın dışında isnat edilen kabahatin işlendiğine dair başkaca bir delilin de bulunmadığı görülmektedir.

47. Diğer taraftan 5326 sayılı Kanun'da gizli soruşturmacı gibi bir usulün kabahatler yönünden uygulanmasına imkân veren bir düzenleme olmadığı gibi bu konuda 5271 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına imkân veren bir atıf da bulunmamaktadır.

48. Bu durumda suçların soruşturulması ve kabahatlerin ortaya çıkarılması görevinin kamu yararı bakımından önemi ve güçlükleri kabul edilmekle birlikte hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlandığında somut olayın koşulları altında başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinin gerektirdiği hakkaniyete uygun yargılamadan yoksun bırakıldığı sonucuna varılmıştır.

49. Açıklanan gerekçelerle adil yargılanma hakkı bağlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Adil Yargılanma Hakkı

M. Emin KUZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kadir ÖZKAYA ve Recai AKYEL farklı gerekçeyle bu görüşe katılmışlardır.

B. Diğer İhlal İddiaları

50. Başvurucu; idari para cezasına yaptığı itiraz sürecinde tanıklarının dinlenilmediğini, verilen cezanın orantılı olmadığını ve sadece alkollü içkiler yönünden uygulandığını belirterek adil yargılanma hakkının diğer güvencelerinin ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

51. Başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verildiğinden diğer ihlal iddialarının bu aşamada ayrıca incelenmesine gerek görülmediğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

52. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

53. Başvurucu, idari para cezasının kaldırılması talebinde bulunmuştur.

54. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler

belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

55. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

56. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanununun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İchtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

57. Başvurucunun gece vakti alkollü içki satışı kabahatine ilişkin süreçte kolluk görevlilerinin aktif olarak rol almasıyla kabahatin işlenmesi

Adil Yargılanma Hakkı

ve elde edilen bu delilin kullanılması suretiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin idari eylem süreci ve bu sürecin denetlendiği mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

58. Bu durumda mülkiyet hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere itiraz mercii olan Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

59. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL tutarındaki yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE M. Emin KUZ, Yıldız SEFERİNOĞLU ve Selahaddin MENTEŞ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C. Diğer ihlal iddialarının ayrıca İNCELENMESİNE YER OLMADIĞINA OYBİRLİĞİYLE,

D. Kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğine (2016/6077 Değişik İş) GÖNDERİLMESİNE,

E. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin BAŞVURUCUYA ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 5/3/2020 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY GEREKÇESİ

Gece vakti alkollü içki satışı yapıldığının tespiti aşamasında kolluk görevlilerinin başvurucau kabahat işlemeye teşvik etmesi nedeniyle söz konusu kabahatin işlendiği, verilen idarî para cezasına yapılan itirazın da reddedildiği, bu sebeple adil yargılanma hakkının ihlal edildiği konusundaki bireysel başvurunun incelenmesi sonucunda bu hak kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

Kararın gerekçesinde; başvurusunun işyerine gelen sivil giyimli bir polis memurunun gece yarısı müşteri görünümüyle alkollü içki satın aldığı ve ardından kimliğini göstererek tutanak düzenlediği, buna göre kolluk görevlisinin kabahatin işlenmesinde aktif olarak rol aldığı, söz konusu kabahatin daha önce işlenmiş olduğu yönünde bir şüphe olmadığı hâlde görevli aracılığıyla bu kabahatin işlenmesine sebebiyet verildiği, başvurusunun bu hususu itiraz dilekçesinde açıkça öne sürmesine rağmen hâkimlik kararlarında bu yönden bir değerlendirme yapılmadığı, diğer taraftan 5326 sayılı Kabahatler Kanununda gizli soruşturmacı gibi bir usulün kabahatler bakımından uygulanmasına imkân veren bir düzenleme olmadığı gibi bu konuda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin uygulanmasına imkân veren bir atfın da bulunmadığı belirtilerek hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

Kuşkusuz, ceza soruşturmalarında dürüstlikle bağdaşmayan usûllere başvurulması veya böyle bir görüntü oluşturulması ceza soruşturması yapan kurumların itibarı ile bağdaşmaz (Gottfried Plagemann, Alman Hukuku'nda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri, <https://cdn.istanbul.edu.tr>). Kolluk görevlilerinin bir suçun işlenmesi imkânını hazırlamakla değil suçu önlemekle görevli olduğu ve ahlâka aykırı vasıtalar kullanamayacağı gibi suçla mücadelenin suç işleterek yapılamayacağı da tartışmasızdır (Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, 8.bs., Ankara 1978, s. 251, 255, 257 vedn. 32'de aktarılan yazarlar). AİHM kararlarında da kamu görevlilerinin tuzağa düşürmesiyle toplanan delillerin kullanılmasını kamu yararının dahi haklı kılmayacağı belirtilmektedir (§ 29). Ancak AİHM, sınırlarının açıkça belirlenmiş olması ve güvence altına alınmış olması kaydıyla gizli soruşturmacı yoluyla delil toplanmasının mümkün olduğunu da ifade etmektedir.

Bununla birlikte, kışkırtıcı ajan veya gizli soruşturmacı ile ilgili olarak doktrinde savunulan yukarıdaki ilkelerle AİHM ve Yargıtay'ın -bu kararda da atıf yapılan- kararlarında gizli soruşturmacı aracılığıyla delil toplanması konusunda belirtilen ilkeler adlî suçlarla ilgilidir.

Kararın gerekçesinde yer verilen, somut olaydaki yaptırım bakımından adil yargılanma hakkının incelenen başvuru yönünden uygulanabilir olduğu yönündeki tespit isabetli olsa da, Mahkememizin Anayasanın 38. maddesini istisnasız olarak idarî cezaları da kapsayacak genişlikte yorumladığı kararlarına ilişkin karşıoy gerekçelerimde ceza hukuku güvenceleri bakımından belirttiğim üzere, idarî cezalarda ve özellikle kabahatlerde adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin de ceza hukuku anlamında suç isnadı altında bulunanlarla aynı ölçüde olmadığının kabul edilmesi gerekir.

Buna uygun olarak, kolluk görevlilerinin veya onların isteğiyle müdahil olan kişilerin, insanları fiili işlemeye azmettirecek şekilde kışkırtmaları ya da iradelerini sakatlayacak müdahalelerle bunu sağlamaları hâlinde benzer ilkelerin idarî suçlar için de geçerli olması gerektiğinde kuşku bulunmamakla birlikte, özellikle kabahatler bakımından bunun ölçüsü ve uygulanma şartlarının adlî suçlarla aynı olması gerektiği söylenemez.

Öncelikle, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda cürümlerle birlikte suç olarak düzenlenen kabahatlere -2005 yılında kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilmeyerek- bunların 5326 sayılı Kabahatler Kanununda idarî suç olarak düzenlenmesiyle ayrı usul ve esaslara ve kanun yollarına tâbi kılındığı belirtilmelidir. Kabahatlere ilişkin olarak yaptırım uygulanmasını da, bunların hukukîlik denetimini de Türk Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamında bir yargılama faaliyeti olarak değerlendirmemek gerekir (Ersan Şen, Kabahatler Kanunu'nun Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümleri ile İlişkisi, <https://jurix.com.tr/article/2945>, s. 2).

İdarî cezalarda uygulanacak çekirdek ceza hukuku güvencelerinin başında ilke olarak soruşturma yapılması ve savunma alınması gelmektedir. Ancak, kabahatlerde toplum düzeninin aksamaması ve bozulan düzenin bir an önce tekrar kurulması için fiilin karşılığı olan idarî cezanın hiç beklemeden verilmesi gerektiğinden, soruşturma yapılması ve savunma alınması zorunlu değildir (Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013, s. 48, 50 ve 53). Mevzuata aykırı fiil işlenir işlenmez kamu görevlilerince olay yerinde tutanak düzenlenerek durumun tespit edilmesi soruşturma yerine geçmediğinden (Ulusoy, age., s. 50), bu işlemin soruşturma; işlemi yapan kamu görevlisinin soruşturmacı (veya gizli soruşturmacı) olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir.

Bu nedenle çoğunluğun kararında yer verilen, somut olaydaki kamu görevlisinin gizli soruşturmacı olarak değerlendirilmesine ve bunun kanunî dayanağının bulunmadığına (§ 47) ilişkin görüşe katılmıyorum.

Diğer taraftan, adlî suçlarda kışkırtıcı ajan veya gizli soruşturmacı ile ilgili olarak aranan güvencelerin temel sebeplerinden biri, bu kişilerin provokasyonu ile suç işleyen failin iradesinin etkilenmiş olması, başka bir ifadeyle meselenin suçun manevî unsuruna ilişkin olmasıdır. Oysa kabahatler de dahil olmak üzere idarî cezalar için ceza hukukunun kast ve taksire ilişkin kuralları geçerli olmadığından (Ulusoy, age., s. 49), kabahat oluşturan norm ihlalinin kasit veya taksirle işlenip işlenmediğinin kabahatin oluşması bakımından herhangi bir önemi yoktur (Ulusoy, age., s. 99).

Adil Yargılanma Hakkı

Bu çerçevede, kabahat oluşturan fiillerin ve cezalarının ilan edilmeleri suretiyle önceden bilinmeleri kaydıyla, bu fiillerin en azından taksirle işlendiği kabul edilir ve hata, hile, zorlama gibi nedenlerle iradenin sakatlanmış olması dışında mevzuatı ihlal eden fiilin işlenmesi hâlinde manevî unsur var sayıldığından ceza verilmesi için bilinçsiz taksir bile yeterlidir (Ulusoy, age., s. 99-100).

Bu ilkenin sonucu olarak, suçun maddî unsurunu kanıtlaya yükümlülüğünün idarede olmasına karşılık bu karine sebebiyle, manevî unsurun bulunmadığını yani söz konusu fiili hata, hile, şiddet ve tehdit gibi sebeplerle işlediğini kanıtlaya yükümlülüğü suçlanan kişiye aittir (Ulusoy, age., s.100)

Çoğunluğun kararında kolluk görevlisinin, alkollü içki dışında ürünler de satılan işyerinde yalnızca edilgen bir şekilde inceleme yapmakla sınırlı kalmadığı ve söz konusu kabahatin daha önce işlenmiş olduğu yönünde bir şüphe olmadığı hâlde kamu görevlisi eliyle kabahatin işlenmesine sebebiyet verildiği belirtilmekte ise de -yukarıda belirtildiği üzere- başvuruçunun anılan kabahati işleme yönünde bir iradesi olmadığı hâlde hata ile veya görevlinin hilesiyle ya da zorlamasıyla anılan fiili işlediğini kanıtlaya bir yana bu yönde bir iddiası dahi bulunmamaktadır.

Başka bir anlatımla, somut olayda, başvuruçunun kolluk görevlisi tarafından şiddet ve tehdit gibi bir zorlamaya maruz kaldığı veya saatin farkında olmadan hata ile satış yaptığı yönünde bir savunması bulunmadığı gibi hile ile iradesinin sakatlandığına ilişkin iddiası da kolluk görevlisinin üç şişe bira isteyip 20 TL uzatması üzerine bu fiili işlediği ile sınırlıdır.

Başvuruçunun, belirtilen saatte (00.20'de) alkollü içki satışı yapmadıklarını savunmasına karşılık (§ 12), görevlinin alkollü içecek isteyip parasını uzatmasından ibaret olan hareketinin -sadece gece yarısı alkollü içki satışı yapılmasının yasak olduğunu belirtmesi yeterli iken- suç işlememe yönündeki iradesini nasıl bozduğunu; başka bir ifadeyle iradesinin nasıl sakatlandığını açıklamamış, hatta bu konuda soyut bir iddiada bile bulunmamıştır.

Başvurucunun sulh ceza hâkimliğine yaptığı itirazdan da, fiilin manevî unsurunun bulunmadığı ve hataya düşülerek veya kolluk görevlisinin hile ya da zorlamaya varan tertibi sonucunda işlendiği yönünde somut bir iddiasının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple olayda kamu görevlisinin gece yarısından sonra işyerine girip alkollü içecek isteyerek para uzatmasının, başvurunun serbestçe karar verebilme iradesini ortadan kaldırdığı söylenemeyeceği gibi, hâkimlik kararlarında soyut iddia ile ilgili olarak ayrıntılı bir değerlendirme yapılması da beklenemez.

İhlal kararının gerekçesinde, başvurunun işyerindeki alkollü içecekleri yasak olarak belirlenen saatlerde sattığı yönünde bir şüphenin bulunduğu somut biçimde gösterilemediği de belirtilmektedir. Bununla birlikte, alkollü içecek sattığı dışarıdan görülecek şekilde belli olan işyerinin gece 00.20’de faal olmasının anılan kabahat bakımından yeterli şüphe oluşturduğu ve tutanakta bu yönde bir ihbar alındığı belirtilmiş olmasa da görevli tarafından alkollü içecek istenmesine yol açtığı anlaşılmaktadır. Çoğunluğun şüpheye ilişkin kabulü, yasağın uygulandığı gece yarısından sonraki saatlerde söz konusu kabahatin işlendiğinin belirlenmesini neredeyse imkânsız kılar. AİHM de, suçun tespiti amacıyla kolluk görevlilerince bir iletişim servisine müşteri gibi telefon edilmesinin başvuruçuyu kışkırtma (tuzağa düşürme) amacı taşımadığına ve görevlilerin zaten bu yönde bilgi sahibi olduklarına karar vermiştir (*Eurofinacom/Franson* [k.k.], B. No: 58753/00, 7/9/2004). Somut olayda da başvurunun işyerine girerek alkollü içecek isteyen kolluk görevlisinin -kabahatin niteliği ile işyerinin görüntüsü ve saatle birlikte- anılan işyeriyle ilgili olarak sahibi olduğu bilgi şüphe duyması için yeterli görülmelidir.

Bu sebeplerle, hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediği düşüncesiyle çoğunluğun ihlal kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

FARKLI GEREKÇE

Gece vakti alkollü içki satışı yapıldığından bahisle uygulanan idari para cezasının kaldırılması istemiyle yapılan itirazın reddedilmesinin ardından yapılan başvuruda, hem eylemin tespiti aşamasında kolluk görevlilerinin başvurucuyu kabahat işlemeye teşvik etmesi, hem de uygulanan idarî para cezasına karşı yapılan itirazda bu hususun gözetilmemesi nedeniyle başvurucunun adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Karara aşağıda açıklanan gerekçelerle iştirak ediyoruz.

Somut olayda kolluk görevlilerince 18.11.2014 günün saat 00.20 civarında müşteri görünümünde sivil giyimli olarak başvurucunun İstanbul'un Avcılar ilçesine bağlı Mustafakemalpaşa Mahallesi İstiklal Caddesi üzerinde bulunan ve alkollü içki satışı da yapılan kuruyemiş dükkânına gelmiş, dükkân içerisinde bulunan kişiden (bu kişinin başvurucu olup olmadığı tartışmalıdır) üç şişe bira istenmiş ve karşılığında seri numarası önceden alınmış 20 TL para uzatılmış, dükkân içindeki kişinin birayla birlikte para üstünü kamu görevlisine vermeye çalıştığı sırada söz konusu kamu görevlisince polis kimliği gösterilerek para geri alınıp konuya ilişkin tutanak düzenlenmiştir.

Tutanağın Tütün ve Alkol Piyasasını Düzenleme Kurumuna (Kurul) gönderilmesinin ardından da başvurucu adına, gece vakti alkollü içki satışı yaptığı gerekçesiyle 30.454 TL idari para cezası uygulanmıştır.

Kurul kararının gerekçesinde başvurucunun söz konusu kabahati işlediğinin tespiti olarak kolluk görevlilerince düzenlenen tutanağın esas alındığı belirtilmiştir.

Başvurucu bu karara karşı Küçükçekmece 2. Sulh Ceza Hâkimliği (Hâkimlik) nezdinde itirazda bulunmuştur. İtiraz dilekçesinde, yasak saatlerde alkollü içki satışı yapmadıkları ve aleyhe hiçbir ihbar olmadığı hâlde, polis memurunun haksız ve hukuka aykırı tutumuna bağlı olarak onun tuzağa düşürmesi sonucu sanki yasak saatlerde içki satışı yapıyorlarmış gibi bir durum oluşturulduğu, gizli soruşturmacı usulüyle delil oluşturulmasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Hâkimlikçe itirazın reddine karar verilmiştir. 27.10.2016 tarihli kararın gerekçesinde, başvurunun kabul edilebilir geçerli bir itiraz nedeni sunmadığı ve düzenlenen resmî nitelikli tutanağın aksine bir delilin olmadığı belirtilmiştir.

Karara karşı, gizli soruşturmacı usulüyle delil toplanmasının hukuka aykırı olduğu, vergi kayıtlarının incelenmediği, polis memurlarının sicil numaralarını ihtiva etmemesi nedeniyle düzenlenen tutanağın delil kabiliyetinin bulunmadığı belirtilerek yapılan itiraz da Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğince, itiraza konu kararda usule ve kanuna aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Karar 21.11.2016 tarihlidir.

06.12.2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunulmuştur.

Başvuru dilekçesinde, kolluk görevlilerinin kabahate teşviki sonucu gerçekleşen olaya ilişkin olarak düzenlenen tutanağın delil teşkil edemeyeceği, böyle bir delilin kullanılmasını kamu yararı gerekçesinin dahi haklı kılmayacağı, ilgili kanunda yer verilmediği hâlde olayda kolluk görevlilerinin gizli soruşturmacı olarak hareket ettiği, bu hususlar dikkate alınmadan verilen cezaya yapılan itirazın da hukuka aykırı olarak reddedildiği belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiği ileri sürülmüştür.

Mahkememizce, somut olaydaki yaptırım adil yargılanma hakkı bağlamında *suç isnadı* niteliğinde sayılmış, dolayısıyla incelenen başvuru yönünden adil yargılanma hakkının uygulanabilir olduğuna karar verilmiştir. Bu sonuca biz de katılıyoruz.

Ancak Sayın Emin Kuz'un karşı oyunda belirtildiği üzere adli suçlarla kabahatler hukuku kapsamında idari yaptırıma tabi tutulan eylemlerin hukuki nitelikleri ile bu eylemlerin idari yaptırıma tabi tutulma nedenleri birlikte gözetildiğinde, idarî cezalarda ve özellikle kabahatlerde adil yargılanma hakkına ilişkin güvencelerin, ceza hukuku anlamında suç isnadı altında bulunanlarla aynı ölçüde olmadığı kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmaktadır.

Dolayısıyla kolluk görevlilerinin veya onların isteğiyle müdahil olan kişilerin, üçüncü kişileri fiili işlemeye azmettiren şekilde kışkırtmaları

Adil Yargılanma Hakkı

ya da iradelerini sakatlayacak biçimde müdahalede bulunmaları şeklinde icra edilecek, kışkırtıcı ajan veya gizli soruşturmacı olarak veya benzer nitelikte nitelenebilecek uygulamaların ölçü ve uygulanma koşullarının, özellikle kabahatler bakımından adlî suçlarla aynı olmaması gerekir.

Başvuru konusu olaya bu açıdan bakıldığında, kamu görevlilerince olay yerinde tutanak düzenlenmesinin soruşturma, bu işlemi yapan kamu görevlisinin de soruşturmacı (veya gizli soruşturmacı) olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmaktadır.

Bununla birlikte, başvuru tarafından sulh ceza hâkimliklerine yapılan itirazlarda ısrarla, taraflarınca yasak saatlerde alkollü içki satışı yapılmadığı ve aleyhe hiçbir ihbar olmadığı hâlde polis memurunun haksız ve hukuka aykırı tutumuna bağlı olarak onun tuzağa düşürmesi sonucu sanki yasak saatlerde içki satışı yapıyorlarmış gibi bir durum olduğu, gizli soruşturmacı usulüyle delil oluşturulduğu, bunun hukuka aykırı olduğu ileri sürülmesine karşın hâkimliklerce verilen kararlarda; herhangi bir şüphenin söz konusu olmadığı durumlarda, kamu görevlileri aracılığıyla, "suç işleyebileceği tahmin edilen" kişilerin suç işlemesine imkân verebilecek bir ortam hazırlanmasının ve böylelikle kişilerin suç işlemesine imkân sağlanmasının hukuk devleti ilkesi, adil yargılanma hakkı ve kabahatler hukuku bakımından ne anlama geldiği, bu bağlamda polis memurunun üstlendiği rolün, bu rolün etkisiyle meydana gelmiş olan eylemin kabahat olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi bakımından (maddi ve manevi unsur yönünden) nasıl dikkate alınması gerektiği, başvuru konusu cezaya esas alınan tutanağın kanuni bir temele dayanıp dayanmadığı, hukuka uygun olarak elde edilmiş bir delil sayılıp sayılamayacağı konularında hiçbir değerlendirme yapılmamıştır. İtirazı inceleyen Hâkimliklerce, sadece resmî nitelikli tutanağın aksine bir delilin başvuru tarafından ileri sürülemediği belirtilerek, verilen kararlara söz konusu tutanak esas alınmış, kararlarda müdahalenin anayasal güvencelere uygun olup olmadığı tartışılmamıştır. Ayrıca olayda, başvurucuya isnat edilen kabahatin işlendiğine ilişkin olarak, söz konusu tutanak dışında başkaca bir delil de ortaya konulmamıştır.

Öte yandan başvuruçunun avukatı tarafından dosyaya ibraz edilen belgelere göre, anılan avukatın başka bir müvekkili adına benzer bir olay

nedeniyle uygulanan yaptırımın yapılan itiraz üzerine Küçükçekmece 2. Sulh Ceza Hâkimliğinin (başvurucu hakkında verdiği 27.10.2016 tarihli karardan yaklaşık 8 ay önce verdiği) 04.03.2016 tarih ve 2016/1986 Değişik İş sayılı kararı ile kaldırıldığı; kararın gerekçesinde " *...Devletimizin görevi kişileri suça ya da kabahate teşvik etmek değil suç ve kabahatin önlenmesini sağlamaktır. Somut olayda polis memurları sivil kıyafetle müşteri olarak girip muterize ait büfeden yasak saatte içki satın almış, sonrasında tutanak tutmuş, CMK'nun 139. Maddesinde hüküm altına alınan ve uygulanması için ağır şartlar aranan gizli soruşturması gibi davranmışlardır. Kabahatler Kanununun 22/4, 28/5 maddeleri de kıyasen değerlendirildiğinde Kabahatler Kanununda açıkça yazmayan hükümlere CMK uygulanması olağandır. Bu itibarla mahkememizce yasak delil niteliğinde olduğu kanaatine varılan delillere dayanarak idari yaptırım kararı tesis edilemeyeceğinden itirazın kabulüne karar [verildi].*" değerlendirmelerine yer verildiği; bu karara yapılan itirazın da Küçükçekmece 1. Sulh Ceza Hâkimliğinin (başvurucu hakkında verdiği 21.11.2016 tarihli karardan yaklaşık 8 ay önce verdiği) 01.04.2016 tarihli ve 2016/2833 Değişik İş sayılı kararı ile reddedildiği; somut başvuruya konu olayda (04.03.2016 ve 01.04.2016 tarihli) anılan kararlarında yer verilen görüşlerden niçin ayrıldıklarına ilişkin bir gerekçeye ise yer vermedikleri anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, kabahatlerin ortaya çıkarılmasının güçlüğüne ve bu görevin kamu yararı bakımından taşıdığı öneme rağmen somut olayda başvuruçunun hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle başvuruçunun adil yargılanma hakkı bağlamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Recai AKYEL

KARŞIOY

1. Anayasa Mahkemesi'nin sayın çoğunluğu başvurusunun adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyetine uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kabul edilebilir olduğuna karar vererek ihlal kararı verilmiştir. Aşağıdaki açıkladığımız gerekçelerle mahkemenin kararına katılmadık.

2. Olay ve olgular mahkemenin kararında özetlenmiştir.

3. Gizli soruşturmacı usulü CMK 139. Maddesinde düzenlenen kanunda belirlenen suçlar açısından kanundaki usul ve yöntemlere uygun olarak belirlenen usuldedelil elde etmek amacıyla başvuru bir yöntemdir.

4. Mahkememizin bu dosyada özetlenen Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 21/05/2013 tarihli ve E.2013/5397 K.2013/15729 özetle mevcut olan bir soruşturmada suçun ortaya çıkarılmasını sağlaması için görevlilerinin faaliyette bulunmalarının mümkün olduğu ancak, devlet organlarının bireyleri kışkırtarak suç işlemelerini sağlayıp cezalandırılmak istenilmeyeceğini suç işleme düşüncesi olmayan kişilerin tahrik edilerek duygularından yararlanılarak suçüstü yakalatmak amacıyla delil elde edilemeyeceği belirtilmiştir. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 10/01/2019 tarih E. 2016/17207, k.2019/1034 sayılı kararında gizli soruşturma yapan adli kolluk görevlisi hiçbir zaman kışkırtıcı ajan gibi hareket etmemeli önceden fail de bulunmayan suç işleme kastı oluşturularak fail suç işlemeye azmettirilmemeli şeklindedir.

5. Somut olay incelediğinde 18/11/2014 tarihinde saat 00.20 sıralarında açık bir şekilde müşterilere hizmet veren bir işyerine gelen kamu görevlisi polis memuru daha önceden seri numarasını tespit ettiği parayı uzatarak alkollü içki satın almıştır. Sonradan yaptığı bu işlemi tutanak düzenleyerek idari para cezası uygulamıştır.

6. Başvuruya konu olay incelendiğinde kanuni usule uygun olarak tayin edilmiş gizli bir soruşturmacı yoktur. Kaldı ki tespiti yapan kamu görevlisinin böyle bir amacı olduğu da söylenemez. Zaten olayın niteliği gereği gizli soruşturmacı usulü ile delil elde edilmesini gerektiren bir

suç ta yoktur. Bu nedenle başvuruya konu somut davadaki delilin gizli soruşturmacı yöntemiyle elde edildiği söylenemez.

7. Kamu görevlisi polis memuru zaten açık olarak müşterilere hizmet veren işyerinden saat itibariyle satış yasak alkollü içki alınması olayını tutanak altına alarak yapılan satış işlemini tespit ettirmiştir. İşyeri kapalı iken açtırmamıştır. Failin iradesini etkilemeye yönelik herhangi bir hileli ve özendirici bir davranış içerisinde bulunmamıştır. Polis memurunun yaptığı işlem var olan ve yapılan bir eylemin tespit edilmesi işlemidir. Görevlinin kendince seri numarasını aldığı paranın işlemde kullanılması failin özendirecek iradesini etkileyecek bir davranış değildir. Seri numaraları alınmış para vakanın ispatında temel unsur değildir. Görevli polis memurunun açık olan işyerinin yasak saatte satış yapılmasını tespitine ilişkin tutanak vakanın ispatı için yeterlidir.

8. Kaldı ki, kabahat oluşturan fiillerin suçun manevi unsuru olan kast ve taksire ilişkin kuralları geçerli değildir Kabahati oluşturan fiilin kasıt veya taksirle işlenip işlenmediğini kabahatin oluşması açısından herhangi bir önemi yoktur.

9. Başvuruya konu olayın kamu görevlisi polis memurunun kışkırtması ile gerçekleşmediği zaten açık olan işyerinden yasak saatte yapılan içki satışının tespitine ilişkin bir işlem olduğu bunun sonucunda idari para cezası uygulandığı açıktır. Bu nedenlerle mahkememizin Yargıtay kararlarında bozmaya konu edilen failin iradesine etkilemeye yönelik olarak kabulü ve sulh ceza mahkemesinin bu konuda değerlendirme yapmadığı düşüncesine katılmıyoruz. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konudaki kararları olayın niteliği ve belirttiğimiz çerçevede gerçekleşmesi sebebiyle somut başvuruda uygulanma imkanı yoktur.

10. Açıkladığımız gerekçelerle başvurunun başvuru yolları tüketilmemesi nedeniyle kabul edilmezlik kararı verilmesi gerektiği görüşüyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmadık.

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

HASAN BALLI BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/21825)

Karar Tarihi: 2/6/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL
Raportör	: Cafiye Ece YALIM
Başvurucu	: Hasan BALLI
Vekili	: Av. Fatih Mehmet ERDURAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, beyanları mahkûmiyet kararına esas alınan tanığın duruşmada sorgulanamaması nedeniyle tanık sorgulama hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 3/5/2017 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

7. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

8. Müşteki H.B. evlenmek amacıyla bir televizyon kanalına verdiği ilan üzerine kendilerini kardeş olarak tanıtan şüpheliler S.K. ve H.Ş.nin kendisiyle iletişime geçtiğini, S.K. ile evlenmek üzere anlaştığını, bu kişilerin çeşitli kuyumculardan takılar aldığını, ayrıca iki bilezik daha almasını istediklerini, bunu kabul etmemesi üzerine H.Ş.nin akrabası olan ve aynı konutta ikamet eden başvuru ile birlikte ellerini ve ayaklarını (H.B.nin) bağlayıp kendisine zorla senet imzalatırdıklarını iddia ederek bu kişilerden şikâyetçi olmuştur.

9. Başvurucu ile S.K. ve H.Ş. isimli diğer şüpheliler hakkında müşteki H.B.ye yönelik yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını işledikleri iddiasıyla Manavgat Cumhuriyet Başsavcılığınca (Başsavcılık) soruşturma başlatılmıştır.

10. Müşteki H.B.nin 10/3/2010 tarihli beyanı şöyledir:

"...Bana kendisini K.A. olarak tanıtan kişinin gerçek isminin H.Ş. olduğunu öğrendim, bana kendisini N.A. olarak tanıtan kişinin de gerçek isminin H.Ş.nin eşi A.Ş. olduğunu öğrendim. Beni evlilik vaadiyle dolandıran A.Ş. ve eşi H.Ş.den zorla elimi ayağımı bağlayarak üzerimdeki telefon ve 3900 TL almada H.Ş.ye yardım eden H.Ş.nin yeğeninden ve H.Ş.'den şikâyetçiyim..."

11. Şüphelilerin oturduğu evin sahibi olan N.Ö.nün 18/4/2014 tarihli soruşturma kapsamında Başsavcılık tarafından alınan beyanının (tanık sıfatıyla) ilgili kısmı şöyledir:

" ...2007 yılı Aralık ayında ... adresindeki üç katlı evinin ikinci katını [H.Ş.ye] kiraya verdiğini,... aradan 15 gün geçtikten sonra adının S. olduğunu öğrendiği hanımının Malatya'dan geldiğini, bir ay sonrada bu eve [H.Ş.nin] yeğeni olduğunu beyan ettiği adı Hasan olan 23/24 yaşlarında bir şahsın daha geldiğini, bu şahıslarının üçünün birlikte 4,5 ay kadar evinde kiracı olarak oturduklarını... Hasan adlı gencin telefonunun 0537... olduğunu..."

Adil Yargılanma Hakkı

12. Şüphelilerden S.K.nın Yumurtalık Cumhuriyet Başsavcılığında alınan 11/6/2013 tarihli beyanının ilgili kısmı şöyledir:

"... Orada [H.Ş.] yaklaşık 30-35 adet uyku hapını ezerek bir kısmını da [H.B.nin] meyve suyuna katarak [H.B.yi] uyuttu. Ancak, [H.B.] yarım bardak içtiği için tam olarak uyumadı. Bunun üzerine [H.Ş.] ve akrabası olan Hasan Ballı bu şahsı darp ettiler. Ancak, darp olayı olmadan evvel [H.B.nin] elini ve ayaklarını bağlamışlardı. Daha sonra da bu şahsı Kumköye götürerek bıraktılar..."

13. Başsavcılık başvuru ve diğer şüpheliler S.K. ile H.Ş. hakkında müşteki H.B.ye yönelik yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını işledikleri iddiasıyla 18/4/2014 tarihli iddianame ile Manavgat 2. Ağır Ceza Mahkemesinde (Mahkeme) kamu davası açmıştır. İddianamenin ilgili kısmı şöyledir:

"...Müşteki [H.B.nin] 2008 yılında M.Tv'ye evlilik maksadı ile ilan verdiği ve telefon numarasını bıraktığı, bu televizyondaki arkadaşlık hattında şüpheli [S.K.nın] diğer şüpheli [H.Ş.nin] bilgisi dahilinde [N.A.] adıyla ilan verdiği, şüpheli [S.] ile [H.Ş.nin] bu şekilde ilan vermelerinin amacının bahse konu arkadaşlık hattına ilan veren insanları kandırmak ve onlardan menfaat temin etmek olduğu, bu amaç doğrultusunda şüpheli [S.K.nın] [N.A.] adı altında müştekinin teklifine cevap vererek kendisinin de evlenmek istediğini ve bu amaçla tanışmak istediğini müştekiye bildirdiği, şüpheli [H.Ş.nin] müştekiye kendisini [N.A.] adını kullanan ama gerçekte [S.K.] olan şahsın ağabeyi [K.A.] olarak tanıttığı, müştekinin 15/3/2008 tarihinde ikamet ettiği Denizli'den Manavgat İlçesi ... adresinde bulunan şüphelilerin oturdukları eve gelerek kendisini [K.A.] olarak tanıtan şüpheli [H.Ş.den] sözde kardeşi şüpheli [S.yi] istediği, şüphelilerin müştekiye sözde evlilik için çeşitli kuyumculardan takılar aldıkları, müştekinin daha sonra Denizli'ye geri döndüğü ve 07/4/2008 tarihinde tekrar Manavgat'a şüphelilerin ikamet ettiği eve geldiği, evde şüpheli [H.Ş.], [S. K.] ve [H.Ş.nin] akrabası olan Hasan Ballı'nın buldukları, burada müştekinin şüphelilerin iki bilezik daha alınması yönündeki teklifini kabul etmemesi üzerine şüpheli [H.Ş.] ve Hasan Ballı'nın müştekinin elini ve ayağını bağladıkları, daha sonra müştekiye vade tarihi 15/7/2008 olan 3000 TL değerinde senet imzalattıkları..."

...Müştekinin şikayet dilekçelerinde şüphelilere ulaşılması için bildirmiş olduğu telefon numaraları ile ilgili GSM şirketlerine yazılan yazılara verilen cevaplar neticesinde müştekinin bildirdiği ... numaralı hattın ise şüpheli Hasan Ballı adına kayıtlı olduğunun tespit edildiği şüpheliler [H.Ş.]ve [S.K.nın] fikir ve eylem birliği içerisinde birlikte hareket ederek yani TCK'nın 37/1 maddesi anlamında iştirak halinde müşteki [H.B.yi] evlenmek vaadi ile dolandırdıkları, daha sonra bu iki şüphelinin diğer şüpheli Hasan Ballı ile birlikte fikir ve eylem birliği içerisinde yani TCK'nın 37/1 maddesi anlamında müştekiye yönelik olarak cebir veya tehdit kullanarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve nitelikli yağma suçlarını da işledikleri anlaşılmakla..."

14. Başvurucunun Mahkemede yapmış olduğu 10/7/2014 tarihli savunması şöyledir:

"...Ben 2004 yılından beri Alanya'da çalışıyorum. C. barda müzisyenlik yapmaktayım. Sanıklardan [H.Ş.] uzaktan akrabam ve köylüm olur. 2008 yılının Ocak ayında çalıştığım bar tamirata girdi. Normalde ben bardaki tanıdıklarımın evinde kalıyorum. Bar tadilatırken boş durmamak için [H.Ş.nin] yanında 15 gün çırak olarak çalıştım. Havalandırma sisteminde çalıştığım için işçilerin kaldığı personel evlerinde bu süreçte kaldım. Müştekiyi hiç görmedim. Diğer sanıklardan [S.yi] de tanıyorum. Sanıklar [S.] ve [H.] dost hayatı yaşıyorlardı ve beraber kalıyorlardı bende bu 15 günlük süreçte bunların evine sürekli gidip geldim, kahvaltıya ve akşam yemeklerine gittim. Ben sanık [S.] ve [H.nin] herhangi bir evlilik programına müracaat ettiklerini ya da müştekiyle evlenmek amaçlı olarak görüştiklerine şahit olmadım. Üzerime atılı suçlamaları kesinlikle kabul etmiyorum, müştekiyi darp etmedim, dolandırıcılık amaçlı görüşmedim. Dava konusu olaylar hakkında bilgi sahibi değilim, dedi..."

15. Mahkeme 23/6/2014 tarihli Tensip Tutanağı ile tüm sanıklar hakkında yakalama kararı vermiş, sanık S.K. kolluk kuvvetlerince yakalanarak ifadesi alınmak üzere Adıyaman Cumhuriyet Başsavcılığında hazır edilmiştir. Mahkeme, Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi (SEGBİS) aracılığı ile sanık S.K.nın ifadesini almıştır. S.K.nın 17/10/2014 tarihli beyanı şöyledir:

"...Biz Ilıca'da otururken [H.Ş.nin] yeğeni Hasan Ballı misafir olarak geldi. Televizyon programlarının birinde evlenmek için telefon numarası bırakan

Adil Yargılanma Hakkı

[H.B.] ile [H.Ş.] beni evlendirmek istedi. Ben de 'iyi birisi olursa evlenirim' düşüncesiyle kabul ettim. Benim adıma... numaralı faturalı hat vardı. Bu hattı [H.Ş.] kullanıyordu. Bana da numarasını hatırlamadığım açık hat almışlardı. [H.Ş.] bana müşteki ile telefonda konuşmamı, telefonunu televizyondan evlenme programından aldığımı söylememi ve eğer ciddi düşünüyorsa kendisiyle evlenebileceğimi söylememi istedi. Tedbir amaçlı olarak ismimi [N.] ve kendi ismini de [K.] olarak söylememi ve kendisini ayrıca benim ağabeyim olarak tanıtmamı istedi. 'İş ciddiye bindiğinde gerçek kimliğimizi açıklarız, televizyon programından alınan numaraya güven olmayabilir' gerekçesiyle bu şekilde davranmamı istedi. Müşteki daha sonra Manavgat'a geldi...

... Ben dışarıya sigara almak için çıktım. Geri döndüğümde yemek hazırlayacaktım. [H.Ş.] bana 'yatak odasına gir, sesini çıkarma, bundan sonra gözüm hiçbirşeyi görmüyor, sesini çıkartırsan seni öldürürüm' dedi. Ben niçin böyle davrandığımı sordum. Üzerime yastık bastırdı, beni boğmaya çalıştı. Daha sonra yatak odasının kapısını üzerime kapayarak müştekinin ve Hasan Ballı'nın bulunduğu yere geçti. Bizim bağırmalarımıza müşteki içerden 'neler oluyor orada' şeklinde sesle karşılık verdi. Kapı üzerime kapandıktan sonra içerden müştekinin bağıırma seslerini ve kavga gürültü seslerini duydum. Başkaca birşey görmedim. Müştekinin 'bana niye silah çekiyorsunuz, beni öldürecek misiniz' şeklindeki sözlerini ve dayak yediğine dair gürültüleri duydum. Bulduğum odanın anahtar deliğinden baktığımda müştekinin çekyat üzerinde hareketsiz bir vaziyette elleri ve ayakları bağlı olduğu halde gördüm. Daha sonra [H.Ş.] ve Hasan Ballı müştekiyi ellerinden ve ayaklarından tutarak götürüyorlardı. O esnada Hasan Ballı'nın [H.Ş.ye] 'dayı şahsı nereye götüreceğiz' demesi üzerine [H.Ş.] 'Kumköy tarafında bir yere atar geliriz' dediğini duydum. Hasan Ballı, [H.Ş.ye] 'dayı [S.] ne olacak, ondan dolayı başımız belaya girmesin' dediğinde [H.Ş.nin] O'na 'ben ona gereken şeyi söyledim, onun için çocukları daha önemlidir, o hiçbir yere gidip de hiçbirşey söyleyemez' dedi. Ben [H.Ş.] ve Hasan Ballı baskıları altında böyle bir olaya tanık oldum ancak pişmanım..."

16. Müşteki H.B.nin 22/12/2014 tarihinde Mahkemede alınan beyanı şöyledir:

"...Beni darp edip yaralayan ve yağmalayan kişilerden huzurda bulunan sanık (başvurucu) olay yerinde değildi. Beni yağmalayan kişinin alın bölgesinde

doğum lekesi vardı, mühür şeklindeydi, diğeri de tahmin ediyorum akrabasıydı, ancak bu kişilerden huzurda bulunan sanık(başvurucu) olay yerinde değildi, eminim net olarak gördüm, ayrıca benim soruşturma aşamasında beyanlarımı yeterli almayan polisler hakkında da şikayetçi oldum, kollukta görevli polis memurları soruşturma aşamasında delilleri yeterince toplamadılar kendilerinden talep etmeme rağmen eksik yaptılar. Sanıklardan şikayetçiyim, dedi..."

17. H.Ş. 12/3/2016 günü Mahkemede alınan beyanında atılı suçlamaları kabul etmediğini söylemiş, başvuru ile ilgili herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

18. Başvurucu, sanık S.K.nın aleyhindeki beyanlarına itiraz etmiş; 23/12/2014 tarihli oturumda sanık S.K.nın beyanlarına karşı itirazlarını içeren dilekçe sunmuştur.

19. Mahkeme 26/4/2016 tarihli kararıyla başvuruçunun da aralarında yer aldığı tüm sanıklar hakkında yağma ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan hapis cezasına mahkûmiyetine karar vermiştir. Mahkemenin gerekçeli kararının ilgili kısmı aşağıdaki gibidir:

"...sanıklar Hasan Ballı[Başvurucu] ve [H.Ş.nin] akraba oldukları sanık [S.nin] ise sanık [H.Ş.] ile birlikte yaşadıkları, suç tarihinden önce sanık [S.nin] bir evlilik programına [N.A.] adıyla evlenmek amacıyla ilan verdiği, katılan [H.nin] bu ilanı gördüğü, katılan ve sanık [S.nin] tanıştıkları, telefonlaştıkları, sanık [S.nin] katılana sanık [H.Ş.yi] abisi olarak başka bir isimle tanıttığı, katılanın 15/3/2008 tarihinde sanıklar [H.Ş.] ve [S.nin] Manavgat ilçesinde birlikte kaldıkları eve geldiği, sanık [S.yi] sanık [H.Ş.den] istediği, sanıkların ise evlilik çerçevesinde katılana takı, ziynet eşyası aldıkları, katılanın 07/4/2008 tarihinde tekrar Manavgat'a geldiği, evde tüm sanıkların bulunduğu halde katılıandan bilezik almasını istedikleri, katılanın kabul etmemesi üzerine sanıklar [H.Ş.] ve Hasan Ballı'nın katılanın elini ve ayağını bağlamak suretiyle etkisiz hale getirdikleri 3000 TL değerinde senet imzalattıkları, katılanın üzerinde bulunan 3800 TL para ile nokia marka telefonu aldıkları ve katılana bu iş namus meselesi diyerek katılanı korkuttukları..."

...Her ne kadar sanık Hasan Ballı savunmasında üzerine atılı suçlamayı kabul etmemiş ise de diğer sanık [S.nin] olayı samimi olarak ikrar etmesi ve

Adil Yargılanma Hakkı

Manavgat'ta bulunan evde iken katılanı sanıklar [H.Ş.] ve Hasan Ballı'nın yaralayarak ellerini kollarını bağladıklarını ifade etmesi, katılanla yapılan telefon görüşmelerinde sanık Hasan Ballı adına kayıtlı 0537....numaralı hattın kullanılmış olması, sanık [H.Ş.nin] savunmasında diğer sanıkların kaldığı eve 15 gün boyunca gidip geldiğini söylemesi hususları bir arada değerlendirildiğinden sanığın savunmasına itibar edilmeyerek üzerine atılı eylemi gerçekleştirdiği mahkememizce sabit kabul edilmiştir. Her ne kadar katılan, sanıklara yönelik teşhis işleminde sanık Hasan Ballı'yı teşhis edememiş ise de diğer deliller ışığında katılana yönelik ellerini-kollarını bağlama ve yaralama eylemlerini gerçekleştiren sanıklar arasında Hasan Ballı'nın da bulunduğu mahkememizce kabul edilmiştir.

Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinden sanıklar [H.Ş.] ve [S.nin] telefonla iletişim kurarak katılandan menfaat temin ettikleri, katılanın başka bir buluşmada sanıkların istediği parayı vermemesi üzerine sanıklar [H.Ş.] ve Hasan Ballı'nın katılanın ellerini ve ayaklarını bağladıkları ve üzerinde bulunan para ve telefonu aldıkları hususu sabit kabul edilmiştir.

Her ne kadar sanık Hasan Ballı müdafileri savunmalarında sanık Hasan Ballı'nın katılan tarafından teşhis edilmemesi nedeniyle olayla alakasının bulunmadığını ifade ederek beraatini talep etmiş iseler de, dosya kapsamında sanığın yağma eylemi sırasında olay yerinde bulunduğuna ilişkin diğer sanık [S.nin] ikrarının bulunması, yine Hasan Ballı'nın söz konusu ikamete gelip gittiğine yönelik savunmasının bulunması, yine tanıkların sanık Hasan Ballı'nın söz konusu ikamete girip çıktığına dair beyanlarının bulunması hususları bir arada değerlendirildiğinden sanık Hasan Ballı. müdafinin savunmasına itibar edilmemiştir..."

20. Başvurucu; kendisine suç isnadında bulunan tanık S.K.yı sorgulayamadığını, yüzleştirme yapılmadan mahkûmiyet kararı verildiğini belirterek temyiz kanun yoluna başvurmuştur.

21. Yargıtay 6. Ceza Dairesi 16/3/2017 tarihli kararı ile mahkûmiyet hükmünü onamıştır.

22. Başvurucu, nihai karardan 3/4/2017 tarihinde haberdar olduğunu beyan ederek 3/5/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

23. 4/12/2014 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Doğrudan soru yöneltme" kenar başlıklı 201. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerekliğinde ilgililer yeniden soru sorabilir."

24. 5271 sayılı Kanun'un "Delillerin ortaya konulması ve reddi" kenar başlıklı 206. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"Cumhuriyet savcısı ile sanık veya müdafii birlikte rıza gösterirlerse, tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilebilir."

25. 5271 sayılı Kanun'un "Duruşmada okunması zorunlu belge ve tutanaklar" kenar başlıklı 209. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Naip veya istinabe yoluyla sorgusu yapılan sanığa ait sorgu tutanakları, naip veya istinabe yoluyla dinlenen tanığın ifade tutanakları ile muayene ve keşif tutanakları gibi delil olarak kullanılacak belgeler ve diğer yazılar, adli sicil özetleri ve sanığın kişisel ve ekonomik durumuna ilişkin bilgilerin yer aldığı belgeler, duruşmada okunur."

26. 5271 sayılı Kanun'un "Duruşmada okunmayacak belgeler" kenar başlıklı 210. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez."

27. 5271 sayılı Kanun'un "Duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek belgeler" kenar başlıklı 211. maddesi şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

“(1) a) Tanık veya sanığın suç ortağı ölmüş veya akıl hastalığına tutulmuş olur veya bulunduğu yer öğrenilemezse,

b) Tanık veya sanığın suç ortağının duruşmada hazır bulunması, hastalık, malûllük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı değilse,

c) İfadesinin önem derecesi itibarıyla tanığın duruşmada hazır bulunması gerekli sayılmıyorsa,

Bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanaklar ile kendilerinin yazmış olduğu belgeler okunabilir.

(2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanık veya müdafii birinci fıkrada belirtilenlerin dışında kalan tutanakların okunmasına birlikte rıza gösterebilirler.”

28. 5271 sayılı Kanun’un “Delilleri takdir yetkisi” kenar başlıklı 217. maddesi şöyledir:

“(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

29. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) “Adil yargılanma hakkı” kenar başlıklı 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi şöyledir:

“Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

...

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek;”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

30. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ulusal hukuktaki nitelemeye bakılmaksızın *tanık* kavramının Sözleşme kapsamında özerk bir anlamı vardır (*Damir Sibgatullin/Rusya*, B. No: 1413/05, 24/4/2012, § 45). Bu kavram duruma göre suç ortaklarını (*Trofimov/Rusya*, B. No: 1111/02, 4/12/2008, § 37), mağdurları (*Vladimir Romanov/Rusya*, B. No: 41461/02, 24/7/2008, §§ 7, 97) ve bilirkişileri (*Doorson/Hollanda*, B. No: 20524/92, 26/3/1996, §§ 81, 82) kapsayabilir. Bu bakımdan ifadeleri duruşmada ister okunsun ister okunmasın mahkeme önünde bulunan ve mahkeme tarafından dikkate alınan kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi bakımından tanık olarak kabul edilmektedir (*Kostovski/Hollanda* [GK], B. No: 11454/85, 20/11/1989, § 40).

31. AİHM, duruşma salonunda bulunmayan tanıkların beyanlarının mahkûmiyet hükmüne esas alındığı bir yargılamanın adilliğini değerlendirirken iki hususa vurgu yapmaktadır. AİHM ilk olarak tanığın duruşmaya katılmaması için geçerli nedenlerin olup olmadığını incelemektedir. İkinci olarak -makul bir gerekçenin olduğu durumda bile- sanığın sorgulama imkânına sahip olmadığı bir tanık tarafından verilen ifadenin hükmün dayandığı tek veya belirleyici temel olup olmadığını değerlendirmektedir. Hükmün büyük ölçüde veya yalnızca bu nitelikteki tanığın ifadesine dayanması durumunda yargılamalar detaylı incelemelere tabi tutulmalıdır (*Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 26766/05, 22228/06, 15/12/2011, §§ 119, 147; *Cevat Soysal/Türkiye*, B. No: 17362/03,23/9/2014, § 75).

32. AİHM, yukarıda bahsi geçen ilkelere ek olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve aynı maddenin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinin sanığa aleyhte ifade veren tanığın beyanlarına veya tanık ifadesinin alındığı sırada ya da yargılamanın daha sonraki bir aşamasında itiraz imkânı tanınması gerektiğini kabul etmektedir (*Van Mechelen ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 21363/93..., 23/4/1997, § 51; *Lüdi/İsviçre*, B. No: 12433/86, 15/6/1992, § 49; *Hümmer/Almanya*, B. No: 26171/07, 19/7/2012, § 38).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 2/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

34. Başvurucu; sanık S.K.nın mahkûmiyet kararına esas kabul edilen beyanlarının kendisinin bulunmadığı bir oturumda, SEGBİS vasıtası ile alındığını, diğer tanıklar N.Ö. ve Ç.D.nin soruşturma aşamasında beyanlarının alındığını, kovuşturma aşamasında dinlenmediğini, tanıkların duruşmada sorgulanmadığını, yüzleştirme ve teşhis işlemi yapılmadığını, şüpheye yer bırakmayacak şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmadığını, eksik inceleme ile hüküm kurulduğunu belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

35. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, Ş 16). Başvurucunun iddialarının tamamının adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkı yönünden incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

36. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

38. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinde bir suç ile itham edilen herkesin iddia tanıklarını sorguya çekme hakkının olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının *tanık sorgulama hakkını* da kapsadığının kabul edilmesi gerekir (*Serdar Batur*, B. No: 2014/15652, 24/5/2018, § 41).

39. Anayasa Mahkemesi, benzer iddiaların ileri sürüldüğü başvurulara ilişkin olarak birçok kararında tanık sorgulama hakkı ile ilgili ilkeleri belirlemiştir. Buna göre bir ceza yargılamasında sanığın aleyhine olan tanıkları sorguya çekme veya çektirme hakkı vardır. Hakkında gerçekleştirilen ceza yargılaması sürecinde sanığın tanıklara soru yöneltebilmesi, onlarla yüzleşebilmesi ve tanıkların beyanlarının doğruluğunu sınaıma imkânına sahip olması adil bir yargılamanın yapılabilmesi bakımından gereklidir. Diğer yandan bir mahkûmiyet -sadece veya belirleyici ölçüde- sanığın soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı bir kimse tarafından verilen ifadelere dayandırılmış ise sanığın hakları Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olur (*Atıla Oğuz Boyalı*, B. No: 2013/99, 20/3/2014, §§ 34-56; *Az. M.*, B. No: 2013/560, 16/4/2015, §§ 46-67; *Levent Yanlık*, B. No: 2013/1189, 18/11/2015, §§ 67-77; *İsmet Özkurul*, B. No: 2013/7582, 11/12/2014, §§ 44, 45).

40. Somut bir yargılama öncesinde veya haricinde elde edilen tanık ifadelerinin delil olarak kabulünün yargılamanın adilliğine zarar verip vermediğini değerlendirmek için iki aşamalı bir test uygulanmalıdır. İlk olarak tanığın mahkemede hazır edilmemesi geçerli bir nedenin

Adil Yargılanma Hakkı

mevcudiyetine dayanmalıdır. İkinci olarak ise okunmasıyla yetinilen ifadenin karara götüren tek ya da belirleyici kanıt olması hâlinde savunma haklarının adil yargılanmanın gerekleriyle bağdaşmayacak ölçüde sınırlandırılıp sınırlandırılmadığına bakılacaktır (Abdurrahim Balur, B. No: 2013/5467, 7/1/2016, § 80).

41. Nitekim bu anayasal gereklilikler ilgili usul kanunlarında da belirtilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 210. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre de olayın delili bir tanığın açıklamalarından ibaret ise bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçemez. Yargılama konusu olayla ilgili sadece bir tanığın beyanından başka bir delilin bulunmadığı hâllerde bu tanığın duruşmada mutlaka dinlenilmesi gerektiği ifade edilerek doğrudan doğruyalık ilkesine açık bir vurgu yapılmıştır. Dolayısıyla olayın tek delilinin bir tanığın açıklamalarından ibaret olması hâlinde 5271 sayılı Kanun'un 211. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca, bu tanığın duruşmada dinlenmesi yerine önceki beyanlarının okunması ile yetinilebilmesi mümkün değildir (Az. M., § 58).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

42. Somut olayda başvuru ile birlikte aynı suçlardan yargılanmakta olan S.K.Mahkemece verilen yakalama kararı uyarınca Adıyaman'da yakalanmıştır. Kolluk kuvvetlerince Adıyaman Cumhuriyet Başsavcılığında hazır edilen S.K., SEGBİS vasıtasıyla Mahkemece dinlenmiştir.

43. Aynı suçtan yargılanmakta olan S.K. Mahkemeye savunmasını yaptığı sırada, müştekiye karşı işlenen suçlara yönelik anlatımında başvuru aleyhine beyanda bulunmuştur. Dolayısıyla S.K.nın beyanları yönünden başvuru hakkına ilişkin güvencelerden yararlanması gerektiği açıktır (bkz. § 29).

44. Aleyhinde beyanda bulunan S.K. isimli tanığı başvuru hakkına sahip bulunmadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu durumda başvuru hakkının hazır bulunmadığı bir duruşmada S.K.nın SEGBİS yoluyla dinlenmesinin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı

incelenmelidir. Mahkeme, sanık olan S.K.nın yakalanmasına karar vermiş ancak S.K.nın duruşmada sorgulanamamasının geçerli bir nedeni olup olmadığını belirtmemiştir. Dolayısıyla başvuruçunun tanık sorgulama imkânından yararlandırılmamasının *gereğcelendirilmesi yükümlülüğü* kamu makamları tarafından yerine somut olayda getirilmemiştir.

45. Tanık S.K.nın Mahkemede hazır edilmemesinin geçerli bir nedeninin bulunmamasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediği irdelenmelidir. Bu bağlamda öncelikle tanık S.K.nın beyanlarının tek veya belirleyici delil olup olmadığına bakılmalıdır.

46. Başvuru formu ile eklerinin, UYAP aracılığıyla erişilen bilgi ve belgelerin incelenmesi neticesinde soruşturma aşamasında bilgisine başvuruçunun Ç.D. isimli tanığın başvuruçunun hakkında herhangi bir beyanda bulunmadığı anlaşılmaktadır. Tanık N.Ö. ise başvuruçunun sanıklardan H.Ş.nin akrabası olduğunu, bir süre sanık H.Ş. ve S.K. ile birlikte kaldığını beyan etmiş ve başvuruçuya ait olduğunu belirttiği telefon numarasını bildirmiştir (bkz. § 11). Mahkûmiyet kararında, müştekinin şikâyet dilekçelerinde şüphelilere ulaşılması için bildirmiş olduğu telefon numaraları ile ilgili olarak GSM şirketlerine yazılan yazılara verilen cevaplar neticesinde müştekinin bildirdiği 0537... numaralı hattın başvuruçunun adına kayıtlı olduğunun tespit edildiği, müşteki ile yapılan telefon görüşmelerinde başvuruçunun adına kayıtlı numaranın kullanıldığı belirtilmiştir. Ayrıca tanıkların başvuruçunun suç yeri olan adreste sanıklarla birlikte ikamet ettiğini bilmeleri, başvuruçunun da sanıklarla birlikte aynı evde bir süre kaldığını doğrulaması hususları ile tanık S.K.nın SEGBİS vasıtasıyla başvuruçunun aleyhine verdiği beyana dayanılarak mahkûmiyet sonucuna ulaşıldığı anlaşılmaktadır. Mahkeme S.K.nın beyanının ağırlığı ile ilgili olarak herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Ancak Mahkemenin dayandığı diğer hususlar S.K.nın beyanı ile anlam kazanmıştır. Dolayısıyla gerekçenin bütünü dikkate alındığında mahkûmiyet hükmü kurulmasında S.K.nın beyanlarının belirleyici olduğu değerlendirilmiştir.

47. Son olarak S.K.nın duruşmada sorgulanamamasının başvuruçunun adil yargılanma hakkı üzerinde oluşturduğu kısıtlamayı telafi eden

Adil Yargılanma Hakkı

karşıt-dengeleyici imkânların başvuruca sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir. Mahkeme, savunması sırasında başvuruca aleyhinde beyanda bulunan S.K.nın beyanlarını duruşmada okumuştur. Başvuruca, bu beyanlara karşı itirazlarını ve savunmasını sözlü ve yazılı olarak yapabirmiştir. Ayrıca başvuruca, olayları kendine göre anlatma fırsatı bulmuştur. Tüm bu hususların telafi edici imkânlar olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak müşteki H.B. 22/12/2014 tarihinde Mahkemedeiki beyanında başvurucaunun olay yerinde olmadığını, atılı suçları işleyenler arasında bulunmadığını ifade etmiştir (bkz. § 16). Müştekinin bu beyanı da dikkate alındığında belirtilen hususların başvurucaunun savunma hakkına yönelik kısıtlamayı telafi edecek nitelikte olmadığı değerlendirilmiştir. Dolayısıyla somut olayda duruşmada sorgulanmayan tanığın ifadesine dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediğı sonucuna ulaşılmıştır.

48. Sonuç olarak başvurucaya beyanları mahkûmiyette belirleyici ölçüde esas alınan tanığı sorgulama imkânı verilmediğinden başvurucaunun tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

49. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

50. Başvurucu, ihlalin tespit edilerek sonuçlarının ortadan kaldırılması talebinde bulunmuştur.

51. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

52. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

53. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin

Adil Yargılanma Hakkı

Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

54. İncelenen başvuruda S.K.nın başvuru tarafından duruşmada sorgulanamaması nedeniyle tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

55. Bu durumda tanık sorgulama hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Buna göre yapılacak yeniden yargılama ise 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştırılan nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Manavgat 2. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2014/141, K.2016/152) gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

56. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Tanık sorgulama hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki tanık sorgulama hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin tanık sorgulama hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Manavgat 2. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2014/141, K.2016/152) GÖNDERİLMESİNE,

D. 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 2/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

BÜNYAMİN UÇAR BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/32004)

Karar Tarihi: 3/6/2020

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Muammer TOPAL Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Tuğba TUNA IŞIK
Başvurucu	: Bünyamin UÇAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, iptal davasında delil olarak kullanılan gizli bilgi ve belgelerden haberdar edilmeme sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 10/8/2017 ve 11/8/2017 tarihlerinde yapılmıştır.
3. Başvurular, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Kişi yönünden tespit edilen hukuki irtibat nedeniyle 2017/32009 numaralı bireysel başvurunun 2017/32004 numaralı bireysel başvuru ile birleştirilerek incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucunun 2015 yılı Jandarma Genel Komutanlığı Dış Kaynaktan Sözleşmeli Subay Temini Sınavı ile Kara Kuvvetleri Komutanlığı Dış Kaynaktan Muvazzaf Astsubay Temini Sınavı'nda başarılı olduktan sonra güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması raporunun (güvenlik soruşturması) olumsuz olduğundan bahisle işlemlerinin sonlandırılmasına karar verilmiştir.

10. Başvurucu, işlemlerinin sonlandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Ankara 13. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) Jandarma Genel Komutanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı (Bundan böyle İdareler olarak anılacaktır.) aleyhine iki ayrı dava açmıştır. Başvurucu, dava dilekçesinde güvenlik soruşturmasının -kanaatine göre- kendisi ile ilgili olmadığını, babasına ilişkin iddialarla ilgili olabileceğini belirtmek suretiyle iddialarını öne sürmüştür.

11. İdarelerin yargılama sırasında Mahkemeye sundukları savunmalarında, dava konusu işlemlerin iptal sebebi olarak başvurucunun güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğunun belirtildiği fakat içeriğine ilişkin bir bilginin yer almadığı tespit edilmiştir. Başvurucu, İdarelerin savunmalarına karşı verdiği cevap dilekçesinde güvenlik soruşturmasının olumsuz olarak değerlendirilmesine sebep olan bilgilerin ne/neler olduğunun İdarelerin savunmaya ilişkin beyanlarında belirtilmediğini vurgulamıştır.

12. Mahkemenin 29/4/2016 tarihli ara kararları ile davalı İdarelerden dava konusu işlem ve işleme dayanak teşkil eden tüm bilgi ve belgelerin gönderilmesinin istenmesi üzerine Jandarma Genel Komutanlığı tarafından 2/6/2016 tarihli, Millî Savunma Bakanlığı tarafından ise 31/5/2016 tarihli ve "gizli" ibareli belgelerin Mahkemeye sunulduğu anlaşılmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

13. Mahkeme; her iki davayı da İdarelerce dava dosyasına sunulan, başvuru hakkında düzenlenen "gizli" ibareli belge ekinde güvenlik soruşturmasına ilişkin bilgi ve belgelere dayanarak reddetmiştir. Mahkeme karar gerekçesinde, başvuruçunun güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğunu ifade etmiş; davalı İdarelerin ülkenin en hassas kurumları olduğuna da vurgu yaparak başvuruçunun davalı İdareler bünyesinde çalışmasının sakıncalı olup olmadığını belirlemek konusunda İdarelerin geniş takdir yetkisi olduğunu belirtmiştir.

14. Başvuruçunun, Mahkemenin ret kararına karşı güvenlik soruşturmasının içeriği hakkında kendisinin bilgilendirilmediği için hak arama özgürlüğünün engellendiği ve mahkeme kararının hukuka aykırı olduğu iddiasıyla Ankara Bölge İdare Mahkemesine (Bölge İdare Mahkemesi) istinaf başvurusunda bulunmuştur. Bölge İdare Mahkemesi istinaf başvurularının reddine karar vermiştir.

15. Nihai kararlar başvuruçuya 14/7/2017 ve 7/8/2017 tarihlerinde tebliğ edilmiş, başvuruçunun 10/8/2017 ve 11/8/2017 tarihlerinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

16. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "Dosyaların incelenmesi" kenar başlıklı 20. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

...

Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı

devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir. (Ek Cümle: 10/6/1994-4001/10 md.) Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

17. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

“Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda karar verecek olan,... bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir...”

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

18. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *medeni hak ve uyuşmazlıklar* kolunun kamu personeline ilişkin davalarda uygulanabilirliğine ilişkin son içtihadını *Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya* (B. No: 63235/00, 19/4/2007, §§ 39-64) kararında belirlemiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“62. Özet olarak, savunmacı devletin, Mahkeme önünde, 6. maddenin korumasından mahrum bırakmak amacıyla bir başvuranın, memur statüsünü öne sürebilmesi için, iki koşul bir araya gelmelidir. İlk olarak, ilgili devletin iç hukuku, söz konusu görev ya da çalışan kategorisi için, mahkemeye erişimi yasaklamış olmalıdır....”

19. Kural olarak başvuruçular, davanın karşı tarafına tanınan bir avantajın kendilerine zarar vermiş olduğunu veya bu durumdan olumsuz etkilendiklerini ispat etmek zorunda değildir. Taraflardan birine tanınan, diğerine tanınmayan avantajın fiilen olumsuz bir sonuç doğurduğuna dair delil bulunmasa da silahların eşitliği ilkesi ihlal edilmiş sayılır(*Zagorodnikov/Rusya*, B. No: 66941/01, 7/6/2007, § 30).

20. *Hakkaniyete uygun yargılanmanın* temel unsuru, yargılamanın *çelişmeli* olması ve taraflar arasında *silahların eşitliğinin* sağlanmasıdır (*Rowe ve Davis/Birleşik Krallık* [BD], B. No: 28901/95, 16/2/2000, § 60).

Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara, dava dosyasındaki belgeler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkını tanımayı, bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda mahkemece tarafların dinlenmemesi, taraflara delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hâle gelmesine neden olabilecektir (*Feldbrugge/Hollanda*, B. No: 8562/79, 29/5/1986, § 44).

21. AİHM, hükme esas olan ve gizli olduğu belirtilen belgelere tarafların erişiminin kısıtlanmasını ihlal sebebi saydığı birçok karardan biri olan *Miran/Türkiye* (B. No: 43980/04, 21/4/2009) kararında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görülen davada “gizli” ibareli belgelere başvuranın erişiminin imkânsız olmasına ilişkin şikâyet yönünden Sözleşme’nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, benzer bir kararında *gizli* ibareli belgelere erişimin sağlanmamasının silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle Sözleşme’nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ihlal edildiğine hükmetmiştir (*Güner Çorum/Türkiye*, B. No: 59739/00, 31/10/2006, §§ 21-30).

22. Sözleşme’nin 6. maddesinde davada kullanılan delillerin ispat güçleri ile ilgili bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte AİHM de delillerin kabul edilebilirliği ile ilgili olarak somut davada kullanılan delillerin “silahların eşitliği” ve “çelişmeli yargılama” ilkeleri gözetilerek tartışılıp tartışılmadığını ya da söz konusu delillerin yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmamasına etkisini değerlendirmekte (*Tamminen/Finlandiya*, B. No: 40847/98, 15/6/2004, §§ 40, 41; *Barberà, Messegué ve Jabardo/İspanya*, B. No: 10590/83, 6/12/1988, §§ 68, 81-89) ve birçok kararında Sözleşme’nin 6. maddesinin adil yargılanma hakkını güvence altına almakla beraber öncelikli olarak ulusal hukuk bağlamında düzenlenmesi gereken bir konu olan delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin bir kural ortaya koymadığını belirtmektedir (*Schenk/İsviçre*, B. No: 10862/84, 12/7/1988, §§ 45, 46; *Desdel Türkiye*, B. No: 23909/03, 1/2/2011, § 124).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

23. Mahkemenin 3/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

24. Başvurucu; güvenlik soruşturmasının içeriğinin ne olduğu konusunda bilgi sahibi olmadığını, Mahkemeden raporun içeriği ile ilgili bilgilendirilmek istemesine rağmen talebinin yerine getirilmediğini ifade etmektedir. Başvurucu; babasının siyasi faaliyetleri sebebiyle işlemlerin sonlandırıldığını tahmin ettiğini fakat ceza sorumluluğunun şahsi olduğunu, benzer durumdaki kişilerin başarılı sayıldığını belirtmektedir. Başvurucu, belirtilen gerekçelerle adil yargılanma ve kamu hizmetine girme hakları ile eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

B. Değerlendirme

25. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

26. Anayasa'nın 5. maddesi şöyledir:

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

27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

28. Başvurucunun iddiasının özü, subaylık sınavlarında başarılı olmasına rağmen işlemlerinin sonlandırılmasına ilişkin işlemin iptali davasında Mahkeme tarafından gerekçeye esas alınan güvenlik soruşturmasının içeriğinden haberdar edilmemesidir. Başvurucunun bu sebeplerle iddia hakkında bilgi sahibi olma, karşı tez ve delillerini sunma hakkından yoksun bırakıldığı iddiaları nedeniyle başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamındaki silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri yönünden incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Uygulanabilirlik Yönünden

29. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

30. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme, bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına "adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesinde "değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı[nın] metne dahil" edildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesine söz konusu ibarenin eklenmesinin amacının Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır (*Yaşar Çoban [GK]*, B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 54). Bu itibarla Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği belirlenirken Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ve buna ilişkin AİHM içtihadının da gözönünde bulundurulması gerekir (*Onurhan Solmaz*, § 22).

31. Anayasa Mahkemesi; Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin "*medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların*" ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğunu belirterek hakkın kapsamının bu konularla sınırlandırıldığını, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için başvurusunun

ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyuşmazlığın tarafı olması ya da başvuruca yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiğini belirtmiştir (*Adnan Oktar*, B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21).

32. Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının medeni hak ve yükümlülüklerin karara bağlanmasıyla ilgili bir yargılama usulünde uygulanabilmesi için öncelikle ortada bir *uyuşmazlığın* bulunması gerektiğini belirterek AİHM ile benzer ilkeleri benimsemiştir (*İsmail Taşpınar*, B. No: 2013/3912, 6/2/2014, § 21).

33. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *medeni hak ve uyuşmazlıklar* kolunun kamu personeline ilişkin davalarda uygulanabilirliğine ilişkin son içtihadı olan *Vilho Eskelinen* kararında ilk şartın ilgili devletin iç hukukunda mahkemeye erişimin yasaklanmamış olması gerektiği belirtilmiştir (bkz. § 18).

34. Bireysel başvuruya konu olayda başvuruca'nın muvazzaf astsubay temini sınavlarında başarılı olduktan sonra güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğundan bahisle işlemlerinin sonlandırılmasına ilişkin işlemlerin dava konusu edildiği görülmektedir.

35. Başvuruca konu işlemin hukukumuzda dava edilebilirliğinin önlenmesine ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi başvuruca'nın davasının Mahkeme tarafından esasın incelenmek üzere karar verildiği tespit edildiğinden ihlal iddialarının konusunun Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının kapsamında yer aldığı kabulü ile adil yargılanma hakkının güvencelerinin somut başvuruya uygulanmasının kabulü gerekir.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

36. Başvuruca'nın güvenlik soruşturması sonucunda elde edilen ve Mahkemenin kararında gerekçe olarak dayanan bilgilerin içeriği konusunda bilgi sahibi olmadığına ilişkin iddialarının açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşıldığından silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Esas Yönünden

37. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes *iddia*, *savunma* ve *adil yargılanma* hakkına sahiptir. Anayasa'nın anılan maddesinde adil yargılanma hakkından ayrı olarak *iddia* ve *savunma* hakkına birlikte yer verilmesi, taraflara *iddia* ve savunmalarını mahkeme önünde dile getirme fırsatı tanınması gerektiği anlamını da içermektedir (*Mehmet Fidan*, B. No: 2014/14673, 20/9/2017, § 37).

38. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri de silahların eşitliği ilkesidir. Silahların eşitliği ilkesi davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin *iddia* ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. Ceza davalarının yanı sıra medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklara ilişkin hukuk davalarında ve idari davalarda da bu ilkeye uyulması gerekir (*Mustafa Tuğrul*, B. No: 2013/657, 28/11/2014, § 32).

39. Çelişmeli yargılama ilkesi, silahların eşitliği ilkesi ile yakından ilişkili olup bu iki ilke birbirini tamamlar niteliktedir. Zira çelişmeli yargılama ilkesinin ihlal edilmesi durumunda davasını savunabilmesi açısından taraflar arasındaki denge bozulacaktır. Çelişmeli yargılamanın medeni haklara ilişkin davalarda da kabul ediliyor olması, medeni bir hakka ilişkin yargılamada tarafların duruşmada hazır bulunması da dâhil olmak üzere yargılamanın bütününe aktif olarak katılmalarını gerektirir (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 25).

40. Derece mahkemeleri nezdindeki yargılamalarda izlenen delil kuralları ve bunların yorumlanması kural olarak belirtilen hususların değerlendirilmesi açısından daha elverişli konumda olan söz konusu mahkemelere aittir. Bununla birlikte delillerin incelenme ve değerlendirilme yönteminin açık bir hakkaniyetsizlik veya keyfîlik ihtiva etmesi ya da bu değerlendirmelerin *silahların eşitliği* ve *çelişmeli yargılama* ilkeleri gözetilerek yapılmaması durumunda adil yargılanma hakkının gereklerine uygun bir delil değerlendirilmesinden söz edilemez (*İsmail Ediş*, B. No: 2012/354, 31/12/2014, § 34).

41. Öte yandan adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri mutlak değildir. Bazı durumlarda birtakım zorunluluklar veya daha üstün değerdeki bir kamusal yarar gözetilerek bu ilkelerin gereklerinin belli ölçüde yumuşatılması ve bunlara aykırı tedbirler alınması mümkündür. Dolayısıyla çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı işlemlerin yapılması tek başına adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaz. Sözü edilen ilkelere aykırı işlemlerin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden söz edilebilmesi için bu aykırılığın bir bütün olarak bakıldığında yargılamanın hakkaniyetini zedelemiş olması gerekir (*Hacı Karabulut*, B. No: 2017/14871, 9/10/2019, § 32).

42. Çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırılığın yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediği değerlendirilirken yargılamanın bütününe bakılması gerekmektedir. Bu çerçevede çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırılığın sonuçlarının yargılamanın ilerleyen safhalarında giderildiği veya en azından giderilme imkânının bulunduğu hâllerde söz konusu aykırılığın bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetinin zedelediği sonucuna ulaşılamayacak ve bu durumda adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilemeyecektir (*Hacı Karabulut*, § 33).

43. Başvuru konusu olayda başvuru, sözleşmeli subaylık ve muvazzaf astsubay temini sınavlarında başarılı olmasına rağmen güvenlik soruşturmasının olumsuz olduğu gerekçesiyle işlemlerinin sonlandırılmasına ilişkin işlemlerin iptali talebiyle dava açmıştır. Başka bir deyişle dava konusu işlemin temelinde güvenlik soruşturmasının içeriği yer almaktadır. Başvurucunun güvenlik soruşturmasına ilişkin savunmalarını yapabilmek ve iddialarını ileri sürebilmek açısından güvenlik soruşturmasının içeriğinden haberdar olması büyük önem taşımaktadır. Aksi durumda başvuru, İdarelerin güvenlik soruşturmasının içeriğine dayanarak tesis ettikleri işlem ve dosya içeriğindeki savunmalar karşısında zayıf ve dezavantajlı bir konuma düşeceği açıktır.

44. Başvurucu, dava dilekçesinde İdarelerin savunmasına karşı sunduğu cevap dilekçesinde ve davanın reddi üzerine istinaf istemli

Adil Yargılanma Hakkı

dilekçesinde güvenlik soruşturması içeriğinden haberdar olmadığını vurgulamıştır. Başvurucunun çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı bir uygulamaya maruz kaldığı açıktır. Ancak bu aykırılığın adil yargılanma hakkı bakımından bir ihlale yol açtığıнын söylenebilmesi için bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediği değerlendirilmelidir.

45. Somut olayda Mahkemece davalı İdarelerden işlemlere esas alınan bilgi ve belgelerin gönderilmesinin talep edilmesine karar verilmesi üzerine başvuru hakkında gizli ibareli bilgi ve belgeler İdareler tarafından dava dosyasına sunulmuştur. Mahkeme de gizli ibareli olarak sunulan belgeleri esas almak suretiyle davanın reddine karar vermiştir. Dava dosyalarının Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi üzerinden incelenmesi sonucunda davalı İdareler tarafından dava dosyasına sunulan gizli ibareli belgelerin başvurucuya bildirildiğine veya incelettirilme imkânı verildiğine dair herhangi bilgi ya da belgeye rastlanmamıştır. Mahkeme tarafından gizli ibareli bilgi ve belgelerin başka şahıs ve makamların özel bilgileri ile şeref, haysiyet ve güvenliğinin korunması veya idarenin soruşturma metotlarının gizli tutulması ya da benzeri haklı görülebilecek hususlar nedeniyle başvurucuya verilmediğini gösterecek hiçbir argümanın ortaya konulmadığı değerlendirilmiştir. Ayrıca anılan belgelerin başvurunun incelemesine açılmayacağına ilişkin herhangi bir karar alınmadığı ve bu belgelerden başvurunun haberdar edilmediği tespit edilmiştir. Belirtilen nedenlerle davalı İdareler tarafından sunulan ve mahkeme kararlarında hükme esas alınan gizli ibareli belgelere karşı başvurucuya savunma yapma imkânı verilmemesi nedeniyle başvurunun silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

46. Açıklanan gerekçelerle başvurunun Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

4. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

47. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

48. Başvurucu, maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

49. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

50. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

51. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili

Adil Yargılanma Hakkı

mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

52. İncelenen başvuruda yargılama süreci içinde silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

53. Bu durumda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

54. İhlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasının yeterli giderim sağlayacağı sonucuna varıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

55. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 515 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 13. İdare Mahkemesine (E.2016/1665, K.2016/5348; E.2016/1666, K.2016/5349) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 515 TL başvuru harcından oluşan yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 3/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

FERHAT KARA BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2018/15231)

Karar Tarihi: 4/6/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

- Başkan** : Zühtü ARSLAN
- Başkanvekili** : Hasan Tahsin GÖKCAN
- Başkanvekili** : Kadir ÖZKAYA
- Üyeler** : Serdar ÖZGÜLDÜR
Burhan ÜSTÜN
Engin YILDIRIM
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Yıldız SEFERİNOĞLU
Selahaddin MENTEŞ
- Raportörler** : Akif YILDIRIM
Hüseyin Özgür SEVİMLİ
Aydın ŞİMŞEK
- Başvurucu** : Ferhat KARA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; ByLock isimli program verilerinin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi, mahkûmiyet kararında tek veya belirleyici delil olarak bu verilere dayanılması ve dijital verilerin mahkeme huzuruna getirilmemesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/4/2018 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca adil yargılanma hakkı dışındaki iddialar yönünden kabul edilemezlik kararı verilmiş, başvurunun adil yargılanma hakkına ilişkin kısmının kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına ve başvurucunun adli yardım talebinin kabulüne karar verilmiştir.

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

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

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

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

A. Genel Açıklamalar

1. Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanmasının Faaliyetleri ve Özellikleri

10. Türkiye'de Fetullah Gülen tarafından kurulan, 1960'lı yıllardan itibaren faaliyette bulunan ve uzun yıllar boyunca dinî bir grup olarak nitelenen bir yapılanma mevcuttur. Bu yapılanma süreç içinde "Cemaat", "Gülen Cemaati", "Fetullah Gülen Cemaati", "Hizmet Hareketi", "Gönüllüler Hareketi" ve "Camia" gibi isimlerle anılmıştır (Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, § 22).

11. Anılan yapılanma süreç içinde özellikle kamu kurum ve kuruluşlarında örgütlenmiş; bunun yanı sıra başta eğitim ve din olmak üzere farklı sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda yasal faaliyetlerde bulunmuş; bu faaliyetler dolayısıyla sahip olduğu dershaneler, okullar, üniversiteler, dernekler, vakıflar, sendikalar, meslek odaları, iktisadi kuruluşlar, finans kuruluşları, gazeteler, dergiler, televizyon ve radyo kanalları, internet siteleri, hastaneler aracılığıyla sivil alanda önemli bir etkinliğe ulaşmıştır. Bu faaliyetlerin yanında bazen bu yasal kuruluşların içinde gizlenmiş olan, bazen de yasal yapıdan tamamen farklı şekilde konumlanan ve hareket eden, özellikle de kamusal alana yönelik faaliyetlerde bulunan illegal bir yapılanma söz konusudur (Aydın Yavuz ve diğerleri, § 26; Mustafa Baldır, B. No: 2016/29354, 4/4/2018, § 75).

12. Buna karşılık hareket tarzı ve icraatları öteden beri toplumda tartışma konusu olan bu yapılanmanın örgütlenmesi ve faaliyetlerine ilişkin olarak özellikle 2013 yılı sonrasında pek çok soruşturma ve kovuşturma yürütülmüştür. Bu kapsamda bu yapılanmaya mensup kişilerin -yapılanmanın amaçları doğrultusunda- suç delillerini yok etme, devlet kurumlarının ve üst düzey devlet görevlilerinin telefonlarını dinleme, devletin istihbarat faaliyetlerini deşifre etme, kamu görevine giriş veya görevde yükselme sınavlarına ilişkin soruları önceden elde edip mensuplarına verme gibi eylemlerde buldukları belirlenmiştir. Soruşturma ve kovuşturma belgelerinde, yapılanma "Fetullahçı Terör Örgütü" (FETÖ) ve/veya "Paralel Devlet Yapılanması" (PDY) olarak isimlendirilmiştir (Aydın Yavuz ve diğerleri, §§ 22, 27).

13. Çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirlerinin uygulandığı bu soruşturma ve kovuşturmaların genelinde FETÖ/PDY'nin bir terör yapılanması olduğuna değinilmiş ve haklarında dava açılan kişilerin bir kısmının -diğer suçların yanı sıra- silahlı terör örgütü kurma, yönetme veya üyesi olma ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme suçlarından cezalandırılması talep edilmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 28).

14. Bu çerçevede *Şemdinli, Ergenekon, Balyoz, Askerî Casusluk, Devrimci Karargâh, Oda TV ve Şike* davaları gibi kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan birçok davanın -FETÖ/PDY'nin amaçları doğrultusunda- başta Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) olmak üzere farklı kamu kurum ve kuruluşlarındaki örgüt mensubu olmayan kamu görevlilerini tasfiye etmek ve farklı sivil çevrelerde örgütün çıkarlarına aykırı davrandığını düşündüğü kişileri etkisizleştirmek amacıyla kullanıldığı ileri sürülmüştür (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 29). Bu davaların bir kısmındaki usulsüzlük iddiaları Anayasa Mahkemesinin ihlal kararlarına da konu olmuştur (ilgili kararların bir kısmı için bkz. *Sencer Başat ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014; *Yavuz Pehlivan ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/2312, 4/6/2015; *Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015).

15. Yine FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları belirtilen savcı ve hâkimler ile kolluk görevlileri tarafından bazı siyasiler ve bunların yakınları ile kamuoyunun tanıdığı bir kısım iş adamı hakkında *yolsuzluk* yaptıkları iddiasıyla soruşturma başlatılmış ve 2013 yılının sonunda gerçekleştirilen operasyonlarda bu kişilerle ilgili bazı koruma tedbirlerinin uygulanmasına çalışılmıştır. Kamuoyunda *17-25 Aralık soruşturmaları* olarak bilinen bu operasyonlar, kamu makamları ile soruşturma mercileri ve yargı organları tarafından FETÖ/PDY'nin Hükûmeti devirmeye yönelik örgütsel bir faaliyeti olarak değerlendirilmiş; sonrasında bu operasyonlarda görev alan yargı mensupları ve kolluk görevlileri hakkında idari/adli tedbir ve yaptırımlara başvurulmuştur (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 30; *Hüseyin Korkmaz*, B. No: 2014/16835, 18/7/2018, § 76). Anayasa Mahkemesi de bu soruşturma süreçlerinde görev alan bazı emniyet görevlileri ve onların tahliyesine karar veren yargı mensupları hakkında uygulanan tutuklama tedbirlerinin hukuki olduğuna dair çok sayıda karar vermiştir (ilgili kararların bir kısmı için bkz. *Hikmet Kopar*

Adil Yargılanma Hakkı

ve diğerleri [GK], B. No: 2014/14061, 8/4/2015, §§ 74-87; *Mehmet Fatih Yiğit ve diğerleri*, B. No: 2014/16838, 9/9/2015, §§ 62-75; *Abdulkerim Anaçoğlu ve diğerleri*, B. No: 2014/15469, 17/7/2018, 46-66; *Mustafa Başer ve Metin Özçelik*, B. No: 2015/7908, 20/1/2016, §§ 134-161).

16. Ayrıca 1/1/2014 tarihinde Hatay'ın Kırıkhan ilçesinde, 19/1/2014 tarihinde ise Adana'nın Ceyhan ilçesi Sirkeli otoyol gişelerinde Millî İstihbarat Teşkilatına (MİT) ait yüklerin bulunduğu tırlar FETÖ/PDY ile bağlantılı oldukları belirtilen savcılar tarafından verilen talimatlar doğrultusunda bu yapılanmaya mensup oldukları ifade edilen kolluk görevlileri tarafından durdurulmuş ve tırların bir kısmında arama faaliyeti gerçekleştirilmiştir (anılan olaylar hakkında ayrıntılı bilgiler için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 12-50). MİT tırlarının durdurulması ve aranması eylemleri de kamu makamları, soruşturma mercileri ve yargı organları tarafından FETÖ/PDY ile bağlantılı olduğu belirtilen yargı mensupları ve kolluk görevlilerinin Türkiye Cumhuriyeti devletinin terör örgütlerine yardım ettiği şeklinde bir kamuoyu oluşturarak Hükûmet üyelerinin yargılanmasını sağlamak amacıyla örgütsel bir faaliyet olarak değerlendirilmiş, sonrasında bu operasyonlarda görev alan yargı mensupları ve kolluk görevlileri hakkında idari/adli tedbir ve yaptırımlara başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi de bu soruşturma süreçlerinde görev alan bazı yargı mensupları ile kolluk görevlileri hakkında uygulanan tutuklama tedbirlerinin hukuki olduğuna dair kararlar vermiştir (ilgili kararların bir kısmı için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğerleri*, §§ 198-244; *Gökhan Bakışkan ve diğerleri*, B. No: 2015/7782, 9/1/2019, §§ 43-60).

17. FETÖ/PDY'nin üst düzey yöneticileri hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma sonucunda düzenlenen 6/6/2016 tarihli iddianameyle Fetullah Gülen'in de aralarında olduğu yetmiş üç örgüt yöneticisi hakkında silahlı terör örgütü kurdukları ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs ettikleri iddiasıyla birçok suçtan cezalandırılmaları istemiyle kamu davası açılmıştır. İddianamede örgütün millî güvenlik üzerinde oluşturduğu tehdide ilişkin olarak kapsamlı tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuş, bu bağlamda FETÖ/

PDY ile mücadelenin devlet için artık varlık yokluk meselesi hâline geldiğine değinilmiştir (*Aydın Yavuz ve diğçerleri*, § 31).

18. Öte yandan FETÖ/PDY'nin millî güvenlik üzerinde oluşturduğu tehdit devletin güvenlik birimlerinin karar, açıklama ve uygulamalarına da konu olmuştur. Bu bağlamda anılan yapılanmanın ülke güvenliği için tehdit olduğuna dair değçerlendirmeler Millî Güvenlik Kurulu (MGK) kararlarında da ifade edilmiştir. MGK, söz konusu yapılanmayı 2014 yılı başından itibaren sırasıyla "*halkımızın huzurunu ve ulusal güvenliğimizi tehdit eden yapılanma*", "*devlet içindeki illegal yapılanma*", "*kamu düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanma*", "*paralel devlet yapılanması*", "*terör örgütleriyle iş birliği içinde hareket eden paralel devlet yapılanması*" ve "*bir terör örgütü*" olarak kabul etmiştir. Söz konusu MGK kararları basın duyuruları aracılığıyla kamuoyuyla paylaşılmıştır. Ayrıca FETÖ/PDY 2014 yılında, Millî Güvenlik Siyaset Belgesi'nde "*Legal Görünümlü İllegal Yapılar*" başlığı altında "*Paralel Devlet Yapılanması*" adıyla yer almış; Jandarma Genel Komutanlığı ise 8/1/2016 tarihinde FETÖ/PDY'yi mevcut terör örgütleri listesine dâhil etmiştir (*Aydın Yavuz ve diğçerleri*, § 33).

19. Diğçer yandan başta yargı mensupları ve polisler olmak üzere çok sayıda kamu görevlisiyle ilgili olarak FETÖ/PDY ile bağlantıları dolayısıyla disiplin soruşturmaları yürütölmüş, birçok kamu görevlisi hakkında kamu görevinden çıkarma da dâhil olmak üzere disiplin yaptırımları veya idari tedbirler uygulanmıştır. Ayrıca FETÖ/PDY ile irtibatlı olduğu değçerlendirilen bazı ticari kuruluşlara, finans kuruluşlarına ve medya organlarına yönelik birtakım idari tedbirlere başvurulmuştur (ayrıntılı bilgi için bkz. *Aydın Yavuz ve diğçerleri*, §§ 34, 35).

20. Türkiye 15 Temmuz 2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmış, bu nedenle 21/7/2016 tarihinde ülke genelinde olağanüstü hâl ilan edilmesine karar verilmiş ve olağanüstü hâl 19/7/2018 tarihinde -yeniden uzatılmayarak- son bulmuştur. Kamu makamları ve yargı organları -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında FETÖ/PDY'nin olduğunu değçerlendirmiştir (darbe teşebbüsü ve arkasındaki yapılanmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Aydın Yavuz ve*

Adil Yargılanma Hakkı

diğerleri, §§ 12-25). Darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarındaki örgütlenmesinin yanı sıra eğitim, sağlık, ticaret, sivil toplum ve medya gibi farklı alanlardaki yapılanmasına yönelik olarak Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından soruşturmalar yürütülmüş; çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulanmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 51; *Mehmet Hasan Altan* (2) [GK], B. No: 2016/23672, 11/1/2018, § 12).

21. Yargı organları birçok kararda FETÖ/PDY'nin devletin anayasal kurumlarını ele geçirmeyi, sonrasında devleti, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi, oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmeyi amaçlayan, bu doğrultuda mevcut idari sisteme paralel şekilde örgütlenen bir terör örgütü olduğunu kabul etmiştir. Yargı organları kararlarında ayrıca FETÖ/PDY'nin gizlilik, hücre tipi yapılanma, her kurumda örgütlenmiş olma, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme gibi birçok özelliğinin bulunduğunu ve bu örgütün diğerlerine nazaran çok daha zor ve karmaşık bir yapı olduğunu ortaya koymuştur (FETÖ/PDY'nin genel özellikleri için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 26; yargı organlarındaki örgütlenme biçimi için bkz. *Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, § 22; *Alparslan Altan* [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018, § 11).

22. Örgütlenme şekli olarak gizliliği esas alan FETÖ/PDY'nin üyelerine telkin ettiği yöntemler, istihbarata karşı koyma olarak nitelendirilebilecek düzeyde güvenlik önlemleridir. Bu bağlamda FETÖ/PDY'nin kurucusu ve lideri olan Fetullah Gülen'in örgüt mensuplarına "*Hizmet bir namaz ise tedbir onun abdestidir. Tedbirsiz hizmet abdestsiz namaz gibidir.*" şeklinde talimat verdiği ifade edilmiştir. Gizliliği sağlamak üzere örgüt tarafından başvurulan yöntemler arasında -diğer pek çok terör örgütünde olduğu üzere- *kod adı* kullanmak da yer almaktadır. Soruşturma ve kovuşturma makamlarının tespitlerine göre FETÖ/PDY'nin deşifre olmamak için bir *tedbir* olarak iletişimde başvurduğu temel yöntem yüz yüze görüşmedir, bunun mümkün olmadığı durumlarda ise kripto programlar üzerinden iletişimidir. Örgüt liderinin "*Telefonla görüşme yapanlar hizmete ihanet etmiş*

olur.” şeklindeki talimatı nedeniyle telefonla olağan usulde örgütsel görüşme yapılması yasaktır (bu konuda detaylı bilgi için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin -ilk derece- 28/3/2019 tarihli ve E.2018/12, K.2019/45 sayılı kararı). Bu nedenle örgütsel iletişimde kullanılmak üzere güçlü kriptolu programlar geliştirilmiştir.

2. ByLock'a İlişkin Kavramsal Açıklamalar

23. FETÖ/PDY'nin örgütsel haberleşme için oluşturduğu ve örgüt mensuplarınca kullanılan iletişim yöntemlerinden birinin ByLock uygulaması olduğu özellikle darbe teşebbüsünden sonra örgütle bağlantılı soruşturma ve kovuşturmalarda tespit edilmiştir. FETÖ/PDY ile bağlantılı suçlardan yargılanan kişilerin önemli bir kısmı hakkında verilen mahkûmiyet kararlarında delil olarak kullanılması nedeniyle ByLock programıyla ilgili verilerin elde edilmiş şekli ile anılan programın yapısı ve genel özelliklerine ilişkin değerlendirmelerin daha kolay anlaşılabilmesi bakımından öncelikle *IMEI numarası, genel ve özel IP numarası, user-ID* gibi terimlerin neyi ifade ettiğinin bilinmesi gerekmektedir (bu konudaki bilgiler Yargıtay 9. Ceza Dairesinin -ilk derece- 14/2/2019 tarihli ve E.2017/45, K.2019/11 sayılı kararından ve Emniyet Genel Müdürlüğünün Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına sunduğu *”ByLock Örgüt İçi Haberleşme Uygulaması Analiz Raporu”*ndan [ByLock Analiz Raporu] yararlanılarak ifade edilmiştir).

i. *IMEI numarası*: İngilizce *”international mobile equipment identity”* kavramının kısaltılması olup *”uluslararası mobil cihaz kodu”* anlamına gelmektedir. Cep telefonu, tablet ve bilgisayar gibi internete bağlanma özelliği bulunan cihazların eşsiz/tekil bir IMEI kodu vardır ve bu kod o cihazın parmak izi gibidir. IMEI kodu, 14 haneli bir sayıdan oluşmakta ve yeni nesil cihazlarda yer alan bir SV koduyla 16 haneye çıkarılabilmektedir. IMEI kodunun açılımı IMEI: AA-BBBBBB-CCCCC-D'dir (veya DD). Buna göre;

- (A) ve (B) harfleri, tür bölüştürme kodunu (TAC) ifade eder. Bu kod, her cep telefonu ya da 3G bağlantı özelliğine sahip cihazın sadece marka ve modelini tanımladığı için eşsiz/tekil olmayan bir numaradır (örneğin iPhone 5'in TAC kodu 01-332700, Samsung Galaxy S2'nin TAC kodu ise 35-853704'tür).

Adil Yargılanma Hakkı

- (C) harfi, söz konusu cihaz için üretici tarafından belirlenen ve eşsiz/tekil bir seri numarayla temsil eder. Cihazın asıl kimliğini 6 haneli olan bu rakam grubu oluşturur. (D) (veya DD) harfi ise genellikle yeni nesil cihazlarda IMEI numarasının 15. ve 16. hanesi olarak yer alan SV kodudur ve cihazı tanımlayıcı herhangi bir değeri bulunmamaktadır. Bu bağlamda IMEI numaralarının tespitine yönelik bazı iddiaların anlaşılabilirliği bakımından özellikle yurt dışından kaçak yollarla getirilen akıllı telefonların ülkemizde sorunsuz olarak kullanılabilirliği için eski model telefonların IMEI numaralarının bu şekilde getirilen cihazlara kopyalandığı gözardı edilmemelidir. Bu şekildeki bir cihazın operatör kayıtlarında kendi IMEI numarası değil diğer cihazdan kopyalanan IMEI numarası görünür hâle gelmektedir. Dolayısıyla söz konusu telefonun ByLock programının indirilip kullanılabilir düzeyde teknolojiye sahip olmadığı iddialarının gerçekliği, IMEI numarasının kopyalanma olasılığına göre araştırılmaktadır.

ii. *IP Numarası (IP)*: İngilizce "*internet protocol*" kavramının baş harflerinden oluşmuştur. Bu adres, internete doğrudan bağlanan her bilgisayara -bulunduğu ülkeye ait IP aralığında- atanmış o cihazın hangi servis sağlayıcısı veya ağı kullandığını ve internete nereden bağlandığını belirleyen, cihazın eşsiz/tekil kimlik numarasıdır. İnternet servis sağlayıcısı, internete bağlanan her cihaza benzersiz bir IP adresi tanımlar. IP adresi aynı zamanda bir dijital aygıtın bir başka dijital aygıtla da internet aracılığıyla iletişime geçmesini sağlar.

iii. *Hedef IP*: İnternet erişiminin yapıldığı sunucunun IP adresidir. *Hedef port* ise internet erişimi yapılan sunucunun erişilen port numarasıdır. Soruşturma makamlarının tespitine göre ByLock sunucusunun hedef portu 443'tür.

- IP adresleri kendi içinde *statik ve dinamik* olmak üzere ikiye ayrılır: Statik IP adresi -ADSL abonelerine verilenlerde olduğu şekliyle- hiçbir zaman değişmeyen kalıcı bir IP adresidir. Statik IP adresleri bilgisayara bir admin tarafından manuel olarak atanır. Dinamik IP adresi ise bir cihaza, internete her bağlanışında yeniden tanımlanan geçici bir IP adresidir. Dinamik IP adresleri bilgisayar arayüzü ya da sunucu yazılımı tarafından otomatik olarak atanır.

- IP adresleri, servis sağlayıcı tarafından statik olacak şekilde de tanımlanabilir. Ancak dinamik bile olsa bir IP, aynı anda sadece tek bir aboneye atanır. Diğer bir ifadeyle internete bağlanan bir kimseye verilmiş bir IP -teknik olarak- aynı anda bir başka aboneye verilmez. İnternette çıktığında aynı IP ortak havuza geri döner, daha sonra bağlanan bir başka kişiye atanır ve o kişi çıkıncaya kadar da onda kalır.

iv. *Genel IP*: İnternet erişiminde genel ağlarda (WAN) kullanılan, farklı portlar üzerinden birden fazla cihaza atanabilen (NAT yöntemi ile) IP adresidir. Aynı genel IP adresinin aynı anda kaç farklı cihaza atanacağı hususu operatörler arasında farklılık gösterebilmektedir.

v. *Özel IP*: Yerel ağlarda (LAN) kullanılan, tahsis edildiği an itibarıyla her cihaz için tekil olan, internete erişimi olmayan IP adresleridir. Bunlar GSM operatörü tarafından, operatör içi ağda kullanılmak üzere her cihaza tekil olarak atanmakta ve o GSM operatörüne bağlı kullanıcıların sistem tarafından ayrıştırılmasına yararmaktadır.

vi. *HTS Kayıtları*: Abonenin arama/aranma, SMS atma/alma bilgilerini içeren (CDR) ve arama/aranma, SMS atma/alma anında oluşan, kullanım bittiğinde de sona eren erişim kayıtlarıdır. Arama/aranma kayıtları, çağrının başladığı; SMS atma/alma kayıtları ise SMS işleminin yapıldığı anda kullanılan baz istasyonu bilgileri esas alınarak oluşturulur. Aboneliklerin kontrol ve teyit işlemlerinde -kişilerin bağlantı sırasında buldukları konumu doğru bir şekilde gösteren- ses şebekesine ait konum bilgileri esas alınmaktadır.

vii. *VPN (Virtual Private Network)*: Aralarında yerel ağ kurulması imkânı bulunmayan bilgisayarların internet üzerinden sanal olarak yerel ağ üzerinden birbirine bağlanmasını sağlayan, genellikle şifreleme ile bağlantının güvenliğini temin eden protokollerin genel adıdır. Mevcut teknolojik yeterlilik ile VPN kullanımlarının abonelik tespitlerinin yapılması mümkün görünmemektedir.

viii. *NAT (Network Address Translation)*: Bilgisayarın sahip olduğu IP adresini istenilen başka bir adresine dönüştürme yönteminin adıdır. Mevcut IP adreslerinin yetersiz geldiği durumlar için NAT protokolü geliştirilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

ix. CGNAT (*Carrier Grade NAT*): ByLock sunucusuna ait (hedef) IP adreslerine hangi tarihte, kaç defa ve hangi adresten bağlanıldığının bilgisidir. CGNAT kayıtlarında yer alan ve GSM operatörü tarafından kullanıcıya atanan genel IP ve özel IP adresleri eşleştirilerek kullanıcının bir hedef IP'ye sağladığı erişimin (oturumun) hangi zaman dilimi arasında devam ettiği ve kullanıcının hangi tarihlerde hedef IP'ye erişim sağladığı tespit edilebilmektedir.

24. Bu bilgilere ek olarak üyelik bilgileri (ID ve password) ile erişim sağlanabilen herhangi bir internet sitesi veya internet üzerinden (online) kullanılan herhangi bir programa ait IP adresine başarılı şekilde giriş yapıldığının kabul edilebilmesi için CGNAT kayıtlarında o IP adresine en az üç sinyal bilgisinin bulunması zorunludur. Bir bağlantı denemesinin başarıya ulaşıp ulaşmadığı ancak üçüncü sinyal bilgisinin bulunup bulunmadığına göre anlaşılabilir. Bu süreç şu şekilde işlemektedir: Birinci sinyal, kullanıcı tarafından girilen kullanıcı adı ve şifrenin sunucuya gönderildiğine dair sinyal kayıdır. İkinci sinyal, kullanıcı tarafından sunucuya gönderilen üyelik bilgilerinin (ID ve password eşleşmesi) veri tabanında denetlenerek olumlu veya olumsuz cevabın kullanıcıya iletilmesine ilişkin sinyal kayıdır. Üçüncü sinyal ise kullanıcı tarafından girilen üyelik bilgilerinin (ID ve password) sunucu tarafından denetlenerek kullanıcının sisteme girişine izin verilmesi ile oluşur ve bunun üzerine kullanıcı sisteme giriş yapar (bu konuda detaylı bilgi için bkz. Yargıtay 9. Ceza Dairesinin -ilk derece- 7/2/2019 tarihli ve E.2017/13, K.2019/7 sayılı kararı).

3. ByLock Programının Tespiti, Adli Makamlara Ulaştırılması ve Adli Süreç

25. MİT tarafından 1/1/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. ve 6. maddeleri uyarınca yürütülen çalışmalar kapsamında ana sunucusu yurt dışında bulunan *ByLock* (*ByLock: Chat and Talk*) adlı bir mobil uygulama ve bu uygulamanın iletişim kurduğu sunucular ayrıntılı teknik çalışmalara tabi tutulmuştur. MİT'e özgü teknik istihbarat usul, araç ve yöntemleri kullanılmak suretiyle yapılan bu çalışma sonucunda, FETÖ/PDY'nin kullandığı değerlendirilen bu programla ilgili olarak birtakım veriler elde edilmiştir.

26. MİT, ByLock programıyla ilgili olarak temin edilen dijital verileri içeren sabit diski ve uygulamaya bağlantı sağlayan ByLock abone listesinin bulunduğu flash bellek ile düzenlediği ByLock Uygulaması Teknik Raporu'nu Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına teslim etmiştir.

27. Bunun akabinde Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinden söz konusu (dijital) materyal üzerinde 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesi uyarınca inceleme, kopyalama, çözümlleme işlemi yapılmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur. İlgili yazıda; anılan madde gereğince bir adet *Sony marka HD-B1 model, üzerinde bBW3DEK69121056 seri numaralı ve ön yüzünde 1173d7a09195cf0274ce24f0d69ede96 yazılı harddisk* ve bir adet *Kingston marka data traveler, uç kısmında DTIG4/8GB 04570-700. A00LF5V 0S7455704 yazılı flash bellek* üzerinde inceleme yapılmasına, iki adet kopya çıkarılmasına ve kopya üzerindeki kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine karar verilmesi istenmiştir.

28. Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğince 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi uyarınca talep kabul edilmiş ve *"dijital materyaller üzerinde inceleme yapılması, kopya çıkarılması ve kopya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak metin haline getirilmesi için bir kopyasının Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine"* karar verilmiştir. Anılan karar doğrultusunda, görevlendirilen iki uzman bilirkişi tarafından hâkim huzurunda kamera kaydı da yapılmak suretiyle söz konusu hard disk ve flash bellek üzerinde imaj alma-kopyalama işlemi yapılmıştır.

29. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca Emniyet Genel Müdürlüğü Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığına (EGM-KOM Daire Başkanlığı) gönderilen bir yazıyla Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğince verilen inceleme, kopyalama ve çözümlleme kararına istinaden gerekli araştırma ve soruşturma işlemlerinin yapılması ve ulaşılan tespitleri içerir bir rapor düzenlenmesi talimatı verilmiştir.

30. EGM-KOM Daire Başkanlığınca teslim alınan verilerin (ByLock verilerini içeren hard disk ve abone listesinin bulunduğu flash bellek) incelenmesi ve rapor hazırlanması amacıyla EGM-KOM, Terörle Mücadele (TEM), İstihbarat ve Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlıkları tarafından görevlendirilen personelden oluşan bir

Adil Yargılanma Hakkı

çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu kapsamda ByLock verilerinin dışarı aktarılması için arayüz programı kullanılmış ve bu sayede ByLock verileri incelenmeye başlanmıştır.

31. Bu arada Yargıtay 16. Ceza Dairesince yürütülen bir yargılamaya esas olmak üzere EGM-KOM Daire Başkanlığından ByLock'un teknik özelliklerine dair bilgi istenmiştir. EGM-KOM Daire Başkanlığı tarafından bir rapor hazırlanarak anılan Daireye gönderilmiştir. Söz konusu raporda, ByLock iletişim sisteminin mahiyeti ve diğer özellikleri hakkında ayrıntılı bilgiler verildikten sonra anılan uygulamadaki kullanıcı sayısı, arkadaş grubu, mesaj ve e-posta içeriklerine dair açıklamalarda bulunulmuştur.

32. Sonraki süreçte Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ByLock IP adreslerine bağlandığı belirtilenlere ilişkin listede yer alan abonelerin ByLock IP adreslerine kaç defa bağlandığına dair raporlar (CGNAT verileri) Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan (BTK) talep edilmiştir.

33. Bu arada MİT tarafından detaylı çalışma yapılarak güncellenen abone listesinin yeni hâli tekrar Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Başsavcılığın talebi üzerine Ankara 5. Sulh Ceza Hâkimliğince MİT tarafından gönderilen *data traveler G4 marka, DTİG4/8GB 04570-760B00LF 5V OS 7575458 seri numaralı TAIWAN ibaresi bulunan dijital materyal* üzerinde 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi gereğince inceleme yapılmasına, kopya çıkarılmasına (imaj alma) ve bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilmiştir. Bu karar doğrultusunda söz konusu materyalin imaj alma (kopyalama) işlemi Cumhuriyet savcısı ve görevlendirilen iki adli bilişim görevlisinin huzurunda video kamera eşliğinde gerçekleştirilmiştir.

34. Sonrasında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından abone listesi BTK'ya bildirilmiş ve ByLock sunucusuna bağlanan *güncellenmiş numaraların* abonelerine ait şahıs *kimlik bilgilerinin* tespiti için BTK'dan bilgi istenmiştir.

35. Bağlantı yapan GSM numaralarına ait abonelik bilgileri ve ADSL numaralarına ait abonelik bilgileri de farklı tarihlerde BTK'dan alınarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmiştir. Devamında KOM Daire

Başkanlığınca Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından teslim alınan abonelik bilgilerinden yararlanılarak yeni "*userid_list*" (kullanıcı listesi) tablosu oluşturulmuştur.

36. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca EGM-KOM Daire Başkanlığına verilen talimat üzerine BTK tarafından gönderilen 123.111 adet GSM numarasına ait CGNAT verilerinin (ByLock sunucusuna ait IP adreslerine hangi tarihte kaç defa bağlanıldığı bilgisi) -il Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilmek üzere- il KOM birimlerine dağıtılmasına başlanmıştır. VPN programı kullanılarak yapılan bağlantıların Türkiye IP'si almaması sebebiyle gerçekte ByLock kullanıcısı olan kişilerin VPN programı kullanarak ByLock sunucusunun IP'lerine yaptıkları bağlantılara dair CGNAT kayıtlarına erişilememiştir. CGNAT kayıtlarına ulaşılanlar, ByLock sunucusuna ait hedef IP'lerine Türkiye IP'lerinden VPN kullanmaksızın yapılan ya da Türkiye'den VPN ile bağlantı devam ederken VPN'nin devre dışı kalması sonucunda yeniden Türkiye IP'si alınması nedeniyle tespit edilebilen bağlantılara aittir.

37. Bu arada internet üzerinde yayımlanan *Morbeyin* isimli adres ve uygulamaları kullananların arka plandaki kodlar vasıtasıyla doğrudan ByLock IP'sine bağlandıklarına ve ByLock dökümü bulunmayan (gerçekte ByLock kullanıcısı olmayan) bazı kişilerin haksız yere cezalandırıldığına dair kamuoyunda paylaşılan iddia ve haberlerle ilgili olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından soruşturma başlatılmış ve bu kapsamda Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) ve BTK görevlilerinden oluşan inceleme grubu oluşturulmuştur. Başsavcılığın yaptığı soruşturmada FETÖ/PDY'nin ileride delil olması ihtimaline karşı gerçek ByLock kullanıcılarının açığa çıkmasını önlemek, ilgisiz kişileri bu programa yönlendirmek ve bu suretle delilin güvenilirlik derecesini düşürmek amacıyla 2014 yılında *Morbeyin* isimli bir yazılım yaptırdığı; kullanıcının kible pusulası, namaz vakti, dua dinleme, Kur'an okuma ve çeşitli sözlük uygulamalara girmesi hâlinde bu programın tesiriyle bilgisi ve iradesi dışında cihazının bir iki saniye kadar ByLock sunucusunun IP'lerine bağlandığının görüldüğü tespit edilmiştir. Bu konuda gerçekleştirilen detaylı inceleme neticesinde bağlantı ve veri parametreleri bakımından benzer özellikler taşıyan 11.480 GSM numarasının kullanıcısının iradeleri

dışında ByLock sunucusu IP'lerine yönlendirilmiş olduğu belirlenmiştir. Bunlar listelerden çıkarılmıştır.

38. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca EGM-KOM'a verilen talimat üzerine BTK tarafından gönderilen 123.111 adet GSM numarasına ait CGNAT verilerinin -il Cumhuriyet başsavcılıklarına gönderilmek üzere- il KOM birimlerine dağıtılmasına başlanmıştır.

4. ByLock Programının Yüklenmesi ve İletişimde Kullanılması

39. Soruşturma birimleri/mercileri, adli makamlara hitaben ByLock programının gizliliğini sağlamaya dönük teknik özelliklerine, kullanım şekline, şifreleme biçimine, cihaza yüklenme yöntemine, kullanım alanlarına ve amacına yönelik olarak ayrıntılı bilgiler içeren teknik ve kronolojik raporlar düzenlemişlerdir. Bu bağlamda ByLock programıyla ilgili bazı hususların açıklığa kavuşturulması amacıyla EGM tarafından hazırlanan bir rapor (EGM raporu) da Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına sunulmuştur. Bunların yanı sıra MİT de elde edilen/rastlanan verilerle ilgili olarak *teknik rapor* düzenlemiştir.

40. Diğer taraftan Yargıtay kararlarında, özellikle soruşturma birimlerince düzenlenen raporlardan hareketle ve soruşturma/kovuşturma süreçlerinde ulaşılan olgu ve deliller dikkate alınarak -FETÖ/PDY'nin örgütlenme şekli ve diğer özellikleri de gözönünde bulundurulmak suretiyle- ByLock iletişim programıyla ilgili bazı tespit ve değerlendirmelere yer verilmiştir. Yargıtay kararlarında ve ByLock'a ilişkin olarak soruşturma safhasında düzenlenen raporlarda yer alan ByLock uygulamasının kurulması ve kullanılması ile ilgili tespit ve değerlendirmeler aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

i. ByLock, internet üzerinden haberleşmeye imkân veren bir uygulamadır. Uygulamaya erişim sağlanabilmesi için internet üzerinden (online) bağlantı gereklidir. Kullanıcılar, internet bağlantısının olmadığı zamanlarda mesaj, e-posta ve veri aktarımı gerçekleştirememektedir.

ii. -ByLock Analiz Raporu'na göre- ByLock 2014 yılının başlarında genel uygulama mağazalarında yer almış ve 2016 yılının ilk aylarına kadar çeşitli versiyonlarla kullanılmıştır. Adli ve teknik raporlarda -açık kaynak araştırmalarından edinilen bilgilerden hareketle- ByLock

yazılımının *Android* işletim sistemli telefonlar için *Google Play* ve *IOS* işletim sistemli telefonlar için *Apple Store*'dan indirilebilecek şekilde yayımlandığı belirtilmiştir. Program, *Google Play*'de 2014 yılının başlarında kullanıma sunulmuş ve 2016 yılının ilk aylarına kadar çeşitli versiyonlarıyla kullanımda bulunmuştur.

iii. Adli ve teknik raporlara göre ByLock uygulamasının *Android* işletim sistemi üzerinde çalışan *1 serisi* ve *2 serisi* olarak adlandırılabilir iki temel sürümü bulunmaktadır. ByLock uygulamasına ait serilerin *Google Play* ve *Apple Store*'dan indirilmesi noktasında bir farklılık yoktur. ByLock Analiz Raporu'nda ByLock'un versiyon bilgilerine ve güncelleme tarihlerine ayrıntılı şekilde yer verilmiştir. Anılan rapora göre ByLock sürümleri arasındaki temel farklılık, giriş şifresinin basitten karmaşığa dönüştürülmesinden ibarettir. Bir kimsenin programı indirmesinin akabinde başka biriyle iletişim kurabilmesi için yapılması gerekenlerle ilgili olarak versiyonlar arasında esaslı bir farklılık bulunmamaktadır.

iv. ByLock uygulamasına kaydolmak için öncelikle programın yüklenmesi gerekmektedir. Ancak ByLock uygulamasının kullanılması için cihaza yüklenmesi yeterli değildir. ByLock uygulaması ilk kez çalıştırıldığında kullanıcının karşısına kayıt olma veya oturum açma seçeneklerinin bulunduğu bir ekran çıkmakta, kullanıcıdan kullanıcı adı ve parola üretmesi istenmektedir.

v. Kaynak kod incelemelerinden uygulamanın desen çizerek giriş şifresi oluşturma özelliğinin de bulunduğu belirlenmiştir. Bundan dolayı kullanıcı adı ve parola oluşturulmasının akabinde kullanıcının ekranda rastgele parmak hareketleri yapma gibi yöntemlerle bir kriptografik anahtar üretmesi ve bu bilgilerin uygulama sunucusuna kriptolu olarak iletilmesi de gerekmektedir. Bu şekilde ByLock iletişim sistemine dâhil olan kullanıcıya sistem tarafından otomatik olarak özel bir kayıt numarası (*user-ID* numarası) atanmaktadır. Oluşturulan numara benzersiz (*unique*) bir numara olup bu sayıya ardışık olan sayılar yeni gelen kullanıcıya atanmaktadır. Böylece kullanıcı bilgilerinin ve iletişim güvenliğinin azami şekilde korunması sağlanmaktadır.

vi. ByLock'a ilişkin olarak kullanıcı hesabı oluşturulması sırasında kişiden özel bir bilgi (telefon numarası, kimlik numarası, e-posta adresi

Adil Yargılanma Hakkı

gibi) talep edilmemekte, global ve ticari nitelikteki benzer uygulamaların aksine kullanıcı hesabını doğrulamaya yönelik bir işleyiş de (SMS şifre doğrulaması, e-posta doğrulaması gibi) bulunmamaktadır. Adli makamlara göre bunlar gerçek kullanıcıların tespitini zorlaştırmak amacıyla alınmış önlemlerdir.

vii. ByLock uygulamasının parola kurtarma kısmı bulunmamakta, parolanın unutulması hâlinde programı kullanmak isteyen kişinin yeniden sisteme kaydolup yeni bir user-ID numarası alması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle her yeni kayıtta kullanıcıya yeni bir user-ID verilmektedir. Dolayısıyla tek kişinin birden fazla user-ID'ye sahip olması mümkündür. Örneğin ilk user-ID'si 54334 olan kişinin ikinci user-ID'si 183441 olarak tespit edilmiştir. Bunun yanı sıra kişinin programı kullandığı cihaz dışında başka bir cihazda farklı kullanıcı bilgileriyle yeni bir user-ID olarak kullanması veya örgüt içinde başka bir göreve getirilmesinden dolayı sisteme yeniden kayıt olması gibi nedenlerle de aynı kişinin birden fazla user-ID'ye sahip bulunması da mümkündür.

viii. Kayıt işlemi, sistemde kayıtlı kullanıcılarla iletişim kurmak için yeterli değildir. ByLock iletişim sistemi üzerinde telefon numarası veya ad-soyadı bilgileri ile arama yapılarak kullanıcı eklenmesi mümkün olmamaktadır. Uygulama, telefondaki kişi listesi ile senkronize olmamaktadır. Diğer bir ifadeyle ByLock iletişim sisteminde -yaygın uygulamaların aksine- telefon rehberindeki kişilerin uygulamaya otomatik olarak eklenmesi özelliği bulunmamaktadır.

ix. Kullanıcıların haberleşebilmesi için öncelikle her iki tarafın çoğunlukla yüz yüze veya bir aracı (kurye, başka bir mesajlaşma programı, mevcut ByLock kullanıcısı gibi) vasıtasıyla karşılıklı olarak birbirlerinin kullanıcı adlarını/kodlarını öğrenmeleri ve her iki tarafın diğerini *arkadaş* olarak eklemesi gerekmektedir. Yaygın ticari uygulamaların aksine kullanıcı adı/kodu bilinmeyen bir kişinin diğerinin kişiler listesine eklenmesi ve onayı alınmadan onunla iletişime geçilmesi mümkün değildir.

x. -ByLock Analiz Raporu'nda yer aldığı şekliyle- 68555 User-ID ile 462950 User-ID numaralı ByLock kullanıcıları arasındaki 27/12/2015

tarifli ve 21.12 saatli mesaj içeriğinin "abi bu mesajın üzerine tıklayıp indirin, son[ra] dosyalardan by lock downloadsatan yüklersiniz, kendi Őifrelerinizi oluşturup beni eklersiniz 176299, eklerken a secret you both share 1234 yazarsanız" Şeklinde olduğu tespit edilmiştir. Mesajdaki "a secret you both share 1234" ifadesinden anlaşıldığı kadarıyla ByLock arkadaş listesinde eklenebilmek için karşı tarafın kullanıcı adını bilmenin yanında sistem tarafından atanan ya da atanması kullanıcıdan istenen bir Şifrenin de bilinmesi gerekmektedir.

41. ByLock'un yüklenmesi ve kullanılması sürecine ilişkin yukarıda yer alan tespit ve değerlendirmelerle ilgili olarak adli soruşturma veya kovuşturmalarda elde edilen ifadelerin/beyanların ilgili kısımları aşağıdaki Şekildedir:

i. Şüpheli A.A.nın 28/12/2016 tarihinde Adıyaman Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı Őyledir:

"2014 yılının Mart ya da Nisan ayında artık görevli Şahısların ByLock isimli yazışma programını kullanılması istenildi, bu durumu bize yine Bölge ED'si [Eğitim Danışmanı] ilettili ve yapılan bölge ED toplantısında bu programı internette ya da bluetoo[oth] yoluyla benim telefonuma kurdu, ... il birim sorumluları bu programı kuruyordu ve herkes bir alt kademesindeki görevlilere bu programı kurdu ve iletişim ağı geniŐledi. ByLock programı bütün herkese kurulmadı daha çok st kademedeki görevlilere kuruluyordu. Zamanla birbirinden gören alt kademedeki görevliler de bu programı kullanmaya başladılar. Bildiğim kadarıyla bu programı hususi birimler kullanıyordu ve sonradan bölge birimlerine dağıtıldı. Bu program karşılıklı birbirlerini ekleyen Şahıslar tarafından kullanılıyordu, otomatik olarak ID numarası veriyordu."

ii. Şüpheli E.G.nin Adıyaman Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/8111 sayılı soruşturması kapsamında 21/10/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı Őyledir:

"Son üç yıl içerisinde sürec kriz ortamına girdikçe cemaat tedbir konusunda baskını artırmaya başladı. Bu tedbirlerin en st seviyelerinden birisi olan ByLock'tan 7-8 ay kadar önce haberim oldu. 2015 yılından bu yana Gaziantep Bölge Toplantıları tedbir amacıyla yoğun katılımlı yapılmadığı için bu

Adil Yargılanma Hakkı

toplantılara giden İl ED'leri bölge tarafından ByLock kullanımı konusunda talimatlandırılmış, bu talimatlardan dolayı İl ED'si... bu programın kurulu olduğu hafıza kartını bayan ED [D.B.K.İ.ye] vermiş, o da bana bölgenin talimatı olduğunu, elindeki ByLock programını yüklemem gerektiğini söyleyince kendisi tarafından telefonuma kurulmak suretiyle kullanmaya başladım. Bylock programı ile birlikte telefon sıfırlama programı ve şifreli not tutma programı telefonuma yüklendi. Cemaat talimatı ile kağıtlara yazılacak dokümanların olası polis operasyonunda ele geçirilmesini önlemek için telefona kurulan bu program ile cep telefonuna yazılabileceği, dolayısıyla polis operasyonunda herhangi bir doküman bulunamayacağı söyleniyordu ... [B]ayan ED [D.B.K.İ.nin] söylediğini merak edip telefonuma kurulan bu programı uyguladığımda saniyeler içinde telefonumun kendini sıfırladığını, programın da kendisini de sildiğini, telefonun fabrikadan alınan ayarına geriye döndüğünü gördüm ... Program kurulduğu zaman kurulan telefona bir İD verir. Bir kişi eklemek istenirse Ekleme sekmesi açılır, kaydedilecek kişinin İd'sinin girilmesi istenir, eklenecek kişinin 6 haneli rakamlardan oluşan İd'si yazılır, alttaki satırda 'ekleyeceğiniz kişinin adı' bölümüne hatırlayıcı isim yazılır, cemaat kod isim kullandığı için genelde bu sistemde kişinin kod adı girilir. Bir alttaki satırda da 'ekleyeceğiniz kişiyle aranızdaki anahtar kelime' ibaresi yazılı haneye müşterek bir rakam yazılması isteniyor. Öyle ki bize bu rakam ne kadar uzun tutulursa sistemin çözülme ihtimalinin o kadar zor olacağı söyleniyordu. Bu rakam da girildikten sonra en alt butonda 'davet et' butonuna basınca eklenecek olan kişinin telefonuna mesaj ulaşıyor. Mesaj açılınca 'doğrulama gir' butonu ile anahtar kelimenin girilmesi isteniyor. Anahtar kelime de müşterek belirlendiği için program eklenecek olan telefona anahtar kelime girilerek eklenmiş olunuyor.

ByLock programı öğrendiğim kadarıyla daha önce özel hizmet birimleri tarafından yani askeri personel, emniyet personeli, hakim ve savcı ya da adliye personeli tarafından kullanılıyormuş, sivillere geçişi bir yıl kadar önce olmuş. Bu program telefonumuza kurulurken cemaat bize 'bizim abilerin geliştirdiği bir program, güvenli' dedi. Bu programın Whatsapp gibi grup kurma özelliği mevcut olduğundan bir dönem krizden dolayı cemaatin tedbiri sebebiyle Gaziantep bölge toplantıları yapılmadı, bir defasında bölge ED'leri il ED'leri ile daha önce saat vermek suretiyle belirlenen saatte bu şekilde toplantı dahi yaptılar, ben buna şahit oldum. Telefonunda ByLock programı olan kişinin cemaat içerisinde belli bir konumda olması, yani üst görevde olması gerekir. ...

...

ByLock kurulu olan telefon makinesinde sim kart olmasına gerek yoktu, cemaat zaten bu konuda da ikaz ediyordu. İnternet hattı olan modem wi-fi aldırıldılar, onu da başkasının adına aldırıldılar, bir süre öyle bağlandık, hatta tedbir konusunda daha ileri giderek modem wi-fi yi de kullanmamamız, internet cafeler ya da wi-fi si açık olan işyerlerinden bağlanmak suretiyle kullanmamız bile söyleniyordu. ByLock yazışma programı olduğu için cep telefonu dışında masa üstü, tablet gibi bilgisayarlara da yüklenebiliyor diye biliyorum. Bir de şimdi hatırladım ByLock yüklenen flashta bir program daha vardı, o da VPN yazılı bir programdı, onu da telefona yükleyince ByLock'a girilmeden önce bu programı açınca telefonun ekran üst kısmında bir anahtar resmi çıkıyor, o programın çalıştığını gösteriyor, sonra hangi ülke ismi girilirse, internete o ülkeden girilmiş gibi gösteriliyor. Bize verdikleri programlar içerisinde bu da vardı."

iii. Şüpheli E.K.nun Adıyaman Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/6898 sayılı soruşturması kapsamında müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"ByLock kullanımı 2014 Nisan ayı gibi başladı. ByLock programının kullanılacağı 'gündem' olarak geldi. O dönemde BBTM [örgüt yapılanmasında Büyük Bölge Talebe Mesulü] idim. Yanlış hatırlamıyorsam eğitim danışmanımız (ED) [A.A.] söylemişti. Büyük ihtimalle ben de gündemi BTM'lerime [örgüt yapılanmasında Bölge Talebe Mesulü] iletmıştim ... ByLock ilk zamanlarda Play Store'den indirilip yükleniyordu. Sonrasında uygulama paylaşması yöntemi ile telefonda telefona aktarılarak yüklendi. Ben de Play Store'den indirip telefona yüklemiştim. Program ilk çalıştırıldığında otomatik bir ID numarası görünüyordu. Şifre belirleyip telefona girilerek program çalıştırılıyordu. ByLock'un çalışması için herhangi bir VPN programının da yüklenip çalıştırılması gerekiyordu. VPN yüklü de olsa çalıştırılmamış ise ByLock çalışmıyordu. Programın kurulması için GSM numarası, kimlik numarası, isim vb. gibi herhangi bir bilgi girilmesine ihtiyaç duyulmuyordu. Haberleşmek istediğimiz kişiye ID numaranızı veriyordunuz. Karşıdaki kişi de kendi id numarasını size söylüyordu. Karşı taraf sizin id numaranızı girdiğinde sizin telefonunuza herhangi bir uyarı ve bildirim gelmiyordu. Sizin de diğer tarafın ID numarasını girmeniz halinde iletişim sağlanabiliyordu. Karşı tarafın ID numarası bilgisi ile birlikte programın rehberine istenilen isim girilerek rehber

Adil Yargılanma Hakkı

kaydı sağlanıyordu. Rehberinizde kayıtlı bulunan kişilere toplu mesaj gönderme olanağı bulunuyordu. Yalnızca yazılı mesajlaşmaya izin veriyordu. Cep telefonu yanında tablet bilgisayarlar da yükleyip kullananlar vardı. Cep telefonuna takılı GSM hattına ait ya da WI-FI sayesinde ADSL gibi başka bir internet servisi sağlayıcısına bağlanılarak internete girilmek suretiyle mesajlaşmaya izin veriyordu. ... 2015 sonlarına kadar bu program kullanıldı. Program vasıtasıyla gelen mesajlar 3 gün sonra otomatik olarak siliniyordu ... Kendi ID numaranız ve şifreniz ile ByLock kurulu bulunan başka bir telefon ya da tablet bilgisayar vasıtasıyla ByLock sistemine girmeye ve mesajlaşmaya izin veriliyordu. ... 2015 sonlarında ByLock'a girmek istediğimiz halde giremedik. ByLock'un kaldırıldığı söylendi. Kim kaldırdı, neden kaldırıldı kimse söylemedi."

iv. Şüpheli A.M.nin Siirt Cumhuriyet Başsavcılığının 2015/154 sayılı soruşturması kapsamında 8/12/2016 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Hatırladığım kadarıyla 2014 yılı Eylül ayında bu şahıs benim telefonuma ByLock isimli programı bluetooth ile benim telefonuma yükledi ... Hatırladığım kadarıyla 2015 yılı Mart - Nisan ayında [E.] bize ByLock programının deşifre olduğunu[u], güvenli olmadığını söyleyip, telefonlarımızdan Bylock'u sildirdi ... ByLock o dönem cemaate mensup herkese yüklendi."

v. Şüpheli H.K.nın Siirt Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/3196 sayılı soruşturması kapsamında 27/11/2016 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"[A.] kod ismini kullanan [A.] ... 2015 yılı içerisinde bana 'biz artık bu program ile iletişime geçeceğiz, telefon kullanmayacağız' diyerek ... cep telefonumu alarak bir program yükledi ... Bu programda ekleyeceğim kişilerin telefon rehberimde kayıtlı olup olmaması önemli değildir. Bendeki programda birini ekleyeceğim zaman programdaki (+) işaretine bastığımda bu programdaki kayıtlı adını soyadı ya da kodu ne ise o yazılır, sonraki aşamada kimi ekleyeceksek o kişinin şifresini de yazmamız gerekir. İstenen bilgileri girdikten sonra en son onaylama kodu olarak 1 yazılır. Bu aşamadan sonra kaydetmek istediğim kişiye de onay mesajı gider. O kişi de onaylama kodu olarak 1 yazınca ByLock listelerinde birbirlerini eklemiş olurlar."

vi. Şüpheli E.E.nin Kırşehir Cumhuriyet Başsavcılığının 2017/184 sayılı soruşturması kapsamında 13/1/2017 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Hatırladığım kadarıyla 2015 yılında Memur mütevelli heyeti başkanımız [S.B.nin] yönlendirmesi ve talimatı verdi ... [S.] bize Google play store'dan telefona güvenlik amaçlı hatırladığım kadarıyla 'Super VPN' diye bir programı indirtti, daha sonra yine Google play store'dan ByLock programını indirtti, öncelikle 'Super VPN' programını aktive ediyor, daha sonra ByLock ilk açıldığında bir şifre oluşturuluyordu, kendine bir nickname oluşturulur, sonra ekrana rastgele bir şekil çiziliyor ve program açılıyor, programda grup oluşturma işlemi; bir barkod okuma işlemiyle, birde nickname girilerek yapılırdı, kişiler eklenir, mesaj gönderileceği zaman teke tek veya toplu grubun hepsine mesaj gönderilebilirdi, bu programın çözülemeyen şifreli bir program olduğunu karşılıklı birbirimize mesaj gönderebileceğimizi, kimsenin bu programı çözemeyeceğini söyledi."

vii. Şüpheli M.K.nın Giresun Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/5772 sayılı soruşturması kapsamında 23/10/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"2015 yılı içerisinde [R.Y.] isimli şahıs... [b]ana 'rahat konuşmadığımız durumlar için bir program var. Bunu senin programına yükleyeceğim' dedi. Ben de olur dedim. Bu şahıs kendi telefonundan benim telefonuma bluetooth yoluyla ismini yükledikten sonra öğrendiğim BYLOCK programının setup'ını gönderdi. Kurulumunu da benim telefonum üzerinden kendisi yaptı ... İlk olarak benim bu programı üzerinde görüşme yapmam için bu şahıs kendisini ekledi ... Bu program üzerinden sadece beni bir yerlere çağırdıkları zaman konuşuyorduk. Bunun haricinde rutine binmiş bir konuşma, sohbet ortamı gibi bir durum yoktu. [R.Y.] isimli şahsın bahsettiği gibi takip edilmemek üzere kurulmuş ve görüşme yapılan bir programdı. ... Bu programı kullanmak [i]çin ilk önce konuşacağın kişinin ID'sini eklemek gerekiyordu. Sonrasında ise konuşmak için karşılıklı olarak iki kişinin bildiği bir kod vardı. Bu kodu bir kez girdikten sonra bu kişiyle sürekli olarak görüşme yapılıbiliyordu. Görüşmeler ise 24 saatte bir [s]iliniyordu."

viii. Şüpheli A.M.nin Bingöl Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 17/10/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

"17/25 Aralıktan sonra sohbetlerin azaltılması üzerine üyeleri motive etmek ve kopmalarını engellemek için BYLOCK isimli bir program ortaya atıldı. Bununla ilk defa [H.] Yurdunda bir toplantıya gittiğimizde bana anlatıldı. 2014 yılında [Y.C.] tarafından ildeki sorumlular [H.] Yurduna çağrıldı. Burada 14 tane çeşitli kurumlardan sorumlu cemaat yöneticisi olarak toplanmıştık ... Bize burada daha önce tanımadığım bir kişi BYLOCK sistemini anlattı. Telefonlarımızı alarak bize Bluetoothdan bir link gönderdi. Benim ... hattıma bahse konu program[1] yükledi. Daha sonra çeşitli işlemler yaparak giriş şifresini verdi. Bize yükledikten sonra başkalarını nasıl ekleyeceğimizi, sisteme nasıl dahil edeceğimizi anlattı ... Toplantıdan sonra bize güvendiğiniz kişilere bunu yükleyiniz dediler ... Burada yazışma olduğunda rumuz adı görünür ve yapılan konuşma 24 saat [i]çerisinde otomatik olarak kendiliğinden silinirdi."

ix. Şüpheli E.D.nin Erzincan Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/8112 sayılı soruşturması kapsamında 27/8/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"2013 yılında ... İl Emniyet İmamı olan [S.] Bey bana cemaatteki şahıslara internet ortamında bulunan ByLock isimli programı kurmasını ve bu program üzerinden görüşülmesi talimatını verdi. Ben o dönemde Google Play'dan bu programı indirerek kurdum. Bu program ilk etapta kullanıcı adı ve şifre oluşturmanızı ister. Bunları yaptıktan sonra program kurulur ilk açılışa parmağınız ile ekrana belirli bir süre desen çizer gibi hareket ettirmeniz sonrasında program aktif hale gelir ve açılır. Program açıldıktan sonra görüşmek istediğiniz kişinin kullanıcı adını ve karşılıklı eşleştirilecek şifre belirlenir ve bu şifre karşı tarafa da verildikten sonra kişiler birbirini ekleyerek görüşme sağlanır. Bu program görüntüden ziyade yazışma amacıyla kullanılır."

x. Şüpheli A.I.nın Erzurum Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 26/10/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"2014 yılının başında eşim ... BYLOCK isimli şifreli mesajlaşma programını kurdu. Bu programı eşim kendi telefonuna da kurdu. Eşim bu programı Google Play üzerinden indirerek kurdu. Program mavi renkli prizma şekline benziyordu. Kullanılmak istendiğinde kullanıcı adı ve şifre istiyordu. Kullanıcı adını ve şifresini kendim belirledim. Harf ve rakamlardan oluşan en az 8 hane

olarak girilmesi gereken bir şifreydi. Bu şifreyi ve kullanıcı adını kendim değiştirebiliyordum. Bu programı Hizmet içindeki irtibatı sağlamak, Fetullah GÜLEN'nin sohbet notlarını, bam teli programından notları, aramızdaki iletişimi sağlamak kısacası örgüte has konula[rı] buradan paylaşırdık ... Benim bu yapı içerisinde olduğum zamanlarda üst konumunda bulunan [N.] isimli şahıs bana artık aramızda BYLOCK isimli program vasıtası ile irtibat sağlayacağız normal telefon üzerinden görüşmelerin sıkıntı yaratacağını söyleyerek programı kullanmamız gerektiğini söyledi.”

xi. Şüpheli İ.Y.nin Bayburt Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/1530 sayılı soruşturması kapsamında 9/1/2017 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Bayburt[t]a 2009 yılından 2015 yılına kadar fetullahçıların sohbet toplantılarına katıldım. Bu sohbetler esnasında Polis okulunda çalışan komiser yardımcısı [İ.A. ve M.Ç. nin] ByLock kullandıklarını duyuyordum ... cep telefonuma Gülen cemaati [i]çerisinde bulunduğum guruptan sorumlu adını [H.] olarak bildiğim özelde bir öğretmen olan şahıs kendi cep telefonundan bluetooth yoluyla cep telefonuma simgesi vatsap olan özel [i]letişim programı yükledi ... Bu program normal [Wh]atsap[p] programından farklıydı dışa kapalıydı sadece özel olarak yükleyen kişiler görüşürdü.”

xii. Şüpheli E.E.nin Gümüşhane Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/8111 sayılı soruşturması kapsamında 27/12/2016 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

“2014 yılı Mayıs ayı dönemlerinde okuma salonları sorumlusu olan ... [Y.] okuma evlerindeki sorumlu olan yukarıda adlarına da belirttiğim kişilerin toplantı sırasında telefonlarını topladı ve program kuruyoruz artık birbirimizle bu program üzerinden haberleşeceğiz dedi ve orada bulunan arkadaşlara ByLock programını yükledi ve bu programı açmak için herkese ayrı ayrı program açma şifre verdi. Bu programda herkese ait bir ID numarası vardır, karşı tarafı eklemek için bu ID numarasını girerek o kişiye istek gönderilir karşı taraf bu isteği açabilmesi için isteği gönderen kişinin ekleme şifresini de bilmesi gerekiyor, bu ekleme şifresini girdikten sonra kimin istek gönderdiğini görebilir ve kabul edebilir. Bu şekilde liste oluşturulur.”

Adil Yargılanma Hakkı

xiii. Şüpheli M.A.nın Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/8111 sayılı soruşturması kapsamında 22/11/2016 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı aşağıdaki şekildedir:

"Cemaat yapılanması içerisinde bulunan şahıslar ilk etapta Line, Coco, Whatsapp kullanıyordu. Son zamanlarda Cemaat içerisindeki bazı şahıslarda BYLOCK programı vardı ... 2015 yılı [M]ayıs ayı içerisinde ben de akıllı telefon alınca [A.] İlçe İmamı ... benim telefonumu eline aldı ve PLAY STORE dan BYLOCK programını indirdi. Bunun yanı sıra BYLOCK programı[rını] açmak için de adını hatırlamadığım bir program daha indirdi ... bu programı nasıl kullanacağını anlattı ve kendi adresini kayıt etti. Benim BYLOCK programına girmek için şifre oluşturmam gerektiğini söyledi ve şifre oluşturarak BYLOCK programına giriyordum. Bu şahıs telefonuma BYLOCK programını indirirken nasıl indirdiğini ve başkaca kullandığı teknik konuların olup olmadığını bilmiyorum."

xiv. Şüpheli U.S.nin İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/90080 sayılı soruşturması kapsamında 4/9/2016 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu programı indirmemizi [M.Ö.] katıldığımız bir sohbette ... deşifre olmamak adına ByLock isimli programı kullanmamız gerektiğini söyledi. [M.Ö.] ile yerini hatırlamadığım bir yerde buluştuk, bana kendi telefonundan bluetooth[t] h yolu ile bana bu programın APK dosyasını attı. APK dosyasını telefonumda açtığımda direkt kurulum ekranı geldi. Kurulumu yaptıktan sonra ekran açıldı, bir şifre belirlemem gerektiği için bir kullanıcı adı işe şifre belirledim ...

1-Öncelikle bu programı kuracağımız kişi ile yan yana bulunmanız gerekiyor.

2-Bu programı kuracağımız şahısla yan yana geldikten sonra programın APK dosyasını bluetooth üzerinden gönderiyorsunuz.

3-Şahıs APK dosyasını kurduktan sonra siz bu şahsa kendinize ait ID numarasını söylüyorsunuz.

4-Şahıs ID numarasını da girdikten sonra kendisi bir şifre belirliyor ve bu şifreyi irtibat kurmak istediği şahsa söylüyor, irtibat kurulmak istenen şahısta kolay bir rakamı (ekseriyetle 1 kullanılır, bu numaranın belirlenmesinde bir özellik yoktur) size gönderir, siz bu şahıstan gelen talebi onaylama ekranını

açtığınızda şahsın belirlediği şifreyi ve kullanıcı adını girerek bu şahısla iletişimi başlatabilirsiniz.

5-Sonuç itibari ile ID numarası ve şifreyi bilmeyen aynı zamanda APK dosyası da olmayan kimse bu programı kullanamaz.

6-Sisteme kaydedeceğiniz kişiye bir kullanıcı adı vermeniz gerekiyor, kullanıcı adı size bu şahsı öneren şahsın kaydettiği şekilde olmak kaydı ile yeni bir isim de verilebilmektedir.”

xv. Şüpheli Y.U.nun Konya Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 12/8/2016 tarihinde müdafiinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

”ByLock yazışma programı 17-25 Aralık olaylarından sonra Fetullah GÜLEN cemaati içerisinde yaygınlaşan bir programdır. 17-25 Aralık olaylarından önce bu programın adını hiç duymamıştım. Ayrıca böylebir programın kullanıldığını ne cemaat içerisinde ne de dışarıda duymamıştım. 17-25 Aralık olaylarından sonra O. Eğitim A.Ş'nin sorumlu müdürü ve [Ö.] öğrenci yurtlarının gayri resmi sorumlusu olan [S.B.] bana bundan sonraki cemaat içi görüşmelerin tedbir açısından ByLock programı üzerinden yapılacağını söyleyerek telefonumun Bluetooth'unu açmamı istedi. Ben de telefonumun Bluetooth'unu açtım, kendi telefonundan Bluetooth üzerinden benim telefonuma bir data dosyası gönderdi ... Program açılınca kullanıcı adı ve şifre belirlenmesini istedi, yeni bir kullanıcı adı ve şifre belirleyerek giriş yapınca program otomatik olarak hatırladığım kadarıyla 5-6 rakamdan oluşan bir İD numarası verdi ... Bu programa kişi eklemenin bu şekilde yapıldığı[nı] öğrendim. Bu programın sadece internet üzerinden yazışmalarda kullanıldığını, sesli ve görüntülü görüşmenin yapılamadığı bir program olduğunu, bu programın internette hiçbir şekilde indirilemediğini, programın sadece Bluetooth üzerinden data dosyası olarak gönderilerek kurulabildiğini bana bizzat göstererek anlattı. ByLock programı telefonun ekranı üzerinde '[G]mail' olarak gözükiyordu ancak [G]ma[i]l programına tıkladığı zaman ByLock programı olarak açılıyordu. Bu programın Fetullah GÜLEN cemaati tarafından oluşturulduğunu sadece cemaat mensuplarıncı biliniş kullanıldığını söyledi. Bende bu şekilde programın nasıl kurulduğunu ve çalıştığını öğrendim.”

Adil Yargılanma Hakkı

xvi. Şüpheli A.K.nın Konya Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 20/8/2016 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Cemaat içerisinde önemli üst düzey görev yapan kişiler, eyalet imamları, büyük bölge imamları, rehberlik servisinde görev yapan kişiler BYLOCK programını kullanırlardı. Benim gibi alt kademedeki bulunan Bölge İmamları ile normal telefon ile görüşürlerdi ancak bir ara [H.Y.] tüm Bölge İmamlarına telefonlarına BYLOCK programını yüklemelerini söyledi. Bölge İmamları telefonlarına bu BYLOCK Programını yükledi. Bu programı yüklemem için H.Y. bana referans oldu, telefonuma bluetooth üzerinden kuruldu."

xvii. Şüpheli İ.S.nin Samsun Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 23/10/2016 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Ben [S.] iline kadar örgüt içi gizli haberleşmede kullanılan BYLOCK programından haberdar değildim, Zaten ByLock Programı 2014 yılı Mart aylarında ilk olarak örgüt içerisinde kullanılmaya başlandı. Bu programı benim cep telefonuma ilk olarak [İ.T.], kendi telefonundan bluetooth aracılığı ile yüklemişti, bana artık telefon ile haberleşmenin yapılmayacağını, tüm görüşmeleri bu program üzerinden yapacağımı söyledi, daha sonra ben grup imamlığıma getirildiğimde de grup üyelerime bu programı yüklemem söylendi, bunun üzerine grup üyelerime artık telefon ile görüşmeyeceğimizi, örgüt içerisinde görüşmelerimizi yapmamız için BYLOCK programının geliştirildiğini söyleyerek, bu programı telefonlarına yüklemeyi teklif ettim."

xviii. Şüpheli A.A.nın Malatya Cumhuriyet Başsavcılığınının 2016/14839 sayılı soruşturması kapsamında 15/2/2017 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Hatırladığım kadarıyla 2015 yılının yaz aylarında ... Askeri Lise öğrencilerinden sorumlu olmam görevinin verilmesiyle BYLOCK programını telefonuma yükledim. Toplantı esnasında [S. A.nın] telefonunu [F. U.] aldı ve blu[etooth] üzerinden ... telefonuma kurulum dosyası gönderdi. Benim telefonum [F.]daydı. Gelen dosya üzerinden ... kurulumu gerçekleştirdi ve telefonu bana verdi, programa tıklayınca kullanıcı adı ve şifre istiyordu. Bu bilgileri girdikten sonra program açılıyordu. Benim kullanıcı adım ilk önce

kod adım [A.] askeri öğrenciler ile ilgilenmeye başladıktan sonra yeni kod adım olan [Z.İ.] Bir başkasıyla haberleşmek için referans kodu gerekliydi. Bu referans kodunu listeye görüşmek için eklenecek şahsa önceden bildirmek gerekliydi. Bu şekilde bir başkasına BYLOCK üzerinden görüşme üzerinden gönderildiğinde karşı taraf daha önceden görüşülüp belirlenen referans kodunu girerek görüşme isteğini kabul eder ve bundan sonra BYLOCK üzerinden haberleşmeye başlanırdı. ByLock ile beraber telefonuma VPN adı verilen bir program yüklendi. ByLock programını açmadan VPN'yi açıp VPN üzerinden [B]yLock programını giriyorduk. Bu konuyu [F.U.] bana bu şekilde daha güvenli olduğunu söyledi."

xix. Şüpheli M.T.nin Malatya Cumhuriyet Başsavcılığının 2017/14839 sayılı soruşturması kapsamında 18/1/2017 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"BYLOCK'u 2016 Ocak sonuna kadar kullandık... BYLOCK kullanımı esnasında benim öğrenebildiğim kadarı ile program şöyle çalışıyordu, her kullanıcının bir kodu vardı, bu kod program rehberine tanımlanıyordu, [A., C., H.] ve grubumdaki [p]olislerden [E.] benim program rehberimde tanımlıydı, bu rehberden kimin ile mesajlaşmak istiyorsam program mesajlaşmaya başlarken bir kod oluştuyordum, bu kodu karşıdaki kişiye veriyordum, karşıdaki kişi bu kodu girdiğinde mesajlaşma başlıyordu."

xx. Şüpheli S.D.nin Karaman Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 24/10/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Play Storeden bu programı indirerek kurdum. İlk önce VPN yi çalıştırıp daha sonra ByLock Programına girdim...Bylock programı yapı içerisinde sohbet yapılacak yer ile ilgili veya öğrenci isimleri ile ilgili gibi gizli görüşmeler buradan yazışma şeklinde yapılıyordu. Bize her türlü yazışmayı buradan yapabileceğimiz söylendi. Bu programı 2015 yılı içerisinde kadar kullandık. 2015 yılında ise güncelleme geldi. Ama bu güncelleme Play Store den inmiyordu, APK olarak örgütün üst düzey sorumluları alt kısımda bulunan şahıslara veriyordu. Bana da aynı şekilde [A. Y.] kendi telefonundan Bluetooth vasıtasıyla benim telefonuma yükledi. Bana da kendi aranızda bu şekilde yükleme yapın demesi üzerine benim sorumluluğumda olan yukarıda adı geçen şahıslara tekrar yükleme yaptım. Bu işlemden 1 ay kadar sonra WhatSapp görünümlü ByLock Programının geldiğini"

Adil Yargılanma Hakkı

[E. (K) A. Y.] bana söyledi. Aynı şekilde benim telefonuma yükleme yaptı. Bende arkadaşlarıma aynı şekilde yükledim. Sorumlu olduğum kişilere bu programı yüklemek yasaktı...Bu programı BTM'ler, İLCİLER ve daha üst mertebelerde bulunan şahıslar yükleyebiliyordu. 2015 yılı Aralık ayında VPN ile de bu programa girilemiyordu. [E. (K) A. Y.] bana programın deşifre olduğunu artık kullanmayacağımızı söyledi."

xxi. Şüpheli A.B.nin Denizli Cumhuriyet Başsavcılığının 2017/4259 sayılı soruşturması kapsamında 13/2/2017 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"[Ç.] isimli şahıs benim ... telefonuma yanlış hatırlamıyorsam Blueto[o]th üzerinden yükledi. Tüm ku[ru]lumu şif[re] alma işlemlerini kendileri yüklediler ben hangisinin programı aktif ettiğini bilmiyorum. Ben yanlarına gittiğimde benim elime bir kâğıt verdiler üzerinde kullanıcı adı ve şifre vardı ... [İ. K. ile Ç.] isimli şahıs ilçede BYLOCK programını örgüte yakın olan kişilere kuran şahıslardır. Tüm ilçedeki şahıslara BYLOCK programını bu kişiler kurmuştur... Bu program ilk zamanlarda il ve ilçe a[b]ileri gibi üst seviye olan kişiler tarafından kullanılmakta idi. Sonrasında gündem dediğimiz bir bildiri geldi D. ilindeki kişilerin gevşek olduğunu her şeyin telefon üzerinden konuşulduğunu bu nedenle bu programın yüklenmesinin istenildiğini söyleyerek bu program telefonuma yüklendi ... Telefona yüklenen programın ikonu mavi renkli idi üzerinde bir yazı yazdığını hatırlamıyorum ancak altında BYLOCK ibaresi vardı. Bu ikona tıkladığı zaman bir ekran açılır USERNAME ve altında PASWORD ibaresi çıkıyordu. Buradan bana verilen şifreyi girerek programı çalıştırıyordum. Düz bir ekran çıkıyordu. Sayfanın üstünde ekranı siler gibi sağa sola birkaç kez parmağımı gezdirince program açılıyordu. Kullanıcılar karşıma çıkıyordu... BYLOCK isimli program her iki tarafta da yüklü olsa bile BYLOCK isimli program üzerinden bir soru sorulsa bile karşı taraf cevap vermez ilk önce soruyu soran kişi KAKAO isimli program üzerinden karşı tarafı arar uzun uzun çaldırır karşı taraf meşgule alarak BYLOCK üzerinden cevabı yazardı ... İl merkezinde özellikle üst düzey olan kişiler tarafından telefonlarında iki ayrı BYLOCK programı yüklü idi. Biri içerisinde açıklayabileceği tanıdığı örgütle alakası olabilecek ancak açıklayabileceği kişiler bulunur. İkinci BYLOCK programında ise görevi ve görev [i]le ilgili kişilerin bulunduğu ikinci bir program yüklüdür. Polis yakaladığı zaman birinci programı gösterir. isimli bayan bize

iki ayrı BYLOCK programı kurmamızı ve bu şekilde kullanmamızı tavsiye ettiği için biliyorum."

xxii. Antalya 8. Ağır Ceza Mahkemesinin 1/11/2017 tarihli ve E.2017/275, K.2017/83 sayılı kararında yer aldığı şekliyle M.O.nun kovuşturma evresindeki savunmasının ilgili kısmı şöyledir:

"[B]en ByLock programını kullandım, bu programı 2014 yılı yaz aylarında Google play store dan indirdim, Gmail hesabımı yazarak ByLock yazdığımızda bu program cep telefonuna indiriliyordu, cep telefonuna indirilip kurulduktan sonra bu program bana bir ID numarası verdi, bir başkasıyla yazışabilmek için o kişinin ID numarasını bilmek ve programa işlemek gerekiyordu ... bu programı indirdiğim dönemde cemaat içerisinde o dönemde böyle bir program kullanıldığını cemaatten arkadaşlardan duydum. ByLock programından bu şekilde haberdar oldum, anlattığım şekilde internetten indirdim, kurdum ve kullandım ... 2 ayrı cihazda farklı ID numaraları ile farklı şekilde [B]yLock kullanılırsa 2 ayrı isim verilmiş olunur."

xxiii. Samsun 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 23/3/2018 tarihli ve E.2017/52, K.2018/103 sayılı kararında yer aldığı şekliyle F.M.nin soruşturma aşamasında alınan ve kovuşturma aşamasında da içeriğini kabul ettiği ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"2010 yılı Aralık ayında, hususi birim diye nitelendirilen [A. ilinde] Emniyet içerisinde Akademili Amirlerden 94'lü devrelerin grup imamlığı yapmak üzere [A.K.] tarafından görevlendirildim ... ByLock programı kullanılmaya başlandıktan sonra ... [F.nin] telefonuna ByLock programını yükledim ve bu program üzerinden haberleşmeye başladık ... ByLock programı ilk çıktığı zamanlarda Google Play'de yoktu, [A.] bu programı benim telefonuma Bluetooth üzerinden yükledi, ben de [F.nin] telefonuna yine aynı şekilde yükledim, ancak bu programı biraz kullandıktan sonra [A.] bana programın Google Play üzerinden de indirilebileceğini söyledi, benim cep telefonumda bu program olduğu için ben hiç indirmedim, bu programın çalışma sistemi ise programı kurduktan sonra program otomatik olarak bir ID numarası veriyor, [b]en bu ID numaraları görüşeceğim kişi ile karşılıklı olarak kaydettiğimiz zaman birbirimiz ile görüşmeye başlıyoruz, bir kişi ile görüşmek için karşılıklı ID numaraları kaydedilmeden asla görüşme yapılamaz."

5. ByLock Programının Genel Özellikleri

42. ByLock uygulamasına ilişkin olarak soruşturma birimlerince düzenlenen raporlar ve Yargıtay kararlarından hareketle anılan programın özellikleri şöyle özetlenebilir:

a. Mesajlaşma Özelliği

43. ByLock üzerinden anlık mesajlaşma yapmak mümkündür. Bu özellik, uygulama içinde birbirini *arkadaş* olarak ekleyen kişilerin aynı zaman diliminde ve karşılıklı mesajlaşmalarını sağlamaktadır. ByLock *arkadaş* listesinde eklenebilmek için karşı tarafın *kullanıcı adının/kodunun* bilinmesi gerekmektedir. Dolayısıyla kullanıcılar -yukarıda belirtilen yöntemle- başka bir örgüt mensubunu kişi listesine ekledikten sonra uygulama karşı taraftan onay istemekte, onayın verilmesi hâlinde bağlantı ve mesajlaşma mümkün hâle gelmektedir.

44. Arkadaş ekleme ekranında *nickname* isimli bir alan daha yer almaktadır. Bu kısım, arkadaş olarak eklenen bir kişiye başka bir takma isim verilmesine imkân sağlamaktadır. Yargı kararlarında ifade edildiğine göre teknik raporlarda yer alan ve *roster* isimli tabloda saklandığı belirtilen veriler, kullanıcıların bu kısımda belirledikleri *nicknameler*dir.

45. Yaygın kullanılan diğer mesajlaşma uygulamaları internet bağlantısı olduğu sürece arka planda çalışmaya devam etmekte ve mesaj geldiğinde kullanıcıya bildirimde bulunmakta iken ByLock uygulamasında -kullanıcının internet bağlantısı mevcut olsa dahi- mesajın alınabilmesi için cihazdaki programın açık (çalışır) hâlde olması gerekmektedir. Teknik ve adli raporlar ile yargı kararlarında ifade edildiği üzere kullanıcıya yük getiren ve kullanım zorluğu oluşturan, ayrıca işlevsel de olmayan bu özellik programın ticari kaygılarla hazırlanmadığına işaret etmektedir. Ayrıca anılan özelliğin gizliliği esas alan bir örgüt olan FETÖ/PDY'nin kendini ve üyelerini saklama çabasının bir yansıması olduğu değerlendirilmiştir.

46. Oluşturulan arkadaş listelerinde örgütle ilişkili kişiler yer almaktadır. Örneğin -ByLock Analiz Raporu'nda yer aldığı şekliyle- T.A. (user-ID:5176) isimli kişinin arkadaş listesinde bulunan 240 kişiden önemli bir bölümünün örgütün üst düzey yöneticisi olduğu, listede

ByLock kullanıcısı olan eşi dışında dördüncü dereceye kadar herhangi bir akrabasının bulunmadığı tespit edilmiştir.

47. Soruşturma birimlerince çözümlenen mesaj içerikleri incelendiğinde mesajlarda örgüt mensuplarının tedbire ve gizliliğe önem vermelerinin istendiğine dair yazışmaların olduğu belirlenmiştir. Bu bağlamda çözümlenen mesajların neredeyse tamamının günlük konulara değil FETÖ/PDY'ye ait örgütsel temas ve faaliyetlere ilişkin olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca mesaj içeriklerinde ve arkadaş listelerinde, kişilerden genellikle örgüt içindeki kod adlarıyla bahsedildiği görülmüştür. Bu kapsamdaki mesaj içeriklerinin bir kısmı aşağıdaki hususlara ilişkindir:

i. Örgüt lideri Fethullah Gülen'in talimat ve görüşlerinin paylaşılması.

ii. FETÖ/PDY üyelerinden kimlere operasyon yapıldığına ve kimlerin deşifre olduğuna ilişkin bilgilerin paylaşılması, ayrıca yapılacak operasyonların da önceden bildirilmesi. Örneğin ByLock Analiz Raporu'nda yer aldığı şekliyle;

- 180428 user-ID ile 78138 user-ID arasında geçen 26/8/2015 tarihli ve 17.42 saatli mesajın *"Kurumlara yönelik ekipler olusturulduğunu duyduk. Bu operasyon o operasyon mu acaba?"*,

- 97204 user-ID kullanıcısı tarafından gönderilen 6/1/2016 tarihli ve 00.51 saatli mesajın *"1 kasımda operasyon yapacaklarmış"*,

- 359010 user-ID ile 482423 user-ID arasında geçen 16/12/2015 tarihli ve 00.07 saatli mesajın *"abi bu birimde bilgi alacak bir kişi varmış duyulursa orayı dağıtırlar diyorlar. [Ç]ok hassas abi"*,

- 359931 user-ID ile 235342 user-ID arasında geçen 6/12/2015 tarihli ve 22.27 saatli mesajın *"yarın operasyon olacak medyaya ihtiyac olacak ona gore hazirliginizi yapin ancak operasyon olacagini kimseye soylemeyin"*,

- 154559 user-ID ile 177112 user-ID arasında geçen 15/1/2016 tarihli ve 08.07 saatli mesajın *"Değerli abiler, TR'deki gözaltına alınmalarında farklı farklı kişilerde 1 \$'lar çıkınca nedenini sorguladıkların da meselenin Büyüğümüzden geldiğiyle ilgili olduğunu çözmüşler. Dolayısıyla bize bakan yönüyle özellikle TR'ye gidip gelen arkadaşlar bu konuda hassas olsalar"*

Adil Yargılanma Hakkı

vecüdanlarında \$ ve HE [Hoca Efendi] imzalı saatlerle girip çıkmasalar iyi olur, makul şüpheden dolayı problem çekmesinler İnşallah" şeklinde olduğu tespit edilmiştir.

iii. Operasyon yapılması ihtimali olan yerlerde bulunulmaması ve bu yerlerde olup örgüt için önemli dijital verilerin arama-tarama mesulü (ATM) olarak adlandırılan kişilerce önceden temizlenmesi. Örneğin 324030 user-ID ile 144401 user-ID arasında geçen 30/12/2015 tarihli ve 21.29 saatli mesajın "arkadaşlar izmirde her tarafta ciddi araba ve üst - baş araması yapacaklar. bir hafta devam edecek. çok dikkatli olalım telefonlarımızın maillerinin sey[a]hat anında açık olmamasına, yanımızda hizmet adına hiçbir evrağın bulunmamasına dikkat edelim. Ayrıca cd ve pirlanta [Fetullah Gülen'in kitapları] olmasın" şeklinde olduğu tespit edilmiştir.

iv. Örgüt mensuplarının yurt içinde saklanması için yer temini ile yurt dışına kaçıışı için yapılan organizasyonlar.

v. FETÖ/PDY'ye yönelik olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli veya sanıkların hâkim ve Cumhuriyet savcılarınca serbest bırakılmasının sağlanması (bu yöndeki bir karar süreci için bkz. *Mustafa Başer ve Metin Özçelik; Hüseyin Korkmaz*). Örneğin ByLock Analiz Raporu'nda yer aldığı şekliyle 76026 user-ID kullanıcısı olan eski hâkim F.K.nın 203391 user-ID kullanıcısı sivil kişi S.G. ile görüşerek soruşturma dosyalarıyla ilgili bilgi verdiği tespit edilmiştir. Buna göre;

- 16/12/2015 tarihinde 21.35 ile 22.58 saatleri arasında atılan mesajların "Abi dosya yarın sevk edilecek", "savcısı [İ.Ş.]", "hakim yarın [H.] bey itirazına ben bakacağım", "dosyada bilirkişi raporu yetersiz", "1 aralık rövanşı çevre illerde de bekleniyor", "inşallah bir sorun çıkmaz" ... "3-5 tutuklu kalırlarsa yattıkları süreyi dikkate alıp bırakabilirim. Eğer diğer hakimlerdeki kanaat bugünkü gibi olursa hiç sorun olmaz", "itiraz mutlaka bana gelecek" / "[A. ilinde] baska oper[a]syon gorunuyor mu abi" / "Yarın sevk edilirse öbür türlü cuma zaten ben nöbetçiyim" / "bunlar bunu ayarlayip ayarlamadığını gorecegiz abi" / "abi en ciddi dedikleri buymus", "[M.] hepsini bıraktı. [M.A] bey birisi hakkında tutuklamaya yönelik yakalama çıkaracak" / "savci kimdi abi", "bununla alakali bir belgeye ulasmamız mümkün mü" / "Nasıl bir belge abi" ..."

- 18/12/2015 tarihli ve 21.54 saatli mesajın *"Abi gelişmeleri yazabilir misiniz?"*

- 20/12/2015 tarihinde 16.14 ile 19.34 saatleri arasındaki atılan mesajların *"Abi ...", "1- Tutuklanan 5 kişi terör örgütünden mi ... yoksa sahtecilik ve dolandırıcılık suçundan mi tutuklanmış 2- Serbest kalan kişiler hakkında savcılık tutuklanması için size mi itiraz etti",*

- 21/12/2015 tarihinde 00.40 ile 21.38 saatleri arasında atılan mesajların *"abi tutuklamalar örgütten", "bırakılan kişiler ile ilgili savcılık itirazı elimde yine örgütten tutuklama isteniyor. Bugün mutlaka karar vermem lazım. dosyalar inceleyip red ederim", "abi yakalama talebini red ettim. talep eden iki kişiyi tahliye ettim. akşam üzeri idi tepkileri alamadım", "bakalım yarın tepkiler nasıl olacak bu dosya sanırım benim odadan çıkmay[aca]k" şeklinde olduğu tespit edilmiştir.*

vi. Kamu kurumlarında FETÖ/PDY aleyhine görüş bildiren veya yapılanmayla mücadele edenlerin fişlenmesi. Örneğin ByLock kullanıcısı olduğu tespit edilen şüpheli A.K.nın gönderdiği 14/2/2016 tarihli ve 22.27 saatli mesajın *"... Hangi ilde hangi başsavcı, başsavcı vekili, savcı ve hakimler bu konuda şehvetli oldukları ve motivasyon kaynakları kimler olduğu tespit edilmelidir ... Bunları da tespit etmek lazım ve gerekiyorsa deşifre etmek lazım"* şeklinde olduğu belirlenmiştir.

vii. Deşifre olduğu düşünüldüğünde ByLock iletişim sisteminin kullanımına son verileceği ve *Eagle, Dingdong* ve *Tango* gibi alternatif programlara geçiş yapılacağına haber verilmesi.

viii. Himmet (FETÖ/PDY'nin mensuplarından düzenli olarak aldığı para için kullanılan tabir) toplantılarının gerçekleştirilmesi, görevinden uzaklaştırılan veya kamu görevinden ya da meslekten çıkarılan örgüt mensuplarına para temin edilmesi, ayrıca örgüt üyelerinin buluşma adreslerinin değiştirilmesi.

ix. Türkiye'yi terörü destekleyen ülke gibi göstermek amacına (örgütün bu amacına yönelik bir girişim için bkz. Süleyman *Bağrıyanık ve diğerleri*) yönelik olarak faaliyette bulunan birtakım internet adreslerinin paylaşılması ve bu sitelerdeki anketlerin desteklenmesi.

Adil Yargılanma Hakkı

x. FETÖ/PDY mensuplarının savunmalarında kullanabilmeleri amacıyla hukuki metinler hazırlanması ve bu kişilere müdafî temin edilmesi. Örneğin 14444 user-ID ile 18491 user-ID arasında geçen 1/1/2016 tarihli ve 14.33 saatli mesaj "Y 16. CD 21.01.2016ya tutukluluk halinin devamına karar vererek duruşma günü vermiş ... Süreci uzatma adına; 1- Reddi hakim, tahliye ve verilen kararlara yönelik itiraz mahiyetinde talepler ile heyeti karar veremez ve çalışamaz hale getirmek [B.] veya [Ö. ile] daha önce beraber çalışan heyette birileri varsa aramızda samimiyet veya husumet var, bunu reddediyorum denebilir [v]eya heyetteki her üye için ayrı ayrı ve farklı zamanlarda 'siz örgütlü suçlarda çalışmadınız, çalışsanız şunu bilirdiniz, bunu bilmeyecek ne var' gibi savunma dokunulmazlığı kapsamında sayılacak sözler sarf edilse, heyet hakaret suçu yönüyle suç duyurusunda bulduktan sonra aramızda husumet oluştu sizi reddediyoruz denebilir. 2- İddianamenin tamamını (gerekirse TRT spikerine) savcıya okutmak. Bu bile epey zaman alacaktır 3- Talimatla dinlenen tanıklara soru sorma imkanı sağlanmadı, heyet huzurunda ve hazır bulunduğumuz sırada doğrudan veya seğbis aracılığıyla dinlenilmesi talep edilmeli 4- Hakimi reddi için başvuran taraf avukatlarının tanık olarak dinlenilmesini istemek gerekir 5- Örgütle ilgili taşradaki tüm dosyaların incelenip onaylı suretinin bu dosyaya eklenmesi ve bur[a]daki bilgi ve belgelere karşı savunma yapmak için süre talep edilmeli 6- Tutuklamaya sevk için işlem yapan HSYK başmüfettişi ve bu olayın gelişimi sırasında bulunan tüm hakim ve savcı aktörlerin tanık sıfatıyla beyanlarının alınması istenmeli, (Somut olarak şu kişinin şu konuyla ilgili dinlenmesini istiyoruz denmeli) 7- Heyetin mahkeme kararlarının uygulanmaması ile ilgili belirleyeceği hukukçu bilirkişi tespit edilip tüm dosya tevdi edilerek yargısal karar nedeniyle hakim tutuklamanın hukuki bakış açılarının tespiti talep edilmelidir. 8- Talep reddedildiği takdirde biz bir sonraki duruşmaya hukukçu profesör ... bilirkişiyi dinletmek istiyoruz denebilir. Duruşmaya gelip bu konuda bilirkişilik yapacak (avukat, öğretim üyesi, (yard. Doç. Dahil) en az 10 celse 10 farklı bilirkişi dinletilebilir. 9- Tüm beyanlar ve delilleri değerlendirmesi için yazılı uzman hukukçu bilirkişi almak için süre talep edilebilir. 10- Davaya konu olayla ilgili görsel ve yazılı medyada çıkan tüm yazı ve görüşler çıktı olarak alınarak dosya arasına girmesi sağlanmalı (Dosyayı daha da şişirme adına) 11- Dış basın ve yabancı hukuk derneklerinin davaları takibini sağlama adına aktif çalışma yapmak ve savunma pozisyonunda, balyozcuların, Ergenekoncuların ve Adnan hocacıların savunma argümanlarını

yeni bir sıkıntıya sebebiyet vermeden, kolay lokma olunmadığını gösterme adına uygulamak gerekir kanaatindeyim” şeklindedir.

xi.Hükûmetin illegal şekilde nasıl devrileceğine, bunun için örgütle bağlantılı yargı mensuplarının ve güvenlik birimlerinin nasıl kullanılacağına, üst düzey kamu görevlilerinin nasıl istifaya zorlanacağına, medya organlarının ve sivil toplumun nasıl kontrol altına alınacağına dair planlamalar yapılması. Bu çerçevede bazı üst düzey örgüt mensuplarının kendi aralarında -Yargıtay 16. Ceza Dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 24/4/2017 tarihli ve E.2015/3, K.2017/3 sayılı kararda yer aldığı hâliyle- şu şekilde mesajlaştıkları tespit edilmiştir: *”2000 kişiyi almadan düzelmez bu işler” seçimle falan olmaz” demiş HE [Hoca Efendi] / ”Saraya yürüyüp O adamı taşıyıp indirmeden düzelmez” / ”Aslında bir sabahlık işi var hepsinin” / ”3 savcı yazacak iddianameyi, kolluk gücü olarak asker makul şüphe gözaltı yapacak” / ”Hakimlerde 2.günü ayarlanıp iş bitecek” / ”Kurul [Hakimler ve Savcılar Kurulu] üyelerini de alacan, medyayı da” / ”1 günde toplar geçersin” / ”1 hafta da her şey değişir” / ”Gerisi artık ülkeyi ele almış olacaksınız” / ”17/25 i [17-25 Aralık soruşturmaları] niye yaptık o zaman” / ”Hazırlık var şu an” / ”Toplanacakların listesini oluşturuyorlar” / ”Tam o tarz mı bilmiyorum belki direk asker girer” / ”Yok ya kim çatışacak” / ”Mısırdaki kadar bile olmaz” / ”He [Hoca Efendi] aleyhine Allah Korusun ABD karar verirse tüm dünyada işler ciddi sıkıntıya girer” / ”Geçen bahsettiğim bunları bir sabah” / ”Toplayalım meselesini” / ”Emn çi he ye [Hoca Efendiye] sunulması için proje haline getirip gönderdi”, ”Bence son gücümüzle bir çıkış yapmak lazım” / ”Kaç yıldır oraya çalışıldı” / ”Bugün girmeyecekse” / ”Ne yansması burası çözülsün de” / ”Beklemeye devam yani” / ”Emn [Emniyet] kalsa asker girmeden biz bile hallederiz diyo[r]” / ”Gözaltı olamayacakları güvenlik açısından ablukaya alacaksınız” / ”Sonra istifa ve y. [yurt] dışı” / ”Hsyk üyeleri de öyle” / ”İlk günü tüm medyaya kayyım” / ”Manşetler uçurumdan dönüldü, kaos bitti vs manşet atacak” / ”Şu andan 100 kat daha hukuki” / ”Olmadı devlet benim kardeşim der geçersin” / ”1 yıla toparlanır abi” / ”Asker demek biz demek şu an abi” / ”Harici kumsal bir ses yok orda” / ”Ama yine de he [Hoca Efendi] istese olur”, ”1000 kişi toplansanız sabah yeter”, ”Gözaltı yapılamayacakları da bakan vs” / ”Can güven[li]ği açısından ablukaya alacaksınız tedbiren yani” / ”Darbe olmamış olacak” / ”Savcı verecek gözaltı kararlarını”, ”Garnizonlara yazacak direk” / ”1 savcı yeter” / ”Gerisi kolluk gücünün işi” / ”Bu çalışmayı*

Adil Yargılanma Hakkı

detaylı yazıp gönderdim" / "3 dosya" / "İşid vatana ihanet ve 17-25 aralık" / "CB [Cumhurbaşkanı] bile kanunen gözaltı yapılabiliyor" / "Sonra istifaları istenir abluka altında iken" / "Kabul etmeyenler ya imralı ya y. [yurt] dışı" / "Aynı saatlerde tüm medyaya da kayyım atanacak" / "17 25 kimin olacaktı", "Tam olsaydı" / "Hizmet bu sürecin tarafı değildir, bu tamamen hukuki bir davadır der geçeriz" / "A haber akşam tr uçurumdan döndü kurtuldu vs haber yapacak, adamın sarayı altınları paraları ortaya dökülecek..." / "Y.içinden bu adamlara yapılacak bir şey yok demiş he [Hoca Efendi]" / "3 ihtimal var aslında" / "1.projeyi uygulamak 2. sükut edip inayeti ilahiyeyi beklemek. 3. süde küçük kriminalize bir grup olarak 80 li yıllar gibi yola devam etmek."

b. Elektronik Posta ile Haberleşme Özelliği

48. ByLock üzerinden elektronik posta ile haberleşme, anlık (kısa) mesajlaşmaya nazaran daha uzun metinlerin paylaşılmasına imkân veren özelliktir. Uygulamanın bu fonksiyonu *kapalı devre* olarak nitelenebilir. Bu özellik, hazırlanan e-postaların tek veya toplu olarak sadece program kullanıcıları arasında gönderilmesine veya yönlendirilip iletilmesine (*forward*) izin vermektedir. Soruşturma organları, ByLock uzantılı bir hesaptan *Yahoo, Hotmail, Gmail, Outlook vb.* uzantılı hesaplara e-posta gönderildiğine veya (bu hesaplardan e-posta) alındığına dair bir veri elde edememiştir.

49. Programın bu özelliğinin daha çok FETÖ/PDY lideri Fetullah Gülen'in talimatlarının, görüşlerinin, gördüğü iddia edilen rüyalarının paylaşılması ve örgüt üyelerinin motive edilmesi için kullanıldığı değerlendirilmiştir. Mesaj ve e-postalarda örgüt mensuplarının ifadelerinde beyan etmiş oldukları örgütsel bazı kısaltmalara da (*DCE-ders çalışma evi abisi/ablası, BTM-bölge talebe mesulü, BBTM-büyük bölge talebe mesulü, ED-eğitim danışmanı, T-hâkim ve savcıların kodu meslek yıllarına göre T1, T2....T5 'katman' A-avukatlıktan hâkim savcılığa geçen kod A1, A2 ...*) yer verilmiştir. Bu kapsamda tespit edilen örgütsel iletişime ilişkin e-posta içeriklerinin bir kısmı aşağıdaki hususlara ilişkindir:

i. Türkiye Cumhuriyeti devletinin uluslararası düzeyde zora düşürebilmek için terörü destekleyen ülke gibi gösterilmesi.

ii. Bu amaca yönelik faaliyette bulunan birtakım internet adreslerinin paylaşılması ve örgüt mensuplarının VPN kullanarak yani yurt dışından

e-posta atılıyor gibi göstererek bu internet sitelerinde bulunan anketleri desteklemesi.

iii. Terör örgütü yöneticisinden alınan bilgi, motive edici sözlerin ve talimatların kullanıcılar arasında *forward* edilmesi. Bu bağlamda e-posta ile örgütsel iletişime dair -Samsun Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesinin 15/5/2019 tarihli ve E.2019/302, K.2019/583 sayılı kararında yer verildiği şekliyle- örgüt yapılanmasında *il imamı* olduğu tespit edilen, terör örgütü kurma ve yönetme suçundan hakkında mahkûmiyet kararı verilen H.B.ye ait ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nda yer alan ve birçok kez *forward* edilen bazı e-postalar aşağıdaki şekildedir:

- "Kırıkkale de bir işçi abinin gördüğü rüya. Kırıkkalede işçi abilerle bir salondayız Hoca Efendi sohbet ediyor. Sinevizyonda yeşil bir listede Bankasyaya ve zor zamanda hizmetlere sahip çıkanların ismi var... İşte bunlar cennetlik liste diyor ... Bir de kırmızı liste vardı, bunlarda süreçte ayrılanlar ... bunlar üzerine sohbet etti ...sohbetin sonunda 'sorusu olan var mı' diye sordu ... Bir abimiz süreç ne zaman bitecek diye sordu ... gülümsedi bu soruyu bekliyordum dedi ... Bu sorunun cevabını yan odada davanın sahibi var O (s.a.v.) versin dedi.. Yan odadan Efedimiz'in (s.a.v.) sesi duyuldu: 'Dışarıdakiler içerdekiyle aynı seviyeye gelene kadar devam edecek' dedi ... (Manevi hayat açısından)"

- "Abiler, kurumlara kayyım atanması meselesi ciddi olarak gündemde ve hızlıca gelmeye başladılar. Bu süreçte, 1 Soğukkanlı olup panik havası oluşturmaktan aşağıdaki konuları dikkatle takip etmeliyiz. 2 Tüm şirket ve kurumlarda acilen genel temizlik yapılmalı. 3 Kurumlarda gayri resmi hiç bir iş ve işlem olmamalı. 4 Kurum iş ve işlemleri dışında hiçbir görüşme ve toplantı yapılmamalı. 5 Fiili ve resmi olarak kurumda vazifeli olmayan hiçbir kimse kurumu çalışma ofisi olarak kullanmamalı. 6 Kayyım nezdinde kurumu ve hizmeti zor durumda bırakabilecek, gayri resmi belgesiz hiçbir para girişi ve çıkışı olmamalı, 7 şirket yönetim kurulu üyeleri, kurucu temsilcisi ve ortaklar avukatlar ve kurum mali müşavirleri tarafından bilgilendirilmeli"

- "By[Lock] da isimler yazılırken hiç bir zaman gerçek isimler yazılmasın. Herkes kendi anlayacağı şekilde yazsın. Ele geçme durumunda kimseye ulaşılamasın. Çok önemli. Hemen düzeltelim."

Adil Yargılanma Hakkı

- "100 yıllık bir filmin finalindeyiz. Finalde Allah'ın size biçmiş olduğu role bakın. Finale yakışır duruş sergileyin! Bu süreç (yaz sonu itibarıyla) BİTTİ!!! Artık İMTİHAN faslıdayız; ta ki bütün karakterler iyice gün yüzüne çıksın, hamlar haslardan tamamen ayrılsın. Bu belanın tamamen def olması ise esbab olarak çekilen ızdırap ve külliyet kesbeden duanın karşı tarafın duasına galebe çalmasına bağlı' 'Şu anda dünyadaki yedi milyar insanın en bahtiyarları bu süreçte hizmette sabit duran, yer değiştirmeyenlerdir!!! Ötede size neler kazandırdığını bir bilseydiniz sevinçten çıldırırdınız!!! Hele bir de tutuklananların derecesini bilseydiniz, kendinizi tutuklatmak için gider kendinizi ihbar ederdingiz!!! Ama zalimin işini kolaylaştırmak Cenabı Hakka karşı terbiyesizlik sayılır."

- "HE [Hoca Efendi] özel görüşmede Selam Tevhid ve Tahşiye davaları ile ilgili genel bilgi aldı. 'Her duamda mutlaka medresei Yusufiye' dekilerine dua ediyorum' dedi. 'Az kaldı bu süreç bitecek' dedi. 'Bu benim şahsi değerlendirmem değil, ABD, Rusya ve iç dinamikler bunların gitmelerinde anlaştı' dedi."

- "Arkadaşlar şu ana kadar gözaltından tutuklamaya geçiş daha çok yakalanan evrak, kurban, burs, bağış, himmet, mütevelli ve ders grubu listeleri, yanlış ifade, panik yapmak, avukat gelmeden ifade vermeye başlamak, teknik bilişim malzemeleri (CD, bilgisayar, laptop vb) yakalatma ve şikayet etmelerden kaynaklı. Dikkat ederseniz çoğunluğu da bilgi, belge, teknik malzemeler... Yani iyi bir arama tarama yapılmamasından kaynaklı deliller oluşturuluyor. Bu, Neden kaynaklanıyor; hangi düşünceler bizi ele veriyor...; Bize birşey olmaz düşüncesi. Ben gerekli temizliği yaptım kanaati. Bundan ne çıkar ki... Bize gelinceye kadar o hooo... Ben ölürüm ama bunlardan ayrılamam söylemi. (H.E [Hoca Efendi] ile fotoğraf gibi) Bana bunlar özel hatıra... Bunlar çok kıymetli, siz bunun değerini bilmezsiniz... Gelecek sene hizmet için bunlar lazım olacak ... Bir yerde listeler dursun, unutmayayım... Birkaç defa aradılar birşey bulunmadılar ki... Ben, razıyım. Hapise hapis... Biz, bu işi yolda bulmadık... Bu hizmet ne emeklerle buraya geldi... Siz, kendinize bakın. Ben temizim zaten... İdam da etseler razıyım ben... Benim sakladığım yerde cinler bile bulamaz... Yakında bu süreç bitecek zaten... Benim filan yerde tanıdığım var. Ona söylerim bize yardımcı olur... Arkadaşlar; ateş sadece düştüğü yeri yakmıyor; ateş hepimizi yakıyor."

- "Önemli listelerin cevşenlerin içinde flash bellekte saklandıkları şeklinde bilgiler elde etmişler. Ev aramalarında cevşenlerin içine muhakkak bakıyorlarmış, Boyunlarda takılanlar dahil. Genel bir uyarı yapılmasında fayda var."

- "[B]ank Asya için diğer bankalardan alınan kredileri araştırıyorlar ve 6 tane kimin olduğu karışık laptop da almışlar orada sıkıntı çıkacak duruyor yapacak birşey var mı"

- "[A]bi bu gelinen kurumlar neler...Delil olarak nelere el konuldu...Sıkıntı oluşturacak bir şey var mı[ydı?] Basın geldi mi? Görüntü alındı mı? Haberi yapılacak mı? Ayrıntılı bilgi alabilir miyiz?"

- "1 ünitelerin bütçeleri illerde bağımsız ve müstakildir.2 ünitelerin bütçeleri il hadimi ile ünite mesulü tarafından yapılır anlaşamazlarsa bölge hadim ve ünit mes ile kararlaştırılır. Elaman değişimi ünite ve hdm ve personelcinin onayıyla olur. Hedefler il hadimi ve üntecinin birlikte kararıyla olur. İllerin dışında ünitelerin illerden gelirleri toplayıp kasa oluşturmaları olmayacak. İllerde üniteler üzerindeki yazdan beri mutabık olduğumuz bütçelerinin fazlası il hdimlerine verilecek. Ülkeler de sadece ödemelerinde il hadimlerini mesul bilecekler. Ülkeler birçok muhataptan da kurtulmuş olacaklar. Bu kurallara herkes uyacak. Farklı uygulama olursa suhuletle, konuşarak düzeltilecek."

- "[T]alebecilerin bilgisayarlarının harddisklerini acil çıkardık ve kırdık. Yeni flash lar almamız lazım ve yeni harddiskleri bilgisayarlara takmamız gerekiyor. Bununla ilgili harddisk 150 TL Flash da 150 TL. Toplam her bir kişi için 300 TL bütçe vermemiz gerekiyor. Bu yeni sistemi de hiç kimseye söylemeyeceklerine ve vermeyeceklerine dair söz ve yemin aldık. Talebe sisteminin dışında hiçbir yere vermememiz gerekiyor."

c. Grup Oluşturma Özelliği

50. Grup olarak da haberleşme özelliği bulunan ByLock uygulamasında, kurulan grupların isimleri (Bölge Bayan, Etütçüler, Ev abileri, İmamlarımız, Okulcular, 8 abiler, 8 birimciler, 8 büyük bölge, Bölgeciler, II Mezuncular, Talebeciler, Üniversiteciler, Zaman Gönüllüleri, Mesul, Mesuller, İzdivaç gibi) örgütün sıkça kullandığı kendisine has literatürüyle ve hücre tipi hiyerarşik yapılanmasıyla uyumludur. Öte yandan örgüt üyelerinin ByLock'ta kurduğu grup isimleri ile ByLock dışındaki delillerde geçen sınıflandırmaların benzer olduğu anlaşılmıştır. EGM-KOM Daire Başkanlığınca hazırlanan "FETÖ silahlı terör örgütü emniyet mahrem yapılanması raporu"nda da açıklandığı üzere örgütün eğitim sistemini baz alarak belirlediği genel müdür-müdür-öğretmen-rehber-zb (zümre

başkanı) gibi ifadelerin/kodlamaların ByLock programında kurulan grup isimlerinde de kullanıldığı anlaşılmıştır.

d. Sesli Görüşme Özelliği

51. ByLock programıyla ilgili olarak elde edilen verilerden -ses dosyası bulunmamakla birlikte- sesli görüşmelere ait loglara ilişkin kayıtlar tespit edilmiştir. Uygulamanın kaynak kodları içinde Türkçe *sesli arama* şeklinde ifade de bulunmuştur. Soruşturma organları bünyesindeki teknik birimler, bu verilerden hareketle ByLock uygulamasının kullanıcılara, aralarında sesli konuşma yapabilme imkânı tanıdığı sonucuna varmışlardır. Elde edilen dijital verilerde, birçok kullanıcının uygulama üzerinden yaptığı görüşmelerin tarih ve saati ile arama işleminin başarılı olup olmadığına dair bilgilere ulaşılmıştır.

e. Görüntü/Belge Gönderebilme Özelliği

52. Uygulamaya ait verileri inceleyen teknik birimler, programın görüntü ve/veya belge gönderebilme özelliğinin de bulunduğu sonucuna varmışlardır. Bu özellik sayesinde örgüt mensupları, örgütsel mahiyetteki görüntü ve belgeleri başka herhangi bir haberleşme aracına ihtiyaç duymadan iletebilmişlerdir.

53. Örgüt üyelerinin ByLock uygulamasını kendi ikonuyla değil yaygın programlara (özellikle WhatsApp, Google gibi) ait ikonla görülebilmesini sağlamaya yarayan *.apk* uzantılı dosyalar paylaştıkları tespit edilmiştir. Adli organların değerlendirmesine göre bunun amacı veri ve belge gönderimi sırasında ByLock uygulamasının örgüt mensubu dışındaki kişiler tarafından görülmemesi ve ByLock uygulamasının gizli bir amaç için kullanıldığına ortaya çıkarılmamasıdır.

6. ByLock Programının Yaygın Diğer Uygulamalardan Ayrılan Yönleri

54. Yargıtay kararlarında ByLock programı diğer yaygın mesajlaşma programlarıyla karşılaştırılmış, programa ilişkin bütün unsurlar hep birlikte değerlendirilmiştir. Yargı organları, ByLock uygulamasının yapısını ve genel özelliklerini -verilen ifade ve toplanan diğer delillerle birlikte- değerlendirdikten sonra bu programın global bir uygulama

görüntüsü altında münhasıran FETÖ/PDY mensuplarının kullanımına sunulduğu sonucuna ulaşmıştır.

a. Uygulamanın Kurumsal ve Ticari Mahiyeti

i. ByLock programı ticari bir amaç güdülerken hazırlanmamıştır. Bu çerçevede programın tanıtılmasına yönelik bir girişimin olduğu tespit edilemediği gibi kullanıcı sayısının artırılması için çaba gösterildiği yönünde bir veri de mevcut değildir. İnternet tabanlı yaygın anlık mesajlaşma uygulamalarının birçoğu olabildiğince çok kullanıcıya erişerek marka değerlerini ve kazançlarını artırmayı hedeflerken ByLock uygulamasında bunun yerine *anonimlik* temelinde belli sayıda kullanıcı amaçlanmıştır. Çözümenebilen mesaj içeriklerinde, programın üçüncü kişilerden gizlenmesinin ve ByLock sunucularına yapılan bağlantıların tespitinin engellenmesinin istendiği saptanmıştır.

ii. Başka bir ülkede sunucu kiralanmak suretiyle kullanıma sunulan uygulamaya ilişkin olarak gerçekleştirilen iş ve işlemlere (sunucu ve IP kiralama gibi) ait ödemeler anonim yöntemlerle yapılmıştır. Ayrıca uygulamayı geliştiren ve kullanıma sunan kişinin daha önce yaptığı işlere ilişkin referansları ve erişilebilir iletişim bilgileri bulunmamaktadır.

b. Kullanıcı Bilgilerinin ve İletişimin Güvenliğinin Korunması

i. Kullanıcıların iletişime geçmeleri için kişiye özel birtakım bilgilerin bilinmesini ve bu bilgiler üzerinden tarafların karşılıklı şekilde birbirlerini arkadaş olarak eklemesini gerektiren ByLock, gönderilen her bir mesajın farklı bir kripto anahtarı ile şifrelenmesi üzerine oluşturulmuş bir programdır. Bu şifreleme, kullanıcıların kendi aralarında bilgi aktarırken üçüncü kişilerin bu bilgiye izinsiz şekilde (hack) ulaşmasını engellemeye yöneliktir.

ii. ByLock iletişim sistemi 46.166.160.137 IP adresine sahip sunucu üzerinden hizmet vermiştir. Başka bir ülkede sunucu kiralama hizmeti veren bir firmaya tahsisli dokuz IP adresinin ByLock uygulamasının çeşitli sürümlerinde de kullanıldığı tespit edilmiştir. Adli makamlara göre birden fazla IP adresinin kiralanması, kullanıcıların tespitini zorlaştırmak amacıyla yöneliktir.

Adil Yargılanma Hakkı

iii. ByLock üzerinden iletişime geçmek için karşı kullanıcının adının/kodunun bilinmesi gerekir. Dolayısıyla yaygın ticari uygulamaların aksine kullanıcı adı/kodu bilinmeyen bir kullanıcının kişiler listesine eklenmesi ve onayı alınmadan onunla iletişime geçilmesi mümkün değildir.

iv. ByLock sistemi, ilgisiz kişilerin uygulamadan haberdar olmasını veya gelen mesajları okumasını engellemek için mesajların uygulamanın açılmasıyla birlikte alınmasını sağlayacak şekilde tasarlanmıştır. ByLock uygulamasında e-posta özelliği de kapalı devre çalışmakta ve yalnızca ByLock kullanıcıları arasında gerçekleştirilebilmektedir. Mesaj ve e-postalarda, çok büyük oranda örgütsel içerikli yazışmalar yer almaktadır.

v. ByLock, yaygın mesajlaşma uygulamalarının aksine kullanıcılarına hızlı iletişim imkânı sunan bir uygulama değildir. İletişime geçmek için programın yüklenmesi yetmemekte, ayrıca belli bir şekilde ve gizlilik içinde yürütülen kurulum ve onay süreçlerinin de tamamlanması gerekmektedir. Uygulamaya kayıt esnasında gerçek isimlerin *kullanıcı adı* olarak belirlenmemesine özen gösterilmiştir. Kaydolacak yeni kullanıcı için doğrulama kriterlerinin kullanılmaması kullanıcının kimliğinin tespitini zorlaştırmaktadır. Diğer bir ifadeyle kayıt sırasında kişiye ait özel bir bilginin talep edilmemesi anonimliğin sağlanması ve kullanıcı tespitinin zorlaştırılması amacının güdüldüğüne işaret etmektedir.

vi. ByLock üzerinden gerçekleştirilen haberleşme, belirli sürelerin sonunda cihaz üzerinden otomatik olarak silinmektedir. Kullanıcı, verileri silmeyi unutsa dahi ByLock sistemi gerekli tedbirleri alacak şekilde tasarlanmıştır. Böylece olası bir adli işlem neticesinde cihaza el konulması hâlinde, kullanıcı listesindeki isimlere ve uygulamadaki haberleşmelere ilişkin geçmiş verilere erişimin engellenmesi temin edilmiştir.

vii. Uygulamaya ait sunucu ve iletişim verileri, uygulama veri tabanında kriptolu olarak saklanmaktadır. Bu husus, kullanıcı tespitinin önlenmesi ve haberleşme güvenliğinin sağlanması için alınan ilave bir güvenlik tedbiridir.

viii. Türkiye'den erişim sağlayan kullanıcıların kimlik bilgilerinin ve iletişimlerinin gizlenmesini sağlamak amacıyla kullanıcılar VPN vasıtasıyla uygulamaya erişmeye zorlanmıştır.

c. Programın Global Bir Uygulama Olup Olmadığı

i. ByLock uygulamasının kullanıcılarının çok büyük bir kısmının Türkiye menşeli olduğu tespit edilmiştir.

ii. ByLock uygulama sunucusu yöneticisi, Ortadoğu'dan gelen bazı IP adreslerinin uygulamaya erişimini engellediğini duyurmuştur. Buna karşın ByLock'a yönelik engellemelerin tamamına yakınının Türkiye IP adreslerine ilişkin olduğu belirlenmiştir. Bu sebeple Ortadoğu bağlantılarından kastedilen özellikle Türkiye'den gelen bağlantılardır. Bu durum uygulamanın global bir kullanıcı kitlesine hitap etmediğini göstermektedir.

iii. Uygulamaya ait kaynak kodlar içinde birtakım Türkçe ifadeler yer almaktadır. Bu kapsamda sisteme ait kaynak kodları içinde "*yetkiniz yok*", "*dosya*", "*posta*" ve "*sesli arama*" gibi Türkçe ifadeler bulunmaktadır. Yine program içindeki kullanıcı adları, grup isimleri ve çözümlenen şifrelerin büyük çoğunluğu da Türkçe ifadelerden oluşmaktadır. Dahası ByLock üzerinden gerçekleştirilen iletişimin çözümlenebilen içeriklerinin neredeyse tamamı Türkçedir.

iv. ByLock programına Türkiye IP adreslerinden erişimin engellendiği tarih itibarıyla arama motorları üzerinden yapılan sorgulamalarda büyük bir artış olmuştur.

v. ByLock ile ilişkili internet kaynaklı yayınlar, çoğunlukla sahte hesaplar üzerinden yapılmış ve burada FETÖ/PDY lehine paylaşımlarda bulunulmuştur. Örgüt mensuplarınca yaygın şekilde kullanılan uygulama, 15 Temmuz darbe teşebbüsü öncesinde Türk kamuoyu tarafından ya da yurt dışında bilinmemektedir.

vi. Program global bir uygulama görüntüsü altında genel uygulama marketlerine dahi konulmuşsa da özel bir kurulum gerektirmekte ve bu konuda bir kullanım klavuzu bulunmamaktadır. FETÖ/PDY 2014 yılı başlarında genel uygulama mağazalarından indirilmesine izin verdiği

Adil Yargılanma Hakkı

ByLock'un kullanıcıların adli makamlarca tespit edilebileceği endişesiyle bu mağazalardan indirme yerine telefon veya elektronik/mobil cihazlara haricî bellek, hafıza kartları veya bluetooth gibi vasıtalarla yüklenmesini zorunlu kılmıştır. Bu konuyla ilgili olarak 135707 user-ID'nin gönderdiği 9/12/2015 tarihli ve 21.17 saatli mesajın "*SA, Ablalarımız telefonlarına Bylocku kurarken google playden girip indiri[y]orlarmış. Abla kesinlikle yanlış ve bu işlemi yapanların telefonlarını formatlamaları gerek. Bylock yada turquazın bluetooth vasıtasıyla atılması gerek. Çünkü playden indirenler takip listesine alınıyor.*" şeklinde olduğu tespit edilmiştir.

vii. Yaygın ticari mesajlaşma uygulamaların aksine ByLock'ta, kullanım kılavuzu, sık sorulan sorular, geri bildirim alanı gibi bölümlere rastlanmamıştır. Adli birimlerin değerlendirmesine göre bu durum ByLock programının herkese değil örgüt içi kullanıma açık olduğunun bir göstergesidir.

7. ByLock Programının Örgütsel Özellikleri

55. ByLock programı ile ilgili olarak yapılan çalışmalar sonucunda soruşturma birimlerince hazırlanan raporlarda ve Yargıtay kararlarında, uygulamanın FETÖ/PDY ile bağlantısına ve örgütsel yönlerine ilişkin bazı tespitlere yer verilmiştir. Bunlar özetle şöyle ifade edilebilir:

i. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrasında ifadeleri alınan bazı şüpheliler ile yargılaması devam eden sanıklar 2014 yılının başlangıcından beri ByLock'un münhasıran FETÖ/PDY üyeleri tarafından örgütsel haberleşme aracı olarak kullanıldığını ifade etmişlerdir. Bu bağlamda 43284 user-ID ile 43273 user-ID arasında geçen 28/1/2016 tarihli ve 18.32 saatli e-posta içeriğinin "*1. bylock, mail yerine whatsapp kelimesini kullanalım. 2. Raviler özel bir maslahat gozetilmiyorsa silinerek forward edilmeli 3. foto gonderimi sakincali, cihaz hafızasında kalıyor. 4. umuma acik yerlerde kamera acilarına girmeden kullanalım (ozellikle buyuk ekran kullananlar) 5. vazife degisimlerinde yeni hesap acilmesi tavsiye edilir 6. whatsaby acik seyahat etmeyelim (hgs ve hts eslesmesi mevcut bir teknoloji) varacagimiz yerde ve geceleri acik tutalım 7. dua, makale, kose yazisi, tavsiye, notlar dikey paylasilmali yatay paylasimla temiz bir kaynak olan burası kirletilmemeli 8. teknoloji siradan insanlar gibi kullanilmali (siradan bir insanda aile hatti, tedbir telefonu, data hat*

ve cihazı, powerbank bir arada gezmez. bir tablet bir telefon veya sadece telefon (tedbir teli) olabilir. üç beş cihazla trafo gibi dikkat çekmeyelim. hem teknik olarak hem fiziki olarak 9. son sürüm olan cc kurulmamış cihaz kalmasın hasseten whatsaby kullandığımız cihazlar 10. mesajlamada sadece whatsaby kullanılacak baska hiçbir program kullanılmamalı baska bir program veya normal hat üzerinden mesajlastığı tesbit edilen arkadaş çok ağır bir itham olan tedbirsizlikle itham edilir. 11. whatsaby, cc, vpn, kakao benzeri progr[a]mların apları bluetooth ile transfer edilmemeli sd card veya whtasaby kull[a]nılabilir transfer için 12. whatsaby kullandığımız cihaza asla google play hesabi, yandex benzeri harita programı kurulmamalı whatsapp ve whatsaby aynı telde asla olmamalı 13. dikey bir şekilde kullanılsın denilmeyen hic bir uygulama kullanılmasın ...” şeklinde olduğu tespit edilmiştir.

ii. Mesajlaşma ve e-postalarda örgüt mensuplarının ifadelerinde beyan etmiş oldukları örgütsel bazı kısaltmalara ve örgüte ait literatüre yer verilmiştir. İletişim kurabilmek için her iki kullanıcının birbirini eklemesinin gerekmesi, programın örgütsel hücre tipine uygun şekilde kurgulandığına işaret etmektedir. Bu çerçevede FETÖ/PDY üyesi olma suçundan hakkında mahkûmiyet kararı verilen Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) eski bir üyesi savunmasında, ByLock programının 2014 yılı Kasım ayında telefonuna başka bir örgüt mensubunca kurulduğunu, 2014 yılında yapılan HSK seçimleri sırasında örgütün ByLock programını kullandığını ve taşrayla iletişimlerinin bu program aracılığıyla yapıldığını bildiğini beyan etmiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2/7/2019 tarihli ve E.2019/9.MD-312, K.2019/514 sayılı kararı).

iii. Uygulamanın başlangıçtan itibaren örgüt mensuplarınca oluşturulup geliştirildiğine, yönetildiğine ve örgütsel amaçlarla kullanıldığına dair başka tespitler de bulunmaktadır. ByLock Analiz Raporu'nda belirtildiği şekliyle ByLock sunucularındaki veri tabanında bulunan ilk yüz (100) user-ID numarasına ait verilerin incelenmesi sonucunda;

- İlk otuz user-ID'nin beş tanesinin kullanıcısı tespit edilebilmiştir.

- User-ID:3 kullanıcısının TÜBİTAK çalışanı bilgisayar mühendisi olduğu tespit edilmiştir. Bu kişi ByLock kullanımının yanı sıra ele

Adil Yargılanma Hakkı

geçirilen diğer bazı deliller doğrultusunda FETÖ/PDY üyeliği suçundan yargılanmaktadır.

- User-ID:2, user-ID:3, user-ID:5 kullanıcılarının kullanıcı adı ve şifrelerinin birbirleriyle uyumlu olduğu, "dede" şeklinde oluşturulan kullanıcı adı nedeniyle kullanıcının Türk olduğu, her üç user-ID'nin kullanıcısının da aynı kişi olabileceği değerlendirilmiştir.

- User-ID:4 ve user-ID:6 kullanıcılarının da şifrelerinin "samanyolu" olduğu, bu tabirin örgüt terminolojisinde sembolik bir anlam taşıdığı, bu tabirden de kullanıcının Türk olduğunun ve uygulamanın Türk kökenli kişilerce kullanıldığının anlaşıldığı belirtilmiştir.

- Yine ByLock veri tabanındaki ilk yüz (100) user-ID içinden 53 user-ID'nin kullanıcısı tespit edilebilmiştir. Bunlar arasında bulunan 15 user-ID kullanıcısının emniyet teşkilatı istihbarat biriminde değişik rütbelerde görev yapan ve usulsüz dinleme davalarında yargılanan kişiler olduğu belirlenmiştir. 3 user-ID kullanıcısı hakkında emniyet mahrem sorumlusu oldukları iddiasıyla soruşturma/kovuşturma yapılmıştır.

- Bunlar haricinde kalan ilk yüz (100) user ID içindeki diğer kullanıcıların mesaj/e-posta içeriklerinde yapılan çalışmalarda, user-ID:49'un (M.Y.) FETÖ/PDY lideri Fetullah Gülen'in özel kalemi olduğu, örgüt lideri ile görüşmek isteyenleri organize ettiği, bunlara ilişkin bilgi ve bilgi notlarını örgüt liderine aktardığı, aldığı talimatları örgüt mensuplara ilettiği; user ID: 63'ün (M.K.) ve user ID:100'ün (M.P.) FETÖ/PDY'nin üst düzey emniyet mahrem sorumlusu olduğunun değerlendirildiği ve haklarında kovuşturma yapıldığı anlaşılmıştır.

- Adli ve teknik raporlarda, ilk yüz (100) user-ID ile ilgili yapılan tespitler dikkate alındığında da bu uygulamanın baştan itibaren sadece FETÖ mensuplarının kullanımında olduğu değerlendirilmiştir. Adli makamlar, söz konusu user-ID'lere ait verileri gözönünde bulundurarak bunların kullanıcılarının ByLock uygulamasının kurucusu, geliştiricisi ya da yöneticisi oldukları kanaatine varmışlardır.

iv. Bunların yanı sıra ByLock uygulaması içeriklerinin ve kullanıcı bilgilerinin incelenmesi sonucunda; haklarında yürütülen soruşturma

ve kovuşturmalarda FETÖ'nün üst düzey yöneticisi olduğu tespit edilen 175 kişinin, kamuoyunda *Ergenekon*, *Balyoz* ve *Askerî Casusluk* vb. adlarla bilinen bazı soruşturma ve kovuşturmalarda görev alan 52 hâkim ve Cumhuriyet savcısından 23'ünün; örgütün emniyet teşkilatındaki mahrem yapılanmasına yönelik soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli ya da sanık olan 8.723 kişiden 5.922'sinin de ByLock kullanıcısı oldukları tespit edilmiştir.

v. ByLock'un örgütsel bir iletişim aracı olarak oluşturulduğu ve kullanıldığı yönündeki tespitlerle uyumlu birçok mesaj içeriği saptanmıştır. 336365 user-ID kullanıcısı D.K. tarafından gönderilen 30/1/2016 tarihli ve 00.29 saatli "[C]emaatin [B]yLock kulland[ığı]n[ı] biliyorlar" ve 112875 user-ID kullanıcısı K.A. tarafından gönderilen 11/1/2016 tarihli ve 19.29 saatli "[B]ylock bizim kendi [y]apt[ı]ğ[ı]m[ız] bi[r] sistem... [A]cil durumlarda fişi çekiliyo[r] her şey siliniyo[r]" şeklindeki mesajlar bunlara örnek gösterilebilir.

vi. ByLock uygulamasındaki mesaj ve e-postalar incelendiğinde bunların gündelik faaliyetler yerine örgütsel amaç ve temaslar içerdiği görülmektedir. Programda terör örgütünün bir unsuru olan hiyerarşik yapıyı gösterir gruplar oluşturulmuştur. ByLock kullanıcıları FETÖ/PDY ile ilgili paylaşımlarında örgütle ilişkili kuruluşların adları başta olmak üzere örgüte dair birçok bilgiye de yer vermişlerdir. Paylaşımlarda örgüt mensuplarının intikam ve manevi olarak inanmışlık seviyelerini yükseltici/tetikleyici, ümit verici, itaat etmeye yönlendirici, örgüt liderini övücü sözler seçilmiştir.

vii. ByLock kullanıcıları da kendilerini gizlemek amacıyla birtakım önlemler almışlardır. Bu çerçevede kullanıcılar, haberleşme içeriklerinde ve uygulamadaki arkadaş listelerinde kişilerin gerçek bilgileri yerine örgüt içindeki *kod adlarına* yer vermiş, ayrıca çok haneli parolalar belirlemişlerdir (bu çerçevede Anayasa Mahkemesi kararlarında bu yapılanma ile bağlantılı olan kişilerin kod adı kullandıklarına dair tespit ve ifadeler için bkz. *Alparslan Altan*, §§ 11, 25, 134, 137; *Erdal Tercan* [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018, §§ 16, 34, 151, 152, 153; *Recep Uygun*, B. No: 2016/76351, 12/6/2018, § 15; *Mustafa Mendeş*, B. No: 2018/1349, 30/10/2018, § 17).

Adil Yargılanma Hakkı

56. ByLock'un örgütsel özelliklerine yönelik yukarıda yer alan tespit ve değerlendirmelerle ilgili olarak adli soruşturma veya kovuşturmalarda elde edilen ifadelerin ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

i. Şüpheli A.A.nın 28/12/2016 tarihinde Adıyaman Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"ByLock üzerinden birim sorumluları kendisine bağlı olan birimlerde gelişen olayları aldıkları haberleri duyumları paylaşıyordu. Örneğin emniyet sorumlusu cemaat mensubu bir şahısla ilgili herhangi bir sıkıntı varsa bunu ByLock üzerinden iletiyordu, mesela cemaat mensubu şahsın takip edilip edilmediği telefonunun dinlenip dinlenmediği hususlarında bilgi verebiliyordu bu bilgilere nasıl ulaştığımı bilmiyorum."

ii. Şüpheli E.G.nin Adıyaman Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/8111 sayılı soruşturması kapsamında 21/10/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu programlar üzerinden ... motive edici mesajlar geliyordu, bu mesajların gönderilmesinin sebebi de gönderilen bu mesaj konularını alt tabana anlatmamızdı."

iii. Şüpheli H.K.nın Bayburt Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/1530 sayılı soruşturması kapsamında 30/9/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu programdan sohbet konuları ve toplanma bilgileri yazılırdı. Başka kişilerde vardı ama onların kod isimleri olduğu için gerçek adları nedir bilmiyorum. Sohbet konuları F. GÜLEN kitapları, F. GÜLEN videoları, risaleler ve dini konulardı."

iv. Şüpheli F.G.nin Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/8111 sayılı soruşturması kapsamında 25/8/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"[G.] Polis Merkez Amirliğinde görevli Y.D. ile birlikte sohbetlere başladık, buluşma günleri ve saatlerini bize burada ismini ByLock olarak öğrendiğim program üzerinden [A.nın H. veya Y.] Komisere bildirmesi ve bu bilgiyi

alanında bizlere iletmesi şeklinde oluyordu, yine bu program üzerinden zaman zaman bizlere Fethullah GÜLEN'in kitaplarından ve risalelerden kesitler gönderiliyordu."

v. Şüpheli U.S.nin İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/90080 sayılı soruşturması kapsamında 4/9/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Konuşma içeriklerini gelecek olursak; gözaltına alınan, tutuklanan şahıslar hakkındaki bilgileri buradan paylaşıyorduk, ayrıca gözaltına alınma durumunda nasıl hareket edeceğimiz konusunda ortak bir fikir alış verişinde bulunuyorduk."

vi. Şüpheli M.K.nın Konya Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 5/9/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu süreçte ... cemaat içerisinde yapılan faaliyetlerin açığa çıkmasından korkulduğu için daha gizli olması düşüncesi ile bizim telefonlarımıza ... BYLOCK isimli bir program daha yüklememiz istendi. ... BYLOCK isimli bu programı yükledikten sonra bize söylendiği üzere cemaat faaliyetlerimiz ile ilgili tüm görüşmelerimizi ve haberleşmelerimizi bu program üzerinden yapmaya başladık."

vii. Şüpheli M.T.nin Samsun Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 13/10/2016 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"[H.] kod adl[1] bu şahısla öğrenci evinde karşılaştığım bir gün kendisinin ByLock [i]simli programı kullandığını, öğrenci evlerinde kalan arkadaşları ile bu program üzerinden mesajlaştığını, bu programı sadece cemaat mensubu insanların kullandığını söyledi ve istersen bu programı sana da yükleyim dedi ... bluetooth üzerinden ByLock isimli programı yükledi ve programı kurdu."

viii. Şüpheli A.A.nın Malatya Cumhuriyet Başsavcılığının 2016/14839 sayılı soruşturması kapsamında 15/2/2017 tarihinde müdafinin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"[B]yLock üzerinden haftalık toplantıların yeri ve saati, il de bulunan üniversite öğrencilerinin ve evlerin durumu, ilgilenilen askeri öğrenciler

Adil Yargılanma Hakkı

hakkında görüşmeler yapılıyordu ayrıca Fetullah GÜLEN'den geldiği söylenen mesajlar ve notlar paylaşılırdı. Yine Amerika'da bulunan Fetullah GÜLEN'in mollaları olarak adlandırılan kişilerin rüyalarında gördüğü abartılı, örgüt üyelerinin motivasyonunu arttırma ve örgütten kopuşlarını engelleme amaçlı 'güzel günler yakındır. Peygamberimizi gördüm size müjdeleri var' tarzı rüyalar paylaşılıyordu."

ix. Şüpheli M.T.nin Malatya Cumhuriyet Başsavcılığının 2017/14839 sayılı soruşturması kapsamında 18/1/2017 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"BYLOCK'tan genellikle örgütün üyelere vermek istediği mesajlar, sohbetlerde okunacaklar, örgüt üyelerinden istenecekler yazılıyordu, irtibatta olduğumuz üst sorumlular[dan] ...bizlere iletiliyordu, bizler de alt gruplara BYLOCK olanlara yazıyorduk, olmayanlara da sohbetler esnasında söylüyorduk...Gelen mesajlar içinde siyasi nitelikteki mesajlar da vardı."

x. Şüpheli A.S.K.nın Karaman Cumhuriyet Başsavcılığınca yürütülen bir soruşturma kapsamında 5/12/2016 tarihinde müdafininin hazır bulunmasıyla alınan ifadesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu program üzerinden benim pozisyonumda olan yani guruplara sohbet veren birkaç kişi ve il sorumlusuyla görüşüyorduk, ayrıca sohbe gelen kişilerden bir ya da iki kişi ile de bu program üzerinden görüşüyorduk. Sohbe gelen kişilerden gurup abisi olan kişiyle bu program aracılığı ile görüşüyorduk."

xi. Kırıkkale 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 15/9/2017 tarihli ve E.2017/255, K.2017/244 sayılı kararında yer aldığı şekliyle İ.S.K.nın kovuşturma evresindeki savunmasının ilgili kısmı şöyledir:

"Bu programı kurmam gerektiği bana şöyle anlatılmıştı. Hizmete o dönem ismiyle söylüyorum hizmet hareketine düşman olup, yok etmek isteyen devlet içi bazı güçler olduğu, kullandığımız dijital ortamlarda, internette veya telefonumuzda herhangi bir manipilasyonla suçlu duruma düşürülme riski olduğu, bu programı kullanarak bundan korunmamız gerektiği ifade edilerek [B]yLock programını yüklemem söylendi. ... [B]u program üzerinden doğal ve dini içerikli mesajlar gelirdi. Ayrıca genelde yaşanan bu çatışma süreciyle alakalı motive edici mesajlar gelirdi. Yani mesele az kaldı, bitecek, inşallah daha rahat olcaz tarzında mesajlar gelirdi. Bu şekilde motive edici mesajlar gelirdi."

57. Öte yandan ByLock programının örgüt açısından taşıdığı önem gereği bu programın kullanılması nedeniyle yapılacak olası adli işlemlere karşı örgüt mensuplarınca çeşitli savunma stratejileri geliştirilmiştir. Bu bağlamda ByLock Analiz Raporu'nda belirtildiği şekliyle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 2017/68532 sayılı soruşturması kapsamında ele geçirilen ByLock dışı diğer dijital dokümanlar üzerinde yapılan inceleme sonucunda örgüt mensuplarından ByLock kullandığı tespit edilenlerin adli birimlere ne şekilde ifade vermeleri gerektiğinin çeşitli senaryolarla anlatıldığına dair talimat metni olduğu tespit edilmiştir. ByLock Analiz Raporu'nda yer alan söz konusu metin şu şekildedir:

"BYLOCK KULLANDIĞINIZ TESPİT EDİLDİ GİBİ S[Ö]YLEM VE SORULARI KESİN BİR DİLLE YALANLIYORUZ. BEN [Ö]YLE BİR PROGRAM KULLANDIĞIMI HATIRLAMİYORUM DİYORUZ ... GENEL PRENS[İ]B[İ]M[İ]Z HERŞEYİ İNKAR OLMALI ... AVUKAT ABİLERİN SOYLEDİ[Ğ]İ ŞEY: CEBİMİZDE USB BULSALAR İNKAR EDİYORUZ. ÖNÜMÜZE KONULAN HERŞEYİ KABUL EDERSEK İŞİMİZ VAR DEMEKTİR ... TELAŞA KAPILMADAN HATIRLAMİYORUM DENİLECEK.

... [B]ylock gibi bizim program hala duruyor olabilir o yuzden acil temizlik yapmak gerekli, ne yapcaksiniz peki; >playystore da solda 3 çizgi var ordan uygulamalarım var ordan acilan sekmede Y[Ü]KLENEN ve T[Ü]M[Ü] diye iki sekme var tümünde o kurduğunuz tüm programlar var orada cover me [B]yLock vs programlar varsa silinmeli, ...tabiki telefonu sıfırlama yapınca yeni mail ile kurulum yaparsanız gelmiş geçmiş temiz olur.

...

... Şunu rahatlıkla söyleyebiliriz ki adı geçen programlardan (eagle,bylock, tango) ve ara yüzü bu olan, bu türevdeki programlarımızın hiç birinin içeriği, yazılan mesajlar teknik bir takiple ya da herhangi bir yöntemle hala deşifre edilememiştir. Teknik olarak bu konuda gerekli önlemler alınmıştır. Basında yer alan mesajlar birkaç hainin kullandıkları programların şifrelerini de açarak mesajları alçaklara göstermelerinden veya talihsiz şekilde telefonu açık yakalatan kişilerin yazışmalarından ibarettir. ... BYLOCK IP tespiti yapılan kişilere kuvvetle muhtemel adli işlem yapılacaktır. Bu aşamada yapılması gereken hususlar aşağıda sıralanmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

1.Öncelikle tespit edilen İP adreslerimiz ve bu ip adreslerine bağlı cep telefonu numaralarımızdır. Hangi cep telefonu ile girdiğimizin bizleri tespit etmeleri açısından çok bir önemi bulunmamaktadır. Her ne kadar belirtilen server'a giriş yapıldığı tarihteki cep telefonumuzun takılı olduğu İMEİ numaralarının bu tarz bir adli soruşturmada dosyaya eklenmesi beklenen bir husus olsa da hala o dönemdeki cep telefonunu kullananlar telefonu başka birine satma, verme cihetine gitmeden direkt imha etmelidirler. Bu husus ilerleyen aşamada savunmamıza bir argüman oluşturacaktır. (Telefonum çok değerli diyenler bulunmayacak bir yerde saklayabilirler. Ancak bulunursa sorumluluk kendilerine aittir) Burada esas amaç, o dönem hattınızı kullandığınız cihazın polisin eline geçmemesidir. Burda imaj çalışmasında [B]ylock uygulamasına ulaşmaktan ziyade, bu IP çalışmasının bir kumpas olduğu gibi argümanlar geliştirilmesi hedeflenmektedir. Hal böyle iken sizin 2014'de [B]ylock kullandığınız cihazın karşı tarafın eline geçmesi, dosyalarına ek delil sağlayacaktır.

2. Mevcut şu an kullandığımız cep telefonlarında o dönemdeki gibi VPN'siz giriş yapmadı ise bir sorun bulunmamaktadır. Bu şekilde telefonu olan arkadaşlar her zamanki gibi telefonlarını full şifre ile koruma altına almalı, olası bir gözaltı durumunda ... telefonun kendi fabrika ayarlarına dönme işlemini yaparak telefonu ilgililere vermelidirler.

İFADE AŞAMASINDA YAPILMASI GEREKENLER: NOT: Bize yöneltilecek suçlama örgütsel gizlilik içerisinde örgüte ait haberleşme sistemlerini kullanma ve örgüt üyeliği/yöneticiliği olacaktır.

3. Öncelikle ifadede RESMİ TİB yazısını ve hangi IP'nin hangi tarihte kime hangi numaraya ait olduğunu gösterir belgeyi incelemek olacaktır. Bu aşamadan sonra bize ... no lu IP'ye ait ve tarafınızca kullanılan/tarafınıza ait olan 0532..... nolu cep telefonu ile FETÖ/PDY'ye ait örgütsel gizliliğe haiz mesajlaşma programı olan BYLOCK isimli programı kullandığınız tespit edilmiştir. Bu programı hangi amaçla kullandınız, bu program ile hangi talimatları aldınız ya da ilettiniz? ...

...

CEVAP: -SENARYO 1: Öncelikle tarafıma a[tf]edilen örgütsel mesajlaşma iddiasını reddediyorum. Ben böyle bir program kullanmadım. Elinizdeki belge Cumhurbaşkanımızın 'FETÖ'ye ait güvenilirliği yok kaldırılacak' dediği TİB

[Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının kısaltması] isimli kuruma ait belge[dir]. İşin traji-komik tarafı ise ben de bu kurumun tespit ettiği belge ile yine FETÖ mensubu olmaktan gözaltına alındım. Bu suçlamaları kati bir dil ile reddediyorum. Bu kurum tarafından FETÖ mensubu olmayan kişilerin bilerek mağdur edildiğini düşünüyorum. Kaldı ki bana ismini söylediğiniz programın yazılımı yapımı hangi somut deliller ile FETÖ/PDY yapılanmasına ait bunu öncelikle ispat etmeniz ardından güvenilir tarafsız/bağımsız bir kurumdan benim bu programa bağlandığımı tespit ederek beni suçlamanız gerekmez mi? Bu kadar FETÖ mensubu alınıyor yıllardır hepsi de eminim Whastap, kakao programı kullanıyordur. Sizin mantığımız ile Whatsapp programını yapan firma da Kakao kullanan bir çok Koreli de FETÖ'cü mü? Önüme somut hukuki bir delil koyamadınız.Kaldı ki bana ait cep telefonuna el koydunuz (bu aşamada hedef saptırıyoruz) varsa bö[y]le bir program bu cep telefonundan bulursunuz. ... Bunun yanı sıra ben hayatımda whatsapp dışında da başka bir mesajlaşma programı kullanmadım. Teknoloji ile de aram yoktur...

-SENARYO 2: (NOT: Bu senaryo bilgisayar, sosyal medya ve yazılım ile donanım işi, hobisi bu olan arkadaşlar tarafından tercih edilir ise daha inandırıcı olur. Bu senaryoda çok önemsemez tavır ile program sil/yükle çok sık yapılan bir işlem gibi anlatılması gerekir). Bana söylediğiniz programı hatırlamıyorum. Teknolojiye çok merakım vardır. Yeni çıkan programları ilgili sitelerden takip ederim Çıktığı günden itibaren akıllı telefon kullanıyorum ve kullandığım telefonu verimli faydalı kullanmak için teknolojiyi yakından takip ediyorum. Yemek tarifinden alışverişe, sosyal medya programlarına kadar bir çok program indirir eğer hoşuma gitmez ise silerim. Dediğiniz programı hatırlamıyorum. Bana yazılımını kimin yaptığını söylerseniz yorum yapabilirim ama milliyetçi bir yapım olduğu için Türkler tarafından yapılan programları bu arkadaşlar da para kazansın mantığı ile sırf faydam olsun diye genelde indiririm. Muhtemelen bu dediğiniz program da böyle bir programdır. Kaldı ki bana örgütsel diye iddia edeceğiniz ve benim bu programda ne mesaj attığımı bile bana gösteremediniz...

-SENARYO 3: NOT: Bu senaryo[yu] denemekte fayda var. Bö[y]le bir programı yüklediğimi hatırlamıyorum. Ancak programın ismi adı sanı çok duyulmamış bir şey sanırım. Herkes gibi Chat programı kategorisinde merak edip yükleyip indirmiş sonra silmiş olabilirim. Örgütsel mesajlaşma iddiasını komik ve gerçek dışı buluyorum...

Adil Yargılanma Hakkı

-SENARYO 4: Kesinlikle bö[y]le bir program kullanmadım. Kullansam hatırlarım. Bana IP tespiti üzerinden cep telefonumu tespit eden belge sunuyorsunuz bu belge ne kadar güvenilir. Kaldı ki doğru bile olsa cep telefonumu eline alan herhangi biri kendisi bu programı indirip mesajlaşıp silmiş de olabilir. Buyrun telefonum sizde bakıp inceleyin. Bana bu programda attığım tek bir mesaj bile gösteremiyor, güvenilirliği muamma olan bir kurumun yazısını delil olarak sunuyorsunuz. Kesinlikle kabul etmiyorum.

SENARYO 5: EĞER ÖN[Ü]MÜZE KONAN BELGE TİB TARAFINDAN RESMİ YAZI İLE YAZILAN İLGİLİ MAHKEME KARARI İLE OLAN BİR YAZI DEĞİL DE ONUN YERİNE MİT/İSTİHBARAT TARAFINDAN HAZIRLANAN ANALİZ RAPORUNU İÇEREN BİR BELGE OLURSA TEK BİR CEVAP VERECEĞİZ: BANA SUNDUĞUNUZ BELGENİN HİÇ BİR HUKUKİ TARAFI YOK BU ALT TARAFI BİR İSTİHBARAT RAPORU. KALDI KI BEN BÖYLE BİR PROGRAM DA KULLANMADIM İSTİHBARAT RAPORUNA DAYALI HUKUKİ OLMAYAN BU İDDİALARI REDDEDİYORUM. NOT: BU AŞAMDA BİZLERE BAŞKA SENARYO OLARAK TEKLİF EDİLEN VE YURT DIŞINDAN BİR ARKADAŞIMIN ÖNERİSİ İLE ONUNLA MESAJLAŞMAK İÇİN YÜKLEDİM KELİMESİ KANAATİMİZCE HER ŞEYİ BERBAT EDER. KESİN BU ÜLKE ABD'DİR VE SEN DE ORDAN ÖZEL BİRİ İLE [MESAJLAŞMAK İÇİN] İŞTE BUNU YÜKLEDİN İDDİASI İLE İŞLEM YAPILIR. HEM O KİŞİNİN İSMİ İLE KENDİLERİNCE ÖRGÜTSEL BAĞI KURMUŞ OLURLAR ... UNUTMAYIN BÖ[Y]LE BİR PROGRAM YÜKLEDİĞİMİ HATIRLAMİYORUM HATIRLASAM KULLANSAM KESİN BİLİRDİM TEZİ İLE HAREKET EDECEĞİZ HER CEVABIMIZDA."

8. ByLock Verilerinin Niteliği, Anlamlandırılması ve Kişilerle Eşleştirilmesi

58. Suç isnadı altındaki kişilerin adli soruşturma ve kovuşturmalar kapsamında el konulan cihazlarında tespit edilen ByLock programına dair kurulum dosyası gibi dijital veriler dışında ByLock verileri esas olarak iki kaynağa dayanmaktadır: Bunlardan ilki, MİT Başkanlığı tarafından elde edilen ByLock kullanıcıları, user-ID'ler, mesaj, e-posta, sesli görüşme bilgileri ile bu bilgilere ait log kayıtlarını içeren ham kütük verileridir. ByLock sunucusundan elde edilen bu ham veriler,

sunucudaki verilerin tamamını değil bir kısmını oluşturmaktadır. Diğerleri ise ByLock IP'lerine Türkiye'den erişimleri gösteren internet trafiğine ait CGNAT verileridir.

59. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen ham ByLock verisinin imajı alınarak bir kopyası incelenmek üzere KOM Daire Başkanlığına gönderilmiş, diğer bir imajı da adli emanette -kilitli kasada-muhafaza altına alınmıştır. EGM Raporunda yer aldığı şekliyle ham veriye ait imajın *HASH* değeri *32e17a8f36e426f4af83cce32a0f5087*'dir. Bu imajlar kilitli kasalarda muhafaza edilmektedir. Adli birimlere göre CGNAT verileri de -farklı kaynaklardan teyidi mümkün olduğundan-değiştirilmesi ve bütünlüğünün bozulması mümkün olmayan verilerdir.

60. Soruşturma birimlerince düzenlenen raporlarda ifade edildiğine göre ByLock verileri KOM Daire Başkanlığı tarafından teslim alındıktan sonra il birimleriyle paylaşılmış ve eşleştirilen aboneliklere ait gerçek kullanıcı tespitlerinin yapılması sağlanmıştır. İl birimlerince, ByLock uygulamasına bağlanan ADSL/GSM numaralarını gerçekte kimin kullandığına yönelik analiz ve saha çalışmaları yapılmaya başlanmıştır. Bu çalışmaların ByLock verilerindeki profil bilgileri (kullanıcı adı, şifre, ad, genel mesaj) üzerinden *roster* (başka kullanıcıların verdiği isim), grup bilgileri ve mesaj içeriklerinin incelenmesi suretiyle yapıldığı belirtilmiştir. Bu şekilde şüpheli/sanıklar hakkında tespit edilen ByLock verilerinin tamamının raporlanarak dosyalarına gönderildiği ve kurtarılabilen tüm verilerin bu raporda yer aldığı ifade edilmiştir.

61. Yine aynı raporlarda belirtildiği üzere MİT tarafından Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilen ham verinin okunabilir olmaması sebebiyle arayüz programı yardımı olmaksızın user-ID bazlı ayrıştırılması mümkün olmamıştır. ByLock veri tabanına ait ham veriler, veri tabanı sistematığında ayrı tablolar hâlinde dizinlenmiş; tablolarda yer alan veriler, içeriğindeki kodlar kullanılarak tablolarla ilişkilendirilmiştir. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının talimatıyla geliştirilen arayüz, bir user-ID'ye bağlı tablolarda yer alan tüm verilerin sistemselsel olarak çekilmesi ve bu verilerin oluşturulan ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nda yer alması esasına göre çalışmaktadır. Bu tutanaklar user-ID'nin kullanıcısı olduğu tespit edilen kişiye ilişkin

Adil Yargılanma Hakkı

olarak yürütülen soruşturma ve kovuşturma dosyalarına eklenmektedir. Henüz çözümlenemeyen verilere yönelik çalışmalar devam etmektedir. Bu süreçte herhangi bir tespit olması hâlinde ilgili il Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmektedir.

62. Bu doğrultuda ilgili raporlarda Türkiye ile ByLock sunucusunun bulunduğu ülke olan Litvanya'nın aynı saat diliminde olduğu ve bu sebeple ByLock uygulamasına Türkiye'den bağlantı sağlayan aboneler açısından ByLock veri tabanının tarih/saat bilgisi ile kullanıcılara ait tarih/saat bilgisinin senkronize olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu raporda, ByLock verilerinin dijital ortamda incelenmesine dair -yargı kararlarında da değinilen- teknik çalışmalar şu şekilde açıklanmıştır:

"ByLock verileri MySQL veri tabanında saklanmaktadır. MySQL açık kaynaklı bir ilişkisel veri tabanı yönetim sistemidir. Verilerin açılabilmesi için ilk olarak MySQL veri tabanının ve veri tabanı yönetim araçlarından (phpMyAdmin, MySQL Workbench, Heidi Sql vb.) biri yüklü olmalıdır. MySQL veri tabanı yönetim araçlarından herhangi bir tanesinin yüklenmesiyle ByLock verilerine ait tablolar görünür hale gelecektir. Tablolar 'ACTION', 'ATTACHMENT', 'CALL_HISTORY', 'CHAT', 'CLIENT', 'EXCEPTION', 'SETTING', 'FILE', 'FILE_TRANSFER', 'GROUP_MEMBER', 'LOG', 'MAIL', 'ROSTER', 'USER', 'USER_GROUP'tan oluşmakta olup bu tablolar milyonlarca satırlık verilerden oluşmaktadır. Tablolar içerisinde tutulan veriler ID (program tarafından verilen sayı) bazlıdır. ByLock veri tabanında ID'nin kullanıcısının tespitine yarayan bilgiler parçalı bir şekilde yer almakla birlikte ID'lerin kimin tarafından kullanıldığı yapılan araştırmalar sonucu tespit edilmektedir.

Sonuç olarak, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talimatıyla geliştirilen PHP tabanlı ara yüz ile arka planda ByLock veri tabanına ait tablolara komutlar gönderilerek ID'ye ait tüm veriler çekilip verilerin analizi ve birleştirilmesi işlemi gerçekleştirilmektedir. Böylece rapor formatında çıktı alınmasına, ID'ler arasında bağlantının ortaya çıkarılmasına, içerik araştırması yapılarak ID'lerin kullanıcı tespitine olanak sağlanmaktadır. Aynı zamanda ID ile şahıs arasında yapılan ilişki tespiti sonucuna bağlı olarak şahısla ilgili yapılan sorgulamalarda şahsa bağlı tüm veriler raporlanmaktadır."

63. ByLock verilerinin değerlendirilmesi açısından ByLock abone listesinde yer alan ilk tespit tarihi, abonelerin ByLock uygulamasının sunucusuna Türkiye'den ve VPN'siz olarak gerçekleştirdikleri ilk bağlantı tarihini ifade etmektedir.

64. Diğer yandan yine EGM raporunda ByLock uygulamasına ait verilerin mesaj ve e-posta içerikleri, profil bilgileri ile arama/aranma bilgilerinden oluştuğu belirtilmiştir. Rapora göre veri tabanında yer alan verilerin yansıtıldığı Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nın *Tespit Edilebilen İlk Log Tarihi* bölümünde yazılı bulunan tarih, ByLock sunucusuna Türkiye'den gerçekleşen bağlantılara ait kurtarılabilen ilk log tarihidir. Söz konusu raporda ByLock veri tabanındaki verilerin kurtarılabilen verilerden ibaret olması (tamamının kurtarılmaması) sebebiyle 1) bu verilerin CGNAT kayıtları ile kısmen farklılık göstermesinin, 2) ByLock sorgu sonucu, CGNAT kayıtları, ByLock tespit ve değerlendirme tutanakları gibi belgelerde yazılı log tarihlerinin ilk ve son log tarihi aralıkları arasında kısmen farklılıklar bulunmasının veya 3) mesaj ya da e-posta alınıp gönderildiği tespit edilen bir zaman diliminde log tablosunda sisteme giriş kaydı görülmemesinin mümkün olduğu, dolayısıyla veriler arasında bir çelişkinin bulunmasından bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.

65. Bu durumda ByLock veri tabanında, kurtarılamaması nedeniyle belirli tarih ya da tarihlerde yapılan bazı işlemlere ilişkin log kayıtları raporlanamayan kişinin o tarihlerde bu işlemler sırasında sunucuya yaptığı bağlantılara ilişkin CGNAT kaydı tespit edilebileceği gibi VPN kullanarak işlem gerçekleştiren kişinin CGNAT kaydı bulunmadığı hâlde ByLock veri tabanında işlem kaydının raporlanmış olması mümkündür. Her iki kaynaktaki verilerin tamamının elde edilememesinden kaynaklanan bu farklılığın veriler arasında uyumsuzluk bulunduğu biçiminde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir.

66. Bununla birlikte teknik raporlarda, ByLock programı yöneticisi tarafından 15/11/2014 tarihinden önceki log kayıtlarının silinmesi amacıyla bazı işlemler yapıldığı belirtilmiştir. Soruşturma birimlerinin tespitlerine göre özellikle silme ya da veri üzerine başka bir veri yazma gibi yöntemler uygulanmadığı sürece bilişim sistemindeki verinin

Adil Yargılanma Hakkı

tamamen kaybolmaması mümkündür. Adli soruşturma sürecinde EGM Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığınca ByLock veri tabanı üzerinde yapılan veri kurtarma işlemleri başarılı olmuş ve 15/11/2014 tarihinden öncesine ait log verileri de tespit edilebilmiştir. Yine ByLock sunucusunun yöneticisi olduğu değerlendirilen kişinin 15/11/2014 tarihinde bazı Ortadoğu IP adreslerinin ByLock sunucusuna erişimini engellediğini bildirmesine karşın kurtarılabilen veri tabanı üzerinde yer alan log kayıtlarında ve Türkiye'den erişimlere ilişkin CGNAT verilerinde bu tarihten sonraki dönemlere ait bağlantıların varlığı da belirlenmiştir.

67. Yargıtay kararları ile adli ve teknik raporlardaki değerlendirmelere göre bir örgüt mensubunun ByLock programını başarılı bir biçimde kullanabilmesi için başka bir örgüt mensubunca ByLock programının varlığı, kullanılması, gizliliği ve örgütsel önemi konusunda bilgilendirilmesi gerekmektedir. EGM raporunda da belirtildiği üzere ByLock programında kullanım kılavuzu, sık sorulan sorular ve geri bildirim alanı gibi bölümler bulunmamaktadır. Uygulama mağazalarında veya bazı internet sitelerinde programın farklı versiyonlarına rastlansa bile bir kimsenin kendiliğinden bu programı kullanmasına ve başka kişileri bu programda arkadaş olarak ekleyip onlarla iletişim kurmasına imkân yoktur. ByLock Analiz Raporu'nda bu uygulamanın ilk user-ID numarasından itibaren örgütün kullanımında olduğu, Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından da ByLock'u sadece indirdiği gerekçesiyle kimse hakkında bugüne kadar soruşturma yürütülmediği belirtilmiştir.

B. Başvurucuya İlişkin Süreç

68. Başvurucu 1977 yılında Bolvadin'de doğmuş olup bireysel başvuruya konu olayların geçtiği tarihte Foça Açık Ceza İnfaz Kurumunda infaz koruma memuru olarak görev yapmaktadır.

69. Darbe teşebbüsü sonrasında FETÖ/PDY mensubu oldukları iddiasıyla gözaltına alınan kişilerin adliye ve ceza infaz kurumu işlemlerinin sekteye uğratılması amacıyla örgütle bağlantılı olan zabıt kâtipleri ve infaz koruma memurlarının iş yavaşlatma, yangın çıkarma gibi provokatif eylemler gerçekleştireceği şeklinde bilgi elde

edilmesi üzerine aralarında başvuruçunun da bulunduğu 144 ceza infaz kurumu ve denetimli serbestlik personeli hakkında İzmir Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatılmıştır.

70. Öte yandan başvuruçunu, terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna MGK'ca karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla irtibatı olduğu gerekçesiyle 3/10/2016 tarihli ve 675 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname ile kamu görevinden çıkarılmıştır.

71. Süreç içinde başvuruçunun soruşturmaya konu eylemlere iştirak ettiğine dair delil bulunmaması üzerine başvuruçunu hakkında silahlı terör örgütü üyeliği suçu yönünden soruşturmaya devam edilmiştir. Soruşturma sırasında elde edilen delillere göre başvuruçunu hakkında ByLock kaydına rastlanmıştır.

72. İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tamamlanan soruşturma sonunda hazırlanan 22/5/2017 tarihli iddianamede, EGM-KOM Daire Başkanlığınca yapılan 28/2/2017 tarihli sorgu sonucuna göre başvuruçunun bizzat kullandığını kabul ettiği GSM hattı üzerinden dört ayrı cep telefonuyla ilk defa 13/8/2014 tarihinde olmak üzere ByLock iletişim programını kullandığını iddia edilmiştir. Başsavcılık, başvuruçunun FETÖ/PDY üyesi olduğundan bahisle silahlı terör örgütü üyesi olma suçunu işlediği kanaatine vararak İzmir 15. Ağır Ceza Mahkemesinde (Mahkeme) kamu davası açmıştır.

73. EGM-KOM Daire Başkanlığınca Mahkemeye sunulan 30/6/2017 tarihli *Yeni ByLock CBS Sorgu Sonucu* başlıklı raporda, iddianamede belirtildiği şekliyle başvuruçunun kendi adına kayıtlı GSM hattı üzerinden IMEI numaraları tespit edilen dört ayrı cep telefonu vasıtasıyla ve ilk kez 13/8/2014 tarihinde ByLock iletişim programını kullandığını belirtilmiştir.

74. KOM Daire Başkanlığınca başvuruçunu hakkında düzenlenip dosyaya sunulan 5/6/2017 tarihli *ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı*'na göre başvuruçunu adına kayıtlı ve başvuruçunun kullanımında olan söz konusu GSM hattı kullanılarak ByLock sunucusuna yapılan bağlantı sonucunda oluşturulduğu belirtilen veriler aşığıdaki şekildedir:

Adil Yargılanma Hakkı

i. user-ID numarası "114205", kullanıcı adı "serhat1299", şifre "Pl121212@", adı "Serhat", mesaj "Allah var gam yok !!!", son online tarihi "14.01.2016, saat: 20.43.40".

ii. "114205 ID'ye Bağlı İstatistik" başlığı altında "veri" ve "log" olarak kategorize edilen tespitlere göre yazışma ve e-posta durumunun aktif olduğu, gönderilen e-posta sayısı 68 log, toplam e-posta sayısı 1.052 veri, gelen arama sayısı 30 veri, giriş sayısı 159 log, alınan e-posta sayısı 74 veri ve 190 log, giden arama sayısı 14 veri, eklediği arkadaş sayısı 4 log, alınan mesaj sayısı 4 veri ve 172 log, okunan e-posta sayısı 108 log, toplam e-posta sayısı 1.052 veri, alınan dosya sayısı 2 log, gönderilen mesaj sayısı 7 veri ve 258 log ile silinen e-posta sayısının da 3 log olduğu görülmektedir.

iii. "114205 ID'yi Ekleyenlerin Verdikleri İsimler (Roster)" başlığı altında 24 veri bulunduğu, gerçek kullanıcıları tespit edilen ve bu ID'yi listesine ekleyenlerden bir kısmının da başvuru gibi infaz koruma memuru olduğunun belirtildiği, söz konusu user-ID'ye bir kısım kullanıcı tarafından "serhat" ve "murat sungr" şeklinde adlar verildiği gözlemlenmektedir.

iv. "114205 ID'nin Eklediklerine Verdiği İsimler (Roster)" başlığı altında 25 veri bulunduğu, bu bölümde de user-ID numarası kendileriyle eşleştirilen kişilere ait user-ID, ad-soyadı, T.C. kimlik numarası ve meslek bilgileri ile henüz kime ait olduğu belirlenemeyen user-ID numaralarına yer verildiği, bu kişilerin bir kısmına başvuru tarafından isimler verilerek kişi listesine eklendiğinin belirtildiği görülmektedir.

v. "114205 ID'nin Katıldığı Gruplar ve Grupların Kişi Listesi" başlığı altında toplam 5 grup bulunduğu, bu beş grupta da gruplara dâhil olan user-ID numaralarına ve bu numaraların tespit edilebilen kullanıcılarına ait kimlik bilgilerine; "114205 ID'ye Bağlı Kişi Listesi" başlığı altında 27 adet user-ID numarasına ve bu numaraların tespit edilebilen kullanıcılarına ait kimlik bilgilerine; "114205 ID'ye Bağlı Mail Listesi" başlığı altında 24 adet user-ID numarasına ve bu numaraların tespit edilebilen kullanıcılarına ait kimlik bilgilerine yer verildiği anlaşılmaktadır.

vi. "114205 ID'ye Bağlı Yazışmalar" başlığı altında 244869 user-ID numaralı kullanıcıyla 9/9/2015 tarihinde ve 17.38.09 ile 18.10.24 saatleri

arasında yapılan; sahibinin [S.A.] olduğu belirlenen 329688 user-ID numaralı kullanıcıyla 6/6/2015 tarihiyle (saat 23.55.07'den itibaren) 29/10/2015 tarihi (saat 20.23.08'e kadar) arasında yapılan mesajlaşma içeriklerine yer verilmiştir.

vii. "1142051 ID'ye Bağlı Mailler" başlığı altında, başka kullanıcılar tarafından bu user-ID numaralı kullanıcıya gönderilen, içeriği belirlenmiş veya -şifresinin çözümlenememesi nedeniyle- içeriği henüz belirlenememiş e-postalara yer verildiği görülmektedir. İçeriği belirlenebilen e-postalarda örgütle bağlantılı özel işletmelerden mal ve hizmet alımı yapılarak bu işletmelere destek olunmasının istenildiği, söz konusu işletmelere yönelik hukuki inceleme süreçleriyle ilgili örgüt mensuplarına bilgiler verildiği ve örgüt evi olarak kullanılacak yerlerle ilgili planlama yapıldığı görülmüştür. Ayrıca yaygın mesajlaşma programlarının devlet tarafından takip edildiği ve bu programlarla yapılan tüm işlemlerin kayıt altına alındığı yönünde uyarılarda bulunularak söz konusu programların kullanılmaması tavsiye edilmiştir. E-postalarda, örgüt üyesi kişiler hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturma süreçleriyle ilgili bilgiler verilerek bu kişilerin örgütsel eylemlerinden ve tavırlarından övgülerle bahsedilmiş; örgüte yönelik soruşturmalar sırasında adli soruşturma birimlerinin yöntemleri hakkında bilgiler aktararak bu yöntemlere karşı ne şekilde savunma yapılması gerektiğine dair tavsiyelerde bulunulmuştur. Örgütsel motivasyonun artırılması için örgüt lideri Fetullah Gülen'in talimatlarının aktarıldığı ve örgüt liderinin konuşmalarının yayımlandığı internet sayfalarının takip edilmesi istenilmiştir.

viii. "114205 ID'nin Arama Kayıtları" başlığı altında, söz konusu program kullanılarak farklı ByLock kullanıcılarıyla yapılan 44 arama kaydına dair tespitlere; "114205 ID'ye Bağlı Log Tablosu" başlığı altında, *Android* işletim sistemli cihaz kullanılarak 8/11/2014 ile 14/1/2016 tarihleri arasında ByLock iletişim sistemine yapılan 159 adet "login" işlemine; "114205 ID'ye Bağlı Tüm Log Tablosu" başlığı altında da, 08.11.2014 ile 14.01.2016 tarihleri arasında ByLock iletişim sistemine yapılan toplam 926 adet "login" işlemine yer verildiği anlaşılmaktadır.

Adil Yargılanma Hakkı

75. Mahkemece, başvuruçunun kullanımındaki GSM hattının ByLock sunucusuna ait hedef IP numaralarına bağlanıp bağlanmadığına, bağlanmışsa bu süreçteki baz istasyonu bilgilerinin neler olduğuna (CGNAT kayıtları) ve ilk ByLock kullanım tespitinden itibaren söz konusu GSM hattının hangi IMEI numaralı cihazlarla kullanıldığına yönelik araştırma yapılmıştır. Bu araştırmanın sonucu Mahkemece şu şekilde açıklanmıştır:

"Bilgi Teknolojileri Kurumu'na yazılan müzekkereye cevap verildiği, ... ilk bağlantının 13/8/2014 tarihinde saat 13:34:43'de olduğu cep telefonunun İsmet İnönü Mah. Menemen/İzmir adresindeki baz istasyonundan sinyal aldığı, yukarıda yazılı [B]yLock uygulamasının hizmet sunduğu IP adreslerinden birden fazlası ile çok kez bağlantı kurulduğu tespit edilmiştir."

76. UYAP ortamına kaydedildiği şekliyle BTK tarafından tespiti yapılan veriler şöyledir:

i. ByLock programına ait IP adresleri, başvuruçunun adına kayıtlı ve kendisinin kullandığını kabul ettiği hatta ilgili GSM operatörü tarafından tanımlanan her bir IP numarası tarafından yapılan bağlantı bilgileri (her bir bağlantı için ayrı ayrı olmak üzere genel IP, özel IP, hedef port, bağlantı yapılan cihazın IMEI numarası, tarih, saat ve baz istasyonu bilgilerini de içerecek şekilde).

ii. Başvuruçuya ait GSM hattına bağlı internet aracılığıyla 13/8/2014 tarihi ve 13.34.43 saati ile 14/1/2016 tarihi ve 22.15.46 saati arasında ByLock sunucusuna ait IP adreslerine toplam 12.166 bağlantı yapıldığı, söz konusu tarihler arasında hattın İsmet İnönü Mah. ...Menemen/İzmir adresindeki baz istasyonu ile İzmir'in Foça veya diğer ilçelerindeki ya da farklı illerdeki baz istasyonlarının kapsama alanında kaldığı bilgileri (Başvuruçunun ikamet adresini Mahkemeye İsmet İnönü Mah. ... Menemen/İzmir olarak beyan etmiştir).

iii. ByLock sunucusuna ait IP adreslerine bağlantı yapıldığı tespit edilen tarih aralığında başvuruçuya ait GSM hattının EGM-KOM ByLock sorgu sonucu raporlarında belirtilen IMEI numaralı cihazlarla kullanıldığı bilgisi.

77. Başvurucu hakkındaki yargılama iki celsede tamamlanmıştır. Başvurucu ilk celsede yaptığı savunmada suçlamayı kabul etmediğini, memuriyete girerken veya görevi sırasında bu örgüt mensuplarınca kendisine herhangi bir konuda yardım edilmediğini ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca ByLock kaydı bulunan GSM hattını kendisinin kullandığını, ByLock iletişim programını kullanmadığını, ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nda kendisinin eklediği ya da kendisini ekleyen olarak belirtilen hiç kimseyi tanımadığını, ByLock sunucusuna bağlantı sağlandığına dair CGNAT kayıtlarına bir diyeceğinin olmadığını, yakalandığında teslim ettiği telefonda önce Samsung 3, General Mobile ve LG marka üç ayrı telefon kullandığını beyan etmiştir.

78. Başvurucu müdafii ise ByLock programına dair tespitlerin dijital delil niteliğinde olduğunu, bu delile her aşamada müdahale edilebileceğini, bunların hukuka aykırı şekilde elde edildiğini, ByLock programının örgüt kullanımına sunulmadığını, açık kaynaklardan indirilebilir olduğunu ve mesajlaşma programlarının neredeyse tamamının uçtan uca şifreleme yöntemi kullandığını ileri sürmüştür.

79. Yargılama sırasında başvurucuya ait GSM hattı ile ByLock sunucusuna bağlantı sağlanırken kullanılan dört ayrı IMEI numarasının e-devlet projesi kapsamında hazırlanan www.turkiye.gov.tr adlı site üzerinden sorgulanması neticesinde bu numaraların başvurucunun savunmasında belirttiği üç ayrı model telefona ait olduğu tespit edilmiştir.

80. Başvurucu, Mahkemenin 8/11/2017 tarihli kararıyla silahlı terör örgütüne üye olma suçundan 7 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Mahkûmiyet gerekçesinde, başlangıçta terör kavramının hukukumuzdaki yeri açıklanmış; sonrasında hem FETÖ/PDY'nin kuruluşu, amaçları ve yapılanmasıyla ilgili olarak hem de ByLock iletişim programına, bu programa dair verilerin hukuka uygun delil olduğuna ve programın örgütün kullanımına sunulmuş, örgütsel amaçlarla kullanılan bir program olduğuna dair açıklamalara yer verilmiştir. Mahkûmiyete gerekçe olarak başvurucu hakkında EGM-KOM tarafından düzenlenen ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı ile başvurucunun kullanımındaki GSM hattına dair CGNAT verilerinin birbiriyle uyumlu

Adil Yargılanma Hakkı

olduğunun ve başvuruçunun FETÖ/PDY mensuplarının kullanımına sunulan ByLock iletişim programını "serhat1299" kullanıcı adıyla kullandığının tespit edilmiş olması esas alınmıştır.

81. Anılan hükme yönelik istinaf başvurusu İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesince 31/1/2018 tarihinde esastan reddedilmiştir.

82. Yargıtay, temyiz edilmesi üzerine Mahkemenin 28/2/2019 tarihli mahkûmiyet hükmüne yönelik olarak verilen istinaf başvurusunun esastan reddi kararını onamıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun Hükümleri

83.2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan hâlinin ilgili kısımları şöyledir:

"Millî İstihbarat Teşkilatının görevleri şunlardır;

a) Türkiye Cumhuriyetinin ülkesi ve milleti ile bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, Anayasal düzenine ve milli gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkında millî güvenlik istihbaratını Devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı Cumhurbaşkanı, Başbakan, Genelkurmay Başkanı, Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreteri ile gerekli kuruluşlara ulaştırmak.

...

i) Dış istihbarat, millî savunma, terörle mücadele ve uluslararası suçlar ile siber güvenlik konularında her türlü teknik istihbarat ve insan istihbaratı usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplamak, kaydetmek, analiz etmek ve üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmak."

84. 2937 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"Millî İstihbarat Teşkilatı bu Kanun kapsamındaki görevlerini yerine getirirken aşağıdaki yetkileri kullanır:

a) Yerli ve yabancı her türlü kurum ve kuruluş, tüm örgüt veya oluşumlar ve kişilerle doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamındaki kurum ve kuruluşlar ile diğer tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlardan bilgi, belge, veri ve kayıtları alabilir, bunlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından yararlanabilir ve bunlarla irtibat kurabilir. Bu kapsamda talepte bulunulanlar, kendi mevzuatlarındaki hükümleri gerekçe göstermek suretiyle talebin yerine getirilmesinden kaçınmazlar.

...

d) Görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabilir.

...

g) Telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabilir.”

85. 5271 sayılı Kanun'un "Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma" kenar başlıklı 134. maddesinin olay tarihinde yürürlükte bulunan hâli şöyledir:

“(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

Adil Yargılanma Hakkı

(3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.

(4) Üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

(5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. "

86. 5271 sayılı Kanun'un "Delillerin ortaya konulması ve reddi" kenar başlıklı 206. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:

a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse.

..."

87. 5271 sayılı Kanun'un "Delilleri takdir yetkisi" kenar başlıklı 217. maddesi şöyledir:

"(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.

(2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."

88. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Silâhli örgüt" kenar başlıklı 314. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

89. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun "Terör tanımı" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir."

90. 3713 sayılı Kanun'un "Terör suçlusu" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır."

2. Yargıtay Kararları

91. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 tarihli ve E.2017/16. MD-956, K.2017/370 sayılı kararında FETÖ/PDY'ye ilişkin olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

"FETÖ/PDY silahlı terör örgütü, paravan olarak kullandığı dini, din dışı dünyevi emellerine ulaşma aracı haline getiren; siyasi, ekonomik ve toplumsal yeni bir düzen kurma tasavvuruna sahip örgüt liderinden aldığı talimatlar doğrultusunda hareket eden; bu amaçla öncelikle güç kaynaklarına sahip olmayı hedefleyip güçlü olmak ve yeni bir düzen kurmak için şeffaflık ve açıklık yerine büyük bir gizlilik içerisinde olmayı şiar edinen; bir istihbarat örgütü gibi kod isimler, özel haberleşme kanalları, kaynağı bilinmeyen paralar kullanıp böyle bir örgütlenmenin olmadığına herkesi inandırmaya çalışarak ve bunda başarılı olduğu ölçüde büyüyüp güçlenen, bir yandan da kendi mensubu olmayanları düşman olarak görüp mensuplarını motive eden; 'Altın Nesil' adını verdiği kadrolarla sistemle çatışmak yerine sisteme sahip olma ilkesiyle devlete tabandan tavana sızan; bu kadroların sağladığı avantajlarla devlet içerisinde belli bir güce

Adil Yargılanma Hakkı

ulaştıktan sonra hasımlarını çeşitli hukuki görünümlü hukuk dışı yöntemlerle tasfiye eden; böylece devlet aygıtının bütün alt bileşenlerini ünite ünite kontrol altına almayı ve sisteme sahip olmayı planlayıp ele geçirdiği kamu gücünü de kullanarak toplumsal dönüşümü sağlamayı amaçlayan; casusluk faaliyetlerini de bünyesinde barındıran atipik/suigeneris bir terör örgütüdür.

İstişare kurulu, ülke, bölge, il, ilçe, semt, ev imamları gibi hiyerarşik bir yapı içeren insan gücünü ve finans kaynaklarını örgütsel menfaat ve ideolojisi çerçevesinde kullanıp Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin tüm anayasal kurumlarını ele geçirme amacı taşıyan FETÖ/PDY silahlı terör örgütü 'gizli yaşamak, her zaman korkmak, doğruyu söylememek, gerçeği inkâr etmek' üzerine kuruludur.

Talimatlar yoluyla kollektif bir şekilde mobilize olan, kamu erkinin kritik bürokratik alanları başta olmak üzere, kamusal alanı ele geçirme refleksi ile hareket eden, mülkiye, adliye, emniyet, eğitim, istihbarat ve ordu içerisinde kendi özel hiyerarşisi ile illegal şekilde kadrolaşan, devletin tüm kurumlarına yerleştirdiği örgüt mensupları ile devlet teşkilatını kendisine hizmet eder hale getiren ve adeta devlet içinde ayrı bir devlet yapısı oluşturan örgütün lideri Fethullah Gülen tarafından;

'Esnek olun, sıvrilmeden can damarları içinde dolanın!; bütün güç merkezlerine ulaşıncaya kadar hiç kimse varlığınızı fark etmeden sistemin ana damarlarında ilerleyin!'

'Adliye, mülkiye veya başka hayati bir müessesede bizim arkadaşlarımızın mevcudiyeti öyle ferdi mevcudiyetler şeklinde ele alınıp değerlendirilmemelidir. Yani bunlar gelecek adına bizim o ünitelerde garantimizdir. Bir ölçüde onlar bizim varlığımızın teminatıdır.'

'Zaman henüz uygun değil. Bütün dünyayı omuzlayıp taşıyabileceğimiz zamana dek, tamam olacağınız ve koşulların uygun olacağı zamana dek beklemelisiniz! Bilhassa, haber alma hususunda her zaman hasım cephenin çok önünde olunmalıdır.'

'Yani siz hâkim değilsiniz başka kuvvetler var. Bu ülkede değişik kuvvetleri hesap edecek dengeli, dikkatli, tedbirli, temkinli yürümekte yarar var ki geriye adım atmayalım...'

'Türkiye'deki devlet yapısı ölçüsüne göre bütün anayasal müesseselerdeki güç ve kuvveti cephemize çekeceğimiz ana kadar her adım erken sayılır. (...) bunca kalabalık içinde ben bu dünyayı ve düşüncemi sözde mahremiyet içinde anlattım. (...) sırrınız sizin sırrınızdır. Söylerseniz siz esir olursunuz.'

'Daima tedbirli olmalıyız, daima istişare içerisinde karar alın, ana istişare organı olan Başyüceler ne karar aldıysa onu uygulayın (Kaldı ki; Başyüceler'in lideri de kendisidir) bütün güç merkezlerine ulaşmalıyız ...'

'Bir gün bana Ankara'da bin evimiz olduğunu söyleyin, devletin paçasından şöyle bir tutacağım, devlet uyandıığında yapacağı hiçbir şey kalmayacak.' şeklinde değişik yer ve zamanlarda örgüt mensuplarına verilen talimatlarda gizliliğe atfedilen önem görülmektedir.

Örgüt, kamu kurum ve kuruluşlarına yerleştirdiği personelin aile yaşamlarına dahi müdahale ederek şahısların kiminle evleneceğine de karar vermektedir.

Örgüt, kamu kurumlarında sayısı beş kişiyi geçmeyen bir örgüt abisine bağlı hücreler şeklinde yapılanmıştır. Hücreler birbirinden haberdar değildir. Bu şekilde bir hücre açığa çıksa bile diğer hücrelerin faaliyetlerine devam ederek deşifre olmaları engellenmektedir. İçlerinde katı bir askeri disiplin hakimdir.

Örgütün bütünlüğü üzerinde tek hakim ve önder Fethullah Gülen olup, örgüt içerisinde kainat imamı olarak görülmektedir. Diğer yöneticiler onun verdiği yetkiyle onun adına görev yaparlar.

Kainat imamı inancı ve yedi katlı piramidal yapılanmaya sahip FETÖ/PDY silahlı terör örgütünde, örgüt içi hiyerarşide itaat ve teslimiyet katı bir kuraldır. Teslimiyet hem örgüte hem de liderin emrine ona atfen verilen göreve adanmışlıktır.

Örgütün hiyerarşik yapılanması tabaka-kat sistemine dayanır. Katlar arasında geçişler mümkün ise de, dördüncü kattan sonrasındaki geçişleri önder belirlemektedir. Katlar şu şekildedir:

a) Birinci Kat (Halk Tabakası): Örgüte iman ve gönül bağı ile bağlı olanlar, fiili ve maddi destek sağlayanlardan oluşur. Bunların bir çoğu örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmayan bilinçli veya bilinçsiz hizmet ettirilen kesimdir.

Adil Yargılanma Hakkı

b) İkinci Kat (Sadık Tabaka): Okul, dersane, yurt, banka, gazete, vakıf ve kurum görevlilerinden oluşan sadık gruptur. Bunlar örgüt sohbetlerine katılan, düzenli aidat ödeyen, az veya çok örgüt ideolojisini bilen kişilerdir.

c) Üçüncü Kat (İdeolojik Örgütlenme Tabakası): Gayri resmi faaliyetlerde görev alan, örgüt ideolojisini benimseyen ve ona bağlı çevresine propaganda yapan kişilerdir.

d) Dördüncü Kat (Teftiş Kontrol Tabakası): Bütün hizmeti (legal ve illegal) denetler. Bağlılık ve itaatte dereceye girenler buraya yükselebilir. Bu tabakaya girenler örgütte çocuk yaşta kazandırılanlardan seçilir. Örgüte sonradan katılanlar genellikle bu katta ve daha üst katlarda görev alamazlar.

e) Beşinci Kat (Organize Eden ve Yürüten Tabaka): Üst düzey gizlilik gerektirir. Birbirlerini çok az tanurlar. Örgüt lideri tarafından atanan ve devletteki yapıyı organize edip yürüten kişilerdir.

f) Altıncı Kat (Has Tabaka): Örgüt lideri Fethullah Gülen tarafından bizzat atanan ve lider ile alt tabakaların irtibatını sağlayan, örgüt içi görev değişiklikleri yapıp azillere bakan kişilerdir.

g) Yedinci Kat (Kurmay Tabaka): Örgüt lideri tarafından doğrudan seçilen ve on yedi kişiden oluşan örgütün en seçkin kesimidir.

Örgütün deşifre olmaması ve Devletin örgüt yapısını çözmekte zorlanması için örgüt hücre tipinde yatay yapılanmaya özen göstermiştir. Hücreler genellikle en fazla beş kişiden oluşan ve bir abla veya abiye bağlı birimlerdir. Hücredeki kişi sayısı bazı kurumlarda üç, TSK gibi bazı kurumlarda ise birebirdir. Her hücreden sorumlu bir imam vardır.

...

FETÖ/PDY'nin Türk Silahlı Kuvvetlerine, Emniyet Teşkilatına ve MİT'e sızan militanları, şeklen kamu görevlisi gibi gözükse de, bu kişilerin örgüt aidiyetleri diğer tüm aidiyetlerinden önce gelmektedir. FETÖ/PDY'nin devletin tasarrufunda bulunması gereken kamu gücünü, kendi örgütsel çıkarları lehine kullanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Çeşitli aşamalardan geçirildikten sonra güçlü örgütsel bağlarla bağlandığı FETÖ/PDY'nin bir neferi olarak TSK, Emniyet Teşkilatı ve Milli İstihbarat Teşkilatında meslek hayatlarına başlayan

örgüt mensupları, sahip oldukları silah ve zor kullanma yetkilerini FETÖ/PDY'deki hiyerarşik üstünden gelen emir doğrultusunda seferber etmeye hazır olacak şekilde bir ideolojik eğitimden geçirilmektedir. Bu durum, örgüt lideri tarafından hizmet insanı başlığı altında 'örgüte bağlı kişinin azimli, kararlı, hizmete karşı itaatkar, her şeyin sorumluluğunu alması gereken, darbe yediğinde azmi bozulmayan, yüksek rütbelere geldiğinde kendi rütbesi değil de hizmetin rütbesini ön planda tutan, hizmet içerisinde yapacağı görevlerin zor olabileceğine inanan ve bütün varlığını, canını, sevdiklerini hizmet için feda etmeye hazır olması' şeklinde açıklanmaktadır.

Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarının etkin birimlerinde ve TSK'da yapılanan FETÖ/PDY, Emniyet ve TSK birimlerinin doğasında var olan cebir ve şiddet kullanma yetkisinin verdiği baskı ve korkutuculuğu kullanmaktadır. Örgüt mensuplarının silahlar üzerinde gerektiğinde tasarruf imkanının bulunması, silahlı terör örgütü suçunun oluşması için gerekli ve yeterli olmakla birlikte; 15.07.2016 tarihinde meydana gelen kalkışma esnasında TSK içerisinde yapılanıp görünürde TSK mensubu olan ve ancak örgüt liderinin emir ve talimatları ile hareket eden örgüt mensuplarınca silah kullanılmış, birçok sivil vatandaş ve kamu görevlisi şehit edilmiştir.

Söz konusu terör örgütü, nihai amaçlarına ulaşmak gayesiyle öncelikle askeriye, mülkiye, emniyet, yargı ve diğer stratejik öneme sahip kamu kurumlarını ele geçirmek için kendilerine engel olacaklarını düşündüğü bürokrat ve personelin sistem dışına çıkarılmasını sağlayarak örgüt elemanlarını bu makamlara getirmiştir.

...

Bir suç örgütü, baştan itibaren suç işlemek üzere kurulmuş illegal bir yapı olabileceği gibi, legal olarak faaliyet göstermekte olan bir sivil toplum örgütünün sonradan bir suç örgütüne, hatta terör örgütüne dönüşmesi de mümkündür. Bu kapsamda önceden var olan ancak hakkında karar verilmediği için kamuoyu tarafından varlığı bilinmeyen örgütün hukuki varlık kazanması mahkemeler tarafından verilecek karara bağlı ise de örgütün kurucusu, yöneticileri ya da üyeleri; kuruluş tarihinden veya meşru amaçlarla kurulup daha sonra suç örgütüne dönüştüğü andan itibaren ceza hukuku bakımından sorumlu olacaklardır."

Adil Yargılanma Hakkı

92. Anılan kararda ByLock iletişim sisteminin özelliklerine ilişkin olarak ise şu açıklamalara yer verilmiştir:

"Kullanılması için indirilmesi yeterli olmayıp özel bir kurulum gerektiren ByLock iletişim sistemi, güçlü bir kriptolama yoluyla internet bağlantısı üzerinden iletişim sağlamak üzere, gönderilen her bir mesajın farklı bir kripto anahtarı ile şifrelenerek iletilmesine dayanan bir tasarıma sahiptir. Bu şifrelemenin, kullanıcıların kendi aralarında bilgi aktarırken üçüncü kişilerin bu bilgiye izinsiz şekilde (hack) ulaşmasını engellemeye yönelik bir güvenlik sistemi olduğu tespit edilmiştir. 2014 yılı başlarında işletim sistemlerine ait uygulama mağazalarında yer alıp bir süre herkesin ulaşımına açık olan ByLock'un, bu mağazalardan kaldırılmasından sonra örgüt mensuplarınca harici bellek, hafıza kartları ve bluetooth yoluyla yüklenildiği yürütülen soruşturma ve kovuşturma dosyalarındaki ifadeler, mesaj ve e-postalardan anlaşılmıştır.

ByLock iletişim sistemi 46.166.160.137 IP adresine sahip sunucu üzerinde hizmet sunmaktadır. Sunucu yöneticisi, uygulamayı kullananların tespitini zorlaştırmak amacıyla ayrıca 46.166.164.176, 46.166.164.177, 46.166.164.178, 46.166.164.179, 46.166.164.180, 46.166.164.181, 46.166.164.182, 46.166.164.183 no'lu IP adreslerini de kiralamıştır.

ByLock iletişim sistemi, Litoanya'da sunucu kiralama hizmeti veren ... şirketinden kiralanmak suretiyle kullanıma sunulmuş, sunucu ve IP kiralama işlemlerine ait ödemeler anonimlik içeren yöntemlerle (Paysera) yapılmıştır. Uygulamayı geliştiren ve kullanıma sunan kişinin erişilebilir iletişim bilgileri ile daha önce yaptığı işlere ilişkin referansları bulunmamaktadır. Uygulamanın tanıtılmasına yönelik girişimlerde bulunulmamış, böylelikle kullanıcı sayısının artırılması ve ticari değer haline gelinmesi hedeflenmemiştir.

Global ve ticari anlık mesajlaşma uygulamalarının 'otorite imzalı SSL sertifikası' kullandığı, bu sertifika ile kullanıcı bilgilerinin ve iletişim güvenliğinin sorumluluğunu ücreti mukabilinde bu otoriteye bıraktığı, buna karşın ByLock iletişim sisteminde otorite imzalı SSL sertifikası bulunmadığı bilinmekte, böylelikle kullanıcılara ait bir takım bilgilerle haberleşme trafiğinin ByLock sunucusu harici bir noktaya akışı engellenmektedir.

ByLock iletişim sistemine ait kaynak kodları içerisinde Türkçe 'yetkiniz yok', 'dosya', 'posta' ve 'sesli arama' şeklinde ifadeler yer almaktadır. Benzer şekilde

kullanıcı adlarının, grup isimlerinin ve çözümlenen şifrelerin büyük çoğunluğu ile uygulamanın çözümlenen içeriklerinin neredeyse tamamı Türkçe ifadelerden oluşmaktadır.

ByLock iletişim sisteminin akıllı telefonlara yüklendikten sonra kullanılabilmesi için kullanıcı adı/kodu ve parolanın, akabinde cihaz üzerinde rastgele el hareketleriyle oluşturulan kullanıcıya özel güçlü bir kriptografik şifrenin belirlenmesi ve bu bilgilerin uygulama sunucusuna kriptolu olarak iletilmesi gerekmektedir. Böylece, kullanıcı bilgilerinin ve iletişimin güvenliğinin azami şekilde korunması amaçlanmıştır.

Global ve ticari uygulamaların aksine, kullanıcıların tespitini zorlaştırmak için ByLock iletişim sistemine kayıt esnasında kullanıcıdan telefon numarası, kimlik numarası, e-posta adresi gibi kişiye ait özel bir bilgi talep edilmemekte, sms şifre veya e-posta yoluyla doğrulama işleyişi bulunmamaktadır.

ByLock iletişim sistemi üzerinde telefon numarası veya ad-soyad bilgileri ile arama yapılarak kullanıcı eklenmesine imkan bulunmamaktadır. Diğer taraftan ByLock iletişim sisteminde benzer uygulamalarda bulunan telefon rehberindeki kişilerin uygulamaya otomatik olarak eklenmesi özelliği de bulunmamaktadır.

ByLock iletişim sisteminde kullanıcıların haberleşebilmesi için her iki tarafın önceden temin ettikleri kullanıcı adlarını ve kodlarını eklemeleri gerekmekte, ancak bu aşamadan sonra taraflar arasında mesajlaşma başlayabilmektedir. Bu bakımdan kullanıcıların dahi istediği zaman bu sistemi kullanma imkanı bulunmamaktadır. Bu kurgu sayesinde uygulama, sadece oluşturulan hücre tipine uygun şekilde bir haberleşme gerçekleştirilmesine imkân vermektedir.

ByLock iletişim sisteminde, kriptolu anlık mesajlaşma, e-posta gönderimi, ekleme yoluyla kişi listesi oluşturma, grup içi mesajlaşma, kriptolu sesli görüşme, görüntü veya belge gönderebilme özellikleri bulunmaktadır. Böylece kullanıcıların, örgütsel mahiyetteki haberleşmelerini başka herhangi bir haberleşme aracına ihtiyaç duymadan gerçekleştirmesine olanak sağlanmıştır. Kullanıcıların tüm iletişimlerinin ByLock sunucusu üzerinden yapılması, buradaki grupların ve haberleşme içeriklerinin uygulama yöneticisinin denetim ve kontrolünde olmasını da mümkün hâle getirmiştir.

Kullanıcılar, silmeleri gereken verileri silmeyi unutsa dahi ByLock iletişim sisteminin cihaz üzerinde manuel işleme gerek duymaksızın güvenlik

Adil Yargılanma Hakkı

bakımından haberleşme içeriğini belirli bir süre sonra otomatik olarak silme özelliği sayesinde, olası bir adli işlem neticesinde cihaza el konulması durumunda kullanıcı listesindeki kişilere ve haberleşmelere ilişkin geçmiş verilere erişim engellenmektedir.

Kullanıcı tespitinin önlenmesi ve haberleşme güvenliği için alınan bir diğer güvenlik tedbiri ise; ByLock'a ait sunucu ve iletişim verilerinin, uygulama veri tabanında da kriptolu olarak saklanmasıdır.

ByLock kurgusunun aldığı önlemlerin yanı sıra, kullanıcılar da kendilerini gizlemek amacıyla birtakım önlemler almış, bu çerçevede haberleşme içeriklerinde ve uygulamadaki arkadaş listelerinde, kişilerin gerçek bilgileri yerine örgüt içindeki 'kod adlarına' yer verip çok haneli parolalar belirlemişlerdir.

Türkiye'den ByLock'a erişim sağlayan kullanıcılar, kimlik bilgilerinin ve iletişimin gizlenmesi amacıyla VPN kullanmaya zorlanmıştır.

Arama motorları üzerinden ByLock'a ilişkin sorgulamaların neredeyse tamamı Türkiye üzerinden gerçekleştirilmiştir.

ByLock'a ilişkin sosyal medya ve web siteleri gibi internet kaynaklı paylaşımlar çoğunlukla sahte hesaplar üzerinden yapılmıştır.

Büyük bir kullanıcı kitlesine sahip ByLock iletişim sistemi, 15.07.2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe girişimi öncesinde Türk ve yabancı kamuoyu tarafından bilinmemektedir.

ByLock üzerinden yapılan iletişimin çözümlenen içeriğinin tamamına yakını FETÖ/PDY mensuplarına ait örgütsel temas ve faaliyetlere ilişkindir. Bu kapsamda buluşma adreslerinin değiştirilmesi, yapılacak operasyonların önceden bildirilmesi, örgüt mensuplarının yurt içinde saklanması için yer temini, yurt dışına kaçış için yapılan organizasyonlar, himmet toplantıları, açığa alınan veya meslektan çıkarılan örgüt mensuplarına para temini, Fethullah Gülen'in talimat ve görüşlerinin paylaşılması, Türkiye'yi terörü destekleyen ülke gibi göstermek amacıyla yönelik faaliyette bulunan birtakım internet adreslerinin paylaşılması ve bu sitelerdeki anketlerin desteklenmesi, FETÖ/PDY'ye yönelik yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli veya sanıkların hâkim ve Cumhuriyet savcılarınca serbest bırakılmasının sağlanması, örgüt mensuplarına müdafii temin edilmesi, örgüt üyelerinden kimlere operasyon yapıldığına ve kimlerin

deşifre olduğuna ilişkin bilgilerin paylaşılması, operasyon yapılması ihtimali olan yerlerde bulunulmaması ve bu yerlerdeki örgüt için önemli dijital verilerin arama-tarama mesulü olarak adlandırılan kişilerce önceden temizlenmesi, kamu kurumlarında FETÖ/PDY aleyhine görüş bildiren veya yapılanmayla mücadele edenlerin fişlenmesi, deşifre olduğu düşünüldüğünde ByLock iletişim sisteminin kullanımına son verileceği ve Eagle, Dingdong ve Tango gibi alternatif programlara geçiş yapılacağıın haber verilmesi, yapılanmaya mensup kişilerin savunmalarında kullanabilmeleri amacıyla hukuki metinler hazırlanması gibi örgütsel niteliği olan mesajlar gönderildiği anlaşılmıştır.

Uygulamadaki grupların Bölge Bayan, Etütçüler, Ev abileri, İmamların, Okulcular, 8 abiler, 8 birinciler, 8 büyük bölge, Bölgeciler, II Mezuncular, Talebeciler, Üniversiteciler, Zaman Gönüllüleri, Mesul, Mesuller, İzdivaç şeklindeki adları örgütün jargonuyla ve hücre tipi hiyerarşik yapılanmasıyla uyumludur.

15.07.2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe girişimi sonrasında adli soruşturma işlemlerine tabi tutulan şüpheliler, ByLock iletişim sisteminin 2014 yılının başından itibaren FETÖ/PDY silahlı terör örgüt üyeleri tarafından örgütsel haberleşme aracı olarak kullanıldığı yönünde ifade vermişlerdir."

93. Kararda ByLock iletişim sistemindeki veri tespitlerinin hangi koruma tedbiri kapsamında incelenmesi gerektiğine ilişkin olarak yapılan açıklamalar şöyledir:

"Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, CMK'nun 134. maddesinde düzenlenmiştir. Bu koruma tedbiri, CMK'nun 116 ve 134. maddeleri arasında düzenlenen 'arama' ve 'elkoyma' koruma tedbirlerinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır.

...

Bilgisayar kütüklerinin sadece hard disk şeklinde anlaşılması gerekir. Bilgisayar kütükleri, internet servis sağlayıcılarının internet erişimi sağladıkları kullanıcılara ait IP no'larını ve diğer erişim bilgilerini depoladıkları veri tabanlarını da ifade etmekte[dir] ...

Nitekim Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 'bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma'

Adil Yargılanma Hakkı

başlıklı 17. maddesinin yedekleme işlemini düzenleyen üçüncü fıkrası; yedekleme işleminin, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanacağını düzenlemiştir. Yönetmelikte yer alan “Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır’ ibaresi ile olay yerindeki bilgisayarların yanı sıra uzak bilgisayar kütüklerine de erişim sağlanabilecektir.

...

... [İ]nternet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar, bilgisayar kütüğünde kayıt altına alındığından, bu iletişim kayıtları hakkında CMK'nun 134. maddesinin birinci fıkrası gereğince arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirleri uygulanabilir ...”

94. Kararda ByLock programı yönünden yapılan nihai değerlendirmeler ise şöyledir:

“... ByLock iletişim sisteminin kullanımı sonucunda oluşan verilerin tespiti, CMK'nun 135. maddesinin birinci fıkrası veya 2937 sayılı Kanununun 6. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında olmayıp CMK'nun 'bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma' başlıklı 134. maddesinin birinci fıkrası kapsamındadır ...

...

ByLock iletişim sisteminde bağlantı tarihinin, bağlantıyı yapan IP adresinin, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının, haberleşmelerin kimlerle gerçekleştirildiğinin ve içeriğinin tespiti mümkündür. Bu kapsamda, bağlantı tarihi ve bağlantıyı yapan IP adresi ile hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının belirlenmesi durumunda, somut olayın koşullarına göre kişinin bu özel iletişim sisteminin bir parçası olduğu kabul edilecek, ayrıca bu ağa dahil olan kişilerin ağ içinde başka kişi ya da kişilerle yaptıkları görüşme içeriklerinin olması da aranmayacaktır. Haberleşmelerin kimlerle yapıldığının ve içeriklerinin tespiti ise, kişinin terör örgütü içindeki hiyerarşik konumunun (örgüt yöneticisi/örgüt üyesi) belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.

ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu terör örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı

ile bu aa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleğme amacıyla kullanıldığının, her türlü Şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştıracak teknik verilerle tespiti, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacaktır ...”

95. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24/1/2019 tarihli ve E.2018/16-417, K.2019/44sayılı kararının ilgili kısmı Őyledir:

”ByLock veri tabanı üzerindeki incelemeler sonucunda, ByLock sunucusunun IP’lerine bağlanmaları nedeniyle sunucunun log kayıtlarında tutulan IP adreslerine ait abone bilgileri belirlenebildiği gibi ByLock sunucusunda kaydı olan kullanıcıların User-ID numaraları, kullanıcı adı ve Şifre bilgileri, sisteme bağlantı tarihleri (log kayıtları), User-ID ekleyen diğer kullanıcılara ait bilgiler (roster kayıtları), ByLock kullanıcısının kurduğu ya da katıldığı gruplar, mesaj içerikleri gibi verilerin bir kısmı ya da tümünün tespiti ve czm de gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla, KOM Daire Başkanlığınca yürütülen çalışmalarla bir kısmı ya da tümü tespit edilen bu verilerin değerlendirilmesi sonucunda, sistem tarafından atanan User-ID numarasının gerçekte hangi kullanıcıyla eşleştirildiği ve bu kabulü sağlayan verilerin neler olduğu hususunda düzenlenen ByLock tespit ve değerlendirme tutanağında yer alan bilgiler, sisteme dahil olduğu anlaşılan ByLock kullanıcısının gerçekte kim olduğuna ve bu kişinin terör rgt içerisindeki hiyerarşik konumuna yönelik önemli bilgiler içerebilmektedir.

Bununla birlikte, ByLock sistemine dair yukarıda belirtilen teknik analizler ve kronolojik rapor dikkate alındığında; gerçekte ByLock sistemine (ağına) dahil olan kişinin, Türkiye’ye ait olmayan IP’ler üzerinden ByLock sistemine bağlanması nedeniyle, ByLock IP’lerine bağlantı yaptığına dair CGNAT kayıtlarına ulaşılamayabileceği gibi, KOM birimlerince ByLock sunucu verileri üzerinde yapılan incelemenin henüz sonuçlanmaması veya bu incelemelere rağmen bu kişiye ait olan verilerin kurtarılamaması - czmlenememesi nedenleriyle User-ID numarası, kullanıcı adı, Şifre, log kayıtları, roster bilgileri veya mesaj içerikleri gibi verilerin henüz tespit edilememiş olması ya da incelemeye rağmen tespit edilememesi de söz konusu olabilmektedir. Ancak bu durumda dahi, başka kullanıcılara ait kurtarılan - czmlenen roster kayıtları, mesajlar vb. verilerin içeriğinin değerlendirilmesi sonucunda, ByLock programını kullandığı hâlde kendisine ait veriler henüz bulunamayan ya da czmlenemeyen diğer kullanıcıların da kim oldukları tespit edilebilmekte,

Adil Yargılanma Hakkı

böylelikle başta kullanıcısı belli olmayan bir User-ID numarasının gerçekte kime ait olduğu da belirlenebilmektedir. Gerçek kullanıcısı bu şekilde belirlenen User-ID numaralarına ilişkin olarak da ByLock tespit ve değerlendirme tutanakları düzenlenebilmektedir.

Öte yandan, ByLock tespit ve değerlendirme tutanağının düzenlenmesinden önceki bir tarihte, failin aboneliği olan bir ADSL ya da GSM aboneliği üzerinden ByLock sistemine bağlantı yapıldığı ve sisteme kayıt yapılarak User-ID numarası alındığı belirlenerek bir User-ID numarasının faille (abone) eşleştirilmesi de mümkündür. Kural olarak bu yöndeki tutanağa istinaden de ilgili abonenin ByLock User-ID numarası olarak sisteme dahil olduğu anlaşılabilir.

96. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27/6/2019 tarihli ve E.2018/16-418, K.2019/513 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"ByLock sunucusuna ait 9 adet IP adresine Türkiye IP'lerinden bağlanan abonelerin bu bağlantılarına dair internet trafik kayıtlarını içeren ve operatörler tarafından tutulan CGNAT (HIS) kayıtları ise bir çeşit üst veridir. Bu veriler; aboneye ait IP adresinin ByLock sunucusuna ait IP adreslerine bağlandığını belirlediğinden, kişinin ByLock sistemine dahil olmuş olabileceği konusunda önemli bir emare olmakla birlikte, IP adreslerine bağlantı yapmanın ötesinde ilgili aboneye sisteme dahil olması için User-ID numarası atanıp atanmadığı ve atanmışsa bu numaranın ne olduğu konusunda bilgi içermemektedir.

Dolayısıyla, KOM'un ByLock sunucu verileri üzerinde devam eden incelemelerinin henüz tamamlanmaması ya da incelemeye rağmen verinin kurtarılamaması – çözümlenememesi nedeniyle kişinin herhangi bir User-ID numarasıyla eşleştirilemediği hâllerde de, ByLock sunucusuna ait IP'lere bağlantı yaptığının CGNAT kayıtları doğrultusunda tespit edilmesi mümkündür. Bu durumda kişinin, ByLock sistemine bağlanma yönünde bir hareketi olmakla birlikte henüz kullanıcı adı ve şifre oluşturmak suretiyle User-ID numarası almadığı, bu nedenle sisteme dahil olmadığı ya da gerçekte User-ID numarası alıp henüz veriler üzerindeki incelemenin devam etmesi veya verilerin kurtarılamaması – çözümlenememesi nedenleriyle bu User-ID numarasının kendisiyle eşleştirilemediği anlaşılabilir gibi, ByLock sunucularına tuzak yöntemlerle (Morbeyin vb.) yönlendirilmiş olabileceği sonucuna da ulaşılabilmektedir. Bununla birlikte, ByLock kronoloji raporundan;

CGNAT kayıtlarına göre ByLock sunucusuna ait IP'lere bağlantı sağladığı belirlenen GSM abonelerinden 11.480 GSM abonesinin, ByLock IP'lerine olan bağlantılarının Morbeyin uygulamalarıyla gerçekleştirildiğinin tespitine ilişkin bilgilendirme yazılarının ilgililerin soruşturma ve kovuşturma dosyalarına gönderilmiş olduğu da dikkate alınmalıdır.

Gelinen noktada, kişinin ByLock sistemine (ağına) dahil olduğunun belirlenebilmesi açısından, öncelikle ByLock sunucusunda kayıtlı bir User-ID numarasının kişiyle eşleştirilmesine dair veriler içeren ByLock tespit ve değerlendirme tutanağının; bu belgenin bulunmaması hâlinde de varsa sanığa ait olduğu belirlenen ByLock User-ID numarasını içerir tutanağın getirtilerek tutanaklarda yer alan veriler sanığa anlatıldıktan sonra sanık ve varsa müdafisinden diyeceklerinin sorulması gerekmektedir.

Bu itibarla, failin bilerek ve isteyerek ByLock sunucusunda kayıtlı bir User-ID aldığıının belirlenmesi; ByLock sistemine dahil olup ancak bir örgüt üyesinin sahip olabileceği gizli haberleşme imkânına kavuştuğunun, dolayısıyla en azından FETÖ/PDY silahlı terör örgütü üyesi olduğunun kabulü için gerekli ve yeterli olacaktır. Ayrıca bu ağa dahil olan kişilerin ağ içerisinde başka kişi ya da kişilerle yaptıkları görüşme içeriklerinin olması da aranmayacaktır. ByLock sistemine dahil olan failler yönünden sistem içerisindeki haberleşmelerin kimlerle yapıldığının ve içeriklerinin tespiti ise ancak fail hakkında örgüt yöneticiliğinden dava açılmış olması ve failin örgüt yöneticisi olduğunun belirlenmesi açısından mevcut delillerin yetersiz görülmesi hâlinde yol gösterici olacaktır.

Bununla birlikte, User-ID bilgisi içeren her iki tutanakta yer alan tespitlere rağmen, ByLock sunucularına ait IP'lere bağlantısı saptanan IP adreslerinin ait olduğu sanık adına kayıtlı GSM ya da ADSL aboneliğinin veya bu abonelikler üzerinden internete bağlanan cihazların sanığın bilgisi ve rızası dahilinde ya da haricinde daimi veya geçici süreyle bir başkası tarafından kullanıldığına, bu abonelikler üzerinden kurulan internet bağlantısı için gerekli şifre gibi bilgilerin başkalarıyla paylaşıldığına ya da haksız olarak ele geçirildiğine vb. yönelik savunmalar karşısında ya da dosya kapsamına göre User-ID numarasının tespit edilenden farklı bir kişiye ait olduğuna yönelik bir şüphe oluşması durumunda, User-ID bilgisi içeren tutanakların, sanığın kendisi dışında, abonelikleri ya da internet bağlantı vb. şifrelerini kullandığını iddia ettiği kişiye ait açıkça belirteceği bilgilerle veya yapılacak araştırmalar sonucunda elde edilecek verilerle birlikte

Adil Yargılanma Hakkı

değerlendirilmesi; yine savunmanın içeriğine ve dosya kapsamına göre gerekli görüldüğü takdirde ayrıca, ByLock sunucu IP'lerine bağlandığı tespit edilen IP adresine ait olup sanığın kullandığı belirlenen ADSL ya da GSM numarasına ilişkin CGNAT sorgu kayıtları ve varsa GSM numarasının HTS kayıtları ile KOM'un güncel ByLock sorgu sonuçlarına dair raporun da getirtilerek, elde edilen verilerin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir."

97. Terör suçlarına ilişkin davaların temyiz mercii olan Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 18/10/2018 tarihli ve E.2017/4314, K.2018/3545 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"ByLock iletişim sistemi, FETÖ/DPY silahlı terör örgütü mensuplarının kullanmaları amacıyla oluşturulan ve münhasıran bu suç örgütünün bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olması nedeniyle; örgüt talimatı ile bu ağa dahil olunduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının, her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştırılacak teknik verilerle tespiti halinde, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olacağı, bu minvalde;

...

... kişinin örgütsel gizliliği sağlamak ve haberleşme amacıyla ByLock sistemine girdiğinin ve bu sistemi kullandığının, User-ID, şifre ve grup elemanlarını içerir ByLock tespit değerlendirme tutanağı ve CGNAT kayıtlarını içeren belgeler ile kesin olarak kanıtlanmasının zorunlu olduğu hususları gözetilmekle;

Somut olayda; Deniz Kuvvetleri Komutanlığının 07.11.2016 tarihli yazısı ile FETÖ/DPY üyelerince kullanılan 'ByLock and Chat' programını kullandığı tespit edilen asker şahıslar hakkında başlatılan soruşturmada, Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Daire Başkanlığı tarafından düzenlenen belgeye dayanılıp ByLock kullanıcısı olduğu kabul edilerek mahkumiyetine karar verilen sanığın kimlik bilgilerinin istinaf aşamasından sonra Ankara Cumhuriyet Başsavcılığının 27.12.2017 tarihli 730.10.00-2017.865319 sayılı rapor eki ile yapılan tespit ve değerlendirmelerde 'morbeyin' listesinde yer aldığı bildirilmiş olması karşısında hukuki durumunun yeniden değerlendirilerek tayin ve takdirinde zorunluluk bulunması ... [bozmayı gerektirmiştir]"

98. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 11/2/2019 tarihli ve E.2018/5762, K.2019/749 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"[B]yLock programını telefonuna indirdiğini fakat kullanmadan sildiğini savunan sanığın, ByLock uygulamasını kullandığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde teknik verilerle tespiti halinde, [B]yLock kullanıcısı olduğuna dair delilin atılı suçun vasfının tayini açısından belirleyici nitelikte olması karşısında, ilgili birimlerden ayrıntılı ByLock tespit ve değerlendirme raporu getirtilip değerlendirilerek CMK'nın 217. maddesi uyarınca duruşmada sanık ve müdafisine okunup diyecekleri sorulduktan sonra bir karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması ... [bozmayı gerektirmiştir.]"

99. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 14/2/2019 tarihli ve E.2018/5481, K.2019/891 sayılı kararının ilgili kısımları şöyledir:

"[B]yLock kullanıcısı olduğunu kabul etmeyen sanığın, [B]yLock uygulamasını kullandığının kuşkuyla yer vermeyecek şekilde teknik verilerle tespiti halinde, [B]yLock kullanıcısı olduğuna dair delilin atılı suçun sübutu açısından belirleyici nitelikte olması karşısında, ilgili birimlerden ayrıntılı [B]yLock tespit ve değerlendirme raporu ile sanıktan ele geçirilen dijital materyallere ilişkin inceleme sonuçları da getirtilip değerlendirilerek duruşmada sanık ve müdafisine okunup diyeceklerinin sorulması, gerekirse tespit ve değerlendirme tutanağıyla dosyada mevcut HIS (CGNAT) ve HTS kayıtlarının bilirkişiye tevdi edilerek karşılaştırılmasından sonra;

b) Sanığın savunmasında [B]yLock kullandığını kabul etmemesi ve internetini ev arkadaşı olan [M.B.] isimli kişi ile paylaştığını beyan etmesi; adı geçen şahıs hakkında da Bingöl Cumhuriyet Başsavcılığının ... sayılı soruşturma dosyasında kaydının bulunduğu bildirilmesi karşısında; anılan şahsın dava açılmış ise dava dosyasının, aksi halde ise soruşturma dosyasının Yargıtay denetimine olanak verecek şekilde aslı veya onaylı suretlerinin dosya kapsamına alınması, mümkün olduğu takdirde usulüne uygun şekilde tanık olarak dinlenmesi suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirildikten; sonra sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması... [bozmayı gerektirmiştir.]"

100. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 12/3/2019 tarihli ve E.2018/4851, K.2019/2058 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

"Sanığın eşi olan [Y.İ.nin] kovuşturma aşamasındaki '... nolu hat benim üzerime kayıtlıdır. Bu hattı ben eşime vermiştim., ancak telefon evde ortada duruyordu, ben de zaman zaman bu telefonu kullanıyordum', '....ayrıca eşim belirtilen telefonu kullanmış değildir, bu telefonu ben kullandım...' ... şeklindeki beyanları, sanığın eşi [Y.] adına kayıtlı ... hat üzerinde tanımlı olan [B]yLock programına ilişkin olarak düzenlenen '205264' ID numaralı [B]yLock tespit ve değerlendirme tutanağında ekli şahısların da emniyet mensubu olması ve dosya kapsamındaki diğer deliller de dikkate alındığında, sanığın örgüt üyeliğine ulaşan süreklilik ve çeşitlilik içeren eylemlerinin bulunmaması da nazara alınarak sanık [H.] hakkında beraatine yönelik hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi... [bozmayı gerektirmiştir.]"

101. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 29/4/2019 tarihli ve E.2019/98, K.2019/3057 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"1-User-ID numarası; bir kullanıcının GSM hattı ile yönlendirme olmaksızın doğrudan [B]yLock sunucusuna bağlandığı, ayrıntılı ByLock değerlendirme ve tespit tutanağı ise;esas kullanıcının kim olduğu ve örgütsel konumu ile faaliyetleri hakkında bilgi verecektir.

2-User ID numarası tespit edilemeyen [B]yLock ullanıcısı olduğuna dair EGM KOMDaire Başkanlığınca rapor düzenlenen kişinin, CGNAT kayıtları mevcut olsa dahi, bu durum [B]y-Lock kullandığına dair önemli emare niteliğinde olmakla birlikte, yönlendirme (morbeyin veya başka nedenlerle) halinde de GNAT kayıtlarının mevcut olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.

...

Somut olayda, yerel mahkemenin hükme esas aldığı, Emniyet Genel Müdürlüğü KOM Dairesi Başkanlığınca düzenlenen raporu ile User-ID numarası tespit edilemeyen ancak CGNAT kayıtlarında, By-lock sistemine 458 kez erişim sağladığı tespit edilen sanığın,[B.] Üniversitesinde Araştırma Görevlisi iken kurumsal kanaat neticesi Üniversite ile ilişkisinin kesilmesine müteakip KHK ile göreve iade edilen ve üniversiteye hazırlık aşamasında FETÖ/PDY dershanesine gitmiş olması örgütsel faaliyet olarak kabul edilerek örgüt üyesi olarak cezalandırılmasına karar verilmiş ise de; [B]yLock kullanımı dışındaki faaliyetlerin, tek başına veya birlikte gerçekleşmesi durumunda dahi, kişinin örgüt hiyerarşisine dahil olduğunu ispat için yeterli olmadığı gözetilerek,

sanığın eyleminin şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatı bakımından, Emniyet Genel Müdürlüğü ilgili birimlerince [B]yLock verileri üzerinde ID numarası tespit çalışmalarının sonuçlanması beklenerek sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun tespiti gerekirken, [B]yLock kullanıcısı olduğuna dair yetersiz [B]yLock sorgu tutanaklarına dayanılarak eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması ... [bozmayı gerektirmiştir.]”

102. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 3/7/2019 tarihli ve E.2018/4983, K.2019/4707 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“... ByLock tespit ve değerlendirme tutanağında yazılı kullanıcı adı, şifre ve yazışma içeriklerine göre ByLock programını sanığın eşi [Z.A.nın] kullandığının anlaşılması karşısında, sanığın eşi [Z.A.] hakkında dava bulunup bulunmadığı araştırılıp derdest ise birleştirilmesi, kesinleşmiş ise Yargıtay denetimine elverişli şekilde dosyanın aslı veya onaylı suretinin getirtilip incelenmesi, sanık veya eşi adına kayıtlı diğer hatlarda ByLock kaydı bulunup bulunmadığı ilgili birimlerden sorularak varsa tespit ve değerlendirme tutanaklarının temin edilmesinden sonra tüm deliller birlikte değerlendirilmek suretiyle suç vasfının ve sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması... [bozmayı gerektirmiştir.]”

103. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 7/10/2019 tarihli ve E.2019/4284, K.2019/5832 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Sanık tarafından 46420 ID ve 24659 ID numaraları ile ByLock kullanıldığının dosya içerisine alınan Tespit ve Değerlendirme Tutanakları ile sabit olduğu, ancak ByLock tespit edilen ve sanık tarafından kullanıldığı sabit olmayan, sanığın yengesi adına kayıtlı 505 485 .. 85 numaralı hattın kim tarafından kullanıldığı hakkında gerekli araştırma yapılmadan bu hat üzerinden de sanık tarafından ByLock kullanıldığının kabulüne yer verilmesi... [bozmayı gerektirmiştir.]”

104. Kişilerin ByLock kullanımlarının hukuki bir kesinlik içinde ortaya konulabilmesi için Yargıtay Ceza Genel Kurulunun, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin ve Bölge Adliye Mahkemelerinin kararlarında -somut olayın özelliğine göre- yapılması gerekli görülen araştırma ve inceleme işlemlerine ilişkin kararlar aşağıdaki şekilde sınıflandırılabilir:

a. Sanığın ByLock Kullanıcısı Olduğunun Teknik veya Bilirkişi Raporlarıyla Tespit Edilmesi Gerektiğine Dair Kararlar/Bozmalar

i. Teknik verilerle desteklenmedikçe sanığın ByLock kullanıcı olduğuna dair beyanlarla yetinilmeyerek bu husustaki teknik raporların ilgili makamlardan getirilerek gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılması (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 3/7/2019 tarihli ve E.2018/4983, K.2019/4707 sayılı kararı ile Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 10/1/2019 tarihli ve E.2018/252, K.2019/45 ve Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesinin 25/2/2020 tarihli ve E.2019/510, K.2020/314 sayılı kararları),

ii. Savunmanın niteliğine ve dosyadaki delil durumuna göre ByLock sorgu sonucu raporlarının ve CGNAT kayıtlarının ByLock kullanımı açısından yeterli görülmemesi (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 6/2/2019 tarihli ve E.2018/5974, K.2019/575 sayılı ve 29/4/2019 tarihli ve E.2019/98, K.2019/3057 sayılı kararları ile Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 4/1/2019 tarihli ve E.2018/235, K.2019/27 sayılı kararı),

iii. İlgili birimlerden ayrıntılı ByLock tespit ve değerlendirme tutanağının getirilerek duruşmada sanık ve müdafisine okunup diyeceklerinin sorulması (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 22/1/2019 tarihli ve E.2018/5710, K.2019/331 sayılı kararı ile Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesinin 17/1/2020 tarihli ve E.2019/269, K.2020/139 sayılı kararı) gerekmektedir.

b. ByLock Sunucusuna Ait IP Numaralarına Bağlandığı Tespit Edilen Hattın Gerçekte Kim veya Kimler Tarafından Kullanıldığının Tespiti İçin Yapılan Bozmalar

i. Savunmada ileri sürülen iddialar çerçevesinde ilgili GSM hatlarının ByLock kullanıldığı tespit edilen tarihlerde sanık adına kayıtlı olup olmadığının ve aktif hâlde bulunup bulunmadığının tespiti (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 6/2/2019 tarihli ve E.2018/5974, K.2019/575 sayılı kararı),

ii. ByLock sunucularına ait IP adreslerine bağlandığı tespit edilen GSM ve ADSL hatlarının veya bu hatlara tanımlanan internet hizmetinin bu hatların aboneleri dışındaki kişilere kullandırıldığına ya da başkalarıyla ortak kullanıldığına iddia edildiği hâllerde bu kişilere ilişkin araştırma -ve gerektiğinde soruşturma- yapılması, bunların tanık olarak dinlenmesi ve -varsa- bunlar hakkında görülen davalara ilişkin dosyaların getirilerek incelenmesi (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 14/2/2019 tarihli ve E.2018/5481, K.2019/891; 5/11/2019 tarihli ve E.2019/3621, K.2019/6616; 7/10/2019 tarihli ve E.2019/4284, K.2019/5832; 3/7/2019 tarihli ve E.2018/4983, K.2019/4707 sayılı kararları ile Adana Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 13/12/2018 tarihli ve E.2018/1874, K.2018/2147; Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesinin 31/1/2019 tarihli ve E.2018/3588, K. 2019/71; Van Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 11/12/2019 tarihli ve E.2019/155, K.2019/136; Adana Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin 22/1/2020 tarihli ve E.2019/1412, K. 2020/51 ve Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesinin 20/2/2020 tarihli ve E.2019/471, K.2020/302 sayılı kararları),

iii. İnternet bağlantısı için gerekli olan şifre bilgilerinin haksız şekilde ele geçirildiğine dair savunmalar karşısında bu iddialarla ilgili olarak -gerekiirse ByLock sunucu hedef IP'lerine bağlandığı tespit edilen IP adresine ait ADSL ya da GSM numarasına ilişkin CGNAT sorgu kayıtları ve varsa GSM numarasının HTS kayıtları ile KOM'un güncel ByLock sorgu sonuçlarına dair raporunun getirilmesi gibi- yeterli düzeyde araştırma yapılması (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 13/5/2019 tarihli ve E.2018/6860, K.2019/3369 sayılı kararı),

iv. ByLock programı kullanılan cihaz bilgileri ile dosya içeriğinde yer alan belgelerin karşılaştırılması, söz konusu cihaza ait IMEI numarasının kopyalanmış olup olmadığının belirlenmesi ve gerekli görülmesi hâlinde bu hususta bilirkişi raporu alınması (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 24/9/2019 tarihli ve E.2019/3252, K.2019/5524 sayılı ve Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesinin 11/10/2017 tarihli ve E.2017/1258, K.2017/1232 sayılı kararları) gerekmektedir.

c. Sanığın İradesi Dışında ByLock'a Bağlanıp Bağlanmadığının Tespiti İçin Yapılan Bozmalar:

i. *Morbeyin* uygulamaları nedeniyle iradeleri dışında ByLock sunucusuna bağlandığı tespit edilenlerin hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 18/10/2018 tarihli ve E.2017/4314, K.2018/3545 sayılı kararı),

ii. Sanığın ByLock sunucusuna iradesi dışında bağlantı yapmış olabileceğine dair iddiasının araştırılması (birçok karar arasından bkz. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 6/5/2019 tarihli ve E.2018/2857, K.2019/3190 sayılı kararı) gerekmektedir.

d. Diğer İddialara İlişkin Kararlar/Bozmalar:

i. Sanık hakkında ByLock user-ID numarası eşleştirmesi yapılmış olsa dahi söz konusu user-ID numarası üzerinden ByLock programını sanığın dışında bir kişinin kullandığı hususunda bir iddianın bulunması ya da bu hususta şüphe oluşması durumunda sanıkla eşleştirilen user-ID numarasının gerçekte kim tarafından kullanıldığının tespiti için ByLock CGNAT kayıtları ile IMEI numarası baz bilgilerini içeren HTS kayıtlarının BTK'dan temin edilmesi, söz konusu kayıtlarla ByLock sorgu sonucu belgesinde ve ByLock tespit ve değerlendirme tutanağında yer alan tüm verilerin birlikte değerlendirilmesi (bu konuda bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27/6/2019 tarihli ve E.2018/16-418, K.2019/513 ve Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 12/12/2019 tarihli ve E.2019/6556, K.2019/7769 sayılı kararları),

ii. ByLock tespit ve değerlendirme tutanağında belirtilen user-ID'nin kullanıcısının eklediği ya da bu user-ID numarasını ekledikleri tespit edilmiş olan kişiler ile mesaj/e-posta alıp gönderen, sesli görüşme yapan diğer user-ID numaralarını kullanan kişiler hakkında bir soruşturma veya kovuşturma bulunup bulunmadığı tespit edilerek haklarındaki dosyaların getirtilerek incelenmesi, -gerekli görülmesi hâlinde de- bu kişilerin tanık olarak dinlenilmesi (birçok karar arasından bkz.17/1/2019 tarihli ve E.2018/1681, K.2019/227 ve Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2/7/2019 tarihli ve E.2019/368, K.2019/4877 sayılı kararları) gerekmektedir.

B. Uluslararası Hukuk

1. Sözleşme Hükümleri

105. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan ... bir mahkeme tarafından davasının ... hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

106. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 6. maddesi hakkaniyete uygun bir yargılama yapılmasını güvence altına almakla birlikte delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin herhangi bir kural koymamakta olup bu husus ulusal kanun koyucuların takdirindedir (*Jalloh/Almanya* [BD], B. No: 54810/00, 11/07/2006, § 94).

107. AİHM, bariz bir şekilde keyfi olmadıkça belirli bir kanıt türünün -iç hukuk açısından hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıtlar da dâhil olmak üzere- kabul edilebilir olup olmadığına veya aslında başvuruçunun suçlu olup olmadığına karar vermenin kendi görevi olmadığını kararlarında ifade etmektedir. AİHM, kanıtların elde edilme yöntemi de dâhil olmak üzere yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını ve Sözleşme'deki bir hakkın ihlali söz konusu ise tespit edilen ihlalin niteliğini inceleme konusu yapmaktadır (*Jalloh/Almanya*, § 95; *Ramanauskas/Litvanya* [BD], B. No: 74420/01, 5/2/2008, § 52; *Khodorkovskiy ve Lebedev/Rusya*, B. No: 11082/06, 13772/05, 25/7/2013, § 699).

108. Bir delilin kabul edilebilir olup olmadığını veya başvuruçunun gerçekten suçlu olup olmadığını belirlemenin görevi olmadığını vurgulayan AİHM; bu konuda çözümlenmesi gereken sorunun -delilin elde edilmiş şekli de dâhil olmak üzere- yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının tespit edilmesi olduğunu ifade etmektedir. AİHM'e göre bu hususta yapılacak değerlendirme, söz konusu *hukuka aykırılığın* ve Sözleşme'deki başka bir hakkın ihlali durumunda tespit edilen ihlalin niteliğinin incelenmesini de kapsayacaktır. Yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı değerlendirilirken savunma haklarına saygı

Adil Yargılanma Hakkı

gösterilip gösterilmediğine de bakılmalıdır. Özellikle başvurucuya delillerin özgünlüğüne itiraz etme ve kullanımına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediği değerlendirilmelidir. Buna ek olarak elde edildiği koşulların delilin doğruluğu ve güvenilirliği üzerinde şüphe oluşturup oluşturmadığı hususu da dikkate alınmalıdır. Bir delilin başka delillerle desteklenmemesi tek başına yargılamanın hakkaniyetini zedelemese de delilin güçlü olmasına ve güvenilirliği konusunda riskin bulunmamasına bağlı olarak destekleyici delil ihtiyacı da zayıflar (*Bykov/Rusya* [BD], B. No: 4378/02, 10/3/2009, §§ 89, 90; *Ilgar Mammadov/Azərbaycan (No.2)*, B. No: 919/15, 16/11/2017, §§ 208, 209).

109. AİHM'e göre yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığı değerlendirilirken dava konusu suçun cezalandırılması ile amaçlanan kamu yararının ağırlığı da dikkate alınabilir ve gözetilen kamu yararı, kişinin aleyhindeki delillerin hukuka uygun olarak toplanmasını gerektiren kişisel yarar karşısında üstün gelebilir (*Jalloh/Almanya*, § 97). Özellikle de tespit edilen Sözleşme ihlalinin mahiyetine yönelik yapılan incelemeye ilişkin olarak AİHM, birçok davada gizli dinleme araçlarının kullanımının Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açtığını zira bu şekilde yapılan müdahalenin *kanuna uygun olmadığını* belirtmiştir. Ancak bu şekilde elde edilen bilgilerin delil olarak kabul edilmesi -belirli bir davanın kendisine özgü koşullarında- Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile güvence altına alınan adil yargılanma ilkesi gereklerine aykırılık teşkil etmemiştir (*Khan/Birleşik Krallık*, B. No: 35394/97, 12/5/2000, §§ 29-35; *Bykov/Rusya*, §§ 94-105).

110. AİHM'e göre iç hukukta yeterli hukuki temeli bulunmadan veya hukuka aykırı vasıtalar kullanılarak elde edilmiş materyallerin yargılamada kanıt olarak kullanılması kural olarak -başvurucuya gerekli usule ilişkin güvencelerin sağlanmış olması ve materyalin baskı, zorlama ve tuzak gibi yargılamayı lekeleyebilecek yöntemlerle elde edilmemiş olması şartıyla- Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil yargılanma standartlarına aykırılık oluşturmaz (*Chalkley/Birleşik Krallık* (k.k.), B. No: 63831/00, 26/9/2002).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

111. Mahkemenin 4/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

112. Başvurucu, ByLock verilerinin hukuka aykırı şekilde elde edildiğini ve hakkında verilen mahkûmiyet kararına esaslı dayanak teşkil ettiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

113. Bakanlık görüşünde, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin (E.2015/3, K.2017/3; 27/1443, K.2017/4758 sayılı) ve Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (E.2017/16.MD-956, K.2017/370 sayılı) kararları ile Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararındaki ByLock iletişim sistemine dair inceleme ve tespitlerin bulunduğu kısımlara yer verilmiştir. Görüş yazısında ayrıca başvurucu hakkında FETÖ/PDY'ye üye olma suçundan yürütülen soruşturma kapsamında başvurucunun kullandığını beyan ettiği GSM hattına ilişkin olarak ByLock sorgulamasında tespit edilen telefonlarda ByLock'un kurulu olduğunun ve kullanıldığının ortaya çıktığı, yargılama boyunca avukat ile temsil edilen başvurucuya, aleyhine olan delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verildiği belirtilmiştir. Bakanlık; bizzat kendisinin kullandığını beyan ettiği GSM hattı ve telefonlarda ByLock kullanıldığının tespit edilmiş olmasına dayanılarak başvurucunun mahkûmiyetine karar verildiğini, varılan sonucun adaleti ve sağduyuyu hiçe sayan tarzda açık bir keyfilik içermediğini de vurgulamıştır.

114. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında, mahkûmiyetine gerekçe yapılan ByLock verilerinin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğini, bu verilerin gerçekliğine ve güvenilirliğine ilişkin şüpheler bulunduğunu ve bu nedenle de yargılamada kullanılamayacağını, ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı ile CGNAT kayıtlarında belirtilen veriler arasında çelişkiler olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca her iki

Adil Yargılanma Hakkı

belgede ByLock sistemine bağlanıldığına dair ilk ve son online tarihlerine ilişkin verilerin birbirini tutmadığını, ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı içeriğinde yer alan ID'ye ait mesaj, e-posta, arama-aranma kayıtlarına dair tarih ve saat bilgilerinin CGNAT kayıtlarıyla uyumlu olmadığını ve listede olmayan ID'lerle arama kayıtları olduğuna dair tespitlere yer verildiğini iddia etmiştir. Başvurucu son olarak ByLock sunucusuna bağlandığı belirtilen IP'lerden birinin o tarihte sunucuya tahsis edilmediğini, ayrıca NAT teknolojisi gereği sürekli aynı dinamik IP'nin kullanılmasının mümkün olmadığını ancak kendisinin uzun süre aynı IP ile bağlandığı tespitinde bulunulduğunu, bu nedenlerle ByLock kullandığına ilişkin tespitlerin gerçeği yansıtmadığını ifade etmiştir.

2. Değerlendirme

115. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

116. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Bu bağlamda başvuru iddiaları, adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma güvencesi yönünden incelenmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

117. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

118. Ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak bu amacın gerçekleştirilmesi için yapılan araştırma faaliyetleri

sınırsız değildir. Maddi gerçeğin hukuka uygun bir şekilde ortaya çıkarılması, ceza adaletinin hakkaniyete uygun olarak gerçekleşmesi için gereklidir. Bu bakımdan ceza yargılamasında hukuka uygun yöntemlerle delil elde edilmesi, hukuk devletinin temel ilkelerinden sayılmaktadır. Bu kapsamda Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında da kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır (*Orhan Kılıç* [GK], B. No: 2014/4704, 1/2/2018, § 42).

119. Anayasa'nın 36. maddesine "...ile adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında hakkaniyete uygun yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca değerlendirme yaptığı birçok kararında, kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasıyla ilgili olarak ileri sürülen iddiaları adil yargılanma hakkının güvencelerinden olan hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelemektedir. Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında bu konuda yapılan değerlendirmelerde Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrası da dikkate alınmaktadır (*Orhan Kılıç*, § 43).

120. Ancak bireysel başvuruya konu davadaki eylemlerin kanıtlanması, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması, delillerin kabul edilebilirliği ve değerlendirilmesi ile uyumsuzluğa Yargıtay ve derece mahkemeleri tarafından getirilen çözümün esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesinde değerlendirmeye tabi tutulamaz. Dolayısıyla somut başvuruyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin rolü, Yargıtay ve derece mahkemelerince yapılan değerlendirmelerin ve varılan sonuçların hukuka uygunluğunu denetlemek değildir. Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilmek istenen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi esasen derece mahkemelerine aittir (*Orhan Kılıç*, § 44).

121. Bununla birlikte kanuni bir temeli olmadan elde edildiği veya elde edilmiş yöntemi bakımından hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen

Adil Yargılanma Hakkı

ya da derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılmasının hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bakımından sorun oluşturabileceği dikkate alınmalıdır. Ceza muhakemesinde delillerin elde edilmiş şekli ve mahkûmiyete dayanak alınma düzeyleri, yargılamanın bütününe hakkaniyete aykırı hâle getirebilir (*Orhan Kılıç*, § 45).

122. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesinin görevi, belirli delil unsurlarının hukuka uygun şekilde elde edilip edilmediğini tespit etmek değil hukuka aykırı olduğu ilk bakışta anlaşılabilen ya da derece mahkemelerince hukuka aykırı olduğu tespit edilen delillerin yargılamada tek veya belirleyici delil olarak kullanılıp kullanılmadığını ve bu *hukuka aykırılığın* bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmamasına etkisini incelemektir (benzer yöndeki bir karar için bkz. *Yaşar Yılmaz*, B. No: 2013/6183, 19/11/2014, § 46).

123. Bu konuda değerlendirme yapılırken delillerin elde edildiği koşulların onların gerçekliği ve güvenilirliği üzerinde şüphe doğurup doğurmadığının da dikkate alınması gerekir (*Güllüzar Erman*, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 61). Hakkaniyete uygun bir yargılama, delillerin gerçekliği ve güvenilirliği konusundaki kuşkuvarın giderilmesini, delillerin güvenilirliğine ve gerçekliğine etkili bir şekilde itiraz etme fırsatının tanınmış olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi de delillere yönelik hukuka aykırılık iddialarıyla ilgili olarak başvuruculara delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma fırsatı verilip verilmediğini, bu konuda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin gözetilip gözetilmediğini, savunmanın menfaatlerinin korunması için onlara yeterli güvenceler sağlanıp sağlanmadığını incelemektedir (*Orhan Kılıç*, §§ 47, 48).

124. Yukarıda belirtilen anayasal gereklilikler, ilgili usul kanunlarında da kurala bağlanmıştır. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 217. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*" denilmiştir. Aynı Kanun'un 206. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, ortaya konulması istenen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağı, 230. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde hükme

esas alınan ve reddedilen delillerin belirtileceği, bu kapsamda dosya içinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterileceği belirtilmiştir (*Orhan Kılıç*, § 50).

125. Bireysel başvuru incelemelerinde ölçü norm Anayasa olup kanuna uygunluk denetimi yapılmamaktadır. Kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin kabul edilmesinin yargılamanın hakkaniyetini zedeleyip zedelediğinin Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerinin sağladığı güvenceler açısından değerlendirilmesinde -yargılamanın bütünlüğü içinde- somut davanın kendine özgü koşulları dikkate alınmalıdır (*Orhan Kılıç*, § 51).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

(1) Bylock Sunucusundan Elde Edilen Veriler Yönünden

126. Başvurucu; ByLock verilerinin istihbari yöntemlerle ve hukuka aykırı olarak elde edildiğini, bu sebeple mahkûmiyete gerekçe yapılamayacağını iddia etmektedir. Dolayısıyla ilk olarak ByLock uygulamasının niteliğinin ve bu uygulamanın varlığının soruşturma mercilerince nasıl tespit edildiğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

127. FETÖ/PDY'nin kamu kurum ve kuruluşlarındaki örgütlenmesinin, bunun yanı sıra başta eğitim ve din olmak üzere farklı sosyal, kültürel ve ekonomik alanlardaki faaliyetlerinin millî güvenlik üzerinde tehdit oluşturduğunun soruşturma mercileri ve devletin güvenlik birimlerince kabul edilmeye başlandığı süreçte MİT de kendi görev alanı çerçevesinde bu yapılanmanın faaliyetleriyle ilgili çalışmalarda bulunmuştur. Nitekim 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde MİT'in Türkiye Cumhuriyeti'nin bütünlüğüne, varlığına, bağımsızlığına, güvenliğine, anayasal düzenine ve millî gücünü meydana getiren bütün unsurlarına karşı içten ve dıştan yöneltilen mevcut ve muhtemel faaliyetler hakkındaki millî güvenlik istihbaratını devlet çapında oluşturmak ve bu istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir (bkz. § 83).

128. MİT tarafından yapılan çalışmalar kapsamında FETÖ/PDY mensuplarının örgütsel haberleşmelerinin sağlanması amacıyla

Adil Yargılanma Hakkı

geliştirildiği anlaşılan, ana sunucusu yurt dışında bulunan ByLock adlı bir mobil uygulama ve bu uygulamanın iletişim kurduğu sunucular olduğu tespit edilmiş; bunlar ayrıntılı teknik çalışmalara tabi tutulmuştur. Kendi görev alanı kapsamında MİT tarafından bu uygulamayla ilgili olarak yapılan çalışmalar adli soruşturma işlemi niteliğinde değildir. Zira 2937 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde MİT'in terörle mücadele konularında da her türlü teknik istihbarat usul, araç ve sistemlerini kullanmak suretiyle bilgi, belge, haber ve veri toplama, kaydetme, analiz etme, üretilen istihbaratı gerekli kuruluşlara ulaştırma görev ve yetkisine sahip olduğu düzenlenmiştir (bkz. § 83).

129. Aynı Kanun'un 6. maddesinde; MİT'in bu görevlerini yerine getirirken gizli çalışma usul, prensip ve tekniklerini kullanabileceği, telekomünikasyon kanallarından geçen dış istihbarat, millî savunma, terörizm ve uluslararası suçlar ile siber güvenlikle ilgili verileri toplayabileceği de hüküm altına alınmıştır (bkz. § 84). Dolayısıyla anılan Kanun'un ülkenin anayasal düzeninin korunması ve millî güvenliğin sağlanması amacı ile terör faaliyetlerinin eyleme dönüşmeden belirlenebilmesi için MİT'e ilgili kişi ve gruplar hakkında teknik yöntemlerle bilgi ve veri toplama, topladığı bu bilgileri analiz etme yetkisi verdiği görülmektedir.

130. Esasen demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla terör örgütleri gibi son derece karmaşık yapılarla etkin bir şekilde mücadele edilmesi ve bu tür örgütleri gizli yöntemlerle takip etmek amacıyla istihbarat organlarına ve onların yöntemlerine ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır. Dolayısıyla terör örgütlerinin çökertilmesi amacıyla gizlilik taşıyan istihbarat yöntemleri kullanılarak bu örgütlerle ilgili bilgilerin toplanması ve analiz edilmesi demokratik toplumlardaki önemli bir ihtiyaca karşılık gelmektedir. Zira istihbarat birimlerinin elde ettikleri bu bilgiler vasıtasıyla demokratik anayasal düzene yönelik tehditlerin tespit edilmesi ve bunlara karşı önlemler alınması söz konusu olabilir. Bu bağlamda MİT'e 2937 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri uyarınca yurt dışında bulunan bilgisayar verilerini satın alma da dâhil olmak üzere terörle mücadele konusunda telekomünikasyon kanallarından terör suçlarıyla ilgili geçen bilgi, belge

ve diğer tüm verileri her türlü teknik istihbarat yöntemlerini kullanmak suretiyle toplama, analiz etme ve bunları gerekli kuruluşlara ulaştırma yetkisi verilmiştir.

131. FETÖ/PDY'nin örgütlenmesi ve faaliyetleri öteden beri toplumda tartışma konusu olmakla birlikte özellikle 2013 yılı sonrasında soruşturma mercileri ve devletin güvenlik birimleri bu yapılanmanın millî güvenlik üzerinde tehdit oluşturduğunu değerlendirmeye başlamışlardır (bkz. §§ 12, 13). Bu bağlamda bilhassa 17-25 Aralık soruşturmaları ve MİT turlarının durdurulması, bu yapılanmanın faaliyetlerinin Hükümeti devirmeyi amaçladığı yönünde soruşturma mercileri ve yargı organlarınca yapılan değerlendirmelerin temel dayanakları arasındadır (bkz. §§ 15, 16). Yine bu yapılanmayla bağlantılı olduğu değerlendirilen yargı mensupları eliyle açılan/yürütülen birçok davanın da örgütün başta TSK olmak üzere kamu kurumlarında ve sivil toplumun farklı alanlarında etkinliğini sağlama veya artırma gayesine yönelik olduğu çok sayıda soruşturma/kovuşturma belgesinde ifade edilmiştir (bkz. § 14). Bu süreçte kamu makamları da bir taraftan FETÖ/PDY'nin illegal yönünü ortaya koyan karar ve uygulamalarda bulunmuş, diğer taraftan yapılanmaya karşı bazı tedbirlere başvurmuştur (bkz. §§ 18, 19).

132. Devletin istihbarat organlarının FETÖ/PDY'nin ulusal güvenlik üzerinde oluşturduğu tehdidin *yaklaşan* bir tehlikeye dönüşmekte olduğunu değerlendirerek bu konuda istihbarat çalışmalarında bulunmuş olmasının hukukiliğinin veya yerindeliliğinin takdiri Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığı gibi eldeki bireysel başvurunun inceleme konusu da değildir. İlgili makamlardan gerekli önleyici tedbirleri almaları için terör tehdidinin fiilen gerçekleşmesini beklemeleri istenemez. Karmaşık yapısı ve uluslararası niteliğinin FETÖ/PDY ile ilgili olarak -darbe teşebbüsü öncesinde- istihbarat anlamında bazı çalışmalar yapılmasını zorunlu kıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim 15 Temmuz darbe teşebbüsü millî güvenlik üzerinde FETÖ/PDY'den kaynaklanan tehdidin ne denli büyük olduğunu ve bunun -öncesinde alınan birtakım tedbirlere rağmen- ulusun varlığını ve bütünlüğünü yok etmeye yönelik nasıl ağır bir tehlikeye dönüştüğünü göstermiştir (ayrıntılı açıklama ve değerlendirmeler için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 12-25; 212-221).

Adil Yargılanma Hakkı

133. MİT 2937 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddeleri kapsamındaki görevlerini yerine getirirken rastladığı FETÖ/PDY'ye ilişkin bir veriyi adli makamlara/soruşturma mercilerine (Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına) iletmiştir. Kendi görev alanındaki bir konuyla (terörle mücadele) bağlantılı ve bir yasal temele dayalı olarak öğrenilen somut bir verinin yetkili adli makamlara bildirilmesinden ibaret olan bu eylemin bir istihbarat organı olan MİT tarafından *adli kolluk faaliyeti yürütüldüğü* şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Bu bağlamda MİT'in delil toplama amacına yönelik bir çalışmanın sonucunda değil FETÖ/PDY'nin millî güvenlik üzerinde tehlike oluşturduğunun başta MGK olmak üzere kamu makamları tarafından değerlendirildiği bir dönemde bu yapılanmanın faaliyetlerinin tespiti için yürüttüğü istihbari çalışmalarda söz konusu dijital materyallere rastladığı anlaşılmaktadır.

134. Bununla birlikte Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına soyut ve genel nitelikte olan, duyuma dayalı istihbari bilgilerin değil FETÖ/PDY'nin üye ve yöneticilerinin gizli iletişim aracı olduğu değerlendirilen bir uygulamaya ilişkin dijital verilerin teslim edildiği gözardı edilmemelidir. MİT'in görevi kapsamındaki bir çalışması esnasında rast geldiği dijital materyalleri, içeriğinde suça konu olguların bulunup bulunmadığının incelenmesi -bu bağlamda maddi gerçeğe ulaşılması için ilgili adli makamlara/soruşturma mercilerine iletmesi -sadece teslim eden kurumun niteliğinden dolayı- o verileri hukuka aykırı kılmaz.

135. Adli makamların kendisine teslim edilen verileri test etme; dijital materyallerle ilgili olarak onların gerçekliği veya güvenilirliğine ilişkin gerekli araştırma, inceleme ve değerlendirmede bulunma yetkisi her zaman bulunmaktadır. Nitekim adli makamlar söz konusu veriler kendilerine teslim edildikten sonra -dijital verilerde arama ve inceleme yapılmasına dair- ilgili usul kanununda yer alan kurallar çerçevesinde ve gerekli olan koruma tedbirine yönelik görevli hâkimlikler tarafından verilen kararlar doğrultusunda yetkili kolluk birimleri marifetiyle veriler üzerinde inceleme ve araştırmalar yaparak soruşturma işlemlerini yürütmüş; bu çerçevede ilgili diğer kurum ve kuruluşlardan da gerekli görülen bilgi, belge ve deliller temin edilmiştir. Ayrıca savunma tarafı da -adil yargılanma hakkı kapsamındaki silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri doğrultusunda- bu dijital materyallerin gerçekliğine

veya doğruluğuna itiraz etme ve bunların kullanılmasına karşı çıkma imkânına her zaman sahiptir.

136. Sonuç olarak anayasal düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan bir terör örgütüyle ilgili istihbarat çalışmaları sırasında rastlanan ByLock uygulamasına ilişkin verilerin bu örgütle ilgili olarak yürütülen soruşturmalar/yargılamalarda maddi gerçeğe ulaşılmasına katkı sunması amacıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmesinde ilk bakışta göze çarpan bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Öte yandan bu süreç yönünden bir hukuka aykırılığın mevcut olduğu yönünde Yargıtay ve derece mahkemelerince yapılmış bir tespit de söz konusu değildir. Aksine Yargıtay Ceza Genel Kurulu birçok kararında ByLock'un -bir delil olarak elde edilmiş yönteminin hukuka uygun olduğuna dair değerlendirmelerde bulunmuştur (anılan kararlardan biri için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 20/12/2018 tarihli ve E.2018/16-419, K.2018/661 sayılı kararı). Dolayısıyla MİT'in yasal yetkileri çerçevesinde elde ettiği/rastgeldiği ByLock iletişim sistemine ilişkin dijital materyallerin ve bu materyallerle ilgili olarak düzenlenen teknik raporun Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına ulaştırılması bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren bir uygulama olarak değerlendirilemez.

(2) ByLock Verilerinin Adli Makamlara Ulaştırılmasından Sonraki Süreç Yönünden

137. FETÖ/PDY'ye üye olma suçunu işlediği iddiasıyla başvuru hakkında kamu davası açılmıştır. KOM Daire Başkanlığınca Mahkemeye sunulan 30/6/2017 tarihli "*Yeni ByLock CBS Sorgu Sonucu*" başlıklı raporda, başvuru kişinin kendi adına kayıtlı GSM hattı üzerinden IMEI numaraları tespit edilen dört ayrı cep telefonu vasıtasıyla ve ilki 13/8/2014 tarihinde olmak üzere birçok kez ByLock programını kullandığı belirtilmiştir. Başvuru, Mahkemenin 8/11/2017 tarihli kararıyla terör örgütüne üye olma suçundan mahkûm edilmiştir. Mahkûmiyet gerekçesinde, başvuru hakkında EGM-KOM tarafından düzenlenen ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı ile başvuru kişinin kullanımındaki GSM hattına dair CGNAT verilerinin birbiriyle uyumlu olduğuna ve başvuru kişinin FETÖ/PDY mensuplarının kullanımına sunulan ByLock iletişim programını "*serhat1299*" kullanıcı adıyla kullanmasına

Adil Yargılanma Hakkı

dayanılmıştır. Kararda başvuruçunun kullandığı belirtilen ByLock programına ilişkin olarak yapılan değerlendirmede bu programın FETÖ/PDY'nin haberleşme ağı olduğu ve bu yapılanma tarafından geliştirilip kullanıldığı, programın özellikleri itibarıyla bunu kullananların örgütle bağlantısının bulunduğu ifade edilmiştir.

138. Buna göre mahkûmiyetin belirleyici delili başvuruçunun ByLock programını kullandığının tespit edilmesidir. Başvuruçucu, ByLock verilerinin hukuka aykırı olduğunu hiçbir surette mahkûmiyete gerekçe yapılamayacağını iddia etmektedir. Dolayısıyla ByLock programına ilişkin verilerin adli makamlara ulaştırılmasından sonraki süreç yönünden de bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

139. ByLock sunucusuna ilişkin dijital materyallerin ve bu materyallere ilişkin olarak düzenlenen teknik raporun Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına iletilmesi üzerine bu aşamadan itibaren soruşturma işlemleri 5271 sayılı Kanun'a göre yürütülmüştür. Bu kapsamda söz konusu dijital materyaller üzerinde 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesine göre inceleme, kopyalama ve çözümleme işlemi yapılması için Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliğinden talepte bulunulmuştur. Anılan talep üzerine Ankara 4. Sulh Ceza Hâkimliği *"dijital materyaller üzerinde inceleme yapılması, kopya çıkarılması ve kopya üzerinde bilirkişi incelemesi yapıl[masına]"* karar vermiştir.

140. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 tarihli ve E.2017/16. MD-956, K.2017/370 sayılı kararında da ByLock iletişim sistemindeki veri tespitlerinin 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi kapsamında kaldığı vurgulanmıştır. Anılan karara göre internet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar bilgisayar kütüğünde kayıt altına alındığından bu iletişim kayıtları hakkında 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri uygulanabilir. Yargıtaya göre 5271 sayılı Kanun'un 134. maddesindeki *"bilgisayar kütükleri"* ifadesi teknik anlamda sadece masaüstü ve dizüstü bilgisayarlarda bulunanları değil CD, DVD, flash disk, disket, hard disk vs. tüm çıkarılabilir bellekler, telefon vb. dijital tabanlı mobil cihazlar da dâhil olmak üzere herhangi bir bilgi işlem veya veri toplama araç ya da gerecinde bulunabilecek tüm dijital dosyaları kapsamaktadır. Uygulanan

koruma tedbiri açısından Yargıtay ve derece mahkemelerince yapılan tespit ve değerlendirmelerin bariz takdir hatası ve açık bir keyfîlik içermediği görülmüştür.

141. Adli makamlar, teslim edilen dijital materyallerin gerçekliği veya güvenilirliği ile ilgili olarak gerekli araştırma, inceleme ve değerlendirmelerde bulunmuştur. Adli makamlara teslim edilen bu veriler teknik birimlerce incelenmiş ve anlamlandırılmıştır. Savunma tarafı da -silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun şekilde- başvurucunun ByLock kullanıcısı olduğu yönündeki delillerin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmalarına karşı çıkma imkânı da elde etmiştir.

142. Sonuç olarak somut olayda ByLock verilerinin kanuni bir temele dayanmadan veya hukuka aykırı şekilde elde edildiğine yönelik iddialar açısından bir ihlal bulunmamaktadır.

143. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

B. ByLock'un Mahkûmiyet Kararında Tek veya Belirleyici Delil Olarak Kullanılmayacağı İddiası

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

144. Başvurucu; hakkında verilen mahkûmiyet kararında ByLock verilerinin tek veya belirleyici delil olarak kullanılmasının hukuka aykırı olduğunu, ByLock tespitine dair düzenlenen belgelerin çelişkili, tutarsız ve muğlak olduğunu, buna rağmen söz konusu verilerin mahkemeler tarafından aleyhinde delil olarak kabul edildiğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

145. Bakanlık görüşünde; Mahkemenin gerekçeli kararında delil olarak sıraladığı bilgi ve belgelere vurgu yapılmış, başvuru ve müdafinin söz konusu verilere karşı iddia ve itirazlarını dile getirme fırsatı elde ettiği belirtilmiş ve ayrıca delillerin değerlendirilmesinin derece mahkemelerinin yetkisinde olduğu ifade edilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

146. Başvurucu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında, başvuru formu ve ekindeki dilekçelerinde belirttiği hususları tekrar etmiştir.

2. Değerlendirme

147. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara* ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyumsuzlukla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir (konuya ilişkin birçok karar arasından bkz. *Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013).

148. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa'daki güvencelere etkisini nihai olarak değerlendirecek merci Anayasa Mahkemesidir. Bu itibarla Anayasa'da öngörülen güvenceler dikkate alınarak bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir inceleme "*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi*" olarak nitelendirilemez (*Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 53).

149. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi çok istisnai durumlarda temel hak ve özgürlüklerden biri ile doğrudan ilgili olmayan bir şikâyeti kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin yasak kapsamına girmeden inceleyebilir. Açık keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsıldığı ve adil yargılama hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerin anlamsız hâle geldiği çok istisnai hâllerde, aslında yargılamanın sonucuna ilişkin olan bu durumun bizatihi kendisi usule ilişkin bir güvenceye dönüşmüş olur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirip getirmediğini ve açık keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsılıp sarsılmadığını incelemesi yargılamanın sonucunu değerlendirdiği anlamına gelmez. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin delillerle

ilgili değerlendirmelerine ancak açıkça keyfi ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren bir uygulama varsa müdahale edebilecektir.

150. Somut olayda başvuru, mahkûmiyet kararında ByLock verilerinin belirleyici delil olarak kullanılması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerden hangisinin ihlal edildiğini açıkça belirtmemiştir. Başvurucunun bu ihlal iddiasının adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerden biri ya da birkaçı yönünden incelenmesi de mümkün görünmemektedir. Bu durumda geriye Mahkemenin ByLock verilerini mahkûmiyet kararında tek veya belirleyici delil olarak kullanmasının adil yargılanma hakkı kapsamındaki usul güvencelerini tamamen etkisiz hâle getiren ve açıkça keyfi bir uygulama olup olmadığının değerlendirilmesi kalmaktadır. Bunun için öncelikle ByLock verilerinin delil olarak kullanılması ile ilgili sürecin ne şekilde geliştiğinin ve daha sonra Mahkemenin buna ilişkin değerlendirmesinin incelenmesi gerekir.

151. Soruşturma birimleri adli makamlara hitaben ByLock programının gizliliğini sağlamaya dönük teknik özelliklerine, kullanım şekline, şifreleme biçimine, cihaza yüklenme yöntemine, kullanım alanlarına ve amacına yönelik olarak ayrıntılı bilgiler içeren teknik ve kronolojik raporlar düzenlemiştir. Raporlarda ByLock programının yaygın ticari mesajlaşma programlarından farklılıklarına ve örgütsel özelliklerine değinilmiştir. Örneğin yaygın ticari mesajlaşma programlarında kolay yükleme, rehberdeki kişilerin programa senkronize olması, telefon numarası ve e-posta ile kimliğin tespiti ve şifreleme hususlarına öncelik verildiği hâlde ByLock programının bunların aksine yüklemeyi, sisteme dâhil olmayı ve kişilerle iletişime geçmeyi zorlaştırdığı, kullanıcı kimliğinin kısmen veya tamamen tespitini sağlayan herhangi bir veriyi kayıt işlemlerinin hiçbir aşamasında talep etmediği belirtilmiştir.

152. Mesajlaşma ve e-postalarda örgüt mensuplarının ifadelerinde beyan etmiş oldukları örgütsel bazı kısaltmalara ve örgüte ait literatüre yer verilmiştir. İletişim kurabilmek için her iki kullanıcının birbirini eklemesinin gerekmesi, programın örgütsel hücre tipine uygun şekilde

Adil Yargılanma Hakkı

kurgulandığının işareti olarak değerlendirilmiştir. Darbe teşebbüsü sonrasında yürütülen soruşturma ve/veya kovuşturmalara ait dosyalardaki ifadelerde, ayrıca örgüt üyelerinin gönderdikleri mesaj ve elektronik postalarda bu programın örgütsel iletişimi sağlamak üzere oluşturulan bir haberleşme aracı olduğu ve bu amaçla kullanıldığı belirtilmiştir.

153. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 tarihli ve E.2017/16. MD-956, K.2017/370 sayılı kararında soruşturma makamları tarafından tespit edilen teknik veri ve bilgiler ile FETÖ/PDY'nin örgütlenme şekli ve özellikleri birlikte dikkate alınarak ByLock'un çalışma sistematiği ve yapısı itibarıyla münhasıran FETÖ/PDY mensuplarının kullanımına sunulan bir program olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Yargıtay içtihatlarında ByLock iletişim sisteminin FETÖ/PDY mensuplarının kullanması amacıyla oluşturulan bir ağ olduğu belirtilmiş; bu nedenle de örgüt talimatı ile bu ağa dahil olduğunun ve gizliliği sağlamak için haberleşme amacıyla kullanıldığının her türlü şüpheden uzak, kesin kanaate ulaştırılacak teknik verilerle tespiti, kişinin örgütle bağlantısını gösteren bir delil olarak kabul edilmiştir (bkz. §§ 94, 97, 104).

154. Yargıtay kararlarından anlaşıldığı üzere ByLock verileri esas olarak iki kaynağa dayanmaktadır. Bunlardan ilki ByLock sunucusundan elde edilen ve MİT'in adli makamlara iletmesinden sonra teknik birimlerce hâkimlik/mahkeme kararına istinaden üzerinde inceleme yaptığı verilerdir. İkincisi ise ByLock sunucusuna ait hedef IP'lere Türkiye'den hangi IP'lerden erişildiğini gösteren CGNAT kayıtlarıdır. Bu bağlamda yargı organları ByLock kullanıcısının gerçekte kim olduğunu ve kişinin örgüt içindeki hiyerarşik konumunun ne olduğunu belirlerken bu hususta önemli bilgiler içeren ByLock sunucusu verilerinden faydalanmaktadır. Bu kapsamda ByLock sunucusunda kaydı olan kullanıcıların user-ID numaraları, kullanıcı adı ve şifre bilgilerinin, bağlantı tarihinin, bağlantıyı yapan IP adresinin, hangi tarihler arasında kaç kez bağlantı yapıldığının, haberleşmelerin kimlerle gerçekleştirildiğinin tespiti mümkün olabilmektedir.

155. Yargıtay kararlarında operatörler tarafından tutulan CGNAT (HIS) kayıtlarının ise kişilerin ByLock kullanım durumlarının kesin

olarak belirlenmesi bakımından bir çeşit üst veri olduğu, CGNAT kayıtlarının özet veri olması nedeniyle bir *iz* ve *emare* niteliğinde bulunduğu ve tek başına kişinin gerçek ByLock kullanıcısı olduğunu göstermeyeceği belirtilmiştir. Anılan kararlarda, kişilerin iradeleri dışında ByLock sunucularına yönlendirilmiş olma olasılığının da gözönünde bulundurulması gerektiği ifade edilmiştir. Kararlarda ayrıca kişinin, henüz bir *ByLock user-ID numarası ile eşleştirememekle birlikte* ByLock sunucusuna bağlantı yaptığının CGNAT kayıtlarıyla tespit edilmesi hâlinde gerçek ByLock kullanıcısı olması ihtimalinin yanında ByLock sunucularına tuzak yöntemlerle (*Morbeyin* vb.) yönlendirilmiş olma olasılığının da bulunduğu vurgulanmıştır. Yargıtay bu gibi durumlarda eksik araştırma sonucu mahkûmiyet kararı verilemeyeceğini belirtmiştir (bkz. §§ 97, 104/c).

156. Yargı kararları ile adli ve teknik raporlarda belirtildiğine göre ByLock programının indirilmesi, mesajlaşma/haberleşme için yeterli değildir. Kayıt esnasında öncelikle kullanıcının bir kullanıcı adı ile parola üretmesi gerekmektedir. Haberleşme/mesajlaşma için ise kayıt sırasında kullanıcılarca belirlenen ve kullanıcıya özel olan *kullanıcı adı/kodunun* bilinmesi ve arkadaş ekleme işleminin karşı tarafça onaylanması zorunluluğu vardır. Karşılıklı ekleme olmaksızın iletişime geçilme imkânı bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarında ByLock tespit ve değerlendirme tutanağının kişinin hukuki durumunun belirlenmesi bakımından önemli olduğu belirtilmiştir. Anılan tutanak, ByLock sunucusunda kaydı olan kullanıcının user-ID numarası, kullanıcı adı ve şifre bilgileri ile sunucuda tespit edilen log kayıtları gibi verilerin ve varsa mesaj/e-posta içeriklerinin çözümünü, bu kişinin kurduğu ya da katıldığı gruplara kayıtlı diğer kullanıcıların birbirleriyle olan ilişkisini ortaya koyan bir belgedir. Kararlarda, kişinin örgütsel gizliliği sağlama ve haberleşme amacıyla ByLock sistemine girdiğinin ve bu sistemi kullandığının kanıtlanmasında ByLock tespit ve değerlendirme tutanağı ve CGNAT kayıtlarını içeren belgelerin önem taşıdığı belirtilmektedir (bkz. §§ 97, 104/d-i).

157. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 27/6/2019 tarihli ve E.2018/16-418, K.2019/513 sayılı kararında da *user-ID'nin kişiyle eşleştirilmesine ilişkin tespite rağmen* dosyadaki diğer delillere bağlı olarak user-ID numarasının farklı bir kişiye ait olduğu yönünde bir şüphe oluşabileceğine

Adil Yargılanma Hakkı

değınilmiştir. Buna göre sanık adına kayıtlı GSM ya da ADSL aboneliğinin veya bu abonelikler üzerinden internete bağlanan cihazların bir başkası tarafından kullanıldığına, bu abonelikler üzerinden kurulan internet bağlantısı için gerekli şifre gibi bilgilerin sanık tarafından başkalarıyla paylaşıldığına ya da başkaları tarafından hukuka aykırı olarak ele geçirildiğine yönelik savunmalar söz konusu olduğunda bu konuda gerekli araştırma ve incelemelerin yapılması gerekmektedir. User-ID bilgisi içeren tutanakların sanığın aboneliğini ya da cihazını kullandığını iddia ettiği kişiyle ilgili olarak yapılacak araştırmalar sonucunda elde edilecek verilerle birlikte değerlendirilmesi gerekir. Maddi gerçeğın ortaya çıkarılabilmesi için gerekli görülmesi hâlinde KOM'un güncel ByLock sorgu sonuçlarına dair raporu ile varsa CGNAT ve HTS kayıtları da getirtilip incelenmelidir.

158. Adli ve teknik raporlar ile Yargıtay kararlarına göre, Bylock'un varlığı, örgütsel önemi ve gizliliğı ile nasıl kurulup kullanılacağı ve diğer kişilerle iletişime geçilmesi için arkadaş ekleme işleminin ne şekilde yapılacağı hususlarında başka bir örgüt mensubu tarafından kişinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Yine adli birimlerin yaptığı araştırmalara göre ByLock programında kullanım kılavuzu, sık sorulan sorular ve geri bildirim alanı gibi bölümlere yer verilmemiştir. Dolayısıyla örgütsel amaçla kullanılması için tasarlanmış bu programı örgütle irtibatlı olmayan bir kişinin -genel uygulama mağazaları ile bazı internet sitelerinde rastlayarak indirmesi durumunda bile- bir örgüt mensubunun yardımı olmaksızın kullanması ve başka kişileri arkadaş olarak ekleyip onlarla iletişim kurması imkânı bulunmamaktadır. Adli işlemlerde de programın cihaza indirilmesi değil anılan uygulamaya kayıt olunması ve örgütsel amaçla kullanılması esas alınmıştır. Nitekim adli makamların tespitlerine göre sırf ByLock'u cihazına indirdiğı gerekçesiyle kimse hakkında soruşturma başlatılmamıştır. Buna rağmen aksinin iddia edilmesi hâlinde soruşturma ve yargı organlarıncı bu hususun araştırıldığı görülmektedir (bkz.Ş 98).

159. Yapılan bu açıklamalar ışığında derece mahkemelerince ByLock'a ilişkin olarak yapılan tespit ve değerlendirmelerin olgusal temellerden yoksun olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu bağlamda derece

mahkemelerince ByLock uygulaması yönünden değerlendirme yapılırken ve bu çerçevede anılan programdaki veriler kişilerle (sanıklarla) eşleştirilirken delilden kişiye (sanığa) ulaşılması yöntemi esas alınmaktadır. Öte yandan bu değerlendirmeler tek bir verinin hükme esas alınması yoluyla değil farklı kaynaklardan elde edilen bilgi, belge, kayıt ve verilerin birbirleriyle karşılaştırılarak teyit edilmesine dayanmaktadır. Suç isnadı altındaki kimseler de ByLock kullanıcısı olduklarını gösterir delillerin gerçekliğine ve sıhhatine itiraz etme ve bunlara yönelik her türlü iddia ve taleplerini dile getirme imkânına soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin her aşamasında sahiptir. Nitekim kanun yolu denetimi yapan merciler de bu iddiaların yeterince incelenmediği durumlarda mahkûmiyet hükümlerinin bozulmasına karar vermektedir (bkz. §§ 97-104). Dolayısıyla Yargıtayın ve derece mahkemelerinin ByLock'a yönelik yaklaşımının kategorik olmadığı anlaşılmaktadır.

160. Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme ve gösterilen delilin davayla ilgili olup olmadığına karar verme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemelere aittir. Bu konuda değerlendirme yapmak Anayasa Mahkemesinin görevi değildir. Dolayısıyla bir delilin tek başına örgüt üyeliği suçunun sübutunda yeterli olup olmadığını değerlendirmek derece mahkemelerinin takdirindedir. Derece mahkemeleri sanık ile doğrudan doğruya temasta olduğu ve delilleri ilk elden inceleme fırsatı bulunduğu için bu konuda Anayasa Mahkemesine kıyasla daha elverişli konumdadır.

161. Somut olayda Mahkeme, başvurusunun kendi kullanımındaki cihazlar ve GSM aboneliği vasıtasıyla ByLock sunucusuna bağlanıp bir user-ID olarak bu sisteme dâhil olmasını ve programı örgütsel haberleşmenin gizliliğini sağlamak amacıyla kullanmasını örgütle bağlantısını gösteren bir delil olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken ByLock sunucusundan elde edilen ve teknik birimlerce tespit edilen veriler ile CGNAT kayıtlarına dayanmıştır. Yapısı, kullanım şekli ve teknik özellikleri itibarıyla sadece FETÖ/PDY mensuplarınca -örgütsel iletişimde gizliliği sağlama amacıyla- kullanılan kriptolu iletişim ağının başvuru tarafından kullanılmasının terör örgütüne üye olma suçu açısından mahkûmiyete dayanak alınması, adil

Adil Yargılanma Hakkı

yargılanma hakkı kapsamındaki usul güvencelerini tamamen etkisiz hâle getiren ve açıkça keyfî bir uygulama olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla ByLock'un mahkûmiyetinde tek veya belirleyici delil olarak kullanılmasına ilişkin iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

162. Son olarak başvuru, kendisi hakkındaki bazı ByLock verilerinde çelişkiler bulunduğunu ileri sürmüştür. Anılan iddianın değerlendirmesinde -somut başvurudan bağımsız olarak- ByLock sunucusundaki veriler ile CGNAT kayıtlarına ilişkin verilerin tamamının elde edilemediğinin dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla ByLock veri tabanından elde edilen verilerin kurtarılmaya ve çözümlenebilme oranlarına bağlı olarak kişilerle ilgili veriler arasında esaslı olmayan farklılıkların bulunması mümkündür.

163. Somut olayda teknik incelemeler sonucu 114205 user-ID numarası sanığın ByLock sunucusuna bağlanırken kullandığı IP numaralarıyla ilişkilendirilmiş, bu user-ID'ye bağlı kurtarılabilen tüm diğer verilere de ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nda yer verilmiştir. ByLock sorgu sonucuna dair raporda ve CGNAT kayıtlarında bu hattın kullanıldığı tespit edilen cihazların başvuru sahibinin kullandığını duruşma aşamasında beyan ettiği modellerdeki cep telefonları olduğu anlaşılmıştır. Mahkemenin tespitine göre ByLock Tespit ve Değerlendirme Tutanağı'nda belirtilen GSM numarası ve log kayıtları gibi veriler ile CGNAT kayıtları, başvuru sahibinin ByLock kullanımı hususunda herhangi bir şüphe oluşturmayacak şekilde birbirini doğrulamaktadır. Bu nedenle hem ByLock veri tabanında bulunan ve başvuru sahibine eşleştirilen user-ID'ye bağlı log kayıtlarıyla CGNAT kayıtları arasında hem de bu user-ID'ye bağlı farklı alt tablolarda yer alan bazı veriler arasında -verilerin tam olarak elde edilememesinden kaynaklı- esaslı olmayan farklılıkların bulunması yukarıda varılan sonucun aksi yönde bir karar verilmesine etkisi bulunmamaktadır.

164. Açıklanan gerekçelerle başvuru sahibinin bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Dijital Verilerin Mahkeme Huzuruna Getirilmediği İddiası

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

165. Başvurucu, dijital verilerin mahkeme huzuruna getirilmediğini belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

166. Bakanlık görüşünde bu iddiaya ilişkin bir açıklamaya yer verilmemiştir.

2. Değerlendirme

167. Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca herkes savunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Savunma hakkının sağladığı güvenceler, esasen adil yargılanma hakkı içinde yer almaktadır. Bununla birlikte Anayasa'nın 36. maddesine "...ile adil yargılanma" ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde, bir suç ile itham edilen herkesin savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı düzenlenmiştir (*Ufuk Rifat Çobanoğlu*, §§ 35, 37). Dolayısıyla savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı kapsamında olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

168. Savunma için *gerekli kolaylık* kavramı şüpheliye/sanığa savunma için yardımcı olacak veya olabilecek zorunlu olan imkânları ifade etmektedir. Suç isnadı altındaki kişiye sağlanması zorunlu kolaylıklar, savunma için *gerekli* olanlardır. Bu kolaylıklardan biri, kişinin savunmasını planlayarak mahkeme önünde en uygun ve etkili şekilde yapılabilmesini mümkün kılacak bilgilere veya delillere ulaşmasına ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilmesine imkân verilmesidir. Kişinin beraat etmesini veya cezasının azaltılmasını sağlayabilecek bilgilere veya delillere erişimine izin verilmesi sağlanacak kolaylıklardandır (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *Ufuk Rifat Çobanoğlu*, § 45).

Adil Yargılanma Hakkı

169. Savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı, silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleriyle doğrudan ilişkilidir. Çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla ceza davalarında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla dosyaya sunulan görüş ve delillerden sanığın haberdar olmasına, bunlara karşı etkili bir şekilde karşı çıkmasına fırsat verilmesi gerekir (*Tahir Gökatalay*, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 25; *Cezair Akgül*, B. No: 26/10/2016, 26/10/2016, §§ 27-31). Silahların eşitliği ilkesi ise davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tâbi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32). Silahların eşitliği ilkesi iddia makamı tarafından gösterilen ve edinilen maddi bilgilerin açıklanmasını, ceza yargılamasında sanığın aleyhine bir hukuki durumun yaratılmamasını da kapsamaktadır (*Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri*, §§ 63, 64).

170. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını kanıtlamak ve dayanılan Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak hukuki iddialarını ortaya koymak başvurucuya düşer. Başvurucunun kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal edildiğini ileri sürdüğü hak ve özgürlük ile dayanılan Anayasa hükümlerini, ihlal gerekçelerini, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların neler olduğunu başvurusunda belirtmesi şarttır. Başvuruda kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmaliine dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklerden hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (*Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, §§ 19, 20; *Ünal Yiğit*, B. No: 2013/1075, 30/6/2014, §§ 18, 19).

171. Ancak başvurucu, bireysel başvuru formunda söz konusu iddia hakkında yeterli açıklamada bulunmamış ve iddiasını temellendirmemiştir. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı cevabında

derece mahkemelerine sunduğu bazı dilekçelere atf yaparak bunların dikkate alınmasını istemiştir. Başvurucu bu dilekçelerin birinde dijital delillerin mahkeme huzuruna getirilmemesi konusunda birtakım açıklamalarda bulunmuş ise de bu açıklamaları kendisiyle ilgili yargılamada ByLock verileri bağlamında karşılaştığı somut sorunlar kapsamında değil genel olarak ByLock verilerinin hukuka aykırı olarak elde edildiği iddiası kapsamında dile getirmiştir. Diğer bir ifadeyle başvurusunun ByLock verilerinin kendisiyle ilgili yargılamada kullanılmasının ortaya çıkardığı somut sorunları derece mahkemeleri önünde dile getirip bu kapsamda gerekli araştırma ve incelemelerin yapılmasını istediğine ancak derece mahkemelerinden yanıt alamadığına dair bir bilgi ve belge bulunmamaktadır.

172. Açıklanan gerekçelerle başvurusunun dijital verilerin mahkeme huzuruna getirilmediğine dair iddiasının temellendirilmemiş olduğu anlaşıldığından başvurusunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. ByLock'un mahkûmiyet kararında tek veya belirleyici delil olarak kullanılamayacağına ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Dijital verilerin mahkeme huzuruna getirilmediğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 339. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca tahsil edilmesi mağduriyete

Adil Yargılanma Hakkı

neden olacağından başvurucunun yargılama giderlerini ödemekten TAMAMEN MUAF TUTULMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
4/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

AYFER ATALMIŞ BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/12198)

Karar Tarihi: 9/6/2020

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Burhan ÜSTÜN Hicabi DURSUN Muammer TOPAL Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportörler	: Ayhan KILIÇ Zeynep KARAKOÇ
Başvurucu	: Ayfer ATALMIŞ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; resen vergi tarh edilmesi üzerine açılan davada vergilendirmenin dayanağı olan vergi tekniği raporunun tebliğ edilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin, satıcıya ödenen katma değer vergisinin indiriminin reddedilmesi ve bir kat vergi ziyai cezası uygulanması nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 29/6/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvurular, başvuru formları ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. 2016/12199 numaralı bireysel başvuru dosyası, aralarında konu yönünden hukuki irtibat bulunması nedeniyle 2016/12198 numaralı

bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmiş ve incelemenin 2016/12198 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden yapılmasına karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

6. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

7. Manisa Mesir Vergi Dairesinin mükellefi olan başvurucu, çeşitli yedek parça üretimi işi ile uğraşmaktadır.

8. İzmir Bornova Vergi Dairesinin mükellefi olan E. Limitet Şirketinin hesap ve işlemleri üzerinde yapılan vergi incelemesi sonucu 31/5/2013 tarihli vergi tekniği raporu düzenlenmiştir. İlk derece mahkemesi kararında aktarıldığı kadarıyla söz konusu vergi tekniği raporundaki tespitler şu şekildedir:

E. Limitet Şirketi 2/3/2007 tarihinde işe başlama bildirimini vermiş, 2011 yılında tasfiyeye girmiştir. S. Limitet Şirketi tarafından 2007-2011 yıllarında E. Limitet Şirketi adına yüksek tutarlı faturalar düzenlendiğinin saptanması üzerine 17/3/2011 tarihinde anılan S. Limitet Şirketinin işyerinde yoklama yapılmıştır. Yoklamada söz konusu S. Limitet Şirketinin az miktarda emtiasının olduğu ve yüksek tutarlı fatura düzenleyecek kapasitede bir iş hacminin bulunmadığı tespit edilmiştir. S. Limitet Şirketinin temsilcilerine görüşme mektubu bırakılmasına rağmen temsilcilerle görüşülememiştir. E. Limitet Şirketinin 2009-2010 yıllarında yeminli mali müşavir ile tam tasdik sözleşmesi olmasına karşın tam tasdik raporu hazırlanarak verilmemiştir. E. Limitet Şirketinin kurucu ortakları başka birçok firmanın ortağı ve temsilcisidirler ve bu şirketler hakkında sahte fatura düzenleyicisi oldukları yolunda vergi tekniği raporları bulunmaktadır. Başka yerlerde çalışan kişiler kâğıt üzerinde E. Limitet Şirketinin ortağı olarak gösterilmiştir. E. Limitet Şirketinin düzenlediği çekler gerçekte şirket çalışanları ve ortakları tarafından tahsil edilmiştir. E. Limitet Şirketinin vergi borçlarının önemli bir kısmı ödenmemiştir. Yüksek katma değer vergisi matrahlarına rağmen ödenecek katma değer vergisi hiç çıkmamış veya çok düşük çıkmış ve bunlar da ödenmemiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

Ortalama beş işçi çalıştırdığı beyan edilmiş ancak katma değer vergisi beyannamelerine göre tespit edilen yüksek miktarlı ciroların sadece beş işçi ile elde edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. İşyerinde bu işi yapmaya yetecek demirbaş, tesis, makine ve cihazlar bulunmamaktadır. E. Limitet Şirketinin ortağı ve müdürü gözükken iki kişi, Şirket hakkında bilgilerinin bulunmadığını beyan etmişlerdir. E. Limitet Şirketinin ortakları çok sık değişmiştir. Tüm bunlar gözetildiğinde Şirketin gerçek bir ticari faaliyetinin bulunmadığı, komisyon karşılığı sahte fatura düzenleme işini yaptığı ve 1/1/2008 tarihinden itibaren düzenlediği tüm faturaların sahte olduğu kanaati raporda ifade edilmiştir.

9. E. Limitet Şirketi tarafından 2010 yılında başvuru adına da fatura düzenlendiğinin tespit edilmesi üzerine başvurucaunun 2010 takvim yılı hesap ve işlemleri sahte fatura yönünden incelenmiştir. İnceleme sonucunda 6/1/2015 tarihli vergi inceleme raporu düzenlenmiştir. Anılan vergi inceleme raporundaki tespitler özetle şöyledir:

Başvuruca 2010 yılı içinde E. Limitet Şirketten *otomat çeliği ve transmiyon mili* içerikli toplam 76.649,68 TL (katma değer vergisi hariç) fatura almış, bu faturalara isabet eden 13.796,97 TL katma değer vergisini indirim konusu yapmıştır. 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 30. maddesinin ikinci fıkrasının (4) numaralı bendine atıfla, sahte faturaya dayalı olarak yapılan bu indirimlerin reddi suretiyle başvurucaunun katma değer vergisi beyanları yeniden düzenlenmiş ve ortaya çıkan fark üzerinden resen katma değer vergisi tarh edilmesi önerilmiştir. Başvurucaunun gerçek bir faaliyetinin olması, fatura içeriği emtianın faaliyet alanıyla ilgili bulunması ve ödemelerin bir kısmının banka aracılığıyla yapılması gözetilerek başvurucaunun söz konusu faturaların sahte olduğunu bilmeyerek kullandığı kanaatine varılmış ve üç kat değil bir kat vergi ziyai cezası uygulanması tavsiye edilmiştir.

10. Vergi inceleme elemanının önerisi doğrultusunda başvuruca adına 2010 yılı Mart ila Kasım ve 2011 yılı Ocak ila Mart dönemlerine ilişkin resen bir kat vergi ziyai cezalı katma değer vergileri tarh edilmiştir. Vergi ve ceza ihbarnameleri, başvuruca adına düzenlenen vergi inceleme raporlarıyla birlikte başvurucauya tebliğ edilmiştir. Bununla birlikte şirket hakkında düzenlenen vergi tekniği raporu tebliğ edilmemiştir.

11. Başvurucu söz konusu vergilendirme işlemlerine karşı 16/6/2015 tarihinde Manisa Vergi Mahkemesinde (Mahkeme) davalar açmıştır. Dava dilekçelerinde özetle şunlar ifade edilmiştir:

E. Limitet Şirketinin düzenlediği faturaların sahte olduğu görüşü gerçeği yansıtmamaktadır. Söz konusu faturaların içeriğindeki emtialar gerçekten alınmış ve beyaz eşya yedek parça üretiminde kullanılmıştır. E. Limitet Şirketinin sahte fatura düzenleyicisi olması mümkün değildir zira anılan firma aktif olarak çalışmaya devam etmekte, firmanın açık ve kapalı alanları toplamı 500 m² olan bir işyeri ve çalışanları bulunmaktadır. Firmanın yöneticileri sahte fatura düzenleme suçundan yargılanmış ve beraat etmişlerdir. Alınan emtialara ilişkin ödemelerin tamamına yakını banka aracılığıyla yapılmıştır. Vergi tekniği raporu kendilerine tebliğ edilmediğinden rapordaki tespitlerden tam olarak haberdar olunamamıştır.

12. Vergi Dairesi tarafından sunulan savunma dilekçelerinde, vergi tekniği raporuna atıfla şirketin 1/1/2018 tarihinden sonra düzenlediği tüm faturaların sahte olduğu ifade edilmiş ve bu nedenle tarhiyatın hukuka uygun olduğu savunulmuştur.

13. Mahkeme 25/11/2015 tarihli ara kararlarıyla davalı Vergi Dairesinden E. Limitet Şirketi hakkında düzenlenen vergi tekniği raporu ile tüm eklerinin Mahkemeye gönderilmesini istemiştir. Mahkeme ayrıca, belirtilen rapora dayanarak Şirket hakkında tarhiyat yapıp yapılmadığı ve tarhiyat yapılmışsa buna karşı dava açılıp açılmadığını sormuştur. Davalı idare; sözü edilen vergi tekniği raporu ve eklerini 14/12/2015 tarihli yazılar ekinde Mahkemeye göndermiştir. Davalı idare ayrıca, E. Limitet Şirketi adına sahte fatura komisyonculuğu faaliyeti nedeniyle Takdir Komisyonu kararlarına istinaden üç kat vergi ziyai cezalı vergi tarh edildiği ve bunların İzmir 1. Vergi Mahkemesinde dava konusu edildiğini bildirmiştir. Davalı idarenin Mahkemeye gönderdiği vergi tekniği raporunun başvurucuya tebliğ edildiğine ilişkin olarak bir bilgi başvuru dosyasında bulunmamaktadır.

14. Mahkeme 17/12/2015 tarihinde davaları reddetmiştir. Kararların gerekçesinde, ilgili vergi tekniği raporunun incelenmesinden E. Limitet Şirketi hakkında yapılan tespitlerin yerinde ve yeterli görüldüğü ifade edilmiştir. E. Limitet Şirketinin beyan ettiği cirolara uygun işçi ve

Adil Yargılanma Hakkı

donanımının bulunmadığı, yüksek tutarlı katma değer vergisi matrah beyanlarına karşın ödenecek verginin cüzi miktarlarda olduğu ve ödenmediği, firmanın ortağı ve/veya yöneticisi ile müdürlerinin ortağı ve/veya yöneticisi olduğu diğer firmalar hakkında da sahte fatura düzenleyicisi oldukları yönünde düzenlenmiş vergi tekniği raporlarının bulunduğu vurgulanmıştır. Ortak ve/veya müdür olaniki kişinin şirket hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmadıklarını beyan etmesi, ayrıca sık sık ortak değişikliğinin olması, şirket çalışanlarının şirket ortağı ve/veya müdürü olması, düzenlenen çekleri tahsil eden kişilerin sahte fatura ticareti yapmak üzere kurulan birden fazla şirketin çeklerini tahsil eden kişiler olması ile çeklerin şirket ortak ve çalışanları tarafından tahsil edilmesi karşısında şirketin gerçek bir faaliyetinin bulunmadığı, sahte fatura ticareti yapmak üzere faaliyet gösterdiği belirtilerek başvuru adına resen yapılan tarhiyatlarda hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

15. Başvurucu, Mahkeme kararlarına karşı 15/1/2016 tarihinde Manisa Bölge İdare Mahkemesine (Bölge İdare Mahkemesi) itiraz başvurusunda bulunmuştur. İtiraz dilekçelerinde Mahkemenin vergi tekniği raporuyla ilgili tespitlerinden söz edildikten sonra bu raporun başvurucuya gösterilmediği ifade edilmiştir. Bununla birlikte başvuru vergi tekniği raporunun kendisine gösterilmesi veya kendisine tebliği hususunda Mahkemeden bir talepte bulunup bulunmadığı hususunda itiraz dilekçelerinde herhangi bir açıklama yapılmamıştır. İtiraz dilekçelerinde esas itibarıyla E. Limitet Şirketiyle ilgili olarak dava dilekçesinde ileri sürülen iddialar tekrarlanmıştır. Bu kapsamda Şirketin 500 m² işyerinin bulunduğu ve işçi çalıştırdığı, yöneticilerinin sahte fatura düzenleme fiili sebebiyle yargılanmış iseler de beraat ettikleri ve anılan Şirketten yapılan alışların gerçek olduğu savunulmuştur.

16. Bölge İdare Mahkemesi 24/2/2016 tarihli kararlarla itiraz başvurularını reddetmiş ve mahkeme kararlarını onamıştır. Karar düzeltme istemlerinin de Bölge İdare Mahkemesinin 10/5/2016 ve 18/5/2016 tarihli kararlarıyla reddedilmesi üzerine mahkeme kararları kesinleşmiştir.

17. Nihai kararlar 30/5/2016 ve 3/6/2016 tarihlerinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvuru 29/6/2016 tarihinde bireysel başvurularda bulunmuştur.

18. E. Limitet Şirketine ilişkin olarak sahte fatura düzenlediğinden bahisle Takdir Komisyonu kararına istinaden yapılan cezalı tarhiyata karşı açılan davalarda, İzmir 1. Vergi Mahkemesinin 28/1/2016 tarihli kararlarıyla vergi ve ceza ihbarnameleri iptal edilmiştir. Anılan kararda, davacı hakkında düzenlenen vergi tekniği raporunun davacıya tebliğ edilmemesinin davacının savunma hakkını zedelediği gerekçesine dayanılmıştır. Anılan kararlar Danıştay Dokuzuncu Dairesinin 23/11/2017 sayılı kararlarıyla oyçokluğuyla onanmıştır. Karar düzeltme istemleri de anılan Dairenin 5/6/2018 tarihli kararlarıyla yine oyçokluğuyla reddedilmiştir. Temyiz ve karar düzeltme aşamasında verilen kararlara muhalif kalan iki üye, vergi tekniği raporunun idarenin savunma dilekçesi ekinde Şirkete gönderildiği ve Şirketin hakkındaki tespitlerden yargılama sürecinde eksiksiz haberdar olduğu vurgulanmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

19. 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 1. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Türkiye'de yapılan aşağıdaki işlemler katma değer vergisine tabidir:

1. Ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler,

... "

20. 3065 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Mükellefler, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak aşağıdaki vergileri indirebilirler:

a) Kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi,

... "

21. 3065 sayılı Kanun'un 34. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait Katma Değer Vergisi, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinden

Adil Yargılanma Hakkı

ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebilir.

... ”

22. 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

”Aşağıda yazılı kimseler görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine mütaallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa edemezler ve kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanamazlar;

- 1. Vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurlar;*
- 2. Vergi mahkemeleri, bölge idare mahkemeleri ve Danıştayda görevli olanlar;*
- 3. Vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenler;*
- 4. Vergi işlerinde kullanılan bilirkişiler.”*

23. 213 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

”Resen vergi tarhi, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunmasıdır. İnceleme raporunda bu maddeye göre belirlenen matrah veya matrah farkı resen takdir olunmuş sayılır.

Aşağıdaki hallerden herhangi birinin bulunması durumunda, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitinin mümkün olmadığı kabul edilir.

...

4. Defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikalar, vergi matrahının doğru ve kesin olarak tesbitine imkan vermeyecek derecede noksan, usulsüz ve karışık olması dolayısıyla ihtiyaca salih bulunmazsa.

...

6. Tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunursa.

..."

24. 213 sayılı Kanun'un 341. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder."

25. 213 sayılı Kanun'un 344. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"341 inci maddede yazılı hallerde vergi ziyasına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında ziyaa uğratan verginin bir katı tutarında vergi ziyayı cezası kesilir."

26. 213 sayılı Kanun'un 359. maddesinin (b) fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"b) Vergi kanunları uyarınca ... düzenlenen ... belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde bunlar varmış gibi düzenlenen belge, sahte belgedir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

27. Mahkemenin 9/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Çelişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkelerinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

28. Başvurucu; E. Limitet Şirketi tarafından düzenlenen ve sahte olduğu iddia edilen faturaların gerçek mal alımı karşılığında düzenlendiğini, Şirketle sürekli ticari ilişki içinde olduklarını vergi inceleme elemanının yeterli inceleme ve araştırma yapmadan sonuca ulaştığını belirtmiştir. Başvurucu; hakkında tanzim edilen vergi inceleme raporunda E. Limitet Şirketi hakkında düzenlenen ve hükme esas alınan vergi tekniği raporunun sadece beş satırlık bir özetine yer verildiğini, vergi tekniği raporunun ne vergi inceleme aşamasında ne de yargılama

Adil Yargılanma Hakkı

aşamasında kendisine tebliğ edildiğini, bu nedenle savunma hakkının kısıtlandığını ifade etmiştir. Başvurucu, bu nedenle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

29. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

30. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

a. Genel İlkeler

31. Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için *silahların eşitliği* ve *çelişmeli yargılama* ilkeleri ışığında taraflara iddialarını sunma hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkânların tanınması gerekir. Bu anlamda delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının da yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerekir (*Muhittin Kaya ve Muhittin Kaya İnşaat Taahhüt Madencilik Gıda Turizm Pazarlama Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2013/1213, 4/12/2013, § 27).

32. Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usul hakları bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir (*Yaşasın Aslan*, B. No: 2013/1134, 16/5/2013, § 32).

33. Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu nedenle tarafların yargılamanın bütününe

aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda mahkemece tarafların dinlenilmemesi, taraflara delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hâle gelmesine neden olabilecektir (*Abdullah Özen*, B. No: 2013/4424, 6/3/2014, § 21).

34. Ceza davaları ile medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin davaların usul kuralları da dâhil olmak üzere yargılamanın tüm aşamalarında silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkının güvence altına alınarak adil yargılanma hakkının korunması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Asıl kural tarafların eşit şartlarda yargılamaya katılımının sağlanması, gösterdikleri kanıtlardan ve sundukları görüşlerden bilgi sahibi olması, bunlarla ilgili görüşlerini bildirebilme imkânının kendilerine verilmesidir (benzer değerlendirmeler için bkz. *Taylan Özgür Tor*, B. No: 2013/2454, 12/3/2015, § 43).

35. Bununla birlikte kamu güvenliği veya başkalarının haklarının korunması gibi haklı nedenlerin bulunması hâlinde hükme esas alınan kanıt ve belgelerin başvurucuya verilmemesi veya gösterilmemesi makul görülebilir. Ancak bu hâlde dahi hükme esas alınan belge kendisine verilmeyen başvurucunun savunma hakkında meydana gelen bu kısıtlamayı telafi edecek karşıt-dengeleyici imkânların başvurucuya sağlanması gerekir. Bu bağlamda başvurucunun belge içeriğinden haberdar edilmesinin, buna karşı savunma ve itirazlarını mahkemeye sunabilme fırsatına sahip olmasının dengeleyici bir imkân olduğu söylenebilir. Yine söz konusu belgenin başvuru tarafından bilinmesinin sakıncalı olduğu düşünülen kısımları karartılarak başvurucuya verilmesi ya da başvurucunun söz konusu belgeyi Mahkeme Kaleminde inceleme fırsatı bulması da dengeleyici birer imkân olarak görülebilir.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

36. Somut olayda başvurucunun E. Limitet Şirketinden 2010 yılında aldığı faturaların sahte olduğu kabul edilmiş ve bu faturaların içeriğindeki katma değer vergisinin indiriminin reddi suretiyle yeniden düzenlenen katma değer vergisi tablolarına göre oluşan fark üzerinden 2010 ve 2011 yılının kimi aylarına ilişkin olarak başvuru adına bir kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi tarh edilmiştir. E. Limitet Şirketinin düzenlediği faturaların sahte olduğu tespiti, anılan Şirket

Adil Yargılanma Hakkı

adına düzenlenen 31/5/2013 tarihli vergi tekniği raporunda yapılmıştır. Dolayısıyla başvuru adına yapılan tarhiyatın temel dayanağını sözü edilen vergi tekniği raporu oluşturmaktadır. Mahkeme kararı incelendiğinde başvuru açtığı davalar reddedilirken esas itibarıyla belirtilen vergi tekniği raporundaki tespitlere dayanıldığı görülmektedir. Şu hâlde E. Limitet Şirketi hakkında düzenlenen 31/5/2013 tarihli vergi tekniği raporunun bireysel başvuruya konu davanın çözüme kavuşturulmasında esaslı bir delil olduğu anlaşılmaktadır.

37. Davanın çözümünün temel dayanaklarından birini teşkil eden vergi tekniği raporunun başvurucuya tebliğ edilmemiş olmasının başvuru hakkını etkilediği açıktır. Öncelikle vergi tekniği raporunun başvurucuya tebliğ edilmemesinin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı incelenmelidir. Mahkeme kararında vergi tekniği raporunun neden başvurucuya tebliğ edilmediğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Bununla birlikte davanın tarafı olmayan mükelleflerle ilgili vergi tekniği raporlarının davacılara tebliğ edilmemesinin gerekçesinin vergi mahremiyetinin korunması olduğu bilinmektedir. Vergi tekniği raporlarının içeriğinde birçok mükellefin şahsi ve ticari bilgi ve sırları yer alabilmektedir. 213 sayılı Kanun'un 5. maddesinde vergi muameleleri ve incelemeleri ile uğraşan memurların, vergi yargısında görevli olanların, vergi kanunlarına göre kurulan komisyonlara iştirak edenlerin ve vergi işlerinde kullanılan bilirkişilerin görevleri dolayısıyla mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerin şahıslarına, muamele ve hesap durumlarına, işlerine, işletmelerine, servetlerine veya mesleklerine müteallik olmak üzere öğrendikleri sırları veya gizli kalması lazım gelen diğer hususları ifşa edemeyecekleri, kendilerinin veya üçüncü şahısların nef'ine kullanamayacakları hükme bağlanmıştır.

38. Mükelleflerin kişisel ve ticari bilgi ve sırlarının ilgisiz üçüncü kişilere karşı korunması, ifşa edilmesinin önlenmesi oldukça önemlidir. Bu sebeple değinilen türden bilgileri içerdiği gerekçesiyle vergi tekniği raporunun başvurucuya verilmemesinin haklı bir sebebe dayandığı değerlendirilmektedir.

39. Bununla birlikte söz konusu raporun başvurucuya verilmemesinin haklı bir sebebe dayanması tek başına başvuru hakkının adil yargılanma

hakkının ihlal edilmediği anlamına gelmez. Anılan raporun başvuruca tebliğ edilmemesi sebebiyle başvurucaın savunma hakkında meydana gelen kısıtlamayı telafi eden imkânların başvurucaya sağlanıp sağlanmadığı da önem taşımaktadır. Başvuruca hakkında düzenlenen vergi inceleme raporunun başvurucaya tebliğ edildiği tartışmasızdır. Ancak vergi inceleme raporunda E. Limitet Şirketi hakkında düzenlenen 31/5/2013 tarihli vergi tekniği raporundaki tespitlerin detayına yer verilmemiştir. Öte yandan Mahkemenin ara kararlarıyla istemesi üzerine davalı vergi dairesinin vergi tekniği raporunu Mahkemeye gönderdiği anlaşılmaktadır. Fakat söz konusu vergi tekniği raporunun 14/12/2015 tarihli yazı ekiyle Mahkemeye gönderildiği ve Mahkemenin 17/12/2015 tarihinde karar verdiği gözetildiğinde başvurucaın mahkeme kararından önce vergi tekniği raporunu Mahkeme Kaleminde inceleme imkânına sahip olamadığı açıktır.

40. Buna karşılık vergi tekniği raporundaki tespitler mahkeme kararlarında detaylı bir biçimde işlenmiş ve bu tespitlerle ilgili olarak değerlendirme yapılmıştır. Başvuruca, mahkeme kararlarının kendisine tebliğiyle birlikte Şirket ile ilgili olarak vergi tekniği raporunda yer alan tüm tespitlerden haberdar olmuş ve bu tespitler ile Mahkemenin bunlara yönelik değerlendirmelerine karşı iddialarını Bölge İdare Mahkemesinde ileri sürme imkânına kavuşmuştur. Ne var ki başvurucaın Bölge İdare Mahkemesine sunduğu itiraz dilekçelerinde temel olarak dava dilekçelerinde ileri sürdüğü iddialarını tekrarladığı, E. Limitet Şirketine ilişkin olarak mahkeme kararında yer alan diğer tespit ve değerlendirmelere yönelik yeni bir iddia ileri sürmediği görülmektedir. Başvuruca, itiraz dilekçelerinde vergi tekniği raporunun kendisine gösterilmediğini belirtmiş ise de söz konusu raporun kendisine tebliği veya incelemek üzere kendisine gösterilmesi yolunda Mahkemeden bir talepte bulunup bulunmadığını açıklamamıştır.

41. Adil yargılanma hakkı yargılamanın sonucunun adil olmasını garanti etmemekte, yargılama sürecinin hakkaniyete uygun bir biçimde yürütülmesini güvence altına almaktadır. Öte yandan yargılama sürecinde savunma hakkını zedeleyen birtakım eksikliklerin bulunması otomatik olarak adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmamaktadır.

Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediği değerlendirilirken yargılamadaki bir eksikliğin yargılama süreci içinde telafi edilip edilmediği ve bunun bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini etkileyip etkilemediği değerlendirilir.

42. Olayda Şirket hakkında düzenlenen vergi tekniği raporu başvurucuya tebliğ edilmemiş ise de anılan Şirkete ilişkin olarak vergi tekniği raporu içeriğinde yer alan ve Şirketin düzenlediği faturaların sahte olduğu kanaatine ulaşılmasını sağlayan tespitler mahkeme kararında işlenmiş ve bu suretle başvuru, olgulardan haberdar olmuştur. Şirketin 1/1/2008 tarihinden sonra düzenlediği tüm faturaların sahte olduğu kanaatine varılmasını temin eden tüm olguların mahkeme kararında yer almasının ve başvurunun bunlara karşı iddia ve itirazlarını Bölge İdare Mahkemesinde ileri sürme imkânına kavuşmasının savunma hakkında meydana gelen kısıtlamayı telafi edici bir imkân olduğu değerlendirilmiştir. Başvurucunun itiraz aşamasında dava dilekçelerinden farklı bir iddiada bulunmadığı da gözetildiğinde E. Limitet Şirketinin düzenlediği faturaların sahte olduğu yargısına karşı ileri sürdüğü tüm iddialarının yargılama aşamasında karşılandığı, dolayısıyla vergi tekniğinin tebliğ edilmemiş olmasının başvuru davalı tarafa nazaran zayıf bir duruma düşürmediği kanaatine varılmıştır. Bu durumda vergi tekniği raporunun başvuru tebliğ edilmemesinin bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.

43. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Mülkiyet Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

44. Başvuru, E. Limitet Şirketinden yaptığı alışların gerçek olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvuru, aldığı faturaların içeriğindeki bedeli ödediğine dair belgeleri inceleme elemanına ibraz ettiği hâlde bunların dikkate alınmadığından yakınmıştır. Başvuru son olarak kazancının ve ödemesi gereken verginin çok üzerinde bir vergi külfetiyle karşı karşıya

kaldığını, bir kat vergi ziyai cezalı katma değer vergileri nedeniyle mal varlığında azalma meydana geldiğini de belirterek mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

45. Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

46. Somut olayda 2010 ve 2011 yılının kimi aylarına ilişkin olarak başvuru adına bir kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisi tarh edilmiştir. Vergilendirme işleminin mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *İskenderun Demir ve Çelik A.Ş.* [GK], B. No: 2015/941, 25/10/2018, § 45; *Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 48).

47. Vergi ödevinin yerine getirilmesini sağlamak ve vergi kurallarına aykırı davranılmasının önüne geçmek amacıyla vergi kabahatlerinin düzenlenmesinin ve bunlara aykırı davranıldığı tespit edilmesi hâlinde vergi ziyai cezalı tarhiyat yapılması suretiyle gerçekleştirilen müdahalenin mülkiyetin kamu yararının kullanımının kontrolü ve düzenlenmesine ilişkin kural çerçevesinde incelenmesi uygun görülmüştür.

48. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

49. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilmesi öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına

Adil Yargılanma Hakkı

ilişkin genel ilkeleri düzenleyen 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62).

50. 3065 sayılı Kanun'un 29. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden -anılan Kanun'da aksine hüküm olmadıkça- faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri hükme bağlanmıştır. Aynı Kanun'un 34. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinden ayrıca gösterilmek, bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği belirtilmiştir.

51. 213 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ikinci fıkrasının (4) numaralı bendinde, defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikaların vergi matrahının doğru ve kesin olarak tespitine imkân vermeyecek derecede noksan, usulsüz ve karışık olması dolayısıyla ihticaca salih bulunmamasının resen tarh sebebi olduğu belirtilmiştir. Yine anılan Kanun'un 341. maddesinde vergi ziyayı cezası tanımlanmış, 344. maddesinde de vergi ziyasına sebebiyet verilen farklı hâllerde vergi ziyayı cezalarının tutarlarının ne olacağı hususu düzenlenmiştir. Ayrıca aynı Kanun'un mezkûr 344. maddesinin atıf yaptığı 359. maddesinin (b) fıkrasında vergi kanunları uyarınca düzenlenen belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenlerin ya da bu belgeleri kullananların cezalandırılacağı ifade edilmiştir.

52. Anılan hükümler gözetildiğinde katma değer vergisi indiriminden yararlanılabilmesi için bunun geçerli bir belgeye dayanması ve belgenin kanuni defterlere kaydedilmesi gerektiği, katma değer vergisi indiriminin sahte bir belgeye dayanması hâlinde indirim isteminin reddi suretiyle cezalı katma değer vergisi tarhiyatı yapılacağı hususunun belirli ve öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır.

53. Kamu hizmetlerinin finansmanında istikrarın sağlanması bakımından vergilendirme sürecinin belirli bir düzen dâhilinde işlemesi ve sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda çeşitli usuller öngörülerek mükelleflerin vergi ilişkisinden doğan hak ve ödevlerini daha dikkatli takip etme zorunluluğu getirilmektedir (AYM, E.2017/24, K.2017/112, 14/6/2017). Bu bağlamda somut olayda vergi idaresi tarafından başvuru hakkında yapılan vergi incelemeleri sonucunda resen bir kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi tarhiyatı yapılması vergi kaybını önlemeye yöneliktir. Diğer bir deyişle vergi aslı yönünden esas amaç, Hazinesinin zarara uğramasını önlemek iken bir kat vergi ziyayı cezasının asıl amacı sahte fatura kullanımını önlemek ve bu hususta caydırıcılığı sağlamaktır. Bu itibarla başvuruya konu olayda vergi alacağının tarhi ve tahsili ile vergi cezası kesilmesi bakımından kamu yararına yönelik bir amacın olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

54. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

55. Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvuruçunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Anayasa Mahkemesi, müdahalenin orantılılığını değerlendirirken bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvuruçunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını gözönünde bulundurarak başvuruçuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; *Osman Ukav*, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, § 71).

56. Anayasa'nın 35. maddesi usule ilişkin açık bir güvenceden söz etmemektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının gerçek anlamda

Adil Yargılanma Hakkı

korunabilmesi bakımından bu madde -Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da ifade edildiği üzere- mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfî ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır (*Bekir Yazıcı* [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 71). Bu değerlendirme ise uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (*Züliye Öztürk*, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 36).

57. Sahte olduğu tespit edilen belgelerdeki katma değer vergisinin indiriminin reddedilmesinin sahteciliğin ve Hazinesin zarara uğratılmasının önlenmesi ve indirim sisteminin sağlıklı bir biçimde çalışmasının sağlanması için *elverişli ve gerekli* olduğu açıktır. Zira bu yöntem, mükellefleri emtia ve hizmet alış faturalarının sahte olup olmadığını araştırma hususunda daha özenli davranmaya iterek Hazineye ödenmeyen vergilerin iade konusu edilmesini önlemektedir. Buna göre asıl tartışılması gereken husus müdahalenin *orantılılığıdır*.

58. Orantılılık yönünden ise öncelikle başvuru adına tarh edilen bir kat vergi ziyai cezalı katma değer vergisine karşı iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının başvurucuya tanınıp tanınmadığı değerlendirilmelidir. Başvurucu, vergi idaresince tarh edilen cezalı vergiye karşı davalar açmış; davaların reddine ilişkin kararlara karşı da itiraz yoluna başvurmuştur. Başvurucunun yargılama safhasında tüm iddia ve savunmalarını etkin bir biçimde ortaya koyabilme imkânına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Şirket hakkında düzenlenen vergi tekniği raporu başvurucuya tebliğ edilmemiş ise de yukarıda açıklandığı üzere başvuru, yargılamalar devam ederken söz konusu raporun tüm içeriğinden haberdar olmuş ve buna karşı itirazlarını öne sürme imkânına kavuşmuştur (bkz. §§ 36-42).

59. Mahkeme E. Limitet Şirketinin gerçek bir faaliyetinin bulunmadığı yolunda vergi inceleme elemanınca yapılan tespitin tüm dayanaklarını irdelemiş ve bu tespitin hukuka uygun olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme; Şirketin beyan ettiği cirolara uygun işçi ve donanımının bulunmadığına, yüksek tutarlı katma değer vergisi matrah beyanlarına karşın ödenecek verginin cüzi miktarlarda olduğuna ve ödenmediğine, firmanın ortak ve/veya yöneticisi ile müdürlerinin ortağı ve/veya yöneticisi

olduğu diğer firmaların hakkında da sahte fatura düzenleyicisi oldukları yönünde düzenlenmiş olan vergi tekniği raporlarının bulunduğu vurgu yapmıştır. Ortak ve/veya müdürlerin Şirket hakkında herhangi bir bilgiye sahip olmadıklarını beyan ettiklerinin altını çizen Mahkeme; sık sık ortak değişikliğinin olmasına, Şirket çalışanlarının Şirket ortağı ve/veya müdürü olmasına, düzenlenen çekleri tahsil eden kişilerin sahte fatura ticareti yapmak üzere kurulan birden fazla şirketin çeklerini tahsil eden kişiler olmasına dikkat çekmiştir. Mahkeme son olarak çeklerin Şirketin ortak ve çalışanları tarafından tahsil edilmesine işaret ederek tüm bu tespitlerin Şirketin gerçek bir faaliyetinin bulunmadığını, sahte fatura ticareti yapmak üzere faaliyet yürüttüğünü gösterdiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla Mahkemenin vergi inceleme elemanının tespitlerini peşinen doğru kabul etmediği, bunları inceleyerek kendi kanaatini oluşturduğu görülmektedir.

60. Bireysel başvuruya konu davadaki maddi olguların incelenmesi ve değerlendirilmesi derece mahkemelerinin yetkisindedir. Keyfîlik ve bariz takdir hatası içermesi durumu hariç Anayasa Mahkemesinin derece mahkemesinin maddi olgulara yönelik değerlendirmelerine karışması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Somut olayda Mahkemenin değerlendirmesinin keyfî ve temelsiz olmadığı görülmektedir.

61. Başvurucu, Şirket tarafından düzenlenen fatura içeriğindeki bedelleri banka aracılığıyla ödediği hâlde bu faturalardaki katma değer vergisinin indiriminin reddedilmesinin mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Bu iddia karşısında 3065 sayılı Kanun'da öngörülen katma değer vergisi tahsil yönteminin irdelenmesi gerekmektedir.

62. Katma değer vergisi yansıtmalı bir vergidir. Katma değer vergisinin kanuni mükellefi, mal ve hizmet tesliminde bulunan kişidir. Mal ve hizmet tesliminde bulunan kişi, mal ve hizmetin satış bedeline eklediği katma değer vergisini de satış faturasında göstererek bunu alıcıdan tahsil etmekte ve sonrasında da bu fatura içeriğindeki katma değer vergisini beyan ederek Hazineye ödemektedir. Alıcı da satıcıya ödediği katma değer vergisini, ilgili dönemde ödemesi gereken katma vergilerinden indirme hakkı elde etmektedir. Ancak alıcının önceki aşamadaki katma değer vergisini indirim konusu yapabilmesi için iki şart aramıştır. Birincisi önceki aşamadaki faturanın gerçek olması, diğer

Adil Yargılanma Hakkı

bir deyişle mal ve hizmet tesliminin gerçeği yansıtmasıdır. İkinci şart ise bu faturanın defterlere kaydedilmiş olmasıdır. Birinci şartın amacı önceki aşamadaki kişiye ödenen katma değer vergisinin gerçekten devlete ödenmesini garanti altına almaktır. İkinci şartın amacı ise bu faturanın veya fatura içeriğindeki alışverişin gerçek olup olmadığının idare tarafından denetlenmesine imkân tanımaktır.

63. Somut olayda vergi idaresi, başvuruçunun indirimlerini reddederken faturanın kanunen geçerli bir belge olmamasına dayanmıştır. Önceki aşamadaki faturanın sahte olması bu fatura içeriğindeki katma değer vergisinin devlete ödenmemiş olduğu anlamına gelmektedir. Somut olayda da E. Limitet Şirketi, başvuruçudan tahsil edilen katma değer vergisi beyan etmemiş ve devlete ödememiştir. Kamu makamları Hazineye ödenmemiş olan bu katma değer vergisinin indirim konusu yapılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Diğer bir ifadeyle somut olayda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin temel amacı devlete ödenmemiş katma değer vergisinin indirim konusu yapılmasını reddetmek suretiyle Hazinesinin zarara uğramasını önlemektir.

64. Somut olayda kamu makamları söz konusu faturalara konu emtiaların gerçekten satın alınmadığına yönelik bir iddia öne sürmemiştir. Aksine kamu makamları, başvuruçunun belirtilen sahte faturaları bilmeden kullandığını kabul etmiştir. Bu kabul, fatura içeriğindeki emtianın gerçekten alındığına işaret etmektedir. Nitekim başvuruçunun, fatura bedellerini ödediğine dair belgeleri de vergi inceleme elemanına sunmuştur. Şu hâlde bu aşamada değerlendirilmesi gereken husus, gerçek bir emtia alışverişine dayansa bile sahte fatura ile belgelendirilen alış işlemine ilişkin fatura içeriğindeki katma değer vergisinin indirim konusu yapılamamasının mükellefe aşırı külfet yükleyip yüklenmediğidir.

65. Alıcıların satıcılara ödedikleri katma değer vergisinin satıcılar tarafından beyan edilip devlete ödenip ödenmediğini kontrol etme imkânlarının bulunmadığının ve alıcılara bu şekilde bir yükümlülük yüklenmesinin orantılı olmadığı vurgulanması gerekir. Buna karşılık somut olaydaki durum oldukça farklıdır. Somut olayda salt bir verginin beyan edilmemesi durumu söz konusu değildir. Olayda başvuruçunun Şirket tarafından düzenlenen faturaların içeriğindeki katma değer vergisini satıcıya ödeyip ödemediği hususunda temelsiz olmayan

bir kuşku vardır. Dahası somut olaydaki olgular gözetildiğinde bu verginin satıcıya ödenmediği yolunda kamu makamları lehine bir karine oluşmaktadır. Başvurucunun faturalar içeriğindeki bedeli ödediğine işaret eden belgelerin bulunması da bu gerçeği değiştirmemektedir. Başvurucu, yedek parça üretimi işiyle uğraşmaktadır. Sahte fatura içeriğindeki emtialar ise başvurucunun yürüttüğü üretim faaliyetinde kullandığı otomat çeliği ve transmisyon mili malzemesidir. Üretim işlerinde uğraşan kişilerin ham madde temin ettikleri mükellefleri tanıma ve gerçek durumunu bilme hususunda oldukça avantajlı durumda oldukları açıktır. Başvurucu, basiretli bir tüccar olarak katma değer vergisi indirim sisteminin özelliklerini gözönünde bulundurmamak suretiyle buna göre hareket etme sorumluluğunu ifa etmemiştir.

66. Bu durumda gerçek bir emtia alışverişine dayansa bile sahte fatura içeriğindeki katma değer vergisinin indirim konusu yapılmasının reddedilmesinin ve başvurucunun devlete ödenmeyen bu katma değer vergisinden sorumlu tutulmasının -başvurucunun fiili ve sorumlulukları gözetildiğinde- başvurucuya aşırı külfet yüklenmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Kaldı ki kamu makamları, başvurucu lehine yorum yaparak vergi ziyayı cezasını bir kat olarak uygulamıştır.

67. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin içerdiği kamu yararı amacı ile karşılaştırıldığında ve özellikle somut olayda sahte fatura kullanımına ilişkin bir ihtilafın da bulunmadığı dikkate alındığında başvurucuya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklenmediği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla başvurucunun mülkiyet hakkı ile kamu yararı arasında olması gereken adil dengenin bozulmadığı ve müdahalenin ölçülü olduğu sonucuna varılmıştır.

68. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkına yönelik açık bir ihlalin bulunmaması sebebiyle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Diğer İhlal İddiaları

69. Başvurucu, Şirketin açtığı davalarda iptal kararları verildiğini ifade etmekte; Danıştay Dokuzuncu Dairesinin de vergi mahkemesi kararını

Adil Yargılanma Hakkı

hukuka uygun bularak bu kararları onaması karşısında kendisinin sahte faturaları kullandığı yolundaki varsayımla sorumlu tutulmasının hakkaniyetli bir yaklaşım olmayacağını belirtmektedir.

70. Danıştay Dokuzuncu Dairesinin onadığı kararlar incelendiğinde kararların Şirketin düzenlediği faturaların sahte olduğu yolunda idarenin ulaştığı kanaat ile ilgili bir değerlendirme içermediği görülmektedir. Söz konusu iptal kararlarının vergi tekniği raporunun davacıya tebliğ edilmemesi olduğu anlaşılmaktadır. Anılan iptal kararlarının sonucu, vergi ihbarnamelerinin vergi tekniği raporuyla birlikte yeniden tebliğ edilmesinden ibarettir. Dolayısıyla başvuruya konu kararlarda ulaşılan sonuçlarla çelişen başka yargı kararlarının bulunduğu iddiasının başvuru tarafından temellendirilemediği sonucuna varılmıştır.

71. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Diğer ihlal iddialarının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA 9/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

ŞİRİN FİDAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/5523)

Karar Tarihi: 17/6/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL
Raportör	: Tuğba TUNA IŞIK
Başvurucu	: Şirin FİDAN
Vekili	: Av. Rehşan BATARAY SAMAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, murisinin terör örgütü tarafından öldürülmesi sebebiyle meydana gelen zararın tazmini talebiyle açılan davanın muris hakkında mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen terör örgütü ile bağlantısının olduğuna ilişkin bilgiler bulunduğu gerekçesiyle reddedilmesi ve yargılamanın uzun sürmesi nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 16/3/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

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

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucunun babası Ş.C. 3/3/1993 tarihinde Diyarbakır'ın Silvan ilçesinde meydana gelen silahlı terör saldırısı sonucu öldürülmüştür.

9. Başvurucu, babasının Hizbullah terör örgütü tarafından öldürüldüğünden bahisle meydana gelen zararının karşılanması talebiyle 27/7/2005 tarihinde Diyarbakır Valiliği Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zarar Tespit Komisyonuna (Komisyon) başvurmuştur. Komisyon başvurucunun murisinin terör örgütüne üye olduğu ve bu bağlantı sebebiyle Hizbullah terör örgütü mensupları tarafından öldürüldüğü gerekçesiyle 27/10/2010 tarihinde başvurunun reddine karar vermiştir.

10. Başvurucu; babası hakkında soruşturma bulunsa da hakkında verilmiş bir mahkûmiyet kararının bulunmadığını, mevzuat gereği ancak hakkında mahkûmiyet kararı bulunanların 17/7/2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılması Hakkında Kanun kapsamı dışında bırakılabileceğini ileri sürerek Komisyon kararının iptali talebiyle 29/3/2011 tarihinde Diyarbakır 3. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır.

11. Mahkeme tarafından 25/1/2012 tarihli karar ile davanın reddine karar verilmiştir. Mahkeme gerekçesinde, başvurucunun murisi hakkında bir mahkûmiyet kararı bulunmasa da PKK terör örgütü üyesi olma ve örgüt adına faaliyette bulunma suçları dolayısıyla soruşturma başlatıldığı ancak soruşturma aşamasında öldürülmesi sebebiyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca şu ifadelere yer verilmiştir:

"...kanun koyucunun hukuki ve teknik izaha girmeksizin, genel olarak; yardım ve yataklık suçu işleyen kişiler ile terör suçundan mahkum olan kişileri, bu kanun hükümlerinden faydalandırmamayı amaçladığı görülmektedir.

Adil Yargılanma Hakkı

Bu itibarla; her ne kadar davacının murisi hakkında mahkumiyet hükmü kurulmamış olsa da, şahıs hakkında terör örgütü üyesi olmak ve örgüt adına faaliyette bulunmak suçlarından dolayı soruşturma açıldığı, ancak şahsın ölümü nedeniyle eylemlerinin soruşturulamadığı ve hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği anlaşıldığından, hakkında terör örgütü üyesi olmak ve örgüt adına faaliyette bulunmak kuvvetli şüphesine dayanılarak soruşturma açılan şahsın, yine bir terör eylemi sonucunda ölmesinden kaynaklanan zararın kanun dışında bırakıldığı sonucuna varılmıştır.

...

Ülkede terörün gelişmesine ve büyümesine sebebiyet veren kişilerin, gelişmesine ve büyümesine yardımcı buldukları terörün, gerçekleştirdiği yasa dışı faaliyetlerden kaynaklanan zararlarının, 5233 sayılı Yasa kapsamında tazmini amaçlanan zararlardan olmadığı açıktır. Zira bahsi geçen kişilerin uğradıkları zararlar terörden kaynaklansa da söz konusu terörün gelişmesine ve büyümesine katkıda bulduklarından dolayı zikredilen zararların oluşmasına da kendilerinin sebebiyet verdikleri ortadadır."

12. Karar, Danıştay Onbeşinci Dairesinin 29/1/2015 tarihli kararıyla onanmıştır. Karar düzeltme istemi aynı Dairenin 7/12/2015 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Nihai karar 17/2/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucu 16/3/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

14. 5233 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanun,3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamına giren eylemler veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması hakkındaki esas ve usullere ilişkin hükümleri kapsar.

Aşağıda belirtilen zararlar bu Kanununun kapsamı dışındadır:

...

f) 3713 sayılı Kanununun 1 inci, 3 üncü ve 4 üncü maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararlar.

İkinci fıkranın (f) bendinde yazılı suçlardan dolayı ceza kovuşturması açılmış bulunanlar hakkında kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bu Kanuna göre işlem yapılmaz."

15. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Tanımlar" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

b) Sanık: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi,

...

e) Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi,

f) Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi,

...

İfade eder."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

16. Mahkemenin 17/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

17. Başvurucu; murisi olan babası hakkında mahkûmiyet kararı bulunmadığını, soruşturma dosyası ve emniyet kayıtlarından gelen

Adil Yargılanma Hakkı

bilgilere göre babasının terör örgütü üyesi olarak kabul edilemeyeceğini, temyiz ve karar düzeltme kararında gerekçe olmadığını ileri sürerek masumiyet karinesinin, maddi ve manevi bütünlüğün korunması ve etkili başvuru haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

18. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun iddialarının masumiyet karinesi çerçevesinde hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

19. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

20. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara* ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik içeren tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir (konuya ilişkin birçok karar arasından bkz. *Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013).

21. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa'daki güvencelere etkisini nihai olarak değerlendirecek merci

Anayasa Mahkemesidir. Bu itibarla Anayasa'da öngörülen güvenceler dikkate alınarak bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir inceleme *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi* olarak nitelendirilemez (*Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 53).

22. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi çok istisnai durumlarda temel hak ve özgürlüklerden biri ile doğrudan ilgili olmayan bir şikâyeti kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin yasak kapsamına girmeden inceleyebilir. Açık bir keyfîlik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsıldığı ve adil yargılama hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerin anlamsız hâle geldiği çok istisnai hâllerde aslında yargılamanın sonucuna dair olan bu durumun bizatihi kendisi usule ilişkin bir güvenceye dönüşmüş olur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirip getirmediğini ve açık bir keyfîlik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsılıp sarsılmadığını incelemesi yargılamanın sonucunu değerlendirdiği anlamına gelmez. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin delillerle ilgili değerlendirmelerine ancak açık bir keyfîlik ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren bir uygulama varsa müdahale edebilecektir (*Ferhat Kara* [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020, § 149).

23. İlke olarak derece mahkemeleri önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile derece mahkemelerince uyuşmazlıkla ilgili varılan sonucun esas yönünden adil olup olmaması bireysel başvuru incelemesine konu olamaz. Bunun tek istisnası, derece mahkemelerinin tespit ve sonuçlarının adaleti ve sağduyuyu açıkça hiçe sayan tarzda bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik içermesi, bu durumun da kendiliğinden bireysel başvuru kapsamındaki hak ve özgürlükleri ihlal etmiş olmasıdır. Bu çerçevede kanun yolu şikâyeti niteliğindeki başvurular, derece mahkemesi kararları bariz takdir hatası veya açık bir keyfîlik içermedikçe Anayasa Mahkemesince incelenemez (*Necati Gündüz ve Recep Gündüz*, B. No: 2012/1027, 12/2/2013, § 26).

Adil Yargılanma Hakkı

24. Anayasa Mahkemesi *Kenan Özteriş* (B. No: 2012/989, 19/12/2013) kararında, hırsızlık suçundan aldığı cezası tecil edilen ve deneme süresi içinde de yeni bir suç işlemeyen başvuruçunun yedek subay askerlik kararının söz konusu ceza nedeniyle uzun dönem er olarak tadil edilmesi işlemine karşı açılan davadaki Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYİM) yorumunun 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil ettiğini zira başvuruçunun işlediği suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün tecil koşullarına uyulması nedeniyle hukuk nazarında esasen vaki olmamış sayıldığını, hukuken vaki olmamış sayılan mahkûmiyetin hüküm ve sonuçlarını devam ettiriyormuş ve hayatiyetini koruyormuşçasına bir idari işleme esas alınmasının ise ilgili idari işleme hukuki geçerlik kazandıramayacağını belirterek başvuruçunun hakkında verilen mahkûmiyetin tecil edilmesinin sonuçları ile ilgili açık bir kanun hükmü bulunduğu ve bu hükme verilecek olağan anlam belli olduğu hâlde AYİM İkinci Dairesinin açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yaptığı, böylece kararın öngörülemez nitelikte olup bariz takdir hatası içerdiği gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

25. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kendisine bir suç itham edilen herkesin suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılacağı düzenlenmiştir. Bu itibarla masumiyet karinesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının bir unsuru olmakla beraber suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılmayacağı belirtilmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir.

26. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin iki yönü bulunmaktadır.

27. Güvencenin ilk yönü, kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen süreye, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı sadece ceza yargılamasını

yürüten mahkemeye sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm idari ve adli makamların da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir (*Galip Şahin*, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39).

28. Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir (*Galip Şahin*, § 40).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

29. 5233 sayılı Kanun uyarınca ileri sürülen taleplerin anılan Kanun kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ve Kanun'un kapsamının belirlenmesi noktasındaki mevzuat hükümlerinin yorumu ile somut olayın bu ölçüt uyarınca değerlendirilmesine ilişkin takdir derece mahkemelerine aittir (*Ali Şaşkın ve diğerleri*, B. No: 2013/6819, 21/4/2016, § 38).

30. Somut olaya benzer şekilde terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların zararlarının 5233 sayılı Kanun kapsamında karşılanmamasından kaynaklanan ihlal iddiaları daha önce de bireysel başvurulara konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi bu konuda verdiği kararlarda, derece mahkemelerinin kanun koyucunun hukuki ve teknik izaha girmeksizin genel olarak yardım ve yataklık suçu işleyen kişiler ile terör suçundan mahkûm olan kişileri bu Kanun hükümlerinden faydalandırmamayı amaçladığı, Kanun'un sadece mağdur olan kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi yolunda uygulanması gerektiği, terör örgütüne yardım ve yataklıktan hüküm giymiş kişilerin terör örgütünün ve terörün gelişmesine ve büyümesine sebebiyet verdiğinin tartışmasız olduğu, dolayısıyla bu kişilere devlet tarafından tazminat ödenmesinin

Adil Yargılanma Hakkı

Kanun'un amacına aykırılık teşkil ettiği yönündeki gerekçelerinin bariz takdir hatası ve açık bir keyfîlik içermediği sonucuna ulaşmış; başvuruların açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (*Abdulkadir Güneş*, B. No: 2013/4347, 30/3/2016, §§ 29-35; *Abdurrahman Ete*, B. No: 2013/5489, 30/3/2016, §§ 24-30; *Hamit Yıldız ve Halit Yıldız*, B. No: 2013/7720, 30/3/2016, §§ 19-26).

31. Nitekim Anayasa Mahkemesi *Halise Demir ve diğerleri* (B. No: 2015/1170, 16/1/2020) başvurusuna ilişkin kararında başvurucuların murislerinin güvenlik güçleri ile çıkan çatışmada ölmesi üzerine 5233 sayılı Kanun kapsamındaki tazminat taleplerinin reddedilmesine dair derece mahkemelerinin yaklaşımının bariz takdir hatası ve açık bir keyfîlik içermediği sonucuna varmıştır. Söz konusu başvuruda başvurucuların murisi hakkında mahkûmiyet kararı olmamakla birlikte anılan kişinin terör örgütü safalarında güvenlik güçleri ile çatıştığı yolundaki kamu makamlarının değerlendirmesinin bariz takdir hatası içermediği değerlendirilmiştir.

32. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi *Mehmet Geçgel* (B. No: 2014/4187, 18/4/2019) başvurusuna ilişkin kararında, başvurucunun 5233 sayılı Kanun kapsamındaki tazminat talebinin başvurucu hakkında mahkûmiyet kararı olmamasına rağmen reddedilmesine ilişkin derece mahkemesi kararlarının bariz takdir hatası ve açık bir keyfîlik içerdiği sonucuna varmıştır. Anılan başvuruya konu olayda başvurucunun PKK terör örgütüne yardım ve yataklık suçundan 3 yıl ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesine rağmen 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun kapsamında başvurucu hakkındaki hükmün kesin hükme bağlanmasının ertelenmesine karar verilmiştir. Söz konusu başvuruda derece mahkemesinin gerçek bir mahkûmiyet varmış gibi başvurucunun tazminat talebinin reddedilmesine ilişkin kararının bariz takdir hatası içerdiği değerlendirilmiştir.

33. 5233 sayılı Kanun'un 2. maddesinde bu Kanun'un kapsamı dışında bırakılacakların "*mahkûm olanlar*" şeklinde açıkça belirtildiği görülmektedir. Yasa koyucu tarafından kanun kapsamı dışında

bırakılacakların mahkûm olma şartına bağlanmasının başlıca nedeni ceza yargılamasının en önemli teminatı olan masumiyet karinesinin gereğidir.

34. Başvuruya konu mahkeme kararında başvurucunun murisi hakkında soruşturma devam ederken öldürülmesi sebebiyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar verildiği, hakkında bir mahkûmiyet kararının bulunmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte başvurucunun murisinin güvenlik güçleriyle çıkan bir çatışmada değil Hizbullah terör örgütü tarafından öldürüldüğü ifade edilmektedir (bkz. § 11). Buna rağmen tazminat istemine ilişkin davanın başvurucunun murisi hakkındaki suç şüphesinin kuvvetli olması sebebiyle reddedildiği belirtilmiştir. Terör örgütü tarafından öldürüldüğü ve hakkında bir mahkûmiyet hükmü bulunmadığı hususunda ihtilaf bulunmayan başvuru murisi hakkında yapılan değerlendirmenin murisin terör örgütü üyeliğinden mahkûm olduğu izlenimi verdiği görülmektedir. Bu durumda derece mahkemesinin başvurucunun tazminat talebinin reddedilmesine ilişkin kararının hakkaniyete uygun yargılanma hakkını ihlal edecek şekilde bariz takdir hatası içerdiği sonucuna varılmıştır.

35. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

36. Başvurucu, davanın uzun yıllar sürmesi sebebiyle sürecin kendileri için katlanılamaz duruma gelmesi dolayısıyla anayasal haklarının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

2. Değerlendirme

37. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Başvurucunun yargılanmanın uzun sürdüğüne yönelik ihlal iddiaları adil yargılanma hakkı kapsamındaki makul sürede yargılanma hakkı yönünden incelenmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

38. Bireysel başvuru yapıldıktan sonra 31/7/2018 tarihli ve 30495 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'a geçici madde eklenmiştir.

39. 6384 sayılı Kanun'a eklenen geçici maddeye göre yargılamaların uzun sürmesi ve yargı kararlarının geç veya eksik icra edilmesi ya da icra edilmemesi şikâyetiyle Anayasa Mahkemesine yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Bakanlık İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı (Tazminat Komisyonu) tarafından incelenmesi öngörülmüştür.

40. *Ferat Yüksel* (B. No: 2014/13828, 12/9/2018) kararında Anayasa Mahkemesi yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ya da yargı kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla 31/7/2018 tarihinden önce gerçekleştirilen bireysel başvurulara ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru imkânının getirilmesine ilişkin yolu ulaşılabilir olma, başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesinin bulunup bulunmadığı yönlerinden inceleyerek bu yolun etkililiğini tartışmıştır.

41. Bahsi geçen kararda özetle anılan başvuru yolunun kişileri mali külfet altına sokmaması ve başvuruda kolaylık sağlaması nedenleriyle ulaşılabilir olduğu, düzenleniş şekli itibarıyla ihlal iddialarına makul bir başarı şansı sunma kapasitesinden mahrum olmadığı ve tazminat ödenmesine imkân tanınması ve/veya bu mümkün olmadığında başka türlü telafi olanakları sunması nedenleriyle potansiyel olarak yeterli giderim sağlama imkânına sahip olduğu hususunda değerlendirmelerde bulunulmuştur (*Ferat Yüksel*, §§ 27-34). Bu gerekçeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, ilk bakışta ulaşılabilir olan ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görülen Tazminat Komisyonuna başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun ikincil niteliği ile bağdaşmayacağı

sonucuna vararak başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (*Ferat Yüksel*, §§ 35, 36).

42. Mevcut başvuruda söz konusu karardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

43. Açıklanan gerekçelerle başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

44. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

45. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesini istemiş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

46. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

Adil Yargılanma Hakkı

47. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

48. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67).

49. İncelenen başvuruda hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

50. Bu durumda hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise

bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 3. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

51. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

52. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 3. İdare Mahkemesine (25/1/2012 tarihli ve E.2011/2220, K.2012/88) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

Adil Yargılanma Hakkı

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
17/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

DENİZ ELEKTRİK TAAHHÜT TİC. LTD. ŞTİ. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/780)

Karar Tarihi: 24/6/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL
Raportör	: Zeynep KARAKOÇ
Başvurucu	: Deniz Elektrik Taahhüt Tic. Ltd. Şti.
Vekili	: Av. Ferdi YÜCE

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, vergi ziayı cezalı katma değer vergisinin iptali istemiyle açılan davanın süregelen ve derinleşmiş içtihat farklılığından kaynaklı olarak reddedilmesi nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurular 12/1/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvurular, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurusunun makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiaları yönünden kısmi kabul edilmezlik kararı verilerek başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. 2016/780 numaralı bireysel başvuru ile farklı tarihlerde yapılan 2016/798, 801, 806, 807, 808, 1022 ve 1023 No.lu bireysel başvuruların konu yönünden hukuki irtibatlarının bulunması nedeniyle 2016/780 numaralı bireysel başvuru dosyası ile birleştirilmesine, incelemenin bu dosya üzerinden yürütülmesine ve diğer dosyaların kapatılmasına karar verilmiştir.

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

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde olaylar özetle şöyledir:

9. Başvurucu, elektrik tesisatı işiyle uğraşan bir limitet şirkettir.

10. Başvurucunun, hakkında olumsuz tespit bulunan mükelleflerden mal ve hizmet alımı yaptığının saptanması üzerine 18/3/2010 tarihli yazıyla 2005 takvim yılına ait kanuni defter ve belgelerinin 15 gün içinde ibraz edilmesi başvurucudan talep edilmiştir. Başvurucu şirket yetkililerinin talebi üzerine verilen 15 günlük ek sürede de 2005 yılı yevmiye defteri ibraz edilmemiştir. Başvurucu söz konusu defterin kayıp olduğunu beyan etmiş ve P. gazetesinin anılan defterin kayıp ilanını içeren 14/5/2010 tarihli nüshasını ibraz etmiştir.

11. Vergi inceleme elemanınca düzenlenen 30/6/2010 tarihli vergi inceleme raporunda, başvurucunun geçerli bir mazeret sunmaksızın 2005 yılı yevmiye defterini ibraz etmemesi nedeniyle 2005 yılında yaptığı alışlara ilişkin katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle katma değer vergisi tabloları yeniden oluşturulmuş ve buna göre 2005 yılı Mart ila Aralık dönemlerinde ortaya çıkan farkın resen, üç kat vergi ziyayı cezalı olarak tarh edilmesi önerilmiştir. Öneri doğrultusunda başvurucu adına vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi tarhiyatları yapılmıştır.

12. Başvurucu 30/7/2010 tarihinde tarhiyatlara karşı İstanbul 2. Vergi Mahkemesinde (Mahkeme) davalar açmıştır. Başvurucu yevmiye defterinin kaybolmasının mücbir sebep olarak kabulü gerektiğini

Adil Yargılanma Hakkı

ileri sürmüştür. Başvurucu, yevmiye defteri dışındaki diğer defter ve belgelerin vergi inceleme elemanına ibraz edildiğini ve bunların incelenerek herhangi bir usulsüzlük bulunup bulunmadığının tespiti mümkün iken vergi idaresinin bu yönde bir inceleme yapmadan doğrudan tüm indirimlerini reddetmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Danıştay kararlarına atıfta bulunan başvuru, alış belgeleri incelenip bunların doğruluğunun araştırılarak bir karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

13. Mahkeme 30/6/2011 tarihli kararlarıyla vergi aslı ile bir kat vergi ziyayı cezası yönünden davayı reddetmiş, vergi ziyayı cezasının bir katı aşan kısmını ise iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde, 25/10/1984 tarihli ve 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca, katma değer vergisi indiriminden yararlanılabilmesi için alış belgelerinin kanuni defterlere kaydedilmesinin zorunlu olduğuna vurgu yapılmıştır. Kararda, vergi kanunlarının mükelleflerin vergisel yükümlülükleri ihlal etmelerine bağlanan sonuçları ortadan kaldıracak biçimde yorumlanmasının, hukuka uygunluk denetimi yapmakla sınırlı bir görevi bulunan idari yargının yetkisini aşacağı ifade edilmiştir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun (VDDK) 15/06/2007 tarihli ve E.2007/12, K.2007/220 sayılı kararına atıfta bulunan Mahkeme, yasal defterlerini eksiksiz olarak ibraz etmeyen başvuru adına yapılan tarhiyatın hukuka uygun olduğunu, ancak matrah farkının harici bir araştırmayla değil, başvuru beyannameleri üzerinden tespit edilmesi sebebiyle vergi ziyayı cezasının bir kat olarak uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

14. Başvurucu, Mahkeme kararlarına karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz dilekçesinde, ibraz edilen belgelerin Mahkeme tarafından incelenmeden karar verilmesinin hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Başvurucu, bu konudaki görüşünü destekleyen Danıştay kararları da ibraz etmiştir. Başvurucuya göre alış belgelerinin kanuni defterlere kaydedilmemesi basit bir şekil eksikliğidir ve indirim hakkının ortadan kaldırılmasını haklılaştırmamaktadır. Başvurucu ayrıca, istenmesi halinde yevmiye defterini de ibraz edebileceğini de belirtmiştir. Danıştay Dokuzuncu Dairesi (Daire) 7/10/2012 tarihli kararlarıyla başvuru temyiz istemini kabul ederek Mahkeme

kararlarının davanın reddine ilişkin hüküm fıkralarını bozmuştur. Bozma kararında, vergi mahkemesinin resen araştırma yetkisine atıf yapılarak başvuruçunun -istendiğinde yevmiye defterini ibraz edeceğini bildirmiş olması da gözetilerek- defter ve belgeleri gerektiğinde bilirkişi marifetiyle incelenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

15. Mahkeme 31/12/2013 tarihli kararlarıyla oyçokluğuyla ilk kararında ısrar etmiştir. Kararların gerekçesinde; Türk vergi sisteminde vergiyi doğuran olay ve hukuki durumlarla ilgili her türlü muamelenin prensip olarak belgeye bağlanmasının kabul edildiği, 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrası gereğince de vergi mahkemelerinin vergi idaresine ait vergi incelemesi ve karşıt inceleme yapma yetkisini kullanamayacağı, mahkemelerin sadece idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetlemekle görevli olduğu ifade edilmiştir. Başvuruçunun kanun yolu incelemesi sırasında defterlerini bulmasının ve mahkemeye ibraz etmek istemesinin davanın sonucunu değiştirmeyeceği belirtilmiştir.

16. VDDK 30/12/2014 tarihli kararlarıyla ısrar kararlarını oyçokluğuyla onamıştır. Karar düzeltme istemi de VDDK'nın 11/11/2015 tarihli kararlarıyla reddedilmiştir.

17. Nihai kararlar 28/12/2015 tarihinde tebliğ edilmiş, başvuruçunun 12/1/2016 tarihinde bireysel başvurularında bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Kanun Hükümleri

18. 3065 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Türkiye'de yapılan aşağıdaki işlemler katma değer vergisine tabidir:

1. Ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler,

... "

19. 3065 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

“1. Mükellefler, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak aşağıdaki vergileri indirebilirler:

a) Kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi,

... ”

20. 3065 sayılı Kanun'un 34. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

“Yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait Katma Değer Vergisi, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinden ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebilir.”

21. 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“... ”

B) İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.

Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.

İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir.”

22. 213 sayılı Kanun'un 30. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Resen vergi tarhi, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitine imkan bulunmayan hallerde takdir komisyonları tarafından takdir edilen veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca düzenlenmiş vergi inceleme raporlarında belirtilen matrah veya matrah kısmı üzerinden vergi tarh olunmasıdır. İnceleme raporunda bu maddeye göre belirlenen matrah veya matrah farkı resen takdir olunmuş sayılır.

Aşağıdaki hallerden herhangi birinin bulunması durumunda, vergi matrahının tamamen veya kısmen defter, kayıt ve belgelere veya kanuni ölçülere dayanılarak tespitinin mümkün olmadığı kabul edilir.

...

3. Bu kanuna göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmı tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş olursa veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmezse.

4. Defter kayıtları ve bunlarla ilgili vesikalar, vergi matrahının doğru ve kesin olarak tesbitine imkan vermiyecek derecede noksan, usulsüz ve karışık olması dolayısıyla ihtiyaca salih bulunmazsa.

...

6. (Ek: 30/12/1980-2365/4 md.) Tutulması zorunlu olan defterlerin veya verilen beyannamelerin gerçek durumu yansıtmadığına dair delil bulunursa.

..."

23. 213 sayılı Kanun'un 134. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamaktır..."

24. 213 sayılı Kanun'un 253. maddesi şöyledir:

"Bu Kanuna göre defter tutmak mecburiyetinde olanlar, tuttukları defterlerle üçüncü kısımda yazılı vesikaları, ilgili buldukları yılı takibeden takvim yılından başlayarak beş yıl süre ile muhafaza etmeye mecburdurlar."

25. 213 sayılı Kanun'un 256. maddesi şöyledir:

"Geçen maddelerde yazılı gerçek ve tüzel kişiler ile mükerrer 257 nci madde ile getirilen zorunluluklara tabi olanlar, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi

Adil Yargılanma Hakkı

üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorundadırlar. Bu zorunluluk Maliye Bakanlığınca belirlenecek usule uygun olarak, tasdike konu hesap ve işlemlerin doğrulanması için gerekli kayıt ve belgelerle sınırlı olmak üzere, bu hesap ve işlemlere doğrudan ya da silsile yoluyla taraf olanlara, defter ve belgelerinin tetkiki amacıyla yeminli mali müşavirler tarafından yapılan talepler için de geçerlidir.”

B. Yargı Kararları

26. Danıştay Dördüncü Dairesinin 30/12/2016 tarihli ve E.2016/997, K.2016/7964 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3 üncü maddesinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu belirtilmiş olup, Kanununun 30 uncu maddesinin ikinci fıkrasının 3 üncü bendinde de; bu Kanuna göre tutulması mecburi olan defter ve belgelerin hepsinin veya bir kısmının vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi hali resen takdir nedeni olarak sayılmıştır.

Öte yandan, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde, mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak, kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, 34 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

Katma değer vergisi, bünyesinde yer alan indirim müessesesiyle yansıtılabilir bir vergidir. Katma değer vergisi sisteminde mükellef, üretim ve dağıtım kademeleri içinde, verginin tahsiline, indirimlerin yapılmasına, beyan edilip ödenmesine aracılık eder. Bu bakımdan indirim, mükellefiyete bağlı bir görev olduğu kadar aynı zamanda bir haktır. Katma değer vergisinde genel prensip, vergiye tabi teslimler üzerinden hesaplanan vergiden, alış faturalarında gösterilen verginin indirilmesidir. İndirim konusu yapılabilecek katma değer vergisinin indirilebilmesi için Kanun bazı şartların varlığını öngörmüştür.

Bu şartların bir kısmı esasa, bir kısmı ise şekle ilişkindir. Katma Değer Vergisi Kanunu'nun indirim için aradığı şekil şartları Kanununun 34 üncü maddesinde hükme bağlanmış olup, bunlardan bir tanesi de, katma değer vergisi üzerinde gösterilen mal ve hizmetlere ait alış faturalarının kanuni defterlere kaydedilmesidir. Bundan amaç, indirimin gerçeğe uygun olması ve bu hususun mükelleflerce belgelendirilmesidir. Bu şartlardan herhangi birinin, 213 sayılı Kanunda belirtilen mücbir sebepler mevcut olmamasına rağmen yerine getirilmemesi halinde, mükelleflerin yükledikleri katma değer vergisini indirim konusu yapabilmelerine olanak bulunmamaktadır.

Dosyanın incelenmesinden; 2004 yılı hesap ve işlemleri incelenen davacının, anılan döneme ilişkin defter ve belgelerinin ibrazının istenilmesine rağmen, herhangi bir mücbir sebep gösterilmeksizin defter ve belge ibrazında bulunulmaması üzerine, katma değer vergisi indirimlerinin reddedilmesi sonrasında yeniden düzenlenen beyan tablosu uyarınca, 2004/6 ila 12 nci dönemlerine ilişkin üç kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi tarhiyatlarının yapıldığı; vergi mahkemesince, sonradan mahkemeye ibraz edilen defter ve belgeler üzerinde yaptırılan inceleme sonrasında düzenlenen basit rapor uyarınca vergi ziyayı cezalı tarhiyatların kaldırılmasına özel usulsüzlük cezasının ise onanmasına karar verildiği görülmektedir.

Uyuşmazlıkta; defter ve belge isteme yazısının 17.08.2009 tarihinde davacının ikamet adresinde eşine tebliğ edildiği, buna karşın verilen süre içinde defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmediği sabittir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 'İdari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı' başlıklı 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasında 'idari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlar ile gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.' hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre, idari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılmasını kapsamakta olup, söz konusu yetkilerin idari yargı yerlerince kullanılması sonucunu doğurmamaktadır.

Adil Yargılanma Hakkı

Vergi incelemesi yapmaya yetkili denetim elemanına ibraz edilmediği için, biçimsel varlığının gerçek mahiyetiyle uyumlu olup olmadığı tespit edilemeyen defter ve belgelerin, davacı lehine verilecek karara dayanak alınması, vergilemede esas olan 'gerçek mahiyet'in biçimselliğe feda edilmesi anlamına gelir. Bu bakımdan, gerçek mahiyetiyle uyumlu olduklarının, idari yargı yerince saptanmasına olanak bulunmayan; aksine, yetkili inceleme elemanına ibraz edilmedikleri için, kanıt olma değerini yitiren defter ve belgelere dayanılarak davacı lehine karar verilmesine olanak bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, idari yargı yerinin görevi, idari işlemin tesis edildiği tarihte yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığını denetlemek olduğundan, idari işlemin tesis tarihinden sonra yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi bu yönüyle de mümkün değildir.

Bu durumda, yukarıda açıklandığı üzere mücbir sebep hali olmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyerek indirim hakkından yararlanmak için yasal koşullardan birini yerine getirmeyen davacı adına katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle salınan üç kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergilerinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır."

27. Dairenin 30/1/2017 tarihli ve E.2013/2910, K.2017/407 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Türk Vergi Sistemi, vergiyi doğuran olayın belgelendirilmesi ve bu belgelerin de belli süreler içerisinde yasanın öngörülen defterlere kaydedilmesi esasına dayalıdır. Belge ve kayıt düzeni adı verilen bu esasın amacı; mükelleflerin ve mükelleflerle hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili muamelelerinin, mükelleflerin servet, sermaye ve hesap durumları ile faaliyet ve hesap neticelerinin belli edilmesinin, denetlenmesinin, incelenmesinin ve tespitinin sağlanmasıdır.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 256'ncı maddesinde, mükelleflerin muhafaza etmek zorunda oldukları defter ve belgeleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemeleri üzerine ibraz etmeleri gerektiği hükme bağlanmıştır.

Yasada öngörülen zorunluluğa karşın, usulüne uygun olarak verilen süre içerisinde, haklı mazeret olmaksızın, belge ve defterlerin ibrazından kaçınılması,

vergi idaresinin denetiminden saklanılmak istenilen kimi durumların olduğu ve bunların karşıt inceleme yoluyla ortaya çıkarılmasının engellenmesinin amaçlandığı anlamına gelir. Salt bu nedenle, haklı mazeret olmaksızın, yetkililere ibraz edilmeyen belge ve defterler, ilgilisi lehine kanıt olma değerini yitirirler.

Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesinin 1 numaralı fıkrasında, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği öngörülmüş; aynı Kanunun 29 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasında da, indirim hakkının, vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılı aşılmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabileceği hükmü yer almış olup; buna göre, indirim hakkının, ilgili vesikaların anılan süre içerisinde yasal defterlere kaydedilmesi koşuluyla kullanılması olanaklı bulunmaktadır. Oysa; inceleme elemanına ibraz edilmeyen defterlerdeki kayıtların yasadaki öngörülen süre içerisinde yapıldığının, bu sürenin sona ermesinden sonra, mahkemece tespiti de olanaksızdır.

Olayda; davacıdan defter ve belgelerinin istenmesine karşın inceleme elemanına herhangi bir defter ve belge ibraz edilmediği sabittir. Davacı, ibraz etmeme keyfiyetine herhangi bir mücbir neden göstermemiştir.

Dolayısıyla, hiçbir mücbir sebep bulunmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen yükümlünün daha sonra dava aşamasında mahkemeye ibraz etmesinin vergi incelemesinden amaçlanan sonuçların ortadan kalkmasına sebebiyet vereceği açık olduğundan ve Katma Değer Vergisi Kanunu ile getirilen esaslara uygun bulunmadığından indirimlerin reddi suretiyle yapılan dava konusu tarhiyatta hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

Bu nedenle davayı yazılı gerekçeyle sonuçlandıran vergi mahkemesi kararının yeniden bir karar verilmek üzere bozulması; davacı temyiz isteminin de bu nedenle reddi gerekmiştir."

28. VDDK'nın 25/3/2015 tarihli ve E.2015/16, K.2015/135 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Adil Yargılanma Hakkı

Türk Vergi Sistemi, vergiyi doğuran olayın belgelendirilmesi ve bu belgelerin de belli süreler içerisinde yasada öngörülen defterlere kaydedilmesi esasına dayalıdır. Belge ve kayıt düzeni adı verilen bu esasın amacı; mükelleflerin ve mükelleflerle hukuki ilişkide bulunan üçüncü kişilerin vergi ile ilgili muamelelerinin, mükelleflerin servet, sermaye ve hesap durumları ile faaliyet ve hesap neticelerinin belli edilmesinin, denetlenmesinin, incelenmesinin ve tespitinin sağlanmasıdır. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 54'üncü maddesi ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun belge ve kayıt düzeni ile ilgili maddelerinde bu amacın sağlanmasını olanaklı kılacak düzenlemelere yer verilmiştir.

Sözü edilen yasa maddelerinde öngörülen usul ve esaslara uygun olarak düzenlenen belge ve bu belgelere dayanılarak yapılan kayıtlar, Vergi Hukukunda 'ilk görünüş ya da doğruluk karinesi' adı verilen bir hukuksal ön kabulden yararlanırlar. Ancak, Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesinin 'İspat' başlıklı (B) fıkrasına göre, usulüne uygun olarak düzenlenen belge ve kayıtlarla teosik edilen hukuki muamelelerin vergilendirmeye esas alınabilmesi için, bu biçimsel uygunluk yeterli değildir. Ayrıca belge ve kayıtlarda yer alan işlemin gerçek durumu yansıtmıyor olması da gereklidir. Bu bakımdan; biçimsel olarak kanuna ve kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanılarak yürürlüğe konulan idari düzenlemelere uygun olan belge ve kayıtların vergilendirilmeye esas alınabilmesi için, ilgili oldukları muamelelerin gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılmasına ihtiyaç vardır. Bunu yapma külfeti de, yukarıda sözü edilen (B) fıkrasında öngörülen ilkelere göre, vergi idaresine aittir.

Vergi idaresinin kendi dışında oluşan vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini ortaya çıkarabilmesi ise, defter ve belgelerin istenildiğinde vergi idaresinin denetim ve incelemesine sunulması ve gerektiğinde, şekline ve usulüne uygun belgelerle teosik edilen hukuki muamelelerin karşı taraf nezdinde inceleme ve araştırma yapılması ile olanaklıdır. Bu amaçla, Vergi Usul Kanununun 253'üncü maddesinde mükelleflere defter ve belgeleri 5 yıl süre ile muhafaza etme, 256'ncı maddesinde ise muhafaza etmek zorunda oldukları defter ve belgeleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemeleri üzerine ibraz zorunluluğu getirilmiş; aynı Kanunun 134 ve devamındaki maddelerde de, vergi idaresine mükellefler ve mükelleflerle hukuki ilişkide bulunan kişi ve kuruluşlar nezdinde vergi incelemesi yapma yetkisi tanınmıştır. İlk aşamada

biçimsel doğruluk karinesinden yararlanan belgelerin vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetiyle uygunluğu, ancak bu yetki kullanılarak ortaya çıkarılabilir.

Bütün bu açıklamalardan; usulüne uygun olarak düzenlenen belge ve kayıtların vergilemeye esas alınabilmesi veya yapılan vergilendirme işleminin doğruluğuna kanıt olabilmesi için, ibrazın vergi idaresine veya karşıt incelemeye yetkili elemanına yapılmış olması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yasada öngörülen zorunluluğa karşın, usulüne uygun olarak verilen süre içerisinde, haklı mazeret olmaksızın, belge ve defterlerin ibrazından kaçınılması, vergi idaresinin denetiminden saklanılmak istenilen kimi durumların olduğu ve bunların karşıt inceleme yoluyla ortaya çıkarılmasının engellenmesinin amaçlandığı anlamına gelir. Vergi Usul Kanununun 30'uncu maddesinin 2'nci fıkrasının 3'üncü bendinde, bu Kanuna göre tutulması zorunlu olan defterlerin hepsinin veya bir kısmının vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemesinin, dönem matrahunun re'sen takdirini gerektiren, ayrı bir durum olarak öngörülmüş olmasının nedeni de budur.

Bilindiği üzere; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun idari dava türleri ve idari yargı yetkisinin sınırı başlıklı 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında idari yargı yetkisinin idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu, idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacakları, yürütme görevinin kanunlar ile gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Bu hükme göre idari yargı yerlerinin denetim yetkisi, kanunların idari makamlara bıraktığı yetkilerin kullanılmasının hukuka uygun olup olmadığının araştırılmasını kapsar; yoksa söz konusu yetkilerin idari yargı yerlerince kullanılması sonucunu yaratmaz.

2577 sayılı Kanunun 20'nci maddesinde düzenlenen re'sen araştırma yetkisi, idarenin kendi yetkisini kullanarak yapmış olduğu inceleme ve araştırmaya dayalı idari işlemde kaynaklanan idari uyuşmazlığın çözümünü için gerekli belge ve bilgilerin, davaya bakan yargı yerine sağlanması amacıyla, bir başka anlatımla dava konusu yapılan idari işlemin hukuka uygunluğunu denetleme amacıyla güder. Buna göre davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi sonucu tesis edilen işlemin iptal davasına

Adil Yargılanma Hakkı

konu edilmesi durumunda, idari yargı yerinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağından böyle bir inceleme ve araştırma yapılmasının re'sen araştırma yetkisinin kullanılması olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Böyle olunca; vergi mahkemelerinin vergi idaresine ait vergi incelemesi ve karşıt inceleme yapma yetkisinin kullanılmasının hukuka uygunluğunu denetlemekle yetinecekleri; onların yerine geçerek, vergi incelemesi ve karşıt inceleme yoluyla defter kayıtlarının ve bu kayıtların dayanağı olan belgelerin gerçek durumla uyumlu olup olmadıklarını araştıramayacakları tabiidir. Bunun sonucu olarak, vergi incelemesi yapmaya yetkili denetim elamanına ibraz edilmediği için, biçimselliğinin gerçek mahiyetle uyumlu olup olmadığı tespit edilemeyen defter ve belgelerin, çıkan uyuşmazlık dolayısıyla açılan idari davada, karşıt inceleme yetkisi bulunmayan idari yargı yerince, davacı lehine verilecek karara dayanak alınması, vergilemede esas olan "gerçek mahiyet" in biçimselliğe feda edilmesi anlamına gelir ki, vergiyle ilgili muamelelerinin gerçek mahiyetlerini vergi idaresinin denetiminden kaçırmayı düşünen vergi mükelleflerinin, bunu sağlamak amacıyla, defter ve belgelerinin inceleme elemanı yerine yargı yerlerine ibrazını yeğlemelerine yol açabilecek böyle bir anlayışa Kanun Koyucu'nun izin vereceği düşünülemez. Bu bakımdan; gerçek mahiyetle uyumlu olduklarının, idari yargı yerince saptanmasına olanak bulunmayan defter ve belgelere dayanılarak, bir idari davada, davacı lehine karar verilemez.

Diğer taraftan idari yargı yerinin görevi idari işlemin tesis edildiği tarihte yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olup olmadığını denetlemek olduğu halde, idari işlemin tesis tarihinden sonra yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme ve araştırma sonucuna göre maddi olayda değişiklik olabileceğinden, uyuşmazlık hakkında karar verilmesi halinde idari yargı yerinin görevini belirtilen şekilde yerine getirdiği de söylenemez.

Öte yandan; Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar kanuni defterlere kaydedilmek şartıyla indirilebileceği öngörülmüş; aynı Kanunun 29'ncü maddesinin 3'ncü fıkrasında da, indirim hakkının, vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılı

aşılmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabilceği hükmü yer almış olup; buna göre, indirim hakkının, ilgili vesikaların anılan süre içerisinde yasal defterlere kaydedilmesi koşuluyla kullanılması olanaklı bulunmaktadır. Oysa; inceleme elemanına ibraz edilmeyen defterlerdeki kayıtların yasada öngörülen süre içerisinde yapıldığının, bu sürenin sona ermesinden sonra, mahkemece tespiti de olanaksızdır.

Olayda; temyize konu karara dayanak alınan defter ve belgelerin, davacıya usulüne uygun olarak tebliğ edilen yazı ile ibraz edilmesi istenilmiş olmasına rağmen, inceleme elemanına ibraz edilmediği sabittir. Davacı, ibraz etmeme keyfiyetine gerekçe olarak, hastalığı nedeniyle ibraz edemediğini ileri sürmüş ise de verilen ek sürelerle karşın ibraz etmediği gibi sadece verilen ek sürelerden sonra şifahi olarak evrak, belgeler ile mal alış ve satış faturalarını inceleme elemanına götürdüklerini ancak, gerek olmadığı ifade edilerek alınmadığını ileri sürmektedir. Defter ve belgelerin muhafaza biçim ve süreleri ile ibraz yükümlülüğünü düzenleyen yasal hükümler karşısında, ileri sürülen bu hususların haklı mazeret olarak kabulü mümkün değildir.

Dolayısıyla, hiçbir mücbir sebep bulunmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının daha sonra dava aşamasında bunları mahkemeye ibraz edebileceği yönündeki istemi vergi incelemesinden amaçlanan sonuçların ortadan kaldırılmasına sebebiyet verebileceğinden ve Katma Değer Vergisi Kanunu ile getirilen esaslara uygun olmadığından, ara kararı ile defter ve belgelerin mahkemeye ibrazının istenmesi ve bu defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi hukuka uygun görülmemiştir.”

29. Dairenin 30/12/2016 tarihli ve E.2016/997, K.2016/7964 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

“Uyuşmazlıkta, davacı adına 2009 yılına ilişkin yasal defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmediğinden bahisle düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak 2009/Temmuz -Aralık dönemleri için re’sen tarh edilen katma değer vergisi ile kesilen üç kat vergi ziyayı cezasının kaldırılması istemiyle açılan davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının; dilekçede ileri sürülen sebeplerle temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanununun 30. maddesinde ‘re’sen vergi tarhu’ tanımlanmış, aynı maddenin 3. bendinde, bu Kanuna göre tutulması mecburi

Adil Yargılanma Hakkı

olan defterlerin hepsi veya bir kısmı tutulmamış veya tasdik ettirilmemiş veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara herhangi bir sebeple ibraz edilmemiş olması halinde maddi delillerin var olmadığının kabul edileceği açıklanmıştır. Madde hükmüne göre, defter ve belgelerin her ne sebeple olursa olsun ibraz edilmemesi halinin resen takdir sebebi sayılacağı kuşkusuzdur.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29. maddesinin 1/a bendinde, mükelleflerin, yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, aynı Kanunun 34. maddesinin 1. bendinde, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmesi ve bu vesikaların kanuni defterlere kaydedilmesi şartıyla indirilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümler karşısında katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi için, indirim konusu yapılacak verginin fatura veya benzeri belgeler ile gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmesi ve söz konusu belgelerin kanuni defterlere kaydedilmiş olması gerekmektedir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda re'sen araştırma ilkesi benimsenmiş, aynı Kanunun 31. maddesinin atıfta bulunduğu 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinde, hakim in özel veya teknik bilgiyi gerektiren bir konuda bilirkişi incelemesi yaptırmaya yetkili olduğu belirtilmiştir.

Olayda, defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi nedeniyle re'sen takdire gidilmesi yerinde ise de, davacı tarafından, defter ve belgelerin incelenmek üzere hazır olduğu, istenmesi halinde ibraz edilebileceği hususunun temyiz aşamasında ileri sürüldüğü görüldüğünden, yukarıda sözü edilen re'sen araştırma ilkesi uyarınca Vergi Mahkemesince yükümlünün defter ve belgelerinin asıllarının istenilmesi, ibraz edilecek olan defter ve belgelerden vergi dairesi de haberdar edilmek suretiyle sözkonusu belgelerin gerçekten alış yaptığı emtialara ait faturalar olup olmadığının araştırılması ve gerçek alış faturaları gözönüne alınarak ödenecek verginin tespiti için bu defter ve belgeler üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılmak suretiyle ortaya çıkacak sonuca göre uyuşmazlık hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Öte yandan yapılacak inceleme sonucunda ödenecek katma değer vergisi bulunması halinde kesilecek vergi ziyai cezasının tek kat uygulanması gerektiği açıktır."

30. VDDK'nın 13/12/2017 tarihli ve E.2017/627, K.2017/623 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Davacı adına, sahte fatura kaydı yönünden incelenmek istenen defter ve belgelerini ibraz etmemesi nedeniyle katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek 2009 yılı Ocak ilâ Aralık dönemleri için tekerrür hükümleri (Temmuz ilâ Aralık dönemleri için) dikkate alınarak re'sen salınan üç kat vergi ziyai cezalı katma değer vergileri ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 353'üncü maddesinin 1'inci fıkrası ve mükerrer 355'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezalarına karşı açılan davada; vergi ziyai cezalı katma değer vergileri yönünden davanın reddi yolunda verilen ısrar kararı davacı tarafından temyiz edilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak,düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, aynı Kanunun 34'üncü maddesinin 1'inci bendinde de yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar yasal defterlere kaydedilmek koşuluyla indirilebileceği kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle emtia veya hizmet alışını temsil eden fatura veya yerine geçen belgenin yasal defterlere usulüne uygun olarak kaydedilmesi ve bu belgelerde katma değer vergisinin ayrıca gösterilmesi, katma değer vergisi indirimi yapılabilmesinin ön koşullarıdır. Bu ön koşulların varlığının, sözü edilen defter ve belgelerin ibrazı ve incelenmesiyle saptanabileceği açıktır. Katma Değer Vergisi Kanununun 34'üncü maddesi uyarınca, bu vergiyi indirim konusu yapacak olanlara yüklenen belgelendirme zorunluluğu dışında, indirim konusu yapılacak verginin gerçekten yüklenilmiş olması da gerekmektedir. Zira 29'uncu madde, mükelleflere yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak, bu teslimler nedeniyle düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde gösterilen katma değer vergisinin indirime konu yapılmasına

Adil Yargılanma Hakkı

olanak tanımıştır. Bu yüzden, gerçekte yapılmış bir teslim dayanamaksızın düzenlenen faturalarda gösterilen verginin indirilmesi olanaklı değildir.

Belgelendirme koşulunun varlığı gibi indirim konusu yapılan verginin gerçekten yapılmış bir teslim dayandığının saptanması da öncelikle yükümlülerin yasal defter ve belgelerinin, Vergi Usul Kanununun 227, 171 ve 256'ncı maddelerindeki düzenlemelere göre incelenmesini gerektirmektedir.

Vergi Usul Kanununun 227'nci maddesinin birinci fıkrası, aynı Kanuna göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan ilişki ve işlemlere ait kayıtların belgelenmesinin zorunlu olduğunu; 171'inci maddesi ise vergi uygulaması bakımından yasal defterlerin, mükelleflerin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumlarıyla, vergi ile ilgili faaliyet ve hesap neticelerini saptamak, vergi ile ilgili işlemleri belirlemek, mükelleflerin vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden denetlemek ve incelemek, bu hesap ve kayıtları yardımıyla üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumunu denetlemek ve incelemek amacını sağlayacak şekilde tutulmasını öngörmüş; bu düzenlemelerin sonucu olarak da mükellefler, 256'ncı madde ile saklanması zorunlu her türlü defter, belge ve karneleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemi üzerine ibraz ve incelemeye sunmaya mecbur tutulmuştur.

İndirim konusu yapılan katma değer vergilerinin, alış belgelerinde ayrıca gösterildiğini ve bu belgelerin yasal defterlere usulüne uygun şekilde kaydedildiğini; söz konusu vergilerin gerçekten yapılmış bir teslim dayandığını kanıtlama yükünün mükellefler üzerinde bırakılması, 3065 sayılı Kanunun 34 ve 29'uncu maddelerindeki özel düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemelerin öngördüğü zorunluluk, Vergi Usul Kanununun genel düzenlemesi olan ibraz ödevinin öngörülüş amaçları ve uygulama alanlarından farklıdır.

Katma değer vergisi indirimlerinin; ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle kabul edilmemesine dayanan uyuşmazlığın, iki ayrı yasadaki düzenlemelerin birlikte ele alınarak çözümlenmesi; vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin ortaya çıkarılmasına ilişkin 213 sayılı Kanunun 3'üncü maddesinin de gereğidir. Değişilen maddede, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin yemin dışındaki her türlü delille ispatlanabileceğine değinildikten sonra iktisadi, ticari ve teknik gereklerle

uymayan ve olayın özelliğine göre olağan dışı veya alışılmamış bir durumun, iddia eden tarafından kanıtlanması gerektiği kurala bağlanmıştır.

Defter ve belge isteme yazısının tebliğ edilmesine karşın, onbeş günlük yasal sürede ibraz yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle yapılan tarhiyata karşı açılan davada; davacı, dava dilekçesinde, indirim konusu yapılan vergileri gerçekten yüklediğini, belgelendirme koşullarının yerine getirildiğini, bu durumun doğruluğunu, yargı yerine sunabileceği defter ve belgeleriyle kanıtlayabileceğini iddia etmiş, temyiz dilekçesinde de bu iddiasını devam ettirmiştir.

3065 sayılı Kanun, 34'üncü maddedeki koşulların varlığını kanıtlayamayan yükümlülere indirim yapma olanağı tanımamakla birlikte, katma değer vergisinin yansıma özelliği, bu vergiye ait yükün, nihai tüketiciye intikal etmesini öngörmektedir. Gerçekten yüklenildiği için indirim konusu yapılan bir katma değer vergisi indiriminin, salt ön koşulun varlığı kanıtlanmadığı için kabul edilmemesi, verginin yansıma ve nihai tüketici üzerinde bırakılma özelliğini bozacağından davanın, davacı iddiaları doğrultusunda incelenmesi gerekmektedir.

34'üncü maddede öngörülen ön koşulun varlığının, ilk derece yargı yerine ibraz edilen defter kayıtları ve alış belgelerinden saptanabildiği durumlarda, söz konusu verginin gösterildiği belgelerin gerçekten yapılmış bir teslim dayanak dayandırdığının, dolayısıyla gerçekten yüklenilmiş bir vergi olup olmadığı, Vergi Usul Kanununun, vergi idaresine tanıdığı denetim yetkisi ve teknikleri ile ortaya çıkarılabilecek nitelik taşıdığı açıktır.

Davacının yargı yerine ibraz edeceği defter ve belgeleri üzerinde vergi idaresine tanınmış yetki ve tekniklerin yargı yerince kullanılması; indirim konusu yapılan vergilerin gösterildiği faturaların gerçekten yapılmış bir teslim dayandırdığının ve yüklenilmiş vergi olduğunun, yargılama usulünde öngörülen herhangi bir başka incelemeyle ortaya çıkarılması olanaklı değildir. Esasen davanın; kendisine ibraz edilmemiş olması nedeniyle, yasanın öngördüğü şekilde indirilebilecek vergilerden oluşup oluşmadığı henüz vergi idaresi tarafından belirlenememiş olan kayıt ve belgeler hakkında, idarenin hiçbir görüş belirtmesine olanak tanınmadan sonuçlandırılması da İdari Yargılama Usulü Kanununa uygun düşmeyecektir.

Adil Yargılanma Hakkı

İdari Yargılama Usulü Kanununun, davaların açılması, delillerin toplanması ve ilgililerce sonradan ibraz edilen belgelerin incelenmesini öngören 3, 16, 20 ve 21'inci maddelerinde, tarafların eşit koşullar altında istem ve savunma yapmaları esası öngörülmüştür. Bu cümleden olarak, 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında dava konusu işlem ve belgelerin asılları ve örneklerinin dilekçeye karşı taraf sayısından bir fazla sayıda eklenmesi; 16'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında dava dilekçesi ve eklerinin birer örneğinin davalıya tebliği; 21'inci maddesinde ise dilekçe ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgelerin, bunların zamanında verilmesine imkan bulunmadığına kanaat getirilmesi halinde kabulü ile karşı tarafa tebliği kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle yargılama aşamasında dosyaya taraflarca sunulan ve sunulması kabul edilen belgeler hakkında diğer tarafın görüşünün alınması ve hüküm verilirken değerlendirilmesi gerekmektedir.

İncelenen bu davanın çözümü, davacı tarafın davasına kanıt olmak üzere ilk derece yargı yerine sunabileceğini bildirdiği ancak, daha önce vergi idaresine ibraz edilmemiş defter ve belgelerin gerçekten yapılmış bir teslimine dayanıp dayanmadığının ortaya konulmasına bağlı olup, vergi idaresinin, ancak yargılama sırasında ulaşabildiği bu defter ve belgeler üzerinde, gerek biçimsel yönden, gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusundaki saptamaları, Vergi Usul Kanununun kendisine tanıdığı yetki ve tekniklere göre yapacağında kuşku yoktur.

Bu durumda, vergi mahkemesince, davacının, dava dilekçesinde ibraz edebileceğini belirttiği defter ve belgeleri istenerek, ibraz edilecek belgelerden vergi idaresi de haberdar edilerek, vergilendirmenin konusunu oluşturan katma değer vergisi indiriminin dayandığı faturalarda bu verginin ayrıca gösterilip gösterilmediği, belgelerin yasal defterlere usulüne göre kaydedilip edilmediği ve temsil ettiği hukuki muamelenin gerçek olup olmadığına ilişkin herhangi bir saptama yapılmadan verilen ısrar kararında hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Öte yandan, vergi ziyayı cezasının (Temmuz ilâ Aralık dönemleri için) tekrür nedeniyle artırılarak kesildiği anlaşıldığından yeniden verilecek kararda bu hususun göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır."

31. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun (İBK) 25/7/2019 tarihli ve 30842 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 8/2/2019 tarihli ve E.2013/3, K.2019/1 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"V. KONUNUN ESAS YÖNÜNDEN İNCELENMESİ:

A. MÜCBİR SEBEBİN VARLIĞI NEDENİYLE DEFTER VE BELGELERİN İNCELEMeye İBRAZ EDİLEMEMESİ HALİ:

1. DEĞERLENDİRME:

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. maddesinde, katma değer vergisi mükelleflerine, vergiye tabi işlemler üzerinden tahsil edip vergi dairesine beyan ederek ödemek zorunda oldukları katma değer vergisinden, aynı Kanun'un 29. maddesinde sayılan teslim ve hizmetler dolayısıyla yükledikleri katma değer vergisini, aynı Kanun'un 34. maddesinde belirtilen şartlarla indirebilme imkanı getirilmiştir.

Katma değer vergisi indiriminden yararlanabilmek için, 3065 sayılı Kanun'un 34. maddesinde, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilme ve bu vesikaların kanuni defterlere kaydedilme şartı aranmıştır.

Beyan esasına dayalı olan Türk vergi sisteminde, idarece aksi ortaya konulmadığı müddetçe, mükellefler beyanlarının doğruluğu karinesinden yararlanırlar. Bu ilkeden hareketle, beyanları üzerinden yasal haklardan yararlanan mükelleflerin defter ve belgeleri, zamanaşımı süresi içinde vergi idaresinin incelemeye yetkili elemanları tarafından her zaman incelenebilir. Böyle bir inceleme için defter ve belgelerin, mükelleften istenildiğinde incelemeye yetkili olanlara ibrazı zorunludur. Defter ve belgelerini haklı bir sebep olmaksızın incelemeye ibraz etmeyen mükellefler, beyanlarının doğruluğu karinesinden yararlanamazlar.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 30. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü bendinde, bu Kanun'a göre tutulması mecburi olan defterlerin hepsi veya bir kısmının tutulmaması veya tasdik ettirilmemiş olması veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara, herhangi bir sebeple ibraz edilmemesi hali re'sen tarh sebepleri arasında sayılmıştır.

Öte yandan, 213 sayılı Kanun'un 13. maddesinde sayılan mücbir sebep hallerinden herhangi birisinin bulunması, vergi ödevinin yerine getirilmesini engelleyecek sebep olarak kabul edilmiştir. O halde mücbir sebep halinin

Adil Yargılanma Hakkı

varlığını ispatlayabilen bir mükellefin vergi ödevini yerine getirmedeğinden bahsedilemeyecektir.

Mücbir sebep halinin varlığının ispatı, mutlak bir şekil şartına bağlanmamış olup, ticaret mahkemelerinden alınacak zayi belgesiyle ispat edilebileceği gibi, olayın özelliğine göre ilgili resmi makamlardan alınan ve hukuken itibar edilebilir nitelikteki belgelerle de ispat edilebilir. İspat vasıtalarının niteliği, olayın özelliğine göre, görevli yargı yerlerince değerlendirilecektir.

Buna göre, katma değer vergisi indiriminden yararlanmış bir mükellefin beyanlarının doğru olup olmadığının tespiti amacıyla, defter ve belgelerinin ibrazı istenildiğinde, 213 sayılı Kanun'da tanımlanmış mücbir sebep hallerinden biri sebebiyle defter ve belgeleri zayi olan bir mükellefin, ibraz ödevini yerine getirmesi beklenemez. Böyle bir nedenden dolayı, ibraz ödevini yerine getiremeyen mükellefin katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle adına tarhiyat yapılması ve ceza kesilmesi hukuka uygun düşmeyecektir.

Defterlerle birlikte zayi olan ve katma değer vergisi indirimine esas olan alış belgelerinin, alış yapılan mükelleflerden temin edilerek inceleme elemanına veya mahkemeye ibrazını beklemek de gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır. Zira, alım yapılan mükelleflerin bazen faaliyetini terk etmeleri veya bulunamamaları, bazen de belge asıllarını vermemeleri gibi sebeplerle bu belgeler temin edilememektedir. Dava aşamasında mahkemece, bu belgelerin temin edilmesinin davacıdan istenildiği durumlarda, alım yapılan mükelleflerin defter belge saklama yükümlülük süresi de çoğu zaman dolduğundan, istenilen belgelerin temin edilmesi imkansız hale gelmektedir.

2. SONUÇ:

Bu durumda, mücbir sebebin varlığı halinde;

1- Defter ve belgelerin mücbir sebep dolayısıyla ibraz edilmemesinin re'sen tarh nedeni olduğuna oyçokluğuyla,

2- İspat külfeti açısından ise, içtihatların; mücbir sebebin varlığı halinde mükelleflerin ibraz ödevini yerine getirmelerinin beklenemeyeceği ve indirim konusu yapılan vergilerin, alış belgelerinde ayrıca gösterilmiş olmasını ispatlama yükümlülüğünün de bulunmadığı yolundaki Vergi Dava Daireleri Kurulunun

13.12.2017 tarih ve E:2017/428, K:2017/636 sayılı kararı doğrultusunda birleştirilmesine ...

B. MÜCBİR SEBEP OLMAKSIZIN DEFTER VE BELGELERİN İNCELEMAYA İBRAZ EDİLMEMESİ HALİ:

1. DEĞERLENDİRME:

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, mükelleflerin yaptıkları vergiye tabi işlemleri üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisini indirebilecekleri, aynı Kanun'un 34. maddesinin birinci bendinde de, yurt içinden sağlanan veya ithal olunan mal ve hizmetlere ait katma değer vergisinin, alış faturası veya benzeri vesikalar ve gümrük makbuzu üzerinde ayrıca gösterilmek ve bu vesikalar yasal defterlere kaydedilmek koşuluyla indirilebileceği kurala bağlanmıştır.

Bu düzenlemeler nedeniyle emtia veya hizmet alışı temsil eden fatura veya yerine geçen belgenin yasal defterlere usulüne uygun olarak kaydedilmesi ve bu belgelerde katma değer vergisinin ayrıca gösterilmesi, katma değer vergisi indirimi yapılabilmesinin ön koşullarıdır. Bu ön koşulların varlığının, sözü edilen defter ve belgelerin ibrazı ve incelenmesiyle saptanabileceği açıktır.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 34. maddesinde bu vergiyi indirim konusu yapacak olanlara yüklenen belgelendirme zorunluluğu dışında, indirim konusu yapılacak verginin gerçekten yüklenilmiş olması da gerekmektedir. Zira, 29. madde mükelleflere, yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak, bu teslimler nedeniyle düzenlenen fatura ve benzeri belgelerde gösterilen katma değer vergisinin indirimine konu yapılmasına imkan tanımıştır. Bu yüzden, gerçekten yapılmış bir teslim dayanamaksızın düzenlenen faturalarda gösterilen verginin indirilmesi mümkün değildir.

Belgelendirme koşulunun varlığı gibi indirim konusu yapılan verginin gerçekten yapılmış bir teslim dayandığının saptanması da öncelikle mükelleflerin yasal defter ve belgelerinin, Vergi Usul Kanunu'nun 227., 171. ve 256. maddelerindeki düzenlemelere göre incelenmesini gerektirmektedir.

Adil Yargılanma Hakkı

Vergi Usul Kanunu'nun 227. maddesinin birinci fıkrası, aynı Kanun'a göre tutulan ve üçüncü şahıslarla olan ilişki ve işlemlere ait kayıtların belgelenmesinin zorunlu olduğunu; 171. maddesi ise, vergi uygulaması bakımından yasal defterlerin, mükelleflerin vergi ile ilgili servet, sermaye ve hesap durumlarıyla, vergi ile ilgili faaliyet ve hesap neticelerini tespit etmek, vergi ile ilgili işlemleri belirlemek, mükelleflerin vergi karşısındaki durumunu hesap üzerinden denetlemek ve incelemek, bu hesap ve kayıtları yardımıyla üçüncü şahısların vergi karşısındaki durumunu denetlemek ve incelemek amacını sağlayacak şekilde tutulmasını öngörmüştür.

Anılan düzenlemelerin sonucu olarak 256. maddede, saklanması zorunlu her türlü defter, belge ve karneleri muhafaza süresi içinde yetkili makam ve memurların istemi üzerine ibraz ve incelemeye sunmaya mecbur tutulan vergi mükelleflerince, bu zorunluluğun haklı bir neden olmaksızın yerine getirilmemesi, vergi idaresinin denetiminden kaçınmak ve gizlenmek istenen durumların, karşıt inceleme yoluyla ortaya çıkarılmasını da önlemek anlamını taşıyacaktır. Bu yüzden Vergi Usul Kanunu'nun 3. maddesinin (B) bendinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerin gerçek mahiyetinin, yemin dışındaki her türlü delille ispatlanabileceğine değinildikten sonra iktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan ve olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun, iddia eden tarafından kanıtlanması gerektiği kurala bağlanmıştır.

Vergi idaresine verilen katma değer vergisi beyannamelerinde yüklenilmiş vergi olarak indirim konusu yapılan katma değer vergilerinin, alış belgelerinde ayrıca gösterildiğini ve bu belgelerin yasal defterlere usulüne uygun şekilde kaydedildiğini, 3065 sayılı Kanun'un 34. maddesinden ve söz konusu vergilerin gerçekten yapılmış bir teslim dayandığını ise 29. maddesinden dolayı kanıtlamak zorunda olan taraf vergi mükellefleridir. Bu konuda inceleme yapılmak üzere istenen defter ve belgelerini herhangi bir neden göstermeksizin ibraz etmeyen mükellefler, yaptığı indirimin ön koşulunun varlığını belgelendirememiş, aynı nedenle verginin gerçekten yüklenildiğini vergi idaresine kanıtlayamamıştır. Defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi nedeniyle bu belgelerin ne biçimsel yönden, ne kapsadığı emtia alışının gerçekliği yönünden incelenmesine olanak tanınmıştır. Bu nedenle vergi idaresince, indirim konusu vergilerin alış belgelerinde ayrıca gösterildiğini ve defterlere usulüne uygun olarak kaydedildiğini defter ve belgeleriyle kanıtlayamayan mükellefler adına, 3065

sayılı Kanun'un 34. maddesindeki ön koşulların varlığının kanıtlanmamasından dolayı katma değer vergisi indirimleri kabul edilmeyerek cezalı tarhiyatlar yapılmaktadır.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 34. maddesinde öngörülen ön koşulun varlığı, yargı yerine ibraz edilen defter kayıtları ve alış belgelerinden saptanabileceği halde beyannamede indirim konusu yapılan söz konusu verginin gösterildiği belgelerin gerçekten yapılmış bir teslim dayanak dayanamadığı, dolayısıyla yüklenilmiş bir vergi olup olmadığı hususu Vergi Usul Kanunu'nun yukarıda değinilen kuralları uyarınca, aynı Kanun'da vergi idaresine tanınmış denetim yetkisi ve teknikleri ile ortaya çıkarılabilecek nitelik taşımaktadır.

Tarhiyata karşı açılan davalarda ise, davacılar indirim konusu yapılan vergilerin gerçekten yüklenildiğini, Kanun'un öngördüğü belgelendirme koşullarının yerine getirildiğini yargı yerine sunabileceği defter ve belgeleriyle kanıtlayabileceklerini iddia etmektedirler. 3065 sayılı Kanun, 34. maddesindeki koşulların varlığını kanıtlayamayan yükümlülere indirim yapma olanağı tanımamakla birlikte, katma değer vergisinin yansıma özelliği bu vergiye ait yükün, nihai tüketiciye intikal etmesini öngörmektedir. Gerçekten yüklenildiği için indirimkonusuyapılanbir katma değer vergisi indiriminin, saltönkoşulunvarlığı kanıtlanamadığı için reddedilmesi, katma değer vergisinin yansıma ve nihai tüketici üzerinde kalmasını öngören özelliğini bozacağından davacıların bu yöndeki iddialarının incelenmesi gerekmektedir.

Öte yandan, yazılı yargılama yöntemini benimseyen İdari Yargılama Usulü Kanunu, davaların açılması, delillerin toplanması ve ilgililerce sonradan ibraz edilen belgelerin incelenmesini öngören 3, 16, 20 ve 21. maddelerinde, tarafların eşit koşullar altında istem ve savunma yapmaları esasını öngörmüştür. Bu cümleden olarak, 3. maddesinin üçüncü fıkrasında, dava konusu işlem ve belgelerin asılları ve örneklerinin dilekçeye karşı taraf sayısından bir fazla sayıda eklenmesi; 16. maddesinin birinci fıkrasında, dava dilekçesi ve eklerinin birer örneğinin davalıya tebliği; 21. maddesinde ise dilekçe ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgelerin, bunların zamanında verilmesine imkan bulunmadığına kanaat getirilmesi halinde kabulü ile karşı tarafa tebliği kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemeler nedeniyle yargılama aşamasında dosyaya taraflarca sunulan ve sunulması kabul edilen belgeler hakkında diğer tarafın görüşünün alınması ve hüküm verilirken değerlendirilmesi icap etmektedir.

Adil Yargılanma Hakkı

Davacılar tarafından daha önce vergi idaresine ibraz edilmeyen defter ve belgelerin, gerçek bir ticari harekete ve teslimine dayanıp dayanmadığı konusundaki saptama ancak, her türlü imkan ve yetki ile donatılmış vergi idaresi tarafından yapılacak incelemeyle ortaya konulabileceğinden, vergi mahkemesine sunulacak defter ve belgeler hakkında vergi idaresinin bilgi ve tespitlerine başvurulması bu amacın sağlanması için gereklidir. Yaptığı vergilendirmeye karşı açılan davanın tarafı olan vergi idaresinin, ancak yargılama sırasında ulaşabileceği defter ve belgeler hakkında gerek biçimsel yönden, gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusundaki saptamaları, kendisine Vergi Usul Kanunu'nun tanıdığı yetki ve tekniklere göre yapacağı kuşku yoktur. Vergi mahkemesi tarafından, yukarıdaki saptamalardan sonra durum gerektirdiği takdirde diğer kanıtların, 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinin birinci fıkrası uyarınca elde edilmesi mümkündür. Burada yargı organınca, idarenin yerine geçerek herhangi bir inceleme yapılmamakta, ödenmesi gereken verginin doğruluğu konusunda yargısal denetim yapılmakta olup, bu da İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndan doğmaktadır.

2. SONUÇ:

Belirtilen hukuksal nedenlerle, mücbir sebep olmaksızın defter ve belgelerini, incelemeye yetkili olan inceleme elemanlarına ibraz etmeyen katma değer vergisi mükellefleri adına yapılan cezalı tarhiyatlara karşı açılan davalarda; davacılar tarafından, vergilendirme dönemine ilişkin yasal defterler ve belgelerin mahkemeye sunulabileceğinin ileri sürülmesi halinde, bu defter ve belgeler davacıdan istenilip, defterlerdeki kayıtlar incelenip, bu kayıt ve belgeler hakkında davanın diğer tarafı olan vergi idaresinin görüşü ve saptamaları da alınarak yapılacak hukuki değerlendirilmeye göre karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığından, bu konuda oluşan içtihat aykırılığının, Vergi Dava Daireleri Kurulunun 13.12.2017 tarih ve E:2017/627, K:2017/623 sayılı kararı doğrultusunda birleştirilmesine..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

32. Mahkemenin 24/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

33. Başvurucu; Vergi Dairesi Müdürlüğüne incelenmek üzere defter ve belgelerinin ibrazının istenildiğini ancak kayıp olmaları nedeniyle ibraz edemediğini, hakkında vergi inceleme raporu düzenlenerek vergi ve cezaların tarh edildiğini belirtmiştir. Başvurucu; açtığı davaların haksız olarak reddedildiğini, temyiz incelemesi sırasında defter ve belgelerini bulduğunu ve ibraz edebileceğini beyan etmesine rağmen iddiasının incelenmediğini ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca, temyiz mahkemesinin içtihat değişikliğine giderek önceki kararlarının aksine bir karar verdiğini belirterek mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

34. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

35. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, Ş 16). Başvurucu, sonradan bulduğu defter ve belgelerini incelenmek üzere sunacağını beyan etmesine rağmen bu talebinin Mahkeme tarafından Danıştayın aksi yöndeki kararlarına rağmen kabul edilmediğini ve davalı idarenin sunduğu belgelere göre karar verildiğini belirtmektedir. Bu bağlamda başvuru iddiasının özü itibarıyla hakkaniyete uygun yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmesi uygun görülmüştür.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

36. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan

Adil Yargılanma Hakkı

hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

37. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin davacı ve davalı olarak yargı organlarına başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına "*ve adil yargılanma*" ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesine göre "*değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı metne dâhil*" edilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu ibaresinin eklenmesinin amacının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır (Yaşar Çoban [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 54).

38. Adil yargılanma hakkı, uyuşmazlıkların çözümlenmesinde hukuk devleti ilkesinin gözetilmesini gerektirmektedir. Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında gözönünde bulundurulması zorunlu olan bir ilkedir.

39. Bu noktada hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır (AYM, E.2008/50, K.2010/84, 24/6/2010; E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012). Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

40. Hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanacağı veya birden fazla yorumunun mümkün olduğu durumlarda bu yorumlardan hangisinin benimseneceği derece mahkemelerinin yetkisinde olan bir husustur. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruda derece mahkemelerince benimsenen yorumlardan birine üstünlük tanınması veya derece mahkemelerinin yerine geçerek hukuk kurallarını yorumlaması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesinin kanunilik ilkesi bağlamındaki görevi, hukuk kurallarının birden fazla yorumunun varlığının hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği etkileyip etkilemediğini tespit etmektir (*Mehmet Arif Madenci*, B. No: 2014/13916, 12/1/2017, § 81).

41. Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıması yönüyle olumludur. Ancak uygulamadaki birlikteliği sağlaması beklenen yüksek mahkemeler içinde yer alan dairelerin benzer davalarda tatmin edici bir gerekçe göstermeksizin farklı sonuçlara ulaşması, bir kararın belirli bir daireye düştüğü takdirde onanacağı, başka bir daire tarafından ele alındığı takdirde bozulacağı gibi ihtimale dayalı ve birbirine zıt sonuçları ortaya çıkarır. Bu ise hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine ters düşecektir. Ayrıca böyle bir algının toplumda yerleşmesi hâlinde bireylerin yargı sistemine ve mahkeme kararlarına duymaları beklenen güven zarar görebilir (*Türkan Bal [GK]*, B. No: 2013/6932, 6/1/2015, § 64).

42. Anayasa Mahkemesi; bu noktada derece mahkemelerinin hukuk kurallarını yorumlamasından kaynaklanan içtihat farkının süregelen bir hâl aldığı, başka bir anlatımla kısa sayılamayacak bir zaman dilimi içinde uygulamada birliğin sağlanamadığı durumlarda uygulamadaki tutarsızlıkları ortadan kaldıracak nitelikteki tedbirlerin önemine işaret etmektedir (*Yasemin Bodur*, B. No: 2017/29896, 25/12/2018, § 43).

43. Hukukun üstünlüğü ilkesi gereği yargı sistemine olan güveni sağlamak ve korumakla yükümlü olan devlet, aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracabilecek nitelikte bir mekanizmayı kurmak ve bu mekanizmanın etkin bir şekilde işleyişini sağlayacak düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, adil yargılanma hakkının güvencelerinden

Adil Yargılanma Hakkı

biri olarak kabul edilmelidir. (*Engin Selek*, B. No: 2015/19816, 8/11/2017, § 58).

44. Anayasa Mahkemesi daha önce içtihat farklılıkları yönünden yüksek mahkemelerin görevine dikkat çekmiş ve yüksek mahkemelerin oynaması gereken rolün tam da yargı kararlarında doğabilecek içtihat farklılıklarına bir çözüm getirmek olduğunu açıklamıştır. Bununla birlikte yeni kabul edilmiş bir kanunun yorumlanmasında olduğu gibi bazı hâllerde içtihadın müstakar hâle gelmesinin belirli bir zamanı gerektirdiği ifade edilmiştir (*Türkan Bal*, § 56).

45. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, içtihat farklılığını değerlendirdiği bir kararında Yargıtayın istikrarlı olarak uygulanan içtihattan ayrılarak yeni bir yaklaşımı benimsemesi hâlinde kamuoyu nezdinde yargıya olan güvenin muhafaza edilmesi bakımından yeni yaklaşımın istikrarlı bir şekilde uygulanması gerektiğine dikkat çekmiş ve içtihat değişikliği sonucunda benimsenen yaklaşımın uygulamada birliği sağlamakla görevli yüksek mahkemeler tarafından istikrarlı olarak uygulanmamasının adil yargılanma hakkını ihlal edebileceğine karar vermiştir (*Hakan Altınca* [GK], B. No: 2016/13021, 17/5/2018, § 48).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

46. Başvurucunun mal ve hizmet alımı yaptığı bazı mükellefler hakkındaki tespitler nedeniyle 2005 yılına ait defter ve belgeleri incelenmek üzere istenmiştir. Başvurucu, 2005 yılı yevmiye defterinin kaybolduğu gerekçesiyle bu defteri ibraz edemeyeceğini bildirmiştir. Bunun üzerine başvuru hakkında 30/6/2010 tarihli vergi inceleme raporu düzenlenmiştir. Vergi inceleme raporunda başvurunun yevmiye defterini kaybolduğu gerekçesi ile ibraz etmediği ancak defterin kaybolduğuna ilişkin yasal bir belge de sunamadığı ifade edilmiş, cezalı tarhiyat yapılması gerektiği belirtilmiştir.

47. Mahkeme tarhiyat aşamasında ibrazı istenen yevmiye defterinin ibraz edilmemesi nedeniyle katma değer vergisi indiriminin reddi suretiyle yapılan tarhiyatın hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır. Başvurucunun temyiz dilekçesinde Mahkemenin istemesi halinde yevmiye defterini ibraz etmeye hazır olduğunu belirttiğini gözetin

Daire Mahkemece başvuru tarafından ibraz edilecek belgeler üzerinde -gerekirse bilirkişi marifetiyle- inceleme yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuş ise de Mahkeme ilk kararında ısrar etmiş ve ısrar kararı VDDK tarafından onanmıştır.

48. Uyuşmazlığın çözümü için tarhiyat sırasında başvuru tarafından herhangi bir mücbir sebep bulunmadığı hâlde ibraz edilmeyen defter ve belgelerin yargılama aşamasında incelemeye tabi tutulup tutulmayacağı hususunun vergi mevzuatının yorumlanmasına ilişkin olduğunun ve derece mahkemelerinin yetkisinde kaldığının altı çizilmelidir. Bununla birlikte uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk kurallarının yorumunda yeknesaklığın sağlanamaması, derin ve süregelen içtihat farklılığının bulunması hallerinde yargılamanın hakkaniyeti zedelenebileceğinden bu durumun artık kanun yolunda gözetilmesi gereken hususların incelenmesi yasağı kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

49. Başvuru, Mahkemenin yaklaşımının yerleşik içtihadı aykırı olduğunu öne sürmüştür. Bu itibarla somut başvuruda öncelikle derin ve süregelen bir içtihat farklılığının varlığı, içtihat farklılığı nedeniyle meydana gelen tutarsızlıkların üstesinden gelinmesi için bir mekanizmanın bulunup bulunmadığı, böyle bir mekanizma var ise bu mekanizmanın işletilip işletilmediği incelenmelidir.

50. Vergi yargısında, kanuni defter ve belgelerin mücbir sebep hali olmaksızın vergi inceleme elemanına ibraz edilmemesi sebebiyle mükellefin katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle yapılan cezalı katma değer vergisine yönelik olarak açılan davada söz konusu defter ve belgelerin vergi mahkemesine ibraz edilmesi halinde vergi mahkemesinin nasıl bir karar vermesi gerektiği konusunda süregelen bir görüş ayrılığının bulunduğu görülmektedir. Bir görüşe göre kanuni defter ve belgelerin mücbir sebep hali olmaksızın inceleme elemanına ibraz edilmemesi halinde resen tarh sebebi oluşacağından bunların sonradan vergi mahkemesine ibraz edilmesinin resen tarh sebebine hiçbir etkisi bulunmamakta ve vergi mahkemesince mükellefin beyannamelerinde indirim konusu ettiği katma değer vergisini gerçekten yüklenip yüklenmediği incelenmeksizin davanın reddi gerekmektedir (bkz. §§ 26-28).

Adil Yargılanma Hakkı

51. Buna mukabil katma değer vergisinin amacından hareket eden diğer görüşe göre katma değer vergisi yansıtılmalı bir vergi olup gerçekte nihai tüketici tarafından yüklenilmesi kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Kanuni mükellefin yüklendiği katma değer vergisini defter ve belgelere kaydetmesi verginin gerçekten yüklendiğinin kanıtlanması bakımından önem taşıyan bir önkoşul olup gerçekten vergiyi yüklenen kanuni mükellefin salt bu önkoşulu yerine getirmemesi sebebiyle vergiyi yüklediğini kanıtlayamadığı sonucuna ulaşılması katma değer vergisinin amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu durumda, katma değer vergisini gerçekten yüklediğini iddia eden bir mükellefe bu iddiasını ispatlamasına fırsat tanınmalıdır. Vergi mahkemesi, idareye ibraz edilmeyen defter ve belgelerin kendisine ibraz edilmesi halinde resen araştırma yetkisini de kullanarak başvurucunun indirimi reddedilen katma değer vergisini gerçekten yüklenip yüklenmediğini araştırma yükümlülüğü altındadır (bkz. § 29) Nitekim VDDK'nun 13/12/2017 tarihli ve E.2017/627, K.2017/623 sayılı kararı da bu yöndedir (bkz. § 30).

52. Dolayısıyla kanuni defter ve belgelerin mücbir sebep hali olmaksızın vergi inceleme elemanına ibraz edilmemesi sebebiyle mükellefin katma değer vergisi indirimlerinin reddi suretiyle yapılan cezalı katma değer vergisine karşı açılan davada söz konusu defter ve belgelerin vergi mahkemesine ibraz edilmesi halinde vergi mahkemesinin bunları inceleyip inceleyemeyeceği konusunda derin ve süregelen bir içtihat farklılığının bulunduğu açıktır. Anılan içtihat farklılığı 213 ve 3065 sayılı Kanunların yorumundan kaynaklanmaktadır.

53. Bir hukuk sisteminde bölgesel veya görevsel yetki farklılıkları sebebiyle yargı içtihatlarında farklılıkların oluşabilmesi doğaldır. Esas itibarıyla hukuk kurallarını yorumlama ve uygulama yetkisine sahip olan Danıştayın içtihat değişikliğine gitmiş olması tek başına adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilemez. Ancak bu yargısal içtihat farklılıklarının hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkelerini zedelememesi için en önemli görev yüksek mahkemelere düşmektedir. Yüksek mahkemeler, yargı sistemine olan güveni sağlamak amacıyla aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasındaki derin ve süregelen içtihat farklılıklarını ortadan kaldıracabilecek nitelikteki mekanizmaları

çalıştırarak söz konusu içtihat farklılıklarını ortadan kaldırmalıdır. Dolayısıyla yargılamanın hakkaniyeti bağlamında hukuk devleti ile hukuk güvenliği ilkelerine uyulduğundan söz edilebilmesi için öncelikli olan, ilgili yargısal süreçte oluşabilecek içtihat farklılığının giderilmesidir.

54. Nitekim defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle yapılan vergi ziyai cezalı katma değer vergisi tarhiyatının iptali istemiyle açtığı davada defter ve belgelerin incelenip incelenemeyeceği konusunda yaşanan içtihat farklılığını gidermek için içtihadı birleştirme yolunun işletildiği görülmektedir. İBK 8/2/2019 tarihli kararıyla VDDK'nın 13/12/2017 tarihli ve E.2017/627, K.2017/623 sayılı kararında da benimsenen ikinci görüş doğrultusunda içtihadı birleştirmiştir. İBK'nın anılan kararında da katma değer vergisine ait yükün nihai tüketiciye intikal etmesinin öngörüldüğü, yüklenildiği için indirim konusu yapılan bir katma değer vergisinin indirimininsalt önkoşulunun yerine getirilmemiş olması sebebiyle reddedilmesinin katma değer vergisinin yansıma ve nihai tüketici üzerinde kalmasını öngören özelliğini bozacağı ifade edilmiştir (bkz. § 32).

55. Bununla birlikte belirtilen konudaki görüş ayrılığının içtihat farklılığının derinleşmesini önleyecek bir sürede giderilemediği görülmektedir. Diğer bir ifadeyle farklı mahkemeler arasında görüş ayrılığı bulunmasının makul karşılanabildiği bir süreden sonra giderildiği anlaşılmaktadır. 3065 sayılı Kanun 1984 tarihinden beri yürürlüktedir. Otuz yılı aşkın bir süre, defter ve belgelerin ibraz edilmemesi nedeniyle yapılan vergi ziyai cezalı katma değer vergisi tarhiyatının iptali istemiyle açtığı davada defter ve belgelerin incelenip incelenemeyeceği hususuna ilişkin içtihadın yerleşmesi ve yeknesaklık kazanması bakımından oldukça uzundur. Bu süre zarfında kanunun yorumunda yeknesaklığın sağlanamamış olması, Dairelerin görev sahasına bağlı olarak farklı kararların verilmesi sonucunu doğurmuştur. İchtihadın birleştirildiği tarihten önceki dönemde kişilerin bu kadar uzun bir süre belirsiz bir hukuka maruz bırakılmaları yargılamanın hakkaniyetini zedelediği sonucuna ulaşılmıştır.

56. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

57. Başvurucu, yargılamanın çok uzun sürdüğünü belirterek makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

58. Bireysel başvuru yapıldıktan sonra 31/7/2018 tarihli ve 30495 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'a geçici madde eklenmiştir.

59. 6384 sayılı Kanun'a eklenen geçici maddeye göre yargulamaların uzun sürmesi ve yargı kararlarının geç veya eksik icra edilmesi ya da icra edilmemesi şikâyetiyle Anayasa Mahkemesine yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı (Tazminat Komisyonu) tarafından incelenmesi öngörülmüştür.

60. *Ferat Yüksel* (B. No: 2014/13828, 12/9/2018) kararında Anayasa Mahkemesi yargulamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ya da yargı kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla 31/7/2018 tarihinden önce gerçekleştirilen bireysel başvurulara ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru imkânının getirilmesine ilişkin yolu ulaşılabılır olma, başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesinin bulunup bulunmadığı yönlerinden inceleyerek bu yolun etkililiğini tartışmıştır.

61. Anılan kararda özetle anılan başvuru yolunun kişileri mali külfet altına sokmaması ve başvuruda kolaylık sağlaması nedenleriyle ulaşılabılır olduğu, düzenleniş şekli itibarıyla ihlal iddialarına makul bir başarı şansı sunma kapasitesinden mahrum olmadığı vetazminat ödenmesine imkân tanınması ve/veya bu mümkün olmadığında başka türlü telafi olanakları sunması nedenleriyle potansiyel olarak yeterli giderim sağlama imkânına sahip olduğu hususunda değerlendirmelerde bulunulmuştur (*Ferat Yüksel*, §§ 27-34). Bu gerekçeler doğrultusunda

Anayasa Mahkemesi, ilk bakışta ulaşılabilir olan ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görülen Tazminat Komisyonuna başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun *ikincil niteliği* ile bağdaşmayacağı sonucuna vararak başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (*Ferat Yüksel*, §§ 35, 36).

62. Mevcut başvuruda söz konusu karardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

63. Açıklanan gerekçelerle başvurunun *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. Çalışma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

64. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenbilmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme'ye ek protokoller kapsamına da girmesi gerekir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvurunun kapsamında değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

65. Çalışma ve sosyal güvenlik hakları Anayasa'nın 49. maddesinde güvence altına alınmış olmakla birlikte Sözleşme ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamında bulunmamaktadır (*Mehmet Hadi Tunç*, B. No: 2013/1958, 7/7/2015, § 28).

66. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

67. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

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

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

68. Başvurucu, ihlalin tespiti ile yeniden yargılanma talebinde bulunmuştur.

69. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

70. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

71. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı

fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

72. İncelenen başvuruda hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

73. Bu durumda hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin İstanbul 2. Vergi Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

74. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 1.916 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 4.916 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

Adil Yargılanma Hakkı

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Çalışma haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *konu bakımından yetkisizlik* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde hüküm altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 2. Vergi Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE,

D. 1.916 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 4.916 TL yargılama giderinin başvuruçuya ÖDENMESİNE,

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

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 24/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

EMİN ARDA BÜYÜK BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/28079)

Karar Tarihi: 2/7/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

- Başkan** : Zühtü ARSLAN
- Başkanvekili** : Hasan Tahsin GÖKCAN
- Başkanvekili** : Kadir ÖZKAYA
- Üyeler** : Serdar ÖZGÜLDÜR
Burhan ÜSTÜN
Engin YILDIRIM
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Yıldız SEFERİNOĞLU
Selahaddin MENTEŞ
Basri BAĞCI
- Raportörler** : Fatma Burcu NACAR YÜCE
Ayhan KILIÇ
- Başvurucu** : Emin Arda BÜYÜK
- Vekili** : Av. Yeşim KASAP YETİŞKİN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, güven ilişkisinin bozulduğu gerekçesine dayalı olarak iş akdine son verilmesi üzerine açılan işe iade davasının esası incelenmeden reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/6/2017 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık başvuru ile ilgili olarak görüş bildirilmesine gerek olmadığını belirtmiştir.

7. İkinci Bölüm tarafından 16/1/2020 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Arka Plan Bilgisi

9. Türkiye 15 Temmuz 2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmıştır. Devletin yetkili organları tarafından tehdit değerlendirilmesi yapılarak demokratik anayasal düzene, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine, millî güvenliğe yönelik tehdit oluşturan

Adil Yargılanma Hakkı

tüm terör örgütlerine ve illegal yapılanmalara karşı tedbirler alınması kararlaştırılmıştır (ayrıntılar için bkz. *Aydın Yavuz ve diğ.leri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017).

10. Anılan tedbirler kapsamında olağanüstü hâl ilan edilmiş ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri çıkarılmıştır. Bu çerçevede 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK) 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

11. 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinde devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Millî Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personelin kamu görevinden çıkarılması öngörülmüştür.

12. 667 sayılı KHK 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Kanun'un 29/10/2016 tarihli ve 29872 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi sonucunda kanunlaşmıştır.

B. Somut Başvuruya İlişkin Olay ve Olgular

13. Başvurucu, olay tarihinde Adnan Menderes Üniversitesinde (Üniversite) O. İlaçlama Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti. (Şirket) isimli alt işverene bağlı şekilde hizmet sözleşmesiyle tıbbi sekreter olarak çalışmaktadır. Üniversite Rektörlüğünün 9/9/2016 tarihli yazısıyla 667 sayılı KHK'da belirtilen yapı ve oluşumlarla ilişkisi bulunduğu gerekçesiyle başvurucunun iş akdininin KHK uyarınca feshedilmesi alt işverenden istenmiştir. Alt işveren anılan yazı üzerine başvurucunun iş akdini feshetmiştir.

14. Başvurucu 23/9/2016 tarihinde iş akdinin geçerli bir nedene dayanmadan feshedildiğini belirterek Üniversite ve Şirket aleyhine Aydın 1. İş Mahkemesinde (Mahkeme) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca işe iade davası açmıştır. Başvurucu 4857 sayılı Kanun'un 18. maddesinde belirtilen geçerli fesih sebeplerinin bulunmadığını ileri sürmüştü ve aynı Kanun'un 21. maddesi uyarınca bu durumun tespiti ile işe iadesine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

15. Mahkeme 667 sayılı KHK'nın 4. maddesi hükmüne dayanarak 29/12/2016 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. Kararın gerekçesinde, davalı Üniversitenin asıl işveren, diğer davalı Şirketin ise alt işveren olduğu ifade edilmiş; asıl işveren konumundaki Üniversitenin bir kamu kurumu olması nedeniyle 667 sayılı KHK hükümlerini uygulamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Mahkeme, kamu kurumu tarafından söz konusu KHK hükümlerine göre bir değerlendirme yapıldığı takdirde bunun yerindeliğinin iş mahkemesince araştırılmasının mümkün olmadığını açıklamıştır. Kararda, asıl işveren Üniversite tarafından gönderilen yazıya göre başvurunun iş akdinin alt işveren tarafından feshedildiğine özellikle vurgu yapılmıştır. Mahkeme ayrıca 4857 sayılı Kanun'un olağan koşullar için öngörülen işe iade müessesesine ilişkin hükümlerinin olağanüstü hâl döneminde yapılan fesihler için uygulanamayacağını kabul etmiştir.

16. Başvurucu, karara karşı istinaf yoluna başvurmuştur. İstinaf dilekçesinde, 667 sayılı KHK'da alt işveren bünyesinde çalışmakta olup terör örgütleri ile irtibatı tespit edilen işçilerin iş sözleşmelerinin akıbeti ile ilgili olarak herhangi bir hükmün bulunmadığı ileri sürülmüştür. Başvurucuya göre 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin olayda uygulanması mümkün değildir.

17. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 3. Hukuk Dairesi (Daire) 1/2/2017 tarihli kararında; başvurunun 667 sayılı KHK'nın 4. maddesi kapsamındaki bir işyerinde çalıştığını, KHK'da verilen yetkiye dayanılarak Fetullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması (FETÖ/PDY) ile bağlantısı nedeniyle işine son verildiğini belirtmiştir. Daire, özellikle anılan maddede belirtilen şekil koşullarının gerçekleştiğinden bahsederek "*akdin feshinde yasal bir zorunluluk bulunduğu*" gerekçesiyle ilk derece mahkemesince verilen kararı hukuka uygun bulmuş ve istinaf talebini reddetmiştir.

18. Başvurucunun benzer iddialar içeren temyiz talebi de Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 11/4/2017 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Nihai karar 30/5/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvuru 14/6/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun Hükümleri

19. 4857 sayılı Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bir işveren, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

...

... Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz."

20. 4857 sayılı Kanun'un "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" kenar başlıklı 18. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. ..."

21. 4857 sayılı Kanun'un "Sözleşmenin feshinde usul" kenar başlıklı 19. maddesi şöyledir:

"İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır."

22. 4857 sayılı Kanun'un "Fesih bildirimine itiraz ve usulü" kenar başlıklı 20. maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan hâliyle ilgili kısmı şöyledir:

"İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.

...

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

..."

23. 4857 sayılı Kanun'un "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" kenar başlıklı 21. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiyi en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

...

Adil Yargılanma Hakkı

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. "

24. 4857 sayılı Kanun'un "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" kenar başlıklı 25. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir:

I- Sağlık sebepleri

...

II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri

...

III- Zorlayıcı sebepler:

...

IV- İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması.

İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir. "

25. 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen;

...

f) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinde belirtilenler hariç diğer mevzuata tabi her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dahil) istihdam edilen personel, ilgili kurum veya kuruluşun en üst yöneticisi başkanlığında bağlı, ilgili veya

ilişkili bakan tarafından oluşturulan kurulun teklifi üzerine ilgisine göre ilgili bakan onayıyla kamu görevinden çıkarılır,

g) Bir bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dahil) istihdam edilen personel, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılır.

(2) Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bu fıkra sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır.’’

26. 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen;

...

f) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa ve diğer mevzuata tabi her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, ilgili kurum veya kuruluşun en üst yöneticisi başkanlığında bağlı, ilgili veya ilişkili olunan bakan tarafından oluşturulan kurulun teklifi üzerine ilgili bakan onayıyla kamu görevinden çıkarılır. Bu Kanunun 3 üncü maddesinde belirtilenlerin işlemleri ise söz konusu maddedeki usule göre yapılır.

g) Bir bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılır.

(2) Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bu fıkra sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır.”

2. Yargıtay Kararları

27. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15/11/2018 tarihli ve E.2015/2715, K.2018/1720 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"İş sözleşmesini sona erdiren en önemli sebeplerden biri fesihdir. Fesih, sürekli (belirli ya da belirsiz süreli) bir iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesi ile sona erdiren, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla fesih karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran, karşı tarafın kabulünü gerektirmeyen bir irade açıklamasıdır (Senyen Kaplan, E. Tuncay: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 2016, Sayı 36, s.23).

İş sözleşmesi işçi ile işveren arasında kurulan ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, işçi ile işveren arasında karşılıklı güvene dayanan kişisel ve sürekli bir ilişki yaratır. Bu nedenle işçi veya işveren taraflarından birinin davranışı ile bu güveni sarsması hâlinde güveni sarsılan tarafın objektif iyi niyet kurallarına göre artık bu ilişkiyi sürdürmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda iş sözleşmesi ile bağlı kalamayacağı gerçeğinden hareket eden kanun koyucu, yaptığı düzenleme ile taraflara iş sözleşmesini haklı nedenle tazminatsız fesih hakkı tanımıştır.

Hukukumuzda 'olağanüstü fesih', 'bildirimsiz fesih', 'süresiz fesih', 'önelsiz fesih', 'derhal fesih', 'muhik sebeple fesih' gibi terimlerle ifade edilen haklı nedenle fesih Türk Borçlar Kanunu md. 435, İş K. md. 24 ve 25; Deniz İş K. md. 14, 16; Basın İş K. md. 11'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, haklı nedenle fesih kanunla tanınmış bir haktır. Bir tarafın işte bu haklı nedenle fesih hakkına dayanarak, karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla iş sözleşmesine geçmişe etkili olmaksızın derhal son vermesi, haklı nedenle fesih olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla İş Kanunu, haklı nedenle fesih hakkını 'Haklı nedenle derhal fesih' başlığı altında düzenlemektedir (Mollamahmutoğlu, H./ Astarlı, M. / Baysal, U.: İş Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014, s. 794)."

28. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4/4/2019 tarihli ve E.2015/3294, K.2019/400 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Asıl-alt işverenlik ilişkisi 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun/Kanun/İK/İş Kanunu) 'Tanımlar' başlıklı 2'nci maddesinde düzenlenmiştir.

...

Bu hükme göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir. Kanuna uygun biçimde bir asıl-alt işveren ilişkisi kurulmuş ise, asıl işveren, alt işveren işçilerinin Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi bulunması hâlinde bundan doğan yükümlüklerden işçilere karşı alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır."

29. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 18/10/2012 tarihli ve E.2012/21299, K.2012/23405 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"İşçiye yüklenen iddia açık ve net bir şekilde kanıtlanmamışsa da olayın oluş şekli itibariyle iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni yıkmaya elverişli bir şüpheye dayanılarak yapılmış bir fesih söz konusu ise bu fesih şüphe feshi olarak nitelendirilmektedir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir."

30. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22/10/2007 tarihli ve E.2007/16878, K.2007/30923 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Davalı işveren, davacının geçmişten gelen sabıkası ve özellikle yasadışı örgütle bağlantısı nedeni ile güvenlik önlemi olarak iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu fesih Alman Hukukunda ve Alman Federal Mahkemelerinde şüphe feshi olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir fesihte, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. İşverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir. Davacının geçmişte yasadışı örgüt üyesi olması, davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması, davalı işveren

Adil Yargılanma Hakkı

açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsıldığı, elverişli objektif olay ve vakialara dayanan güçlü bir şüphenin bulunduğu anlamına gelmektedir. Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmelidir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”

31. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 28/3/2018 tarihli ve E.2017/24765, K.2018/6824 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

”Davacı, davalı işyerinde çalışırken FETÖ/PDY terör örgütü ile irtibat ve iltisakının bulunduğu şüphesiyle 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının g bendi gereğince işten çıkartılmıştır. Aynı KHK'nın 4. maddesinin 2. fıkrasının ise '1. fıkraya uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler' hükmüne yer verilmiş ise de fesih işlemine karşı yargı yolu açık olduğuna göre yargı makamları işten çıkartılmış olan işçinin FETÖ/PDY ile irtibat ve iltisakına dair delil durumunu değerlendirerek sonucuna göre karar vermelidir.

Somut olay bakımından davacının FETÖ/PDY ile irtibat ve iltisakı bakımından dosyaya 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin 1. fıkrasının g bendindeki usule göre işten çıkarıldığı hususu dışında hiçbir delil sunulamamış, ayrıca davacı hakkında adli veya idari soruşturma da yapılmamıştır. Açıklanan delil durumuna göre davacının FETÖ/PDY ile irtibat ve iltisaklı olduğuna dair somut hiçbir delil gösterilemediğinden davanın kabulü gerekirken işverenin feshinin geçerli olduğunu kabul eden Bölge Adliye Mahkemesi kararının bozularak ortadan kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir.”

32. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 20/10/2017 tarihli ve E.2017/43277, K.2017/25144 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

”Davacının iş sözleşmesinin feshi 667 sayılı KHK'nın 4. maddesi doğrultusunda davalı işverence oluşturulan komisyon kararıyla davalı idare tarafından gerçekleştirilmiştir.

Davacı işçi 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri çerçevesinde çalışmış olmakla iş sözleşmesinin 29.07.2016 tarihindeki feshinde İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddeleri hükümleri uygulanmalıdır.

Somut olayda davacının iş akdinin feshine neden olan bilgi ve belge işverence tam olarak ibraz edilememiştir. Davacının iş akdinin feshine dayanak objektif

değerlendirmelerin neler olduğu, hangi bilgi ve belgelerin feshine gerekçe yapıldığı davalı Kurumdan araştırılmalı; ayrıca davacı hakkında mevcut ise adli ya da idari soruşturma evrakları, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın Terörle Mücadele, Kaçakçılık, Organize Suçlar ve İstihbarat ile ilgili birimlerinden ve Bilgi Teknolojileri Kurumundan varsa davacı ile ilgili bilgi ve belgeler ile yine Bank Asyaya açılmış mevduat hesapları, hesap hareketleri ve bankacılığa ilişkin işlemler olup olmadığı sorulmalı, tüm bilgi ve belgeler değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik incelemeyle yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirir."

33. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 3/10/2018 tarihli ve E.2018/10430, K.2018/20956 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Yukarıda açıklanan ilke ve esaslar çerçevesinde değerlendirme yapılacak olursa, somut olayda davacının iş sözleşmesinin feshi ile ilgili yasal dayanakların 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte Bakanlar Kurulu kararı ile ülke genelinde ilan edilen Olağanüstü Hal kapsamında çıkartılan kanun hükmünde kararnamelemler olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Söz konusu kararnamelerin iş sözleşmesi ile çalışan işçilere yönelik hükümleri incelendiğinde, gerek 667 sayılı KHK'nin 4. maddesi gerekse 673 sayılı KHK'nin 7. maddesinde bu kanun hükmünde kararnamelemler kapsamında iş sözleşmesi feshedilen işçilerin bir daha yeniden doğrudan veya dolaylı olarak eski işinde veya benzer işlerde görevlendirilemeyecekleri, bunların işe iadesinin mümkün olmadığı şeklinde emredici nitelikte düzenlemelerin yer aldığı görülecektir. Bu yasal düzenlemelerin nitelik itibarıyla, kamu düzenine ilişkin ve açıkça emredici nitelikte olduğu değerlendirildiğinde, açılacak davalarda taraflarca hazırlama ilkesine üstünlük tanınamayacağı göz önüne alınmalıdır. Bu itibarla, ilgili kanun hükmünde kararnamelemler kapsamındaki fesihlere ilişkin olarak açılan işe iade davalarında, taraflarca hazırlama ilkesi yerine istisnai nitelikteki kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması gerekmektedir.

Buna göre görülmekte olan davada, sözleşmenin feshine dayanak bilgi ve belgelerin mahkemece resen araştırılması gerekmekte ise de, dosyada sadece Erzurum Cumhuriyet Baş Savcılığına davacı hakkında soruşturma veya kovuşturma olup olmadığı yönünde yazılan yazı cevabi ile yetinildiği, bu yönde başkaca bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesinin

Adil Yargılanma Hakkı

feshine dayanak objektif değerlendirmelerin neler olduğu, hangi bilgi ve belgelerin feshine gerekçe yapıldığı davalı bankadan sorularak; bunun yanında resen araştırma ilkesi kapsamında davacı hakkında mevcut ise adli ya da idari soruşturma evrakları, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın Terörle Mücadele, Kaçakçılık, Organize Suçlar ve İstihbarat ile ilgili birimlerinden ve Bilgi Teknolojileri Kurumu'ndan getirilmeli, varsa davacı ile ilgili bilgi ve belgeler ile yine Bank Asya nezdinde açılmış mevduat hesapları, hesap hareketleri ve bankacılığa ilişkin işlemler olup olmadığı sorulmalı, tüm bilgi ve belgeler değerlendirilerek ulaşılabilecek sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Eksik incelemeyle yazılı gerekçe ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davacının davasının kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirir."

34. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2/10/2017 tarihli ve E.2017/40671, K.2017/20227 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dosya içerisindeki kayıt ve belgelerden; davacının, mutfak personeli olarak çalışmakta iken, iş akdinin Türkiye Cumhuriyeti Devleti içerisinde yapılanan 'Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması' nın (FETÖ/PDY) ve/veya diğer terör örgütlerinin (PKK, PYD, DAİŞ, DHKP-C) sosyal medya üzerinden propagandasını yapmak, finansal destek sağlamak, doğrudan ya da dolaylı yardımda bulunmak suretiyle işbirliği içerisinde olabileceği şüphesi ile' sona erdirildiği görülmüştür. Bölge Adliye Mahkemesince davacının iş sözleşmesinin feshinin 'şüphe feshi' nedeniyle 667 sayılı KHK kapsamında FETÖ ile irtibatlı olduğu gerekçesiyle yerinde olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

Dosyada şüphe feshine dayanak oluşturacak nedenler araştırılmamıştır. Öncelikle davacı hakkında varsa adli ya da idari soruşturma evrakları, emniyet ve diğer güvenlik güçlerinden gelecek feshine dayanak bilgi ve belgeler ile taraf delilleri toplanmak suretiyle bir değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır."

B. Uluslararası Hukuk

35. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla

kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir.”

36. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 6. maddesinin medeni hukuk alanına giren konularda uygulanabilirliği ilk olarak bir uyuşmazlığın varlığına bağlıdır. İkinci olarak uyuşmazlık en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek hak ve yükümlülükler ile ilgili olmalıdır. Son olarak bu hak ve yükümlülüklerin -her ne kadar bizzat 6. madde bu hak ve yükümlülüklerle Sözleşmeciler devletlerin hukuk sistemi içinde belirli bir anlam atfetmesi de- Sözleşme anlamında medeni nitelikte olması gerekmektedir (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 81).

37. AİHM; Sözleşme'nin 6. maddesinin Sözleşmeciler devletlerin iç hukukunda geçen bir *hak* için belirli bir anlam öngörmediğini, bir hakkın var olup olmadığını karara bağlamada ilke olarak iç hukuka başvurulacağını, ulusal mahkemelerin bu konudaki değerlendirmelerinden farklı bir sonuca ulaşılması için güçlü gerekçelerin olması gerektiğini ifade etmiştir. AİHM yetkililerin belli bir başvuru tarafından talep edilen tedbir ile ilgili karar verme sürecindeki takdir hakkını kullanıp kullanmadığının dikkate alınabileceğini, hatta bu durumun belirleyici olabileceğini, bununla birlikte salt bir kanun hükmünün lafzında bir takdir unsurunun bulunmasının bir hakkın varlığını tek başına hükümsüz kılmayacağını, benzer durumlarda iddia edilen hakkın yerel mahkemelerce tanınması veya yerel mahkemelerin başvuru talebinin esasını incelemesi hususunun da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir (*Boulois/Lüksemburg* [BD], B. No: 37575/04, 3/4/2012, §§ 91-94).

38. AİHM; mahkeme hakkı ile ilgili olarak verdiği *Kutić/Hırvatistan* (B. No:48778/99,1/3/2002) kararında yaptığı değerlendirmede ise Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının hukuki uyuşmazlıkların tespiti için mahkemeye erişim hakkını güvence altına aldığını yinelemekte ancak bu hakkın yalnızca dava açma hakkı ile sınırlı olmadığını, aynı zamanda mahkemenin *uyuşmazlık konusundaki kararını* elde etme hakkını da kapsadığını belirtmektedir. AİHM'e göre bir taraf devletin iç hukuk sistemi uyarınca, bir birey tarafından açılan davaya ilişkin yürütülen

Adil Yargılanma Hakkı

yargılamalar neticesinde davanın nihai bir karara bağlanacağı garanti edilmeden bu kişinin bir mahkeme önünde hukuk davası açmasına izin verilmesi yanlıcı olur. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının davacılara tanınan usule ilişkin güvenceleri -adil, aleni ve hızlı yargılama- uyusmazlıklarının nihai bir çözüme kavuşturulacağını garanti etmeksizin detaylı olarak açıklamasının anlamsız olacağına dikkat çekmektedir (*Kutic/Hırvatistan*, § 25).

39. Diğer taraftan AİHM, bir istihbarat personelinin görevini gerçekleştirmeye zihinsel olarak uygun olmadığına dair doktor raporu nedeniyle görevine son verilmesi üzerine açılan davada, yargı yerinin doktor raporunu irdelemeyi reddetmesinin ve raporu tartışmamasının Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. AİHM, başvurunun istihbarat toplama ve verileri işlemekten sorumlu olan Ulusal Güvenlik Teşkilatında bir memur olduğunu ve meşru ulusal güvenlik hususlarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan hakların kısıtlanmasının haklı kılınabileceğini belirtmiş, ancak bununla güdülen amacın meşruluğunun ve orantılılığının gerekçelendirilmediğine dikkat çekmiştir (*Fazliyski / Bulgaristan*, 40908/05, 16/4/2013, §§ 56-63).

40. Benzer şekilde AİHM, Cezayir'deki tıp fakültesinden mezun olan bir başvurunun diplomasının denkliğinin tanınmaması nedeniyle açtığı davada, Fransa Danıştayının başvuru tarafından ileri sürülen hukuki meseleler ile maddi olayları değerlendirmeden yalnızca idari makamların mütekabiliyet şartı ile ilgili görüşüne bağlı kalarak karar vermesi nedeniyle başvurunun ileri sürdüğü iddialar çerçevesinde uyusmazlığın tespiti ile ilgili tüm olgusal ve hukuki konuları incelemek üzere yeterli yargı yetkisine sahip olan bir mahkemeye eriştiğinin düşünölemeyeceğini belirterek Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Chevol/Fransa*, B. No: 49636/99, 13/2/2003, §§ 76-84).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

41. Mahkemenin 2/7/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünöldü:

A. Başvurucunun İddiaları

42. Başvurucu; Mahkemenin 667 sayılı KHK'nın 4. maddesini gözeterek davayı reddettiğini, oysa iş akdinin sözü edilen KHK'daki usule göre feshedilmediğini, zira kendisinin alt işveren çalışanı olduğunu vurgulamıştır. Başvurucu; Mahkemenin kendisine savunma hakkı tanımadan karar verdiğiinden, hakkında FETÖ/PDY ile ilgili herhangi bir soruşturma olmamasına rağmen bu örgütle iltisak ve irtibatlı olduğu gerekçesi ile davanın reddedildiğinden yakınmıştır. Dosyada terör örgütü ile irtibatı ve örgüte iltisakı olduğuna dair herhangi bir delil bulunmadığını belirten başvurucu; benzer durumda olan bir iş arkadaşının açtığı davanın kabul edildiğini, kendi davasının bu şekilde reddedilmesinin masumiyet karinesini zedelediğini belirterek Anayasa'nın 10., 36., 38. ve 49. maddelerinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

B. Değerlendirme

43. Anayasa'nın iddianın değerlendirilmesinde dayanak alınacak "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

44. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu, delillerin toplanmaması nedeniyle savunma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştü de iddiaların özü davaya konu uyumsuzluğun esası hakkında bir inceleme ve değerlendirme yapılmadan davanın reddedilmesine yönelik olduğundan başvurunun mahkeme hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Uygulanabilirlik Yönünden

45. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, suç isnadına bağlı yargılamaların yanında bir kimsenin *medeni hak ve yükümlülüklerinin* karara bağlanmasıyla ilgili yargılamalarda da

Adil Yargılanma Hakkı

uygulanır. Anayasa'nın 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *medeni* meselelerde uygulanabilmesi için ortada hukuk düzeni tarafından kişiye tanınmış veya en azından savunulabilir temeli bulunan bir *hakkın* bulunması gerekir. Ayrıca bu hakka ilişkin olarak ilgili kişinin menfaatini etkileyen bir uyuşmazlık mevcut olmalıdır. Öte yandan bu uyuşmazlık ihtilaf konusu hakkın tespiti ve bu haktan yararlanılması bakımından belirleyici bir nitelik arz etmelidir (*Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem, B. No: 2015/7942, 28/5/2019, § 28*).

46. Bireylerin *iş sözleşmesine bağlı olarak çalışma hakları ile iş sözleşmesinin* geçerli sebebe dayanmaksızın feshi hâlinde feshin geçersizliği ve buna bağlı olarak mahkemelerden tazminat talep edebilme hakkı 4857 sayılı Kanun kapsamında koruma altına alınmıştır. Somut olayda başvurucunun iş sözleşmesinin feshi üzerine feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadeye karar verilmesi amacıyla dava açılmıştır. Başvurucunun iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı ve bu bağlamda işe iade koşullarının oluşup oluşmadığı hususu uyuşmazlığın esasını oluşturmaktadır. Bu yönüyle dava, başvurucunun işe iadesini ve başvurucuya tazminat ödenmesini temin edebilecektir. Bu durumda bireysel başvuru konusu davanın başvurucunun medeni hak ve yükümlülükleri yönünden belirleyici bir nitelik taşıdığı ve adil yargılanma hakkının tüm güvencelerinin bu davada uygulanması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

2. Kabul Edilebilirlik Yönünden

47. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkeme hakkının ihlal edildiğine yönelik iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

3. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

48. Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasında, hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma

hakkı, kişilere davanın görüldüğü mahkemeden uyuşmazlığa ilişkin bir karar verilmesini isteme güvencesini de sağlar. Öte yandan Sözleşme'yi yorumlayan AİHM de Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkeme hakkı şeklinde genel bir hakkı düzenlediğini kabul etmekte ve bu hakkın karar hakkını da içerdiğini ifade etmektedir (*İbrahim Demiroğlu* [GK], B. No: 2017/15698, 26/7/2019 § 54).

49. Demokratik bir toplumda vazgeçilmez bir hak niteliğindeki adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkeme hakkı; uyuşmazlığın bir mahkeme önüne getirilebilmesini, dava konusu edilen uyuşmazlığa ilişkin esaslı iddia ve savunmaların yargı merciince incelenerek değerlendirilmesini ve bir karara bağlanmasını, ayrıca verilen kararın icra edilmesini gerektirir. Buna göre mahkeme hakkı; mahkemeye erişim hakkı, karar hakkı ve kararın icrası hakkını içerir. Karar hakkı genel itibarıyla mahkeme önüne getirilen uyuşmazlığın karara bağlanmasını isteme hakkını ifade eder. Zira dava hakkını kullanan bireyin asıl amacı uyuşmazlık konusu ettiği talebinin esasıyla ilgili olarak davanın sonunda bir karar elde edebilmektir. Bir başka ifadeyle dava sonucunda şayet bir karar elde edilemiyorsa dava açmanın da bir anlamı kalmayacaktır. Öte yandan karar hakkı bireylerin sadece yargılama sonucunda şekli anlamda bir karar elde etmelerini güvence altına almaz. Bu hak aynı zamanda dava konusu edilen uyuşmazlığa ilişkin esaslı taleplerin yargı merciince bir sonuca bağlanmasını da gerektirir (bazı farklarla bkz. *İbrahim Demiroğlu*, § 55).

50. Mahkeme hakkı Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkıyla da yakından ilişkilidir. Bilindiği gibi Anayasa'nın 40. maddesinde Anayasa'da güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı (etkili başvuru hakkı) güvence altına alınmaktadır (Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018, § 59). Etkili başvuru hakkı; anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlamaya) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı sağlanmasıdır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine

Adil Yargılanma Hakkı

ilişkin iddiaların ileri sürülebileceği bir başvuru yolunun mevzuatta öngörülmesi yeterli değildir. Söz konusu başvuru yolunun aynı zamanda uygulamada da etkili olması gerekir (Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, §§ 60, 61).

51. Mahkemenin önündeki uyuşmazlığı karara bağlarken taraflardan birinin iddia ve savunmasına bağlı kalarak buna karşı diğer tarafın öne sürdüğü esaslı itirazları tartışmadan yargılamayı sonuçlandırması hâlinde -ortada şekli anlamda bir karar bulunsa bile- gerçek anlamda bir yargılama yapıldığından bahsedilemeyecektir. Bu durumda uyuşmazlığa karşı yargı yolunun teorik olarak açık olması pratikte bir anlam ifade etmeyecek, böylece mahkeme hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı bir yanılısamadan ibaret kalacaktır.

52. Mahkemenin önündeki uyuşmazlığın esasını incelememesi sadece adil yargılanma hakkını zedelemekle kalmaz, aynı zamanda davanın konusunu oluşturan medeni hakkın bağlantılı bulunduğu diğer (maddi) hak ve özgürlükler yönünden etkili başvuru hakkının ihlal edilmesine de yol açabilir. Yargısal başvuru yolları, çoğunlukla bir hak veya özgürlükle bağlantılı uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla ihdas edilmiştir. Kişiler dava açmak suretiyle mahkemelerden hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak yargısal koruma talep etmektedir. Bireylerin yargısal koruma taleplerine cevap vermek, bu bağlamda dava konusu uyuşmazlığın esasını inceleyerek iddia ve savunmaları değerlendirdikten sonra davayı karara bağlamak yargı mercilerinin anayasal yükümlülüğüdür.

53. Bununla birlikte öngörülen yükümlülüğün mutlak olmadığı da belirtilmelidir. Bu bağlamda mahkeme hakkının görülmekte olan bir davanın yargılama usulü kuralları gereğince esasının incelenemeyeceği durumlara özgü olarak neticelenmiş olmasını da (düşme, açılmamış sayılma, karar verilmesine yer olmadığı, süre aşımı vb.) yasaklamadığı belirtilmelidir. Davanın usule ilişkin haklı bazı nedenlerle reddedilmesi, karar hakkı yönünden bir sorun oluşturmaz. Zira söz konusu hakkın sağladığı güvence bakımından önemli olan husus, açıldığı sırada davanın -usule ilişkin sorunlar hariç- uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturma potansiyeline sahip olmasıdır (bazı farklarla bkz. İbrahim Demiroğlu, § 56).

54. Öte yandan *İbrahim Demiroğlu* kararında; devletin uyuşmazlıkların bir an önce sonlandırılması ve yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının önüne geçilerek dava sayısının azaltılması suretiyle iyi adalet yönetimini sağlamak, böylece toplumsal barışın tesis edilmesine de katkıda bulunarak nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla belirli konulardaki uyuşmazlıklara ilişkin davaların ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler yapma konusunda takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Söz konusu kararda yapılan değerlendirmeye göre yargı merciince uyuşmazlığın esasının incelenmesini engelleyen ve dolayısıyla bireyin bu hususta bir karar elde etme imkânını ortadan kaldıran bu tip düzenlemeler karar hakkını ihlal etmez. Bununla birlikte bireyin karar elde etme imkânını ortadan kaldıran düzenlemelerin bireye aşırı ve orantısız bir yük yüklememesi gerekmektedir. Bu bağlamda bireyin ortadan kaldırılan davayı açmakla elde etmek istediği maddi uyuşmazlığa ilişkin menfaatlerini kısmen de olsa korumaya, telafi etmeye yönelik birtakım imkânlardan faydalandırıldığı durumlarda davanın ortadan kaldırılmasının bireye aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklediği söylenemeyecektir (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *İbrahim Demiroğlu*, § 57).

55. Ayrıca adil yargılanma hakkı davanın sonucuna yönelik bir güvence içermemektedir. Anılan hak yargılama sürecinin adil olarak yürütülmesini temin edecek birtakım usul güvenceleri sunmaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuru incelemelerinde adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirme yapılırken davanın sonucuna ilişkin bir çıkarım yapılması mümkün değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin tarafların öne sürdüğü ve esasa etkili olan iddiaların -mahkeme hakkının gereği olarak- derece mahkemelerince işin mahiyetinin gerektirdiği ölçüde incelenip incelenmediğini denetleme görevi bulunmaktadır.

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

56. Somut olayda Üniversitede alt işverene bağlı şekilde hizmet sözleşmesiyle tıbbi sekreter olarak çalışan başvurucunun iş sözleşmesi, FETÖ ile irtibatı bulunduğu gerekçesiyle feshedilmiştir. Başvurucu, iş akdinin geçerli bir nedene dayanmadan feshedildiğini belirterek Üniversite ve alt işveren aleyhine 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesi hükmü uyarınca işe iade istemiyle dava açmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

57. Başvurucu, davanın esasının iddia ve savunmaları doğrultusunda Mahkemece incelenmediğinden yakınmaktadır. Öncelikle başvurunun açtığı işe iade davasında derece mahkemelerinin uyuşmazlığın esasını karara bağlayıp bağlamadıkları incelenmelidir. Somut olayda Mahkemenin gerekçeli kararında davanın esastan reddedildiği belirtilmiştir. Ancak Mahkemenin davayı esastan reddettiğini ifade etmesi gerçek anlamda uyuşmazlığın esasının çözümlendiği anlamına gelmez. Uyuşmazlığın esasının karara bağlandığından söz edilebilmesi için derece mahkemelerinin iş hukuku hükümleri çerçevesinde feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığını incelemiş olması gerekir.

58. Mahkeme davayı reddederken başvurunun iş sözleşmesinin 667 sayılı KHK hükümlerine dayalı olarak feshedildiğini, bu durumda yargı merciinin kamu kurumu tarafından yapılan değerlendirme ve tespitin yerindeliğini denetlemesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi ise feshe yetkili makam tarafından başvurunun FETÖ/PDY ile bağlantısı nedeniyle işine son verildiğini ve akdin feshinde yasal zorunluluk bulunduğunu belirterek istinaf talebini reddetmiştir.

59. Mahkemenin kamu kurumu tarafından yapılan değerlendirme ve tespitin yerindeliğinin yargı merciince araştırılmasının mümkün olmadığını belirterek davayı reddettiği gözetildiğinde uyuşmazlığın esasını karara bağlamadığı açıktır. Her ne kadar Bölge Adliye Mahkemesi ek bir gerekçe koyarak istinaf talebini reddetmiş ise de Bölge Adliye Mahkemesinin de uyuşmazlığın esasıyla ilgili bir değerlendirme yapmadığı görülmektedir. Bölge Adliye Mahkemesi, iş sözleşmesinin feshinin yasal bir zorunluluk olduğundan söz etmiş ancak ilgili kanunun koşullarını tartışmadığı gibi 4857 sayılı Kanun çerçevesinde feshin geçerli olup olmadığına dair bir değerlendirme de yapmamıştır. Bu hâliyle Bölge Adliye Mahkemesince yapılan değerlendirmenin de işin esasıyla ilgili olmadığı açıktır.

60. Şu hâlde uyuşmazlığın esasını incelenerek bir karar verilmediğinden başvurunun karar hakkına bir müdahalede bulunulduğu kabul edilmelidir. Bundan sonraki aşamada uyuşmazlığın esasının karara bağlanmasını önleyen bir yasal düzenlemenin bulunup bulunmadığı ve varsa böyle bir düzenlemenin başvurucuya aşırı külfet yükleyip yüklenmediği incelenmelidir (bkz. § 54).

61. İlk derece mahkemesi kamu kurumu tarafından yapılan değerlendirme ve tespitin yerindeliğinin yargı merciince araştırılmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. İlk derece mahkemesi 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin işçileri de kapsayacak şekilde düzenlendiğini vurgulamıştır. Bölge Adliye Mahkemesi de başvurucunun iş sözleşmesinin feshedilmesinin zorunlu olduğu sonucuna varırken 667 sayılı KHK'nın 4. maddesini dayanak göstermiştir. Derece mahkemelerinin dayanmış olduğu 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinde, kamu kurumlarında çalışan ve devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Millî Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen *işçi dâhil* personelin kamu görevinden çıkarılacağı belirtilmiştir.

62. Anılan kuralda öngörülen işten çıkarma usulünün kamu çalışanlarını, kamu kurum ve kuruluşlarını ve buralarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personeli kapsadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu hükmün, kamu kurum ve kuruluşlarının alt işverenlerine bağlı olarak çalışan işçileri kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Mahkeme 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin işçileri kapsadığını vurgulamış ise de anılan maddedeki *işçi dâhil* kavramının alt işverene bağlı olarak çalışan işçileri kapsayıp kapsamadığını açıklamamıştır.

63. Ancak somut olaydaki meselenin özü gözetildiğinde 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin alt işverene bağlı olarak çalışan işçileri kapsayıp kapsamadığı hususunda kesin bir değerlendirme yapılmasının bu başvuru itibarıyla zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira somut olaydaki işe iade davasının temelini -667 sayılı KHK'nın 4. maddesi alt işverene uygulanabilir olsun veya olmasın- 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu madde uyarınca açılan davadaki uyuşmazlığın özü başvurucunun iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığıdır. Yukarıda yer verilen Yargıtay kararları gözetildiğinde 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin davanın bu niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmadığı, sadece *devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Millî Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üye olunmasını*,

Adil Yargılanma Hakkı

mensubiyetin veya iltisakın yahut irtibatın bulunmasını geçerli bir fesih nedeni olarak düzenlediği anlaşılmaktadır (bkz. §§ 31-34). Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun kuralda belirtilen örgüt, yapı, oluşum veya gruplara üyelik veya mensubiyet bulunmasını ya da bunlarla iltisaklı veya bağlantılı olunmasını işçi ile işveren arasında güven ilişkisini zedeleyen bir olgu olarak kabul ettiği gözlemlenmektedir. Bu durumda alt işveren tarafından 667 sayılı KHK'nın 4. maddesine dayanılarak gerçekleştirilen fesih işlemine karşı açılan davadaki incelemenin feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespitine yönelik olacaktır.

64. Söz konusu kuralda, devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Millî Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi öngörülmüş, ancak yargı mercilerinin denetim yetkisini kısıtlayan herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu bakımdan 667 sayılı KHK'nın 4. maddesi dayanak gösterilerek iş sözleşmesi feshedilen işçiler tarafından açılan işe iade davalarının esasının incelenmesini önleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla derece mahkemelerinin başvurusunun iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığını inceleme yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmasını gerektirecek herhangi bir neden söz konusu değildir.

65. Kısacası 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinde belirtilen örgüt, yapı, oluşum veya gruplara üye olunması ya da bunlara mensubiyetin veya iltisakın yahut irtibatın bulunması geçerli bir fesih sebebi olarak öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme sözü edilen yapılarla irtibatının bulunduğu gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin açtığı işe iade davasında derece mahkemelerinin geçerli fesih sebebi olarak gösterilen olguyu, diğer bir ifadeyle işçinin kuralda belirtilen yapılarla irtibatının bulunup bulunmadığını iş hukuku kurallarını da gözeterek araştırma ve ortaya koyma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Somut olayda ise derece mahkemeleri başvurusunun FETÖ/PDY ile irtibatının bulunup bulunmadığını ve dolayısıyla geçerli feshin koşullarının oluşup oluşmadığını tartışmamışlar, bu konuyu karara bağlamamışlardır. Başka

bir ifadeyle derece mahkemeleri yargısal fonksiyonun esasını oluşturan uyumsuzluğun içinde yer alan maddi ve hukuki sorunların bütünüyle ele alınması ve karara bağlanması işlevini yerine getirmemişler, gerçek anlamda bir yargısal faaliyet icra etmemişlerdir. Bu durumda başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

66. Başvurucunun açtığı işe iade davasının esasının incelenmesini engelleyen bir yasal hüküm bulunmadığından mahkeme hakkına yapılan müdahalenin başvurucuya aşırı bir külfet yükleyip yüklenmediğinin incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

67. Açıklanan gerekçelerle başvuru hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkeme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

4. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

68. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

69. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesini istemiş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

70. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi

Adil Yargılanma Hakkı

diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

71. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

72. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı ve mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

73. İncelenen başvuruda, derece mahkemelerinin dava konusu

uyuşmazlığın esasını incelememeleri sebebiyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

74. Bu durumda mahkeme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Aydın 1. İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

75. İhlalin tespiti ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

76. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Aydın 1. İş Mahkemesine (E.2016/318) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat talebinin REDDİNE,

Adil Yargılanma Hakkı

E. 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
2/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

BERRİN BARAN EKER BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2018/23568)

Karar Tarihi: 2/7/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

- Başkan** : Zühtü ARSLAN
- Başkanvekili** : Hasan Tahsin GÖKCAN
- Başkanvekili** : Kadir ÖZKAYA
- Üyeler** : Serdar ÖZGÜLDÜR
Burhan ÜSTÜN
Engin YILDIRIM
Hicabi DURSUN
Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Rıdvan GÜLEÇ
Recai AKYEL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Yıldız SEFERİNOĞLU
Selahaddin MENTEŞ
Basri BAĞCI
- Raportörler** : Mehmet Sadık YAMLI
Heysem KOCAÇINAR
- Başvurucu** : Berrin BARAN EKER
- Vekili** : Av. Vedat GÜLEÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, güven ilişkisinin bozulduğu gerekçesine dayalı olarak iş akdine son verilmesi üzerine açılan işe iade davasının esasını incelenmeden reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 1/8/2018 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

8. İkinci Bölüm tarafından 26/2/2020 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Arka Plan Bilgisi

10. Türkiye 15 Temmuz 2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmıştır. Devletin yetkili organları tarafından tehdit değerlendirilerek demokratik anayasal düzene, bireylerin temel hak ve hürriyetlerine, millî güvenliğe yönelik tehdit oluşturan

Adil Yargılanma Hakkı

tüm terör örgütlerine ve illegal yapılanmalara karşı tedbirler alınması kararlaştırılmıştır (ayrıntılar için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri* [GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017).

11. Anılan tedbirler kapsamında olağanüstü hâl ilan edilmiş ve olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnameleri çıkarılmıştır. Bu çerçevede 22/7/2016 tarihinde kararlaştırılan 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname (KHK) 23/7/2016 tarihli ve 29779 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

12. 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinde devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna Millî Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personelin kamu görevinden çıkarılmaları öngörülmüştür.

13. 667 sayılı KHK, 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Kanun'un 29/10/2016 tarihli ve 29872 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi sonucunda kanunlaşmıştır.

B. Somut Başvuruya İlişkin Olay ve Olgular

14. Başvurucu, Diyarbakır'ın Kayapınar Belediyesinin (Belediye) işlettiği kreşte alt işveren olan özel bir şirkete (Şirket) bağlı temizlik işçisi olarak çalışmakta iken başvurusunun terör örgütü ile iltisaklı olduğu değerlendirmesiyle iş akdinin feshedilmesi Belediye tarafından Şirketten istenmiştir. Şirket, bu talep üzerine başvurusunun iş akdini feshetmiştir.

15. Başvurucu, iş akdinin usulüne uygun olarak feshedilmediğini ve fesih için somut bir olguya dayanılmadığını belirterek işe iade istemiyle Şirket ve Belediye aleyhine dava açmıştır. Davalı Belediye cevap dilekçesinde, başvurusunun iş akdinin 667 sayılı KHK ve 25/7/2016 tarihli ve 668 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında KHK kapsamında feshedildiğini belirterek davanın reddini savunmuştur. Davalı Şirket ise işe alım ve iş akdinin feshinin asıl işveren konumundaki Belediyenin tasarrufunda olduğunu belirtmiştir.

16. Diyarbakır 3. İş Mahkemesi (Mahkeme) 20/12/2017 tarihinde davanın reddine karar vermiştir. İş Mahkemesinin kararında; 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında millî güvenliği tehdit eden yapı ve oluşumlarla irtibatlı ve iltisaklı olduğu değerlendirilen kişilerin iş akitlerinin feshinin öngörüldüğü, Belediye Başkan Vekili'nin 16/2/2017 tarihli yazısıyla yazı eki listedeki -aralarında başvurucaunun da bulunduğu- kişilerin bu kapsamda değerlendirilerek iş akitlerinin feshedildiği ve aynı maddenin (2) numaralı fıkrası uyarınca da bu kişilerin bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmasının mümkün olmadığı gerekçesine yer verilmiştir. Gerekçede ayrıca davalıların işçi ile çalışmasının beklenemeyeceği, iş akitlerinin feshinin asıl işverence istenmesi nedeniyle alt işveren açısından feshin zorunlu hâle gelmesinden dolayı davanın reddine karar vermek gerektiği belirtilmiştir.

17. Başvuruca, karara karşı istinaf yoluna başvurmıştır. Başvuruca; dilekçesinde Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2/10/2017 tarihli ve E.2017/40671, K.2017/20227 sayılı kararına (ilgili karar için bkz. § 35) atıfta bulunarak kendisi hakkında işten çıkarmaya dayanak olabilecek idari, cezai soruşturma olup olmadığının ilgili kurumlardan araştırılarak öğrenilmesi gerektiğini, yasa dışı hangi yapı ve oluşuma iltisakı veya bunlarla irtibatı bulunduğunun ortaya konulması gerektiğini, oysa hakkında herhangi bir soruşturma bulunmadığını ileri sürmüştür.

18. Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesi (Daire) 28/6/2018 tarihli kararıyla istinaf istemini kesin olarak reddetmiştir. Kararda; iş akitlerinin feshinin Belediye tarafından 667 sayılı KHK uyarınca başvurucaunun millî güvenliği tehdit eden yapılar ile irtibatı ve bu yapılara iltisakı olabileceğinin değerlendirildiği gerekçesiyle istendiği, bu durumda *alt işveren açısından feshin zorunlu hâle geldiği ve feshin geçerli sebebe dayandığı asıl işveren yönünden ise haklılığın ileride açılacak alacak davasında tartışılacağı* belirtilmiştir. İstinaf kararında Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 7/3/2017 tarihli ve E.2017/5151, K.2017/4850 sayılı kararına atıf yapılmıştır (söz konusu karar için bkz. § 32).

19. Nihai karar 27/7/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvuruca 1/8/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. Kanun Hükümleri

20. 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun "Tanımlar" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.

...

... Hizmet alımına dayanak teşkil edecek sözleşme ve şartnamelere;

a) İşe alınacak kişilerin belirlenmesi ve işten çıkarma yetkisinin kamu kurum, kuruluşları ve ortaklıklarına bırakılması,

b) Hizmet alım sözleşmeleri çerçevesinde ya da geçici işçi olarak aynı iş yerinde daha önce çalışmış olanların çalıştırılmasına devam olunması,

yönünde hükümler konulamaz."

21. 4857 sayılı Kanun'un "Feshin geçerli sebebe dayandırılması" kenar başlıklı 18. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır. Yer altı işlerinde çalışan işçilerde kıdem şartı aranmaz."

22. 4857 sayılı Kanun'un "Sözleşmenin feshinde usul" kenar başlıklı 19. maddesi şöyledir:

"İşveren fesih bildirimini yazılı olarak yapmak ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmek zorundadır.

Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25 inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır."

23. 4857 sayılı Kanun'un "Fesih bildirimine itiraz ve usulü" kenar başlıklı 20. maddesinin olay tarihinde yürürlükte olan hâliyle ilgili kısmı şöyledir:

"İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir.

...

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

..."

24. 4857 sayılı Kanun'un "Geçersiz sebeple yapılan feshin sonuçları" kenar başlıklı 21. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiyi en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiyi en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

...

Adil Yargılanma Hakkı

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur. "

25. 4857 sayılı Kanun'un "İşverenin haklı nedenle derhal fesih hakkı" kenar başlıklı 25. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Süresi belirli olsun veya olmasın işveren, aşağıda yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebilir:

I- Sağlık sebepleri

...

II- Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri

...

III- Zorlayıcı sebepler:

...

IV- İşçinin gözetimine alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması.

İşçi feshin yukarıdaki bentlerde öngörülen sebeplere uygun olmadığı iddiası ile 18, 20 ve 21 inci madde hükümleri çerçevesinde yargı yoluna başvurabilir. "

26. 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen;

...

f) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinde belirtilenler hariç diğer mevzuata tabi her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dahil) istihdam edilen personel,

ilgili kurum veya kuruluşun en üst yöneticisi başkanlığında bağlı, ilgili veya ilişkili bakan tarafından oluşturulan kurulun teklifi üzerine ilgisine göre ilgili bakan onayıyla kamu görevinden çıkarılır,

g) Bir bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dahil) istihdam edilen personel, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılır.

(2) Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bu fıkroda sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır.”

27. 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen;

...

f) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa ve diğer mevzuata tabi her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, ilgili kurum veya kuruluşun en üst yöneticisi başkanlığında bağlı, ilgili veya ilişkili olunan bakan tarafından oluşturulan kurulun teklifi üzerine ilgili bakan onayıyla kamu görevinden çıkarılır. Bu Kanunun 3 üncü maddesinde belirtilenlerin işlemleri ise söz konusu maddedeki usule göre yapılır.

g) Bir bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personel, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılır.

(2) Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona

Adil Yargılanma Hakkı

ermiş sayılır. Bu fıkra da sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır."

2. Yargıtay Kararları

28. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15/11/2018 tarihli ve E.2015/2715, K.2018/1720 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"İş sözleşmesini sona erdiren en önemli sebeplerden biri fesihdir. Fesih, sürekli (belirli ya da belirsiz süreli) bir iş sözleşmesini derhal veya belirli bir sürenin geçmesi ile sona erdiren, tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gerekli bozucu yenilik doğuran bir haktır. Dolayısıyla fesih karşı tarafa ulaştığı andan itibaren hüküm ve sonuçlarını doğuran, karşı tarafın kabulünü gerektirmeyen bir irade açıklamasıdır (Senyen Kaplan, E. Tuncay: Belirli Süreli İş Sözleşmesinin Haksız Feshinin Hüküm ve Sonuçları, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl 2016, Sayı 36, s.23).

İş sözleşmesi işçi ile işveren arasında kurulan ve her iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, işçi ile işveren arasında karşılıklı güvene dayanan kişisel ve sürekli bir ilişki yaratır. Bu nedenle işçi veya işveren taraflarından birinin davranışı ile bu güveni sarsması hâlinde güveni sarsılan tarafın objektif iyi niyet kurallarına göre artık bu ilişkiyi sürdürmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda iş sözleşmesi ile bağlı kalamayacağı gerçeğinden hareket eden kanun koyucu, yaptığı düzenleme ile taraflara iş sözleşmesini haklı nedenle tazminatsız fesih hakkı tanımıştır.

Hukukumuzda 'olağanüstü fesih', 'bildirimsiz fesih', 'süresiz fesih', 'önelsiz fesih', 'derhal fesih', 'muhtemel sebeple fesih' gibi terimlerle ifade edilen haklı nedenle fesih Türk Borçlar Kanunu md. 435, İş K. md. 24 ve 25; Deniz İş K. md. 14, 16; Basın İş K. md. 11'de düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, haklı nedenle fesih kanunla tanınmış bir haktır. Bir tarafın işte bu haklı nedenle fesih hakkına dayanarak, karşı tarafa yöneltilmesi gereken irade beyanıyla iş sözleşmesine geçmiş etkili olmaksızın derhal son vermesi, haklı nedenle fesih olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla İş Kanunu, haklı nedenle fesih hakkını 'Haklı nedenle derhal fesih' başlığı altında düzenlemektedir (Mollamahmutoğlu, H./ Astarlı, M. / Baysal, U.: İş Hukuku Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014, s. 794)."

29. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 4/4/2019 tarihli ve E.2015/3294, K.2019/400 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Asıl-alt işverenlik ilişkisi 10.06.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanunu'nun (4857 sayılı Kanun/Kanun/İK/İş Kanunu) 'Tanımlar' başlıklı 2'nci maddesinde düzenlenmiştir.

...

Bu hükme göre, asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığından söz edebilmek için iki ayrı işverenin olması, mal veya hizmet üretimine dair bir işin varlığı, işçilerin sadece asıl işverenden alınan iş kapsamında çalıştırılması ve tarafların muvazaalı bir ilişki içine girmemeleri gerekmektedir. Kanuna uygun biçimde bir asıl-alt işveren ilişkisi kurulmuş ise, asıl işveren, alt işveren işçilerinin Kanundan, iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu bir toplu iş sözleşmesi bulunması hâlinde bundan doğan yükümlüklerden işçilere karşı alt işveren ile birlikte sorumlu olacaktır."

30. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 18/10/2012 tarihli ve E.2012/21299, K.2012/23405 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"İşçiye yüklenen iddia açık ve net bir şekilde kanıtlanmamışsa da olayın oluş şekli itibariyle iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güveni yıkmaya elverişli bir şüpheye dayanılarak yapılmış bir fesih söz konusu ise bu fesih şüphe feshi olarak nitelendirilmektedir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir."

31. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22/10/2007 tarihli ve E.2007/16878, K.2007/30923 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Davalı işveren, davacının geçmişten gelen sabıkası ve özellikle yasadışı örgütle bağlantısı nedeni ile güvenlik önlemi olarak iş sözleşmesini feshetmiştir. Bu fesih Alman Hukukunda ve Alman Federal Mahkemelerinde şüphe feshi olarak adlandırılmaktadır. Böyle bir fesih, işverenin işçisine karşı duyduğu şüphe, aralarındaki güven ilişkisinin zedelenmesine yol açmaktadır. İşverenden katlanması beklenemeyecek bir şüpheden dolayı, işçinin iş ilişkisinin devamı için gerekli olan uygunluğu ortadan kalktığından, güven ilişkisinin sarsılmasına

Adil Yargılanma Hakkı

yol açan şüphe, işçinin kişiliğinde bulunan bir sebeptir. Ciddi, önemli ve somut olayların haklı kıldığı şüphe, güven potansiyeline sahip olmaksızın ifa edilemeyecek iş için işçinin uygunluğunu ortadan kaldırdığından, şüphe feshi, işçinin yeterliliğine ilişkin fesih türü olarak gündeme gelecektir. Davacının geçmişte yasadışı örgüt üyesi olması, davacının görev yaptığı bölgede terör olaylarının artması ve demiryolu ulaşımının da hedefte bulunması, davalı işveren açısından iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin sarsıldığı, elverişli objektif olay ve vakialara dayanan güçlü bir şüphenin bulunduğu anlamına gelmektedir. Davacının iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedenle yapıldığı kabul edilmelidir. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”

32. Somut olayda Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 9. Hukuk Dairesinin atıfta bulunduğu Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 7/3/2017 tarihli ve E.2017/5151, K.2017/4850 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dosya içerisindeki kayıt ve belgelerden; davacının, asıl işveren Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunda, davalı altişveren B. San. ve Tic. Ltd. Şti.'de yönetici asistanı olarak çalışmakta iken, 15.07.2016 tarihli darbe girişimi sonrasında asıl işverenin 20.07.2016 tarihli yazısı ile FETÖ terör örgütü ile ilgili olarak yapılan değerlendirmeler sonucunda güvenlik tedbirleri nedeniyle davacının çalışmasının uygun görülmediğinin bildirilmesi üzerine alt işverence iş akdinin sona erdirildiği anlaşılmaktadır.

Bölge Adliye Mahkemesince davacının güvenliği tehdit ettiğine ilişkin somut belge, bilgi sunulmadığından işe iade kararı verilmiş ise de, geçerli nedenin bulunup bulunmadığı davacının işvereni olan alt işveren açısından gerekmede olup, davacının iş akdinin feshi asıl işverence 667 sayılı KHK kapsamında FETÖ ile irtibatlı olduğu gerekçesiyle istenilmekle, alt işveren açısından fesih zorunlu hale gelmiş ve geçerli fesih sebebi oluşmuştur. Diğer yandan asıl işveren olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun stratejik açıdan önemli bir kurum olması ve hizmetlerinin milli güvenliği de ilgilendirmesi karşısında feshin geçerli nedenle yapıldığının kabulü ve davanın bu gerekçelerle reddi gerekmektedir. Bu nedenle davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

33. Başvurucu gibi Belediyeye hizmet veren başka bir firmada çalışan bir işçinin açtığı davada verilen Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 25/4/2018 tarihli ve E.2018/3334, K.2018/9761 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Davacının iş sözleşmesinin feshi 667 sayılı KHK'nın 4. maddesi doğrultusunda davalı işverence oluşturulan komisyon kararıyla davalı idare tarafından gerçekleştirilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 667 sayılı KHK'nın 4.maddesinin 1.fıkrası uyarınca terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin işten çıkartılmasına karşı yargı yolunun açık olması feshin geçerli veya haklı nedene dayanıp dayanmadığına yönelik yargısal denetimi kaçınılmaz kılmaktadır. Başka bir anlatımla, fesih işlemine karşı yargı yolu açıksa mahkemenin yargısal denetim kapsamında feshin geçerli veya haklı nedene dayanıp dayanmadığı yönünde inceleme yaparak sonucuna göre bir karar vermesi gerekir.

Somut olayda iş sözleşmesinin 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye dayandığından hareketle feshin geçerli veya haklı nedene dayanıp dayanmadığına yönelik denetim yapılamayacağı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiş olması hatalıdır.

Davacı işçi 4857 sayılı İş Kanunu hükümleri çerçevesinde çalışmış olmakla iş sözleşmesinin 24.01.2017 tarihindeki feshinde İş Kanunu'nun 18. ve devamı maddeleri hükümleri uygulanmalıdır.

Somut olayda davacının iş akdinin feshine neden olan bilgi ve belge işverence ibraz edilememiştir. Davacının iş akdinin feshine dayanak objektif değerlendirmelerin neler olduğu, hangi bilgi ve belgelerin feshe gerekçe yapıldığı davalı Kurumdan araştırılmalı; ayrıca davacı hakkında mevcut ise adli ya da idari soruşturma evrakları, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın Terörle Mücadele, Kaçakçılık, Organize Suçlar ve İstihbarat ile ilgili birimlerinden ve Bilgi Teknolojileri Kurumundan varsa davacı ile ilgili bilgi ve belgeler ile yine Bank Asyaya açılmış mevduat hesapları, hesap hareketleri ve bankacılığa ilişkin işlemler olup olmadığı sorulmalı, tüm bilgi ve belgeler değerlendirilerek sonucuna göre hüküm kurulmalıdır. Eksik incelemeyle yazılı gerekçe ile davanın reddi hatalı olup bozmayı gerektirir."

34. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 3/10/2018 tarihli ve E.2018/10430, K.2018/20956 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

"...

Yukarıda açıklanan ilke ve esaslar çerçevesinde değerlendirme yapılacak olursa, somut olayda davacının iş sözleşmesinin feshi ile ilgili yasal dayanakların 4857 sayılı İş Kanunu ile birlikte Bakanlar Kurulu kararı ile ülke genelinde ilan edilen Olağanüstü Hal kapsamında çıkartılan kanun hükmünde kararnameler olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Söz konusu kararnamelerin iş sözleşmesi ile çalışan işçilere yönelik hükümleri incelendiğinde, gerek 667 sayılı KHK'nin 4. maddesi gerekse 673 sayılı KHK'nin 7. maddesinde bu kanun hükmünde kararnameler kapsamında iş sözleşmesi feshedilen işçilerin bir daha yeniden doğrudan veya dolaylı olarak eski işinde veya benzer işlerde görevlendirilemeyecekleri, bunların işe iadesinin mümkün olmadığı şeklinde emredici nitelikte düzenlemelerin yer aldığı görülecektir. Bu yasal düzenlemelerin nitelik itibariyle, kamu düzenine ilişkin ve açıkça emredici nitelikte olduğu değerlendirildiğinde, açılacak davalarda taraflarca hazırlama ilkesine üstünlük tanınmayacağı göz önüne alınmalıdır. Bu itibarla, ilgili kanun hükmünde kararnameler kapsamındaki fesihlere ilişkin olarak açılan işe iade davalarında, taraflarca hazırlama ilkesi yerine istisnai nitelikteki kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanması gerekmektedir.

Buna göre görülmekte olan davada, sözleşmenin feshine dayanak bilgi ve belgelerin mahkemece resen araştırılması gerekmekte ise de, dosyada sadece Erzurum Cumhuriyet Baş Savcılığına davacı hakkında soruşturma veya kovuşturma olup olmadığı yönünde yazılan yazı cevabi ile yetinildiği , bu yönde başkaca bir araştırma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesinin feshine dayanak objektif değerlendirmelerin neler olduğu, hangi bilgi ve belgelerin feshe gerekçe yapıldığı davalı bankadan sorularak; bunun yanında resen araştırma ilkesi kapsamında davacı hakkında mevcut ise adli ya da idari soruşturma evrakları, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın Terörle Mücadele, Kaçakçılık, Organize Suçlar ve İstihbarat ile ilgili birimlerinden ve Bilgi Teknolojileri Kurumu'ndan getirilmeli, varsa davacı ile ilgili bilgi ve belgeler ile yine Bank Asya nezdinde açılmış mevduat hesapları, hesap hareketleri ve bankacılığa ilişkin işlemler olup olmadığı sorulmalı, tüm bilgi ve belgeler değerlendirilerek ulaşılabacak sonuca göre hüküm kurulmalıdır. Eksik incelemeyle yazılı gerekçe ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak davacının davasının kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirir."

35. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin 2/10/2017 tarihli ve E.2017/40671, K.2017/20227 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dosya içerisindeki kayıt ve belgelerden; davacının, mutfak personeli olarak çalışmakta iken, iş akdinin Türkiye Cumhuriyeti Devleti içerisinde yapılanan 'Fethullahçı Terör Örgütü/Paralel Devlet Yapılanması' nın (FETÖ/PDY) ve/veya diğer terör örgütlerinin (PKK, PYD, DAİŞ, DHKP-C) sosyal medya üzerinden propagandasını yapmak, finansal destek sağlamak, doğrudan ya da dolaylı yardımda bulunmak suretiyle işbirliği içerisinde olabileceği şüphesi ile' sona erdirildiği görülmüştür. Bölge Adliye Mahkemesince davacının iş sözleşmesinin feshinin "şüphe feshi" nedeniyle 667 sayılı KHK kapsamında FETÖ ile irtibatlı olduğu gerekçesiyle yerinde olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

Dosyada şüphe feshine dayanak oluşturacak nedenler araştırılmamıştır. Öncelikle davacı hakkında varsa adli ya da idari soruşturma evrakları, emniyet ve diğer güvenlik güçlerinden gelecek feshe dayanak bilgi ve belgeler ile taraf delilleri toplanmak suretiyle bir değerlendirmeye tabi tutularak sonucuna göre bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır."

B. Uluslararası Hukuk

36. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir."

37. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 6. maddesinin medeni hukuk alanına giren konularda uygulanabilirliği ilk olarak bir uyuşmazlığın varlığına bağlıdır. İkinci olarak uyuşmazlık, en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek hak ve yükümlülükler ile ilgili olmalıdır. Son olarak ise bu hak ve yükümlülükler -her ne kadar bizzat 6. madde bu hak ve yükümlülüklerle Sözleşmeciler devletlerin hukuk sistemi içinde belirli bir

Adil Yargılanma Hakkı

anlam atfetmese de- Sözleşme anlamında *medeni* nitelikte olmalıdır (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 81).

38. AİHM; Sözleşme'nin 6. maddesinin Sözleşmeci devletlerin iç hukukunda geçen bir *hak* için belirli bir anlam öngörmediğini, bir hakkın var olup olmadığını karara bağlamada ilke olarak iç hukuka başvurulacağını, ulusal mahkemelerin bu konudaki değerlendirmelerinden farklı bir sonuca ulaşılması için de güçlü gerekçelerin olması gerektiğini, yetkililerin belli bir başvurudan talep edilen tedbirin kabul edilip edilmemesine karar vermede takdir hakkını kullanıp kullanmadığının dikkate alınabileceğini, hatta bu durumun belirleyici olabileceğini, bununla birlikte salt bir kanun hükmünün lafzında bir takdir unsurunun bulunmasının bir hakkın varlığını tek başına hükümsüz kılmayacağını, benzer durumlarda iddia edilen hakkın yerel mahkemelerce tanınması veya yerel mahkemelerin başvurunun talebinin esasını incelemesi hususunun da gözönüne alınması gerektiğini belirtmiştir (*Boulois/Lüksemburg* [BD], B. No: 37575/04, 3/4/2012, §§ 91-94).

39. AİHM; mahkeme hakkı ile ilgili olarak verdiği *Kutić/Hırvatistan* (B. No: 48778/99, 1/3/2002) kararında yaptığı değerlendirmede ise Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının hukuki uyumsuzlukların tespiti için mahkemeye erişim hakkını güvence altına aldığını yinelemekte ancak bu hakkın yalnızca dava açma hakkı ile sınırlı olmadığını, aynı zamanda mahkemenin *uyumsuzluk konusundaki kararını* elde etme hakkını da kapsadığını belirtmektedir. AİHM'e göre bir taraf devletin iç hukuk sistemi uyarınca, bir birey tarafından açılan davaya ilişkin yürütülen yargılamalar neticesinde davanın nihai bir karara bağlanacağı garanti edilmeden bu kişinin bir mahkeme önünde hukuk davası açmasına izin verilmesi yanlıtıcı olur. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının davacılara tanınan usule ilişkin güvenceleri -adil, aleni ve hızlı yargılama-uyumsuzluklarının nihai bir çözüme kavuşturulacağını garanti etmeksizin detaylı olarak açıklamasının anlamsız olacağına dikkat çekmektedir (*Kutić/Hırvatistan*, § 25).

40. Diğer taraftan AİHM, bir istihbarat personelinin görevini gerçekleştirmeye zihinsel olarak uygun olmadığına dair doktor raporu

nedeniyle görevine son verilmesi üzerine açılan davada, yargı yerinin doktor raporunu irdelemeyi reddetmesinin ve raporu tartışmamasının Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. AİHM, başvuranın istihbarat toplama ve verileri işlemekten sorumlu olan Ulusal Güvenlik Teşkilatında bir memur olduğu ve meşru ulusal güvenlik hususlarına ilişkin olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan hakların kısıtlanmasının haklı kılınabileceğini belirtmiş, ancak bununla güdülen amacın meşruluğunun ve orantılılığının gerekçelendirilmediğine dikkat çekmiştir (*Fazliyski/Bulgaristan*, 40908/05, 16/4/2013, §§ 56-63).

41. Benzer şekilde AİHM, Cezayir'deki tıp fakültesinden mezun olan bir başvurunun diplomasının denkliğinin tanınmaması nedeniyle açtığı davada, Fransa Danıştayının başvuru tarafından ileri sürülen hukuki meseleler ile maddi olayları değerlendirmeden yalnızca idari makamların mütekabiliyet şartı ile ilgili görüşüne bağlı kalarak karar vermesi nedeniyle başvurunun ileri sürdüğü iddialar çerçevesinde uyumsuzluğun tespiti ile ilgili tüm olgusal ve hukuki konuları incelemek üzere yeterli yargı yetkisine sahip olan bir mahkemeye eriştiğinin düşünülmemeyeceğini belirterek Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Chevroil/Fransa*, B. No: 49636/99, 13/2/2003, §§ 76-84).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

42. Mahkemenin 2/7/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

43. Başvurucu, bireysel başvuru harç ve masraflarını karşılayacak geliri olmadığını beyan ederek adli yardım talebinde bulunmuştur.

44. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli ölçüde güçleştirmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

45. Başvurucu; iş akdinin feshinin geçerli sebebe dayandığı olgusunun 4857 sayılı Kanun'a göre işverence ispatlanması gerektiğini, oysa işverence iş akdine KHK gereği son verildiği belirtilmesine rağmen terör örgütü ile irtibatlı ve iltisaklı olduğuna dair bir delil bulunmadığını iddia etmiştir. Başvurucu; kurum yöneticisinin iş akdinin KHK kapsamında feshedildiği yönündeki beyanı yeterli görülerek ve bu beyana üstünlük tanınarak işe iade davasının derece mahkemelerince reddedildiğini, bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

46. Bakanlık görüşünde; ilk derece mahkemesi kararında ilgili mevzuat hükümleri ile benzer Yargıtay kararları yorumlanarak davanın reddine karar verildiği, istinaf başvurusu üzerine başvurucunun itirazlarının değerlendirildiği ve feshin geçerli nedene dayandığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği belirtilmiştir. Görüşte, derece mahkemesi kararlarının gerekçesiz olduğundan söz edilemeyeceği de ifade edilmiştir.

47. Başvurucu; Bakanlık görüşüne verdiği cevapta, hakkında herhangi bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığını, terör örgütleriyle irtibatı bulunmadığı yönündeki iddiaları karşılanmadan davanın reddine karar verilmesiyle gerçek anlamda yargılama yapılmadığını, şeklen bir yargılama yapıldığını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

48. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

49. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki

tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Somut olayda başvurucunun temel iddiası; asıl işveren tarafından terör örgütü ile iltisaklı olarak gösterilmesinin derece mahkemelerince yeterli kabul edilerek esas hakkında herhangi bir inceleme ve değerlendirme yapılmadan işe iade davasının reddedilmesidir. Bu nedenle başvurucunun iddialarının adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkı yönünden incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Uygulanabilirlik Yönünden

50. Anayasa'nun 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, suç isnadına bağlı yargılamaların yanında bir kimsenin *medeni hak ve yükümlülüklerinin* karara bağlanmasıyla ilgili yargılamalarda da uygulanır. Anayasa'nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *medeni* meselelerde uygulanabilmesi için ortada hukuk düzeni tarafından kişiye tanınmış veya en azından savunulabilir temeli bulunan bir *hakkın* bulunması gerekir. İkinci olarak bu hakka dair ilgili kişinin menfaatinin etkileyen bir uyuşmazlık mevcut olmalıdır. Öte yandan bu uyuşmazlık ihtilaf konusu hakkın tespiti ve bu haktan yararlanılması bakımından belirleyici bir nitelik arz etmelidir (*Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem*, B. No: 2015/7942, 28/5/2019, § 28).

51. Bireylerin *iş sözleşmesine bağlı olarak çalışma haklarının* ve iş sözleşmesinin geçerli sebebe dayanmaksızın feshi hâlinde feshin geçersizliği ve buna bağlı olarak mahkemelerden tazminat talep edebilme hakkı 4857 sayılı Kanun kapsamında koruma altına alınmıştır. Somut olayda başvurucunun iş sözleşmesinin feshi üzerine feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iadeye karar verilmesi amacıyla dava açılmıştır. Başvurucunun iş sözleşmesinin feshinin geçerli bir nedene dayanıp dayanmadığı ve bu bağlamda işe iade koşullarının oluşup oluşmadığı hususu uyuşmazlığın esasını oluşturmaktadır. Bu yönüyle dava, başvurucunun işe iadesini ve başvurucuya tazminat ödenmesini temin edebilecektir. Bu durumda bireysel başvuru konusu davanın başvurucunun medeni hak ve yükümlülükleri yönünden belirleyici bir nitelik taşıdığı sonucuna varılmaktadır.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

52. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkeme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

53. Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasında, hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, kişilere davanın görüldüğü mahkemeden uyuşmazlığa ilişkin bir karar verilmesini isteme güvencesini de sağlar. Öte yandan Sözleşme'yi yorumlayan AİHM de Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkeme hakkı şeklinde genel bir hakkı düzenlediğini kabul etmektedir (*İbrahim Demiroğlu* [GK], B. No: 2017/15698, 26/7/2019 § 54).

54. Demokratik bir toplumda vazgeçilmez bir hak niteliğindeki adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkeme hakkı uyuşmazlığın bir mahkeme önüne getirilebilmesini, dava konusu edilen uyuşmazlığa ilişkin esaslı iddia ve savunmaların yargı merciince incelenerek değerlendirilmesini ve bir karara bağlanmasını, ayrıca verilen kararın icra edilmesini gerektirir. Buna göre mahkeme hakkı; mahkemeye erişim hakkı, karar hakkı ve kararın icrası haklarını içerir. Karar hakkı genel itibarıyla mahkeme önüne getirilen uyuşmazlığın karara bağlanmasını isteme hakkını ifade eder. Zira dava hakkını kullanan bireyin asıl amacı uyuşmazlık konusu ettiği talebinin esasıyla ilgili olarak davanın sonunda bir karar elde edebilmektir. Bir başka ifadeyle dava sonucunda şayet bir karar elde edilemiyorsa dava açmanın da bir anlamı kalmayacaktır. Öte yandan karar hakkı bireylerin sadece yargılama sonucunda şekli anlamda bir karar elde etmelerini güvence altına almaz. Bu hak aynı zamanda dava konusu edilen uyuşmazlığa ilişkin esaslı taleplerin yargı merciince bir sonuca bağlanmasını da gerektirir (bazı farklarla bkz. *İbrahim Demiroğlu*, § 55).

55. Mahkeme hakkı Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkıyla da yakından ilişkilidir. Bilindiği gibi Anayasa'nın 40. maddesinde Anayasa'da güvence altına alınmış hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkı (etkili başvuru hakkı) güvence altına alınmaktadır (Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, B. No: 2016/5604, 24/5/2018, § 59). Etkili başvuru hakkı; anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkese hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlamaya) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı sağlanmasıdır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine ilişkin iddiaların ileri sürülebileceği bir başvuru yolunun mevzuatta öngörülmesi yeterli değildir. Söz konusu başvuru yolunun aynı zamanda uygulamada da etkili olması gerekir (Yusuf Ahmed Abdelazim Elsayad, §§ 60, 61).

56. Mahkemenin önündeki uyuşmazlığı karara bağlarken taraflardan birinin iddia ve savunmasına bağlı kalarak buna karşı diğer tarafın öne sürdüğü esaslı itirazları tartışmadan yargılamayı sonuçlandırması hâlinde -ortada şekli anlamda bir karar bulursa bile- gerçek anlamda bir yargılama yapıldığından bahsedilemeyecektir. Bu durumda uyuşmazlığa karşı yargı yolunun teorik olarak açık olması pratikte bir anlam ifade etmeyecek, böylece mahkeme hakkı ve dolayısıyla adil yargılanma hakkı bir yanılmadan ibaret kalacaktır.

57. Mahkemenin önündeki uyuşmazlığın esasını incelememesi sadece adil yargılanma hakkını zedelemekle kalmaz, aynı zamanda davanın konusunu oluşturan medeni hakkın bağlantılı bulunduğu diğer (maddi) hak ve özgürlükler yönünden etkili başvuru hakkının ihlal edilmesine de yol açabilir. Yargısal başvuru yolları, çoğunlukla bir hak veya özgürlükle bağlantılı uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amacıyla ihdas edilmiştir. Kişiler dava açmak suretiyle mahkemelerden hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak yargısal koruma talep etmektedir. Bireylerin yargısal koruma taleplerine cevap vermek, bu bağlamda dava konusu uyuşmazlığın esasını inceleyerek iddia ve savunmaları

Adil Yargılanma Hakkı

değerlendirdikten sonra davayı karara bağlamak yargı mercilerinin anayasal yükümlülüğüdür.

58. Bununla birlikte öngörülen yükümlülüğün mutlak olmadığı da belirtilmelidir. Bu bağlamda mahkeme hakkının görülmekte olan bir davanın yargılama usulü kuralları gereğince esasının incelenemeyeceği durumlara özgü olarak neticelenmiş olmasını da (düşme, açılmamış sayılma, karar verilmesine yer olmadığı, süre aşımı vb.) yasaklamadığı belirtilmelidir. Davanın usule ilişkin haklı bazı nedenlerle reddedilmesi, karar hakkı yönünden bir sorun oluşturmaz. Zira söz konusu hakkın sağladığı güvence bakımından önemli olan husus açıldığı sırada davanın *-usule ilişkin sorunlar hariç-* uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturma potansiyeline sahip olmasıdır (bazı farklarla bkz. *İbrahim Demiroğlu*, § 56).

59. Öte yandan *İbrahim Demiroğlu* kararında; devletin uyuşmazlıkların bir an önce sonlandırılması ve yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkmasının önüne geçilerek dava sayısının azaltılması suretiyle iyi adalet yönetimini sağlamak, böylece toplumsal barışın tesis edilmesine de katkıda bulunarak nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla belirli konulardaki uyuşmazlıklara ilişkin davaların ortadan kaldırılmasına yönelik düzenlemeler yapma konusunda takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Söz konusu kararda yapılan değerlendirmeye göre yargı merciince uyuşmazlığın esasının incelenmesini engelleyen ve dolayısıyla bireyin bu hususta bir karar elde etme imkânını ortadan kaldıran bu tip düzenlemeler karar hakkını ihlal etmez. Bununla birlikte bireyin karar elde etme imkânını ortadan kaldıran düzenlemelerin bireye aşırı ve orantısız bir yük yüklememesi gerekmektedir. Bu bağlamda bireyin ortadan kaldırılan davayı açmakla elde etmek istediği maddi uyuşmazlığa ilişkin menfaatlerini kısmen de olsa korumaya, telafi etmeye yönelik birtakım imkânlardan faydalandırıldığı durumlarda davanın ortadan kaldırılmasının bireye aşırı ve katlanılamaz bir külfet yüklediği söylenemeyecektir (bazı değişikliklerle birlikte bkz. *İbrahim Demiroğlu*, § 57).

60. Ayrıca adil yargılanma hakkı davanın sonucuna yönelik bir güvence içermemektedir. Anılan hak yargılama sürecinin adil olarak yürütülmesini temin edecek birtakım usul güvenceleri sunmaktadır. Dolayısıyla bireysel başvuru incelemelerinde adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirme yapılırken davanın sonucuna ilişkin

bir çıkarım yapılması mümkün değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin tarafların öne sürdüğü ve esasa etkili olan iddiaların -mahkeme hakkının gereği olarak- derece mahkemelerince işin mahiyetinin gerektirdiği ölçüde incelenip incelenmediğini denetleme görevi bulunmaktadır.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

61. Somut olayda Belediyeye hizmet veren alt işverene bağlı olarak hizmet sözleşmesiyle çalışmakta olan başvurucunun PKK terör örgütü ile irtibatı veya iltisakı olduğu değerlendirilmesiyle iş akdinin feshi Belediye Şirketten istenmiş ve başvurucunun iş akdi feshedilmiştir. Başvurucu bunun üzerine işe iadesine karar verilmesi istemiyle dava açmıştır. Mahkeme, iş akdinin feshinin Belediye tarafından 667 sayılı KHK uyarınca başvurucunun millî güvenliği tehdit eden yapılar ile irtibatı ve bu yapılara iltisakı olabileceğinin değerlendirilmesi nedeniyle istendiğini, bu durumda alt işveren açısından feshin zorunlu hâle gelip geçerli olduğunu, haklılığın ise ileride açılacak alacak davasında tartışılacağı gerekçesiyle davayı esastan reddetmiştir. İstinaf Mahkemesi de benzer gerekçeyle istinaf başvurusunu reddetmiştir.

62. Başvurucu, davanın esasına ilişkin iddia ve savunmalarının derece mahkemelerince incelenmediğinden yakınmaktadır. Öncelikle başvurucunun açtığı işe iade davasında derece mahkemelerinin uyuşmazlığın esasını karara bağlayıp bağlamadıkları incelenmelidir. Somut olayda Mahkemenin gerekçeli kararında davanın esastan reddedildiği belirtilmiştir. Ancak Mahkemenin davayı esastan reddettiğini ifade etmesi gerçek anlamda uyuşmazlığın esasının çözümlendiği anlamına gelmez. Uyuşmazlığın esasının karara bağlandığından söz edilebilmesi için derece mahkemelerinin iş hukuku hükümleri çerçevesinde feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığını incelemiş olması gerekir.

63. Mahkeme, davayı reddederken öncelikle 667 sayılı KHK kapsamında, başvurucunun PKK terör örgütü ile bağı olduğuna dair asıl işverenin değerlendirmesine dayalı olarak başvurucunun iş sözleşmesinin feshedildiğini ifade etmiştir. Gerekçede ayrıca davalıların

Adil Yargılanma Hakkı

işçi ile çalışmasının beklenememesi, iş akdinin feshinin asıl işverence istenmesi nedeniyle alt işveren açısından feshin zorunlu hâle gelmesinden dolayı davanın reddine karar vermek gerektiği belirtilmiştir. Daire de benzer gerekçeyle istinaf başvurusunu reddetmiştir.

64. Gerek İş Mahkemesinin gerekse Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçelerinde her ne kadar feshin geçerli nedene dayandığı belirtilmiş ise de kamu kurumu olan asıl işverenin kanaati yargı merciince incelenerek değerlendirilmeden davanın reddedildiği gözetildiğinde uyuşmazlığın esasının incelenmediği açıktır. Başvurucu tarafından asıl işverence hazırlandığı belirtilen listeye yönelik olarak yargılama sırasında ileri sürülen itirazlar davalılar tarafından cevaplanmadığı gibi derece mahkemeleri de feshe dayanak teşkil eden olguları ve bu çerçevede başvurusunun anılan listede yer almasına dayanak oluşturan somut durumları araştırma ve inceleme yönünde herhangi bir çaba göstermemiştir.

65. Şu hâlde uyuşmazlığın esası hakkında gerekli inceleme ve değerlendirme yapılarak bir karar verilmediğinden başvurusunun karar hakkına bir müdahalede bulunulduğu kabul edilmelidir. Bundan sonraki aşamada uyuşmazlığın esasının karara bağlanmasını önleyen bir yasal düzenlemenin bulunup bulunmadığı ve varsa böyle bir düzenlemenin başvurusuya aşırı külfet yükleyip yüklediği incelenmelidir.

66. Derece mahkemelerinin dayanmış olduğu 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinde, kamu kurumlarında çalışan ve devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Millî Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen *işçi dâhil* personelin kamu görevinden çıkarılacağı belirtilmiştir.

67. Anılan kuralda öngörülen işten çıkarma usulünün kamu çalışanlarını, kamu kurum ve kuruluşlarını ve buralarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dâhil) istihdam edilen personeli kapsadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte söz konusu hükmün kamu kurum ve kuruluşlarının alt işverenlerine bağlı olarak çalışan işçileri kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Mahkeme 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin işçileri kapsadığını vurgulamış ise de anılan

maddedeki *işçi dâhil* kavramının alt işverene bağlı olarak çalışan işçileri kapsayıp kapsamadığını açıklamamıştır.

68. Ancak somut olaydaki meselenin özü gözetildiğinde 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin alt işverene bağlı olarak çalışan işçileri kapsayıp kapsamadığı hususunda kesin bir değerlendirme yapılmasının bu başvuru itibarıyla zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira somut olaydaki işe iade davasının temelini -667 sayılı KHK'nın 4. maddesi alt işverene uygulanabilir olsun veya olmasın- 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesi oluşturmaktadır. Söz konusu madde uyarınca açılan davadaki uyuşmazlığın özü başvuru konusunun iş sözleşmesinin feshedilmesinin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığıdır. Yukarıda yer verilen Yargıtay kararları gözetildiğinde 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin davanın bu niteliğinde herhangi bir değişiklik yapmadığı, sadece *devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Millî Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üye olunmasını, mensubiyetin veya iltisakın yahut irtibatın bulunmasını* geçerli bir fesih nedeni olarak düzenlediği anlaşılmaktadır (bkz. §§ 28-35). Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun kuralda belirtilen örgüt, yapı, oluşum veya gruplara üyelik veya mensubiyet bulunmasını ya da bunlarla iltisaklı veya bağlantılı olunmasını işçi ile işveren arasında güven ilişkisini zedeleyen bir olgu olarak kabul ettiği gözlemlenmektedir. Bu durumda alt işveren tarafından 667 sayılı KHK'nın 4. maddesine dayanılarak gerçekleştirilen fesih işlemine karşı açılan davadaki incelemenin feshin geçerli bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespitine yönelik olacağı açıktır.

69. Söz konusu kuralda, devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu Millî Güvenlik Kurulunca karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ya da terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen işçilerin iş sözleşmelerinin feshedilmesi öngörülmüş ancak yargı mercilerinin denetim yetkisini kısıtlayan herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu bakımdan 667 sayılı KHK'nın 4. maddesi dayanak gösterilerek iş sözleşmesi feshedilen işçiler tarafından açılan işe iade davalarının esasının incelenmesini önleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Adil Yargılanma Hakkı

70. 4857 sayılı Kanun ve bu Kanun'u yorumlayan Yargıtay içtihatlarına göre asıl işverenin alt işverenden sözleşmenin feshini istemesi feshi kendiliğinden tek başına geçerli hâle getirmemektedir. Ayrıca her ne kadar işten çıkarmanın şüphe feshine dayalı olduğu, dolayısıyla niteliği gereği şüphenin veya şüpheye götüren olguların ispatının imkânsız olduğu haklı olarak ileri sürülebilirse de -Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere- derece mahkemelerince işvereni şüpheye götüren olguların ispat koşulu aranmadan bir bütün olarak değerlendirilmesine engel bir durum yoktur. Aksi takdirde işverenin şüphesine dayanak olguların değerlendirilememesi, böylece feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının incelenememesi şüphe feshinde yargı yolunun açık olmasını anlamsız kılar. Dolayısıyla derece mahkemelerinin başvuruçunun iş sözleşmesinin feshinin geçerli nedene dayanıp dayanmadığını inceleme yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmasını gerektirecek herhangi bir neden söz konusu değildir.

71. Kısacası 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinde belirtilen örgüt, yapı, oluşum veya gruplara üye olunması ya da bunlara mensubiyetin veya iltisakın yahut irtibatın bulunması geçerli bir fesih sebebi olarak öngörülmüştür. Ancak bu düzenleme sözü edilen yapılarla irtibatının bulunduğu gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilen bir işçinin açtığı işe iade davasında derece mahkemelerinin geçerli fesih sebebi olarak gösterilen olguyu, diğer bir ifadeyle işçinin kuralda belirtilen yapılarla irtibatının bulunup bulunmadığını iş hukukunun kurallarını da gözeterek araştırma ve ortaya koyma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır.

72. Somut olayda ise derece mahkemeleri, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan mahkeme hakkı gereği asıl işverenin başvuruçunun hakkındaki değerlendirmesinin objektif ve makul dayanakları olup olmadığını, dolayısıyla geçerli feshin koşullarının oluşup oluşmadığını incelemeyen asıl işverenin şüphesine bağlı kalınarak sonuca varmıştır. Başka bir ifadeyle derece mahkemeleri yargısal fonksiyonun esasını oluşturan uyuşmazlığın içinde yer alan maddi ve hukuki sorunların bütünüyle ele alınması ve karara bağlanması işlevini yerine getirmemiş, gerçek anlamda bir yargısal faaliyet icra etmemiştir. Dolayısıyla hukuk düzeni tarafından başvuruçuya tanınan feshe karşı yargı yolunun açık

olması teorik olmaktan öteye geçememiştir. Bu durumda başvurucunun mahkeme hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

73. Başvurucunun açtığı işe iade davasının esasının incelenmesini engelleyen bir yasal hüküm bulunmadığından mahkeme hakkına yapılan müdahalenin başvurucuya aşırı bir külfet yükleyip yüklenmediğinin incelenmesine gerek bulunmamaktadır.

74. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkeme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

75. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

76. Başvurucu, yargılamanın yenilenmesine ve zararlarının tazminine karar verilmesi talebinde bulunmuştur.

77. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle

Adil Yargılanma Hakkı

sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğçerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

78. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiğı takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğçer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

79. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı ve mahkemenin ihlali gideremediğı durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İÇtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağılı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğçerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

80. İncelenen başvuruda, derece mahkemelerinin dava konusu uyuşmazlığın esasını incelememeleri sebebiyle adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının ihlal edildiğı sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

81. Bu durumda mahkeme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 3. İş Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

82. İhlalin tespiti ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

83. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

B. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkeme hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin mahkeme hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 3. İş Mahkemesine (E.2017/271/K.2017/836) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun tazminat talebinin REDDİNE,

F. 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

Adil Yargılanma Hakkı

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

H. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
2/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

B.A.Ş. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/28013)

Karar Tarihi: 22/7/2020

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan : Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler : Serdar ÖZGÜLDÜR
Hicabi DURSUN
Muammer TOPAL
Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör : Tuğba TUNA IŞIK
Başvurucu : B.A.Ş.
Vekili : Av. Mehmet KÜÇÜKKAYA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, fazla ödenen bandrol ücretinin iade edilmesi talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın süre aşımından reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 29/6/2017 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

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

7. Başvurucu, kimlik bilgilerinin kamuya açık belgelerde gizli tutulmasını talep etmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

9. Başvurucu Şirket otomotiv ithalatı faaliyetinde bulunmaktadır.

10. Başvurucu, ithal ettiği taşıtlar için 4/12/1984 tarihli ve 3093 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu kapsamında bandrol ücreti ödemektedir.

11. Başvurucu 2011 yılının Mart ile 2012 yılı Aralık döneminde 3093 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendinde düzenlenen gümrük giriş beyannamesindeki özel tüketim vergisi (ÖTV) hariç katma değer vergisi (KDV) matrahı üzerinden ödenmesi gereken bandrol ücretinin sehven ÖTV dâhil KDV matrahı üzerinden hesaplanmak suretiyle fazla ödendiği iddia edilen 1.108.200 TL'nin iadesi talebiyle 30/4/2013 tarihinde Türkiye Radyo Televizyon Kurumu (TRT) Genel Müdürlüğüne başvurmuştur.

12. TRT Genel Müdürlüğü tarafından başvurunun incelenmesi için 15/5/2013 tarihinde müfettiş görevlendirilmiştir. Başlatılan inceleme sonucunda 13/12/2013 tarihli bir tutanak düzenlenmiş fakat başvurucuya olumlu ya da olumsuz bir cevap verilmemiştir.

13. Başvurucu, fazla ödenen bandrol ücretinin zımnen reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle 30/12/2013 tarihinde Ankara İdare Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır. Dava dilekçesinde; bandrol ücretinin sehven antrepo beyannameleri üzerinde belirtilen ÖTV dâhil KDV matrahı üzerinden hesaplandığı, fazla ödenen 1.108.200 TL'nin iadesi talebiyle yapılan başvuruya kesin bir cevabın verilmediği belirtilmiştir. Ayrıca dilekçede başvurucu fazla ödediğini iddia ettiği bandrol ücretinin iadesini 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 10. maddesi kapsamında talep ettiğini, bu nedenle davanın da anılan maddede belirtilen sürede açıldığını ifade etmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

14. Mahkeme tarafından süresinde açılmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Mahkeme gerekçesinde, Şirket tarafından fazladan tahsil edildiği ileri sürülen bandrol ücretinin iadesi için en geç son ödemenin yapıldığı 28/12/2012 tarihinden itibaren dava açma süresi içinde davanın açılması ya da 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesine göre idareye başvuruda bulunulması gerektiği, dava açma süresinden sonra yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davanın süre aşımı nedeniyle esasının incelenemeyeceği belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca uyuşmazlıkta bandrol ücretlerinin tahsiline ilişkin daha önceden tesis edilmiş işlemler bulunması sebebiyle başvuruçunun bandrol ücretinin iadesine yönelik TRT'ye yaptığı başvurusunun 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır.

15. Başvurucu, Mahkemenin davanın süre aşımı yönünden reddine dair kararına karşı temyiz ve karar düzeltme yollarına müracaat etmiş ancak söz konusu istemleri Danıştay Onyedinci ve Onuncu Daireleri tarafından reddedilmiştir.

16. Nihai karar 2/6/2017 tarihinde başvuruçunun vekiline tebliğ edilmiş, başvuruçunun 29/6/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

17. 3093 sayılı Kanun'un "Amaç ve kapsam" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Türkiye Radyo - Televizyon Kurumuna devamlı ve yeterli gelir kaynağı sağlamak amacıyla hazırlanan bu Kanun; radyo, televizyon, video ve birleşik cihazlar ile görsel ve/veya işitsel yayımları alabilen her türlü cihazlardan alınacak ücretler, elektrik enerjisi hasılatından ayrılacak paylar ile çeşitli gelirlerin tahakkuk, tahsilat işlemlerini kapsar."

18. 3093 sayılı Kanun'un 3. maddesi şöyledir:

" Bu Kanununun 1 inci maddesinde belirtilen cihazları imal edenler satıştan önce; ithal edenler ise serbest dolaşıma girişinde bandrol veya etiket almaya mecburdur."

Bu bandrol veya etiketler Türkiye Radyo Televizyon Kurumu tarafından veya bu Kurumun yetkili kılacağı diğer kurum veya kuruluşlar tarafından verilir."

19. 3093 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) bendinin ilgili kısmı şöyledir:

"Aşağıdaki cihazları imal edenler cihazın satış faturasındaki (özel tüketim vergisi hariç) Katma Değer Vergisi matrahı, ithal edenler ise Gümrük Giriş Beyannamesindeki (özel tüketim vergisi hariç) Katma Değer Vergisi matrahı üzerinden bir defaya mahsus olmak üzere,...

...

a. Kara taşıtları için % 0,4,

...

Tutarında ücret tahsil ederler ve 5 inci maddeye göre Türkiye Radyo-Televizyon Kurumuna öderler"

20. 3093 sayılı Kanun'un "Tahsilat" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bu Kanununun 1 inci maddesinde belirtilen cihazları imal ve ithal edenler bir ay içinde sattıkları cihazlardan 4 üncü maddenin (a) bendine göre tahsil ettikleri ücretleri en geç müteakip üçüncü ayın onuna kadar Türkiye Radyo - Televizyon Kurumuna bir beyanname ile bildirerek ve aynı süre içerisinde ödemekle yükümlüdürler."

21. 2577 sayılı Kanun'un 7. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"1. Dava açma süresi, özel kanunlarında ayrı süre gösterilmeyen hallerde Danıştayda ve idare mahkemelerinde altmış ve vergi mahkemelerinde otuz gündür.

2. Bu süreler;

a) İdari uyuşmazlıklarda; yazılı bildirim yapıldığı,

b) ...

Tarihi izleyen günden başlar."

22. 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

"1. İlgililer, haklarında idari davaya konu olabilecek bir işlem veya eylemin yapılması için idari makamlara başvurabilirler.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır. İlgililer altmış günün bittiği tarihten itibaren dava açma süresi içinde, konusuna göre Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine dava açabilirler. Altmış günlük süre içinde idarece verilen cevap kesin değilse ilgili bu cevabı, isteminin reddi sayarak dava açabileceği gibi, kesin cevabı da bekleyebilir. Bu takdirde dava açma süresi işlemez. Ancak, bekleme süresi başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemez. Dava açılmaması veya davanın süreden reddi hallerinde, altmış günlük sürenin bitmesinden sonra yetkili idari makamlarca cevap verilirse, cevabın tebliğinden itibaren altmış gün içinde dava açabilirler."

23. 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi şöyledir:

"1. İlgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvurma, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur.

2. Altmış gün içinde bir cevap verilmezse istek reddedilmiş sayılır.

3. İsteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresi yeniden işlemeye başlar ve başvurma tarihine kadar geçmiş süre de hesaba katılır."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 22/7/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu, davanın süre aşımından reddedilmesinin hukuka aykırı olduğunu, idareye yapılan başvurunun 2577 sayılı Kanun'un 10. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş; Mahkemenin aşırı şekilci yorumu neticesinde davanın reddedildiğini, davanın süre aşımından reddine karar verilmesi sonucunda mahkemeye erişim ve mülkiyet haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca kamuya açık belgelerde kimliğinin gizli tutulmasını talep etmiştir.

B. Değerlendirme

26. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

27. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, Ş 16). Başvuru her ne kadar mülkiyet hakkının ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de şikâyetlerinin özü, fazla ödendiği iddia edilen bandrol ücretlerinin iadesi talebiyle yapılan başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davanın süre aşımından reddedilmesi nedeniyle uyuşmazlığın esasının incelenmemesidir. Bu itibarla belirtilen ihlal iddiası adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

28. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

29. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (Sözleşme) yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017, § 34).

30. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmayı ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Bu bakımdan davanın bir mahkeme tarafından görülebilmesi ve kişinin adil yargılanma hakkı kapsamına giren güvencelerden faydalanabilmesi için ilk olarak kişiye iddialarını ortaya koyma imkânının tanınması gerekir. Diğer bir ifadeyle dava yoksa adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerden yararlanmak mümkün olmaz (*Mohammed Aynosah*, B. No: 2013/8896, 23/2/2016, § 33).

31. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini ifade etmiştir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

32. Somut olayda davanın süre aşımından reddedilerek esasının incelenmemesi nedeniyle başvuru mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalede bulunulduğu görülmektedir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

33. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

34. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalinin teşkil edecektir.

35. Somut başvuruda öncelikle müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik koşuluna uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

i. Kanunilik

36. Mahkeme, başvuruya konu davanın en son ödemenin yapıldığı 28/12/2012 tarihinden itibaren 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde belirtilen sürede idareye başvurulmadığı gerekçesiyle reddine karar vermiştir.

37. 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce idari işlemin kaldırılmasının, geri alınmasının, değiştirilmesinin veya yeni bir işlem yapılmasının üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan idari dava açma süresi içinde istenebileceği, bu başvurmanın işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükmün amacı, idarece tesis edilen hatalı veya hukuka aykırı işlemlerin dava yoluna müracaat edilmeksizin düzeltilebilmesine imkân sağlamaktır. Bu suretle idari işlemin hukuka aykırı olduğunu düşünen muhatabı, hukuka aykırılık itirazlarını idareye bildirme imkânı elde etmektedir. Diğer yandan idare de muhatabın itirazlarını gözeterek önceki değerlendirmesini gözden geçirme yükümlülüğü altına girmektedir.

38. Somut olayda başvurucunun beyanı üzerine yapılan bir bandrol ücreti tahakkuku söz konusudur. Tahakkuk işleminin bir idari işlem niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Ancak beyan üzerine gerçekleştirilen tahakkuk işleminin diğer idari işlemlerden bir yönüyle farklılık taşıdığına dikkat çekilmelidir. İdari işlemler kural olarak idare tarafından yapılan birtakım maddi ve hukuki değerlendirmeler sonucunda tesis edilmektedir. 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle idareye daha önceki değerlendirmesini gözden geçirme ve varsa hatasını düzeltme fırsatı tanınmaktadır. Oysa beyan üzerine tesis edilen tahakkuk işleminde işleme dayanak tüm maddi olgu ve veriler muhatap tarafından idareye sunulmakta hatta tahakkukun konusu kamu alacağı dahi yükümlüsünce hesaplanarak idareye bildirilmektedir. Beyana dayalı tahakkuklarda idarenin işlevi başvurucu tarafından hesaplanarak bildirilen tutarı

Adil Yargılanma Hakkı

tahakkuk ettirmekten ibarettir. Dolayısıyla beyana dayalı tahakkuk işleminde idarece önceden yapılmış bir değerlendirme bulunmadığından idarenin bu değerlendirmesini gözden geçirmesi de düşünülemez.

39. Bu durumda beyana dayalı tahakkuklarda yükümlünün yaptığı hatalı beyan üzerine yapılan tahakkukun düzeltilmesi isteminin 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesi kapsamında kalan bir düzeltme talebi olduğu hususunda ciddi kuşkular oluşmaktadır. Zira sözü edilen madde, idare tarafından yapılan hataların dava yoluna gerek kalmaksızın idarece düzeltilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Oysa somut olayda başvuru, idarenin bir hatasından değil kendi hatasından kaynaklı olarak ortaya çıkan yanlışlığın düzeltilmesini talep etmektedir. Bununla birlikte somut olaya uygulanacak hukuk kurallarının yorumu görevinin öncelikle derece mahkemelerine ait olduğu da gözetilerek *kanunilik* unsuru yönünden daha öte bir tartışma yapılmasına gerek görülmemiş ve bu hususun aşağıda *ölçülülük* unsuru yönünden tartışılmasının uygun olacağı değerlendirilmiştir.

ii. Meşru Amaç

40. Dava açmanın bir süreye bağlanmasının meşru amacının ne olduğu hususu benzer nitelikteki başvurularda Anayasa Mahkemesi tarafından müteaddit defa incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu incelemelerinde, idari işlem ya da eylemlere karşı açılacak davalarda süre koşulu öngörülmesinin en genel ifadesiyle Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan idari istikrarın sağlanması şeklinde bir meşru amacı bulunduğu işaret etmiştir (daha ayrıntılı değerlendirme için bkz. *Ayşe Yıldırım*, B. No: 2014/5, 25/10/2017, §§ 54, 55; *Fatma Altuner*, B. No: 2014/17714, 26/10/2017, §§ 48, 49; *Çölbeyi Lojistik Nakliyat Gümrükleme Denizcilik İnşaat Turizm Sanayii ve Ticaret Limitet Şirketi*, B. No: 2014/12354, 9/11/2017, § 52).

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

41. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak

istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

42. Hukuki güvenlik ve istikrarın sağlanması bakımından dava açma hakkının belli bir süreyle sınırlandırılması tek başına mahkemeye erişim hakkını ihlal etmemekte ise de öngörülen sürenin makul olması, diğer bir ifadeyle haktan yararlanılmayı imkânsız kılacak veya aşırı derecede zorlaştıracak derecede kısa olmaması gerekir. Dava açma süresinin makul olup olmadığı değerlendirilirken dava ile elde edilecek hakkın niteliği, davanın konusu ve kişinin dava hakkının doğduğunu öğrenme imkânına sahip olup olmadığı gibi hususlar gözönünde bulundurulmalıdır. Öngörülen sürenin dava açmak için gerekli araştırma ve hazırlıkların yapılmasına, gerekiyorsa hukuki ve teknik yardım alınmasına yetecek ve hakkın önemiyle orantılı bir uzunlukta olmaması durumunda ölçüsüz olduğu söylenebilir (*Yaşar Çoban* [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 65).

43. Dava açma süresinin işlemeye başladığı an da mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülülüğü bağlamında büyük önem taşımaktadır (*Yaşar Çoban*, § 66). Dava açma süresinin hangi tarihte başlayacağını belirlemek ve mevzuatı bu yönüyle yorumlamak görevi esasen derece mahkemelerine aittir. Bireysel başvurunun ikincillik ilkesi gereği, dava açma süresinin başlatılacağı tarihin belirlenmesi noktasında Anayasa Mahkemesinin bir görevi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu hususta üstleneceği rol, dava açma süresinin hangi tarihten itibaren başlatılması gerektiğiyle ilgili derece mahkemelerinin yorumlarının mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olayın koşulları ışığında incelemektir (*Ahmet Yıldırım*, B. No: 2014/18135, 20/9/2017, § 46).

44. Öte yandan mahkemeler, dava açma süresi öngören kanun hükümlerini yorumlarken sınırlamanın istisna olduğu ilkesini gözeterek aşırı şekilcilikten kaçınmalı ve yorum kurallarının imkân verdiği

Adil Yargılanma Hakkı

ölçüde davayı ayakta tutma yolunda bir yaklaşım benimsemelidir. Bununla birlikte mahkemelerin sürenin varlık sebebini anlamsız kılma pahasına yorum kurallarının sınırlarını zorlayarak kanunda öngörülen dava açma süresini bertaraf etmesi hukuki güvenlik ve istikrar ilkesinin zedelenmesine neden olabilir. Bu nedenle süreye ilişkin kanun hükümlerinin yorumunda hukuki güvenlik ve istikrar ilkesi ile mahkemeye erişim hakkı arasındaki hassas denge gözetilmelidir (*Yaşar Çoban, § 67*).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

45. 3093 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (a) fıkrasında ithal edilen taşıtların gümrük giriş beyannamesindeki (ÖTV hariç) KDV matrahı üzerinden bir defaya mahsus olmak üzere bandrol ücreti ödeneceği hükme bağlanmıştır. Anılan kuralda bandrol ücretinin ÖTV hariç KDV matrahı üzerinden ödeneceği açıkça ifade edilmiştir.

46. Somut olayda başvuru 2011 yılının Mart ile 2012 yılı Aralık döneminde yaptığı otomobil ithalatları için düzenlediği gümrük giriş beyannameleri üzerinden 3093 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca bandrol ücreti ödemiştir. Başvurucunun iddiasına göre söz konusu bandrol ücreti sehven ÖTV dâhil KDV matrahı üzerinden hesaplanarak beyan edilmiş ve ödenmiştir. Başvuru bu suretle 1.108.200 TL fazladan bandrol ücreti ödemek durumunda kaldığını iddia etmiştir.

47. Başvuru fazladan ödediğini ileri sürdüğü 1.108.200 TL'nin iadesi talebiyle 30/4/2013 tarihinde TRT'ye başvurmuştur. TRT tarafından başvurucuya herhangi bir cevap verilmemesi üzerine başvuru 30/12/2013 tarihinde Mahkemede dava açmıştır. Ancak Mahkeme 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesini uygulayarak başvuru ödeme tarihinden (28/12/2012) itibaren altmış gün içinde idareye müracaat etmesi gerekirken dava açma süresinin dolmasından sonra yapılan müracaat üzerine açılan davanın süresinde olmadığını kabul etmiştir.

48. Dava açma sürelerini düzenleyen usul hükümlerini yorumlamak derece mahkemelerinin görevidir. Bariz takdir hatası ve keyfilik bulunmadıkça Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin hukuk kurallarına ilişkin yorumlarına müdahale etmesi mümkün

değildir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin yorumlarının mahkemeye erişimi imkânsız kılıp kılmadığını ya da aşırı zorlaştırıp zorlaştırmadığını inceler.

49. 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ilgililer tarafından bir idari işleme karşı idari dava açılmadan önce ve dava açma süresi içinde işlemin düzeltilmesi amacıyla idareye başvurma imkânı getirilmiştir. İlgililerin idari dava açmadan önce idareye başvurmaları hâlinde -bu başvurunun dava açma süresi içinde olması kaydıyla- dava açma süresi durmaktadır. İdareye başvuru ile birlikte duran dava açma süresi, idarenin cevap vermesinden veya cevap verilmemişse zımni ret süresinin dolmasından itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Bu durumda idari davanın kalan süre içinde açılması gerekmektedir.

50. Yukarıda ifade edildiği üzere 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinde öngörülen idari başvuru yolu, idare tarafından tesis edilen bir işleme karşı dava açılmadan önce idareye varsa hatalı veya hukuka aykırı bir durumu düzeltmesine fırsat tanımaktadır (bkz. § 23). Somut olayda ise başvuru tarafından yapılan beyan üzerine tahakkuk eden bandrol ücreti söz konusudur. Anılan bandrol ücretinin miktarı başvuru tarafından hesaplanmış ve beyan edilmiştir. İdarenin fonksiyonu, belirtilen bandrol ücretini tahakkuk etmekten ibarettir. Bandrol ücretinin matrahının veya miktarının hatalı hesaplanması söz konusu ise bu hata idareden değil doğrudan başvurucudan kaynaklanmaktadır.

51. İdarece kendiliğinden harekete geçilerek bir idari işlem tesis edilmesi hâlinde dava açılmasına mahal verilmeden idare tarafından bu işlemin gözden geçirilmesine ve gerekirse düzeltmesine imkân tanınması anlaşılabilir bir durumdur. Bu suretle idari uyuşmazlıkların dava yoluna müracaat edilmesine gerek kalmadan çözüme kavuşturulması sağlanmakta ve idari mahkemelerinin iş yükünün azaltılması temin edilmektedir. Fakat işleme dayanak teşkil eden tüm verilerin başvuru tarafından idareye sunulduğu ve yine kamu alacağının miktarının dahi yükümlüsünce hesaplanarak idareye bildirildiği beyana dayalı tahakkuklarda başvurucunun dava açma süresi içinde idareye başvurması gerektiğinin kabul edilmesi, dava açılmasını imkânsız hâle getirebilmektedir. Şöyle ki beyana dayalı tahakkuklarda yükümlünün

Adil Yargılanma Hakkı

kural olarak bu tahakkuka karşı dava açması gerçekçi değildir. Zira yükümlü kamu alacağının doğmadığı görüşünde olması hâlinde beyannamede bulunmaz veya beyan ettiği tutarı, olması gerektiğini düşündüğü tutar ile sınırlı tutar. Bununla birlikte istisnai de olsa beyana dayalı olarak yapılan tahakkukların yükümlü tarafından dava konusu edilmesinde yükümlünün menfaatinin bulunduğu durumlar olabilir. Örneğin yükümlünün kamu alacağının doğru doğmadığı veya miktarının ne kadar olacağı hususları yönünden idareden farklı görüşte olmasına rağmen sırf ceza veya faiz yüküne maruz kalmamak için beyanda bulunması mümkündür. Bu gibi hâllerde tahakkuk işlemi yükümlünün beyanı üzerine gerçekleşse bile bu işleme karşı dava açabilmesinde önemli derecede hukuki yarar bulunmaktadır. Nitekim beyan üzerine tahakkuk eden vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin -beyannamenin ihtirazi kayıtla verilmesi kaydıyla- dava konusu edilebileceği kabul edilmektedir.

52. Beyana dayalı tahakkukun yükümlü tarafından dava konusu edilebilmesinde hukuki yarar bulunan diğer bir hâl de *hata bulunması* durumudur. Yükümlünün vermiş olduğu beyannamede birtakım hatalar yapması mümkündür. Yükümlünün kendi hatasının sonucu olarak fazladan ödeme yapması hâlinde bu durumun düzeltilmesine ilişkin mekanizmaların kurulması ve uygun yargısal denetim imkânının sağlanması, mahkemeye erişim hakkından tam olarak yararlanabilmesi için zaruridir. Hatalı olarak fazladan ödenen kamu alacağının düzeltilmesine imkân sağlanmaması veya bunlara dair oluşturulan yargısal yolların aşırı daraltıcı yorumlar sebebiyle kullanılamaz hâle getirilmesi mahkemeye erişim hakkını zedeler.

53. Somut olayda derece mahkemesinin hatalı beyanda bulunulması sebebiyle fazladan bandrol ücreti ödenmesi hâlinde bunun idareye başvuruda bulunularak düzeltilmesinin mümkün olduğunu kabul ettiğinin altını çizmek gerekir. Ancak derece mahkemesi söz konusu başvurunun tahakkuk (ödeme) tarihinden itibaren altmış günlük dava açma süresi içinde yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Derece mahkemesinin bu yorumunun başvuruçunun mahkemeye erişimini aşırı derecede zorlaştırdığı değerlendirilmiştir. Zira bu yorum, başvuruçunun

altmış günden sonra fark ettiği hatalarını düzeltmesini imkânsız kılmaktadır. Başka bir deyişle kişilerin beyanı esas alınarak yapılan tahakkuklarda dava açma veya idareye başvurma süresinin tahakkuktan itibaren başlatılması, kişilerin beyanlarında hataya düşmeleri durumunda henüz hatanın fark edilmediği sürede dava açılmasını beklemek anlamına gelmektedir.

54. Esasen idarece resen tesis edilen işlemler gözetilerek getirilmiş olan bir hükmün başvuru beyanı üzerine gerçekleştirilen tahakkuklarda da olduğu gibi uygulanması işin mahiyetine uygun düşmemektedir. Çünkü başvuru beyanının farkında olması hâlinde zaten hatalı tahakkuk gerçekleşmeyecektir. Öte yandan başvuru beyannameyi verirken farkında olmadığı hatasını altmış gün içinde fark etmesini ve bu süre içinde hatasının düzeltilmesi için idareye başvurusunu beklemek hakkaniyetli olmayan sonuçlara yol açabilir. Kaldı ki somut olayda ödemenin yapıldığı 28/12/2012 tarihinden itibaren yaklaşık dört ay gibi çok da uzun olmayan bir süre içinde 30/4/2013 tarihinde başvuru beyanının fark edip idareye başvurduğu görülmüştür.

55. Sonuç olarak Mahkemenin dava açma süresini belirlerken tahakkuk tarihinden itibaren 2577 sayılı Kanun'un 11. maddesinin uygulanması ile başvuru beyanının farkında olmadığını iddia ettiği bir döneme hasretmesine ilişkin yorumunun başvuru beyanının dava açmasını imkânsız kılarak başvuru beyanında ağır bir yüke sebep olduğu, katlanmak zorunda kalınan külfetin hedeflenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

56. Açıklanan gerekçelerle başvuru beyanının Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

Muammer TOPAL bu görüşe katılmamıştır.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

57. 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

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

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

58. Başvuruçuyu ihlalin tespit edilmesini istemiş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

59. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018,) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

60. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

61. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve

sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

62. İncelenen başvuruda Mahkemenin dava açma süresine ilişkin yorumu ile mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

63. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 13. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

64. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

65. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvurucu Şirketin kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA OYBİRLİĞİYLE,

C. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE Muammer TOPAL'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D. Kararın bir örneğinin mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 13. İdare Mahkemesine (E.2014/26, K.2014/571) GÖNDERİLMESİNE,

E. 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 22/7/2020 tarihinde karar verildi.

KARŞIOY

2577 sayılı Yasa'nın 11. maddesinde, ilgililerin, idari dava açmadan önce idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılmasını üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde isteyebilecekleri; başvurunun, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durduracağı; altmış gün içinde bir cevap verilmezse isteğin reddedilmiş sayılacağı; isteğin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması halinde dava açma süresinin yeniden işlemeye başlayacağı ve başvurma tarihine kadar geçmiş sürenin de hesaba katılacağı hükme bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, başvurunun 2011/Mart ile 2012/Aralık dönemlerinde ithalatta ÖTV hariç KDV matrahı üzerinden ödenmesi gereken bandrol ücretinin bir kısmını sehven ÖTV dahil KDV matrahı üzerinden hesaplamak suretiyle fazladan ödediğini iddia ettiği miktarın iadesi talebiyle 30/4/2013 tarihinde TRT Genel Müdürlüğüne başvurduğu; başvurunun zımnen reddi üzerine açılan davanın İdare Mahkemesince, şirket tarafından sehven fazladan ödendiği ileri sürülen bandrol ücretinin iadesi için en geç son ödemenin yapıldığı 28/12/2012 tarihinden itibaren dava açma süresi içinde davanın açılması ya da anılan kanun hükmü uyarınca idareye başvuruda bulunulması gerektiği, dava açma süresi geçtikten sonra yapılan başvurunun reddi üzerine açılan davada süre aşımı bulunduğu gerekçesiyle reddedildiği; kararın temyiz ve karar düzeltme aşamalarından geçirilerek kesinleştirildiği anlaşılmaktadır.

Anılan kanun hükmünde, bir işleme karşı, hatanın idareden veya işlemin muhatabından kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın, her durumda, dava açma süresi içerisinde başvurulabileceği açıkça hüküm altına alınarak meselenin çözümü İdare Mahkemesinin takdirine bırakılmamıştır. Durum bu haldeyken dava açma süresi, başvurunun hatasının farkında olup olmadığı hususuna göre belirlenemez. Olayda, Mahkemenin başvurunun dava açmasını zorlaştıracak subjektif bir yorum yapması da söz konusu değildir. Başvurunun katlanmak zorunda kaldığı külfet kanunun yorumundan değil, kendi hatasından kaynaklanmaktadır. Başvurunun hatasından yararlanması söz konusu olamaz.

Adil Yargılanma Hakkı

Çoğunluğun verdiği ihlal kararından hukuki yarar doğmayacağı düşüncesiyle, başvurucunun mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği yönündeki karara katılmadım.

Üye
Muammer TOPAL



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

MEHMET ALİ AYHAN BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2016/7967)

Karar Tarihi: 22/7/2020

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Hicabi DURSUN Muammer TOPAL Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Raportör	: Hüseyin TURAN
Başvurucu	: Mehmet Ali AYHAN
Vekilleri	: 1. Av. Meral HANBAYAT YEŞİL 2. Av. Mehmet Ali KIRDÖK 3. Av. Ümit SİSLİGÜN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararına dayanılarak yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle müdafî yardımından yararlanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 21/4/2016 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili olarak başvuru hakkında Birinci Bölüm Birinci Komisyonun 18/3/2019 tarihli kararıyla başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kısmi kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

5. Komisyonca başvuruca yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle müdafî yardımından yararlanma hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüşünü bildirmiştir.

8. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

9. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) aracılığıyla erişilen bilgi ve belgeler çerçevesinde ilgili olaylar özetle şöyledir:

10. Başvurucu 5/5/1993 tarihinde İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüne gözaltına alınmış ve 19/5/1993 tarihinde tutuklanmıştır. Başvurucu, soruşturma işlemleri sırasında müdafî yardımından yararlandırılmamıştır.

11. İstanbul 1 No.lu Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) 24/2/2004 tarihinde "... sanığın emniyetteki samimi beyanları, sanığın evinde ele geçirilen silahların ekspertiz raporları, eylemlerdeki mağdur ve tanıkların sanığı teşhis ettiklerine dair teşhis tutanakları, emniyet ve aşamalardaki beyanları, sanığın örgütü ile süreklilik gösteren bağı, dosya içerisinde bulunan yer gösterme tutanakları, olaylarla ilgili cerayim evrakları ve tüm dosya kapsamı..." gerekçeleriyle başvuruca yargılamanın Türkiye Komünist Emek Partisi (TKEP) silahlı örgütünün anayasal düzeni cebren ortadan kaldırmaya yönelik eylemlerine aslen iştirak suçundan ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir. Bu karar, Yargıtay incelemesinden geçerek 4/10/2004 tarihinde kesinleşmiştir.

12. Başvurucu, mahkûmiyetiyle sonuçlanan olaylara ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurmuştur. Başvurucu; yargılama süresinin makul olmadığından, masumiyet karinesinin

Adil Yargılanma Hakkı

ve gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğinden, soruşturmanın ilk aşamasında müdafî tarafından temsil edilmediğinden ve baskı altında alınan ifadelerinin mahkûmiyetine esas alındığından şikâyetçi olmuştur.

13. AİHM 3/11/2009 tarihli (B. No: 20406/05) kararıyla başvuruçunun adil yargılanma hakkı kapsamındaki şikâyetlerine ilişkin iddialarını kabul edilebilir bulmuştur. AİHM, aynı konuya ilişkin verdiği *Yıldız ve Sönmez/Türkiye* (B. No: 3543/03 ve 3557/03, 5/11/2006) ve *Böke ve Kandemir/Türkiye* (B. No: 71912/01, 26968/02, 36397/03, 16/6/2006) kararlarına atıf yapmak suretiyle başvuruçunun soruşturma evresinde müdafî yardımından yararlanma ve makul sürede yargılanma haklarının ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM, anılan kararlara atıfla ilgili dönemde gözaltı sırasında müdafî yardımından yararlanma hakkının kanunla engellendiğine ve gözaltında alınan bu ifadelerin mahkûmiyet hükmünde delil olarak kullanıldığına vurgu yapmıştır. AİHM, asıl hukuki sorunu -müdafî yardımından yararlanma hakkı- incelediğini dikkate alarak başvuruçunun baskı altında toplanan aleyhe delillerin hükme esas alınması, kararın gerekçe içermemesi ve masumiyet karinesinin ihlal edilmesi kapsamında kalan şikâyetlerini incelemeyi gerekli görmemiştir. AİHM, başvuruçuya manevi tazminat ödenmesine karar vermiş; ayrıca kararında talep edilmesi hâlinde yeniden yargılama yapılmasının ihlalin giderimi için uygun bir yol olacağını da belirtmiştir.

14. Başvuruçucu, hükmü veren İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinden (Mahkeme) AİHM'in ihlal kararını gerekçe göstererek infazın durdurulması ve yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. Mahkeme 3/5/2010 tarihinde yargılamanın yenilenmesi talebinin kabule değer olduğuna karar vermiştir.

15. Mahkeme 29/9/2011 tarihinde "...AİHM kararında belirtilen eksikliğin giderilmesi mümkün olmadığından kararın verildiği tarihteki usul ve yasalara uygun davranıldığından ve tüm dosya kapsamına göre esasa etki etmediğinden yargılanmanın yenilenmesi talebinin CMK. 311 ve 323. maddeleri gereğince reddine" karar vermiştir.

16. Başvuruçucu bu kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, kararın itiraza tabi kararlardan olduğu gerekçesiyle dosyayı itiraz mercii olan İstanbul 10.

Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir. İtiraz mercii 9/7/2013 tarihinde "...CMK'nun 318, 319, 320 ve 321. maddeleri gereğince delil toplanması aşamasından sonra AIHM'nin verdiği ihlal kararı doğrultusunda hükümlünün soruşturma aşamasında müdafii yardımından yararlandırılmadan alınan beyanınin hükümde delil olarak kabul edilmiş olması durumunda bu delilin hükümden çıkarılarak mevcut diğer deliller ile aynı kararın verilmesinin mümkün bulunduğu sonucuna varılması halinde CMK 323/1 maddesi gereğince önceki hükmün onaylanması, aksi takdirde önceki hükmün iptal edilerek yeniden hüküm kurulması gerektiği..." gerekçesiyle İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesinin 29/9/2011 tarihli kararını kaldırmıştır.

17. Mahkeme 14/7/2015 tarihinde, İstanbul 1 No.lu DGM tarafından başvurucu hakkında verilen 24/2/2004 tarihli kararı "AIHM'in [başvurucu] Türkiye davasının yargılanması sonucunda 03/11/2009 tarihinde verilen kararda hazırlık soruşturmasında sanığın ifadesi alınırken avukat bulundurulmamasının Sözleşmenin 6/1 ve 3maddesini ihlal edildiğine ilişkin karar verildiği, İstanbul 1 nolu DGM'nin 24/2/2004 tarih, 1993/251 esas ve 2004/34 karar sayılı kararında, kararın gerekçesinde, mahkumiyet hükmü kurulurken sadece sanığın hazırlık soruşturmasında vermiş olduğu ifadelerin dayanak yapılmadığı, diğer deliller de dikkate alınarak mahkumiyet hükmü kurulduğu, Mahkememizce yapılan dosya incelemesinde; sanığın hazırlık aşamasında verdiği ifadeler dikkate alınmasa dahi mevcut diğer delillerin mahkumiyet hükmü kurmaya yeterli olduğu kanaatine varıldığından İstanbul 1 nolu DGM'nin 224/02/2004 tarih, 1993/251 esas ve 2004/34 kararının CMK 323/1 maddesi gereğince" şeklindeki gerekçe ile onaylamıştır.

18. Başvurucu, kararı temyiz etmiştir. Yargıtay 9. Ceza Dairesi 23/3/2016 tarihinde anılan hükmü müebbet hapis cezası şeklinde düzelterek onamış ve karar bu şekilde kesinleşmiştir. AIHM'in ihlal kararının Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince denetlenen kararlardan olduğu ancak dosyanın kapatıldığı yapılan incelemeden anlaşılmıştır.

19. Başvurucu, kararı 23/3/2016 tarihinde öğrenmiş ve 21/4/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

20. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri" kenar başlıklı 311. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:

...

f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

(2) Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. "

21. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 12/12/2017 tarihli ve E.2017/1519, K.2017/5547 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"...AİHM'nin kararı gereği yeniden yargılama sonucunda verilen karar üzerine duruşmalı yapılan inceleme ile ... Yapılan yargılama sonunda toplanan deliller karar yerinde incelenip, sanığın üyesi bulunduğu silahlı terör örgütünün Devletin birliğini bozma ve ülke topraklarından bir kısmını Devlet idaresinden ayırma amacına yönelik olarak vahamet arz eden olayları gerçekleştirdiği, sanığın sübutu kabul olunan eylemlerinin amaç suçun işlenmesi doğrultusundaki örgütsel bağlılık ile ülke genelindeki organik bütünlüğüne göre amacı gerçekleştirme tehlikesi yaratabilecek nitelikte olduğu belirlenip, kovuşturma sonuçlarına uygun şekilde vasfı tayin edilmiş, cezayı azaltıcı sebebin niteliği takdir kılınmış, savunması inandırıcı gerekçelerle reddedilmiş, incelenen dosyaya göre verilen hükümde bir isabetsizlik görülmemiş olduğunda ..."

22. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 16/7/2018 tarihli ve E.2016/3457, K.2018/2466 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"... İşlenen suç ne kadar ağır olursa olsun, failin cezalandırılması adil bir yargılama sonunda, suçun hukuka uygun delillerle ispatına bağlıdır. Bu ispat, Yargıtay CGK'nın ve Ceza Dairelerinin bir çok kararında yer verdiği üzere; 'Ceza hukukunun genel prensiplerinden olan şüpheden sanık yargılanır ilkesi uyarınca bir suçtan cezalandırılmanın temel koşulunu, suçun kuşkuya yer verilemeyeceği şekilde ispat edilmesine bağlı olduğunu, kuşkulu ve tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddiaların sanığın aleyhine yorumlanarak mahkumiyet hükmü kurulamayacağı, yine ceza mahkumiyetinin yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan olası kanıya değil, kesin ve açık bir ispata dayanması ve bu ispatın hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olması gerektiği, yüksek de olsa bir olasılığa dayalı olarak sanığın cezalandırılmasının ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan varsayuma dayalı olarak hüküm vermek anlamına geleceği, bu durumda ceza yargılamasında mahkumiyetin büyük veya küçük olasılığa değil her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmasının şart olduğu, adli hataların önüne geçebilmenin de başka bir yolu olmadığı' şeklinde ifade edilmiştir.

...Avrupa İnsan Hakları mahkemesinin ihlal kararları doğrultusunda yeniden yargılama yapmak CMK 311. maddenin 1/f fıkrasının emredici hükmüdür. Yerel mahkemenin bu çerçevede duruşma açarak yeniden yargılama yaparak, hukuki ve fiili olanaklar içinde ihlal kararında belirtilen ve resen topladığı delilleri değerlendirip, Adli Tıp raporu ile desteklenen zora dayalı ifade sonucu elde edilen delillerin hükme esas alınmayacağını isabetle belirleyip, şüpheli ve sanıkların savunmalarındaki çelişkileri vurgulayıp, mağdurun şifai ve elyazımı beyanlarını destekleyen anlatımlara itibar edip, önceden verilip kesinleşen kararları değerlendirmek suretiyle hükümlünün suçunun sabit olmadığına ilişkin ulaşılmış olduğu sonuçta isabetsizlik bulunmadığından ..."

B. Uluslararası Hukuk

1. İlgili Sözleşme

23. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

"Herkes davasının, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak, ... görülmesini isteme hakkına sahiptir..."

...

c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddî olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek;"

2. AİHM İçtihadı

24. AİHM'e göre Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendi kapsamında suç isnadı altında bulunan kişi, savunma hakkının kullanılmasında üç ayrı hakka sahiptir. Bunlar kendisini bizzat savunma, seçtiği bir müdafinin yardımından yararlanma, bir müdafi tayin etme olanağından yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görülürse resen atanacak bir müdafinin yardımından yararlanma haklarıdır. Dolayısıyla suç isnadı altında bulunan kişinin kendisini bizzat savunması istenemez (*Pakelli/Federal Almanya*, B. No: 8398/78, 25/4/1983, § 31). Bir suçla itham edilen herkesin avukat yardımından etkili bir şekilde yararlanma hakkı mutlak bir hak olmamakla beraber adil yargılanma ilkesinin temel özelliklerinden birini oluşturmaktadır (*Salduz/Türkiye [BD]*, B. No: 36391/02, 27/11/2008, § 51).

25. Kendini suçlamama hakkı, kamu makamlarının şüphelinin/sanığın arzusu hilafına baskı ve zorlama metotları ile elde edilen delillere başvurmadan iddialarını ispat etmelerini öngörmektedir (*Jalloh/Almanya [BD]*, B. No: 54810/00, 11/7/2006, § 100; *Salduz/Türkiye*, § 54). AİHM, soruşturma evresindeki ikrarın kötü muamele veya işkence altında verildiği belirtilerek hâkim önünde reddedilmesi hâlinde bu konu irdelenmeden esasa geçilerek ikrarın dayanak olarak kullanılmasını bir eksiklik olarak değerlendirmiştir (*Hulki Güneş/Türkiye*, B. No: 28490/95, 19/6/2003, § 91). Bu kapsamda ikrarın hiç kimseye görüşülmesine izin verilmeyen ve uzun süren bir gözaltı sırasında yapılmış olması gibi hususlar da gözönünde bulundurulmalıdır (*Barbera, Messegue ve Jabardo/İspanya [GK]*, B. No: 10590/83, 6/12/1988, § 87).

26. İlke olarak şüpheliye gözaltına alındığı ya da tutuklandığı andan itibaren avukat yardımından yararlanma imkânı sağlanmalıdır (*Dayanan/Türkiye*, B. No: 7377/03, 13/10/2009, § 31). Diğer taraftan AİHM; kolluk tarafından ifade alınma aşamasını da kapsayan müdafî yardımından yararlanma hakkının geçerli bir nedene dayanılarak kısıtlanabileceğini, bu durumda somut olay açısından yargılamanın bütününe bakılarak söz konusu kısıtlamanın adil yargılanmaya engel olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir (*John Murray/Birleşik Krallık [BD]*, B. No: 18731/91, 8/2/1996, § 63; *Magee/Birleşik Krallık*, B. No: 28135/95, 6/6/2000, § 41).

27. AİHM, bazı durumlarda kişinin talebi olmasa da resen ücretsiz olarak avukat tayin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Kişinin olanağının olmaması yanında ayrıca suçlama nedeniyle özgürlükten mahrum bırakılmayı gerektiren alabileceği bir ceza ve davanın karmaşıklığı avukat yardımının sağlanmasını gerektiren bir hukuki menfaati ortaya çıkarmaktadır (*Tunç/Türkiye*, B. No: 32432/96, 27/3/2007, §§ 55, 56).

28. AİHM, Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında devletlerin taraf oldukları başvurulara ilişkin olarak verilen AİHM kararlarıyla bağlı olma yükümlülüğü altına girdiğini vurgulamakta (*Del Rio Prada/İspanya [BD]*, B. No: 42750/09, 21/10/2013, § 137); bu, AİHM bir ihlal bulunduğu davalı devletin sadece Sözleşme'nin 41. maddesine göre hükmedilen tazminatı ödeme yükümlülüğünü değil bunun yanında AİHM tarafından bulunan ihlalin ortadan kaldırılması için iç hukukta bireysel ve/veya -gerekiyorsa- genel tedbirler alma ve başvurucuyu Sözleşme ihlal edilmemiş olsaydı bulunacağı duruma mümkün olan en yakın konuma getirecek şekilde ihlalin etkilerini telafi etme yükümlülüğünü de barındırmaktadır (*Del Rio Prada/İspanya*, § 137).

29. Bu bağlamda AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin ne lafzı ne de ruhunun başvuranın iradi olarak açık ya da örtülü biçimde adil yargılanma hakkından vazgeçmesini engellemediğini belirtmektedir (*Aksin ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 4447/05, 1/10/2013, § 48). Adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan müdafî yardımından yararlanmadan vazgeçmenin geçerli ve etkin olabilmesi için açık bir biçimde dile

Adil Yargılanma Hakkı

getirilmesi, ayrıca bu vazgeçmenin önemiyle orantılı asgari güvencelerin de bulunması gerekir (*Salduz/Türkiye*, § 59).

30. AİHM, taraf devletlerin -AİHM kararında belirtilen sonuçlarla uyumlu olmak kaydıyla- bu yükümlülüklerini ifa edecekleri aracı seçmekte serbest olduklarını vurgulamaktadır. Bununla birlikte AİHM bazı özel koşullarda, anılan yükümlülüğün ifası bağlamında -sorumlu devlete yardım etmek amacıyla- ihlal bulunmasına yol açan durumun ortadan kaldırılması için alınabilecek özel ve/veya genel tedbirlerin türünü de gösterebileceğini belirtmektedir. AİHM istisnai bazı durumlarda ise bulunan ihlalin türünün telafi için alınması gereken tedbirler hususunda bir tercih imkânı bırakmayabileceğini, bu hâlde kendisinin hangi tedbirin uygulanacağını kararında gösterebileceğini ifade etmektedir (*Del Rio Prada/İspanya*, § 138).

31. AİHM, *Bochan/Ukrayna* (2) (B. No: 22251/08, 5/2/2015) kararında Sözleşme'nin 6. maddesinin gerekçeli karar hakkı yönünden ihlal edildiğine hükmettikten sonra (*Bochan/Ukrayna*, B. No: 7577/02, 3/5/2007) başvuru tarafından ulusal mahkemede yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyeti incelemiştir. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin kural olarak kesin hükme bağlanmış bir davanın yeniden incelenmesini öngören olağanüstü kanun yollarına ilişkin başvurulara uygulanmayacağını ancak ilgili hukuk sistemindeki söz konusu olağanüstü başvuru yoluna ilişkin yargısal sürecin türü, konusu ve somut özelliklerinin bu tür olağanüstü başvuru yolunu Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamına getirebileceğini ve adil yargılanma güvencelerini bu başvuru yönünden de geçerli hâle getirebileceğini ifade etmiştir (*Bochan/Ukrayna* (2), § 50).

32. AİHM, özellikle olağanüstü başvuru yolunun tür ve konu bakımından olağan başvuru yolu gibi görüldüğü durumlarda iç hukuktaki tanımlamadan bağımsız olarak bu tür yargısal süreçlerin Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında görülebileceğini belirtmiştir. AİHM, ilgili yargısal mercilere takdir hakkının tanınmadığı durumlarda ilgili olağanüstü yolun temyiz benzeri bir yol olduğunu kabul etmiştir (*Bochan/Ukrayna* (2), §§ 46-49). AİHM somut olayda Ukrayna ulusal hukukunu incelemiştir

ve kendisinin ihlal kararlarına ilişkin olarak öngörülen yargılamanın yenilenmesinin temyiz benzeri bir süreç olduğunu gözeterek Hükûmetin başvurunun adil yargılanma hakkı kapsamında olmadığı yönündeki itirazını reddetmiştir (*Bochan/Ukrayna (2)*, §§ 51-56).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 22/7/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

34. Başvurucu; AİHM'in ihlal kararına istinaden yaptığı yargılamanın yenilenmesi talebinin hukuka aykırı biçimde reddedildiğini, yapılan değerlendirmenin kanunla ve AİHM kararıyla açıkça çatıştığını, AİHM kararının yerine getirilemediğini belirterek gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş ve yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. Başvurucu, ayrıca yargılamanın yenilenmesi talebine ilişkin açtığı davanın makul sürede bitirilmediğini de iddia etmiştir.

35. Bakanlık, yargılamanın yenilenmesi talebini inceleyen yargı makamlarınca ulaşılan kanaate göre talebin reddine karar verildiğini belirtmiştir. Bakanlık ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin -yargılamanın yenilenmesi taleplerinde olduğu gibi- sona ermiş bir davanın yeniden açılması hakkını güvenceye almadığına ilişkin AİHM içtihatlarına atıfta bulunmuş ve karar verilirken bu hususların dikkate alınmasının Anayasa Mahkemesinin takdirinde olduğunu bildirmiştir.

36. Başvurucu, Bakanlık görüşlerine karşı başvuru formundaki iddialarını tekrarlamıştır.

B. Değerlendirme

37. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

38. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki

Adil Yargılanma Hakkı

tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun bu iddialarının müdafii yardımından yararlanma hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

39. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme'ye ek protokoller kapsamına da girmesi gerekir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvurunun kapsamında değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

40. Sözleşme'nin 6. maddesinde, adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanan başvurular, Anayasa ve Sözleşme kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz (*Onurhan Solmaz*, § 23).

41. Anayasa Mahkemesi H.Ç. (B. No: 2015/6867, 18/4/2018, §§ 24-27) kararında ve diğer birçok başvuruda yargılamanın yenilenmesine karar verilmeden önceki aşamalara ilişkin yargısal süreçleri de Anayasa'nın 36. maddesi kapsamında görmüş ve adil yargılanma hakkının güvencelerinin söz konusu süreçlere de uygulanacağını kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi *Nihat Akbulak* ([GK], B. No: 2015/10131, 7/6/2018) kararıyla birlikte yargılamanın yenilenmesi talepleriyle ilgili yargısal süreçlerin adil yargılanma hakkı kapsamında olduğuna ilişkin içtihadında değişikliğe gitmiştir. Anılan kararlar *yargılamanın yenilenmesine* karar verilmeden önceki aşamalarda başvuru sahiplerinin *suç isnadı altında* olmadığı, dolayısıyla bu aşamalarda verilen kararların adil yargılanma hakkı kapsamında incelenemeyeceği sonucuna varmıştır (*Nihat Akbulak*, §§ 30-39).

42. Ancak anılan kararda, Anayasa Mahkemesi ile AİHM'in ihlal kararlarının ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına dönük yeniden yargılama taleplerine ilişkin iddiaların adil yargılanma hakkının kapsamında olduğu ve bu iki durumun istisna teşkil ettiği açıkça vurgulanmıştır (*Nihat Akbulak*, § 39). Dolayısıyla somut başvuruya ilişkin şikâyetlerin Anayasa Mahkemesinin konu bakımından yetkisinde olduğu açıktır.

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

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

44. Ceza yargılamasında savunma haklarının güvence altına alınması, demokratik toplumun temel ilkelerindendir (*Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 32). Savunma, ceza adaletinin hakkaniyete uygun gerçekleşmesini sağlamaktadır. İddiaya karşı savunma tanınmadığı sürece silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun muhakeme yapılması ve maddi gerçeğe ulaşılması da mümkün değildir (*Yusuf Karakuş ve diğ.eri*, B. No: 2014/12002, 8/12/2016, § 69).

45. Savunma hakkının sağladığı güvenceler esasen adil yargılanma hakkı içinde yer almaktadır. Savunma hakkı, hukuk devleti ilkesinin gereklerinden ve adil yargılanma hakkının önemli güvencelerinden biri olması nedeniyle Anayasa'nın 36. maddesinde açıkça ifade edilmiştir. Anılan hükümde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Savunma hakkı tanınmadan kişilerin cezalandırılması, Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet karinesine de uygun değildir. Bu nedenle savunma hakkının sağlanmadığı bir yargılamanın adil olduğundan söz edilemez (*Yusuf Karakuş ve diğ.eri*, § 70).

46. Şüpheli ve sanığa salt savunma hakkının tanınması yeterli değildir. Şüpheli ve sanığın savunma için Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen *meşru vasıta ve yollardan* yararlandırılması da gerekir. Savunmada

Adil Yargılanma Hakkı

başvurulacak meşru vasıta ve yollar arasında avukatların teknik bilgilerinden ve tecrübelerinden yararlanma olanağı da bulunmaktadır. Şüpheli ve sanık için Anayasa'nın 36. maddesinde sözü edilen meşru vasıta ve yollardan en önemlisi müdafî yardımından yararlanmaktır. Diğer bir ifadeyle müdafî yardımından yararlanma hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen *meşru vasıta ve yollar* kavramının kapsamındadır. Bu itibarla müdafî yardımından yararlanmanın adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğine dâhil ve bu hakkın doğal sonucu olduğu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla suç isnadı altındaki kişi, adil yargılanma hakkı kapsamında kendisini bizzat savunma veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanma hakkına sahiptir (*Yusuf Karakuş ve diğerleri*, § 72).

47. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Nitekim Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (c) bendinde; bir suç ile itham edilen herkesin kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanması eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmesi hakkı düzenlenmiştir (*Yusuf Karakuş ve diğerleri*, § 73).

48. Anılan hakkın ilke olarak şüphelinin kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren sağlanması gerekir. Şüpheliye kolluk tarafından ilk kez sorgulanmasından itibaren avukata erişim hakkı sağlanması, kendisini suçlamama ve susma hakları yanında genel olarak da adil yargılanma hakkının etkili bir koruma işlevine sahip olması bakımından gereklidir. Çünkü bu aşamada elde edilen deliller, yargılama sırasında söz konusu suçun hangi çerçevede ele alınacağını belirlemektedir. Özellikle delillerin toplanması ve kullanılması aşamasında cezai yargılamaya ilişkin mevzuat giderek daha karmaşık hâle geldiğinden şüpheliler, ceza yargılamasının bu evresinde kendilerini savunmasız bir durumda bulabilir. Belirtilen savunmasızlık hâli, ancak bir müdafinin hukuki yardımı ile gereği gibi telafi edilebilir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri* [GK], B. No: 2013/1138, 27/10/2015, §§ 118, 135; *Sami Özbil*, B. No: 2012/543, 15/10/2014, § 64).

49. Müdafî yardımından yararlanma hakkı mutlak değildir. Bu hakkın istisnai hâllerde sınırlandırılması mümkündür. Zorunlu sebeplerin ortaya çıkması hâlinde bu hak kısıtlanabilir. Avukat erişiminin sağlanmamasına istisnai olarak zorunlu sebeplerin gerekçe gösterilmesi durumunda bile böylesi bir kısıtlama şüphelinin/sanığın adil yargılanma bağlamında güvence altına alınan haklarına zarar vermemelidir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri*, §§ 118, 137). Müdafî yardımından yararlanma hakkı bakımından önemli olan, yargılamaya bir bütün olarak bakıldığında şüphelinin/sanığın müdafî yardımından etkili bir biçimde yararlanmış olmasıdır. Ancak avukata erişim yönünden getirilen kısıtlama yargılamanın sonraki aşamalarında telafi edilmiş ise savunma hakkı ihlal edilmiş sayılmaz (*Yusuf Karakuş ve diğerleri*, § 78).

50. Sanık, olay hakkında doğrudan doğruya bilgiye sahiptir. Dolayısıyla sanığın beyanlarının olayın aydınlatılması bakımından son derece önemli bir delil niteliğinde olduğu açıktır. Bu bakımdan suç isnadı altındaki kişinin müdafî hazır bulunmadığı hâlde kendini suçlayıcı beyanlarda bulunup bulunmadığı, bu itirafların aleyhinde kullanılıp kullanılmadığı, susmasından mahkemece olumsuz sonuçlar çıkarılıp çıkarılmadığı ve kendisine herhangi bir baskı uygulanıp uygulanmadığı her somut olayda değerlendirilmelidir. Bir ceza davasında kendi aleyhine tanıklık etmeme ve delil vermeye zorlanmama hakkı, suç isnadını zorla veya baskıyla sanığın isteğine aykırı olarak elde edilen delillere başvurmadan kanıtlamaya çalışmayı gerektirir. Avukata erişimi sağlanmayan sanığın kolluktaki ikrarının mahkûmiyet kararında kullanılması durumunda savunma hakkına telafi edilmez biçimde zarar verilmiş sayılacaktır. Soruşturma evresinde elde edilen ikrarın kötü muamele ve işkence altında verildiği belirtilerek reddedilmesi durumunda mahkemece bu husus irdelenmeksizin ikrarın dayanak olarak kullanılması önemli bir özen eksikliğidir (*Yusuf Karakuş ve diğerleri*, § 79).

51. Bireysel başvuru incelemelerinde, ölçü norm Anayasa'dır; kanuna uygunluk denetimi yapılmamaktadır. Bu nedenle kanuna dayalı olarak avukata erişimin kısıtlanması yönündeki uygulamanın Anayasa'ya uygun olduğu anlamına gelmez. Müdafî yardımından yararlanma hakkının Anayasa'nın 36. maddesini ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde yargılamanın bütünlüğü içinde somut davanın kendine özgü koşulları

Adil Yargılanma Hakkı

dikkate alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi de daha önce şüphelilerin devlet güvenlik mahkemelerinin görev alanına giren suçlar yönünden müdafî yardımından faydalandırılmamasının mevzuattan kaynaklanan bir uygulama olduğunu tespit etmiş (*Aligül Alkaya ve diğerleri*, § 144, *Sami Özbil*, § 71; *Güllüzar Erman*, B. No: 2012/542, 4/11/2014, § 48) ancak müdafî yardımından yararlanma hakkının sonradan telafi edilmediği gerekçesiyle ihlal kararları vermiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri*, §§ 127-145, *Sami Özbil*, §§ 56-76; *Aynur Avoş*, B. No: 2014/784, 27/10/2016, §§ 37-58; *Veli Özdemir*, B. No: 2014/785, 27/10/2016, §§ 39-62).

52. Temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacıyla 4/11/1950 tarihinde imzalanan Sözleşme 10/3/1954 tarihli ve 6366 sayılı İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun'la Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmış ve onay belgesinin 18/5/1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tevdi edilmesiyle Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Bakanlar Kurulunun 22/1/1987 tarihli ve 87/11439 sayılı kararı ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuru hakkı, 25/9/1989 tarihli ve 89/14563 sayılı kararı ile de AİHM'in zorunlu yargı yetkisi tanınmıştır. Böylece Türkiye, Sözleşme'de bulunan temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğünü kabul etmiş ve yargı yetkisi içinde bulunan tüm bireylere, hukuken bağlayıcı nitelikte ihlal kararı verebilecek bir uluslararası mahkemeye başvuru yapabilme hakkını tanımıştır (*Sıddıka Dülek ve diğerleri*, B. No: 2013/2750, 17/2/2016, § 68).

53. Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması, AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının iç hukukta gereği gibi yerine getirilmesi ile mümkündür. AİHM tarafından verilen ihlal kararlarının iç hukukta gereği gibi yerine getirilmemesi, Sözleşme ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin uygulamada etkili bir şekilde korunamadığı anlamına gelir (*Sıddıka Dülek ve diğerleri*, § 69). Nitekim AİHM tarafından verilmiş bir ihlal kararı, temel hak ve özgürlüklerin teoride olduğu gibi pratikte de etkili bir şekilde korunabilmesi amacıyla 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu ile yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmiştir.

54. Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden Sözleşme kapsamındaki herhangi birinin ihlal edildiği iddiasını incelemek, bireysel başvuru yoluyla incelemeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin görev alanına girer. Aksinin kabulü, Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı içinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin bireysel başvuru yolu ile etkili bir şekilde korunmasını öngören Anayasa'nın amacı ile bağdaşmaz. Bu sebeple AİHM tarafından verilen bir ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği Anayasa Mahkemesince incelenmelidir. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılacak bu inceleme, olayların baştan itibaren yeniden değerlendirilmesi şeklinde değil AİHM tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediği ile ilgili sınırlı bir inceleme olacaktır (*Sıddıka Dülek ve diğerleri*, § 70).

55. Bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği, mevzuatın yorumlanması ve uygulanması kural olarak derece mahkemelerinin görevi olmakla birlikte bu yorum ve uygulamaların etkilerinin Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan hak ve yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığının Anayasa Mahkemesince incelenmesi doğaldır (*Kemal İnan*, B. No: 2013/1524, 6/10/2015, § 49).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

56. Başvurucu, AİHM'in müdafii yardımından yararlanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kararına istinaden hükmü veren mahkemeden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. Başvurucunun bu talebi, önce eksikliğin giderilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, daha sonra ise başvurunun müdafii olmadan alınan emniyetteki beyanının dikkate alınmadığı durumda dahi mevcut delillerin mahkûmiyet hükmüne yeterli olduğu gerekçeleriyle önceki hükmü onaylamak suretiyle reddedilmiştir (bkz. §§ 14-17). Başvurucunun itirazını inceleyen Yargıtay 9. Ceza Dairesi de Ağır Ceza Mahkemesinin yeniden yargılama sonucunda verdiği kararı onayarak anılan kararı hukuka uygun bulmuştur (bkz. § 18).

57. Somut olayda tartışılması gereken husus, AİHM'in ihlal kararı sonrasında yargılamanın yenilenmesi istemiyle derece mahkemesine

Adil Yargılanma Hakkı

başvuran başvurusunun müdafii yardımından yararlanma hakkı kapsamında ileri sürdüğü iddialarının etkili ve yeterli bir şekilde incelenip incelenmediği, AİHM tarafından verilen ihlal kararının gereklerinin yerine getirilip getirilmediğidir. Diğer bir ifadeyle AİHM'in başvuru hakkındaki kararda tespit ettiği ihlalin ve sonuçlarının derece mahkemelerince ortadan kaldırılıp kaldırılmadığı önem taşımaktadır.

58. AİHM'in ihlal kararına konu İstanbul 1. No.lu DGM'de görülen davanın hazırlık soruşturmasında başvurusunun müdafii olmadan beyanının alındığı ve yargılama sürecinde ise müdafinin bulunduğu, başvuru hakkında hüküm kurulurken soruşturmanın ilk aşamasında müdafii olmadan alınan emniyetteki beyanına atıf yapıldığı anlaşılmaktadır (bkz. § 11).

59. AİHM tarafından verilen ihlal kararının yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde (bkz. §§ 44-55) gereklerinin yerine getirilmesi için ilk derece mahkemesinin öncelikle yargılamanın yenilenmesine ve -ihlalin niteliği de dikkate alındığında- duruşmanın açılmasına karar vermesi gerekir. AİHM'in ihlal kararı verip ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına hükmettiği bu gibi durumlarda ilgili yargısal merciler, ihlal kararının niteliğini dikkate alarak ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde hareket etmek zorundadır. Ancak ilk derece mahkemesi duruşmanın açılmasına karar vermiş, bu aşamada başvurusunu ve müdafii dinledikten sonra -hazırlık soruşturmasında alınan ifadelerin dikkate alınmadığı durumda dahi- mevcut diğer delillerin mahkûmiyet hükmü için yeterli olduğu gerekçeleriyle İstanbul 1. No.lu DGM'nin kararını yerinde bularak onaylamıştır.

60. Somut olayda, yeniden yargılama sırasında başvuru müdafinin hazır bulunmasıyla savunma yapmıştır. Gerekçeli kararda ise *saniğin hazırlık aşamasında verdiği ifadeleri dikkate alınmasa dahi* diğer delillerin mahkûmiyete yeterli olduğu ifade edilerek başvurusunun soruşturma evresinde alınan ve AİHM'in ihlal kararına konu olan ifadesinin mahkûmiyete esas alınıp alınmadığı tam olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Dahası gerekçeli kararda mahkûmiyete temel alınan *diğer delillerin* nelerden ibaret olduğu belirtilmemiştir. Savunma tarafının bu delillere karşı iddia ve itirazlarını dile getirme fırsatına sahip olup

olmadığı da gerekçeli karardan anlaşılmamaktadır. Dolayısıyla Ağır Ceza Mahkemesince yapılan değerlendirmelerin AİHM'in ihlal kararıyla örtüşmediği, Anayasa'nın 36. maddesinin gerektirdiği ölçüde ve özende bir inceleme içermediği ve AİHM tarafından verilen ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmadığı anlaşılmaktadır.

61. Sonuç olarak adil yargılanma hakkı kapsamındaki müdafiden yararlanma hakkının sağladığı güvencelerle bağdaşmayacak şekilde AİHM'in ihlal kararının uygulanmaması nedeniyle müdafiden yararlanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

62. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

63. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesini istemiş ve 30.000 TL manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

64. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018,) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

Adil Yargılanma Hakkı

65. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

66. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), §§ 57-59, 66, 67).

67. İncelenen başvuruda müdafiden yararlanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

68. Bu durumda müdafî yardımından yararlanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında

hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

69. Öte yandan somut olayda ihlalin tespit edilmesinin başvuruçunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı açıktır. Dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için müdafî yardımından yararlanma hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuruçuya net 6.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

70. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvuruçuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Müdafiden yararlanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan müdafiden yararlanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin müdafiden yararlanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 9. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2014/64) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvuruçuya 6.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, tazminata ilişkin diğer taleplerin REDDİNE,

Adil Yargılanma Hakkı

E. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
22/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

M.B. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2018/37392)

Karar Tarihi: 23/7/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

GİZLİLİK TALEBİ KABUL

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ Basri BAĞCI
Raportör	: Ayhan KILIÇ
Başvurucu	: M.B.

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, baro levhasına yazılma işlemine ilişkin iptal davasında hukuk kurallarının öngörülemez biçimde yorumlanması nedeniyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 25/12/2018 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.
7. Başvurucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanda bulunmamıştır.
8. Birinci Bölüm tarafından 4/5/2020 tarihinde yapılan toplantıda, niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

10. Başvurucu 1968 doğumlu olup Ankara'da ikamet etmektedir.

A. Genel Bilgiler

11. Türkiye 15 Temmuz 2016 tarihinde askerî bir darbe teşebbüsüyle karşı karşıya kalmıştır. Darbe teşebbüsüne karşı koyan güvenlik görevlileri ile bu teşebbüse tepki göstermek üzere sokaklara çıkan sivillere uçaklar, helikopterler, tanklar, diğer zırhlı araçlar ve silahlarla saldırılmış; bu saldırılar sonucunda toplam 251 kişi hayatını kaybetmiş; binlerce kişi de yaralanmıştır. Kamu makamları ve yargı organları -olgusal temellere dayanarak- bu teşebbüsün arkasında Türkiye'de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı

Adil Yargılanma Hakkı

Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir. Darbe teşebbüsüne ilişkin süreç ile FETÖ/PDY'nin yapısına ilişkin detaylı açıklamalar Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* ([GK], B. No: 2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-46) kararında yer almaktadır.

12. 15 Temmuz darbe teşebbüsü öncesinde Millî Güvenlik Kurulu (MGK), söz konusu yapılanmayı 2014 yılı başından itibaren sırasıyla *halkımızın huzurunu ve ulusal güvenliğimizi tehdit eden yapılanma, devlet içindeki illegal yapılanma, kamu düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanma, paralel devlet yapılanması, terör örgütleriyle iş birliği içinde hareket eden paralel devlet yapılanması ve bir terör örgütü* olarak kabul etmiştir. Söz konusu MGK kararlarının her biri basın duyuruları aracılığıyla kamuoyuyla paylaşılmıştır. Yine FETÖ/PDY 2014 yılında Millî Güvenlik Siyaset Belgesi'nde "*Legal Görünümlü Illegal Yapılar*" başlığı altında "*Paralel Devlet Yapılanması*" adıyla yer almıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 28, 33).

13. Yargı organları birçok kararda FETÖ/PDY'nin devletin anayasal kurumlarını ele geçirmeyi, sonrasında devleti, toplumu ve fertleri kendi ideolojisi doğrultusunda yeniden şekillendirmeyi ve oligarşik özellikler taşıyan bir zümre eliyle ekonomiyi, toplumsal ve siyasal gücü yönetmeyi amaçlayan, bu doğrultuda mevcut idari sisteme paralel şekilde örgütlenen bir terör örgütü olduğunu ve bu örgütün 15 Temmuz 2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsünün arkasındaki yapılanma olduğunu kabul etmişlerdir (ilgili kararların bir kısmı için bkz. § 31; *Selçuk Özdemir* [GK], B. No: 2016/49158, 26/7/2017, §§ 20, 21; *Alparslan Altan* [GK], B. No: 2016/15586, 11/1/2018, § 10).

14. Yargı organlarının kararlarında ayrıca FETÖ/PDY'nin gizlilik, hücre tipi yapılanma, her kurumda örgütlenmiş olma, kendisine kutsallık atfetme, itaat ve teslimiyet temelinde hareket etme gibi birçok özelliğinin bulunduğu ve bu örgütün diğerlerine nazaran çok daha zor ve karmaşık bir yapı olduğu ortaya konulmuştur. FETÖ/PDY'nin şeffaflık ve açıklık yerine büyük bir gizlilik içinde, bir istihbarat örgütü gibi kod isimler, özel haberleşme kanalları, kaynağı bilinmeyen paralar kullanıp böyle bir örgütlenmenin olmadığına herkesi inandırmaya çalıştığı ve bunda

başarılı olduğu ölçüde büyüyüp güçlendiği tespitlerine yer verilmiştir (bu konuda bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 26/9/2017 tarihli ve E.2017/16.MD-956, K.2017/370 sayılı kararı).

B. Olağanüstü Hâl İlanı ve Bu Süreçte Uygulanan Tedbirler

15. Darbe teşebbüsünün bastırılmasının akabinde Bakanlar Kurulu tarafından ülke genelinde 21/7/2016 tarihinden itibaren doksan gün süreyle olağanüstü hâl (OHAL) ilan edilmesine karar verilmiştir. Üçer aylık sürelerle uzatılan OHAL süreci 18/7/2018 tarihinde sona ermiştir. OHAL ilanı, OHAL döneminin gerektirdiği tedbirlere ilişkin detaylı açıklamalar Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* (aynı kararda bkz. §§ 47-66) kararında yer almaktadır.

16. 15 Temmuz darbe teşebbüsü sırasında ve sonrasında ülke genelinde darbe girişimiyle bağlantılı ya da doğrudan darbe girişimiyle bağlantılı olmasa bile FETÖ/PDY'nin kamu kurumlarındaki örgütlenmesinin yanı sıra eğitim, sağlık, ticaret, sivil toplum ve medya gibi farklı alanlardaki yapılanmasına yönelik olarak Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından soruşturmalar yürütülmüş ve çok sayıda kişi hakkında gözaltı ve tutuklama tedbirleri uygulanmıştır (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 51; *Mehmet Hasan Altan (2)* [GK], B. No: 2016/23672, 11/01/2018, § 12).

17. Ayrıca OHAL sürecinde kamu görevinden çıkarma tedbirlerinin uygulanmasına da karar verilmiş ve bu konuda kanun hükmünde kararnameler ihdas edilerek alınan tedbirlerin yanı sıra kişiler hakkında doğrudan etki doğurucu nitelikte işlemler de tesis edilmiştir. Örneğin 22/7/2016 tarihli ve 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 3. maddesinde yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlardan; 4. maddesinde ise bunlar dışındaki tüm kamu personelinden (işçiler dâhil)MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ve terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilenlerin meslekten veya kamu görevinden çıkarılmalarına karar verileceği düzenlenmiştir. Anılan maddelerde; görevine son verilenlerin bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği, doğrudan veya dolaylı olarak

Adil Yargılanma Hakkı

görevlendirilemeyeceği de hüküm altına alınmıştır (kamu görevinden çıkarma tedbirlerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. *Aydın Yavuz ve diğerleri*, §§ 56-61).

18. Yine 15/8/2016 tarihli ve 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin KHK'nın 4. maddesinde; 667 sayılı KHK'nın 3. ve 4. maddeleri kapsamında kamu görevinden çıkarılanların, uhdelerinde taşımış oldukları büyükelçi, vali gibi unvanları ve yüksek mahkeme başkan ve üyeliği, müsteşar, hâkim, savcı, kaymakam ve benzeri meslek adlarını ve sıfatlarını kullanamayacakları ve bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları düzenlenmiştir.

19. Türkiye Cumhuriyeti 21/7/2016 tarihinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme); Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine ise Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'ye (MSHUS) ilişkin derogasyon (askıya alma/ yükümlülük azaltma) beyanında bulunmuştur. OHAL'in uzatılmasına ilişkin kararlar da Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine bildirilmiştir (*Aydın Yavuz ve diğerleri*, § 50).

C. Başvurucunun Kamu Görevinden İhracına İlişkin Süreç

20. Başvurucu 1990 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Başvurucu 25/7/1991 tarihinde adli yargı hâkim adayı olarak memuriyete atanmış, 6/10/1993 tarihinde de Cumhuriyet savcısı olarak göreve başlamıştır. Başvurucu son olarak Çanakkale Cumhuriyet savcısı olarak görev yapmakta iken Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Genel Kurulunun 24/8/2016 tarihli kararıyla FETÖ/PDY ile bağlantısı bulunduğu gerekçesiyle 667 sayılı KHK'nın 3. maddesine dayanılarak meslekten ihraç edilmiştir. Başvurucunun meslekten ihraç kararına karşı yaptığı yeniden inceleme talebi de HSYK'nın 29/11/2016 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

D. Başvurucunun Baro Levhasına Yazılma Talebine İlişkin Süreç

21. Kamu görevinden çıkarılmasının ardından başvurucu, baro levhasına avukat olarak yazılma talebiyle 23/5/2017 tarihinde Ankara

Barosuna (Baro) başvurmuştur. Başvurucunun talebi Baro Yönetim Kurulunun 16/8/2017 tarihli kararıyla kabul edilerek başvurucunun baro levhasına yazılmasına karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde, HSYK'nın meslekten çıkarma kararının disiplin cezası mahiyetinde olmadığı, idari bir işlem (tedbir) olduğu vurgulanmış ve başvurucunun baro levhasına kaydedilebilmek için aranan kanuni şartları taşıdığı açıklanmıştır. Baro kararı, kanun gereği Türkiye Barolar Birliğinin (TBB) incelemesine sunulmuştur. TBB Yönetim Kurulu 6/9/2017 tarihinde Baro'nun kararının uygun olduğuna karar vermiştir.

22. Söz konusu karar, Bakanlık tarafından uygun bulunmayarak bir daha görüşülmek üzere TBB'ye geri gönderilmiştir. Geri gönderme kararının gerekçesinde;

i. 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinde avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olarak tanımlandığı, yine anılan Kanun'un 2., 38. ve 57. maddelerinin de bu kapsamda hükümler içerdiği, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinde de avukatların yargı görevi yapan kişilerden sayıldığı vurgulanmıştır.

ii. Kamu hizmetinin idare hukuku esaslarına göre çalıştırılan ve kamu görevlisi olarak adlandırılan kişilerce yapılmasının zorunlu olmadığı, kamu hizmetinin bir kısmının kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan ancak işlevsel anlamda kamu görevi ifa eden serbest meslek grubundaki kişilerce de yerine getirildiği ifade edilmiştir.

iii. Avukatların verdikleri hizmetlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, adalet, yargı, hukuk işlerinin kamu hizmetinin en yoğun ve kamu kavramının anlam olarak en önde gelen alanlarından olduğu belirtilmiştir. 667 sayılı KHK ile başvurucu hakkında alınan tedbirin, avukatlık mesleğinin önem ve özelliği, kamu hizmeti niteliği ve avukatın hak ve yetkileri ile işlevsel olarak kamu görevi ifa ettiği hususlarının gözardı edilmemesi ve idare hukuku esaslarına göre kamu görevlisi olarak çalışmamak şeklinde dar yorumlanmaması gerektiği vurgulanmıştır. Böyle dar bir yorumun KHK'nın amacıyla bağdaşmadığı ve terörle mücadeleyi sekteye uğratacağı ileri sürülmüş ve söz konusu tedbirin ilgilinin bir daha kamu hizmetinde çalışmamasını da içerdiği ifade edilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

iv. Ayrıca KHK ile alınan tedbirin yalnızca idare hukuku esaslarına göre kamu görevlisi olarak çalışanlarla sınırlı tutulmasının memur ve hâkim olma niteliğini kaybedenlerin avukat olması sonucunu doğuracağı ve hukuk devletinin işlerliğinin sağlanması açısından yaşamsal bir öneme sahip olan ve yargının kurucu unsurunu teşkil eden avukatlık mesleğinin itibarını zedeleyeceği belirtilmiştir.

v. 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca adayın maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan suçlardan biri olan anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan soruşturma ve kovuşturma altında bulunması hâlinde avukatlığa alınması isteği hakkındaki kararın bu soruşturma ve kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebileceğine işaret edilmiş, KHK ile kamu hizmetinden çıkarılanların bir kamu hizmeti olan avukatlığı da yapamayacakları gözetildiğinde başvurusunun talebinin soruşturma ve kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesi gerektiği açıklanmıştır.

23. TBB Yönetim Kurulu 3/11/2017 tarihli kararıyla, önceki kararında ısrar ederek başvurusunun baro levhasına yazılmasına karar vermiştir. İsrar kararının gerekçesinde, başvuru ile ilgili olarak FETÖ/PDY üyeliği suçlamasıyla yürütülen soruşturmanın henüz tamamlanmadığı ifade edilmiş ve bu nedenle 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin uygulanmayacağı vurgulanmıştır.

24. Bu karardan sonra başvurusunun baro levhasına kaydı gerçekleştirilmiştir.

25. Bakanlık, başvurusunun baro levhasına yeniden yazılmasına ilişkin TBB kararının kesinleşmesi üzerine 15/11/2017 tarihinde Ankara 8. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) iptal davası açmıştır. Yürütmenin durdurulması talebini de içeren dava dilekçesinde;

i. 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine belirtilen cezalara mahkûm olmanın avukatlığa engel hâllerden sayıldığı, üçüncü fıkrasında ise bu cezalardan birini gerektiren bir suçtan kovuşturma altında bulunulması hâlinde, avukatlığa alınma isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. Avukatlık mesleğinin niteliği de

dikkate alındığında FETÖ/PDY kapsamında ihraç edilenler hakkındaki soruşturma ve kovuşturma sonuçlanana kadar bu kişilerin baro levhasına kaydedilmemesi gerektiği savunulmuştur.

ii. Terör eylemlerinin türüne ve niteliklerine ilişkin olarak 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamında açıklamalarda bulunularak MGK tarafından 26/2/2014 ile 26/5/2016 tarihleri arasında gerçekleştirilen toplantılarda; FETÖ/PDY'nin millî güvenliği tehdit eden ve kamu düzenini bozan, devlet içinde legal görünüm altında illegal faaliyetler yürüten, yasa dışı ekonomik boyutu bulunan ve diğer terör örgütleri ile iş birliği yapan bir terör örgütü olduğuna dair değerlendirmelerin yapıldığına ve bu terör örgütü ile tüm kurum ve birimlerin birlikte etkin bir şekilde mücadele edilmesine dair kararların alındığı hatırlatılmıştır.

iii. Devlet organlarına sızan FETÖ/PDY bağlantılı kişilerin sadece demokratik hukuk düzenine tehdit oluşturmakla kalmadıkları, 15 Temmuz 2016 tarihinde darbe teşebbüsünde bulunmak suretiyle de millî güvenliğe karşı fiilen büyük bir tehdit oluşturdukları ifade edilmiştir. Bu nedenle darbe teşebbüsünün akabinde devlet kurumlarının FETÖ/PDY ile iltisakı, irtibatı veya bu örgüte mensubiyeti olduğu değerlendirilen kişilerden hızlı bir şekilde arındırılabilmesi amacıyla KHK'ların çıkarıldığı belirtilmiştir.

iv. Bu kapsamda yürürlüğe giren 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, bu KHK uyarınca meslekten veya kamu görevinden çıkarılanların bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceğinin hükme bağlandığı vurgulanmıştır. Söz konusu meslekten veya kamu görevinden çıkarma tedbirinin, adli suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak terör örgütlerinin ve millî güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran olağanüstü tedbir mahiyetinde olduğu ifade edilmiştir.

v. Yargının kurucu unsurlarından olan avukatlık mesleğinin hukuki sorunların ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk devletinin işlerliğinin

Adil Yargılanma Hakkı

sağlanması bakımından yaşamsal bir öneme ve değere sahip olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda hukuk kurallarının tam olarak uygulanması konusunda yargı organlarına, yetkili kurul ve kurumlara yardımda bulunmanın bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatlığın amaçlarından biri olduğu ileri sürülmüştür.

vi. 1136 sayılı Kanun'un 1. maddesinde avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olarak tanımlandığı, yine anılan Kanun'un 2. maddesinde yer alan düzenlemenin avukatlığın kamu hizmeti niteliğinde olması esasına dayandığı belirtilerek aynı Kanun'un 38. ve 57. maddelerinin mesleğin kamu hizmeti niteliğinde olduğunun bir göstergesi olduğu, 5237 sayılı Kanun'un 6. maddesinin bu durumu teyit ettiği iddia edilmiştir.

vii. Kamu hizmetinin bir kısmının idare tarafından idare hukuku esaslarına göre çalıştırılan ve kamu görevlisi olarak adlandırılan kişilerce gerçekleştirildiği, diğer bir kısmının ise idare hukuku anlamında kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan ancak işlevsel anlamda kamu görevi ifa eden serbest meslek grubundaki kişilerce yerine getirildiği ifade edilmiştir. Avukatların verdiği hizmetin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

viii. Anayasa Mahkemesinin 23/6/1989 tarihli bir kararına yer verilerek avukatlık mesleğinin kamu hizmeti ve serbest meslek olarak iki yönlü olduğunun kabul edildiği; adalet, yargı, hukuk işlerinin kamu hizmetinin en yoğun ve kamu kavramının anlam olarak en önde gelen alanı olduğu belirtilmiştir. 667 sayılı KHK kapsamında meslekten veya kamu görevinden ihraç edilenlerin bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceğine ilişkin olarak alınan tedbirin avukatlık mesleğinin önem ve özelliği, kamu hizmeti niteliği, avukatın hak ve yetkileri ile işlevsel olarak kamu görevi ifa ettiği hususları gözardı edilerek yorumlanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu düzenlemenin idare hukuku esaslarına göre kamu görevlisi olarak çalışmamak şeklinde dar yorumlanmasının KHK'nın amacıyla bağdaşmayacağı ve terörle mücadeleyi sekteye uğratacağı iddia edilmiştir.

ix. Ayrıca söz konusu tedbirin sadece idare hukuku esaslarına göre kamu görevlisi olarak çalışanlarla sınırlı tutulmasının memur ve hâkim olma niteliğini kaybedenlerin avukat olması sonucunu doğuracağı,

hukuk devletinin işlerliğinin sağlanması bakımından hayati önemi bulunan ve yargının kurucu unsurlarından olan avukatlık mesleğinin itibarını zedeleyeceği vurgulanmıştır. Bu nedenlerle 667 sayılı KHK hükümleri çerçevesinde kamu görevinden ihraç edilen başvuruçunun avukat olarak baro levhasına yazılmasının yerinde olmadığı ve TBB Yönetim Kurulu tarafından verilen ısrar kararında hukuki isabet bulunmadığı ileri sürülmüştür.

26. Mahkeme 6/12/2017 tarihli kararıyla Bakanlığın yürütmenin durdurulması isteminin davalı TBB'nin savunmasının alınmasından sonra incelenmesine karar vermiştir.

27. Davalı TBB tarafından sunulan savunma dilekçesinde, başvuruçunun baro levhasına yazılma talebinin kabul edilmesine ilişkin kararın ve bu yönde tesis edilen işlemin hukuka uygun olduğu, davanın reddine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca dilekçede, yürütmenin durdurulması için gerekli olan koşulların bulunmadığı ve bu yöndeki talebin reddine karar verilmesi gerektiği savunulmuştur. Dilekçede özetle;

i. 24/3/2017 tarihli ısrar kararında belirtilen hususlara yer verilerek başvuruçunun 1136 sayılı Kanun'da sayılan avukatlığa engel hâlleri taşımadığı belirtilmiştir. 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca baro levhasına kaydın ertelenebilmesi için birinci fıkranın (a) bendinde belirtilen cezaları gerektiren suçlardan soruşturma altında değil kovuşturma altında olunmasının gerektiği, başvuru hakkında bir kovuşturmanın bulunduğuyla ilişkin olarak dosyada bilgi ve belgenin mevcut olmadığı vurgulanmıştır.

ii. Baro levhasına yazılmanın istihdam olarak nitelendirilemeyeceğine, bu nedenle 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan ve kamudan ihraç edilenlerin kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceğini ifade eden hükmün avukatlık mesleğini kapsamadığına dikkat çekilmiştir. Ayrıca Sağlık Bakanlığı tarafından 28/9/2016 tarihinde il sağlık müdürlüklerine gönderilen yazıda, KHK kapsamında kamu görevinden çıkarılan tabip, diş tabibi ve diğer sağlık meslek mensuplarının özel sağlık kuruluşlarında istihdam edilmelerine engel bir hâlin bulunmadığının bildirildiği belirtilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

iii. Kamu hukuku usulüne göre tasarrufta bulunan veya işlem yapanlarla bu işlemlerin yapılmasına kamu hukuku usulü çerçevesinde katkı sunan, bu kişilere faaliyetlerinde yardımda bulunanların kamu görevini ifa ettikleri, kamu hukuku usulüne göre tasarrufta bulunmayan veya işlem yapmayan ve bu faaliyetlere kamu hukuku usulü çerçevesinde yardımda bulunmayanların ise kamu hizmeti gördükleri belirtilmiştir.

iv. Kamu görevi kavramı; yasama ve yargı faaliyetlerinin yanı sıra devletin olmazsa olmaz birincil amaçlarının gerçekleşmesi için devlete özgü, devletçe yapılması zorunlu, egemen gücün, yetkinin ve kamu hukuku kurallarına göre oluşturulan idarenin kullanılmasını ve örgütlenmesini yansıtan etkinlikler bütünlüğü olarak tanımlanmıştır. Kamu hizmeti kavramı ise devletin ikincil amaçlarını gerçekleştirmek için başkalarına da bırakabileceği etkinlikler şeklinde açıklanmıştır.

v. Kamu görevlilerinin mutlaka kamu kesimindeki bir örgüte (kamu kurum ya da kuruluşlarına) bağlı olarak çalıştıkları vurgulanmıştır. Anayasa'ya göre kamu görevlilerinin ayırt edici özelliğinin bu kişilerin genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yerine getirmelerinden kaynaklandığı ve Anayasa'nın 128. maddesinde memurlar kavramının yanında yer verilen diğer kamu görevlileri deyiminin ise kamu kuruluşlarında kamu hukuku kurallarına tabi olarak çalışanları ifade ettiği belirtilmiştir.

28. Mahkeme 6/12/2017 tarihli ara kararıyla davanın başvurusu ihbar edilmesine karar vermiştir. Başvurucu 10/1/2018 tarihinde Mahkemeye sunduğu dilekçe ile davalı TBB yanında davaya müdahale talebinde bulunmuştur. Mahkeme 15/3/2018 tarihinde başvurusunun TBB yanında müdahale talebini kabul etmiştir. Aynı tarihli (15/3/2018) kararıyla -koşullarının oluştuğu gerekçesiyle- TBB tarafından tesis edilen işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Söz konusu karara karşı yapılan itiraz Ankara Bölge İdare Mahkemesi 12. İdari Dava Dairesinin (Bölge İdare Mahkemesi) 26/4/2018 tarihli kararıyla reddedilmiştir.

29. Mahkeme 6/6/2018 tarihli kararıyla dava konusu işlemin iptaline karar vermiştir. Kararın gerekçesinde;

i. 1136 sayılı Kanun'un 1. ve 2. maddelerinde yer alan düzenlemeler dikkate alındığında avukatlık mesleğinin kamu hizmeti yönünün ağır bastığı ifade edilmiştir. Yine 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde anayasal düzene karşı işlenen suçlardan mahkûmiyetin avukatlık mesleğine engel hâller arasında yer aldığı vurgulanmıştır.

ii. 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, aynı KHK'nın 3. maddesi uyarınca kamu görevinden çıkarılan yargı mensupları ile bu meslekten sayılanların bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyecekleri, bu unvan, sıfat ve meslek adlarına bağlı olarak sağlanan haklardan yararlanamayacakları yönündeki düzenleme hatırlatılmıştır.

iii. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında; devletin egemenlik kudretinin kullanıldığı alanlarla ilgili görevlerde bulunanlara görevleriyle ilgili olarak uygulanan idari işlemlerin kamu hukukuna ilişkin olduğu, medeni hak kapsamında görülemeyeceği vurgulanmıştır. Devletin kamu gücünün kullanılmasına katılan kişilerden özel bir güven ve sadakat talep etmesinde meşru bir menfaati bulunduğuna işaret edilmiştir.

iv. Kamu hizmetinin bir kurumun ya kendisi tarafından ya da yakın gözetimi altında, özel girişim eliyle kamuya sağlanan hizmetler olarak tanımlandığına dikkat çekilmiştir. Avukatlığın bir serbest meslek olduğu hâlde sunulan hizmet açısından bir kamu hizmeti mahiyetinde bulunduğu belirtilmiştir. Yargılamanın yürütülmesinin ve adaletin gerçekleştirilmesinin bir kamu hizmeti olduğu, bu amacın gerçekleştirilmesinde görev alan avukatların da kamu hizmeti icra ettiği ifade edilmiştir. Avukatlık mesleğini icra edenlerin toplumun güveni ve saygısına sahip olmaları gerektiği açıklanmış, ayrıca devletin de bunlardan özel bir sadakat talep etmesinde meşru bir menfaatinin bulunduğuna vurgu yapılmıştır.

v. HSYK'nın olağanüstü tedbir niteliğindeki kararıyla meslekten çıkarılan başvurucunun baro levhasına kaydedilmesi yolunda tesis edilen işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Adil Yargılanma Hakkı

30. Söz konusu karara karşı TBB ve başvuru tarafından istinaf başvurusu yapılmıştır. TBB ilk derece safhasında ileri sürdüğü iddiaları tekrar etmiştir. Başvuru ise baro levhasına kaydedilmesine engel bir hâlin kendisinde bulunmadığını, hakkında bir mahkûmiyet kararı veya açılmış bir kovuşturmanın da olmadığını belirtmiştir. Meslekten çıkarılmasının bir disiplin cezasına değil idari tedbir kararına dayandığına işaret eden başvuru, durumunun 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin kapsamında değerlendirilmesinin hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. Başvuru 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında geçen *istihdam edilmek* ibaresinin aleyhine yorumlandığını, söz konusu kuralın kamuda çalışmayı yasakladığını, kamu hizmeti ifa etmeyi men etmediğini savunmuş ve kamu hizmetinden çıkarıldıktan sonra milletvekili seçilen bir kişinin durumunu emsal göstermiştir. Başvuru son olarak Mahkemenin AİHM kararlarını hatalı yorumladığını, devletin güvenine mazhar olmadığına dair yorumun keyfî ve siyasi olduğunu ileri sürmüştür.

31. İstinaf başvurusu, Bölge İdare Mahkemesinin 9/10/2018 tarihli kararıyla kesin olarak oyçokluğuyla reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde; Mahkemece verilen kararın usule ve hukuka uygun olduğu, kaldırılmasını gerektiren bir nedenin bulunmadığı belirtilmiştir. Muhalefet görüşünde; avukatlığın serbest bir meslek olduğu ve avukatların da kamu hizmetinde istihdam edilmedikleri, kesinleşmiş disiplin cezasıyla kamudan ihraç edilme, baro levhasına kaydedilmeye hukuken engel teşkil etse de başvurunun disiplin cezasıyla değil idari tedbir ile ihraç edildiği, bu nedenle baro levhasına kaydedilmesine hukuki bir mani bulunmadığı ifade edilmiştir. Muhalefet gerekçesinde, avukatlık yapmaya engel oluşturan suçlardan dolayı kovuşturma altında olunması hâlinde ilgili kişinin baro levhasına kaydının ertelenmesine karar verilmesi mümkün ise de başvuruyla ilgili soruşturmanın henüz kovuşturmaya dönüşmediği vurgulanmıştır.

32. Nihai karar 30/11/2018 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvuru 25/12/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

E. Başvurucu Hakkındaki Ceza Soruşturmasına İlişkin Süreç

33. Çanakkale Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucu hakkında anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve terör örgütüne üye olma suçlamasıyla soruşturma başlatılmıştır. Başvurucu bu kapsamda 17/7/2016 tarihinde gözaltına alınmış, 20/7/2016 tarihinde ise Çanakkale Sulh Ceza Hâkimliğince tutuklanmıştır. Başvurucu ile ilgili soruşturma dosyası daha sonra yetkisizlik kararıyla Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına (Başsavcılık) gönderilmiştir. Başvurucu 20/2/2017 tarihinde ise serbest bırakılmıştır. Başsavcılık 19/2/2020 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Kararda, başvurucunun terör örgütü üyeliği suçunu işlediğine dair yeterli delil bulunmadığı vurgulanmış; anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs suçu yönünden ise başvurucunun darbe girişimine iştirak etmediği tespiti yapılmıştır.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

34. 1136 sayılı Kanun'un "Avukatlığın mahiyeti" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder."

35. 1136 sayılı Kanun'un "Avukatlığın amacı" kenar başlıklı 2. maddesi şöyledir:

"Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.

Adil Yargılanma Hakkı

Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıflar avukatlara görevlerinin yerine getirilmesinde yardımcı olmak zorundadır. Kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kurumlar avukatın gerek duyduğu bilgi ve belgeleri incelemesine sunmakla yükümlüdür. Bu belgelerden örnek alınması vekaletname ibrazına bağlıdır. Derdest davalarda müzekkereler duruşma günü beklenmeksizin mahkemeden alınabilir."

36. 1136 sayılı Kanun'un "Avukatlığa kabul şartları" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için:

a) *Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak,*
b) *Türk hukuk fakültelerinden birinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk*

fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan

derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak,

c) *Avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak,*

d) [mülga]

e) *Levhasına yazılmak istenen baro bölgesinde ikametgahı bulunmak,*

f) *Bu Kanuna göre avukatlığa engel bir hali olmamak gerekir."*

37. 1136 sayılı Kanun'un "Avukatlığa kabulde engeller" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Aşağıda yazılı durumlardan birinin varlığı halinde, avukatlık mesleğine kabul

istemi reddolunur :

a) *Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine*

karşı suçlar, (...) zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak,

...

Adayın birinci fıkranın (a) bendinde yazılı cezalardan birini gerektiren bir suçtan kovuşturma altında bulunması halinde, avukatlığa alınması isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebilir.

..."

38. 1136 sayılı Kanun'un "Redde veya kovuşturma sonuna kadar beklenmesine dair karara itiraz" kenar başlıklı 8. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"...

Baro yönetim kurullarının adayın levhaya yazılması hakkındaki kararları, karar tarihinden itibaren onbeş gün içinde Türkiye Barolar Birliğine gönderilir. Türkiye Barolar Birliği kararın kendisine ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde uygun bulma ... kararını ... onaylamak üzere karar tarihinden itibaren bir ay içinde Adalet Bakanlığına gönderir ... Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı kararları bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu kararlar, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir.

...

... Adalet Bakanlığının uygun bulmayıp bir daha görüşülmek üzere geri göndermesi üzerine Türkiye Barolar Birliğince verilen kararlara karşı ... Adalet Bakanlığı ... idari yargı merciine başvurabilir.

..."

Adil Yargılanma Hakkı

39. 1136 sayılı Kanun'un "Avukata karşı işlenen suçlar" kenar başlıklı 57. maddesi şöyledir:

"Görev Sırasında veya yaptığı görevden dolayı avukata karşı işlenen suçlar hakkında, bu suçların hakimlere karşı işlenmesine ilişkin hükümler uygulanır."

40. 5237 sayılı Kanun'un "Tanımlar" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Ceza kanunlarının uygulanmasında;

...

c) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi,

d) Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler, adlî ve idarî mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar,

... anlaşılır."

41. 667 sayılı KHK'nın "Amaç ve kapsam" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, 20/7/2016 tarihli ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla ülke genelinde ilan edilen olağaniüstü hal kapsamında, darbe teşebbüsü ve terörle mücadele çerçevesinde alınması zaruri olan tedbirler ile bunlara ilişkin usul ve esasları belirlemektir."

42. 667 sayılı KHK'nın "Yargı mensupları ile bu meslekten sayılanlara ilişkin tedbirler" kenar başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ... hâkim ve savcılar hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunca ... meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir. Görevlerine son verilenlerin silah ruhsatları ve hususi damgalı

pasaportları iptal edilir ve bu kişiler oturdukları kamu konutlarından veya vakıf lojmanlarından onbeş gün içinde tahliye edilir.”

43. 667 sayılı KHK'nın "Kamu görevlilerine ilişkin tedbirler" kenar başlıklı 4. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları şöyledir:

"Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen;

a) 27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi personel, ilgili Kuvvet Komutanının teklifi, Genelkurmay Başkanının inhası, Milli Savunma Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılır,

b) 10/3/1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununa tabi personel Jandarma Genel Komutanının teklifi, İçişleri Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılır,

c) 9/7/1982 tarihli ve 2692 sayılı Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununa tabi personel Sahil Güvenlik Komutanının teklifi ve İçişleri Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılır,

ç) Milli Savunma Bakanına bağlı personel Milli Savunma Bakanının onayı ile kamu görevinden çıkarılır,

d) 11/10/1983 tarihli ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa tabi personel, Yükseköğretim Kurulu Başkanının teklifi üzerine Yükseköğretim Kurulunun kararıyla kamu görevinden çıkarılır,

e) Mahalli idareler personeli, valinin başkanlığında toplanan ve vali tarafından belirlenen kurulun teklifi üzerine İçişleri Bakanının onayıyla kamu görevinden çıkarılır,

f) 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ile bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü maddesinde belirtilenler hariç diğer mevzuata tabi her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dahil) istihdam edilen personel, ilgili kurum veya kuruluşun en üst yöneticisi başkanlığında bağlı, ilgili veya ilişkili bakan tarafından oluşturulan kurulun teklifi üzerine ilgisine göre ilgili bakan onayıyla kamu görevinden çıkarılır,

Adil Yargılanma Hakkı

g) Bir bakanlığa bağlı, ilgili veya ilişkili olmayan diğer kurumlarda her türlü kadro, pozisyon ve statüde (işçi dahil) istihdam edilen personel, birim amirinin teklifi üzerine atamaya yetkili amirin onayıyla kamu görevinden çıkarılır.

Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır. Bu fıkra da sayılan görevleri yürütmekle birlikte kamu görevlisi sıfatını taşımayanlar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır.”

44. 18/10/2016 tarihli ve 6749 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin Kanun Hükümünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 3. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“(1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen ... hâkim ve savcılar hakkında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurulunca ... meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilir. Bu kararlar, Resmî Gazete’de yayımlanır ve yayımı tarihinde ilgililere tebliğ edilmiş sayılır. Meslekten çıkarma kararlarına karşı ilgili kanunlarda yer alan hükümler uyarınca itiraz edilmesi veya yeniden inceleme talebinde bulunulması üzerine verilen kararlar da Resmî Gazete’de yayımlanır ve yayımı tarihinde ilgililere tebliğ edilmiş sayılır.

...

(3) Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler hakkında da 4 üncü maddenin ikinci fıkrası hükümleri uygulanır.”

45. 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

“Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler; görevinden çıkarılanların uhdelelerinde bulunan her türlü mütevelli heyet, kurul, komisyon, yönetim kurulu, denetim kurulu, tasfiye kurulu üyeliği ve sair görevleri de sona ermiş sayılır.”

2. İlgili Yargı Kararları

a. İdari Yargı Mahkemelerince Verilen Kararlar

46. Danıştay Sekizinci Dairesinin 12/11/2014 tarihli ve E.2012/5257, K.2014/8567 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... madde ile avukatlık mesleğinin kamu hizmetinin yanında bir serbest meslek olduğu hususu değerlendirilmeksizin sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olduğundan bahisle kamu görevlilerinin uymakla yükümlü olduğu yürürlükteki mevzuat hükümleriyle getirilen kurallara benzer nitelikte bir uygulama yapılarak bu kurallar serbest meslek icra eden avukatlar açısından da geçerli hale getirilmiştir.

Yukarıda yer verilen kurallarda da belirlendiği şekli ile avukatlık, sunulan hizmet açısından bir kamu hizmeti; mesleki faaliyet olarak ise bir serbest meslektir. Bu bakımdan; mesleğin kendine özgü kuralları bulunduğundan avukatlık mesleği Anayasada yapılan kamu görevlisi tanımı içinde de değerlendirilmemektedir. Aksine bir yaklaşımla sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olmasından hareketle kamu görevlilerinin tabi olduğu kurallara tabi kılınması mesleğin niteliği ve gerekleri ile örtüşmeyecektir.

..."

47. Bölge İdare Mahkemesinin 10/3/2020 tarihli ve E.2020/112, K.2020/516 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... Dosyanın incelenmesinden, hakkında FETÖ/PDY silahlı terör örgütüne üyelik suçundan dolayı Bursa Cumhuriyet Başsavcılığının ... sayılı dosyasında yürütülen ceza soruşturması bulunan [S.K.nın] Bursa Barosu levhasına avukat olarak yazılmasına ilişkin talebinin kabulüne dair Bursa Baro Yönetim Kurulu kararının Türkiye Barolar Birliği tarafından uygun bulunduğu, davacı Bakanlık tarafından kararın bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmesine ilişkin Onayına uyulmayarak Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunun ... sayılı kararı ile ilk kararda ısrar edilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

İdare Mahkemesince, Bursa Barosu levhasına yazılmak için başvuran [S.K.] hakkında, FETÖ/PDY Silahlı Terör Örgütüne üye olmak suçundan Bursa

Adil Yargılanma Hakkı

Cumhuriyet Başsavcılığının ... sayılı dosya ile ceza soruşturması yürütüldüğü görülmekte olup; hakkında Avukatlık Kanunu'nun 5/1-a. maddesi kapsamında 'Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar' kapsamında değerlendirilebilecek bu soruşturma konusu suçun niteliği ve ağırlığı itibarıyla, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri ile haklarında soruşturma ve kovuşturma bulunan kişilerin kamu görevinden uzaklaştırıldığı, avukatlık mesleğininin kamu görevi niteliği ve mesleki özelliği göz önüne alındığında, ilgilinin avukatlık mesleğine alınıp alınmayacağı hususundaki kararın kovuşturma sonuna kadar bekletilmesi yönünde kanuni bir zorunluluk bulunmayıp baro yönetim kuruluna takdir yetkisi tanınmış ise de, idare hukukunun genel prensipleri uyarınca davalının takdir yetkisini kamu yararı ve avukatlık hizmetinin gereklerine uygun olarak kullanmak zorunda olması karşısında, isnat edilen suçun niteliği ve ağırlığı itibarıyla ceza soruşturması ve/veya kovuşturması sonucunun beklenmesi kamu yararı ve hizmet gereklerine daha uygun olacağı halde, bu husus gözardı edilerek, bu aşamada baro levhasına yazılmasına karar verilmesi kararının onaylanması yönünde tesis edilen dava konusu ısrar kararında hukuka uygunluk görülmediği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bu durumda, müdahil [S.K.] hakkında Fetö terör örgütü üyeliği nedeniyle ceza soruşturması bulunduğu gerekçesiyle baro levhasına yazılmasının soruşturma sonucuna kadar bekletilmesi gerektiği gerekçesiyle dava açılmış ve İdare Mahkemesince dava konusu işlemin iptaline karar verilmiş ise de, dosyaya ibraz edilen [S.K.] hakkındaki Fetö terör örgütü üyeliği suçlaması ile ilgili kovuşturmaya yer olmadığına dair ... sayılı Bursa Cumhuriyet Başsavcılığı kararı karşısında adı geçen hakkında ceza soruşturmasının ortadan kalktığı, kovuşturma bulunmadığı, kamu görevinden veya meslekten çıkarılması yönünde bir işlem olmadığı, baro levhasına yazılmasına engel halin ortadan kalktığı sonucuna varıldığından, dava konusu işlemde hukuka aykırılık, adı geçen hak yoksunluğuna sebebiyet vereceği açık olan mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin istinaf isteminin kabulü ile Ankara 10. İdare Mahkemesinin ... sayılı kararının kaldırılmasına, 2577 sayılı Yasanın değişik 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca esastan incelenen davanın reddine ... kesin olarak ... oybirliğiyle karar verildi.

b. Anayasa Mahkemesi Kararları

48. Anayasa Mahkemesinin 28/12/1968 tarihli ve E.1968/10, K.1968/66 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... Anayasa'nın 12. maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğundan ve hiç kimseye, hiçbir aileye, zümreye veya sınıfa intiyaz tanınamayacağından bahseder. Bu madde de hükme bağlanan, hukukî eşitliktir. Avukatlık Kanunu, avukatlığı kamu hizmeti saymıştır. Fakat serbest avukat, işi seçmek, dilediğini kabul etmek, dilediğini reddetmek hakkına sahiptir. Vekâlet verenle, alan arasındaki ilişkileri özel hukuk kuralları düzenler; buna karşılık Hazine avukatları Maliye Bakanlığı kadrolarına atama tasarrufu ile alınmış memurlardır. Hazine avukatının işveren daire ile olan ilişkisi, kamu hukuku ilişkileri içindedir. Bunların sorumluları serbest avukatlara oranla daha ağır esaslara bağlanmış, ayrıca özlük işleri Devlet memurları gibi düzenlenmiştir. Bu koşullar çerçevesinde, memur avukatla serbest avukatın başka başka hükümlere bağlanmasında eşitliğe aykırı bir nitelik yoktur. ..."

49. Anayasa Mahkemesinin 1/3/1985 tarihli ve E.1984/12, K.1985/6 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... Avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin herşeyden önce bir serbest meslek olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Avukatlık bir kamu hizmeti addedilmiş olsa dahi, kamusal yönü çok yoğun olan Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görülüp aynı ölçütlere tabi kılınmaz. ..."

50. Anayasa Mahkemesinin 4/6/2003 tarihli ve E.2002/132, K.2003/48 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... Anayasa'nın 70. maddesinde, 'Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.' denilmektedir.

Bu madde ile güvence altına alınan kamu hizmetine girme hakkı idare hukuku esaslarına göre devlet memuriyetine girme hakkını ifade etmektedir. Serbest meslek olan avukatlık bu anlamda bir kamu hizmeti değildir. Her ne kadar Avukatlık Yasası'nın 1. maddesi, avukatlığın kamu hizmeti olduğuna işaret ediyor ise de, yasakoyucunun herhangi bir serbest meslek faaliyetini kamu hizmeti olarak tanımlaması onun Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti olduğunu göstermez. ..."

B. Uluslararası Hukuk

51. Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili uyuşmazlıklar[ın] ... esası konusunda karar verecek olan ... bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir..."

52. AİHM, adil yargılanma hakkının demokratik toplumda önemli bir yere sahip olduğunu vurgulamaktadır (*Airey/İrlanda*, B. No: 6289/73, 9/10/1979, § 24). AİHM'e göre hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan hukuki belirlilik, Sözleşme'nin bütün maddelerinde mündemiçtir (*Jordan Jordanov/Bulgaristan*, B. No: 23530/02, 2/7/2009, § 47). Adil yargılanma hakkı hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine uygun olarak yorumlanmalıdır. Bu bağlamda hakkın tesliminden kaçınma (*denial of justice*) yasağı bu ilkelerin başında gelmektedir (*Golder/Birleşik Krallık*, B. No: 4451/70, 21/2/1975, § 35).

53. AİHM, iç hukukun yorumlanmasında öncelikli görevin ulusal otoritelere ait olduğunu vurgulamaktadır. AİHM'in görevi ulusal hukuk mercilerinin yorumlarının etkilerinin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığını tespit etmekle sınırlıdır (*Waite ve Kennedy/Almanya*, B. No: 26083/94, 18/2/1999, § 54). AİHM kural olarak kendisinin ulusal mahkemelerin yerine geçerek değerlendirme yapma görevinin bulunmadığını, ulusal hukukun yorumlanmasına ilişkin sorunları çözmenin öncelikli olarak ulusal otoritelerin -özellikle ulusal mahkemelerin- yetkisinde olduğunu vurgulamaktadır. AİHM bu sebeple ulusal mahkemelerin iç hukukun yorumuna ilişkin tartışmalarına karışmayacağını belirtmektedir. Ancak AİHM keyfiliğin bulunduğu, diğer bir ifadeyle ulusal mahkemelerin iç hukuku açıkça hatalı veya keyfî ya da hakkın tesliminden kaçınacak şekilde uyguladıklarını gözlemlediği hâllerde bunu sorgulayabileceğini ifade etmektedir (*Anđelković/Srbistan*, B. No: 1401/08, 9/4/2013, § 24).

54. AİHM, objektif bir temelde bireyleri koruyan bir insan hakları antlaşması olarak Sözleşme'nin amacının ve hedeflerinin Sözleşme hükümlerinin onu işlevsel ve etkili kılacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirdiğini vurgulamaktadır. AİHM'e göre

taraf devletler, Sözleşme'ye uyumun en azından Avrupa kamu düzeninin temelini koruyacak düzeyde denetlenmesini sağlama yükümlülüğündedir. Avrupa kamu düzeninin temel unsurlarından biri hukukun üstünlüğü ilkesidir ve keyfilik ise bu ilkeyi izale eder. AİHM, iç hukukun yorumlanması ve uygulanması gibi ulusal otoritelerin geniş takdir yetkisini haiz olduğu alanlarda bile keyfilik yasağı yönünden denetim yaptığını ifade etmektedir (*El-Dulimi ve Montana Management Inc./İsviçre*, B. No: 5809/08, 21/6/2016, § 145).

55. AİHM, *H./Belçika* (B. No: 8950/80, 30/11/1987) kararında disiplin cezasıyla baro levhasındaki kaydı sürekli olarak silinen avukatın baro levhasına yeniden kaydolma isteminin reddine ilişkin işleme karşı yapılan başvuruda medeni hak kavramını tartışmıştır. Başvuruya konu olayda Antwerp Barosunun levhasına kayıtlı olan avukat H. aleyhine disiplin soruşturması açılmış, soruşturma sonucunda 1963 yılında H.nin baro kaydının silinmesine karar verilmiştir. Başvurucu 1963 ile 1980 yılları arasında vergi konularında hukuki danışmanlık işiyle uğraşmıştır. Başvurucunun Baroya yeniden kaydolmak amacıyla 1979 ve 1981 yıllarında iki kere Baroya yaptığı başvuru reddedilmiştir (*H./Belçika*, §§ 10-22). AİHM başvuruyu 6. madde kapsamında incelemiştir. AİHM özetle şu değerlendirmeleri yapmıştır:

i. Öncelikle bir uyuşmazlığın bulunup bulunmadığı hususu tartışılmalıdır. Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrası sadece ulusal hukukta en azından savunulabilir bir temeli bulunan medeni haklarla ilgili uyuşmazlıkları kapsamakta ancak taraf devletlerin maddi hukuklarında belli bir içerikteki medeni hak ve yükümlülüğe yer vermelerini garanti altına almamaktadır. Başvurucunun iddia ettiği hakkın var olup olmadığını tespit edebilmek için avukatlıktan yasaklılık kararının mahiyetine ve yeniden kaydı haklılaştıran gerekçelere bakılmalıdır (*H./Belçika*, § 40).

ii. Baro levhasından silinme kararı mesleki bir kabahate dayalı olarak uygulanan bir disiplin cezasıdır. Hükûmet bunun sürekli bir yaptırım olduğunu ve Baronun başvurucağı yeniden kabul yükümlülüğünün bulunmadığını ileri sürse de AİHM "*Yargılama Kanunu*"nun 471. maddesinin baro kaydı silinen avukatın "*baro levhasından silinme kararının*

Adil Yargılanma Hakkı

kesinleşmesinden itibaren on yıl geçtikten sonra ve istisnai koşulların haklı kılması şartıyla” izin verdiğini tespit etmektedir (H./Belçika, § 41). Kanuni bir tanımının olmaması sebebiyle *”istisnai koşullar”* şartı çok farklı şekillerde yorumlanabilecek bir kavramdır. Baronun önceki kararları da kavramı açıklığa kavuşturmaktan uzaktır. Bu kararlar hem sayı itibarıyla azdır hem de gerek kamuya gerekse yeniden kayıt talebinde bulunan avukatlara açık değildir. AİHM’in görebildiği kadarıyla bu kararlardaki gerekçeler herhangi bir bilgi içermemektedir (H./Belçika, § 42). 471. madde gözetildiğinde, başvurunun söz konusu maddedeki şartları sağladığı için avukatlık mesleğini yeniden icra etme hakkına sahip olduğu iddiasının temelini Belçika hukukunda bulunduğunu ileri sürebileceği sonucuna ulaşılmaktadır (H./Belçika, § 43).

iii. Hükûmet avukatlık mesleğinin diğer mesleklerden -örneğin tabiplik gibi- farklılık taşıması sebebiyle somut olaydaki uyuşmazlığın medeni karakterli olmadığını savunmuştur. AİHM *medeni hak ve yükümlülükler* kavramını tanımlamayacağını, bunun yerine Belçika’da avukatlık mesleğinin özel karakterini analiz edeceğini belirtmiştir (H./Belçika, § 45).

iv. Belçika devleti baroların nasıl teşkilatlanacağı ve avukatların mesleki faaliyetlerinin koşullarını -avukata erişim, avukatın hakları ve görevleri gibi- düzenlemiştir. Ancak devletin kanun ve diğer düzenleyici işlemlerle müdahalesinin AİHM’in hakkın medeni karakterli olduğuna hükmetmesine engel teşkil etmediği vurgulanmalıdır. Avukatların adalet yönetimine katkıları onları kamu hizmetinin sunumuna dâhil etmektedir. Belçika’da baroların yargı sistemi içindeki fonksiyonlarının açıklığa kavuşturulması amacıyla barolar, ilgili kanunda *”yargısal kurum”* olarak tanımlanmıştır. Ancak kanundaki bu tanımlama belirleyici değildir. Bu niteleme, avukatlık mesleğinin icrasının medeni karakterli olmasına engel teşkil etmez. Dahası buna eşlik edecek şekilde ülkenin mahkemelerine kolektif ya da bireysel bağlılık bulunmamaktadır. Aksine barolar geleneksel bağımsızlıklarına binaen hem kendi rollerinin icrasında hem de disiplin işlerinde tam sorumluluğa sahiptir. Bu konularda baroların tam bir bağımsızlık içinde olduğu görülmektedir (H./Belçika, § 46).

v. Avukatlık mesleğinin kanunla düzenlenmiş olması ve yargısal sistemin bir parçası olması 6. maddenin uygulanmayacağı sonucuna

ulaşılabilmesi için yeterli olmadığı gibi aksi neticeye varmayı güçlendiren başka argümanlar da bulunmaktadır. Birincisi, Belçika'da avukatlık mesleği geleneksel olarak bağımsız bir meslek biçiminde muamele görmüştür. Kanunda avukatların mesleki faaliyetlerini doğruluk ve adaletin menfaatleri üzerine serbestçe icra edecekleri hükme bağlanmıştır. Avukat, baro levhasına kaydolduktan sonra faaliyette bulunup bulunmamakta serbesttir. Bir avukat, bir davada mahkeme tarafından resen görevlendirilmedikçe müvekkillerini -kamu otoritelerinin müdahalesinden arı olarak- doğrudan ve rızasıyla kendisi seçer; vicdanına aykırı bulması hâlinde veya başka bir sebeple vekâlet almayı reddedebilir. Onu müvekkiline bağlayan talimatlar her bir tarafın rızasına bağlı olarak geri alınabilir ve özel hukuk ilişkisi kapsamındadır. Avukatlık ücretini de avukatın kendisi takdir eder. Aşırı yüksek olması hariç baro buna müdahale edemez (*H./Belçika*, § 47).

vi. İkinci olarak avukatın bürosu ve müşteri çevresi mülk teşkil etmekte ve bu yönüyle mülkiyet hakkının kapsamına girmektedir. Üçüncü olarak avukatlar mahkemelerde hukuki yardımda bulunma tekeli haiz olsa da danışmanlık, uzlaştırmacılık ve hakemlik gibi başka önemli faaliyetlerde de bulunmaktadır. Bazen çok fazla zaman alan bu faaliyetler avukatlık mesleğinin geleneksel ve normal özellikleridir. Ayrıca bu görevlerin yargılama süreçleriyle bağlantısı bulunmamaktadır. Bu yüzden baro mensuplarının yalnızca ülkenin mahkemelerinin işleyişlerine katkı sağlamakla sınırlı görev icra ettikleri söylenemez (*H./Belçika*, § 47).

vii. AİHM Belçika'daki avukatlık mesleğinin bu yönleri gözetildiğinde baro levhasına kaydolma hakkının medeni karakterli olduğu ve olaydaki uyumsuzluğun 6. maddenin kapsamında bulunduğu sonucuna ulaşmıştır (*H./Belçika*, § 48).

56. AİHM'in *De Moor/Belçika* (B. No: 16997/90, 23/6/1994) kararına konu olayda ise ordudan emekli olan başvurucu, hukuk fakültesini bitirerek stajyer avukatlık listesine kaydolmak için Hasselt Barosuna başvurmuştur. Ancak başvurucunun başka bir mesleği icra ettiği gerekçesiyle talebi reddedilmiştir (*De Moor/Belçika*, §§ 8-14). Başvurucu iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHM'e başvurmuştur. AİHM başvuruyu adil yargılanma hakkı kapsamında incelemiştir. AİHM,

Adil Yargılanma Hakkı

başvurucunun stajyer avukatlar listesine kayıt talebinin reddedilmesinin kanunda gösterilen koşullardan birine dayanmadığını vurgulamıştır. AİHM yargılama sırasında ulusal otoritelere sunulan bir rapora atıfla, başvurucunun başka bir mesleği icra etmesinin avukatlık mesleğiyle bağdaşmayan bir durum olarak kanunlarda düzenlenmediğine, Baronun gösterdiği gerekçenin kanuni bir temelini bulunmadığına dikkat çekmiştir. AİHM'e göre yargılamayı yapan Baro Konseyi, başvurucunun stajyer avukatlık listesine kayıt talebinin reddine ilişkin olarak kanunen geçerli sebebe dayanmadığı için adil bir yargılama yapmamıştır (*De Moor/Belçika*, § 55).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

57. Mahkemenin 23/7/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

58. Başvurucu;

i. Yargılama sırasında gösterdiği hiçbir delilin toplanmadığını ve kararın gerekçesi oluşturulurken değerlendirmeye alınmadığını savunmuştur. Bu bağlamda soruşturma dosyasının getirilerek incelenmesi hâlinde FETÖ/PDY ile irtibat veya iltisakının bulunmadığının anlaşılabilceğini ancak Mahkemenin bunu yapmadığını belirtmiştir.

ii. Devletin 667 sayılı KHK'nın 3. maddesine dayanılarak ihraç edilenler ile bu kişilere yönelik güven eksikliği sebebiyle kendisine avukatlık yaptırmamasının haklı olduğu yolundaki gerekçenin keyfî olduğunu ifade etmiştir. Mahkemenin dayandığı AİHM kararlarının olayla ilgisiz olduğunu belirterek bu gerekçeye yönelik itirazlarını istinaf yolunda dile getirdiği hâlde Bölge İdare Mahkemesinin gerekçesiz bir biçimde istinaf talebini reddettiğinden yakınmıştır.

iii. Mahkemenin yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararı ile sonrasında verdiği iptal kararının gerekçeden yoksun olması sebebiyle

adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. TBB kararının verildiği tarihte hakkında bir mahkûmiyet kararı bulunmadığı gibi aleyhine açılmış bir kovuşturmanın da bulunmadığını, ayrıca bir disiplin cezasıyla değil idari tedbir mahiyetindeki bir kararla meslekten çıkarıldığını, bu sebeple 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki avukatlığa engel hâllerin hiçbirinin kendisinde bulunmadığını belirtmiştir.

iv. 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında bir kamu görevi yapılmasının değil kamu hizmetinde istihdam edilmenin yasaklandığına, avukatlık mesleğinin kamusal yönleri olmakla birlikte nihayetinde bir serbest meslek olduğuna, avukatların da kendi hesaplarına çalışan bir serbest meslek icra ettiklerine vurgu yapmıştır. Baro levhasına kaydın bir istihdam ilişkisi içermediğini belirterek bu iddiayı çeşitli Danıştay kararlarıyla desteklemeye çalışmış ve aksi düşüncenin sözü edilen KHK hükmü kapsamında ihraç edilen kişilerin askerlik ve tanıklık gibi kamu hizmeti söz konusu olduğunda duraksama bulunmayan görevleri de icra edemeyeceklerinin kabulü gerektiği sonucunu doğuracağını savunmuştur. Kanun koyucunun birliktelik ve arabuluculuk gibi hizmetlere yönelik açık bir yasaklayıcı hüküm getirdiği hâlde avukatlık mesleğine yönelik böyle bir hüküm sevk etmediğini, *istihdam edilmek* kavramının *bir işte, bir görevde kullanılmak* anlamına geldiğini, bu sebeple Mahkemenin gerekçesinin kanunun lafzına da aykırı olduğunu ifade etmiştir. KHK ile meslekten ihraç edilen bir akademisyenin milletvekili seçildiğini hatırlatmış ve Mahkemenin yasal dayanağı bulunmayan yorumunun keyfi olduğunu iddia etmiştir.

v. Anayasa'nın 48. ve 49. maddeleri hükümlerine yer verdikten sonra bu hükümlere aykırı olarak çalışma hakkının elinden alındığını belirtmiştir. Yargıçlar ve Savcılar Birliği Derneğine (YARSAV) üyeliğinden hareketle dinî kanaatlerine ilişkin çıkarımlar yapılmasının din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. YARSAV üyeliği sebebiyle yaptırma maruz bırakılmasının örgütlenme özgürlüğünü, eylem tarihinde yürürlükte bulunmayan ancak sonradan çıkarılan kanunlara istinaden cezalandırılmasının da suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiğini belirtmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

59. Bakanlık görüşünde öncelikle adil yargılanma hakkının kapsamına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Bakanlık görüşünde;

i. Anayasa Mahkemesi ve AİHM'in kararlarına atıfla, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında -keyfilik ve bariz takdir hatası içermesi haricinde- derece mahkemelerinin hukuk kurallarının yorumlanmasına ve delillerin değerlendirilmesine ilişkin takdirine karışamayacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin görevinin derece mahkemelerince yapılan hukuki hataları düzeltmek değil Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunan hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğini tespit etmek olduğu ifade edilmiştir. Başvurucunun ileri sürdüğü iddiaların özünün derece mahkemelerinin delillerin ve mevzuat hükümlerinin yorumlanmasına yönelik olduğu oysa derece mahkemelerinin değerlendirmelerinde keyfilik ve bariz takdir hatası bulunmadığından başvurucunun iddialarının kanun yolu şikâyeti niteliğinde bulunduğu savunulmuştur.

ii. Gerekçeli karar hakkına ilişkin teorik açıklamalar yapılmış ve somut olayda başvurucunun tüm iddialarının derece mahkemelerince karşılanmış olması sebebiyle bu hakkın ihlal edilmediği değerlendirilmiştir.

60. Bakanlık ayrıca 15 Temmuz 2016 tarihinde yapılan darbe girişimine ve bu olay sonrasında yaşanan gelişmelere değinmiştir. Bakanlık özetle şunları ifade etmiştir:

i. KHK kapsamında meslekten veya kamu görevinden çıkarma, adli suç veya disiplin suçu işlenmesi karşılığında uygulanan yaptırımlardan farklı olarak terör örgütlerinin ve millî güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan, geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran olağanüstü bir tedbir niteliğindedir.

ii. Avukat ve avukatlık mesleği, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ederek hukuki sorunların ve anlaşmazlıkların adalete ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi, hukuk kurallarının tam olarak uygulanması, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunması ve hukuk devletinin işlerliğinin sağlanması

bağlamında yaşamsal bir önem ve değere sahiptir. Avukatlık mesleği, 1136 sayılı Kanun kapsamında kamu hizmeti olarak tanımlanmıştır.

iii. Kamu hizmetinin idare hukuku esaslarına göre çalıştırılan ve kamu görevlisi olarak adlandırılan kişilerce yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır. Kamu hizmetinin bir kısmı idarece bu esaslara göre çalıştırılan ve kamu görevlisi olarak nitelendirilen kişilerce, diğer bir kısmı da idare hukuku anlamında kamu görevlisi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan ancak işlevsel anlamda kamu görevi ifa eden serbest meslek grubundaki kişiler tarafından yerine getirilmektedir.

iv. 667 sayılı KHK, demokratik hukuk devletine karşı sadece tehdit oluşturmakla kalmayan, 15 Temmuz 2016 tarihinde darbe teşebbüsünde bulunmak suretiyle fiilen demokratik hukuk devletine ve millî güvenliğe karşı büyük bir tehdit oluşturan FETÖ/PDY ile iltisakı, irtibatı ve bu örgüte mensubiyeti olduğu değerlendirilen kamu görevlilerinin devlet kurumlarından hızlı bir şekilde arındırılması amacıyla yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda alınan somut tedbirin avukatlık mesleğinin önem ve özelliği, kamu hizmeti niteliği ve avukatın hak ve yetkileriyle işlevsel olarak kamu görevi ifa ettiği hususları gözardı edilerek bir daha *kamu hizmetinde çalışmamak* yerine dar yorumlanmak suretiyle idare hukuku esaslarına göre *kamu görevlisi olarak çalışmamak* şeklinde değerlendirilmesi KHK'ların amacıyla bağdaşmayacaktır.

2. Değerlendirme

61. Anayasa'nın iddianın incelenmesinde dayanılacak olan "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

62. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Özel hayata saygı hakkına ilişkin olarak açık bir şikâyet dile getirmeyen başvurucağının iddialarının Anayasa'nın 36. maddesinde güvence

Adil Yargılanma Hakkı

altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkı yönünden incelenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

63. Başvurucunun din ve vicdan özgürlüğüne, örgütlenme özgürlüğüne, suçta ve cezada kanunilik ilkesine yönelik şikâyetleri, başvuru formunda bunlara ne şekilde müdahale edildiğine ilişkin detaylı ve ikna edici açıklamalar yapılmadığından incelenmeyecektir. Ayrıca çalışma hakkına yönelik şikâyet de bu hakkın Anayasa ile Sözleşme'nin ortak koruma alanında bulunmaması sebebiyle değerlendirilmeyecektir.

a. Uygulanabilirlik Yönünden

64. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

65. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme, bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesinde "*değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı[nın] metne dahil*" edildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesine söz konusu ibarenin eklenmesinin amacının Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır (*Yaşar Çoban* [GK], B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 54). Bu itibarla Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği belirlenirken Sözleşme'nin "*Adil yargılanma*

hakki" kenar başlıklı 6. maddesinin ve buna ilişkin AİHM içtihadının da gözönünde bulundurulması gerekir (*Onurhan Solmaz*, § 22).

66. Sözleşme, bir kişinin sahip olduğunu ileri sürebileceği tüm hak ve yükümlülükler bakımından adil yargılanma hakkını güvenceye almamaktadır. Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin *medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların* ve bir *suç isnadının* esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğu belirtilerek hakkın kapsamı bu konularla sınırlandırılmıştır. Hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için ya başvurucunun medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadının esası hakkında karar verilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bahsedilen hâller dışında kalan adil yargılanma hakkının ihlali iddiasına dayanan başvurular Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamı dışında kalacağından bireysel başvuruya konu olamaz (*Onurhan Solmaz*, § 23).

67. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı suç isnadına bağlı yargılamaların yanında bir kimsenin *medeni hak ve yükümlülüklerinin* karara bağlanmasıyla ilgili yargılamalarda da uygulanır. Anayasa'nın 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının *medeni* meselelerde uygulanabilmesi için ortada hukuk düzeni tarafından kişiye tanınmış veya en azından savunulabilir temeli bulunan bir *hakkın* bulunması gerekir. Bu hakkın Anayasa'da doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanan ve güvence altına alınan bir hakka ilişkin olması zorunlu değildir. Bu bakımdan kanunla kişilere tanınan ve savunulabilir bir temeli bulunan hak ve ayrıcalıklar da -mahkemelerde ileri sürülebilmesi koşuluyla- Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında hak kavramına dâhildir (bazı farklarla bkz. *Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem*, B. No: 2015/7942, 28/5/2019, § 28).

68. Bir hakkın bulunup bulunmadığının tespitinde hakkın tanınması hususunda yetkili otoritelere takdir yetkisi verilir vermediği de büyük önem taşımaktadır. Bir hakkın kişiye tanınıp tanınmaması hususunda yetkili otoritelere mutlak takdir yetkisi tanınmış ise Anayasa'nın 36. maddesi bağlamında adil yargılanma hakkının kapsamına giren bir

Adil Yargılanma Hakkı

hakkın varlığından söz edilemeyecektir. Buna karşılık ilgili hakkın bahşedilmesi hususunda kamu otoritelerine tanınan takdir yetkisi mutlak nitelikte değilse hak sahibi olduğunu iddia eden kişinin bu hakkı elde etmek için başlattığı uyuşmazlık sırf takdir yetkisinin varlığına dayanarak adil yargılanma hakkının kapsamı dışında tutulamaz. Öte yandan idarenin takdir yetkisinin geniş olduğu hâllerde de idarenin takdirini kullanması sonucu yaptığı tasarrufun yargı mercilerince iptal edilmesi mümkün ise hakkın varlığı kabul edilmelidir (*Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem, § 29*).

69. Ayrıca bu hakka ilişkin olarak ilgili kişinin menfaatini etkileyen bir uyuşmazlık mevcut olmalıdır. Bu uyuşmazlık ihtilaf konusu hakkın tespiti ve bu haktan yararlanılması bakımından belirleyici bir nitelik arz etmelidir (*Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem, § 28*).

70. Son olarak söz konusu hakkın *medeni* karakterli olması gerekir. Kamu hukuku alanına ilişkin haklar adil yargılanma hakkının kapsamına girmez.

71. Bu bakımdan öncelikle bir hakkın var olup olmadığı irdelenmelidir. Başvurucu HSYK kararıyla 667 sayılı KHK'nın 3. maddesine dayanarak meslektan ihraç edildikten sonra baro levhasına kaydedilmesi istemiyle Baroya müracaat etmiştir. Baro tarafından başvuruçunun avukatlık mesleğine kabul edilmesi için gereken kanuni şartları taşıdığı sonucuna ulaşarak talebin kabulü yolunda işlem tesis edilmiş, TBB tarafından da bu işlem uygun bulunmuştur. Ancak vesayet makamı olarak Bakanlığın açtığı dava üzerine Mahkeme kanuni koşulları taşımadığı gerekçesiyle başvuruçunun talebinin kabulüne ilişkin işlemin önce yürütmesinin durdurulmasına karar vermiş, akabinde de işlemi iptal etmiştir.

72. Mevcut başvurudaki temel mesele başvuruçunun baro levhasına kayıt hakkının bulunup bulunmadığının tespitidir. 1136 sayılı Kanun'un 3. maddesinde avukatlık mesleğine kabul şartları, 5. maddesinde ise avukatlık mesleğine engel hâller düzenlenmiştir. Ankara Barosuna göre başvuruçucu 1136 sayılı Kanun'un 3. maddesinde belirtilen tüm koşulları taşımakta ve anılan Kanun'un 5. maddesinde belirtilen avukatlığa engel hâllerin hiçbirini başvuruçuda bulunmamaktadır. Mahkeme de başvuruçunun avukatlık yapma hakkının bulunmadığı sonucuna

ulaşırken 1136 sayılı Kanun'a değil 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasına dayanmıştır. Mahkemeye göre anılan fıkra da yer alan "*Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler.*" hükmü başvuruçunun baro levhasına kaydedilmesine engel teşkil etmektedir. Bu sebeple başvuruçunun avukatlık yapma hakkı bulunmamaktadır.

73. 667 sayılı KHK'nın 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında;MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ve terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen kimi kamu görevlilerinin kamu görevinden çıkarılmasını öngören hükümler sevk edilmiştir. Anılan fıkra da, yargı mensubu ya da bu meslekten sayılanlarla ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Yargı mensuplarına ilişkin düzenleme 3. maddede yapılmış, 4. maddenin (2) numaralı fıkrasında ise "*Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez...*" hükmüne yer verilerek kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği belirtilen kişiler (1) numaralı fıkradakilerle sınırlı tutulmuştur. Yargı mensuplarının durumu 4. maddede değil 3. maddede düzenlendiğinden 4. maddenin (2) numaralı fıkrası hükmünün yargı mensuplarını kapsamadığı açıktır.

74. Ancak 29/10/2016 tarihinde yürürlüğe giren 6749 sayılı Kanun'un 3. maddesi 667 sayılı KHK'nın aynı maddesinden biraz daha farklı düzenlenmiştir. 6749 sayılı Kanun'un 3. maddesine 667 sayılı KHK'nın aynı maddesinde yer almayan "*Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler hakkında da 4 üncü maddenin ikinci fıkrası hükümleri uygulanır.*" şeklinde (3) numaralı fıkra eklenmiştir. Anılan fıkra uyarınca 4. maddenin (2) numaralı fıkrası yargı mensupları için de uygulanacaktır. Dolayısıyla başvuruçunun avukatlığa engel bir hâlinin bulunup bulunmadığının 667 sayılı KHK hükümlerine göre değil 6749 sayılı Kanun hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekir.

75. 6749 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasının atıfta bulunduğu 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan hüküm uyarınca, HSYK tarafından bu Kanun'a dayanılarak meslekten çıkarılanların "*kamu hizmetinde*" istihdam edilemeyeceği açıktır. Ancak

Adil Yargılanma Hakkı

anılan hükümde bu kişilerin avukatlık mesleğini yapamayacaklarına yönelik sarih bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkeme, kuralda yer alan *kamu hizmeti* kavramının ve avukatlık mesleğinin mahiyetine ilişkin yorumundan hareketle bu sonuca ulaşmaktadır.

76. Başvurucunun avukatlık yapmasına engel bir hâlinin bulunmadığının bizzat ilgili meslek kuruluşu tarafından kabul edilmiş olması karşısında başvurucunun durumundaki birinin avukatlık yapma hakkına sahip bulunmadığının açık olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Kaldı ki başvuru, Mahkemece verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin karara kadar baro levhasına kayıtlı kalmıştır. Bu durumda da başvurucunun avukatlık yapma hakkına sahip olduğu iddiasının Türk hukuk sisteminde savunulabilir bir temelinin bulunmadığı söylenemeyecektir. Öte yandan açtığı dava başvurucunun bu hakka sahip olup olmadığının tespitiyle ilgilidir. Derece mahkemelerinin verdiği karar bu hak bakımından belirleyici olmuştur. Tüm bu koşullar gözetildiğinde başvurucunun mahkemelerde savunulabilir düzeyde temeli bulunan bir hakkına ilişkin uyuşmazlığın mevcut olduğu kanaatine varılmıştır.

77. Öte yandan avukatlık yapma hakkının *medeni* bir hak olup olmadığı tartışılmalıdır. Bu koşulun avukatlığın bir kamu hizmeti olup olmadığı hususunda varılacak sonuçla belli ölçüde ilgili olduğu söylenebilir. Ancak avukatlığın kamu hizmeti olup olmadığı yolunda varılacak netice, bu hakkın medeni niteliği üzerinde tek başına belirleyici bir öge değildir. Birincisi, kamu görevinden çıkarılan bir hukukçunun avukatlık yapma imkânından mahrum olmasının sonuçlarının bu kişinin özel hayata saygı hakkını etkileyebileceği açıktır. İkincisi, medeni hak kavramına ilişkin yaklaşım zamanla gelişmiştir. Günümüzde kamu görevlilerinin sahip oldukları hak ve ayrıcalıkların önemli bir bölümünün dahi medeni karakterli olduğu kabul edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli *Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem* kararında kamu hukuku kurallarına göre istihdam edilen kamu çalışanları ile devlet arasındaki ilişkinin her zaman medeni hak niteliği taşıyabileceği, kamu çalışanları ile devlet arasındaki ilişkinin medeni hak kapsamı dışında kalan boyutlarının da bulunabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte kamu çalışanlarına tanınan hak ve ayrıcalıkların da kural olarak

medeni hak niteliğinde olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu kararda kamu görevlilerine bahşedilen hak ve ayrıcalıklardan dava konusu edilebilenlerin her hâlükârda medeni hak niteliğinde olduğu ifade edilmiştir (*Mehmet Güçlü ve Ramazan Erdem*, §§ 31, 32).

78. Tüm bu hususlar gözetildiğinde başvurucunun baro levhasına kaydolma hakkının -avukatlık mesleğinin kamu hizmeti olup olmadığı tartışmasından bağımsız olarak- medeni bir hak niteliğinde olduğu ve başvurucunun baro levhasına kaydedilmesine ilişkin işleme karşı açılan başvuruya konu davadaki uyumsuzluğun medeni hak ve yükümlülüklerle ilişkin olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının mevcut başvuruda uygulanabilir olduğu kanaatine varılmaktadır.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

79. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

80. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı maddi adaleti değil şekli adaleti temin etmeye yönelik güvenceler içermektedir. Bu bakımdan adil yargılanma hakkı davanın taraflardan biri lehine sonuçlanmasını garanti etmemektedir. Adil yargılanma hakkı temel olarak yargılama sürecinin ve usulünün hakkaniyete uygun olarak yürütülmesini teminat altına almaktadır.

81. Anayasa'nın 148. maddesinin dördüncü fıkrasında, *kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara* ilişkin şikâyetlerin bireysel başvuruda incelenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kapsamda ilke olarak mahkemeler önünde dava konusu yapılmış maddi olay ve olguların kanıtlanması, delillerin değerlendirilmesi, hukuk kurallarının yorumlanması ve uygulanması ile uyumsuzluk konusunda varılan sonucun adil olup olmaması bireysel başvuru konusu olamaz. Ancak bireysel başvuru

Adil Yargılanma Hakkı

kapsamındaki hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden, bariz takdir hatası veya açık bir keyfilik içeren tespit ve sonuçlar bu kapsamda değildir (konuya ilişkin birçok karar arasından bkz. *Ahmet Sağlam*, B. No: 2013/3351, 18/9/2013).

82. Ancak temel hak ve özgürlüklere müdahalenin söz konusu olduğu durumlarda derece mahkemelerinin takdir ve değerlendirmelerinin Anayasa'daki güvencelere etkisini nihai olarak değerlendirecek merci Anayasa Mahkemesidir. Bu itibarla Anayasa'da öngörülen güvenceler dikkate alınarak bireysel başvuru kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin herhangi bir inceleme "*kanun yolunda gözetilmesi gereken hususun incelenmesi*" olarak nitelendirilemez (*Şahin Alpay (2)* [GK], B. No: 2018/3007, 15/3/2018, § 53).

83. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi çok istisnai durumlarda temel hak ve özgürlüklerden biri ile doğrudan ilgili olmayan bir şikâyeti kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlara ilişkin yasak kapsamına girmeden inceleyebilir. Açık bir keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsıldığı ve adil yargılama hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvencelerin anlamsız hâle geldiği çok istisnai hâllerde, aslında yargılamanın sonucuna ilişkin olan bu durumun bizatihi kendisi usule ilişkin bir güvenceye dönüşmüş olur. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirip getirmediğini ve açık bir keyfilik nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin temelden sarsılıp sarsılmadığını incelemesi yargılamanın sonucunu değerlendirdiği anlamına gelmez. Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi derece mahkemelerinin delillerle ilgili değerlendirmelerine ancak açık bir keyfilik ve adil yargılanma hakkı kapsamındaki usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getiren bir uygulama varsa müdahale edebilecektir (*Ferhat Kara* [GK], B. No: 2018/15231, 4/6/2020, § 149).

84. Adil yargılanma hakkı, hukuk kuralının davanın başvuru lehine sonuçlanmasını temin eden yorumunun esas alınmasını güvence altına almamaktadır. Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının yorumlanması -yukarıda belirtildiği gibi- derece mahkemelerinin takdirindedir. Bununla birlikte derece mahkemelerinin hukuk kurallarını

yorumlarken Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen ve Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesini gözönünde bulundurmaları gerekir. Esasen hukuk devleti ilkesi Anayasa'nın tüm maddelerinin yorumlanmasında dikkate alınması zorunlu olan bir ilkedir. Bu bağlamda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriğinin yorumlanmasında da hukuk devletinin gerekleri gözetilmelidir.

85. Bu noktada hukuk devletinin gereklerinden birini de hukuk güvenliği ilkesi oluşturmaktadır (AYM, E.2008/50, K.2010/84, 24/6/2010 ve E.2012/65, K.2012/128, 20/9/2012). Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi; hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013).

86. Başvurucuların medeni haklarıyla ilgili uyuşmazlıklarda uygulanan hukuk kurallarının açıkça keyfî veya hakkın tesliminden kaçınacak (adaleti hiçe sayacak) biçimde yorumlanması usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getireceğinden adil yargılanma hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilir. Zira bu hâlde, derece mahkemesinin yorumunun başvuru tarafından öngörülmesi mümkün olmayıp hukuk kurallarının öngörülemeyen biçimde yorumlanması hukuk devleti ilkesini örseler. Özellikle hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı hükümlerin geniş yoruma tabi tutulması keyfiliğe ve bireylerin kendilerini hukuk karşısında güvensiz hissetmelerine yol açar.

87. Anayasa Mahkemesi *Kenan Özteriş* (B. No: 2012/989, 19/12/2013) kararında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin (AYİM) yorumunun 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 95. maddesinin açık hükmüne aykırılık teşkil ettiğini belirterek olayda başvuru hakkında verilen mahkûmiyetin tecil edilmesinin sonuçları ile ilgili açık

Adil Yargılanma Hakkı

bir kanun hükmü bulunduğu ve bu hükme verilecek olağan anlam belli olduğu hâlde AYİM İkinci Dairesinin açık olan kanun hükmüne olağanın dışında farklı bir anlam verip buna göre uygulama yaptığı ve böylece kararın *öngörülemeyen* nitelikte olup *bariz takdir hatası* içerdiği gerekçesiyle Anayasa'nın 36. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

88. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi *Mehmet Geçgel* (B. No: 2014/4187, 18/4/2019) kararında, başvuru hakkında hükmedilen cezanın 21/12/2000 tarihli ve 4616 sayılı 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun kapsamında ertelenmiş olması nedeniyle hakkında ceza hukuku ilkelerine göre mahkûmiyet hükmü bulunmamasına rağmen idare mahkemesinin ortada gerçek bir mahkûmiyet varmış gibi değerlendirme yaparak başvuru hakkının tazminat talebini reddettiği kararının *bariz takdir hatası* içerdiği kanaatine ulaşmış ve başvuru hakkının *hakkaniyete uygun yargılanma hakkının* ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

89. Somut olaydaki dava, başvuru hakkının baro levhasına kaydedilmesine ilişkin işleme karşı açılmıştır. Davada çözüme kavuşturulması gereken temel mesele başvuru hakkının baro levhasına kaydolma, diğer bir ifadeyle avukatlık mesleğine kabul şartlarını taşıyıp taşımadığıdır. Bu şartlar 1136 sayılı Kanun'un 3. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasının (f) bendinde avukatlığa kabul şartlarından biri de bu Kanun'a göre avukatlığa engel bir hâlin bulunmaması şeklinde ifade edilmiştir. Avukatlığa engel durumlar ise 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasında sekiz bent hâlinde sayılmıştır.

90. Bakanlığın TBB'nin uygun bulma işlemini bir kez daha görüşülmek üzere geri gönderme yazısında, 5. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen şartın sağlanmadığı gerekçesine de dayanılmıştır. Sözü edilen bentte bazı suçlardan mahkûm olunması avukatlığa engel hâllerden sayılmıştır. Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar da bunlar arasında gösterilmiştir. Bakanlık, başvuru aleyhine anayasal düzeni ortadan kaldırmaya teşebbüs etme ve terör örgütüne üye olma suçlamasıyla soruşturma yürütüldüğünden 5. maddenin üçüncü

fıkrası uyarınca başvuru baro levhasına kaydının soruşturmanın sonuna kadar ertelenmesi gerektiğini savunmuştur. Bakanlığa göre 5. maddenin üçüncü fıkrası, sadece kovuşturma altındakilerin değil soruşturma altındakilerin de baro levhasına kaydının ertelenmesini gerektirmektedir. Başvurucunun 667 sayılı KHK kapsamında meslekten çıkarıldığı gözetildiğinde baro levhasına kaydının soruşturma sonuna kadar ertelenmesi zorunludur.

91. 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasında, birinci fıkranın (a) bendinde yazılı cezalardan birini gerektiren bir suçtan kovuşturma altında bulunulması hâlinde, avukatlığa alınma isteği hakkındaki kararın bu kovuşturmanın sonuna kadar bekletilmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. Ancak Mahkemenin iptal gerekçesi başvuru baro levhasına kaydedilme isteğinin bekletilmesi gerektiği gerekçesine dayanmadığından, aksine başvuru avukatlık mesleğine kabul edilmemesi gerektiğine dair olduğundan 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasının kapsamına ilişkin bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle Bakanlığın sadece soruşturma altında olanların dahi avukatlığa kabul isteklerinin ertelenmesi gerektiğine ilişkin yorumunun kanuni bir temelini bulunup bulunmadığının bu aşamada değerlendirilmesini gerektiren bir neden bulunmamaktadır.

92. Mahkemenin iptal kararında, 1136 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ilgili kısmının metnine yer verilmiş ise de başvuru avukatlık mesleğine kabul şartlarını taşımadığı sonucuna ulaşırken belirtilen maddedeki şartlardan birine dayanılmamıştır. Kararda 667 sayılı KHK'nın ilgili hükümlerinden yola çıkılarak ve avukatlık mesleğinin niteliklerine vurgu yapılarak başvuru avukatlık mesleğine kabul şartlarını taşımadığı hükmüne varılmıştır.

93. Mahkemece yapılan yargılamanın adil yargılanma ilkelerini ihlal edip etmediğinin değerlendirilmesinde incelenmesi gereken mesele, Mahkemenin vardığı bu sonucun ilgili mevzuatın hakkın tesliminden kaçınacak ölçüde öngörülemez bir biçimde yorumlanmasına dayanıp dayanmadığıdır.

Adil Yargılanma Hakkı

94. 677 sayılı KHK'nın kanunlaştırılması amacıyla çıkarılan 6749 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, MGK'ca devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ve terör örgütlerine üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen hâkim ve savcılar hakkında HSYK Genel Kurulunca meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verileceği belirtilmiş; buna ilişkin usul ve esaslar açıklanmıştır. Belirtilen maddenin (3) numaralı fıkrasında ise *"Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler hakkında da 4 üncü maddenin ikinci fıkrası hükümleri uygulanır."* hükmüne yer verilmiştir. 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, yargı mensubu veya bu meslekten sayılan kişilerden olmayan bazı kamu görevlilerinin idari işlemle meslekten çıkarılmalarına ilişkin usul düzenlenmiş; (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde ise (1) numaralı fıkra uyarınca görevine son verilenlerin bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyeceği belirtilmiştir. 6749 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (3) numaralı fıkrasının yaptığı atıf gözetildiğinde HSYK kararıyla 6749 sayılı Kanun'daki usul uyarınca meslekten çıkarılan hâkim ve savcıların bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemeyecekleri anlaşılmaktadır.

95. Eski Cumhuriyet savcısı olan ve HSYK kararıyla 6749 sayılı Kanun'daki usul uyarınca meslekten çıkarılan başvurusunun anılan Kanun'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre bir daha kamu hizmetinde istihdam edilme yasağının kapsamında olduğu hususunda tartışma bulunmamaktadır. Tartışmalı olan husus, avukatlık yapmanın da belirtilen yasak kapsamında kalıp kalmadığıdır. Mahkeme avukatlığın kamu hizmetinde istihdam edilme yasağının kapsamında olduğu sonucuna ulaşmıştır.

96. Mahkemeye göre avukatlık, mesleki yönden bir serbest meslek olsa da sunulan hizmet açısından bir kamu hizmetidir. Yargılamanın yürütülmesi ve adaletin gerçekleştirilmesi bir kamu hizmeti olup bu amacın gerçekleştirilmesinde görev alan avukatlar da kamu hizmeti icra etmektedir. Avukatlık mesleğini icra edenlerin toplumun güvenine ve saygısına sahip olması gerekir. Bu nedenle devletin de bunlardan özel bir sadakat beklemesinde meşru bir menfaati bulunmaktadır. Mahkeme,

başvurucunun terör örgütlerinin ve millî güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen diğer yapıların kamu kurum ve kuruluşlarındaki varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan 667 sayılı KHK'ya dayanılarak olağanüstü bir tedbir olarak meslekten çıkarıldığı gözetildiğinde avukatlık mesleğine kabul şartlarını taşımadığı sonucuna ulaşmıştır.

97. 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrası anlamında kamu hizmeti kavramını yorumlamanın ve bu bağlamda anılan hükmün avukatlığı da kapsayıp kapsamadığını değerlendirmenin öncelikli olarak derece mahkemelerine ait bir yetki olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte derece mahkemelerinin yorumunun açıkça öngörülemez olduğunun veya hakkın teslimini açıkça reddedecek şekilde hatalı bulunduğu tespit durumunda usule ilişkin güvenceler de anlamsız hâle geleceğinden bunun etkilerini incelemek Anayasa Mahkemesinin görevidir.

98. Mahkeme 1136 sayılı Kanun'un 1. maddesinde avukatlığın bir kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanmış olmasına değinmiştir. Avukatlığın anılan maddede kamu hizmeti olarak tanımlanmasına rağmen serbest avukatlığın şekli manada bir kamu hizmeti olmadığı noktasında duraksama yoktur. Zira baro levhasına kayıtlı olan avukatlardan kamu kurumlarında kadrolu olarak görev yapanlar haricindekilerin devlete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olmaları söz konusu değildir. Avukatların kendilerine ait ayrı büroları bulunmaktadır. Avukatlar müvekkillerini seçerken ve faaliyetlerini yürütürken devletten herhangi bir talimat almamakta, bu konuda tamamen kendi serbest iradelerine göre hareket etmektedir. Avukatlar kendi faaliyetlerinin gerektirdiği tüm sorumlulukları kendileri yüklenmekte, müvekkilleri ile aralarındaki sözleşmeden kaynaklanan tüm haklara kendileri sahip olmakta, yükümlülüklerine de kendileri katlanmaktadır. Avukatların gelirleri de müvekkillerinden aldıkları vekâlet ücretinden oluşmaktadır. Yaptıkları işler karşılığında ne kadar ücret alacakları 1136 sayılı Kanun'daki sınırlar dâhilinde kendileri ile müvekkilleri arasında yapılan anlaşma ile belirlenmektedir.

99. Öte yandan yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında da avukatlığın kanunda kamu hizmeti olarak tanımlanmış olmasına

Adil Yargılanma Hakkı

rağmen avukatın bir devlet memuru olmadığı ve kanun koyucunun bir serbest mesleği kamu hizmeti olarak tanımlamasının onu Anayasa'nın 70. maddesi anlamında bir kamu hizmeti hâline getirmeyeceği ifade edilmiştir (bkz. §§ 48-50). Anayasa Mahkemesi kararlarındaki bu yaklaşım bazı Danıştay kararlarına da yansımıştır. Danıştay sadece yürütülen hizmetin kamu hizmeti olmasından hareketle avukatlığın kamu görevlilerinin tabi olduğu kurallara tabi kılınmasının mesleğin niteliği ve gerekleri ile örtüşmeyeceğini belirtmiştir (bkz. § 46).

100. Tüm bu hususlar avukatlığın şeklî manada kamu hizmeti (kamu görevi) sayılmayacağını göstermektedir. Mahkeme de serbest avukatlığın şeklî manada bir kamu hizmeti olduğunu ifade etmemiştir. Mahkeme kararının gerekçesinin bütününden Mahkemenin avukatlığı maddi manada bir kamu hizmeti olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. Mahkeme; yargılamanın yürütülmesinin ve adaletin gerçekleştirilmesinin bir kamu hizmeti olduğunu, bu amacın gerçekleştirilmesinde görev alan avukatların da kamu hizmeti icra ettiğini kabul etmiştir. Şu hâlde 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki istihdam yasağının kanun koyucu tarafından şeklî manada kamu hizmetine dönüştürülmeyen ancak kamusal niteliğinin bulunduğu da kabul edilen hizmetleri kapsadığı biçimindeki yorumun öngörülebilir olup olmadığı incelenmelidir.

101. 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin ilgili kısmı *"Birinci fıkra uyarınca görevine son verilenler bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez..."* biçimindedir. Kuralda yasağın kamu hizmetlerinde istihdam edilmeyi kapsadığı açık bir biçimde ifade edilmektedir. İstihdam edilme kavramının bağımlı çalışmayı gerektirdiği tartışmasıdır. Bu bağlamda bu hükmün HSYK tarafından 6749 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında meslekten çıkarılan hâkim ve savcıların kamu kurumlarında gerek statü hukukuna gerekse akdi hukuka bağlı olarak istihdam edilmelerini yasakladığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Buna karşılık kuralın genel olarak avukatlık mesleğini kapsadığı, bu çerçevede devlete bağlı olarak çalışmayı gerektirmeyen avukatlığı da içerdiği hususu kanun metninden açıkça anlaşılamamaktadır. Mahkemenin bir serbest meslek faaliyeti olan ve herhangi bir işverene bağlı olarak yürütülmeyen avukatlığın her türünü

istihdam ilişkisi kapsamında yürütülen bir meslek olarak nitelemesinin, anlaşılması oldukça güç ve kanunun özünden uzaklaşan bir yorum olduğu değerlendirilmiştir. İstihdam edilme ilişkisinin bağımlı çalışmayı gerektirdiği tartışmaya mahal bırakmayacak kadar açıktır. Mahkemenin ortaya koyduğu gerekçeler aksi sonuca ulaşılması yönünden ikna edici olmaktan uzaktır.

102. Öte yandan serbest çalışan avukatlar ile devlet arasında da özel bir güven ilişkisi bulunması gerektiği yorumunun avukatlığın geleneksel misyonuyla bağdaştırılması zordur. Serbest çalışan avukatla devlet arasında devlet memurununkine benzer bir güven ilişkisi aramak Anayasa ile oluşturulan demokratik hukuk düzeninde anlamlı değildir. Anayasa'da güvence altına alınan ve çoğulculuk temeline dayanan demokrasi, sivil toplumun bir unsuru olan meslek kuruluşları ve bunların mensupları ile devlet arasında hiyerarşik bir ilişki kurulması gerektiği anlayışını reddetmektedir.

103. Şu hâlde -avukatlığın maddi anlamda bir kamu hizmeti olup olmadığına dair tartışmadan bağımsız olarak- 6749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasında belirtilen kamu hizmetlerinde istihdam yasağının bir serbest meslek faaliyeti olan avukatlık yapmayı da kapsadığı şeklindeki yorumun oldukça zorlama ve öngörülemez olduğu, dolayısıyla usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirdiği kanaatine varılmıştır.

104. Hak ve özgürlükleri sınırlandıran hükümlerin kamu makamlarınca geniş yorumlanması bireyler açısından öngörülemez sonuçlar doğurabileceğinden hukuk devletine aykırılık teşkil etmenin yanında adil yargılanma hakkını da zedeler. Adil yargılanma hakkı, uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk kurallarının öngörülebilir olmasını zorunlu kılmaktadır. Türk anayasal sisteminde hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı düzenleme yapma yetkisi yasama organına aittir. Hak ve özgürlüğü kısıtlayıcı bir kanunun kapsamını genişletici yorum ve uygulamalar kanun koyucunun getirmedeği bir sınırlandırmanın idari ve yargısal makamlarca ihdas edilmesi sonucunu doğurabilir. Bu açıdan hak ve özgürlükleri sınırlandıran kurallara ilişkin yorum ve uygulamaların kuralın kapsamını genişletici nitelikte olmaması ve öngörülebilir

Adil Yargılanma Hakkı

sınırlar içinde kalması önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle derece mahkemelerinin, hak ve özgürlükleri sınırlayıcı kuralların kapsamının geniş yorumlanması hususunda oldukça ihtiyatlı davranması gerekir. Aksi durum keyfî uygulamaların yaygınlaşmasına ve bireylerin kamu otoritelerine karşı güvencesiz bir konuma düşmesine yol açar.

105. Bu açıklamalar ışığında değerlendirildiğinde başvurunun avukatlık mesleğine kabul edilme şartlarını taşımadığı yolunda ulaşılan kanaatin, kanun hükmünün öngörülebilir olmayan genişletici yorumuna dayandığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu yorum başvurunun medeni hakkıyla ilgili olarak açılan davada usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirmiş ve başvurucu aleyhine karar verilmesinde belirleyici olmuştur. Dolayısıyla bunların bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği kanaatine varılmıştır.

106. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

B. Diğer İhlal İddiaları

107. Başvurucu; Mahkemeye sunduğu müdahale dilekçesinde, talebinin kabulü hâlinde yürütmenin durdurulması isteminin dava dilekçesi ve eklerinin kendisine gönderilip savunmasının alınmasının akabinde karara bağlanmasını istediği hâlde Mahkemenin bunu yapmadığını ve kendisine savunma imkânı tanımadan yürütmenin durdurulması istemini karara bağladığını ileri sürmüştür. Başvurucu, bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ifade etmiştir. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı şikâyeti yönünden ulaşılan sonuç gözetildiğinde başvurunun bu iddialarının ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

108. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

109. Başvurucu, yargılamanın yenilenmesine karar verilmesi ve tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

110. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

111. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

112. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan

Adil Yargılanma Hakkı

farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülünen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67*).

113. İncelenen başvuruda, Mahkemenin olayda uygulanan hukuk kuralını usule ilişkin güvenceleri anlamsız hâle getirecek şekilde ve öngörülemez biçimde yorumlaması sebebiyle hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmıştır.

114. Bu durumda hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 8. İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

115. İhlalin tespitinin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına hükmedilmesinin yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

116. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 294,70 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvuruçunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Diğer ihlal iddialarının incelenmesine GEREK BULUNMADIĞINA,

E. Kararın bir örneğinin adil yargılanma hakkı kapsamındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Ankara 8. İdare Mahkemesine (E.2017/3412, K.2018/1442) GÖNDERİLMESİNE,

F. Başvuruçunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

G. 294,70 TL harçtan oluşan yargılama giderinin başvuruçuya ÖDENMESİNE,

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

I. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 23/7/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

ADNAN CEYLAN BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/7302)

Karar Tarihi: 8/9/2020

BİRİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Muammer TOPAL Selahaddin MENTEŞ
Raportör	: Selçuk KILIÇ
Başvurucu	: Adnan CEYLAN
Vekili	: Av. Hasan ERDEM

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; terör olayında yaralanma nedeniyle yaşam hakkının, uğranılan maddi ve manevi zararların tazmin edilmesi istemiyle açılan tam yargı davasının reddedilmesi ve yargılamanın makul süre içinde tamamlanmaması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 14/4/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına

(Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, görüş bildirilmesine gerek görülmediğini belirtmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. İstanbul'un Beyoğlu ilçesinde bulunan İngiliz Konsoloslukuna 20/11/2003 tarihinde yapılan terör saldırısı sonucu meydana gelen patlamada başvurucu ağır şekilde yaralanmıştır.

9. Haydarpaşa Numune Eğitim ve Araştırma Hastanesi tarafından verilen 31/3/2004 tarihli sağlık kurulu raporu ile başvurucunun %10 oranında iş gücü kaybı olduğu belirlenmiştir.

10. Başvurucu, zararının tazmini istemiyle 14/10/2004 tarihinde İçişleri Bakanlığı ve İstanbul Valiliğine (İdareler) başvurmuş; 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 13. maddesine istinaden maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur. Başvurunun cevap verilmeksizin zımnen reddi üzerine başvurucu 21/2/2005 tarihinde İstanbul 6. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) 38.000 TL maddi, 22.000 TL manevi zararının tazmini istemiyle dava açmıştır.

11. Yargılama devam ederken İstanbul Valiliği Zarar Tespit Komisyonunca (Komisyon) 29/6/2007 tarihinde 17/7/2004 tarihli ve 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun uyarınca başvurucuya 1.841 TL ödenmesine karar verilmiştir. Başvurucu, belirtilen bedel üzerinden düzenlenen sulhnameyi imzalamamış ve 2/11/2007 tarihinde uyuşmazlık tutanağı düzenlenmiştir.

12. Mahkeme 26/9/2008 tarihli kararıyla davanın kısmen kabulüne, 22.650,30 TL maddi ve 10.000 TL manevi tazminatın başvurucuya ödenmesine karar vermiştir. Karar, Danıştay Onuncu Dairesinin (Daire) 26/4/2013 tarihli kararıyla bozulmuştur. Bozma gerekçesinde özetle 5233 sayılı Kanun'un yargısal ve bilimsel içtihatlarla kabul edilen sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hâli olduğu, bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten sonra yargısal içtihat yoluyla sosyal risk ilkesinin uygulanmasının mümkün olmadığı, buna göre söz konusu olayın meydana gelmesinde

Adil Yargılanma Hakkı

idarenin kusurunun var olup olmadığının tespit edilmesi ve idarenin kusurunun saptanması hâlinde uyuşmazlığın 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca idarenin hizmet kusurunun ve kusursuz sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılıp davanın reddedilmesi durumunun idarenin 5233 sayılı Kanun'dan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı da hüküm altına alınmıştır.

13. Mahkemece bozma kararına uyularak 4/12/2013 tarihli ara kararı ile İdarelerden davaya konu terör eylemiyle ilgili olarak herhangi bir ihbar ya da istihbari bilginin kendilerine intikal edip etmediği ve meydana gelen zararın oluşumunda herhangi bir kamu idaresinin katkısının bulunup bulunmadığı sorulmuş, ilgili bilgi ve belgelerin gönderilmesi istenmiştir. Söz konusu ara kararına verilen 15/1/2014 tarihli cevapta İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü arşiv kayıtlarında yaptırılan tetkikte uyuşmazlık konusu olayın El Kaide terör örgütü bağlantılı olarak organize edilen bir eylem olduğu fakat olay ile ilgili ihbar ya da istihbari bilginin idarelere intikal etmediği, intihar eyleminde başvuruçunun hedef alınmadığı, İngiltere Başkonsolosluğunun hedef alındığı, terör eyleminin bireysel bir olay olması nedeniyle önceden öngörülmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

14. Mahkeme 30/4/2014 tarihli kararında, ara kararına İdarelerce verilen cevabın da gözönünde bulundurulması suretiyle zararın İdarelerden kaynaklanan bir sebepten değil üçüncü şahısların kusurundan doğduğunu, bu nedenle kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca idarenin sorumluluğu cihetine gitme olanağı bulunmadığını belirterek davanın reddine karar vermiş; öte yandan davanın reddedilmesinin idarenin 5233 sayılı Kanun'dan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağını ve başvurusu hâlinde 5233 sayılı Kanun çerçevesinde ödenmesine karar verilip henüz tahsil edilmeyen tutarın başvuruçucu tarafından istenebileceğini belirtmiştir.

15. Karar, Dairenin 12/11/2014 tarihli kararıyla onanmış; karar düzeltme istemi ise Dairenin 20/1/2016 tarihli kararıyla oyçokluğuyla reddedilmiştir. Karşıoy gerekçesinde özetle 5233 sayılı Kanun'un sadece

maddi tazminatları karşılayan hükümlere yer vermesinin manevi tazminat açısından idarenin sorumluluk alanını daraltan veya yargı yolunu kapatan bir düzenleme olarak değerlendirilemeyeceği, kanunda manevi zararların idareden talep edilemeyeceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı ve bu hususlar değerlendirilmeden verilen kararın hukuka uygun olmadığı belirtilmiştir.

16. Karar düzeltme isteminin reddine yönelik karar 17/3/2016 tarihinde tebliğ edilmiş, başvuru 14/4/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. İlgili Mevzuat

17. 5233 sayılı Kanun'un 1., 2., 4., 6., 7., 8., geçici 1., geçici 4. maddeleri (*Celal Demir*, B. No: 2013/3309, 6/2/2014, §§ 15-21, 23).

18. 2577 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"1. İdari dava türleri şunlardır:

...

b) İdari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları,

..."

19. 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir."

B. Anayasa Mahkemesi Kararı

20. Anayasa Mahkemesinin 25/6/2009 tarihli ve E.2006/79, K.2009/97 sayılı kararı şöyledir:

"5233 sayılı Yasa, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının özellikle yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması amacıyla hazırlanmış bir yasadır. Yasa bu yönüyle zarara uğrayan vatandaş ile devlet arasındaki uyuşmazlıkta yargı yoluna gidilmeden alternatif bir çözüm yöntemi getirmiştir. Yasakoyucu bu amaca uygun olarak yargılama hukuku kurallarından farklı hükümler öngörerek buna ilişkin esasları Yasa'da ayrıntılı olarak kurala bağlamıştır.

İdare, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları kusur sorumluluğu ilkesi uyarınca tazminle yükümlüdür. Ancak bazen idare, kusur koşulu ve nedensellik bağı aranmadan da meydana gelen bazı zararlardan sorumlu olabilmektedir. Bunlar, idarenin kendi faaliyet alanıyla ilgili önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği zararlardır. 5233 sayılı Yasa'da yer alan sorumluluğun dayanağını da kusursuz sorumluluğun bir türü olan ve bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen 'sosyal risk ilkesi' oluşturmaktadır.

Terör ve terörle mücadeleden doğan ancak idari bir eylem veya işlemle nedensellik bağı bulunmayan maddi zararların karşılanmasına ilişkin 5233 sayılı Yasa'daki düzenlemeler, yasakoyucunun sosyal hukuk devletinin gereği olarak sorumluluk hukukunun genel ilkelerine yasayla getirdiği bir istisnadır. İdarenin kusurunun bulunmadığı ancak 'sosyal risk ilkesi' gereği sulh yoluyla karşılanması gereken zararların nelerden ibaret olduğunun tespiti, yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. İtiraz konusu kurallarda yer alan maddi zararların öncelikle sulh yoluyla karşılanmasına ilişkin hükümlerin bulunmasını bu kapsamda değerlendirmek gerekir.

5233 sayılı Yasa, idarenin eylem ve işleminin sonucu olmayan ve herhangi bir idari işlem veya eylemle doğrudan nedensellik bağı da bulunmayan, ancak terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararların da tazmini yolunu açan, bu anlamda idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişleten bir yasadır. Bu Yasa idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişletmekle birlikte,

aynı zamanda terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararlardan sadece 'maddi' olan kısmının sulh yoluyla tazminine ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir. Yasa'da bu zararlardan 'manevi' olan kısmın idareden talep edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, 12. maddede 'sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır' denilerek Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu nedenle itiraz konusu ibare, idarenin sorumluluk alanını daraltan veya idari işlem veya eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermemektedir."

C. Danıştay Kararları

21. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 26/3/2014 tarihli ve E.2013/1489, K.2014/1219 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

"5233 sayılı Yasa, idarenin terör olaylarına dayalı kusursuz sorumluluk alanını genişleten, oluşan zararların yargı yoluna başvurmadan sulh yoluyla ödenmesine öngören, bu yönüyle uyuşmazlığın sadece maddi zararlara ilişkin kısmının yargı dışı alternatif bir yöntemle giderilmesini sağlayan, ancak manevi zararların karşılanmasını da engellemeyen nitelikte bir yasadır.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18888/02 nolu başvuruya konu 12/01/2006 günlü Aydın İçyer - Türkiye kararının 81. paragrafında, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Kaynaklanan Zararların Karşılanması Hakkında Kanunla ilgili olarak 'Tazminat Kanun'unda yalnız maddi zararlar için tazminat talep etme olanağının bulunduğu doğru olsa da Kanun'un 12. maddesinin idari mahkemelerde manevi zarar için tazminat talep etme olanağı verdiği görülmektedir.' ifadesine yer verilmiştir.

Bu durumda, terör olayları nedeniyle meydana gelen ve sosyal risk ilkesi kapsamında bulunup 5233 sayılı Yasa uyarınca karşılanmayan ilgililerin ileri sürdükleri manevi zarara bağlı tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklarda, idare hukukunun tazminata ilişkin ilke ve kuralları çerçevesinde 2577 sayılı Yasanın öngördüğü usullere tabi olarak manevi tazminat ödenip ödenmeyeceğine ilişkin yargısal incelemesinin yapılması gerekmektedir."

22. Dairenin 14/11/2019 tarihli ve E.2019/5185, K.2019/7857 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

“Dava konusu istem: Davacıardan H.S.nin eşi, diğer davacıların babası olan Ö.S.nin 22/09/2009 tarihinde Hakkari ili ... köyünde çobanlık yapmakta iken mayına basması sonucu vefat etmesi olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle uğranıldığı iddia olunan zarara karşılık eş H.S. için 50.000,00 TL, diğer davacılar için ayrı ayrı 10.000,00 TL olmak üzere toplam 140.000,00 TL manevi tazminatın yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istenilmektedir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Van 2. İdare Mahkemesinin ... tarih ve ... sayılı kararıyla; Danıştay Onbeşinci Dairesinin ... tarih ve ... sayılı bozma kararına uyularak, davacılar yakınının ölümünün terör eylemi sonucu gerçekleştiği, olayda idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluk halinin bulunmaması nedeniyle meydana gelen manevi zararın sosyal risk ilkesine göre tazmini gerektiği, meydana gelen olay neticesinde davacı H.S.nin eşi ve diğer davacıların babası olan Ö.S.nin beklenmeyen ölümü karşısında davacıların acı, ızdırap ve elem yaşadıkları göz önünde bulundurularak, tazminat istemine konu olan terör olayının meydana geliş şekli dikkate alınarak, müteveffanın eşi H.S. için 25.000,00 TL, çocukları için taleple bağlı kalınarak ayrı ayrı 10.000,00 TL olmak üzere toplam 115.000,00 TL manevi tazminatın ödenmesi gerektiği gerekçesiyle davanın 140.000,00 TL manevi tazminat isteminin 115.000,00 TL'lik kısmının kabulüne ve başvuru tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalı idare tarafından davacılar ödenmesine, 25.000,00 TL'lik kısmının reddine karar verilmiştir.

...

HUKUKİ DEĞERLENDİRME :

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizen bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen karar usul ve hukuka uygun olup, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle; ... temyize konu kararının ONANMASINA...”

23. Dairenin 27/2/2020 tarihli ve E.2019/3019, K.2020/987 sayılı ilamının ilgili kısmı şöyledir:

“Dava konusu istem: 29/10/2011 tarihinde, Bingöl ili ... Caddesi üzerinde canlı bombanın üzerindeki bombayı patlatması sonucunda davacıların eşi / annesi olan N.B.nin vefat etmesi nedeniyle yoksun kalınan destek zararının K.B. için 96.839,66 TL, H.B. için 17.039,61 TL, C.B. için 13.631,69 TL, İ.B. için 4.543,90 TL maddi tazminatın 29/10/2011 tarihinden işleyecek yasal faizle birlikte, ölüm olayı nedeniyle duyulan elem ve ızdırabın hafifletilmesi için müteveffanın eşi K.B. için 100.000,00 TL, çocukları İ.B. için 50.000,00 TL, H.B. için 50.000,00 TL, C.B. için 50.000,00 TL ve annesinden sonra vefat eden V.B. adına mirasçılara ödenmek üzere 10.000,00 TL manevi tazminata olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tazmini istenilmiştir.

İlk Derece Mahkemesi kararının özeti: Elazığ (Kapatılan) 2. İdare Mahkemesi kararıyla; Anayasanın 125. maddesinde idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunun hükme bağlandığı, idarenin, üstlendiği kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirmekle yükümlü olduğu, hizmetin işleyişi ve yerine getirmesi sırasında gerekli önlemlerin alınmaması, hizmetin hiç işlememesi, iyi işlememesi, kusurlu işlemesi nedeniyle kişi veya kurumlara verilen zararın sorumlu olan idarece tazmininin zorunlu olduğu, uyuşmazlık konusu olayda maddi tazminat miktarının hesaplanması amacıyla re’sen belirlenen bilirkişi Av. M.A.B. tarafından 14/04/2015 tarihinde Malatya İdare Mahkemesine ibraz edilen raporda; müteveffanın 20/11/1975 doğumlu olduğu dikkate alındığında yaşama şansının D.İ.E. Beklenen Ömür Yılı Tablosuna göre 37.36yıl olduğu, eşinin yaşama şansının ise 27.54yıl olduğu varsayılarak yapılan hesaplamada, davalı idarenin kusur oranı dikkate alındığında, K.B.nin destek kaybının 113.078,63 TL, İ.B.nin destek kaybının 7.914,71 TL, C.B.nin destek kaybının 10.394,46 TL, H.B.nin destek kaybının 19.597,66 TL toplam destek kaybının 150.985,46 TL olarak hesaplandığının görüldüğü, dosya içinde mevcut tüm bilgi ve belgeler ile raporların değerlendirilmesinden, olayda idarenin hizmet kusurunun bulunduğu ve meydana gelen zararı tazminle yükümlü olduğu sonucuna varıldığı, sonuç olarak, dava dosyasındaki bilgi ve belgeler ile bilirkişi raporuna göre davacı için toplam 150.985,46 TL maddi tazminatın, dava açm atarihi olan 02/12/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte hesaplanarak davacılara

Adil Yargılanma Hakkı

ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine, manevi tazminat talebinin ise, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun ile terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle maddi zarara uğrayan kişilerin, sadece maddi zararlarının karşılanmasına ilişkin esas ve usullerin belirlendiği, manevi zararın tazminine yönelik herhangi düzenlemeye yer verilmemiş ise de, Anayasamızın 125. maddesinin son fıkrasındaki; “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.” hükmü uyarınca, terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler ya da terör eylemleri nedeniyle manevi zarara uğrayan kişilerin söz konusu zararlarının da tazmininin gerekeceği ve manevi zararın tazmini talebiyle yapılan başvuruların genel hükümlere göre değerlendirilmesi gerekeceğinin açık olduğu, idarenin hukuki sorumluluğunun sadece kusur esasına, hizmet kusuru teorisine dayanmamakta olduğu; idarenin, kusur koşulu aranmadan da sorumlu sayılabileceği, kural olarak idarenin, yürüttüğü hizmetin doğrudan sonucu olan, nedensellik bağı kurulabilen zararları tazminle yükümlü olduğu, ancak istisnaen, değişen ve gelişen toplumsal ihtiyaçlara bağlı olarak yukarıda anılan Anayasa hükmünü geniş yorumlamak suretiyle idarenin, faaliyet alanıyla ilgili, önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemediği bir takım zarar ile kamu görevlilerinin kişisel kusurlarının ve hatta üçüncü kişilerin eylemlerinin doğurduğu zararları da nedensellik bağı aramadan tazmin etmesi gerektiği, kolektif sorumluluk anlayışına dayalı, sosyal risk adı verilen ilkenin, öğretilerde ve yargısal içtihatlarla kabul edilmiş olduğu, ülkemizin belli bir yöresinde yoğunlaşan terör eylemlerinin Devlete yönelik olduğu, devletin anayasal düzenini yıkmayı amaçladığı, bu tür olayların zarar gören kişi ve kurumlara karşı kişisel husumetten ileri gelmediği bilinmekte ve gözlenmekte olduğu, sözü edilen eylemler nedeniyle zarara uğrayan, terör eylemlerine herhangi bir şekilde katılmamış olan kişilerin kendi kusur ve eylemleri sonucu değil toplum içinde ortaya çıkan olaylardan zarar gördüğü, başka bir deyişle toplumun birer parçası olmak sıfatıyla zarar gören kişilerin belirtilen şekilde ortaya çıkan zararlarının özel ve olağan dışı nitelikleri dikkate alınıp nedensellik bağı aranmadan, terör olaylarını önlemekle yükümlü olduğu halde önleyemeyen idarece yukarıda açıklanan sosyal risk ilkesine göre tazmininin gerektiği, esasen terör olayları sonucu ortaya çıkan zararların idarece tazmininin, böylece topluma pay edilmesinin hakkaniyet gereği olduğu gibi sosyal devlet ilkesine de uygun düşeceği, uyuşmazlık konusu olayda, davalı idareye yüklenebilecek herhangi bir

hizmet kusuru bulunmadığı, ancak, terör olaylarının sık sık meydana geldiği bir bölgede, Anayasal düzene, Devlete ve toplumun bütünlüğüne yönelik bulunan terör eylemleri nedeniyle davacıların uğradığı manevi zararın genel güvenlik ve asayişini sağlamak, toplumun can ve mal güvenliğini korumak, terör olaylarını önlemekle yükümlü olan davalı idarece, sosyal risk ilkesi gereği tazmin edilmesi gerektiği sonucuna ulaşıldığı, bu durumda, davacıların oğlu /kardeşi olan V.B.nin (Kararda sehven sadece bu şekilde yazılsa da ve 'davacıların eşi / annesi N.B. ve oğlu/kardeşi V.B.nin de' vefat etmesi şeklinde anlaşılacağı açıktır.) vefat etmesi nedeniyle ağır acı ve elem duyduklarının açık olduğu, manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi de dikkate alındığında, uğradıkları manevi zarara karşılık; davacılarından müteveffanın eşi / babası olan K.B. için 50.000,00 TL, kardeşi / çocuğu İ.B. için 25.000,00 TL, kardeşi / çocuğu H.B. için 25.000,00 TL, kardeşi / çocuğu C.B. için 25.000,00 TL manevi tazminatın dava açma tarihi olan 02/12/2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davacılara ödenmesine, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiştir.

...

İNCELEME VE GEREKÇE :

MADDİ OLAY :

Mahkeme Kararının manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne ilişkin kısmının incelenmesinden:

İdare ve vergi mahkemelerinin nihai kararlarının temyizden bozulması, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan sebeplerden birinin varlığı hâlinde mümkündür.

Temyizen incelenen kararın belirtilen kısmı usul ve hukuka uygun olup, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bu kısmının bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmemiştir.

Mahkeme kararının maddi tazminat talebinin kabulüne ilişkin kısmının incelenmesinden:

Uyuşmazlık, 5233 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra gerçekleşen dava konusu olayda, karşılanması talep edilen maddi zararın 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre genel tazminat hukuku ilke ve kuralları kapsamında mı yoksa,

Adil Yargılanma Hakkı

5233 sayılı Kanun'un kendi özel düzenlemeleri kapsamında mı karşılanacağı hususundan doğmaktadır.

...

HUKUKİ DEĞERLENDİRME:

Her ne kadar davacılar tarafından dava konusu olay nedeniyle uğradığı maddi zararların genel tazminat hukuku ilkeleri kapsamında hizmet kusuruna dayanılarak karşılanması gerektiği ileri sürülmüşse de; 5233 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de açıklandığı üzere anılan Kanunun yürürlüğünden sonra meydana gelen ve idarenin kusur ya da kusursuz sorumluluğunun bulunmadığı terör olaylarında da anılan Kanunun uygulanacağı ve 5233 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Yönetmeliğin, "Yaralanma, engelli hale gelme ve ölüm hallerinde yapılacak ödemeler" başlıklı 21. maddesinde anılan hallerde maddi zararların nasıl hesaplanıp karşılanacağı özel olarak düzenlendiği, bu nedenle maddi zarar talebinin 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Anayasa Mahkemesince de yukarıda gerekçesine yer verilen kararında; idare, hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk hallerinde meydana gelen gerçek zarardan sorumlu olurken, sosyal risk ilkesinde sulh yoluyla ödenecek tazminat miktarının yasa koyucu tarafından yasayla belirlenmesinin Anayasa'da güvence altına alınan sorumluluk hukukunun temel ilkelerine aykırılık oluşturmayacağı değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

Bu halde İdare Mahkemesince; olayın terör olayı olması ve olayda idareyi kusurlandıracak herhangi bir ihbar, istihbari bilgi ve belgenin bulunmadığı, idarenin kusurlu veya kusursuz sorumluluk sebeplerinin olmadığı gözetilerek davanın maddi tazminata ilişkin kısmının, sosyal risk ilkesinin kanunlaşmış hali olan 5233 sayılı Kanun kapsamında hesap edilmesi gerekirken idarenin kusur sorumluluğuna dayanılarak destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesine karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir.

KARAR SONUCU :

Açıklanan nedenlerle; ... kararının, manevi tazminatın kısmen kabulüne ilişkin kısmının ONANMASINA; maddi tazminatın kabulüne ilişkin kısmının BOZULMASINA..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

24. Mahkemenin 8/9/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Yaşam Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

25. Başvurucu; devletlerin vatandaşlarını koruma görevi bulunduğunu, aynı saatler içinde üç farklı yerde ciddi boyutta patlamaların gerçekleştiğini, bu büyüklükteki bir olayın istihbaratının önceden alınmamasının kolluk kuvvetlerinin zafiyetini ve görevin gereği gibi yerine getirilmediğini gösterdiğini, İdarelerin sorumluluğunun bulunduğunu belirterek Anayasa'nın 17. ve 19. maddelerinde yer alan hakların ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

2. Değerlendirme

26. Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

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

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

"Devletin temel amaç ve görevleri... kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

28. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Somut olayda başvuru, terör saldırısı sonucu meydana gelen patlamada ağır şekilde yaralanmıştır. Eylemin potansiyel olarak öldürücü niteliği olması ile mağdurun fiziki bütünlüğü üzerindeki sonuçları gözönünde bulundurulduğunda başvurunun yaşam hakkı çerçevesinde incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

29. Anayasa Mahkemesi, yaşam hakkını güvence altına alan Anayasa'nın 17. maddesini Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirerek devlete üç tür yükümlülük yükleyecek şekilde yorumlamış ve bu yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmelerinde gözönüne alacağı ilkeleri belirlemiştir. Bu yükümlülüklerden ilki kasıtlı ve hukuka aykırı olarak öldürmeme yükümlülüğü (negatif yükümlülük), ikincisi her türlü tehlikeye karşı bireylerin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü (pozitif yükümlülüğün maddi boyutu), üçüncüsü ise doğal olmayan her ölümle ilgili etkili soruşturma yükümlülüğüdür (pozitif yükümlülüğün usule ilişkin boyutu). Bireysel başvurunun yaşam hakkı kapsamında değerlendirilebilmesi için kamu makamlarının yaşam hakkının koruma alanına kasıtlı eylemleri veya ihmal suretiyle tezahür eden eylemsizlikleri ile bir müdahalesinin gerçekleştiği iddia edilmelidir. Başka bir anlatımla yaşam hakkı kapsamında yapılacak bir inceleme ancak yetkili makamların kusura dayalı sorumluluğunun ileri sürüldüğü hâllerde söz konusudur. Bir ölümden kusursuz sorumluluk ilkeleri gereğince sorumlu olduğunun ileri sürülmesi hâlinde ise bireysel başvurunun açıklanan gerekçelerle yaşam hakkı kapsamında incelenebilmesi mümkün değildir (*Aziz Biter ve diğerleri*, B. No: 2015/4603, 19/2/2019, §§ 58, 59).

30. Bu açıklamalar çerçevesinde somut başvuruya bakıldığında başvurucunun şikâyet ettiği husus, meydana gelen patlama sonucunda yaralanmasından gerekli istihbarat çalışmalarının yapılamaması nedeniyle devletin sorumlu olduğuna dairdir. Başvurucunun şikâyetinin devletin koruma yükümlülüğü kapsamında incelenmesi gerektiği açıktır.

31. Pozitif yükümlülükler kapsamında devletin yetki alanında bulunan tüm bireylerin yaşam hakkını kamu görevlilerinin, diğer bireylerin hatta kişinin kendi eylemlerinden kaynaklanabilecek risklere karşı koruma ödevi vardır. Devlet, öncelikle yaşam hakkına yönelen tehdit ve risklere karşı caydırıcı ve koruyucu yasal düzenlemeler yapmalı; bununla da yetinmeyerek gerekli idari tedbirleri almalıdır. Ayrıca devlet, anılan yükümlülük kapsamında bireyin yaşamını her türlü tehlike, tehdit ve şiddetten korumalıdır (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, B. No: 2012/752, 17/9/2013, §§ 50, 51).

32. Bir kişinin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu kamu makamlarınca bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumlarda kamu makamlarının makul ölçüler çerçevesinde ve bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde önlem alması gerekir. Ancak özellikle insan davranışlarının öngörülemezliği, öncelikler ve kaynaklar değerlendirilerek yapılacak işlem veya yürütülecek faaliyet tercihi dikkate alındığında pozitif yükümlülük kamu makamları üzerinde aşırı yük oluşturacak şekilde yorumlanamaz (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 53).

33. Somut olayda başvuru; devletin, diğer bir deyişle kamu görevlilerinin yaşamı korumak için makul ölçüler çerçevesinde idari tedbirler alma konusunda ihmalkârlık yaptığını ileri sürmektedir ve bakılmakta olan başvuruyu söz konusu olay nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü maddi ve manevi zararların tazmini için genel hükümlere göre idari yargı mercilerinde açtığı tam yargı davasının reddedilmesi üzerine yapmıştır.

34. Başvuruya konu uyuşmazlıkta Mahkeme, başvuruya dayanak teşkil eden terör eyleminde başvuruçunun hedef alınmadığını, söz konusu olayın El Kaide terör örgütü bağlantılı olarak organize edilen bir eylem olduğunu ve bireysel bir olay olan terör eylemine yönelik herhangi bir ihbarın ya da istihbari bilginin idareye intikal etmediğini belirtmiştir. Ayrıca zararın İdarelerden kaynaklanan bir sebepten değil üçüncü şahısların kusurundan doğduğu sonucuna varmıştır (bkz. §§ 13, 14).

35. Buna göre kamu makamlarının bahsi geçen terör eyleminden haberdar olduklarına yönelik herhangi bir bilginin bulunmaması ve bazı durum ya da koşullarda terör eylemlerinin öngörülmesi ve engellenmesindeki imkânsızlıklar gözönünde bulundurulduğunda mevcut olayda devletin kusurlu sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmenin kamu makamları üzerinde aşırı yük meydana getirecek bir yorum olacağı açıktır.

36. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

B. Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddialar

1. Maddi ve Manevi Tazminat Taleplerinin Reddedilmesi Nedeniyle Mahkemeye Erişim Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

37. Başvurucu; terör saldırısı nedeniyle meydana gelen patlama sonucunda ağır şekilde yaralandığını, başlangıçta %10 oranında olan iş gücü kaybının daha sonra artarak %45 oranına yaklaştığını ve sağ gözünün kalıcı olarak görme yetisini kaybettiğini belirtmiştir. Başvurucu ayrıca; zararında idarenin sorumluluğunun bulunduğunu, sosyal risk ilkesi gereği idarenin önlemekle yükümlü olduğu ama önleyemediği terörden kaynaklı zararları nedensellik bağı ve kusur koşulu aranmadan karşılaması gerektiğinin yargısal içtihatlarda ve doktrinde belirtildiğini, maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmemesi ve davanın reddedilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Öte yandan açtığı davanın reddedilmesi sonucunda aleyhine toplam 5.230 TL vekâlet ücretine hükmedildiğini, aleyhine hükmedilen söz konusu vekâlet ücreti nedeniyle büyük zarara uğradığını da ifade etmiştir.

b. Değerlendirme

38. Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

39. Anayasa Mahkemesi, olayların başvurucular tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, § 16). Somut başvuruda başvurucunun şikâyetlerinin özünü, maddi ve manevi zararlara yönelik tazminat talebinin idare hukukunun genel hükümleri uyarınca incelenmemesi ve bu suretle reddedilmesine ilişkin olduğundan şikâyet adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

i. Kabul Edilebilirlik Yönünden

40. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

ii. Esas Yönünden

(1) Genel İlkeler

41. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (Sözleşme) yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (*Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2014/13156, 20/4/2017, § 34).

42. Anayasa Mahkemesi içtihadına göre de bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelen mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün temel unsurlarından biridir (*Özkan Şen*, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

43. Mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı önemli ölçüde zorlaştırıcı veya caydırıcı nitelikte (AYM, E.2013/40, K.2013/139, 28/11/2013) ya da kişinin mahkemeye başvurmuş olmasını anlamsız hâle getiren sınırlamalar, mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (*İbrahim Can Kişi*, B. No: 2012/1052, 23/7/2014, § 31).

44. Öte yandan bir tazminat veya tam yargı davasına konu olan alacağa ilişkin mevzuat hükümleri kapsamında yürütülen yargılamada, kişilerin

taleplerini başlattıkları usulde hataya düşülerek incelemenin yapılacağı mevzuat kaynaklarının daraltılmasının belirtilen anlamda dava açılması ile ilgili bir kısıtlama olarak değerlendirilmesi ve bu müdahalenin mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir (*Emir Ağgül ve diğerleri*, B. No: 2014/16320, 21/11/2017, § 63).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

45. Somut olayda başvuru terör eyleminde patlatılan bomba sonucunda yaralanması nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine yönelik idari başvurusunu ve ardından açtığı davasını 5233 sayılı Kanun kapsamında değil tazminat hukukunun genel ilkelerine dayandırdığı açıktır.

46. Nitekim başvuru maddi ve manevi tazminat talebi ilk derece mahkemesince önce tazminat hukukunun genel ilkelerine dayalı olarak kısmen kabul edilerek tazminata hükmedilmiştir. İlerleyen süreçte Mahkemece Danıştayın bozma kararına uyularak başvuru zararının İdarelerden kaynaklanan bir sebepten değil üçüncü şahısların kusurundan doğduğu ve bu nedenle kusurlu veya kusursuz sorumluluk ilkeleri uyarınca idarenin sorumluluğu cihetine gitme olanağı bulunmadığı belirtilerek maddi ve manevi tazminat istemine yönelik davanın reddine karar verilmiştir. Öte yandan kararda, davanın reddedilmesinin idarenin 5233 sayılı Kanun'dan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve başvuru hâlinde 5233 sayılı Kanun çerçevesinde ödenmesine karar verilip henüz tahsil edilmeyen tutarın başvuru tarafından istenebileceği de belirtilmiştir (bkz. § 14).

47. 5233 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde Kanun'un çıkarılış amacı "... terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine ancak bu yolla sonuç alamayanların başvurmaları, verilen tazminat miktarlarının haksız zenginleşme aracı olarak kullanılmasının önlenmesi..." şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca 5233 sayılı Kanun'un 2. maddesinin madde gerekçesinde "Zararların sulhen karşılanması yöntemi ile mağdurların yargı yoluna gitmelerine gerek kalmaksızın kısa sürede zararlarının giderilmesi amaçlanmıştır." ifadesine yer verilmiştir.

48. 5233 sayılı Kanun'un 1., 2., 7. ve geçici 1. maddelerinde geçen "maddi" sözcüğünün iptali istemiyle açılan davada verilen kararda da Anayasa Mahkemesince, 5233 sayılı Kanun'un terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin maddi zararlarının özellikle yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan idarece en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanması amacıyla hazırlanmış bir kanun olduğu belirtilmiş, Kanun'un bu yönüyle zarara uğrayan vatandaş ile devlet arasındaki uyuşmazlıkta yargı yoluna gidilmeden alternatif bir çözüm yöntemi getirdiği vurgulanmıştır. Ayrıca 5233 sayılı Kanun'un idarenin eylem ve işleminin sonucu olmayan ve herhangi bir idari işlem veya eylemle doğrudan nedensellik bağı da bulunmayan ancak terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararların tazmini yolunu açan, bu anlamda idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişleten bir kanun olduğu ifade edilmiş; 5233 sayılı Kanun'da yer alan sorumluluğun dayanağını kusursuz sorumluluğun bir türü olan ve bilimsel ve yargısal içtihatlarla geliştirilen *sosyal risk ilkesi* oluşturduğu belirtilmiştir. 5233 sayılı Kanun'un idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişletmekle birlikte Kanun'un 12. maddesinde "sulh yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır" denilerek Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına paralel bir düzenlemeye yer verildiği ve idarenin sorumluluk alanını daraltan ya da idari işlem veya eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermediği değerlendirilmesinde bulunulmuştur (bkz. § 20).

49. Anayasa Mahkemesinin anılan kararında belirtildiği üzere idarenin sorumluluk alanını daraltan veya idari eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermeyen 5233 sayılı Kanun, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören kişilerin zararlarını en kısa süre içinde ve sulh yoluyla karşılanmasını ve bu suretle yargı yoluna gidilmeksizin uyuşmazlığın alternatif bir yöntemle çözümünü amaçlamaktadır. Buna karşın getirilen çözümü ve sulh teklifini kabul etmeyen ya da 5233 sayılı Kanun'la öngörülen alternatif yönteme müracaat etmeyen başvuru sahiplerinin tazminat hukukunun genel ilkelerine göre dava açmalarına ve davaların tazminat hukukunun genel ilkelerine göre incelenmesine yönelik ise herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Adil Yargılanma Hakkı

50. Buna göre 5233 sayılı Kanun'un geçici maddelerinde yer alan ve açıkça belirtilen dönemler dışında meydana gelen terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle oluşan zararların tazmini isteminde mutlak olarak 5233 sayılı Kanun'da öngörülen usulün işletilmesi gerekmemektedir.

51. Somut başvuruda tazminat hukukunun genel prensiplerine göre açılan davada Mahkemece başvurusunun sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini gereken maddi ve manevi zararının bulunup bulunmadığı hususunda hiçbir değerlendirmede bulunulmamış, bu suretle başvuru açtığı davayı tazminat hukukunun genel hükümlerine göre inceletme imkânından mahrum bırakılmış ve bu durum başvurusunun mahkemeye erişim hakkına ölçsüz bir müdahale oluşturmuştur.

52. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

53. Öte yandan yeniden yapılacak yargılama üzerine verilecek kararda tekrar değerlendirileceğinden başvurusunun aleyhine nispi vekâlet ücretine hükmedildiği iddiasına yönelik inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

2. Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

a. Başvurucunun İddiaları

54. Başvurucu, davanın açıldığı tarihten kararın kesinleştiği tarihe kadar yaklaşık 12 yıl geçtiğini ve makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

b. Değerlendirme

55. Bireysel başvuru sonrasında 25/7/2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 9/1/2013 tarihli ve 6384 sayılı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Yapılmış Bazı Başvuruların Tazminat Ödenmek Suretiyle Çözümüne Dair Kanun'a geçici madde eklenmiştir.

56. 6384 sayılı Kanun'a eklenen geçici maddeye göre yargılamaların uzun sürmesi, yargı kararlarının geç veya eksik icra edilmesi ya da icra

edilmemesi şikâyetiyle Anayasa Mahkemesine yapılan ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Anayasa Mahkemesi önünde derdest olan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının tebliğinden itibaren üç ay içinde yapılacak müracaat üzerine Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Tazminat Komisyonu Başkanlığı (Tazminat Komisyonu) tarafından incelenmesi öngörülmüştür.

57. *Ferat Yüksel* (B. No: 2014/13828, 12/9/2018, §§ 27-34) kararında Anayasa Mahkemesi yargılamaların makul sürede sonuçlandırılmadığı ya da yargı kararlarının geç veya eksik icra edildiği ya da hiç icra edilmediği iddiasıyla 31/7/2018 tarihinden önce gerçekleştirilen bireysel başvurulara ilişkin olarak Tazminat Komisyonuna başvuru imkânının getirilmesine ilişkin yolun başarı şansı sunan, yeterli giderim sağlama kapasitesi bulunan, ulaşılabilir bir yol olduğunu tespit etmiştir. Bu gerekçeler doğrultusunda Anayasa Mahkemesi, ilk bakışta ulaşılabilir olan ve ihlal iddialarıyla ilgili başarı şansı sunma ve yeterli giderim sağlama kapasitesi olduğu görülen Tazminat Komisyonuna başvuru yolu tüketilmeden yapılan başvurunun incelenmesinin bireysel başvurunun *ikincil niteliği* ile bağdaşmayacağı sonucuna vararak başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilemezlik kararı vermiştir (*Ferat Yüksel*, §§ 35, 36).

58. Mevcut başvuruda söz konusu karardan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır.

59. Açıklanan gerekçelerle başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

60. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

Adil Yargılanma Hakkı

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

61. Başvurucu, ihlallerin tespit edilmesi ile maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi talebinde bulunmuştur.

62. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

63. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

64. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan

farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

65. İncelenen başvuruda Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

66. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

67. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

68. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Yaşam hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

2. Makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* nedeniyle KABUL EDİLEMEZ OLDUĞUNA,

3. Maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 6. İdare Mahkemesine (30/4/2014 tarihli ve E.2013/2018, K.2014/809 sayılı kararla ilgilidir.) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 8/9/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASA MAHKEMESİ

BİRİNCİ BÖLÜM

KARAR

H.K. VE Z.K. BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2016/11549)

Karar Tarihi: 8/9/2020

BİRİNCİ BÖLÜM
KARAR

RESEN GİZLİLİK KARARI VERİLDİ

- Başkan** : Hasan Tahsin GÖKCAN
- Üyeler** : Serdar ÖZGÜLDÜR
Burhan ÜSTÜN
Muammer TOPAL
Selahaddin MENTEŞ
- Raportör** : Tuğba TUNA IŞIK
- Başvurucular** : 1. H.K.
: 2. Z.K.
- Başvurucular Vekili** : Av. Kadri KAYGUSUZ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, görev sırasında cinsel tacize uğrandığı iddiasıyla açılan manevi tazminat davasının süre aşımı yönünden reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 17/6/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

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

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu H. K.nin eşi başvurucu Z. K. Ege Ordu Komutanlığı emrinde hemşire olarak görev yaptığı dönemde amiri olan Tabip Binbaşı K.Ş.nin farklı zamanlarda cinsel tacizine maruz kalmıştır.

9. Başvurucu Z. K. söz konusu bu olayı eşi H. K. ile paylaştıktan sonra amiri olan K.Ş.yi şikâyet etmesi üzerine astına hakaret etmek fiilinden dolayı K.Ş. hakkında üç gün göz hapsi cezası verilmiştir.

10. Başvurucu Z.K.nin eylemin yanlış nitelendirildiği gerekçesiyle 3/8/2011 tarihinde İzmir Cumhuriyet Başsavcılığına yapmış olduğu şikâyeti görevsizlik sebebiyle reddedilmiştir.

11. Görevsizlik kararı üzerine Ege Ordu Komutanlığı Askerî Savcılığı tarafından yapılan soruşturma sonucunda K.Ş. hakkında zincirleme taciz suçundan kamu davası açılmıştır.

12. Ege Ordu Komutanlığı Askerî Mahkemesinin 11/6/2013 tarihli kararı ile *hiyerarşi ve hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuzu kötüye kullanarak zincirleme cinsel tacizde bulunmak* suçundan verilen mahkûmiyet kararı paraya çevrilmek suretiyle hükmün açıklanması ertelenmiştir. Söz konusu karar 18/11/2013 tarihinde kesinleşmiştir.

13. Başvurucular, K.Ş. aleyhine gerçekleşen zincirleme taciz eylemi nedeniyle manevi tazminat talebiyle 25/3/2014 tarihinde İzmir 3. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Asliye Hukuk Mahkemesi) dava açmıştır. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından 27/3/2014 tarihinde görevsizlik kararı verilmiştir.

14. Başvurucular görevsizlik kararı üzerine 13/11/2014 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Daire Başkanlığında (AYİM) Millî Savunma Bakanlığı (İdare) aleyhine manevi tazminat talebiyle dava açmıştır. AYİM 21/10/2015 tarihli kararı ile davanın süresinde açılmadığı

Adil Yargılanma Hakkı

gerekçesiyle reddine oyçokluğuyla karar vermiştir. Karar gerekçesinde; aynı revirde 29/9/2008 ile 7/9/2009 tarihleri arasında görev yapan K.Ş.nin tazminat davasına konu eyleminin en son 7/9/2009 tarihinde sona erdiği, zararın öğrenildiği bu tarihten itibaren bir yıl içinde İdareye başvurulması gerekirken İdareye başvurulmaksızın 25/3/2014 tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davanın görev yönünden reddi üzerine açılan davanın süresinde olmadığı belirtilmiştir.

15. Karar düzeltme istemi aynı Daire tarafından reddedilmiştir.

16. Nihai karar 18/5/2016 tarihinde başvuru vekiline tebliğ edilmiştir.

17. Başvurular 17/6/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuşlardır.

IV. İLGİLİ HUKUK

18. 4/7/1972 tarihli ve 1602 sayılı mülga Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun "Doğrudan doğruya tam yargı davası açılması" kenar başlıklı 43. maddesi şöyledir:

"İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açmadan önce, bu eylemlerin yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde yetkili makama başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri lazımdır. Bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi halinde bu konudaki işlemin tebliği tarihinden ve altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren altmış gün içinde tam yargı davası açabilirler.

Görevli olmayan adli yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görevden reddi halinde sonradan Askeri Yüksek İdare Mahkemesine açılan davalarda, birinci fıkrada öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz. "

V. İNCELEME VE GEREKÇE

19. Mahkemenin 8/9/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucuların İddiaları

20. Başvurucular; AYİM'in davanın süre aşımından reddine karar verirken K.Ş. hakkında yürütülen ceza yargılamasını değerlendirmedeğini, eylem hakkında açılmış ceza davasının tazminat davasına ilişkin dava açma süresini uzattığını, mahkûmiyet kararının 18/11/2013 tarihinde kesinleştiği dikkate alındığında davanın süresinde açıldığını belirterek hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

B. Değerlendirme

21. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). İddiaların özü, dava açma sürelerine ilişkin kuralların hatalı yorumlandığı hususlarına yönelik bulunduğundan şikâyet mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirilmiştir.

22. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

23. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

24. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim

Adil Yargılanma Hakkı

hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (Sözleşme) yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017, § 34).

25. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini ifade etmiştir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

26. Somut olayda tam yargı davasının süre aşımından reddedilmesi nedeniyle başvurunun mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

27. Anayasa'nın 13. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, ... yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, ... ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

28. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 36. maddesinin ihlalinin teşkil edecektir.

29. Bu sebeple müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, haklı bir sebebe dayanma, ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

i. Kanunilik

30. Başvuruya konu davanın süre aşımı gerekçesiyle reddedilmesine ilişkin mahkeme kararının 1602 sayılı mülga Kanun'un 43. maddesine dayandığı görülmektedir. Dolayısıyla somut olayda başvuru hukukunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin kanuni dayanağının mevcut olduğu anlaşılmıştır.

ii. Meşru Amaç

31. Dava açmanın bir süreye bağlanmasının meşru amacının ne olduğu hususu benzer nitelikteki başvurularda Anayasa Mahkemesi tarafından müteaddit defa incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu incelemelerinde idari işlem ya da eylemlere karşı açılacak davalarda süre koşulu öngörülmesinin en genel ifadesiyle idari istikrarın sağlanması şeklinde bir meşru amacı bulunduğuna işaret etmiştir (daha ayrıntılı değerlendirme için bkz. *Ayşe Yıldırım*, B. No: 2014/5, 25/10/2017, §§ 54, 55; *Fatma Altuner*, B. No: 2014/17714, 26/10/2017, §§ 48, 49; *Çölbeyi Lojistik Nakliyat Gümrükleme Denizcilik İnşaat Turizm Sanayii ve Ticaret Limitet Şirketi*, B. No: 2014/12354, 9/11/2017, § 52).

iii. Ölçülülük

(1)Genel İlkeler

32. Dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve tek başına bu durum mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz (*Remzi Durmaz*, B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 27).

33. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hâle getiren, bir başka anlatımla mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamaların mahkemeye erişim hakkını ihlal edebileceğini ifade etmiştir (*Özkan Şen*, § 52).

34. Bu nedenle mahkemelerin usul kurallarını uygularken yargılamanın hakkaniyetine zarar getirecek ölçüde katı şekilcilikten kaçınmaları

Adil Yargılanma Hakkı

gerektiği gibi kanunla öngörölmüş usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak ölçüde aşırı esneklikten de kaçınmaları gerekir (*Kamil Koç*, B. No: 2012/660, 7/11/2013, § 65). Bu kapsamda mevzuatta öngörölen dava açma süresine ilişkin kuralların hukuka açıkça aykırı olarak yanlış uygulanması veya bu sürelerin hatalı hesaplanması nedenleriyle kişilerin dava açma ya da kanun yollarına başvuru haklarını kullanmasına engel olunması mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (*Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti.*, § 38).

35. Dava açma süresinin işlemeye başladığı an da mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin ölçülölülüğü bağlamında büyük önem taşımaktadır (*Yaşar Çoban [GK]*, B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 66). Dava açma süresinin hangi tarihte başlayacağını belirlemek ve mevzuatı bu yönüyle yorumlamak görevi esasen derece mahkemelerine aittir. Bireysel başvurunun ikincillik ilkesi gereği, dava açma süresinin başlatılacağı tarihin belirlenmesi noktasında Anayasa Mahkemesinin bir görevi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu hususta üstleneceği rol, dava açma süresinin hangi tarihten itibaren başlatılması gerektiğiyle ilgili derece mahkemelerinin yorumlarının mahkemeye erişim hakkına etkisini somut olayın koşulları ışığında incelemektir (*Ahmet Yıldırım*, B. No: 2014/18135, 20/9/2017, § 46). Bu kapsamda dava açma süresinin hak sahibinin henüz dava hakkının doğduğundan haberdar olmadığı ve somut koşullar çerçevesinde haberdar olduğunun kabulünü haklı kılan nedenlerin bulunmadığı bir dönemde işlemeye başlaması dava hakkının varlığını anlamsız kılabileceğinden ölçölölülük ilkesini zedeleyebilir (*Yaşar Çoban*, § 66).

36. Uğranıldığı ileri sürölen zararın öğrenildiği veya öğrenilmesi gereken tarih hakkında hiçbir değerlendirme yapılmaksızın dava açma süresine ilişkin bazı kategorik kabul ve değerlendirmelerle davaların süre yönünden reddedilmesi mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Bu çerçevede eylemin idarilölilğinin veya yol açtığı zararın ya da illiyet bağının eylemden çok sonra anlaşıldığı veya ortaya konulabildiği durumlarda dava açma süresinin bu tarihlerden sonra başlayacağı kabul edilmelidir. Eylemin idarilölilği ve doğurduğu zarar bazen eylemin gerçekleşmesinden sonra değişik araştırma, inceleme hatta ceza yargılamaları sonucunu

ortaya çıkarabilmektedir. Ortaya konulacak ölüm nedeni, çoğu zaman eylemin idariliğinin ve illiyet bağının varlığının tespiti konusunda önem taşımaktadır (*Şeyma Kayaoğlu*, B. No: 2014/5491, 5/7/2017, §§ 54, 55, 56).

(2)İlkelerin Olaya Uygulanması

37. Somut olayda başvuruçular, K.Ş. hakkındaki ceza yargılamasının kesinleştiği 18/11/2013 tarihinden yaklaşık dört ay sonra 25/3/2014 tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmışlardır. Asliye Hukuk Mahkemesinin söz konusu davada idari yargının görevli olduğu gerekçesiyle verdiği görevsizlik kararı üzerine başvuruçular 13/11/2014 tarihinde AYİM'de İdare aleyhine tazminat davası açmışlardır.

38. AYİM, tazminat davasına konu eylemin en son 7/9/2009 tarihinde sona erdiği, zararın öğrenildiği bu tarihten itibaren bir yıl içinde İdareye başvurulması gerekirken İdareye başvurulmaksızın 25/3/2014 tarihinde Asliye Hukuk Mahkemesinde açılan davanın görev yönünden reddi üzerine açılan davanın süresinde olmadığı gerekçesine yer vererek davayı reddetmiştir.

39. Anayasa Mahkemesince daha önce benzer nitelikte başvurularda da belirtildiği üzere eylemin idariliğinin veya yol açtığı zararın ya da arasındaki illiyet bağının eylemden sonra anlaşıldığı veya ortaya konulabildiği durumlarda dava açma süresinin bu tarihlerden sonra başlayacağı kabul edilmektedir (çok sayıda karar arasından bkz. *Şeyma Kayaoğlu*, § 46).

40. "Genel ilkeler" kısmında da belirtildiği üzere özellikle askerî görev sırasında meydana gelen vakalarda adli veya idari soruşturma sırasında veya sonucunda elde edilen bilgiler ilgililerin dava hakkı olup olmadığının ve takip edecekleri usulün belirlenmesinde önemli bir yer tutmaktadır. Bir başka ifadeyle adli ya da idari soruşturma sonucunda elde edilen bilginin idarenin kusuruna dayalı tazminat davası açılıp açılmamasına yönelik irade noktasında belirleyici bir etkiye sahip olduğu açıktır (*Mehmet Uçar*, B. No: 2016/10568, 10/3/2020, § 45).

41. AYİM dava açma süresinin hesabında eylemin en son gerçekleştiği tarihi esas almış; başvuruçuların idarenin kusurundan kaynaklandığını

Adil Yargılanma Hakkı

ileri sürdüğü zararı hangi tarihte öğrenebileceği, başka deyişle başvurucular tarafından eylemin idariliğinin ne zaman öğrenildiği ya da eylemin idariliği ihtimaline ne zaman kanaat getirildiği hakkında herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir.

42. Bu itibarla K.Ş. tarafından gerçekleştirilen eylemin (ceza davasına da konu olan ve bu yönüyle suç teşkil eden) idariliğinin ceza yargılaması sonucunda ortaya çıktığı gözetilmeksizin dava açma süresinin en son eylemin gerçekleştiği tarihinden itibaren başladığının kabulü başvuruculara orantısız bir külfet yüklemektedir.

43. Sonuç olarak Mahkemenin dava açma sürelerini belirlemesine ilişkin yorumunun başvurucuların mahkemeye erişim hakkına yönelik katı bir yorum olduğu ve bu yorumun başvurucuların mahkemeye erişim hakkını aşırı derecede güçleştirerek neredeyse imkânsız hâle getirdiği değerlendirilmiştir. Dolayısıyla bu yorumdan hareketle davanın süre aşımından reddedilmesi suretiyle başvurucunun mahkemeye erişim hakkına yönelik müdahalenin ölçüsüz olduğu sonucuna varılmıştır.

44. Açıklanan gerekçelerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

45. 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

(2) Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla

yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir."

46. Başvurucular ihlalin tespit edilmesini istemişler ve yeniden yargılama talebinde bulunmuşlardır.

47. Anayasa Mahkemesinin Mehmet Doğan ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (Aligül Alkaya ve diğerleri (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

48. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (Mehmet Doğan, §§ 55, 57).

49. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İktüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir

Adil Yargılanma Hakkı

takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir. (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

50. İncelenen başvuruda AYİM tarafından yapılan yargılama sonucu mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

51. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştırın nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

52. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239 TL yargılama giderinin başvuruculara müştereken ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvuruya konu olayın niteliği gereği başvurucuların kamuya açık belgelerde kimliklerinin GİZLİ TUTULMASINA,

B. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere -Anayasa'nın geçici 21. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (b) alt bendi gereğince- yetkili idari yargı merciine GÖNDERİLMESİNE (karar AYİM İkinci Dairesinin 21/11/2015 tarihli ve E.2015/357, K.2015/1692 sayılı kararına ait dava dosyası ile ilgilidir.),

E. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvuruculara MÜŞTEREKEN ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 8/9/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

BAYRAM ALİ DEVECİOĞLU BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/39387)

Karar Tarihi: 15/9/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Celal Mümtaz AKINCI M. Emin KUZ Yıldız SEFERİNOĞLU Basri BAĞCI
Raportör	: Tuğba TUNA IŞIK
Başvurucu	: Bayram Ali DEVECİOĞLU

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, yargılama devam ederken kamu görevinden ihraç edilme sebebiyle davanın konusunun kalmadığından bahisle uyumsuzluğun esasına yönelik talebin karara bağlanmasının engellenmesi nedeniyle karar hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 11/12/2017 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şoyledir.

9. Başvurucu, Kahramanmaraş'ta İstihbarat şube Müdürlüğünde polis memuru olarak görev yapmakta iken görev yapmakta olduğu birime dilekçe yazmış olması sebebiyle hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucunda 24/6/2016 tarihli işlem ile kınama cezası ile cezalandırılmıştır.

10. Başvurucunun kınama cezasına ilişkin işlemin iptali talebiyle açtığı dava sonucunda Kahramanmaraş İdare Mahkemesi (Mahkeme) tarafından 15/2/2016 tarihli ve E.2017/1224, K.2017/1069 sayılı kararıyla iptal kararı verilmiştir.

11. Mahkeme kararına karşı yapılan istinaf başvurusu zerine Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi nc İdari Dava Dairesi tarafından 3/10/2017 tarihli ve E.2017/1224, K.2017/1069 sayılı kararıyla yargılama devam ederken başvurucunun kanun hükmünde kararname gereğince kamu görevinden ihraç edildiği ve dava konusunun ortadan kalktığı gerekçesiyle kesin olmak üzere davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmiştir.

12. Nihai karar başvurucuya 16/11/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

13. Başvurucu 11/12/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Kanun

14. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinin (a) bendi şoyledir:

Adil Yargılanma Hakkı

"İdarî işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlâl edilenler tarafından açılan iptal davaları"

15. 2577 sayılı Kanun'un "*Dilekçeler üzerine ilk inceleme*" kenar başlıklı 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Dilekçeler,

...

c) Ehliyet,

...

yönlerinden sırasıyla incelenir."

16. 2577 sayılı Kanun'un "*İlk inceleme üzerine verilecek kararlar*" kenar başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Danıştay veya idare ve vergi mahkemelerince yukarıdaki maddenin 3 üncü fıkrasında yazılı hususlarda kanuna aykırılık görülürse, 14 üncü maddenin;

...

b) 3/c, 3/d ve 3/e bentlerinde yazılı hallerde davanın reddine,

...

Karar verilir."

17. 1/2/2018 tarihli ve 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un "*Komisyonun oluşumu*" kenar başlıklı 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Anayasanın 120 nci maddesi kapsamında ilan edilen ve 21/7/2016 tarihli ve 1116 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararıyla onaylanan olağanüstü hal kapsamında, terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan kanun hükmünde

kararname hükmüleri ile tesis edilen işlemlere ilişkin başvuruları değerlendirmek ve karara bağlamak üzere Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu kurulmuştur."

18. 7075 sayılı Kanun'un "Komisyonunun görevleri" kenar başlıklı 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Komisyon, olağanüstü hal kapsamında doğrudan kanun hükmünde kararnameler ile tesis edilen aşığıdaki işlemler hakkındaki başvuruları değerlendirip karar verir.

a) Kamu görevinden, meslekten veya görev yapılan teşkilattan çıkarma ya da ilişişin kesilmesi.

..."

19. 7075 sayılı Kanun'un "Yargı denetimi" kenar başlıklı 11. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Komisyon kararlarına karşı Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde ilgilinin en son görev yaptığı kurum veya kuruluş aleyhine iptal davası açılabilir. Bu davalarda ayrıca Cumhurbaşkanlığına ve Komisyona husumet yöneltilemez."

2. Danıştay İctihadı

20. Danıştay İkinci Dairesinin 3/11/2008 tarihli ve E.2008/3586, K.2008/4247 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dava, davacı tarafından ... Lisesi Müdürü olarak görev yaptığı dönemde hakkında 70 puanla orta düzeyde düzenlenen 2006 yılı sicil raporunun iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 5. İdare Mahkemesince davacının yargılama devam ederken emekliye ayrıldığı, sicil raporunun iptalini isteme konusunda güncel bir menfaat ilişikisinin kalmadığı gerekçesiyle ... davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmiştir.

...

Adil Yargılanma Hakkı

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinin 1/a bendinde iptal davaları, "idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan" davalar olarak tanımlanmaktadır.

Maddede öngörülen menfaat ihlali koşulu, bu tür davaların kabulü ve dinlenilebilmesi için aranılan koşullardan biridir. Gerek doktrin gerekse yargısal içtihatlarda bu şart, subjektif ehliyet şartı olarak kabul edilmekte, ancak ne tür bir menfaat ihlalinin gerçek ve tüzel kişilere iptal davasını açma hakkı sağladığını gösterecek kesin bir ölçü ortaya konulamamakta ve bu ilişki kural olarak iptal davasına konu olan kararın niteliğine göre saptanmaktadır.

Genelde kişisel, meşru ve güncel bir menfaatin varlığı ve bunların ihlali, menfaat ilişkisinin kurulmasında yeterli sayılmakta ve bu husus davanın niteliğine ve özelliğine göre idari yargı mercilerince belirlenmekte, davacının idari işlemlerle ciddi ve makul, maddi ve manevi bir ilişkisinin bulunduğu anlaşılması, dava açma ehliyetinin varlığı için yeterli sayılmaktadır.

...

Bu durumda, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun emeklilerin yeniden kamu hizmetine alınmasını düzenleyen 93. maddesi ve Devlet memurlarından 6 yıllık sicil notu ortalaması 90 ve daha yukarı olanların aylık derecelerinin yükseltilmesinde dikkate alınmak üzere bir kademe ilerlemesi uygulanacağını hüküm altına alan 64. maddesi uyarınca davacı hakkında düzenlenen sicil raporu ve sicil notunun önem kazandığı ve davacının menfaatini doğrudan ilgilendirdiği gibi, sicil amirlerince olumsuz düşüncelerle orta düzeyde düzenlenen uyumsuzluk konusu sicil raporu ile davacı arasında manevi ilişkinin de devam etmesi karşısında, uyumsuzluğun esaslı incelenerek hüküm kurulması gerekirken, davacının güncel bir menfaat ilişkisinin kalmadığı gerekçesiyle davanın [reddi] yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, ... kararın ... bozulmasına..."

21. Danıştay Beşinci Dairesinin 15/12/2014 tarihli ve E.2012/2143, K.2014/9343 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dava, koruma ve güvenlik görevlisi olarak görev yapmakta iken tutukluluk hali nedeniyle görevden uzaklaştırılan davacının, memuriyet görevine

başlatılması ve 1/3 oranında kesilen maaşının ödenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin 05.01.2010 tarihli işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

İstanbul 8. İdare Mahkemesince ... davacının, 03.02.2010 tarihinde hizmetli kadrosunda göreve başlatıldığı, 16.04.2010 tarihinde de malulen emekli olduğu anlaşılmakla, memuriyet görevine dönmek istemiyle yaptığı başvurunun reddinden kaynaklanan uyuşmazlık yönünden davanın konusunun kalmadığı; ... davacının memuriyet görevine başlatılmamasına ilişkin kısmı yönünden davanın konusunun kalmaması nedeniyle uyuşmazlığın bu kısmı hakkında karar verilmesine yer olmadığına, maaşından yapılan kesintilerin ödenmesi talebinin reddine dair kısmı yönünden de davanın reddine karar verilmiştir.

...

İptal davalarında, idari işlemlerin kuruldukları tarih itibariyle yargısal denetime tabi tutulmaları gerektiği kuşkusuzdur. İdare Hukukunun genel ilkelerine göre iptal davası açılabilmesi için, davacı ile dava konusu işlem arasında menfaat ilişkisinin varlığı yeterli olup, ayrıca bu işlemlerle menfaat ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesi aranmamaktadır.

Davacının idari işlemlerle ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesini zorunlu tutmak, iptal davalarını sadece davacılar yönünden ortaya koyduğu sonuçlarla değerlendirmek ve bu davaların amacını ihmal etmek anlamını taşır. Bunun sonucu olarak, dava görölmeden önce alınacak yeni idari kararlarla davacının iptali istenilen işlemlerle ilişkisini kesmek ve böylece hukuka aykırılığı ileri sürülen işlemi yargısal denetim dışında bırakmak yolu açılmış olur.

Bu durumda, yargısal denetimden amaç 'hukuka uygunluk' denetimi olduğuna, yargısal denetim işlemin kurulduğu tarih itibariyle gerçekleştiğine ve yeni işlem tesis edilene kadar hukuki sonuç doğurduğuna göre, Mahkemece dava konusu işlemin hukuka uygunluğunun denetlenerek bir karar verilmesi gerekmekte iken dava konusu işlemlerden sonra kurulan 16.04.2010 günlü bir başka işlem ile davacının malulen emekli edildiği ve davanın konusuz kaldığından bahisle karar verilmesine yer olmadığına ilişkin olarak verilen kararda hukuki isabet görölmemiştir.

...

Adil Yargılanma Hakkı

Açıklanan nedenlerle, ... kararın ... bozulmasına..."

22. Danıştay Onikinci Dairesinin 28/10/2015 tarihli ve E.2015/1273, K.2015/5657 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"Dava;... İl Özel İdaresi'nde genel sekreter olarak görev yapmakta iken 12 Haziran 2011 tarihinde yapılacak olan ... milletvekili genel seçimlerine katılmak için ... tarihinde istifa ederek görevinden ayrılan davacının, seçimler sonucunda eski görevine atanmak istemiyle yaptığı başvurusu üzerine İl Özel İdaresinde uzman kadrosuna atanmasına ilişkin [işlemin] iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince, ... davacının, seçimler sonucunda tekrar görevine dönebilmek amacıyla yapmış olduğu başvurusu neticesinde genel sekreterlik kadrosunun dolu olması nedeniyle İl Özel İdaresinde 1. dereceli uzman kadrosuna atanmasına ilişkin dava konusu işlemlerde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

...

Davalı idarece her ne kadar davacının ... tarihinde emeklilik isteminde bulunduğu ve bu isteği üzerine emekliye ayrıldığı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığının ... tarihli yazısından anlaşıldığından, iş bu davanın davacı yönünden hukuki bir yararının bulunmadığı gibi, davanın konusuz kaldığı ileri sürülmüş ise de; iptal davası açılabilmesi için davacının dava konusu işlem nedeniyle menfaatinin ihlal edilmiş olması yeterli olup, bu işlemle menfaat ilişkisini dava sonuna kadar sürdürmesi gerekmediğinden, davalı idarenin davacı emekli olduğundan davanın konusuz kaldığı yolundaki iddiasına da itibar edilmemiştir.

... davacının, görevine dönme talebinde bulunduğu tarihte durumuna uygun eşdeğer görevlerin bulunup bulunmadığı hususunda gerekli ve yeterli inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken ... davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."

23. Danıştay Beşinci Dairesinin 19/12/2018 tarihli ve E.2018/3781, K.2018/18569 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... Kanun Hükmünde Kararnamelerin eki listesinde isimlerine yer verilmek suretiyle başka bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan kamu görevinden

çıkartılan personelin açmış olduğu davalarda idare mahkemelerince, genellikle anılan Kanun Hükmünde Kararnamelerde söz konusu kamu görevinden çıkarılma konusunda idareye herhangi bir değerlendirme yapma ya da başka yönde işlem kurma yetki ve görevi verilmediği, kanun niteliğini taşıyan hukuki bir düzenleme ile kamu görevinden çıkarılma işlemi gerçekleştirildiği, dolayısıyla davalı idarece tesis edilmiş, idari davaya konu olabilecek bir idari işlemin bulunmadığı ve davanın esasının incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle "davaların incelenmeksizin reddi yönünde" kararlar verilmiştir. Buna karşın, Kanun Hükmünde Kararnamelerde belirlenen usul ve esaslara göre personelin kendi kurumunda oluşturulan kurullar tarafından tesis edilen kamu görevinden çıkartılmaya ilişkin işlemlere karşı açılan davalarda, idare mahkemelerince uyuşmazlığın esasının incelenmesine devam edilmiştir.

Bu arada, personelin kendi kurumunda oluşturulan kurul tarafından tesis edilen kamu görevinden çıkartılmaya ilişkin işlemlere karşı açılan davaların incelemesi devam ederken, aynı personelin bu kez Olağanüstü Hal Kapsamında Kamu personeline İlişkin Alınan Tedbirlere Dair Kanun Hükmünde Kararnamelerin eki listesinde ismine yer verilmek suretiyle kamu görevinden çıkarıldığı hallerde, yasa hükmünde olan Kanun Hükmünde Kararname ile kamu görevinin herhangi bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan sonlandırılmış olması karşısında, idare tarafından oluşturulan Kurulun tesis ettiği kararın kendiliğinden ortadan kalktığı ve davanın konusuz kaldığı gerekçesiyle kimi idare mahkemelerince dava hakkında 'karar verilmesine yer olmadığı' yönünde kararlar verilmiştir.

Bir idari işlem açıkça idare tarafından geri alınmadığı veya bir başka işlemle yürürlükten kaldırılmadığı ya da idare mahkemesince iptal edilmediği sürece hukuk aleminde varlığını sürdürecektir. Bu nedenle, Kanun Hükmünde Kararnamenin eki listelerde ismine yer verilmek suretiyle hiçbir idari işleme gerek kalmaksızın doğrudan kamu görevinin sonlandırılmasına karşı açılan davalarda idare mahkemelerince, Kanun Hükmünde Kararnamelerin kanun niteliği taşıdığı gerekçesiyle 'incelenmeksizin ret' kararları verildiği de göz önünde bulundurulduğunda, personellerin kendi kurumunda oluşturulan kurullar tarafından kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin işlemlere karşı açılan davaların (idari işlem den sonra çıkartılan Kanun Hükmünde Kararnamenin eki listesinde aynı personelin ismine yer verilmek suretiyle ikinci kez görevine son

Adil Yargılanma Hakkı

verilmiş olsa bile idari işlemin hukuken yürürlükte olması nedeniyle) esastan sonuçlandırılması gerektiği açıktır.

...

Bu nedenle, anılan her iki işleme karşı açılan davalarda yargı yerlerince verilecek kararların uygulanması aşamasında ortaya çıkabilecek hukuki sorunların da önlenmesi amacıyla Mahkemece; öncelikle personelin ilgili Kanun Hükmünde Kararnamenin ekli listesinde isminin yer alması nedeniyle kamu görevinden çıkartılması işlemine karşı dava açıp açmadığı, dava açmış ise 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun hükümleri gereğince dava dosyasının İnceleme Komisyonuna gönderilip gönderilmediği, Kanun Hükmünde Kararname ile kamu görevinden çıkarılmasına karşı dava açmamış (ya da dava açmış) olsa bile Komisyona başvurma hakkını da kullanabileceğinden, personelin Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonuna başvuruda bulunup bulunmadığı ve Komisyonca başvuru hakkında bir karar verilip verilmediği veya Kanun Hükmünde Kararnamenin eki listesinde ismine yer verilmek suretiyle kamu görevinden çıkarılmasının iptali istemiyle açılmış dava nedeniyle 7075 sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun gereğince Komisyona gönderilmesi gereken bir dosyasının mevcut olup olmadığı (Komisyonca verilecek karar hem personelin hukuki durumunu hem de davacının çalıştığı kurum bünyesinde oluşturulan Kurul tarafından verilen kamu görevinden çıkarma işlemine karşı açtığı davada yargı mercilerince verilecek kararın hukuki sonucunu etkileyeceğinden) araştırılmalı, Komisyona başvurusu var ise, bu başvurunun sonucu beklenmeli, Komisyon kararına karşı dava açılmış ise, yukarıda açıklandığı üzere söz konusu iki davada verilecek kararlar birbirini etkileyeceğinden, öncelikle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 38 ve devamı maddelerinde yer alan 'bağlantılı davalara ilişkin hükümler' dikkate alınarak değerlendirme yapılmalı, şayet personelin herhangi bir davası veya Komisyona başvurusu yok ise Anayasanın 36. maddesiyle de koruma altına alınan hak arama hürriyetinin engellenmemesi adına, davacının çalıştığı kurum bünyesinde oluşturulan Kurul kararı ile ihraç edilmesi işleminin iptaline konu uyuşmazlığın esasının incelenerek bir karar verilmesi gerekmektedir."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

24. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

"Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ... konusunda karar verecek olan,... bir mahkeme tarafından ... görülmesini isteme hakkına sahiptir..."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadı

25. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre Sözleşme'nin 6. maddesinin medeni hukuk alanına giren konularda uygulanabilirliği ilk olarak bir uyuşmazlığın varlığına bağlıdır. İkinci olarak uyuşmazlık en azından savunulabilir bir şekilde iç hukukta tanınmış olduğu söylenebilecek hak ve yükümlülükler ile ilgili olmalıdır. Son olarak ise bu hak ve yükümlülükler -her ne kadar bizzat 6. madde bu hak ve yükümlülükler Sözleşmeciler devletlerin hukuk sistemi içinde belirli bir anlam atfetmesi de- Sözleşme anlamında *medeni* nitelikte olmalıdır (*James ve diğerleri/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 8793/79, 21/2/1986, § 81).

26. AİHM; Sözleşme'nin 6. maddesinin Sözleşmeciler devletlerin iç hukukunda geçen bir *hak* için belirli bir anlam öngörmediğini, bir hakkın var olup olmadığını karara bağlamada ilke olarak iç hukuka başvurulacağını, ulusal mahkemelerin bu konudaki değerlendirmelerinden farklı bir sonuca ulaşılması için de güçlü gerekçelere sahip olunması gerektiğini, yetkililerin belli bir başvuran tarafından talep edilen tedbirin kabul edilip edilmemesine karar vermede takdir hakkını kullanıp kullanmadığının dikkate alınabileceğini hatta bu durumun belirleyici olabileceğini, bununla birlikte salt bir kanun hükmünün lafzında bir takdir unsurunun bulunmasının bir hakkın varlığını tek başına hükümsüz kılmayacağını, benzer durumlarda iddia edilen hakkın yerel mahkemelerce tanınması veya yerel mahkemelerin başvuranın talebinin esasını incelemesi hususunun da gözönüne alınması gerektiğini belirtmiştir (*Boulois/Lüksemburg* [BD], B. No: 37575/04, 3/4/2012, §§ 91-94).

Adil Yargılanma Hakkı

27. AİHM; mahkeme hakkının görünülerinden biri olan karar hakkı ile ilgili *Kutić/Hırvatistan* davasında yaptığı değerlendirmede ise Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının hukuki uyumsuzlukların tespiti için mahkemeye erişim hakkını güvence altına aldığını yinelemekte ancak bu hakkın yalnızca dava açma hakkı ile sınırlı olmadığını, aynı zamanda mahkemenin *uyuşmazlık konusundaki kararını* elde etme hakkını da kapsadığını belirtmektedir. AİHM'e göre bir taraf devletin iç hukuk sistemi uyarınca, bir birey tarafından açılan davaya ilişkin yürütülen yargılamalar neticesinde davanın nihai bir karara bağlanacağı garanti edilmeden bu kişinin bir mahkeme önünde hukuk davası açmasına izin verilmesi yanıltıcı olur. AİHM, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının davacılara tanınan usule ilişkin güvenceleri -adil, aleni ve hızlı yargılama- uyumsuzluklarının nihai bir çözüme kavuşturulacağını garanti etmeksizin detaylı olarak açıklamasının anlamsız olacağına dikkat çekmektedir (*Kutić/Hırvatistan*, B. No: 48778/99, 1/3/2002, § 25).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

28. Mahkemenin 15/9/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Adli Yardım Talebi Yönünden

29. Başvurucu, bireysel başvuru harç ve masraflarını karşılama imkânının bulunmadığını belirterek adli yardım isteminde bulunmuştur.

30. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Şerif Ay* (B. No: 2012/1181, 17/9/2013) kararında belirtilen ilkeler dikkate alınarak geçimini önemli ölçüde güçleştirmeksizin yargılama giderlerini ödeme gücünden yoksun olduğu anlaşılan başvurucunun açıkça dayanaktan yoksun olmayan adli yardım talebinin kabulüne karar verilmesi gerekir.

B. Karar Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

31. Başvurucu; dilekçe hakkını kullanması sebebiyle disiplin işlemi uygulandığı, disiplin işleminin iptali talebiyle açtığı dava devam

etmekteyken kamu görevinden ihraç edilmesi sebebiyle karar verilmesine yer olmadığı kararının verildiği gerekçeleriyle dilekçe hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

32. Bakanlık görüşünde; başvuruçunun açmış olduğu iptal davası sırasında bulunan menfaat bağının davanın sonuna kadar bulunması gerektiği, başvuruçunun kamu görevinden ihraç edilmesi ile bu menfaatin ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Bakanlık; bu şartlarda davaya devam edilmesinin başvuruçu açısından davanın manevi haz boyutunda kalacağını, bu sebeple Bölge İdare Mahkemesi tarafından davanın esasına girilmeksizin verilen kararın mahkemeye erişim hakkını ihlal etmediğini belirtmiştir.

33. Başvuruçu; Bakanlık görüşüne karşı beyanında davanın devamının sadece manevi hazla açıklanamayacağını, yargılama masraflarının aleyhine hükmedildiğini, disiplin cezası işlemleri ile kamu görevinden ihraç edilme işlemleri arasında illiyet bağının olmadığını, hakkında ceza kovuşturması veya Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (OHAL Komisyonu) tarafından sonuçlanmış olumsuz bir durumun bulunmadığından masumiyet karinesi ve adil yargılanma haklarının da ihlal edildiğini vurgulamıştır.

2. Değerlendirme

34. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuruçu tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvuruçunun disiplin cezasının iptali talebiyle açtığı davanın kamu görevinden ihraç edilmesi gerekçe gösterilerek esasının incelenmeksizin reddedilmemesi gerektiğine ilişkin iddiasının adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan karar hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

a. Uygulanabilirlik Yönünden

35. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre Anayasa

Adil Yargılanma Hakkı

Mahkemesine yapılan bir bireysel başvurunun esasının incelenebilmesi için kamu gücü tarafından müdahale edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Sözleşme ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokollerinin kapsamına da girmesi gerekir. Bir başka ifadeyle Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi mümkün değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

36. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında; herkesin yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme, bunun doğal sonucu olarak da iddiada bulunma, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına adil yargılanma ibaresinin eklenmesine ilişkin 14. maddesinin gerekçesinde "değişiklikle Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınmış olan adil yargılama hakkı[nın] metne dahil" edildiği belirtilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 36. maddesine söz konusu ibarenin eklenmesinin amacının Sözleşme'de düzenlenen adil yargılanma hakkını anayasal güvence altına almak olduğu anlaşılmaktadır (*Yaşar Çoban [GK]*, B. No: 2014/6673, 25/7/2017, § 54). Bu itibarla Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının kapsam ve içeriği belirlenirken Sözleşme'nin "Adil yargılanma hakkı" kenar başlıklı 6. maddesinin ve buna ilişkin AİHM içtihadının da gözönünde bulundurulması gerekir (*Onurhan Solmaz*, § 22).

37. Anayasa Mahkemesi; Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinde adil yargılanmaya ilişkin hak ve ilkelerin *medeni hak ve yükümlülükler ile ilgili uyumsuzlukların* ve bir suç isnadının esasının karara bağlanması esnasında geçerli olduğunu belirterek hakkın kapsamının bu konularla sınırlandırıldığını, hak arama hürriyetinin ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilmek için başvurusunun ya medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili bir uyumsuzluğun tarafı olması ya da başvurucuya yönelik bir suç isnadı hakkında karar verilmiş olması gerektiğini belirtmiştir (*Adnan Oktar*, B. No: 2012/917, 16/4/2013, § 21).

38. Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının medeni hak ve yükümlülüklerin karara bağlanmasıyla ilgili

bir yargılama usulünde uygulanabilmesi için öncelikle ortada bir *uyuşmazlığın* bulunması gerektiğini belirterek AİHM ile benzer ilkeleri benimsemiştir (*İsmail Taşpınar*, B. No: 2013/3912, 6/2/2014, § 21).

39. Bireysel başvuruya konu olayda, idari işlemin iptali istemiyle açılan davanın başvurucunun kamu görevinden ihraç edildiğinden bahisle dava konusunun ortadan kalktığı gerekçesiyle reddedildiği görölmektedir.

40. 2577 sayılı Kanun hükümlerine göre davanın dava açmakta menfaati bulunmayan kişi veya kişilerce açılması durumunda davanın ehliyetsiz kişi/kişilerce açıldığı gerekçesiyle davanın esas incelemesine geçilmeksizin usulden reddedilmesi öngörülmektedir. Yerleşik idari yargı içtihadında, iptal davalarının kabulü ve dinlenilebilmesi için aranılan koşullardan birinin davacının menfaatinin davaya konu işlem ile ihlal edilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir (bkz. § 15). Bu itibarla davacının menfaatini ihlal etmeyen idari işlemlerin esasen herhangi bir uyuşmazlığa sebebiyet verme imkân ve kabiliyeti bulunmayan nitelikte işlemler olduğu söylenebilir.

41. Buradaki asıl meselenin davanın açıldığı sırada var olan menfaat bağının yargılamanın sonuna kadar bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Hâl böyle olunca somut olayda bir uyuşmazlığın bulunup bulunmadığının ortaya konulması, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliğinin tespiti bakımından önem arz etmektedir.

42. Bir idari işlemin davacının menfaatini yargılamanın sonuna kadar ihlal edip etmediğine ilişkin değerlendirmenin bu husustaki kanun hükmünü uygulayacak olan idari yargı mercii tarafından tespit edileceği açıktır.

43. Bununla birlikte ilgili kanun hükmünü uygulayan yargı mercisinin idari işlemin dava konusu edilemeyeceği yönünde bir tespit ve değerlendirmede bulunmuş olması tek başına ve her zaman ortada bir uyuşmazlığın bulunmadığı sonucuna ulaşılması için yeterli değildir. Bireysel başvuru kapsamında yapılan incelemelerde Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliğinin tespiti için aynı mahiyetteki idari işlemlere ilişkin olarak iç hukukta kabul görmüş bir uyuşmazlık olgusu bulunup bulunmadığının da değerlendirilmesi gerekir. Bu

Adil Yargılanma Hakkı

değerlendirmenin yapılmasında ise yerel mahkemelerce aynı mahiyetteki idari işlemlerin dava konusu edilebileceğinin kabul edilmesi ve bu tip işlemlerden doğan uyuşmazlıkların esasının incelenmesi önemli bir ölçüttür. Özellikle içtihat mahkemesi olan Danıştayın yorum ve uygulamalarının bu hususta belirleyici bir role sahip olduğu söylenebilir (*Ali Diren*, B. No: 2015/13108, 18/4/2018, § 42).

44. Bu bağlamda bir kısım Danıştay içtihadına (bkz. §§ 21,22) göre idari işlemlerin kuruldukları tarih itibarıyla yargısal denetime tabi tutulmaları gerektiği, idare hukukunun genel ilkelerine göre iptal davası açılabilmesi için davacı ile dava konusu işlem arasında menfaat ilişkisinin varlığının yeterli olduğu, ayrıca dava konusu işlemle menfaat ilişkisinin davanın sonuçlanmasına kadar devam etmesinin aranmadığı değerlendirilerek bu nitelikteki işlemlerden doğan uyuşmazlıkların esasının incelendiği görülmektedir. Bir kısım Danıştay içtihadında ise (bkz. § 20) menfaat ilişkisinin davanın niteliği ve özelliğine göre idari yargı mercilerince belirleneceği ifade edilmiştir.

45. Somut başvuruda başvuruçunun kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin işleme karşı yargı yolunun açık olması sebebiyle kamu görevine dönme ihtimalinin varlığı değerlendirildiğinde iç hukukta en azından savunulabilir bir biçimde dava konusu edilebilir olduğu ileri sürülebilecek bir uyuşmazlığın bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu nedenle ihlal iddialarının konusunun Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanının kapsamında yer aldığı kabulü gerekir.

b. Kabul Edilebilirlik Yönünden

46. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

c. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

47. Anayasa'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasında hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı belirtilmiştir.

Bu bağlamda Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı, kişilere davanın görüldüğü mahkemeden uyuşmazlığa ilişkin bir karar verilmesini isteme güvencesini de sağlar. Öte yandan Sözleşme'yi yorumlayan AİHM de Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkeme hakkı şeklinde genel bir hakkı düzenlediğini kabul etmekte ve bu hakkın karar hakkını da içerdiğini ifade etmektedir (*İbrahim Demiroğlu*, B. No: 2017/15698, 26/7/2019, § 54).

48. Adil yargılanma hakkının güvencelerinden biri olan mahkeme hakkı; mahkemeye erişim hakkı, karar hakkı ve kararın icrası haklarını içerir. Karar hakkı genel itibarıyla mahkeme önüne getirilen uyuşmazlığın karara bağlanmasını isteme hakkını ifade eder. Zira dava hakkını kullanan bireyin asıl amacı davanın sonunda, uyuşmazlık konusu ettiği talebinin esasıyla ilgili olarak bir karar elde edebilmektir. Bir başka ifadeyle dava sonucunda şayet bir karar elde edilemiyorsa dava açmanın da bir anlamı kalmayacaktır. Öte yandan karar hakkı bireylerin sadece yargılama sonucunda şekli anlamda bir karar elde etmelerini güvence altına almaz. Bu hak aynı zamanda dava konusu edilen uyuşmazlığa ilişkin esaslı taleplerin yargı merciince bir sonuca bağlanmasını da gerektirir (*İbrahim Demiroğlu*, § 55).

49. Kuşkusuz söz konusu dava, yargılama usulü kuralları gereğince uyuşmazlığın esasının incelenemediği birtakım kararlarla da neticelenmiş olabilir (düşme/açılmamış sayılma/karar verilmesine yer olmadığı/süre aşımı vb.). Bu durum kural olarak karar hakkı yönünden bir sorun teşkil etmez. Zira söz konusu hakkın sağladığı güvence bakımından önemli olan husus; açıldığı sırada davanın *-usule ilişkin sorunlar hariç-* uyuşmazlığın esasını çözüme kavuşturma potansiyeline sahip, bir başka ifadeyle dava açılmasındaki asıl amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasıdır. Ancak bu nitelikleri taşıyan bir davada yargılamanın henüz devam ettiği bir süreçte taraflardan birinin aleyhine olacak ve yargı merciinin uyuşmazlık konusu talep hakkında karar vermesini engelleyecek şekilde davayı ortadan kaldıran ya da davanın incelenmesini durdurarak karara bağlanmasına mâni olan yasalar çıkarılması karar hakkının ihlaline yol açabilir (*İbrahim Demiroğlu*, § 56).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

50. Somut olayda başvuru hakkında tesis edilen kınama cezasının iptali talebiyle açtığı davada İdare Mahkemesi tarafından dava konusu işlemin iptaline karar verilmesine rağmen istinaf incelemesi sonucunda Bölge İdare Mahkemesi tarafından başvuru hakkında kamu görevinden ihraç edilmiş olduğu gerekçesiyle davanın konusunun kalmadığından bahisle davanın esasını incelenmemiştir.

51. Yukarıda yer verilen Danıştay içtihatlarında (bkz. §§ 21-23) ortaya konulduğu üzere iptal davalarının ilk inceleme aşamasında kabul edilebilirlikleri için başka bir deyişle davanın esasının incelenebilmesi için 2577 sayılı Kanun kapsamında aranan menfaat şartının davanın açıldığı sırada bulunması yeterli olmakta, menfaatin davanın sonuna kadar devam etmesi aranmamaktadır. Anılan içtihatlardaki yaklaşımın kamu görevlileri hakkında tesis edilen işlemler hakkında açılan davaların yargılama sırasında kamu görevlisi statülerinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda dahi idari işlemle olan menfaat bağının ortadan kalkmayacağı yönünde olduğu görülmektedir. Böylece alınacak yeni bir idari kararlar davacının iptalini istediği işlemle ilişkisini kesmek suretiyle dava konusu işlemin yargı denetimi dışına çıkarılması engellenmiş olacaktır. Buna göre Danıştayın söz konusu içtihatlarındaki çıkarımın dava şartı olarak kabul edilen menfaat ihlali yorumundan hareketle dava konusu edilebilirliğinin tespitinde kamu yararı ile bireyin menfaatleri arasındaki adil dengeyi gözeterek, objektif ve hukuken kabul edilebilir ölçütler içerdiği görülmektedir.

52. Anılan içtihatlarındaki yaklaşımın öz itibarıyla statü hukukuna göre çalışan kamu görevlilerinin kamu personel hukuku kapsamında haklarında tesis edilen idari işlemlerin onların aktif meslek yaşamları haricinde maddi ve manevi varlıkları üzerinde de birtakım etki ve sonuçlar gösterebilmesi, öte yandan meri mevzuatın emeklilik/istifa/ihraç vb. sebeplerle kaybedilen kamu görevliliği statüsünün belirli koşullar altında yeniden kazanılmasına imkân sağlaması karşısında böyle bir durumda idari işlemin kişi üzerinde etkilerini devam ettirecek olması gibi gerekçelere dayandığı anlaşılmaktadır (*Levent Tütüncü*, B. No: 2015/3690, 18/7/2018, § 59).

53. Danıştay içtihadında benimsenen bu yaklaşıma göre somut olayda başvurucunun OHAL Komisyonuna başvurabileceği, OHAL Komisyonu kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda başvurucunun yeniden kamu görevliliği statüsünü kazanabileceği ihtimalinde dava konusu kınama cezası işleminin başvurucu üzerinde bir etkisinin bulunmayacağı söylenemez. Bu itibarla kınama cezasının iptali talebiyle açtığı davanın yargılaması devam ederken kamu görevinden ihraç edilmesinin davaya konu idari işlem ile ihlal edilen menfaatinin ortadan kalkmadığı, bu durumda davanın esasının incelenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

54. Bireysel başvuruya konu Bölge İdare Mahkemesi kararında ise Danıştay içtihadında belirtilen ölçütler kapsamında herhangi bir irdelemeye gidilmeksizin salt kamu görevinden ihraç edilme sebebiyle davanın konusunun ortadan kalktığı yönünde şekilci bir yaklaşımla hareket edilerek davanın esasının incelenmediği, başka bir deyişle davaya konu idari işlemin esası hakkında karar verilmediği görülmektedir.

55. Bölge İdare Mahkemesinin somut olayda davanın esasının incelenebilmesine ilişkin değerlendirmesi konusunda 2577 sayılı Kanun'da düzenlenen usul kurallarının uygulanmasıyla ilgili bu şekilci yorumunun başvurucunun hukuksal durumunu etkileyen idari işlemden doğan uyuşmazlık hakkında karar verilmemesi sebebiyle başvurucuya ağır bir külfet yüklediği, bu sebeple başvurucunun karar hakkının ihlal edildiği değerlendirilmiştir.

56. Açıklanan gerekerlerle başvurucunun Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki karar hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

d. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

57. 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

Adil Yargılanma Hakkı

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

58. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesini istemiş ve tazminat talebinde bulunmuştur.

59. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B.No: 2016/12506, 7/11/2019).

60. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin, yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

61. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanununun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu

öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

62. İncelenen başvuruda başvuruçunun açtığı dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiş olması sebebiyle Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

63. Bu durumda karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü İdari Dava Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

64. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adli yardım talebinin KABULÜNE,

Adil Yargılanma Hakkı

B. Karar hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki karar hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin karar hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılması için Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü İdari Dava Dairesine (E.2017/1224, K.2017/1069) gönderilmek üzere Kahramanmaraş İdare Mahkemesine (E.2016/694, K.2016/1723) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun tazminat talebinin REDDİNE,

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 15/9/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

MUHAMMET KALİP BAŞVURUSU

(Başvuru Numarası: 2017/34863)

Karar Tarihi: 13/10/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: M.Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Yıldız SEFERİNOĞLU Basri BAĞCI
Raportör	: Tuğba TUNA IŞIK
Başvurucu	: Muhammet KALİP
Vekili	: Av. Cihan KOÇ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, görevsizlik kararı veren mahkemede yeniden açılan davanın esasının incelenmeksizin reddedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 22/9/2017 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı beyanda bulunmuştur.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Bireysel Başvuruya Konu Dava Öncesi Hukuki Süreç

9. Başvurucunun Şanlıurfa'nın Suruç ilçesi Mürşitpınar köyünde ikamet ettiği lojmandaki eşyalarının Suriye'deki çatışmalar sırasında kullanılan patlayıcı maddelerden zarar görmesi sebebiyle meydana gelen 9.000 TL (Zarar Tespit Tutanağı sonucunda tespit edilen miktar) maddi zararın tazmini için görev yaptığı Komutanlığa yapmış olduğu başvuru Şanlıurfa Valiliğine (İdare) gönderilmiştir. İdare başvurunun reddine karar vermiştir.

10. Başvurucu, Şanlıurfa 1. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) 3/11/2015 tarihinde fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 100 TL maddi zararın tazmini talebiyle Şanlıurfa Valiliğine karşı tam yargı davası açmıştır.

11. Yargılama sırasında Mahkemenin görevine ilişkin itiraz aşamaları şu şekilde gerçekleşmiştir:

- Davalı İdare 17/12/2015 tarihli cevap dilekçesinde davanın konusu gereği Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde (AYİM) görülmesi gerektiğini belirterek görev itirazında bulunmuştur.

- Mahkeme 18/1/2016 tarihli kararıyla dava konusunun askerî hizmetle ilgili olmadığı gerekçesiyle uyuşmazlığın çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varmıştır.

- Mahkemenin görevlilik kararı üzerine davalı İdare 3/2/2016 tarihli dilekçesiyle AYİM Başsavcılığında (Başsavcılık) olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması talebinde bulunmuştur.

- Başsavcılık 22/3/2016 tarihli kararıyla dava konusunun idari yargı alanına girdiği gerekçesiyle davalı İdarenin olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması talebini reddetmiştir.

Adil Yargılanma Hakkı

12. 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesi ile askerî yargı kaldırılmış, anılan değişiklik 27/4/2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

13. Mahkeme 10/5/2017 tarihli kararıyla uyuşmazlığı çözmeye AYİM'in görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine kesin olmak üzere karar vermiştir. Bu karar başvurucuya 19/6/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

14. Başvurucu, başvuru formunda görevsizlik kararının kendisine tebliğ edilmesi üzerine dava açmak üzere AYİM'e vermiş olduğu dava dilekçesinin Anayasa'da yapılan değişikliklerle askerî yargının kaldırılmış olduğu gerekçesiyle kabul edilmediğini belirtmiştir.

B. Bireysel Başvuruya Konu Dava Süreci

15. Başvurucu kararın verildiği tarihte Anayasa'da yapılan değişiklik sonucunda AYİM'in kapatılması üzerine idare mahkemelerinin görevli hâle geldiği, bu durumun Mahkeme kararında gözardı edildiği gerekçesiyle 30/6/2017 tarihinde Mahkemede yeniden tam yargı davası açmıştır.

16. Mahkeme 7/8/2017 tarihli kararla davanın incelenmeksizin reddine kesin olmak üzere karar vermiştir. Mahkeme, gerekçesinde; Anayasa değişikliği sonrasında askerî yargıdaki davalarla ilgili yasal düzenleme yapılmadan Mahkemenin görevli hâle gelmeyeceğine değinmekle birlikte görevsizlik kararı verilen davanın yargı sürecinin tamamlanmadığını, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davanın incelenmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir.

"... Anayasa değişikliği sonrasında çıkarılacak uyum yasaları ile Askeri Yargı'da açılacak davaların hangi tarihten itibaren ve nasıl bir süreçte sonuçlandırılacağı yasa hükmü ile ortaya konulacağı hususu göz önüne alındığında; henüz bu konuda bir düzenleme yapılmaması sebebi ile E:2015/1034 sayılı dava dosyasının (önce açılan ve görev ret kararı verilen dosya) bu çerçevede Askeri Yargı'ya gönderilerek Askeri Yargı tarafından verilecek bir karar neticesinde (şayet ilgili kanunlar çıkar ve görevsizlik kararı verilir ise) dava dosyasının yeniden İdari Yargı'ya intikal edeceği ve bu çerçevede aynı dosya üzerinden (E:2015/1034) yeniden yargılama yapıp bir karar verileceği açık olup, henüz yargı süreci tamamlanmayan E:2015/1034 sayılı dava ile

tarafları konusu ve sebebi aynı olan işbu davanın (aynı davanın) açılmış olduğu anlaşılacakla işbu davanın bu aşamada incelenme olanağı bulunmamaktadır. "

17. Nihai karar başvurusu 5/9/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

18. Başvurucu 22/9/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

19. Başvurucu benzer bir davada davacı R.S. tarafından Şanlıurfa 2. İdare Mahkemesinde açılan tam yargı davasında verilen incelenmeksizin ret kararının istinaf yolu açık olmak üzere verildiğini belirtmiş ve anılan kararı başvuru dosyasına sunmuştur.

20. Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) kapsamında yapılan incelemede istinaf yolu açık olmak üzere verilen karar R.S. tarafından istinaf edilmiştir. Gaziantep Bölge İdare Mahkemesi Üçüncü İdari Dava Dairesi (Bölge İdare Mahkemesi) 15/2/2018 tarihli kararla dava değeri olan 100 TL'nin istinaf sınırının altında kaldığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine karar vermiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. İlgili Mevzuat

21. 6/1/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasına 2/7/2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 185. maddesiyle yapılan değişiklikten önceki hâli şöyledir:

"Çözümlemesi Danıştayın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli veya askeri yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. ..."

22. 2577 sayılı Kanun'un "Dilekçeler üzerine ilk inceleme" kenar başlıklı 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ilgili kısmı şöyledir:

" Dilekçeler, ..

a) Görev ve yetki,

b) İdari merci tecavüzü,

Adil Yargılanma Hakkı

c) Ehliyet,

d) İdari davaya konu olacak kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı,

e) Süre aşımı,

f) Husumet,

g) 3 ve 5 inci maddelere uygun olup olmadıkları,

...

Yönlerinden sırasıyla incelenir."

23. 2577 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin 703 sayılı KHK'nın 185. maddesiyle yapılan değişiklikten önceki hâli şöyledir:

" 3/a bendine göre adli ve askeri yargının görevli olduğu konularda açılan davaların reddine, ...

...

Karar verilir."

24. 25/8/2017 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 694 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (694 sayılı KHK) 36. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Kaldırılan askeri yargı mercilerinde görülmekte olan, tebliğde ve infaz aşamasında bulunanlar ile bu mercilerin arşivlerinde bulunan işi bitmemiş dosyalardan;

a) Askeri Yargıtayda olanlar, Yargıtaya,

b) Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar Danıştaya; diğerleri Ankara idare mahkemelerine,

c) Askeri mahkemelerde olanlar, görevli ve yetkili adli yargı mercilerine,

ç) Askeri savcılıklarda olanlar, yetkili Cumhuriyet Başsavcılıklarına,

21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde herhangi bir karara gerek kalmaksızın listeye bağlanarak gönderilir.

Kaldırılan askeri yargı mercilerindeki işi bitmiş dosyalar ile defter ve diğer evraklar, bu mercilerce Milli Savunma Bakanlığı arşivine gönderilir.

Kaldırılan askeri yargı mercilerince hüküm verilmekle birlikte henüz gerekçeli karar yazılmayan dosyalara ilişkin kararlar en geç 15 gün içinde yazılır ve dosyaları tebliğ ve müteakip işlemler için sekizinci fıkrada gösterilen adli ve idari yargı mercilerine gönderilir.”

25. 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114. maddesinin ilgili kısmı şöyledir.

”(1) Dava şartları şunlardır:

...

ı) Aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması

...”

B. Danıştay İctihadı

26. Danıştay Beşinci Dairesinin 6/6/2016 tarihli ve E.2016/3014, K.2016/3547 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

”...

Bir dava görülmekte iken, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci bir davanın esasının, derdestlik nedeniyle incelenemeyeceği usul hukukunun genel ilkelerindedir.

İdari davaların konusunu genellikle idari işlemler oluşturmaktadır. Bu bağlamda derdestlikten söz edilebilmesi için davanın taraflarının, sebebinin ve konusunun aynı olması gerektiğinden, iptal isteklerinin aynı işleme yöneltmiş olması zorunludur.

...”

Adil Yargılanma Hakkı

27. Danıştay Beşinci Dairesinin 26/2/2020 tarihli ve E.2016/58751, K.20201644 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

" ...

Tarafları ve konusu aynı olan bir davanın, daha önce aynı veya başka bir mahkemede açıldığı ve görülmekte olduğunun saptanması halinde, usul hukukunun temel kavramlarından biri olan derdestlik müessesesinin ifade ettiği "ilk davanın aynısı olan diğer davaların açılmasında davacının hukuki yararı bulunmadığı" olgusundan hareketle, sonraki davaların derdestlik nedeniyle incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekmektedir.

Derdestlik durumunun ortaya çıkması için; aynı davanın birden fazla açılmış olması ve birinci davanın görülmekte olması şartları birlikte gerçekleşmelidir. Davaların aynı dava olarak kabul edilebilmesi de; davaların taraflarının, konularının, dava konusu işlemlerin aynı olmasına bağlıdır.

" ..."

28. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 5/4/2017 tarihli ve E.2015/3423, K.2017/1559 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

" ...

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun dava şartlarını düzenleyen 114. maddesinin 1. fıkrasının (ı) bendinde; "Aynı davanın, daha önceden açılmış ve halen görülmekte olmaması", aynı fıkranın (i) bendinde ise "Aynı davanın, daha önceden kesin hükme bağlanmamış olması" hükmüne yer verilmek suretiyle "derdestlik" ve "kesin hüküm" dava açma şartları arasında sayılmış olup; Kanunun 115. maddesinde, mahkemenin dava şartı noksanlığını tespit etmesi halinde davayı usulden reddedeceği kurala bağlanmış; 303. maddesinin 1.fıkrasında ise "Bir davaya ait şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün, diğer bir davada maddi anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için, her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir" hükmüne yer verilmiştir.

Uyuşmazlıkta, davacı tarafından, hizmet sözleşmesinin feshedildiği iddiasıyla işe iade istemiyle Ankara 8. İş Mahkemesinde açılan diğer bir davada, Mahkemenin 27/12/2012 günlü, E:2012/24, K:2012/1136 sayılı kararıyla davanın reddine karar verildiği; anılan kararın Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin

15/04/2013 günlü, E:2013/6368, K:2013/6661 sayılı kararıyla onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ve aynı hukuki çekişmeyi içeren işbu dava hakkında daha önce verilmiş bulunan kesin hüküm nedeniyle, davanın esasının incelenmesine hukuken olanak bulunmadığı gerekçesiyle, incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekirken, Mahkemece bu husus araştırılmaksızın davanın görev yönünden reddi yolunda verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir.

..."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

29. Mahkemenin 13/10/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

30. Başvurucu; askerî yargının Mahkemenin görevsizlik kararından önce 6771 sayılı Kanun'la Anayasa'da yapılan değişiklik ile kaldırıldığını, görevsizlik kararı üzerine AYİM'e dava açmak için yapılan müracaatın AYİM tarafından kabul edilmediğini, bu olay üzerine açılan ikinci davada Mahkemenin uyuşmazlığı çözmekte görevli olmasına rağmen davayı reddettiğini belirtmiştir. Ayrıca mahkemede açtığı ikinci davanın kesin olmak üzere incelenmeksizin reddedilmesi sebebiyle istinaf yoluna da başvuramadığı gerekçeleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

31. Bakanlık görüşünde; başvuruya konu kararın verildiği tarihte uyuşmazlığı inceleme görevinin idari yargı olduğunun açık olduğu, avukat ile takip edilen söz konusu dava dosyasında dosyanın esasının incelenebilmesini teminen -her ne kadar İdare Mahkemesi kararının hüküm fıkrasında istinaf yolu kapalı ve kesin olarak karar verildiği yazılmış ise de- davanın incelenmeksizin reddi yolundaki kararının bozulması ve dosyanın esası hakkında Mahkemece yeni bir karar verilmesi gerektiği itirazıyla istinaf başvurusunda bulunulmasına yasal bir engel bulunmadığı belirtilerek somut başvuruda başvuru yollarının tüketilmediği ileri sürülmüştür.

Adil Yargılanma Hakkı

32. Başvurucu ise Bakanlık görüşüne verdiği cevapta Mahkemece kesin olduğu belirtilen karara karşı istinaf yoluna gidilmesinin usul ekonomisine aykırı olduğunu, bireysel başvuru için bunun bir koşul olmadığını belirtmiştir.

B. Değerlendirme

33. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki tavsifi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki nitelendirmesini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucunun şikâyetlerinin mahkemeye erişim hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

34. Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

35. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Hakkın Kapsamı ve Müdahalenin Varlığı

36. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddiada bulunma ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkı, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün bir unsurudur. Diğer yandan Anayasa'nın 36. maddesine *adil yargılanma* ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (Sözleşme) yorumlayan Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının mahkemeye erişim hakkını içerdiğini belirtmektedir (Özbakım Özel Sağlık Hiz. İnş. Tur. San. ve Tic. Ltd. Şti., B. No: 2014/13156, 20/4/2017, § 34).

37. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kapsamında yaptığı değerlendirmelerde mahkemeye erişim hakkının bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına geldiğini ifade etmiştir (Özkan Şen, B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52).

38. Somut olaydaki tam yargı davasının görevsizlik kararı verilen ve henüz yargı süreci tamamlanmadığı ifade edilen dava ile tarafları, konusu ve sebebinin aynı olması sebebiyle incelenmeksizin reddedilmesi nedeniyle başvuru hukukunun mahkemeye erişim hakkına yönelik bir müdahalenin bulunduğu görülmektedir.

b. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

39. Adil yargılanma hakkının görünümülerinden biri olan mahkemeye erişim hakkı, mutlak bir hak olmayıp bu hakkın sınırlandırılması mümkündür. Ancak mahkemeye erişim hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir.

40. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

41. Anılan madde uyarınca temel hak ve özgürlükler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu nedenle öncelikle başvuru hukukunun mahkemeye erişim hakkına yapılan müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir.

Adil Yargılanma Hakkı

42. Hak ve özgürlüklerin, bunlara yapılacak müdahalelerin ve sınırlandırmaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfî müdahaleyi engelleyen, hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir (*Tahsin Erdoğan*, B. No: 2012/1246, 6/2/2014, § 60).

43. Müdahalenin kanuna dayalı olması öncelikle şeklî manada bir kanunun varlığını zorunlu kılar. Şeklî manada kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından Anayasa'da belirtilen usule uygun olarak kanun adı altında çıkarılan düzenleyici yasama işlemidir. Hak ve özgürlüklere müdahale edilmesi ancak yasama organınca kanun adı altında çıkarılan düzenleyici işlemlerde müdahaleye imkân tanıyan bir hükmün bulunması şartına bağlıdır. TBMM tarafından çıkarılan şeklî anlamda bir kanun hükmünün bulunmaması hakka yapılan müdahaleyi anayasal temelden yoksun bırakır (*Ali Hıdır Akyol ve diğeri* [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017, § 56).

44. Kanunun varlığı kadar kanun metninin ve uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir (*Necmiye Çiftçi ve diğeri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55). Müdahalenin kanuna dayalı olması, iç hukukta müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir kuralların bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44). Kanunilik unsuru yönünden değerlendirme yapılırken derece mahkemelerince müdahaleye imkân tanıyan kanun hükümlerinin yorumu ve bu hükümlerin olaya uygulanması bariz takdir hatası ya da açık bir keyfilik içermediği sürece bu alanda bir inceleme yapılması bireysel başvurunun amacıyla bağdaşmaz. Ancak derece mahkemelerinin müdahaleye imkân tanıyan kanun hükmünü açık bir biçimde hatalı yorumladıkları ve uyguladıklarının tespiti hâlinde müdahalenin kanunilik temelinden yoksun olduğu sonucuna ulaşılabilir (*Ramazan Atay*, B.No: 2017/26048,29/1/2020, § 29).

45. Başvurucunun Mahkemenin incelenmeksizin ret kararına karşı istinaf yolunun kapalı olduğu iddiasına yönelik Bakanlık görüşünde;

başvurucunun istinaf yoluna müracaat etmesi gerektiği, kararın kesin olarak verilmesinin istinaf yoluna başvurulmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Başvurucunun başvuru dosyasına sunmuş olduğu emsal davada istinaf yolunun açık olması üzerine Bölge İdare Mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucunda dava konusu değer istinaf sınırının altında kaldığı gerekçesiyle istinaf başvurusunun incelenmeksizin reddine karar verildiği görülmüştür. Bu durumda istinaf yolunun başvuru açısından etkili bir hukuk yolu olduğu temellendirilemediğinden söz konusu iddia hakkında değerlendirme yapılmasına gerek görülmemiştir.

46. Somut olayda başvurunun tazminat talebiyle açmış olduğu tam yargı davasının yargı süreci tamamlanmamış dava ile taraflarının, konusunun ve sebebinin aynı olduğu, başka bir deyişle davanın *derdest* olduğu gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine karar verilmiştir. Mahkemenin 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesi kapsamında yapılan inceleme sonucunda söz konusu karara vardığı görülmektedir. Anılan maddede *derdestlik* durumunun ilk inceleme şartı olarak sayılmadığı tespit edilmiştir. Danıştay içtihatlarında *derdestlik* durumunun usul hukukunun temel kavramlarından olduğu belirtilmiş, 6100 sayılı Kanun'un 114. maddesine atıfla dava şartı olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda *derdestlik* durumunun varlığının saptanabilmesi için tarafları ve konusu aynı olan bir davanın daha önce aynı veya başka bir mahkemede açıldığı ve görülmekte olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

47. Anayasa'nın 21/1/2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle eklenen geçici 21. maddesinin ilgili kısmında "E) *Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırılmıştır. Kaldırılan askerî yargı mercilerinde görülmekte olan dosyalardan; kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar ilgisine göre Yargıtay veya Danıştaya, diğer dosyalar ise ilgisine göre görevli ve yetkili adli veya idari yargı mercilerine dört ay içinde gönderilir.*" denilmektedir.

48. Başvurucunun açtığı ilk davada Mahkeme AYİM'in görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Başvurucu görevsizlik kararı üzerine AYİM'e müracaat etmişse de dilekçesi 27/4/2017 tarihinden

Adil Yargılanma Hakkı

İtibaren Anayasa değişikliği üzerine askerî yargının kaldırılmış olduğu gerekçesiyle kabul edilmemiştir. Dava dilekçesinin kabul edilmemesi üzerine başvuru, görevsizlik kararının kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on birinci günde söz konusu durumu belirterek Mahkemede yeniden dava açmıştır.

49. Mahkeme; derdestlik nedeniyle verdiği incelenmeksizin ret kararında ilk açılan ve görevsizlik kararıyla sonuçlanan davanın askerî yargıya intikal edeceğini, yapılacak yasal düzenleme sonrasında dosyanın askerî yargı tarafından yeniden idari yargıya gönderileceğini ve söz konusu yargılamanın da yine bu dosya üzerinden devam edeceğini belirtmektedir. Başka bir ifadeyle ilk davanın derdest olduğunu ifade etmektedir.

50. Başvuru dava dilekçesinde görevsizlik kararı üzerine AYİM'e müracaat etmişse de dilekçesinin askerî yargının kaldırılmış olması sebebiyle kabul edilmediğini vurgulamıştır. Bu durumda askerî yargıda görülmekte olan bir dava bulunmadığı gibi yasal düzenleme sonrasında dava dosyasının yeniden idari yargıya gönderilmesine karar verecek bir mahkemenin de (AYİM) görev yapmadığı görülmektedir. Bu durumda incelenmeksizin ret kararına konu olacak derdest bir davanın olmadığı anlaşılmaktadır. Sonuç olarak Mahkemenin derdestlik nedeniyle davayı incelemeksizin reddetmesinin kanuni dayanağının bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

51. Yukarıda açıklanan gerekçelerle başvuru Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

52. 30/11/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

53. Başvurucu yeniden yargılama ile 15.000 TL manevi ve 9.000 TL maddi tazminat talebinde bulunmuşlardır.

54. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir (B. No: 2014/8875, 7/6/2018, [GK]). Mahkeme diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

55. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

56. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak, ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama

Adil Yargılanma Hakkı

sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde, usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemezsizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58-59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66-67).

57. İncelenen başvuruda İdare Mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucu mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

58. Bu durumda mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilmesi gerekir.

59. İhlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

60. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin mahkemeye erişim hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Şanlıurfa 1. İdare Mahkemesine(7/8/2017 tarihli ve E.2017/938, K.2017/805 sayılı kararına ait dava dosyası ile ilgilidir) GÖNDERİLMESİNE,

D. Başvurucunun tazminat taleplerinin REDDİNE,

E. 257,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.257,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 13/10/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

**ONMED TIBBİ ÜRÜNLER PAZ. VE DIŞ TİC. LTD. ŞTİ.
BAŞVURUSU**

(Başvuru Numarası: 2016/8342)

Karar Tarihi: 17/6/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Engin YILDIRIM Celal Mümtaz AKINCI Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL
Raportör	: Zeynep KARAKOÇ
Başvurucu	: Onmed Tıbbi Ürünler Paz. ve Dış Tic. Ltd. Şti.
Vekili	: Av. İsmail Yılmaz ASLAN

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, idari para cezasına dayanak teşkil eden kanuni düzenlemenin değiştirilmesine rağmen lehe olan yeni düzenleme gözetilmeden karar verilmesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 27/4/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

8. Başvurucu, tıbbi sarf malzemeleri alım ve satımı yapan bir anonim şirkettir.

9. Rekabet Kurulu (Kurul), Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının şikâyeti üzerine başvuru Şirketin de aralarında bulunduğu yirmi sekiz şirket hakkında tıbbi sarf malzemeleri pazarında, iyileştirici nitelikteki kardiyoloji sarf malzemesi sağlayıcısı teşebbüslerin aralarında anlaşarak 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri iddiası ile ilgili olarak soruşturma başlatmıştır.

10. Anılan soruşturma sonucuna göre Kurul, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde yer alan düzenlemelere aykırı olarak başvuru Şirketin sarf malzemesi sağlayıcısı olan diğer teşebbüslerle anlaşarak ilgili pazardaki ürünlerin arz koşullarının piyasa dışında belirlenmesine yol açtığı, bunun ağır rekabet ihlali olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Kurul 16/3/2007 tarihli kararıyla, anılan Kanun'un 16. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca başvuru Şirketin son eylem tarihinden önceki yılına ait gayrisafi gelirinin %5'i oranında olmak üzere 616.285,96 TL idari para cezası verilmesine karar vermiştir.

11. Başvurucu Şirketin Kurul kararıyla verilen idari para cezasının iptali istemiyle açtığı dava Danıştay Onüçüncü Dairesinin (Daire) 16/2/2010 tarihli kararıyla reddedilmiştir. Kararın gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

"... stent ve pil satışı ile iştigal eden davacı şirketin, Kardiyoloji Çalışma Grubu (KÇG) üyesi olduğu ve Pacing ve Elektrofizyoloji Malzemeleri Dağıtıcısı Firmalar Platformu (PEFiP) Etik Kodeksini kabul ettiği, pazarda faaliyet gösteren soruşturma tarafı teşebbüslerle birlikte hastanelerden konsinye malzemelerin çekilmesi ve hastanelere mal vermemeye ilişkin olarak hazırlanan bildiriye imza attığı, adi ortaklık sözleşmesini ve 25.000 ABD Dolarlık borç senedini imzaladığı, rakiplerle birlikte mal vermeme boykotunu uyguladığı, konsinyeleri hastanelerden çekmek ve ihalelere katılmamak suretiyle ilgili

Suçta ve Cezada Kanunilik

pazardaki ürünlerin arz koşullarının piyasa dışında belirlenmesine yol açtığı, ayrıca rakip teşebbüslerle birlikte pazardaki fiyat ve satım şartlarını belirlediği, pazar paylaşımı eylemlerine katıldığı ve rakiplerinin faaliyetlerini zorlaştırmaya yönelik eylemlerde bulunduğu anlaşılmaktadır.

Rekabet Kurulunca, fiyat tespiti, pazar paylaşımı, ihale tekliflerinin ortak ayarlanması, arz boykotu ve rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılmasına yönelik bu davranışların, rekabetçi sürecin merkezine doğrudan müdahaleyi temsil ettiği için ağır rekabet ihlâli olarak kabul edildiği; 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca idarî para cezası takdir edilirken; ihlâl sürecinde teşebbüslerin stratejilerini ayrıntılı olarak ortaya koymaları, bu stratejileri gerçekleştirmeye yönelik örgütlenmeler kurup bu örgütlenmelerde organizasyonel bir yapı oluşturmaları, aralarındaki iletişimi sürekli kılmak üzere e-posta grupları kurmaları, yapılan anlaşmalara uyumu sağlamak üzere yaptırım mekanizmaları geliştirmeleri ve birbirlerini denetlemelerinin, teşebbüslerce rekabetçi sürecin kasıtlı olarak engellendiğini kanıtladığı; kartele taraf teşebbüslerin iyileştirici nitelikte kardiyojji sarf malzemesi sağlayıcısı teşebbüslerin önemli bir kısmını oluşturması ve SSK, Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının ülkemizdeki sağlık hizmetlerinin yaklaşık %90'ını finanse eden kuruluşlar olmasından ötürü, kartel üyelerinin bu kurumlara yönelik uyguladığı mal vermeme boykotu, konsinyelerin geri çekilmesi, toplu ihalelere katılmama gibi eylemlerinin sağlık hizmetlerinin sunumunda çok ciddi sıkıntılara neden olduğu; bu nedenle teşebbüslerin mal vermeme boykotunun kısa sürmesine rağmen, ilgili pazarda etkisini derhal göstererek amacına ulaştığı hususlarıyla birlikte, rekabet ihlâli yaptığı tespit edilen teşebbüslerin bu ihlâllerin ortaya çıkışındaki rolleri, gerçekleştirdikleri ihlâllerin niteliği ve süresinin de dikkate alındığı; bu bağlamda 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri saptanan teşebbüslerden bir kısmının kartelin oluşumunda ve yürütülmesinde öncülük edip kartel organizasyonunda aktif rol aldıkları, diğer teşebbüslerin ise yapılan anlaşmalara uymakla birlikte kartel organizasyonunda öncü olmadıkları yolunda değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir.

Bu durumda, işlem dosyasında yer alan bilgi ve belgeler karşısında, aralarında davacı şirketin de bulunduğu teşebbüslerin, tıbbi sarf malzemeleri pazarında, arz koşullarının piyasa dışında belirlenmesi, fiyat ve satım şartlarının rakiplerle

birlikte tespit edilmesi, pazarın bölüşülmesi ve rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettikleri açık olduğundan, Rekabet Kurulunca usulüne uygun olarak yürütülen soruşturma sonucunda davacı şirkete, 4054 sayılı Kanun'un işlem tesis tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları uyarınca, eylemin en son 2002 yılında gerçekleştiği ve şirketin yukarıda belirtilen durumu dikkate alınarak, 2001 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerinin taktiren %5'i oranı üzerinden idarî para cezası verilmesine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır."

12. Başvurucu Şirket; soruşturma aşamasında savunma haklarını yeterince kullanamadıklarını, Kurulun başvuru yolları bakımından bilgi verme yükümlülüğüne uymadığını, gerekçeli kararın yazımı aşamasında yasal süreye uyulmadığını, haklarındaki ceza davasında eylemleri nedeniyle beraat kararı verildiğini, aynı olay ve delillere dayanılarak idari para cezası verilmesinin hukuka aykırı olduğunu, rekabeti sınırlayıcı bir anlaşmanın ortaya konulmadığını belirterek temyiz isteminde bulunmuştur.

13. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu (İDDK) 20/2/2014 tarihli kararıyla temyiz istemini reddederek Dairenin kararını onamıştır.

14. Başvurucu Şirket, temyiz aşamasındaki iddialarına ek olarak karar düzeltme dilekçesinde 4054 sayılı Kanun'un 23/1/2008 tarihli ve 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesi ile değiştirildiğini ifade etmiştir. Bu değişiklik ile getirilen idari para cezası miktarının belirlenmesine ilişkin lehe düzenlemelerin dikkate alınmadığını, bir başka ifadeyle nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan cironun esas alınması gerektiğini zira nihai karardan bir önceki yıl sonunda oluşan cirosunun daha düşük olduğunu, dolayısıyla daha az ceza uygulanması gerektiğini ifade ettiğini ancak son eylem tarihinden bir önceki yılın cirosunun esas alındığını, emsal dosyalarda farklı kararlar verildiğini belirterek karar düzeltme isteminde bulunmuştur. İDDK'nın 14/12/2015 tarihli kararıyla karar düzeltme isteminin de reddedilmesiyle yargısal süreç tamamlanmıştır.

15. Nihai karar 5/4/2016 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

16. Başvurucu Şirket 27/4/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. İlgili Kanunlar

17. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Zaman bakımından uygulama" kenar başlıklı 7. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşsa infazı ve kanunî neticeleri kendiliğinden kalkar."

18. 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun "Genel kanun niteliği" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır."

19. 5326 sayılı Kanun'un "Zaman bakımından uygulama" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler bakımından da uygulanır. Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idarî yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir."

20. 4054 sayılı Kanun'un "Rekabeti Sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar" kenar başlıklı 4. maddesi şöyledir:

"Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır.

Bu haller, özellikle şunlardır:

a) Mal veya hizmetlerin alım ya da satım fiyatının, fiyatı oluşturan maliyet, kâr gibi unsurlar ile her türlü alım yahut satım şartlarının tespit edilmesi,

b) Mal veya hizmet piyasalarının bölüşülmesi ile her türlü piyasa kaynaklarının veya unsurlarının paylaşılması ya da kontrolü,

c) Mal veya hizmetin arz ya da talep miktarının kontrolü veya bunların piyasa dışında belirlenmesi,

d) Rakip teşebbüslerin faaliyetlerinin zorlaştırılması, kısıtlanması veya piyasada faaliyet gösteren teşebbüslerin boykot ya da diğer davranışlarla piyasa dışına çıkartılması yahut piyasaya yeni gireceklerin engellenmesi,

e) Münhasır bayilik hariç olmak üzere, eşit hak, yükümlülük ve edimler için eşit durumdaki kişilere farklı şartların uygulanması,

f) Anlaşmanın niteliği veya ticarî teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesi,

Bir anlaşmanın varlığının ispatlanamadığı durumlarda piyasadaki fiyat değişmelerinin veya arz ve talep dengesinin ya da teşebbüslerin faaliyet bölgelerinin, rekabetin engellendiği, bozulduğu veya kısıtlandığı piyasalardakine benzerlik göstermesi, teşebbüslerin uyumlu eylem içinde olduklarına karine teşkil eder.

Ekonomik ve rasyonel gerçeklere dayanmak koşuluyla taraflardan her biri uyumlu eylemde bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir."

21. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının işlem tarihinde yürürlükte olan şekli şöyledir:

Suçta ve Cezada Kanunilik

"Bu Kanunun 4 üncü ve 6 ncı maddesinde yasaklanmış olan davranışları gerçekleştirdiği Kurul kararı ile sabit olanlarla bu Kanunun 11 inci maddesinin (b) bendinde yazılı davranışlarda bulunanlara iki yüz milyon liradan aşağı olmamak üzere, ceza verilecek teşebbüs niteliğindeki gerçek ve tüzelkişiler ile teşebbüs birlikleri ve/veya bu birliklerin üyelerinin bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verilir."

22. 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin (5728 sayılı Kanun ile değişik) ikinci fıkrasının yürürlükte olan şekli şöyledir:

"Bu Kanunun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir."

B. Danıştay İçtihadı

23. Dairenin 15/1/2007 tarihli ve E.2006/1286, K.2007/140 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"... Rekabet Kurulu'nun 13.08.2003 tarih ve 03-55/645-296 sayılı kararıyla, davacının da aralarında bulunduğu Ankara ilinde faaliyet gösteren ve 'sürücü olur' raporu vermeye yetkili polikliniklerin, 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlal ettikleri belirtilerek, soruşturma kapsamındaki teşebbüslerin sektördeki cirolarının düşüklüğü dikkate alınarak aralarında davacı şirketin de bulunduğu her bir teşebbüse, Kanun'un 16. maddesinin 2. fıkrası ve Rekabet Kurulu'nun 2003/1 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca asgari ceza tutarı olan 9.247.613.000.- TL idarî para cezası verildiği, belirtilen Kurul kararının iptali istemiyle Dairemizin E:2005/5818 esasında kayıtlı davanın açıldığı, bu davada verilen 14.09.2005 tarih ve E:2005/5818, E:2005/3612 sayılı kararlar, soruşturmayı yürüten Kurul üyesinin, nihai karar toplantısına katılarak oy kullandığından hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline karar verildiği, davacı hakkında iptal kararı üzerine alınan 25.10.2005 tarihli dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla da, daha önceki karardaki saptamalar dikkate alınarak, davacının Kanun'un 4. maddesinde bulunan rekabet ihlallerine katıldığı belirtilerek,

Rekabet Kurulu'nun 2003/1 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca asgari ceza tutarı olan 9.247.613.000.-TL idari para cezası verildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda, ihlalin gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan 765 sayılı Kanun hükmü, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5252 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle yürürlükten kaldırılıp, aynı Kanun'un 4. maddesiyle diğer kanunlardaki para cezalarının artırılması ve usulü yeniden belirlendiğinden, ve dava konusu kararın verildiği tarihte yürürlükte bulunan 2005/2 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca da söz konusu para cezasında lehe düzenleme yapılması nedeniyle, ortaya çıkan yeni hukuki durum dikkate alınarak işlem tesis edilmesi gerekirken, 2003/1 sayılı Tebliğ hükümleri uyarınca davacıya idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir."

24. Dairenin 7/5/2010 tarihli ve E.2007/14508, K.2010/3849 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

" ... 4054 sayılı Kanun'un işlem tarihinde yürürlükte bulunan 16. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, yasaklanmış olan davranışların gerçekleştirildiği tarihten bir yıl önceki malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirinin yüzde onuna kadar para cezası verileceği yolundaki hüküm, 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'un 472. maddesi ile 'Bu Kanununun 4, 6 ve 7 nci maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihaî karardan bir önceki malî yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihaî karar tarihine en yakın malî yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar idarî para cezası verilir.' şeklinde değiştirilmiştir.

Diğer taraftan, 5326 sayılı Kabahatlar Kanunu'nun 'Genel Kanun Niteliği' başlıklı 3.maddesinde; bu Kanun'un idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, diğer genel hükümlerinin, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı, 'Zaman Bakımından Uygulama' başlıklı 5. maddesinin 1. Fıkrasının göndermede bulunduğu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 2. Numaralı fıkrasında ise; suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümlerinin farklılığı halinde, failin lehine olan kanunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Suçta ve Cezada Kanunilik

Bu yasal düzenlemeler uyarınca, 4054 sayılı Kanun 16. maddesinin ifnci fıkrasında yapılan değişikliğin davacı lehine bir sonuç doğurup doğurmadığı önem arz etmektedir.

Davacı şirkete, 4054 sayılı Kanun'un işlemin tesisi tarihinde yürürlükte olan 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, eylemin en son 2002 yılında gerçekleşmesi nedeniyle bu tarihten bir önceki mali yıl olan 2001 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verildiğinden, buna karşın anılan maddede yapılan değişiklik uyarınca, nihaî karar tarihi olan 16.03.2007 tarihinden bir önceki malî yıl olan 2006 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesi gerektiğinden ve Dairemizce 16.02.2010 tarihinde yapılan duruşma sırasında davacı şirket vekili tarafından, dava konusu karardan bir önceki yıl olan 2006 malî yılı sonunda şirketin yıllık gayri safi gelirinin, 2001 yılı sonunda oluşan gayri safi gelirlerine göre daha düşük olduğu belirtilerek, bu lehe durumun uygulanması gerektiği ileri sürüldüğünden, Dairemizin 16.02.2010 tarihli ara kararı ile taraflardan, davacı şirketin 2006 malî yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirini tevsiik edecek vergi dairesi onaylı belgelerin gönderilmesi istenilmiş olup, gelen yanıtlarla dosyada mevcut 2001 yılı gayri safi gelirinin karşılaştırılmasından, daha düşük olduğu belirlenen 2006 yılı gayri safi geliri üzerinden para cezası verilmesinin davacı şirketin lehine bulunduğu, diğer bir deyişle, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında daha sonra yapılmış olan değişikliğin davacı şirket lehine bir durum yarattığı saptanmıştır.

Bu durumda; tıbbi sarf malzemeleri pazarında faaliyet gösteren diğer teşebbüslerle birlikte 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesini ihlâl ettiği saptanmış olan davacı şirketin, 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinde yapılan ve lehine sonuç doğuran değişiklikten yaralandırılarak, nihaî karar tarihine en yakın mali yıl olan 2006 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi geliri üzerinden cezalandırılması gerektiğinden, işlem tesis tarihinde yürürlükte olan kanun hükmü uyarınca 2001 yılı sonunda oluşan yıllık gayri safi gelirlerinin %5'i üzerinden para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık görülmemiştir. "

C. Yargıtay İçtihadı

25. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 23/12/2014 tarihli ve E.2014/20589, K.2014/22335 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...Yargısal kararlarda da lehe kanun değişikliğinin kesinleşmiş ancak tahsil edilmemiş idari yaptırımlara uygulanacağı kabul edilmektedir. Örneğin Danıştay Dava Daireleri Kurulunun, 2008/3398 E, 2009/60 K. sayılı 19.02.2009 günlü ve Danıştay 13. Dairesinin 2007/5970 E, 2009/5492 K. 20.05.2009 günlü karar gerekçelerinde idari para cezasının tahsili tarihindeki ceza miktarında yapılan lehe düzenlemenin göz önünde bulundurulması gerektiğine vurgu yapılmıştır.

Kabahatler hakkında zaman bakımından uygulama konusunda atıf yapılan TCK'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında; 'Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.' hükmü yer almaktadır. Bu hükmün kabahatler hakkında da uygulanacağına bir kuşku yoktur. Hükmünde belirtilen 'failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. ' İfadesinden lehe kanunun kesinleşmiş ancak infaz edilmemiş hükümlere de uygulanacağı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla lehe kanun hükümlerinin kesinleşmiş ancak infaz edilmemiş idari yaptırımlara da uygulanması gerekecektir. Kabahatler Kanununun 'Zaman bakımından uygulama' başlıklı 5. maddesinin 1.fıkra 2. cümlesi kesinleşmiş idari yaptırımın yerine getirilmesi şekline yani idari yaptırımın infaz rejimine ilişkindir."

V. İNCELEME VE GEREKÇE

26. Mahkemenin 17/6/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları

27. Başvurucu Şirket; uyuşmazlık konusu işlemin tesis edilmesinden sonra ve davanın görülmekte olduğu sırada (8/2/2008 tarihinde) işleme dayanak oluşturan 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında değişikliğe gidildiğini (bkz. §§ 21, 22), Danıştayın da benzer konuda açılan davalarda davacının lehe sonuç doğuran değişiklikten yararlandırılması gerektiği gerekçesiyle iptal kararları verdiğini, buna göre söz konusu kanun değişikliğinin mevcut davada dikkate alınmadan yapılan yargılama sonucu verilen kararın suçta ve cezada kanunilik

ilkesini ihlal ettiğini, aynı soruşturma kapsamında bulunan şirketler tarafından açılan davalarda iptal kararları verilmesinin eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu, ayrıca haklarında farklı karar verilmesi gerekçelerinin açıklanmaması nedeniyle gerekçeli karar hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmektedir.

2. Değerlendirme

28. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

'' Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. ''

29. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16).

30. Başvurucunun yukarıda yer verilen şikâyetlerinin özü, idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada lehe olan düzenlemeler dikkate alınmaksızın davasının reddedilmesidir. Bu itibarla başvuru ilkesi ihlal iddiaları suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında incelenmiştir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

31. Anayasa'nın 148. maddesinin üçüncü fıkrası ile 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre bireysel başvurunun incelenmesi için kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddia edilen hakkın Anayasa'da güvence altına alınmış olmasının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) ve Türkiye'nin taraf olduğu Sözleşme'ye ek protokoller kapsamına da girmesi gerekir. Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan hak ihlali iddiasını içeren başvurular bireysel başvurunun kapsamında değildir (*Onurhan Solmaz*, B. No: 2012/1049, 26/3/2013, § 18).

32. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru bağlamında Anayasa'nın 38. maddesine ilişkin inceleme yetkisi, anılan

maddenin norm alanına dâhil olan her türlü yaptırımını kapsayacak şekilde geniş olmayıp Sözleşme çerçevesinde *suç isnadı* olarak nitelendirilebilen yaptırımlarla sınırlı tutulmuştur. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuruda Anayasa'nın 38. maddesi kapsamına giren her türlü yaptırımın değil sadece Anayasa ile Sözleşme'nin ortak koruma alanına giren *suç isnadı* sayılan yaptırımların anılan maddedeki güvenceleri ihlal edip etmediğini denetleme yetkisini haizdir (D.M.Ç, B. No: 2014/16941, 24/1/2018, § 33).

33. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "*Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.*" denilerek *suçun kanuniliği*, üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*" ifadesine yer verilmek suretiyle *cezanın kanuniliği* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan "*suçta ve cezada kanunilik*" ilkesi uyarınca hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilmek suretiyle cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, buna ilişkin kanunun açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekir (D.M.Ç, § 35).

34. Uyuşmazlığın suç ve cezalara ilişkin olması, ihlal iddiasının Sözleşme'nin 7. ve Anayasa'nın 38. maddesinin ortak koruma alanı kapsamında değerlendirilebilmesinin ön şartıdır. Bu durumda bireysel başvuruya konu somut olayda başvurucuya uygulanan idari para cezasının *cezai* nitelikte olup olmadığı önem taşımaktadır.

35. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 38. maddesi kapsamındaki suç ve ceza kavramını Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı bağlamındaki suç isnadı kavramından hareketle yorumlayacağını kabul etmiştir (*Selçuk Özbölük*, B. No: 2015/7206, 14/11/2018, § 37). Öte yandan Anayasa Mahkemesi kabahatlerin cezai karakterli olup olmadığını daha önceki kararlarında tartışmış ve bunların cezai nitelikte olduğu sonucuna ulaşmıştır (AYM, E.2007/115, K.2009/80, 11/6/2009).

36. Buna göre başvuruya konu idari para cezası ve bu cezaya karşı başvurunun Mahkemece reddedilmesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı kapsamında yer aldığı kabul edilmesi gerekir.

37. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

38. Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerle ilgili bölümlerinde kanunla düzenleme ilkesine pek çok maddede ayrı ayrı yer verildiği gibi 13. maddede ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkelerde de sınırlamaların *ancak kanunla* yapılabileceği kurala bağlanmıştır. Anayasa'nın suç ve cezaları düzenleyen 38. maddesinde de *suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi* özel olarak güvence altına alınmıştır (*Karlis A.Ş.*, B. No: 2013/849, 15/4/2014, § 31).

39. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hukuk devletinin kurucu unsurlarındandır. Kanunilik ilkesi, genel olarak bütün hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde temel bir güvence oluşturmanın yanı sıra suç ve cezaların belirlenmesi bakımından özel bir anlam ve öneme sahip olup bu kapsamda kişilerin kanunen yasaklanmamış veya yaptırıma bağlanmamış fiiller dolayısıyla keyfi bir şekilde suçlanmaları ve cezalandırılmaları önlenmekte; buna ek olarak suçlanan kişinin lehine olan düzenlemelerin geriye etkili olarak uygulanması sağlanmaktadır (*Karlis A.Ş.*, § 32).

40. 5326 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre 5237 sayılı Kanun'un zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümleri kabahatler açısından da uygulanacaktır. Dolayısıyla kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinde Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen *kanunilik ilkesinin* sonuçlarından biri olarak 5237 sayılı Kanun'un 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*lehe kanunun geriye yürümesi*" kuralının uygulanması gerekir (*Mahmut Manbaki*, B. No: 2012/731, 15/10/2014, § 47).

41. Anayasa Mahkemesi, benzer iddiaların ileri sürüldüğü başvurularda verdiği kararlarda *suç ve cezaların kanuniliği* ilkesinin kabahat fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun

değişikliklerinin geriye yürümesini de güvence altına aldığını kabul etmektedir (*Samet Öztürk*, B. No: 2014/20188, 6/12/2017, § 30).

42. Anayasa Mahkemesi, somut norm denetiminde verdiği 11/4/2019 tarihli ve E.2019/9, K.2019/27 sayılı kararıyla *lehe kanununun uygulanması ilkesinin* Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti; 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkeleri ile güvence altına alındığına hükmetmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"16. Bu bağlamda toplumun ihtiyaçlarına göre suç sayılan fiiller için uygulanacak cezalar, nitelik ve nicelik olarak zamanla değişebilmektedir. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunla bir suç için daha hafif bir ceza öngörülebileceği gibi daha ağır bir ceza da belirlenebilir. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin gereği olarak Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "...kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" hükmüyle aleyhe kanunun geçmişi uygulanması yasaklanmıştır. Ceza normlarının zaman bakımından uygulanmasını düzenleyici nitelikteki bu kural kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan aleyhe kanunun geçmişi uygulanması yasağı olarak ifade edilmektedir. Bu yasak kişi özgürlüğü lehine kabul edilmiş bir güvence niteliğindedir.

17. Suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun aynı fiili suç olmaktan çıkarması veya aynı suç için daha hafif bir ceza öngördüğü durumlarda ise diğer bir alt ilke olan lehe kanunun uygulanması ilkesi gündeme gelmektedir. Sonraki kanunun fiili suç olmaktan çıkarması veya daha hafif bir ceza öngörmesi durumunda lehe kanundan söz edilir. Aleyhe kanunun geçmişi uygulanması yasağından farklı olarak lehe kanunun uygulanması ilkesine ilişkin bir hükme Anayasa'nın 38. maddesinde açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte aynı maddede suç için mutlaka fiilin işlendiği zaman yürürlükte olan kanunun öngördüğü cezanın verilmesi yönünde bir kural da bulunmamaktadır.

18. Fiilin işlenmesinden, hükmün kesinleşmesine kadar geçen ceza muhakemesi sürecinde bir suç için fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan ve daha sonra yürürlüğe giren kanun olmak üzere uygulanması mümkün birden fazla kanun hükmü söz konusu olabilmektedir. Suç nedeniyle başta hürriyeti bağlayıcı cezalar olmak üzere uygulanan çeşitli ceza ve güvenlik tedbirleri temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturduğundan, Anayasa cezayı ağırlaştırıcı

Suçta ve Cezada Kanunilik

kanunun yürürlük tarihinden önce işlenmiş suçlara uygulanmasını açık biçimde yasaklamıştır. Hukuki belirliliğin ve hukuk güvenliğinin bir sonucu olan bu yasak, aynı zamanda suçun işlendiği tarihteki kanuna göre lehe olan sonraki kanunun uygulanmasını da gerekli kılmaktadır. Zira işlendiği tarihte suç sayılan bir fiilin daha sonra yürürlüğe giren kanun ile suç olmaktan çıkarılması veya ilga edilen kanuna nazaran anılan suç fiiline daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda mülga kanunun aleyhe hükümlerinin uygulanmaya devam edileceğinin kabul edilmesi, suçların ve cezaların ancak kanunla belirleneceğini emreden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında bireylerin objektif olarak beklemeyecekleri dolayısıyla öngöremeyecekleri bir ceza ile cezalandırılmaları sonucunu doğuracaktır. Bunun ceza hukuku alanında kişilerin hukuki güvenliklerini anayasal güvenceye bağlamayı amaç edinen suç ve cezaların kanuniliği ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

19. Öte yandan lehe ceza kanununun geçmişe uygulanması hukuk devletiyle bağlantılı olarak adalet ve hakkaniyet ilkelerinin de bir gereğidir. Gelişen sosyal düzen ve değişen toplumsal ihtiyaçlar karşısında artık suç oluşturmadığı kabul edilen veya daha hafif ceza öngörülen bir fiilin yalnızca daha önce işlenmiş olması nedeniyle daha ağır bir yaptırıma tabi tutulması adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

20. Anılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde ceza yargılamasında lehe kanunun uygulanmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında anayasal bir zorunluluk olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

21. Diğer yandan uluslararası hukukta lehe kanun uygulamasının suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir unsuru olarak görüldüğü konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de de fiilin işlenmesinden sonra kanunlarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda fiili işleyene bu ikinci cezanın uygulanacağı ifade edilerek anılan ilke açıkça düzenlenmiştir.

22. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasıyla benzer içerikte olan Sözleşme'nin 7. maddesinin birinci paragrafına ilişkin içtihadında lehe kanunun uygulanması ilkesinin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı dâhil bütün temel insan hakları metinlerinde tanındığını, artık Avrupa ve uluslararası ceza hukukunun temel bir ilkesi olduğunu, yargılama yapan mahkemenin suç oluşturan eyleme kanun koyucunun orantılı olarak

belirlediği cezayı vermesinin 7. maddenin temel bir unsuru olan hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olduğunu ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca suç işleyene sadece suç işlediği tarihte öngörüldüğü gerekçesi ile daha ağır bir ceza verilmesinin ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bulunduğunu, bunun aynı zamanda suçun işlendiği tarihten sonra meydana gelen bütün yasal değişiklikleri ve toplumun o suç karşısındaki yaklaşım değişikliğini görmemek anlamına geldiğini, lehe olan ceza hükmünün geriye yürümesi ilkesinin cezaların öngörülebilir olması gerekliliğinin bir uzantısı olduğunu, buna göre suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan ceza kuralı ile kesin bir hükmün verilmesinden önce kabul edilen bir ceza kuralı farklı ise hâkimin sanığın lehine olan ceza kuralını uygulaması gerektiğini belirtmiştir (Scoppola/İtalya(no. 2) [BD],B. No: 10249/03, 17/9/2009, §§ 105-109).

23. Nitekim sözü edilen anayasal ilke doğrultusunda düzenlenen 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Zaman bakımından uygulama"başlıklı 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında lehe kanunun uygulanması ilkesi "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" şeklinde ifade edilmiştir.

...

26. Kural, hukuk ve ceza normu ayrımı yapmaksızın Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla görülmekte olan davalara Kanun hükümlerinin uygulanmamasını öngörmektedir. Bu durum ceza hükümlerinin uygulanması bakımından farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu çerçevede kural 6750 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenen ve ceza davası açılmış bir suç yönünden bu Kanun'un ceza hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle kural, mülga Kanun döneminde işlenmiş ve anılan Kanun yürürlükte iken ceza davası açılmış suçlar hakkında önceki ve sonraki kanun hükümlerinden lehe olanın tespitine ve sonraki Kanun hükümlerinin lehe olması durumunda bunların uygulanmasına imkân vermemektedir. Bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında olan lehe kanunun uygulanması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır."

43. Anayasa Mahkemesi lehe kanunun uygulanması ilkesinin Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti, 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkeleri ile güvence altına alındığını

ifade ettiği bu kararında ayrıca Sözleşme'nin "Kanunsuz ceza olmaz" kenar başlıklı 7. maddesinin birinci paragrafında "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." şeklinde; Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15. maddesinin birinci paragrafında ise "Hiç kimse, işlendiği zamanda ulusal ya da uluslararası hukuk bakımından suç sayılmayan bir fiil ya da ihmal yüzünden suçlu sayılamaz. Suç sayılan bir fiile, işlendiği zaman yürürlükte olan bir cezadan daha ağır ceza verilemez. Fiilin işlenmesinden sonra yasalarda bu fiile karşılık daha hafif bir ceza öngörülecek olursa, fiili işleyene bu ikinci ceza uygulanır." biçiminde benzer bir kurala yer verildiğini hatırlatmıştır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi suç tarihinden sonra yürürlüğe giren kanunun aynı fiili suç olmaktan çıkarması veya aynı suç için daha hafif bir ceza öngördüğü durumlarda diğer bir alt ilke olan lehe kanunun uygulanması ilkesinin gündeme geleceğini, işlendiği tarihte suç sayılan bir fiilin daha sonra yürürlüğe giren kanun ile suç olmaktan çıkarılması veya ilga edilen kanuna nazaran anılan suç fiiline daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda mülga kanunun aleyhe hükümlerinin uygulanmaya devam edileceğinin kabul edilmesinin suçların ve cezaların ancak kanunla belirleneceğini emreden suç ve cezaların kanuniliği ilkesi karşısında bireylerin objektif olarak beklemeyecekleri, dolayısıyla öngöremeyecekleri bir ceza ile cezalandırılmaları sonucunu doğuracağını davurgulamıştır (AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/4/2019, §§ 17, 18).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

44. Kurul tarafından yapılan inceleme sonucunda başvuru Şirket hakkında idari para cezası uygulanmıştır. Başvuru Şirket tarafından idari para cezasının iptali istemiyle açılan dava devam etmekte iken 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik uyarınca idari para cezalarında ceza miktarının belirlenmesinde uygulanacak kriter değiştirilmiştir (bkz. § 14).

45. Başvuru Şirket, karar düzeltme aşamasında anılan değişikliğin lehine olduğunu ve uygulanması gerektiğini ileri sürmüş ancak İDDK bu konuda herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. Başvuru Şirketin anılan değişikliğin lehine olduğu ve uygulanması gerektiği

yönündeki iddiaları yargılama sürecinde dikkate alınmamıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin başvuru Şirketin fiilinin unsurlarına veya yaptırımına yönelik lehe kanun değişikliklerinin geriye yürümesini de güvence altına aldığı (bkz. § 41) açıktır.

46. Somut olayda idari para cezasının kanuni dayanağını teşkil eden 4054 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasının 5728 sayılı Kanun'la değiştirildiği görülmektedir. Başvuru Şirketin eylemleri (bkz. § 10) nedeniyle verilecek ceza nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayrisafi gelirlerinin %10'una kadar olacağı hükme bağlanmıştır. Bu değişikliğin başvuru Şirketin lehine olmasına karşın uygulanmasına yönelik bir değerlendirme yapılmadığı gibi neden uygulanmadığı yönünde bir açıklamada da bulunulmaksızın idari para cezası verilmesine esas olan eylemleri gerçekleştirdiğinden bahisle davasının reddedildiği anlaşılmaktadır.

47. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

B. Diğer İhlal İddiaları

48. Başvuru Şirket; idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davanın hukuka aykırı olarak reddedildiğini, aynı soruşturma kapsamında bulunan şirketler tarafından açılan davalarda iptal kararları verilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğunu, farklı karar verilmesi nedenlerinin açıklanmaması dolayısıyla gerekçeli karar hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

49. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği yönündeki yukarıdaki tespit dikkate alındığında başvuru Şirketinin anılan hak ve ilkeler kapsamındaki şikâyetinin incelenmesine gerek görülmemiştir.

C. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

50. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Suçta ve Cezada Kanunilik

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

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

51. Başvurucu, ihlalin tespiti ve yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur.

52. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aliğül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

53. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, §§ 55, 57).

54. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve

sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, §§ 57-59, 66, 67).

55. Anayasa Mahkemesi, idari para cezasının miktarının belirlenmesine ilişkin olarak yeni düzenlemenin başvuru Şirketin lehine olmasına karşın uygulanmasına yönelik bir değerlendirme yapılmadığı gibi neden uygulanmadığı yönünde bir açıklamada da bulunulmaksızın idari para cezası verilmesine esas olan eylemleri gerçekleştirdiğinden bahisle davasının reddedilmesi nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla somut başvuruda ihlalin mahkeme kararından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

56. Bu durumda suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Danıştay Onüçüncü Dairesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

Suçta ve Cezada Kanunilik

57. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Danıştay Onüçüncü Dairesine (E.2007/10122, K.2010/1333) GÖNDERİLMESİNE,

D. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

F. Kararın bir örneğinin bilgi için Danıştay İdari Dava Daireleri Kuruluna GÖNDERİLMESİNE,

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/6/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

SENDİKA HAKKI



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

İKİNCİ BÖLÜM

KARAR

**TÜRKİYE GENEL HİZMETLER İŞÇİLERİ SENDİKASI
BAŞVURUSU**

(Başvuru Numarası: 2016/14475)

Karar Tarihi: 30/9/2020

İKİNCİ BÖLÜM KARAR

Başkan	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Yıldız SEFERİNOĞLU Basri BAĞCI
Raportör	: Yücel ARSLAN
Başvurucu	: Türkiye Genel Hizmetler İşçileri Sendikası
Vekili	: Av. Zeynep Nilda TOLUNAY

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; işçilere sendikadan ayrılmaları için baskı yaptığı iddia edilen belediye başkan yardımcısı hakkında soruşturma izni verilmemesi nedeniyle başvuru sendikadan sendikal faaliyetlerinin ve o belediyede örgütlenmesinin engellendiği, bu suretle sendika hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 12/8/2016 tarihinde yapılmıştır.
3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.
4. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.
5. Bölüm Başkanı tarafından başvurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.
6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüş bildirmemiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

A. Başvurunun Arka Planı

8. Başvurucu Türkiye Genel Hizmetler İşçileri Sendikası (Genel-İş/Sendika) 22/4/1962 tarihinde İstanbul'da kurulmuştur. Belediyelerin sıhhi tesisatçıları, tamircileri, marangozları, boyacıları olan işçiler bir araya gelerek ülkenin değişik yörelerindeki belediyelerde ayrı ayrı isimler altında örgütlenen belediye işçilerini tek bir çatı altına toplamak amacıyla Genel-İş'i kurmuştur.

9. Merkezini Ankara'ya taşıyan Sendikanın 12 Eylül 1980'de yapılan askerî darbe ile çalışmalarını durdurulmuş ve yönetimi kayıma devredilmiştir. 1992 yılında yöneticilerinin beraat etmesi üzerine mal varlığını kayımdan devralan ve çalışmalarına yeniden başlayan Genel-İş; Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK), Avrupa Kamu Hizmetleri Konfederasyonu (EPSU) ve Uluslararası Kamu Hizmetleri Konfederasyonu (PSI) üyesidir.

10. Başvurucu Sendika 2014-2015 yıllarında Marmaraereğlisi Belediyesinde (Belediye) örgütlenme faaliyetlerine başlamıştır. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı (Çalışma Bakanlığı) tarafından 15/4/2015 tarihinde başvurucu Sendikaya toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. O dönemde Belediyede çalışan 38 kişiden 27'si Sendikaya üye olmuştur.

11. Başvurucu Sendikanın beyanına göre Belediye Başkan Yardımcısı İ.T. sendikalı işçileri yanına çağırıp onlara sendikalı olup olmadıklarını sormuş, sendikalı iseler derhâl istifa etmelerini istemiş; aksi takdirde işyerlerinin ve görevlerinin değiştirileceğini, nihayetinde iş akitlerinin feshedileceğini bildirmiştir. Dahası işçilerin yazılı beyanlarına göre İ.T.'nin kendisi işçilerin e-devlet şifrelerini alarak işçileri sendika üyeliğinden çıkarmıştır.

B. Sendika İşyeri Temsilcisinin Açtığı İşe İade Davasına İlişkin Süreç

12. İddiaya göre işçiler istifa etmeyince Sendikanın işyeri temsilcisi Ş.Ö.nün (işyeri temsilcisi/davacı) iş akdi feshedilmiştir. Davacı tarafından açılan işe iade davası Marmaraereğlisi Asliye Hukuk Mahkemesinde (Asliye Hukuk Mahkemesi) görülmüştür. İdarece davacının iş akdinin 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 96. maddesine ve 25. maddesinin (II) numaralı fıkrasının (a), (b), (e) bendlerine aykırı davranması sebebiyle feshedildiği belirtilmiş olup yargılama sırasında idare vekilinin belirttiği fesih gerekçesi kararda şöyle özetlenmiştir:

"...iş akdinin 4857 sayılı Kanun'un 25. madde II nolu paragrafının a,b,e bentlerinde düzenlenen hükümleri gereğince haklı nedenle iş veren tarafından feshedildiğini, iş akdinin sona erdirilmesinin sendikaya üye olması ile hiç bir ilgisi bulunmadığını, 03/09/2015 tarihinde Marmaraereğlisi Belediye Başkanı tarafından Ş.Ö. nün 4857 sayılı Kanun'un 96. maddesine aykırı hareket ettiği iddiası nedeni ile konunun araştırılması için Marmaraereğlisi Belediyesi İnsan Hakları Eğitim Müdürlüğü'ne yazı yazıldığını, bu yazı üzerine belediye başkan yardımcısı [İ.T.] tarafından 10/09/2015 tarih 5594 sayılı inceleme raporu hazırlandığını, raporun sonuç kısmında 'davacının ilgili maddeleri açıkça ve kasıtlı olarak ihlal ettiği ve 4857 sayılı iş kanununda madde 25 te belirtildiği üzere iş sözleşmesinin derhal fesih edilmesinin uygun olacağı kanaati' bildirildiğini, iş akdinin bunun üzerine feshedildiğini...[belirtmiştir.]"

13. İ.T.nin duruşmadaki beyanında davacının iş akdinin feshine ilişkin gerekçe şöyle yer almıştır: *"Kurumumuz tarafından çalışanlarımızın sendikal haklarına engel olunmamıştır. İşveren veya vekili hakkında olumsuz ve yalan beyanlarda bulunmak, kurumumuzun ve yöneticilerinin güvenini sarsmak iddiaları ile ön inceleme yaptım ve bu gerekçelerle davacı [Ş.Ö.]nün iş akdine son verdim...Davacı [Ş.Ö.] tamamen iş yerinde güven sarsıcı ve işveren ve vekili hakkında olumsuz beyanda bulunduğu için işten çıkarılmıştır..."*

14. Sendikanın işyeri temsilcisi davacı tarafından açılan işe iade davasında yapılan yargılamadaki davacı tanıklarının ifadeleri şöyledir:

i. F.Ç.: *"...ben bizzat [Başkan Yardımcısı İ.T.] ile görüşme yaptım. Kendisi bana sendikadan istifa etmemi, oradan bir fayda göremeyeceğimi söylemişti. Bu*

şekilde telkinlerde bulunuyordu. Hatta [E.C.] isimli arkadaşımız sendikadan istifa edince tekrardan eski görev yeri olan zabıta biriminde çalışmaya geri döndü. Bu şekilde toplamda 5-6 kişi sendikadan istifa etmek zorunda kaldı. Davacı [Ş.Ö.] hakkında tutanak tutuldu. Davacının iş akdinin feshedilmesinde belediyenin gerekçesini bilemiyorum fakat benim kanatım davacı sendikaya üye olduğu için iş akdi feshedildi. ...Kendisi ambulans şoförü olarak çalışıyordu. Daha sonradan kendisinden çöp kamyonunun arkasında çöp toplaması istenmişti. Ayrıca davacı [Ş.Ö.] Marmaraeğlisi merkezde ve Yeniçiftlik'te ambulans şoförlüğü yaparken görev değişikliği sonrasında Sultanköy'de çöp toplamaya başlamıştı. Benim durumumda olan işçi arkadaşlarımız vardır. Bizim hem görev tanımımız hem de görev yerimiz değiştirildi. [Sendikaya] üye [olduğum] için halen yaşadığım sıkıntılar vardır. Ben e-devlet şifresinin bazı işçilerden istendiğini duydum fakat kimlerden istendiğini tam olarak hatırlamıyorum. Son olarak sendikadan istifa edin diye işçilere açıkça bir baskı vardır. [Başkan Yardımcısı İ.T.] ile telefonda görüşme yapmıştım...[Başkan Yardımcısı İ.T.] telefonda bana istifa etmemin iyi olacağını, sendikadan üyelikten çıkarsam tekrar işime geri döneceğimi söyledi..."

ii. M.Ş.: "1999 yılından beridir Belediyeye'de çalışıyorum. Seçimden önce çaycı olarak görev yapıyordum. Sendika'ya üye olduktan sonra görev yerim değiştirildi. Ben belediye merkezde çalışırken Yakuplu Köyü'ne görevlendirmeler yapıldı. Burada temizlik işlerinde görevlendirildik. Bu değişiklikler ben sendikaya üye olduktan sonra oldu. [Başkan Yardımcısı İ.T.] beni çağırarak sendikadan istifa etmem gerektiğini söyledi. Ben her ne kadar ilk etapta istifa etsem de sonradan yeniden Genel İş Sendikası'na üye oldum Davacı [Ş.Ö.] de sendikaya üye oldu ve sendika iş yeri temsilcisi olarak seçildi. Davacı [Ş.Ö.] sendikaya üye olmadan önce ambulans şoförü olarak görev yapıyordu. Sendikaya üye olduktan sonra temizlik işlerinde görevlendirildi ve Sultanköy'de çalışmaya başladı. Bu şekilde görev yeri ve görev tanımı değiştirildi. ...[Sendikaya] üye [olduğum] için halen yaşadığım sıkıntılar vardır. Görev tanımım ve görev yerim değiştirildiği için Yakuplu Köyü'ne gidiş- gelişlerde sıkıntı yaşıyorum. Bu şekilde beni yıldırmaya çalıştıklarını düşünüyorum. [Başkan Yardımcısı İ.T.] ile yaptığım görüşmede kendisi benden e-devlet şifremi istedi ve kendisi benim adıma bilgisayardan sendikadan istifa ettirdi. Ben o an kendisinden çekindiğim için şifremi rızamla versem de sonradan tekrardan sendikaya üye oldum. ...Sendikaya üye olduğumdan halen üzerimde baskı hissediyorum."

Sendika Hakkı

iii. Davacı ve davalı tanığı G.A.: "...halen davalı Belediye'de temizlik işinde çalışıyorum. Ben sendikaya üyeyim...görev yerimin ve görev tanımımın değiştirilmesinde sendikaya üye olmamın neden olduğunu düşünüyorum.... Benden hiç kimse e- devlet şifremi istemedi. Bu konuda bir bilgim yoktur."

iv. B.Ç.: "... Nisan 2014'te biz sendikaya üye olduktan sonra davacıya mobbing uygulandı. Ambulans şoförlüğünden alındı, Sultanköy Belediye garajına çöp kamyonuna şoför olarak verildi. Davacı buna rağmen orada da işini düzgün bir şekilde yaptı. ... Bizim muhatap olduğumuz[Başkan Yardımcısı İ.T.] sendikaya üye olan arkadaşlarımıza ve davacıya sendikadan istifa etmemizi birkaç kez söyledi. Sendika üyesi olan işçilere görev değişikliği yapıyordu ve zor görevler veriliyordu. Amirimiz [P.Ç.] da sürekli bize sendikadan vazgeçmemizi söylüyordu. Sendikadan vazgeçersek her şeyin düzeleceğini, sendikadan vazgeçersek herkesin iş yerine geri döneceğini söylüyordu. Aksi halde bize zorluk çıkaracaklarını söylüyordu. Bunu resmi olarak değil arkadaşlar arasında söylüyordu....sendikadan istifa ettim. Sonra benim oturduğum belediyenin yerine su cezası geldi. Bu cezayı da uygulamaya koymuşlar. Oturduğum yer için de geriye dönük 26 bin TL ecrimisil taahhuk edildi. Ben de bunlarla ilgili sözler tutulmadığı için yeniden sendikaya üye oldum. Davacı sendikanın iş yeri temsilcisi idi. İşe 5 dakika geç kaldığımızda tutanak tutuluyordu. Hafif bir şikayette tutanak tutuluyordu ve 3 tutanak tutulduğunda bizi işten çıkaracaklarını söylüyorlardı. Biz de buna sebep vermemek için elimizden gelen gayreti gösteriyorduk. Yaz sezonu Cumartesi Pazar günleri de çalışıyorduk. Bence davacı sendikaya üye olduğu için işten çıkarılmıştır."

v.K.A.: "... davacı ve diğer bir kısım çalışanlar sendikaya üye olmaya karar verdiler. Ben de görevim icabı onları sendikaya üye yaptım. Yetki başvurusu gelince sendikaya üye olanlara baskı yapılmaya başlandı. Sendikadan istifa etmezlerse işten atılacaklarını, başka yerlere göndereceklerini ve buna benzer tehditleri söylemişler. Üye olan arkadaşlar telefonda veya yüz yüze görüştüğümüzde bunları anlatıyordu. 2015 yılının Mayıs- Haziran ayları gibi yetkimiz geldikten sonra araboluculuk aşamasına geldik. Resmi İşkur Müdürlüğü'nde taraflar olarak belediye temsilcileri ve sendika temsilcileri bir araya geldik. Toplantıda yetkimizin geldiğini ve toplu iş sözleşmesi aşamasına geçmemiz gerektiğini söyledim. Belediye tarafı bu toplu sözleşmenin yapılmayacağını, belediye başkanının 2016 yılı Haziran ayı gibi kendi sendikasını getireceğini, bizimle toplu iş sözleşmesi pazarlığı yapmayacaklarını

[Başkan Yardımcısı İ.T.] ve belediyenin avukatı söylediler. Bende kendilerine toplu iş sözleşmesi pazarlığı yapmasak bile bunun yüksek hakeme gideceğini ve yüksek hakemden gelen toplu iş sözleşmesinin her iki tarafı da bağıtladığını ve buna her iki tarafın da uyması gerektiğini her iki tarafa da ifade ettim. Kendileri de belediyenin parasının olmadığını, toplu sözleşmeyi uygulayamayacaklarını ifade ettiler. Ben de buna uymak zorunda olduklarını ifade edince 'o zaman biz de işçileri işten atarız' cümlesini kullandılar. Ben de bunun tehdit olduğunu ve bunu söyleyerek suç işlediklerini ifade ettim. Devam eden süreçte yüksek hakemden toplu iş sözleşmelerimiz geldi ve bağıtlanan toplu sözleşmeye uyulmadı ve halen uygulanmadı. ... Davacı iş yeri temsilcimiz idi. Sudan bahaneler ile işten atıldı."

vi. N.A.: "... Biz davacı ve sanırım 17 kişi daha sendikaya 1 yıl kadar önce üye olduk. Bize sendikanın size ne faydası var bizden isteyin şeklinde söylemlerde bulundular. Biz de kabul etmediğimizi söyledik. Ben Yeniçiftlik'te oturduğum halde sendikaya üye olduktan sonra Sultanköy'de görevlendirildim. 6 ay gidip geldim. Davacı da Yeniçiftlik'te oturduğu halde sendikaya üye olduktan sonra Sultanköy'e gönderildi. Sultanköy'de çöp kamyonu şoförlüğüne verdiler. Beni de 3 hafta kadar çöp kamyonu arkasında çalıştırdılar. Sonra beni tekrar Ereğli'ye aldılar. Davacı Sultanköy'de çalışmaya başladıktan sonra işten çıkarıldı. ... Bence davacı sendikaya üye olduğu için işten çıkarıldı. Tutanaklarda farklı şeyler yazdılar. ... Ben de işten çıkarıldım. Ama bence sendikadan çıkmam için yaptıkları psikolojik baskıya rağmen vazgeçmediğim için işten çıkarıldım. Bana bir kamyon mıcırı yağmur altında boşaltmamı söylediler. Boşalttıktan sonra sendikadan vazgeçtin mi şimdi diye sordular. Ben de bundan sonra hiç vazgeçmeyeceğimi söyledim. Kepçe olduğu halde mıcırı bana kürekle yüklettiler. ..."

15. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan yargılama sonucunda 2/6/2016 tarihinde davanın kabulüne ve davacı Ş.Ö.nün işe iadesine karar verilmiştir. Karar Yargıtay 9. Hukuk Dairesi tarafından 18/12/2017 tarihinde onanmıştır. İlk derece mahkemesi kararının gerekçesinde; Ş.Ö.nün 5/5/2012 tarihinden iş akdinin feshedildiği 11/9/2015 tarihine kadar Belediyede işçi olarak çalıştığı, Belediyeye ait işyerinde yeterli ve gerekli şartlar olduğundan davalı işyerinde toplu sözleşme yapma yetkisinin alındığı, davacı Ş.Ö.nün iş akdinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı hareket ettiği gerekçesiyle Belediye tarafından feshedildiği belirtilmiştir.

Sendika Hakkı

16. Kararda; feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı hususunda dinlenen tanık beyanlarından anlaşılan hâliyle davacının hangi eylemlerinin iş ortamını etkiler nitelikte olduğu ve davacıya atfedilebilecek eylemlerin Belediye tarafından somutlaştırılmadığı, soyut iddialardan ibaret olduğunun kabulüyle Belediyenin savunmalarına itibar edilmediği ve Belediyenin haklı fesih savunmasını ispat edemediği kanaatine varıldığı ifade edilmiştir. Davacının sendikal nedenlerle işten çıkarıldığı iddiası kararda irdelenmiş; tanık beyanları ve Çalışma Bakanlığının bildirdiği sendikal üye sayılarından bu işçilerin iş akitlerinin feshedilmesinin hemen akabinde sendika üyeliğinden toplu istifalar olduğu, fesihden sonra Belediyede çalışanların sendika üyeliğindeki gelişmeler ile davacının iş akdinin fesih sebebi birlikte değerlendirildiğinde bu fesihler ile diğer işçilerin sendika üyeliğinden çıkmaları arasında bağlantı olduğu kanaatine varıldığı ifade edilerek davacının iş akdinin sendikal nedenlerle feshedildiği kabul edilmiştir.

17. Belediye tarafından N.A. ve B.Ç. isimli işçilerin de iş akitleri -başvurucu Sendikaya göre- Sendikadan istifa etmemeleri üzerine feshedilmiş, B.Ç.ye ayrıca kira ve ecrimisil borcu çıkarılmıştır. N.A. ve B.Ç. tarafından açılan işe iade davası, feshin sendikal nedenlere dayalı olarak yapıldığı gerekçesiyle kabul edilmiş ve adı geçenler lehine bireysel başvuru tarihinden sonraki farklı tarihlerde kesinleşmiştir. Mevcut dosya kapsamından anılan kişilerin iş akitlerinin fesih gerekçesi tespit edilemediğinden Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden inceleme yapılmıştır. Buna göre davalı idare vekilince N.A. ve B.Ç.nin iş akitlerinin feshinin gerekçesi yargılama sırasında şu şekilde belirtilmiştir:

i. [N.A.yönünden] "[N.A.]nın 31/12/2015 tarihinde ...belediye garajında kaynak atölyesinde gece açık bırakılan elektrikli ısıtıcıdan çıkan yangından dolayı maddi zarara sebebiyet verdiğini, yapılan tespit elektrikli ısıtıcının [N.A.] tarafından açık bırakıldığı tespit edildiğini, bunun üzerine hasar tespit tutanağı düzenlendiğini ve 6.200 TL lik hasar tespit edildiğini, bu hususun fotoğraflarla belgelendiğini, 29/02/2016 tarih ve 124 sayılı inceleme tutanağında da kendisine savunmasının sorulduğunu, [N.A.]nın 18/02/2016 tarihli savunmasını tekrar ettiğini, ve ayrıca söz konusu inceleme tutanağında 4857 sayılı İş Kanunu 25/2 (e), (h), (ı) bendindeki [hükümleri] ihlal ettiğini

beyan ve kabul ederek imza altına aldığını,[N.A.]nın bu fiilleri dolayısıyla işverenin güvenini kötüye kullandığını, iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü, işyerine ait araç gereçleri hasar ve kayba uğrattığını, [N.A.]nın iş akdinin sendikal nedenlerle değil ilgili kanun maddeleri gereğince feshedildiğini,..."

ii. [B.Ç. yönünden] "*iş akdinin, 4857 sayılı yasanın 25/II-(e)-(h)-(i) bentlerine aykırı davrandığı için geçerli ve haklı sebeplerle feshedildiğini, 15/02/2016 tarihinde kamera görüntüleri ile de sabit olmak üzere kimliği belirlenemeyen kişiler ile görüştüğü ve bu kişilere bazı evraklar teslim ettiğinin tespit edildiğini, bunun üzerine yazılı savunması istendiğini ve kendisi de görüştüğü kişilerin Genel-İş Sendikası Trakya şube sekreteri [K.A.], sendika avukatı [Z.N.T] ve sendika işyeri temsilcisi [Ş.Ö.] olduğunu belirttiğini, 24/2/2016 tarih ve 107 sayılı inceleme tutanağında da kendisine, söz konusu kişilerin Marmaraereğlisi Belediye Başkanlığı'ndan alınmış yasal bir izinlerinin olup olmadığını sormadığını ve buna dair herhangi bir kontrol yapmadığını, bahsi geçen kişilerin görevlerini kontrol etmediğini ve görüşme esnasında bu hususu üst amirlerine bildirmediğini belirttiğini, [B.Ç.] nin bu fiilleri dolayısıyla işverenin güvenini kötüye kullandığını, meslek sırlarını 3. kişiler ile paylaştığını, doğruluk, ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunduğunu,..."*

18. Ayrıca diğer sendikalı işçilerden de savunma istenmiş ve nihayetinde sendikalı işçi sayısı 10'a düşmüştür. Bunun sonucunda Sendika, işyerinde üye çoğunluğunu kaybetmiştir. Üye sayısı düşmeden önce aldığı yetki çerçevesinde Sendikanın Belediye ile toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin uyuşmazlıkla sonuçlanması nedeniyle Belediyenin başvuru Sendika ile toplu iş sözleşmesi imzalamaması üzerine 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca 15/4/2015 ile 14/4/2017 tarihleri arasında geçerli olacak sözleşme 30/7/2015 tarihli Yüksek Hakem Kurulu (YHK) kararıyla yürürlüğe girmiştir. Belediye YHK kararının iptali talebiyle Asliye Hukuk (İş) Mahkemesinde dava açmıştır. UYAP üzerinden yapılan incelemede Belediye tarafından açılan YHK'nun toplu iş sözleşmesi hükmündeki kararının yok hükmünde olduğunun tespitine ilişkin davanın reddedildiği, istinaf ve temyiz aşamaları sonrasında 24/10/2018 tarihinde de kararın kesinleştiği tespit edilmiştir.

C. Ceza Soruşturması Süreci

19. Başvurucu Sendika, İ.T. hakkında sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçundan Marmaraereğlisi Cumhuriyet Başsavcılığına (Başsavcılık) şikâyetinde bulunmuştur. Şikâyet dilekçesinde başvurucu; İ.T.nin sendikaya üye olan Belediye çalışanlarına baskı kurarak sendika üyeliğinden çıkmaları için onları zorladığını, üyelikten çıkmayanları ulaşımı zor yerlerde görevlendirdiğini, araç tahsisi yapmayıp yolluk vermediğini, bir sendika üyesine kira borcu tahakkuk ettirdiğini, bu şekilde sendikal hakların kullanılmasını engelleme suçunu işlediğini belirterek şikâyetçi olmuştur.

20. Müşteki işçiler ile diğer bazı işçilerin soruşturma aşamasındaki beyanları şöyledir:

i. Müşteki, işyeri temsilcisi Ş.Ö.: "...ben sendikaya ne zaman üye oldum beni yıldırma politikası uygulayarak belediye adı altında çeşitli işlerde çalıştırdı.... Beni yıldırarak işten çıkardı....[Başkan Yardımcısı İ.T.] beni makam odasına çağırdı ve bana bu sendikaya üye olup olmadığını ve üye olan başka şahıslar varsa bunların kim olduğunu sordu. Eğer bu sendikaya üye olan şahısların kim olduğunu söylemezsem ve sendikadan istifa etmezsem bu zamana kadar yaptığım ambulans şoförlüğünden beni alacağını ve yapamayacağım işlere vereceğini söyledi. Ben de bu sendikadan ayrılmayacağımı ve üye olan arkadaşlarımla da ismini söylemeyeceğimi söyledim..."

ii. Müşteki M.Ş.: "...üye olduktan sonra [Başkan Yardımcısı İ.T.] beni odasına çağırdı. Bana 'sen hangi sendikaya üye olduğunu biliyor musun? Ne olduğu belli olmayan sendikaya üye olmuşsun' diyerek beni istifa etmem konusunda zorladı. Bana 'PTT'den e-devlet şifreni al odama gel' dedi. Ben de şifremi alarak tekrar odasına gittim. Bana 'eğer üyelikten ayrılmazsan seni çıkartırız başka yere süreriz' dedi. Ben de korktum ve üyelikten ayrılmaya karar verdim. Kendisi beni e-devlet şifrem ile kendi odasındaki bilgisayardan girerek beni üyelikten çıkardı. Ben daha sonra 31/7/2015 tarihinde kendi isteğim ile iradem ile sendikaya tekrar üye oldum. Bunun üzerine beni ilçe dışına ulaşımı zor olan Yakuplu köyüne sürdüler..."

iii. Müşteki F.B.: "[diğer Belediye Başkan Yardımcısı F.D.] bizi makam odasına çağırarak üçümüze birden sendikaya üye olup olmadığımızı [sordu],

üye olduğumuz takdirde işlerimizden olacağımızı söyledi...[F.D.], bize diğer başkan yardımcısı İ.T. nin bizi çağırdığını söyleyince İ.T.nin odasına gittik. Makam odasına gittiğimizde temizlik işleri sorumlusu P.Ç., garaj amiri H.K., park bahçelerde çalışan M.T. isimli şahıslar vardı. [Başkan Yardımcısı İ.T.] bize sendikaya üye olup olmadığımızı [sordu], sendikanın İŞİD'e hizmet ettiğini, bize yardım edemeyeceğini söyledi, biz de korktuğumuzdan üye [e-devlet] şifresini istedi. Biz de e-devlet şifremizin olmadığını söyledik. Ancak [Başkan Yardımcısı İ.T.] zabıta görevlisi [S.K.] isimli şahsı yanına çağırarak bizim postaneye gidip birlikte e-devlet şifremizi almamızı söyledi. ...e-devlet şifremizi vermeyeceğimizi söylediğimizi zaman [S.K.] [Başkan Yardımcısı İ.T.] yi telefon ile aradı....sonrasında [Başkan Yardımcısı İ.T.] nin yıldırma politikaları başladı...yıllık iznimi kullanmakta bana zorluk çıkarmaktadır... bu baskılara [U.K.] isimli arkadaşım dayanamayarak sendikadan istifa etti..."

iv. Bilgi edinilen A.A.: "[Başkan Yardımcısı İ.T.] Sendikaya yeni üye olduğum zaman beni arayarak e-devlet şifremi istedi, ben de kendisine veremeyeceğimi söyledim...ben Yeniçiftlik'te bulunan ek hizmet binasında görev yapıyordum...bu olaylardan sonra beni M.Ereğlisi hizmet binasına aldılar, ayrıca...M.Ereğlisi Mal Müdürlüğüne haftada yarım gün çalışmaya gönderiyorlar..."

v. Bilgi edinilen E.D.: "...Ben sendikaya üye olmadan önce Yeniçiftlik mahallesinde...çöp arabasının şoförlüğünü yapıyordum...üye olduğum duyulmuş olacak ki temizlik işleri amiri... Bana benim Cumartesi - Pazar da çalışacağımı söyledi...[Başkan Yardımcısı İ.T.]nin odasına gittik...ben Cumartesi-Pazar çalışmayacağımı söylediğimde...bana sende mi sendikaya üyesin diye sordu ve ben de sendikaya üye olduğumu söyledim...[Başkan Yardımcısı İ.T.] bana sizi sendika yönlendiriyor dedi...bizi sendika yönlendirmiyor dedim. ...hiç bir mesai ücreti almıyoruz bunun için de Cumartesi-Pazar çalışmayacağız dedim... [Başkan Yardımcısı İ.T.] sendikaya üye olduğumu bahane ederek beni eski görevim Yeniçiftlik mahallesindeki temizlik işlerinden alarak Sultanköy mahallesi temizlik işlerine verdi..."

vi. Bilgi edinilen B.Ç.: "[Başkan Yardımcısı İ.T.] da bana sendikadan istifa ettiğim takdirde [1.500 TL kaçak su cezası] borcumun silineceğini söyledi.... [Başkan Yardımcısı İ.T.]nin makam odasına gittim. Belediye Başkanı [İ.U.] da oradaydı. Sendikadan istifa etmem konusunda telkinde bulundu....sendikadan

Sendika Hakkı

istifa ettiğim takdirde herhangi bir problemim olduğunda bana gelip çözeceğini söyledi....[Başkan Yardımcısı İ.T.]nin ...odasında yalnız kaldık. ...bana e-devlet şifremi getirmemi söyledi ve ben de getirdim... Kendi bilgisayarından girerek sendikadan üyeliğimi iptal etti....Sultanköy belediye garajına garaj amiri olarak sürgüne gittim....psikolojik baskı devam ettiğinden tekrar sendikaya üye oldum... senelik izin istedim...[yetkili amir] sendikalı olanlara izin verilmeyeceğini, istifa edildiği takdirde izin verileceğini söyledi...rapor almamı söyledi"

vii. Bilgi edinilen İ.Ç.: "...[Başkan Yardımcısı İ.T.] ...makam odasına çağırdı ve çok büyük baskı politikası uyguladığından ben de dayanamayarak istifamı geri almıştım. O an [Başkan Yardımcısı İ.T.] benden e-devlet şifremi vermemi istedi, ben de verdim ve o an sendikadan üyeliğimi çıkartmıştı..."

viii. Müşteki F.Ç.: "[Başkan Yardımcısı İ.T.] sendikanın bir getirisi olmadığını söyleyerek sendikanın kötü bir şey olduğunu vurguladı.. ..sendikadan çıkmamı istedi...çıkmayacağımı söyledim....sendikadan ayrıldığım takdirde tekrardan zabıtalık görevime ...dönebileceğimi söyledi... sendikadan ayrılmayacağımı bildiğinden artık olacıklardan ben sorumlu değilim diyerek...18 yıllık zabıtalık görevimden alarak çöp toplatmaya ve çöp kamyonunda şoförlük yaptırmaktadır....beni sendikadan soğutmak için elinden geleni yapmaktadır...."

ix. Müşteki Ü.A.: "...[Başkan Yardımcısı İ.T.] ...bana doğrudan...mesleki ve cebir işleminde bulunmadı. İzne ayrılmak istediğimi amirim [P.Ç.] ye söyledim. [P.Ç.] Başkanın talimatı olduğunu söyleyerek sendikadan ayrıldığım takdirde senelik izne çıkabileceğimi söyledi...."

x. Müşteki L.F.: "...üçümüz birlikte [Başkan Yardımcısı İ.T.] nin yanına gittik. ...temizlik işleri sorumlusu [P.Ç.], garaj amiri [H.K.] ve [M.T.] vardı. [Başkan Yardımcısı İ.T.] bize sendikaya üye olup olmadığımızı [sordu]...e-devlet şifremizi istedi....olmadığımı söyledik....zabıta görevlisi [S.K.] yı çağırarak bizimle postaneye gidip birlikte şifre almamız söyledi...biz vermeyeceğimizi söyledik....yıldırma politikaları başladı...sürgüne yollandım...arkadaşım [U.K.] baskılara dayanamayarak sendikadan istifa etmek zorunda kaldı..."

21. Başsavcılık tarafından 2/12/1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca İ.T. hakkında soruşturma izni istenmiş, Kaymakamlığın 8/4/2016 tarihli ve 2016/5 sayılı kararı ile soruşturma izni verilmemiştir.

22. Söz konusu kararda 12/11/2012 tarihli ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6/12/2012'de yürürlüğe girdiği ve 30/3/2014'ten sonra fiilen başlayan büyükşehir uygulamasının ardından Marmaraereğlisi Belediyesi tarafından sunulan hizmetin alanının üç kat arttığı belirtilmiştir. Kararda; ilçenin deniz kıyısında ve İstanbul'a yakın olmasının, ilçe sınırları içinde çok sayıda yazlık bulunmasının ilçeyi özellikle yerli turistlerin uğrak yeri hâline getirdiği ifade edilmiştir. Bu nedenle yaz ayları ve hafta sonlarında oluşan yoğunluk nedeniyle büyük değişiklikler görüldüğü ifade edilen kararda; mücavir alan içinde görevlendirme yapılmasının kaçınılmaz olduğu, bu görevlendirmelerin sendika üyeleriyle sınırlı olmadığı, görevlendirmelerde kamu yararı ve hizmetin gereği ilkelerinin gözetilmediği yönünde bir delilin bulunmadığı belirtilmiştir.

23. Kararda; Belediyenin mücavir alanında görevlendirilen personelin ulaşımının Belediye tarafından sağlanması ve mücavir alanda görev yapan personele yolluk ücreti ödenmesinin mümkün bulunmadığı, sendikaya üyelik ve çekilme işlemlerinin kişiye özel e-devlet sistemi üzerinden gerçekleştirildiği, Sendikanın işyeri temsilcisi Ş.Ö.nün Belediyenin mücavir alanında farklı bir araçta şoför olarak görevlendirilmesinin daha önce kullandığı aracın arızalanmasından kaynaklandığı ve bunun mevzuata aykırı olmadığı belirtilmiştir. Kararda, Ş.Ö.nün iş akdinin feshi ile sonuçlanan hadise ile ilgili yargı sürecinin devam ettiğine dikkat çekilmiş; B.Ç.nin ise 2007 yılından itibaren Belediyeye ait konutta oturduğu, ödemediği kira bedelinin tahsil edilmesinin zorunluluk olduğu ve bu konuda hukuka uygun hareket edildiği ifade edilmiştir. Kararda; Sendikanın 18/9/2015 tarihli yazısındaki talepleriyle ilgili olarak Belediyenin aynı tarihte itirazda bulunduğu ve itirazın henüz karara bağlanmadığı belirtilerek Belediye tarafından yapılan iş ve işlemlerin sendikal hakların kullanılmasını engellemek olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine yer verilmiştir.

24. Başvurucu Sendika söz konusu kararın iptali talebiyle Edirne Bölge İdare Mahkemesine (Bölge İdare Mahkemesi) itirazda bulunmuştur. Mahkeme 10/6/2016 tarihinde itirazı reddetmiştir.

Sendika Hakkı

25. Ret kararının gerekçesinde; 6360 sayılı Kanun'un 6/12/2012'de yürürlüğe girdiği ve 30/3/2014'ten sonra fiilen başlayan büyükşehir uygulamasının ardından Belediye tarafından sunulan hizmetin alanının üç kat arttığı belirtilmiştir. Mahkeme; turist yoğunluğu, yapılan görevlendirmelerde kamu yararı ve hizmetin gereği ilkelerinin gözetilmediği yönünde bir delilin bulunmadığı, sendika üyeliğine girme ve üyelikten çekilme işlemleri, Ş.Ö.nün iş akdinin feshi ve B.Ç.nin ödemediği kira bedelinin tahsili konusunda Kaymakamlık kararında yer alan gerekçeleri aynen kararına dercetmiştir. Mahkeme, Kaymakamlık kararında belirtilen gerekçelere göre soruşturma açılmasını gerektirir yeterli emarenin mevcut olmadığını değerlendirmiştir.

26. Başvurucunun Kaymakamlık tarafından 8/4/2016 tarihli soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı yaptığı itirazın reddine ilişkin Bölge İdare Mahkemesince kesin olarak verilen karar, başvuru Sendikaya 14/7/2016 tarihinde tebliğ edilmiş; başvuru anılan kesin karar üzerine 12/8/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

D. Bireysel Başvuru Tarihinden Sonraki Gelişmeler

27. Başsavcılık 3/10/2017 tarihinde, Bölge İdare Mahkemesince başvuru itirazının reddine karar verilmesi üzerine şüpheli hakkında soruşturma izni verilmemiş olmasından dolayı kovuşturma olanağı bulunmadığı gerekçesiyle kamu adına soruşturmaya yer olmadığına karar vermiştir. Başvuru Sendika ile müşteki N.A.nın kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itirazları ise Silivri Sulh Ceza Hâkimliğince 3/1/2018 tarihinde reddedilmiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Kanun Hükümleri

28. 6356 sayılı Kanun'un "*Sendika özgürlüğünün güvencesi*" kenar başlıklı 25. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.

(2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz.

(4) İşverenin (...) yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir.

(5) Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...), 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez.

(6) İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür.

(7) Fesih dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur.

..."

29. Aynı Kanun'un "Yetki" kenar başlıklı 41. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Sendika Hakkı

"(1) Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

(2) İşletme toplu iş sözleşmeleri için işyerleri bir bütün olarak dikkate alınır ve yüzde kırk çoğunluk buna göre hesaplanır.

(3) İşletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendika toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

(4) Bir işveren sendikası, üyesi işverenlere ait işyeri veya işyerleri, sendika üyesi olmayan bir işveren ise kendi işyeri veya işyerleri için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.

...

(7) Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır."

30. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi" kenar başlıklı 118. maddesi şöyledir:

"(1) Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

B. Yargıtay Kararları

31. Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 5/11/2015 tarihli ve E.2015/16809, K.2015/10352 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...AİHM'nin önceki paragraflarda yer alan kararlarındaki [Ezelin/Fransa, B. No: 11800/85, 26/4/1991; Kaya ve Seyhan/Türkiye, B. No: 30946/04, 15/12/2009; Karaçay/Türkiye, B. No: 6615/03, 27/6/2007] özgürlükçü yaklaşımın, belirtilen hakka suç oluşturan eylemlerle müdahalelere ilişkin ceza soruşturma ve kovuşturmalarına da yansıtılması gerekmektedir. Böylece, hem kanuni ve meşru amaçla hem de suç oluşturan müdahalelerle kullanılması engellenen sendika hakkının (özgürlüğünün), demokratik bir toplum açısından taşıdığı öneme uygun, birbirini tamamlayan ve birbiriyle örtüşen bir şekilde korunması mümkün olacaktır. Bu bağlamda anılan suça ilişkin ceza soruşturma ve kovuşturmalarında; delillerin, sendika hakkının (özgürlüğünün), demokratik bir toplum açısından taşıdığı önem dikkate alınarak toplanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu suç, failin, mağduru bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, bir sendikanın faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak için cebir veya tehdit kullanmasıyla oluşur. Kanun maddesinde kullanılan cebir fiziki güç kullanılması anlamına gelmekte, tehdit ise manevi cebir niteliğinde olup mağdurun bireysel sendika özgürlüğünü kullanması yolunda iradesini sakatlayan, sendikal haklarını kullanması veya kullanmaya devam etmesi neticesinde kendisinin veya yakınlarının bir zarara uğratılacağını bildiren, belirli bir boyuta ulaşmış ve kolayca kurtulma olanağı bulunmayan her türlü davranıştır. Bu suçun oluşabilmesi için amacın gerçekleşmesi, başka bir anlatımla kişinin sendikaya üye olmaktan veya faaliyetlerine katılmaktan vazgeçmesi veya sendikadaki görevinden ayrılması zorunlu değildir. Bu amaçla mağdura karşı cebir veya tehdit kullanılması suçun tamamlanması için yeterlidir. Bu nedenle bu suç bir tehlike suçudur.

İncelenen dosyada, sanığın katılanın işçi olarak çalıştığı şirketin yetkilisi olduğu ve ... Sendikasına üye olan katılana, sendikadan ayrılması için telkinlerde bulunduğu, baskı yaparak üyelikten ayrılmasını istediği ve ayrılmadığı takdirde işten çıkarılacağını söyleyerek üzerinde manevi cebir uyguladığı iddiası ile dava açıldığı, sanığın atılı suçlamayı kabul etmediği, mahkemece sanığın iddianamede anlatılan eylemi gerçekleştirdiğine ilişkin katılanın soyut iddiaları dışında delil bulunmadığı, tanıklar [S.Ş],[E.G], [B.L] ve [H.E]'nin anlatımlarının da iddianamedeki eylemin sübutu için yeterli olmadığı, zira bu tanıkların kesin

Sendika Hakkı

kanaat verici anlatımlarda bulunmadıkları, bu nedenle şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanığın beraatine karar verildiği, tanık [E.G] ve[H.E]'nin sanığın kendilerine sendikadan ayrılmaları yolunda telkinde bulunduğunu, eğer üyeliklerine devam ederlerse fabrikanın kapanacağını, kendilerinin ve diğer çalışanların işten çıkarılacağını söylediğini, ayrıca sendikadan istifa edenlerin noter masraflarının işveren tarafından karşılandığını ve kendilerine zam adı altında bir defalık ödeme yapıldığını duyduklarını, bir süre sonra da işten çıkarıldıklarını, tanık [S.Ş]'nin sanığın katılana 'bir kaç yerde adın geçiyor topun ağzındasın' dediğini duyduğunu, sendika il temsilcisi olan tanık [B.L]'nin katılan ve arkadaşlarının sendikadan ayrılmaları konusunda işyeri tarafından baskı yapıldığını kendisine söylediklerini ve halen işyerinde çalışan sendikalı işçilerden de benzer şikayetleri aldıklarını beyan ettiği, dinlenen diğer tanıkların ise sanığın sendikadan ayrılması hususunda katılana baskı yaptığını ilişkin bir görgülerinin olmadığını bildirdikleri anlaşılmaktadır. Katılan 2007 yılında söz konusu şirkette çalışmaya başladığını ve 2012 yılı Mayıs ayında sendikaya üye olduğunu, Eylül ayında ise bu nedenle işine son verildiğini iddia etmekte olup mahkemece katılanın iş sözleşmesinin hangi gerekçe ile feshedildiği sorulmamış, katılan tarafından işe iade davası açılıp açılmadığı araştırılmamıştır. Sanığın açıkça sendikalı işçilere sendikadan ayrılmaları hususunda telkinde bulunduğunu bildiren tanık beyanları karşısında katılanın işe iade veya sendikal tazminat davası açıp açmadığı araştırılarak, açmışsa buna ilişkin evrak dosyaya getirilip deliller bir bütün halinde değerlendirilerek, sanığın eyleminin atılı suçta oluşturup oluşturmadığının değerlendirilmesi gerekirken, eksik kovuşturma ve yetersiz gerekçe ile beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırı ve katılan [...] vekilinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden, tebliğnameye aykırı olarak hükmün bozulmasına,"

32. Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 14/7/2010 tarihli ve E.2008/15172, K.2010/13889 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...Sanıkların, yetkilisi oldukları [...] Anonim Şirketi'nde işçi olarak çalışmakta olan katılanın ... Sendikası'na üye olduğunu öğrenmeleri üzerine, 'sendikadan istifa et, yoksa seni işten atarız' diyerek tehdit etmek şeklinde iddia ve kabul olunan eylemlerinde TCY.nın 118. maddesinde tanımlanan 'sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi' suçunun tehdit unsurunun oluşturduğu gözetilmeden mahkumiyeti yerine yazılı şekilde beraatlarına karar verilmesi,

Yasaya aykırı ve katılan ... vekilinin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına,”

V. İNCELEME VE GEREKÇE

33. Mahkemenin 30/9/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

34. Başvurucu Sendika; hakkında şikâyetle buldukları İ.T.nin işçilere yönelik işten çıkarma ve çalışma barışının bozulmasına ilişkin fiilleri ve tehditleri nedeniyle örgütlenme özgürlüğünün engellendiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, 38 kişinin çalıştığı Belediyede 27 kişinin sendikaya üye olduğunu, çoğunluk sağlanması üzerine toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin kazanıldığını ancak İ.T. tarafından yapılan baskılar sonucu üye sayılarının 10'a düştüğünü ve işyerinde yetkilerini kaybettiklerini belirtmiş; hakkında soruşturma izni verilmediğinden İ.T.nin baskılara devam ettiğini ileri sürmüştür. Başvurucu; soruşturma izni verilmemesi nedeniyle Anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan sendikaya üye olma, sendikal haklardan yararlanma ve örgütlenme ile adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

35. Başvurucu; İ.T.nin sendikalı işçileri yanına çağırıp sendikalı olup olmadıklarını sorduğunu, sendika üyesi olmuşlarsa derhâl istifa etmelerini istediğini, aksi takdirde işyerlerinin ve görevlerinin değiştirileceğini, nihayetinde iş akitlerinin feshedileceğini bildirdiğini öne sürmüştür. Başvurucu, anılan kişinin bazı işçilerin e-devlet şifrelerini alarak kendisinin işçileri bizzat üyelikten çıkardığını belirtmiştir. Ayrıca işyeri temsilcilerinin ve iki kişinin sendikalı olmaları nedeniyle işten çıkarıldığını, bu kişilerin işe iade davası açtığını, işyeri temsilcilerinin işe iade davasının kabul edildiğini ve davanın temyiz aşamasında olduğunu, diğer davaların ise derdest olduğunu ifade etmiştir. Başvurucu, Belediyenin toplu iş sözleşmesi imzalamaması üzerine sözleşmenin YHK'ya gönderildiğini ve Belediyenin bu kararın iptali talebiyle dava açtığını belirtmiştir.

B. Değerlendirme

36. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Abbas Akçay ve diğerleri*, B. No: 2015/2790, 23/5/2018, § 26). Başvuru Sendikanın iddialarının özünün sendikalı işçilere baskı kurularak işyerinde Sendikanın çoğunluğu kaybetmesine, örgütlenmesinin engellenmesine ve ilgili kişi hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin olduğu anlaşıldığından iddialarının bir bütün olarak sendika hakkı kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

37. Anayasa'nın "Sendika kurma hakkı" kenar başlıklı 51. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir..."

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

38. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre bir kişinin Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olabilmesi için üç temel koşulun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu koşullar; şikâyet konusu edilen ve ihlale yol açtığı ileri sürülen kamu gücünün işlemi, eylemi ya da ihmalden dolayı başvuru gıcınun güncel bir hakkının ihlal edilmesi, bu ihlalden başvuru gıcınun kişisel olarak ve doğrudan etkilenmiş olmasıdır (benzer yöndeki karar için bkz. *Onur Doğanay*, B. No: 2013/1977, 9/1/2014,

§ 42). Bu koşulların birlikte gerçekleşmesi durumunda Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortak koruma alanı kapsamındaki bir hakkının ihlali iddiasında bulunan gerçek kişilerin ya da özel hukuk tüzel kişilerinin mağdur sıfatını haiz olduğu, dolayısıyla bireysel başvuru ehliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir (*Türkiye Büro Bankacılık ve Sigortacılık Hizmet Kolu Kamu Görevlileri Sendikası*, B. No: 2017/17837, 19/4/2018, § 34).

39. Öte yandan bir başvurunun kabul edilebilmesi için başvurunun sadece mağdur olduğunu ileri sürmesi yeterli olmayıp ihlalden doğrudan etkilendiğini yani mağdur olduğunu göstermesi veya mağdur olduğu konusunda Anayasa Mahkemesini ikna etmesi gerekir. Bu itibarla mağdur olduğu zannı veya şüphesi de mağdurluk statüsünün varlığı için yeterli değildir (*Onur Doğanay*, § 45; *Türkiye Büro Bankacılık ve Sigortacılık Hizmet Kolu Kamu Görevlileri Sendikası*, § 35).

40. Hukukumuzda özel hukuk tüzel kişilerinden biri olan sendikaların 6216 sayılı Kanun'un 46. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca sadece sendika tüzel kişiliğine ait hakların ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda bulunabilecekleri öngörülmüştür. Bu itibarla sendikaların doğrudan kendi tüzel kişiliğinin hak ve menfaatlerini etkileyen işlem, eylem ya da uygulamalarla ilgili olarak ortaya çıkan hak ihlali iddialarıyla bireysel başvuruda bulunabilecekleri, bir başka ifadeyle böyle bir başvuruda mağdur statüsünü haiz oldukları hususunda tereddüt bulunmamaktadır (*Türkiye Büro Bankacılık ve Sigortacılık Hizmet Kolu Kamu Görevlileri Sendikası*, § 36).

41. Somut olayda başvuru Sendikanın doğrudan kendisine yönelik müdahale söz konusu değildir. Bununla birlikte Sendikanın üyelerinin ve özellikle işyeri temsilcisinin iş akdine son verilmesi sonucu toplu iş sözleşmesi akdetme yetkisinin etkilendiği görülmektedir. Bu durumda Sendikanın mağdur statüsünün bulunduğu kabul edilmelidir.

42. Bu çerçevede açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

43. Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütlerin varlığı sağlıklı toplumun önemli bir bileşenidir. Ayrıca böyle bir *örgüt*, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. İstihdam alanında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. Sendika hakkı da çalışanların bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle bağımsız bir hak değil örgütlenme özgürlüğünün bir şekli veya özel bir yönü olarak görülmektedir (*Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/920, 25/5/2017, § 75; *Tayfun Cengiz*, B. No: 2013/8463, 18/9/2014, §§ 31, 32, *Abbas Akçay ve diğerleri*, § 29).

44. Kişiler kendi istedikleri şekilde sendika kurmakta veya kendi istedikleri bir sendikaya üye olmakta özgür olmalıdır. Anayasa'nın 51. maddesi, çalışanların sendikalara "*serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahip*" olduğunu ve hiç kimsenin "*bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı*"nı ifade etmiştir. Diğer yandan Anayasa'nın 51. maddesinin metninde yer alan "*çalışanlar... üyelerinin menfaatlerini korumak için*" ibaresi, üyelerin mesleki menfaatlerini korumak için gerçekleştirecekleri sendikal faaliyetlerinin Anayasa tarafından korunduğunu açıkça ortaya koymaktadır (*Kristal-İş Sendikası* [GK], B. No: 2014/12166, 2/7/2015, § 54).

45. Devletin bireylerin sendikaya üye olma özgürlüğüne ve diğer sendikal haklara müdahale etmemeye yönelik negatif yükümlülüğünün yanı sıra söz konusu haktan etkili bir şekilde yararlanmayı güvence altına almaya yönelik pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Devletin bireylerin ve sendikaların haklarını işverenlere karşı güvence altına alma pozitif yükümlülüğü söz konusu olup bu yükümlülük etkili bir yargısal sistem kurma ödevini de içerir (*Abbas Akçay ve diğerleri*, § 32).

46. Sendika hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülükler, devletin sendikaları ve sendika üyelerini üçüncü kişilerin ve özellikle işverenin baskısına karşı koruma ödevini de içermekte olup koruyucu ve düzeltici tedbirler alınmasını gerektirebilmektedir. Devletin sendikaların ve üyelerinin sendikal faaliyette bulunma haklarını kullanmalarını engelleyici davranışlarından kaçınılmasına yönelik olarak alması gereken tedbirlerin caydırıcı nitelik taşıması gerekir. Bu bağlamda devletin, çalışanları üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı koruyucu ve müdahale olması durumunda da düzeltici önlem almaması veya açılan soruşturmaların etkisiz kalması da dâhil alınan önlemlerin yetersiz ve caydırıcı bir karakter taşıması durumunda pozitif yükümlülüğün ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir (*Anıl Pınar ve Ömer Bilge*, B. No: 2014/15627, 5/10/2017, § 38; *Arif Sami Cebeci ve diğerleri*, B. No: 2016/6350, 28/5/2019, § 33). Söz konusu koruma ödevi kapsamında korumanın yöntemine ilişkin araçların seçimi hususunda ise kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir.

47. Devletin sendikal hakların korunmasına ilişkin hukuki çerçeve oluşturma ödevi kapsamında hangi tedbirlerin alınacağı konusunda geniş bir takdir yetkisi bulursa da her durumda sadece idari ve hukuki yollar oluşturması yeterli bir koruma sağlamayabilir. Sendikal faaliyetlerin engellendiğine ilişkin iddialar yönünden ise devletin söz konusu geniş takdir yetkisi kapsamında sendikal faaliyeti ceza kanunlarında suç olarak düzenlemiş ise caydırıcılığın sağlanması bakımından pozitif yükümlülükleri çerçevesinde etkili bir soruşturma yapılmasını -mutlaka ilgili kişinin cezalandırılması anlamına gelmemek üzere- temin etmesi beklenir. Bu bağlamda sendikaların faaliyetlerinin haksız müdahalelere karşı etkin bir şekilde korunmasında oluşturulması gereken idari ve adli mekanizmalardan biri olarak ceza hukuku araçlarından yararlanılmasının önemli bir koruma sağlayacağı kuşkusuzdur (benzer yöndeki karar için bkz. *Abdulvahap Taşkın*, B. No: 2015/16840, 24/5/2018, § 49) .

48. Bu çerçevede bir sendikanın toplu iş sözleşmesi yapabilmek için yetki elde edebilmesinde ana faktör olan o işyerindeki üye sayısını doğrudan etkileyen ve üyelerine yönelik yıldırma ve baskı fiillerinin etkili şekilde soruşturulmamasının sendika tüzel kişiliğinin faaliyetlerini

yürütmesi önünde açık bir engel teşkil ettiği kabul edilmelidir. Suç işlenmesi suretiyle sendika hakkına yapılan müdahalelerde yetkili makamların etkili ve özenli bir soruşturma yürütmesi gerekmektedir. Yetkili makamlarca gösterilecek özenin derecesi somut olayın öznel ve nesnel koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir. Müdahalenin suç oluşturduğu durumlarda devletin pozitif yükümlülüğü, usule ilişkin olup sonuç yükümlülüğü değildir. Bu nedenle ceza soruşturmasının ve kovuşturmasının mahkûmiyetle sonuçlanmamış olması tek başına pozitif yükümlülüğün ihlali anlamına gelmez (mülkiyet hakkı yönünden bkz. *Abdulvahap Taşkın*, § 51).

b. Somut Olayın Değerlendirilmesi

49. Somut olaydaki uyuşmazlık; başvuru Sendikaya üye işçilerin sendika üyeliğinden ayrılmaları için İ.T. tarafından baskı yapıldığı, işçilerin görev yerlerinin değiştirildiği ya da iş akitlerinin feshedildiği iddialarıyla Başsavcılığa yapılan şikâyetin idarece soruşturma izni verilmemesi nedeniyle sonuçsuz kalmasına ilişkindir. Başvuru konusu olay bakımından önem taşıyan husus, başvurunun ve bazı işçilerin sendikal faaliyetlerin engellenmesine ilişkin olarak yaptıkları şikâyet üzerine ilgili mercilerce etkili şekilde yargısal bir inceleme yapıp yapılmadığının, özellikle soruşturma ve kovuşturma mercilerinin kararlarının konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içerip içermediğinin tespitidir (işe iade davasına ilişkin olarak bkz. *Anıl Pınar ve Ömer Bilge*, § 44).

50. Mevcut başvuruda başvuru Sendika bazı olgulara dayanarak üyelerini üyelikten ayrılmaya zorladığı iddiasıyla İ.T. hakkında Başsavcılığa şikâyette bulunmuştur. Başvuru, iddialarını işyeri temsilcisi ile iki işçinin iş akitlerinin feshedilmesine giden süreçte sendika üyesi işçilere yapılan yıldırıma dönük uygulamalara ve diğer işçilerin bu husustaki ifadelerine dayandırmaktadır. Kaymakamlık tarafından soruşturma izni verilmemesi kararında, ilçe sınırlarının yasal düzenleme nedeniyle genişlediği, mücavir alanda görevlendirmelerin sendika üyeleriyle sınırlı olmadığı, görevlendirmelerde kamu yararı ve hizmetin gereği ilkelerinin gözetilmediği yönünde bir delilin bulunmadığı gerekçe olarak gösterilmiş; Belediye tarafından yapılan iş ve işlemlerin sendikal

hakların kullanılmasını engellemek olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir (bkz. §§ 22, 23). Bölge İdare Mahkemesi de aynı gerekçelerle başvuru Sendikasının itirazını reddetmiştir (bkz. § 25).

51. Sendika hakkı, çalışanların özgürce sendika kurabilmesini, kendi özgür iradeleriyle herhangi bir kaygı taşımadan sendikaya üye olabilmelerini ve sendikal faaliyette bulunabilmelerini gerektirmektedir. Bu bağlamda 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesi işçilerin sendikal faaliyetlerine önemli güvenceler sağlamaktadır. Anılan madde kapsamında işçilerin sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılmaları veya farklı işleme tabi tutulmaları yasaklanmıştır. Anılan Kanun'un 78. maddesinde kanuna aykırı olarak üye kaydedenler, üye kalmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlayanlar yönünden idari para cezası yaptırımını öngörülmek suretiyle sendikal haklar koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Dolayısıyla devletin, caydırıcılığın sağlanması amacıyla cezai yaptırım da dâhil olmak üzere yasal düzeyde bir dizi tedbir aldığı görülmektedir. Başvurucunun alınan tedbirlerin yetersizliğiyle ilgili bir iddiası bulunmayıp asıl şikâyeti bu tedbirlerin etkili bir biçimde işletilmemesine yöneliktir.

52. Bu çerçevede devletin üzerine düşen, sendikal faaliyetlerin engellenmesi suçunun pozitif yükümlülüğünün bir gereği olarak etkin bir şekilde soruşturulmasını ve gerekirse kovuşturma yapılmasını temin etmektir. Somut olayda Başsavcılık, başvuru Sendika ile Belediyenin Sendikaya üye işçilerinin şikâyeti üzerine soruşturma başlatmıştır. Başkan Yardımcısı İ.T.nin bazı işçilerin e-devlet şifrelerini alarak onları sendika üyeliğinden çıkardığı, Sendikadan ayrılmayan bazı işçilerin görev yerlerini değiştirdiği yönünde ifadeler mevcuttur. Ş.Ö.nün açtığı işe iade davası sonucunda sendikal nedenlerle iş akdinin feshedildiği tespit edildiği gibi diğer iki işçinin açtığı davalarda da -her ne kadar davalar bireysel başvuru tarihinden sonraki tarihlerde kesinleşmiş ise de- aynı yönde tespitler yapılmıştır. Belirtilen hususlar, müştereklerin ve tanıkların İ.T.nin odasında geçen konuşmalara ilişkin beyanları ve Kaymakamlık tarafından soruşturma izni verilmemesine ilişkin karar ile Bölge İdare Mahkemesi kararının gerekçeleri birlikte ele alındığında soruşturma izni verilmemesinin ve buna yönelik itirazın reddine ilişkin kararın sendika hakkının devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerle uygun davranıldığı

gösterecek özende ilgili ve yeterli gerekçe içermediği değerlendirilmiştir. Bu hâliyle kamu makamlarının soruşturmayı yürütüş biçimlerinin sendika özgürlüğüne yönelik müdahaleler bakımından caydırıcılığı sağlayacak nitelikte olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

53. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

54. 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

55. Başvurucu, ihlal tespiti ile yargılamanın yenilenmesini ve soruşturmanın yeniden açılarak ilgili kişi hakkında kamu davası açılmasını talep etmiştir. Başvurucu tazminat talebinde bulunmamıştır.

56. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

57. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından

söz edilebilmesi için temel kural, mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan, §§ 55, 57*).

58. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir kararın kendisine ulaştığı mahkemenin yasal yükümlülüğü, ilgilinin talebini beklemeksizin Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan, §§ 58, 59; Aligül Alkaya ve diğerleri (2), §§ 57-59, 66, 67*).

59. İncelenen başvuruda sendika hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin idarenin soruşturma izni verilmemesi yönündeki işleminden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte mahkeme de ihlali giderememiştir.

60. Bu durumda sendika hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı

Sendika Hakkı

fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir. Bu kapsamda yapılması gereken iş, yeniden yargılama kararı verilerek Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar verilmesinden ibarettir. Bu sebeple kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Edirne Bölge İdare Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir.

61. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucaya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Sendika hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Kararın bir örneğinin sendika hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Edirne Bölge İdare Mahkemesine (M.Y.K. Esas No: 2016/66, M.Y.K. Karar No: 2016/85) GÖNDERİLMESİNE,

D. 239,50 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.239,50 TL yargılama giderinin başvurucaya ÖDENMESİNE,

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

F. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 30/9/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

*SEÇME, SEÇİLME VE SİYASİ
FAALİYETTE BULUNMA HAKKI*



**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANAYASA MAHKEMESİ**

GENEL KURUL

KARAR

KADRİ ENİS BERBEROĞLU BAŞVURUSU (2)

(Başvuru Numarası: 2018/30030)

Karar Tarihi: 17/9/2020

**GENEL KURUL
KARAR**

Başkan	: Zühtü ARSLAN
Başkanvekili	: Hasan Tahsin GÖKCAN
Başkanvekili	: Kadir ÖZKAYA
Üyeler	: Serdar ÖZGÜLDÜR Burhan ÜSTÜN Engin YILDIRIM Hicabi DURSUN Celal Mümtaz AKINCI Muammer TOPAL M. Emin KUZ Rıdvan GÜLEÇ Recai AKYEL Yusuf Şevki HAKYEMEZ Yıldız SEFERİNOĞLU Selahaddin MENTEŞ Basri BAĞCI
Raportörler	: Yunus HEPER Aydın ŞİMŞEK
Başvurucu	: Kadri Enis BERBEROĞLU
Vekili	: Av. Yiğit ACAR

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; dokunulmazlık hakkını yeniden kazanan bir milletvekili hakkında yargılamaya devam edilmesi ve tutukluluğun sürdürülmesi nedenleriyle seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının, iddia tanığının duruşmada hazır edilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ve elindeki bilgileri yaydığı iddiasıyla cezalandırılması nedeniyle de ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvurucu 11/10/2018 ve 26/11/2018 tarihlerinde iki ayrı başvuru yapmıştır.

3. Başvurular, başvuru formlarının ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyonlara sunulmuştur.

4. Komisyonlarca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölümler tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

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

6. Başvurular, aralarında kişi ve konu yönünden irtibat bulunduğu anlaşıldığından birleştirilmiş ve incelemeye 2018/30030 numaralı bireysel başvuru dosyası üzerinden devam edilmiştir.

7. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık, her iki başvuru yönünden ayrı ayrı görüşünü bildirmiştir.

8. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmuştur.

9. İkinci Bölüm tarafından niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğünden başvurunun Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün (İçtüzük) 28. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca Genel Kurula sevkine karar verilmiştir.

III. OLAY VE OLGULAR

10. Başvuru formları ve eklerinde ifade edildiği şekliyle ilgili olaylar özetle şöyledir:

11. 1956 doğumlu olan başvurucu Kadri Enis Berberoğlu gazeteci, yazar ve siyasetçidir. Başvurucu, 2014 yılında Cumhuriyet Halk Partisinde (CHP) aktif siyasete atılmış, Parti Meclisi üyeliğine seçilmiş ve CHP genel başkan yardımcısı olarak görevlendirilmiştir. 2015 yılının Haziran ayında yapılan 25. Dönem Milletvekili Seçimi'nde İstanbul milletvekili olan başvurucu 26. ve 27. dönemlerde de milletvekili seçilmiştir.

A. Başvuruya Konu Olaylara İlişkin Arka Plan Bilgisi

12. 1/1/2014 tarihinde Hatay'da, 19/1/2014 tarihinde Adana'da silah yüklü olduğu iddiası ile bazı tırlar Cumhuriyet savcılarının talimatı ile durdurulmuş ve aranmıştır. Adana ve Hatay mülki amirlerinin müdahalesiyle araçlarda bulunan malzemelerin ve personelin Millî İstihbarat Teşkilatına (MİT) bağlı olduğu, özel kanunlarında öngörülen usullere uyulmaksızın alıkonmalarının ve aranmalarının mümkün olmadığı gerekçesiyle söz konusu araçlar serbest bırakılmıştır. Adana ve Hatay mülki amirleri, araçlarda MİT'in rutin görevlerini ifa eden personelin bulunduğunu ifade etmiştir (aynı olayın ayrıntılı anlatımı için bkz. *Süleyman Bağrıyanık ve diğ.leri*, B. No: 2015/9756, 16/11/2016, §§ 12-48).

13. Tırların durdurulması ve aranmasına ilişkin olaylar ile tırlarda taşınan malzemelerin ne olduğu ve nereye götürüldüğü konusu kamuoyunda tartışma konusu olmuş, söz konusu tırlarda silah ve mühimmat olduğuna dair iddialar ileri sürülmüştür. Bu kapsamda *Aydınlık* gazetesinin 21/1/2014 tarihli nüshasında yayımlanan "*İşte TIR'daki Cephane*" başlıklı haberde "*Adana'da durdurulan MİT'e ait 3 TIR'dan mühimmat çıktı. Aydınlık, arama fotoğraflarına ulaştı. TIR'larda 'insani malzeme' değil, top mermisi taşındığı belirlendi.*" şeklindeki iddialara yer verilmiştir. Anılan gazetenin internet sitesinde de "*Aydınlık Mühimmatın Fotoğrafına Ulaştı: Boru Değil Top Mermisi*" başlıklı benzer içerikte bir haber yayımlanmıştır. Söz konusu haberlerde tırlardaki

kasalardan birinin içinde bulunduğu iddia edilen top mermilerinin fotoğrafına da yer verilmiştir. Anılan gazetenin aynı ve ertesi günkü nüshalarında tırların taşıdığı iddia edilen malzemelere ilişkin olarak bazı yazarların yorumları yayımlanmıştır (ayrıntılı açıklama için bkz. *Erdem Gül ve Can Dündar* [GK], B. No: 2015/18567, 25/2/2016, § 12).

14. Daha sonra Cumhuriyet savcılarınca MİT tırlarının durdurulması ve aranmasının arkasında "*Paralel Devlet Yapılanmasının*" bulunduğu iddiası ile soruşturma başlatılmış, bu kapsamda bazı kolluk görevlileri ve yargı mensupları silahlı terör örgütüne üye olma ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ortadan kaldırmaya ve görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme suçlarından tutuklanmıştır. MİT tırlarının durdurulması olayının 15 Temmuz 2016 tarihinde Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) tarafından gerçekleştirilen darbe teşebbüsü için önemli bir dönüm noktası olduğu yargı kararlarında ifade edilmiştir. Nitekim iddianamelerde, aralarında bazı Cumhuriyet savcılarının da bulunduğu, çoğu askerî personel olan sanıkların tırların durdurulmasından bir saat önce olay yerine çağırıldığı basın mensupları aracılığıyla olayı canlı olarak dünyaya duyurdukları ve FETÖ/PDY lideri Fetullah Gülen'in talimatı doğrultusunda Türkiye Cumhuriyeti devletini teröre destek veren ülke konumuna sokmaya çalıştıkları, böylelikle devlet sırrını casusluk amacıyla temin ederek ifşa ettikleri, Türkiye Cumhuriyeti devletinin anayasal düzenini hedef aldıkları ifade edilmiştir.

15. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin (Daire) ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı elli dört sanıklı davada MİT tırlarının durdurulmasının doğrudan Hükümeti ve MİT'i hedef aldığı, örgütsel bir organizasyon olduğu vurgulanmıştır. Daire, sanıkları devletin gizli kalması gereken belgelerini temin etme, bu belgeleri açıklama ve FETÖ/PDY'ye üye olma suçlarından hapis cezalarına çarptırmıştır. Başka deliller yanında terör örgütünün *imam* olarak nitelendirilen bazı yöneticilerinin itiraflarına da dayanan Daire; MİT tırlarının durdurulması talimatının daha sonra Hükümet aleyhine Türk ve yabancı kamuoyunda yürütülen kampanyada kullanılmak, kaos çıkarmak ve darbeye hazırlık yapmak amacıyla bizzat FETÖ/PDY lideri tarafından verildiği sonucuna ulaşmıştır.

B. Başvuruyla İlgili Olaylar

16. Durdurulan ve aranan tırlarla ilgili olarak Cumhuriyet gazetesinin 29/5/2015 tarihli nüshasında Can Dündar (C.D.) tarafından yapılan "*İşte Erdoğan'ın Yok Dediği Silahlar*" başlıklı haber, 12/6/2015 tarihli nüshasında ise Erdem Gül tarafından yapılan "*Erdoğan'ın 'Var ya da Yok' Dediği MİT TIR'larındaki Silahlar Jandarmada Tescillendi-Jandarma 'Var' Dedi*" başlıklı haber yayımlanmıştır. Her iki haberde de tırlardaki silah ve mühimmata ait olduğu iddia edilen fotoğraflara ve bilgilere yer verilmiştir.

17. Söz konusu ilk haber üzerine aynı gün Aydınlik gazetesinin internet sitesinde yayımlanan "*Cumhuriyet 16 Ay Sonra Görüntülere 'Ulaştı'-Günaydın!*" başlıklı haberde Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan görüntülerin ilk olarak olaydan iki gün sonra Aydınlik gazetesinde yayımlanmış olduğu belirtilmiştir. Haberde Cumhuriyet gazetesinde yer alan görüntülerin ilk kez yayımlanmadığı da vurgulanmıştır. Aydınlik gazetesinin 30/5/2015 tarihli nüshasında da benzer içerikte bir habere yer verilmiştir.

18. C.D. tarafından yapılan haberin yayımlanmasından sonra İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı 29/5/2015 tarihli bir basın açıklaması yapmış ve devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme, siyasi ve askerî casusluk, gizli kalması gereken bilgileri açıklama, terör örgütünün propagandasını yapma suçlarından soruşturma başlatıldığını duyurmuştur. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, aynı gün haberlere erişimin engellenmesini talep etmiş ve Sulh Ceza Hâkimliğince, yayımlanan haberin Türkiye Cumhuriyeti devletinin ulusal ve uluslararası yararları ve millî güvenliği bakımından sakınca doğuracak mahiyette bulunduğu gerekçesiyle içeriklere erişimin engellenmesine karar verilmiştir.

19. Soruşturmanın başlatıldığının kamuoyuna duyurulmasından yaklaşık altı ay sonra 26/11/2015 tarihinde, haberleri yapan gazeteciler E.G. ve C.D. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına ifadeye çağırılmış ve kendilerine FETÖ/PDY'nin örgütsel amaçları doğrultusunda terör örgütüne üye olmadığı hâlde örgüte yardım etme, devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla temin etme ve bunları açıklama suçlamaları yöneltilerek tutuklanmaları talep edilmiştir.

İstanbul Sulh Ceza Hâkimliği 26/11/2015 tarihinde anılan suçlardan şüphelileri tutuklamıştır.

20. E.G. ve C.D.nin bireysel başvuruda bulunmaları üzerine Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 25/2/2016 tarihli kararında; tutuklamanın hukuki olmadığı, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği şikâyetlerine ilişkin olarak başvurucuların Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Erdem Gül ve Can Dündar*, §§ 62-100).

C. Başvurucu Hakkındaki Olaylar

21. Başvurucunun iddiasına göre MİT tırları soruşturmalarında adı, ilk olarak İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının E.G. ve C.D.nin yargılandığı İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine (Mahkeme) gönderdiği 31/3/2016 tarihli bir yazıda geçmiştir. Bundan kısa bir süre sonra 8/4/2016 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı, hakkında devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme ve FETÖ/PDY'ye bilerek ve isteyerek yardım etme suçlarından soruşturma açmak amacıyla başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılması için bir fezleke hazırlamış ve bu fezleke 18/4/2016 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına (TBMM) sunulmak üzere Bakanlığa gönderilmiştir.

22. Anılan fezlekenin hazırlanmasından kısa bir süre sonra TBMM Genel Kurulunda kabul edilen 20/5/2016 tarihli ve 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddeyle bu maddenin TBMM'ce kabul edildiği 20/5/2016 tarihi itibarıyla Bakanlığa, Başbakanlığa, TBMM'ye veya -Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu- Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş olan dosyalar hakkında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Başvurucu, yöneticisi olduğu CHP'nin yaklaşımına uygun olarak *kabul* yönünde oy kullandığını belirtmiştir.

23. Anayasa'nın geçici 20. maddesinin yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 19/8/2016 tarihli

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

iddianamesi ile başvuru hakkında devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme ve FETÖ/PDY'ye bilerek ve isteyerek yardım etme suçlarından cezalandırılması istemiyle İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmıştır (başvuru hakkında yürütülen soruşturmaya ilişkin açıklamalar için bkz. *Kadri Enis Berberoğlu*, B. No: 2017/27793, 18/7/2018, §§ 17-28).

24. İddianamede C.D.nin "*Tutuklandık*" adlı kitabında yer alan "*27 Mayıs Çarşamba günü öğleden sonra solcu bir milletvekili dostum getirdi görüntüleri*" biçimindeki ifadeye ve başvuru tarihindeki 27/5/2015 tarihinde saat 14.32'de C.D. ile 21 saniyelik telefon görüşmesi yapmış olmasına dayanılmıştır. İddianameye göre baz istasyonu sinyal verilerinin başvuru tarihindeki Cumhuriyet gazetesi binasına birkaç yüz metre mesafedeki bir alışveriş merkezinde olduğunu göstermesi telefon görüşmesinin yüz yüze görüşmek için yapıldığını ortaya koymaktadır. Başvuru tarihindeki bu görüşmede, MİT tırlarının aranmasına ilişkin görüntüleri C.D.ye verdiği ileri sürülmüştür.

25. Başvuru tarihindeki 16/11/2016 tarihinde ilk kez hâkim karşısına çıkmıştır. Başvuru ve müdafileri yargılama sırasındaki savunmalarında suçlamayı kabul etmemişlerdir. Başvuru tarihindeki ve müdafileri; C.D.nin o gün başka milletvekilleri tarafından da arandığını, kaldı ki başvuru tarihindeki anılan tarihte milletvekili olmadığını, C.D. ile yüz yüze bir görüşmenin de gerçekleşmediğini belirtmişlerdir. Başvuru tarihindeki, kendisinin bir medya yöneticisi olması sebebiyle birçok gazeteci ve milletvekili ile görüşmesinin hayatın olağan akışına uygun olduğunu ifade etmiştir. Başvuru tarihindeki müdafii ise MİT tırları olayıyla ilgili olarak gerçeği söylemediği kamu makamlarınca değerlendirilen C.D.nin ifadelerinin güvenilir bulunmaması gerektiğini ileri sürmüştür.

26. İlk derece mahkemesinin 14/6/2017 tarihli kararı ile siyasal ve askerî casusluk maksadıyla devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçundan başvuru tarihindeki 25 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiş; duruşmada hazır bulunan başvuru tarihindeki, hükümlerle birlikte tutuklanmıştır. Başvuru tarihindeki hakkında FETÖ/PDY'ye bilerek ve isteyerek yardım etme suçu yönünden açılan davanın ise ayrılmasına karar verilmiştir.

27. İlk derece mahkemesinin suçun sübutuna ilişkin gerekçesinde şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

i. Yargılamaya konu bilgi ve belgeler; MİT'in ülkenin millî menfaatleri doğrultusunda Suriye'ye gönderdiği malzemeleri taşıyan tırların FETÖ/PDY ile bağlantılı asker ve savcılarca durdurulması, MİT personelinin darbedilmesi, araç ve taşınan malzemelere el konulması biçiminde gerçekleşen olayların sonucunda hukuka aykırı olarak elde edilmiştir. Tırların durdurulması ve aranması olayına karışan asker ve savcılar hakkında FETÖ/PDY'nin talimatıyla hareket ettiklerinden bahisle çeşitli davalar açılmış; özü itibarıyla devlet sırrı kapsamında olmasından dolayı konu ile alakalı bilgi, belge, resim ve doküman hakkında Adana Sulh Ceza Hâkimliğince yayın yasağı kararı verilmiştir.

ii. Suriye Türkmenlerine yönelik yardım faaliyeti yürütüldüğü, MİT tırlarındaki malzemelerin devletin güvenliği ya da iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken bilgiler niteliğinde olduğu olaydan hemen sonra devlet yetkililerince açıklanmıştır. Ayrıca MİT de 6/2/2014 tarihli bir yazı ile haberlere konu faaliyetlerin 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu ile MİT Müsteşarlığına verilen görev ve yetkiler uyarınca ülkenin millî menfaatleri doğrultusunda yürütülen faaliyetler kapsamında olduğunu belirtmiştir. Buna ilave olarak olayların meydana geldiği tarihlerde ülke içinde ve dışında yaşanan olaylar ile Suriye sınırındaki gelişmeler birlikte değerlendirildiğinde söz konusu olayın bir millî güvenlik meselesi olduğu aşikârdır.

iii. Açıklanmasının devletin güvenliğine, iç ve dış siyasal yararlarına zarar vereceği ortaya konulmuş olmasına rağmen ve ulusal güvenlik söz konusu iken basın hürriyetinden bahsedilemez. Basın hürriyetinin sınırlarından biri millî güveniktir. Anayasa ve kanunlarla söz konusu sınırlar açıklanmış olmasına rağmen olaya ilişkin birçok fotoğraf ile desteklenmiş ayrıntılı bilgi 7/6/2015 tarihinde yapılan genel seçimlere bir hafta kala Cumhuriyet gazetesinin 29/5/2015 tarihli baskısında ve daha sonra da 12/6/2015 tarihli baskısında yayımlanmıştır. Haberleri yapan sanıklar hakkında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma başlatılmış ve kamu davası açılmıştır. C.D. tutuklu kaldığı sırada

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

"Tutuklandık" isimli bir kitap yazmış ve tahliye olduktan sonra bu kitabı yayımlamıştır. Kitapta yer alan bazı açıklamalar üzerine, bilgileri temin eden kişi hakkında soruşturma başlatılmıştır. Anılan kitapta yer alan ilgili açıklamalar şu şekildedir:

"Nihayet 27 Mayıs Çarşamba günü öğleden sonra solcu bir milletvekili dostum getirdi görüntüleri... İzleyince kafamda hiçbir şüphe kalmadı; MİT, Suriye'ye silah taşıyordu... bu tür durumlarda iki soru sorarsınız kendinize; gelen belge gerçek mi? Yayımlanmasında kamu yararı var mı? İkinin cevabı evet ise yayımlamak değil çekmeceye saklamak ihanettir. Görüntüleri hemen bizim yazı ekibiyle paylaştım; herkes çok heyecanlandı yayımlanması konusunda en ufak bir tereddüt bile duymadık... eldeki malzemeyi pek az kişi biliyordu görüntülerden en belirgin kareleri seçip sayfaya yerleştirdik. Manşet bir yalanı belgeliyordu. 'İşte Erdoğan'ın yok dediği silahlar!' O aşamada bombamızı gazetemizin icra kurulu başkanı [A.A.ya] göstermek aklıma geldi. Yazı işleri ile vakıf arasındaki hassas çizgiyi özenle koruyan bir yöneticiydi. Ancak aynı zamanda gazetenin ve benim avukatımdı. Bu tür duyarlı haberlerde ona danışmak adetim değildir. Görüntüleri izleyince, önce içindeki gazeteci, heyecanla ayağa kalktı; sonra içindeki avukat, onu itidale davet edip oturttu. 'Bunun sonuçlarını düşündün mü?' dedi. Bu alarm zili demekti. 28 Mayıs'taki acil toplantıya böyle girdik... sonra [A.] toplantıyı açarken gayet net konuştu: 'Bunun devlet sırrı olduğunu söyleyecekler. Tırları durduran savcuları askerleri tutukladılar, devletin sırrını ifşa ağır ceza gerektiren suçtur. Tutuklama kaçınılmaz...'"

iv. C.D.ye MİT tırları olayına ilişkin görüntüleri veren kişi veya kişilerin tespiti amacıyla yapılan soruşturmada HTS kayıtlarından başvuruçunun 27/5/2015 tarihinde saat 14.32.21'de C.D.yi aradığı, ikilinin 21 saniye görüştüğü tespit edilmiştir. Böylelikle başvuruçucu ile C.D.nin aynı bölgede oldukları ve başvuruçunun video görüntülerini içerir flash disk veya depolama vasfı olan nesneyi ona verdiği sonucuna ulaşılmıştır.

v. Olayların meydana geldiği tarihlerde CHP'nin genel başkan yardımcısı olan başvuruçucu, görüntüleri yayımlatarak Cumhurbaşkanı ve iktidarda bulunan Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) Hükûmeti hakkında "MİT tırlarıyla Suriye'deki terör örgütlerine silah yardımı yapılıyor." algısı oluşturarak Cumhurbaşkanı'nı ve AK Parti Hükûmetini kamuoyu nezdinde yıpratmayı, cezai soruşturmalara maruz bırakmayı, ulusal ve

uluslararası alanda özellikle Cumhurbaşkanı'nın savaş suçlusu olarak yargılanmasının önünü açmayı, buna ortam sağlamayı amaçlamıştır. En iyi ihtimalle seçim öncesi Hükûmeti zora sokarak seçimi kazanmalarının önüne geçilmek istenmiştir. Başvurucu, Cumhurbaşkanı ve AK Parti Hükûmetine zarar verme gayesiyle, siyasal amaçla hareket etmiş; hukuki ve cezai sorumluluklarının doğması ve yeniden iktidar olmalarının önüne geçilmesi için davaya konu bilgileri C.D.ye vermekten çekinmemiştir. Deneyimli bir gazeteci olan ve ana muhalefet partisi genel başkan yardımcısı sıfatını taşıyan başvurucu; ülkenin gündemini, iç ve dış siyasal ilişkilerini tahlil edebilecek bir konumda ve MİT turlarına ilişkin görüntülerin ulusal güvenlik açısından önemini bilebilecek durumdadır. Görüntülerin sanık C.D. tarafından yayımlanma şekli ve yapılan yorumlar birlikte değerlendirildiğinde bunların yayımlanmasındaki amaç daha anlaşılır hâle gelmektedir. Kaldı ki ana muhalefet partisinin genel başkan yardımcısı olan ve milletin Meclisinde millet adına vekil olmak isteyen başvurusunun yönetmeye talip olduğu devletin bekasını, millî güvenliğini, menfaatini normal bir vatandaşın çok daha fazla önemsemesi ve düşünmesi gerekmektedir.

vi. Olayların meydana geldiği tarihlerde Fetullah Gülen ve yapılanmasının devlet kadrolarından ayıklanmaya çalışıldığı, bu sebeple Cumhurbaşkanı'nın Fetullah Gülen ve yapılanmasının baş düşmanı hâline geldiği de gözetilmelidir.

vii. Görüntülerin daha önce Aydınlık gazetesinde yayımlandığından bahisle sır vasfını kaybettiği iddiaları ise kabul edilmemiştir. Olayın meydana geldiği 19/1/2014 tarihinden iki gün sonra 21/1/2014 tarihinde Aydınlık gazetesinde, bir tırda kasa içinde top mermileri olduğu iddia edilen bir görüntü verilmiş; başkaca herhangi bir bilgi, belge ve görüntü ise verilmemiştir. Ancak Cumhuriyet gazetesinde yapılan haber ve yayımlanan görüntülerin Aydınlık gazetesindekilerden farklı olduğu kanaatine ulaşılmıştır. Ayrıca Cumhuriyet gazetesindeki haberin tüm dünya gündemini sarsacak tarzda yapılması ve ilk kez yayımlanıyor olduğu yönündeki anlatımları da dikkate alınmalıdır. Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan bilgi, belge ve görüntüler daha önce yayımlanmamış ve aleniyet kazanmamıştır.

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

viii. C.D. kitabında görüntüleri kendisine bir milletvekili dostunun getirdiğini belirtmiştir. Başvurucu, görüntülerin verildiği tarihte milletvekili değilse de kitabın yazıldığı tarihlerde milletvekilidir ve C.D.nin buna istinaden başvurucuya milletvekili dediği kanaatine ulaşılmıştır.

28. Başvurucu, mahkûmiyet kararına karşı bozma ve tahliye talebiyle 18/7/2017 tarihinde istinaf kanun yoluna başvurmuştur. İstinaf dilekçesinde diğer hususların yanında HTS kayıtlarının tek başına delil olamayacağı, C.D.nin kitabında bahsettiği milletvekilinin başvurucu olduğu kabulünün varsayıma dayalı olduğu belirtilmiştir. İstinaf dilekçesinde, C.D.nin güvenilirliğinin ve kitabın içeriğinin sorgulanması gerektiği savunularak yargı makamlarının kitabın içeriğindeki bilgilerin gerçeği yansıtmadığını kabul etmelerine rağmen sadece bir satırını gerçek kabul etmelerinin bir çelişki olduğu ifade edilmiştir. Dilekçede, iddianamedeki kabule göre C.D.nin bir casus olduğuna işaret edilmiş ve şu sorular sorulmuştur: *"Can Dündar bir casussa ... suç ortağını neden ele versin? Bu akla yatıyor mu? İddianamede çizilen Can Dündar portresine bu davranış uyuyor mu? Peki, bir an için ihtimal olarak düşünelim: Can Dündar hedef saptırıyor olamaz mı? ...Üstelik bu ihtimal daha akla yatkın değil mi?"*

29. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi (Bölge Adliye Mahkemesi) 9/10/2017 tarihinde hükmün bozulmasına karar vermiş ancak başvurucunun tahliye talebini reddetmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi dosyayı *"yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere"* ilk derece mahkemesine iade etmiştir. İlk derece mahkemesi sonraki yargılamaların Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yapılması gerektiği gerekçesiyle dosyayı iade etmiş; mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlığı Bölge Adliye Mahkemesinin *"dosyanın sürüncemede kalmaması gerekçesiyle"* 10/11/2017 tarihinde, kamu davasının yeniden görülmesine karar vermesiyle sonuca bağlanmıştır.

30. Bölge Adliye Mahkemesi 13/2/2018 tarihinde, ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet hükmünü kaldırmış ve başvurucunun devletin güvenliği ya da iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerini açıklama suçunu işlediğini kabul ederek 5 yıl 10 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve tutukluluk

hâlinin devamına karar vermiştir. Bölge Adliye Mahkemesinin gerekçesinin mahkûmiyet kararının sübutuna ve hukuki nitelendirmesine ilişkin kısmının tamamı şöyledir:

"Sanığın, sübut bulduğunda kuşku bulunmayan 'devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgileri' hangi kasıt ile açıkladığının tespiti açısından yapılan incelemede; sanığın uzun süren gazetecilik yaşamına ve medya sektöründe yöneticilik yapma vasfına haiz olduğu, 2015 yılı Haziran ayı itibariyle yapılan seçimlerde CHP'nden milletvekili seçildiği, görevine başlamadan önceki dönemde, henüz milletvekili görevine başlamamışken, İstanbul 14.Ağır Ceza mahkemesinin 2016/37 Esas ve 2016/162 Karar sayılı dosyasında yargılanarak mahkumiyetine karar verilen Can Dünder'a, Can Dünder'ın 'Tutuklandık' isimli kitabında da açıkça belirttiği üzere 27 Mayıs öğleden sonra, daha önce ayrıntıya girilmeksizin kamuoyunu aydınlatma ve haber verme kapsamında kalır nitelikte Aydınlik gazetesinde yer alan bilgilerden çok fazlasını içerir görüntü ve bilgileri yayınlanacağını bilerek ve bu bilgilerin devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgiler olduğunu öngörebilecek bilgi ve birikime sahip olmasına rağmen verdiği, eyleminin bu hali ile genel kastla işlenebilen 'devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibariyle gizli kalması gereken bilgileri açıklama' suçuna vücut verdiği anlaşılmış olup, Can Dünder'ın sanığa iftira ettiğine, başka kişi veya kişilerle işbirliği yaparak sanığa kumpas kurduğuna ilişkin bir savunma bulunmadığı gibi bunu destekler nitelikte herhangi bir bilgi ve belge de dosyamızda bulunmamaktadır. HTS kayıtlarının konuşma tarihi, saati ve konuşulan kişi yönüyle Can Dünder'ın beyanı ile uyumlu olduğu sabittir. Aynı gün konuşulduğu belirtilen kişilerden milletvekili vasfına sahip olanlar ile Can Dünder'ın görüşme saatleri ve konuşan kişilerin sinyal bilgilerinin ait olduğu baz istasyonlarının yerleri dikkate alındığında Can Dünder'ın kitabında verdiği zaman dilimi ile uyumlu olmadıkları sabittir.

Sanığın herhangi bir yabancı devlet görevlisi ile veya herhangi bir terör örgütü yöneticisi veya üyesi ile temas halinde olduğuna ve bu bilgileri bu maksatla elde edip yayınlanacağını bilerek Can Dünder'a vermek suretiyle açıklanmasını sağladığına dair dosyaya yansıyan bir delil bulunmamaktadır. Verilen bilgilerin yayınlanması sonrası oluşacak kamuoyunun hükümet aleyhine

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

olacağını bilmek ve bunu istemek tek başına özel kastın varlığını ortaya koymaya yetmeyecektir. Sanık kamu görevlisi değildir. Bilgileri bir kamu görevlisini kullanmak suretiyle elde ettiğine dair dosyamızda bir bilgi de yoktur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ve dosya içeriğine göre yapılan inceleme ve değerlendirmelere göre; sanığın üzerine atılı eylemin TCK'nın 329/1 maddesi kapsamında kaldığı, sübut bulan bu suçtan ötürü cezalandırılması gerektiği kanaatine varılmış[tır.]”

31. İlk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmü ile tutuklanan başvuru yargılamanın geri kalan kısmında tutuklu kalmış ve başvuru tahliye talepleri reddedilmiştir. Başvuru, mahkûmiyet kararını 9/3/2018 tarihinde temyiz etmiş ve tahliye talebinde bulunmuştur. Temyiz dilekçesinde diğer iddiaların yanında C.D.nin kitabında belirttiği milletvekilinin başvuru olduğu kabulünün varsayımına dayalı olduğu, C.D.nin güvenilirliğinin ve kitabın içeriğinin sorgulanması gerektiği belirtilmiş; yargı makamlarının kitabın içeriğindeki bilgilerin gerçeği yansıtmadığını kabul etmelerine rağmen sadece bir satırını gerçek kabul etmelerinin bir çelişki olduğu ifade edilmiştir. Dilekçede ayrıca C.D.nin milleti aleyhine çalışan ve yurt dışına kaçan güvenilir bir kişi olduğu, bu sebeple onun beyanlarına itibar edilemeyeceği vurgulanmış ve istinaf dilekçesindeki benzer sorulara yer verilmiştir. Belirtilen elektronik veri depolama diskinin C.D.ye teslim edildiğine dair kanıtın bulunmadığı açıklanan dilekçede, bu kişinin seçim çalışmaları kapsamında telefonla arandığı savunulmuştur.

32. Yargılama süreci devam ederken TBMM, Cumhurbaşkanlığı ve Milletvekili Seçimlerinin 24/6/2018 tarihinde yapılmasına karar vermiş; tutuklu bulunan başvuru, Partisince İstanbul 2. Bölge 1. sıra milletvekili aday olarak gösterilmiş ve yeniden milletvekili seçilerek 27. dönem İstanbul milletvekili olmuştur.

33. Milletvekilliğinin kesinleşmesini müteakip başvuru 29/6/2018 tarihinde, dosyasının temyiz incelemesi için bulunduğu Yargıtay 16. Ceza Dairesinden tahliye talep etmiştir. Başvuru yeniden milletvekili seçilmesi nedeniyle Anayasa'nın 83. maddesinin sağladığı yasama dokunulmazlığına tekrar kavuştuğunu, bu nedenle Anayasa'nın

emredici hükmü gereği yargılamanın durmasına karar verilerek tahliye edilmesini talep etmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 19/7/2018 tarihli kararında Anayasa'nın geçici 20. maddesi hükmü uyarınca başvuruçunun dokunulmazlık kazanmadığı gerekçesiyle yargılamanın durması talebini reddetmiştir. Tutukluluk durumu hakkında ise herhangi bir gerekçe açıklamaksızın talebin temyiz isteminin esasıyla birlikte değerlendirilmesine karar vermiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin durma talebinin reddine dair gerekçesi şu şekildedir:

"Anayasa yapıcının amacı ve kanunun kapsamının belirlenmesi açısından uygulama ve doktrindeki görüşler dikkate alındığında; madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere 20/05/2016 tarihi itibarıyla ilgili birimlere intikal etmiş dokunulmazlığın kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan Milletvekilleri hakkında, 'bu dosyalar bakımından' Anayasanın 83. maddesi 2. fıkra 1. cümlesinin uygulanamayacağı öngörülmüştür.

Bu itibarla geçici 20. maddenin, yasama dokunulmazlığına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 83/2 inci fıkrasına nazaran 'Anayasal bir özel hüküm' olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Anılan hükmün geçici madde olması, hükmün Anayasal hüküm olma niteliğini değiştirmeyeceği gibi özel hüküm olması nedeniyle genel hüküm karşısında öncelikle uygulanma zorunluluğu hukukun temel ilkelerindedir. Madde metninin sarahatine göre, düzenlemenin milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına dair bir parlamento kararı olmadığı açıktır. Doğrudan Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 20.5.2016 tarihi itibarıyla işlem görmüş dokunulmazlık dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından uygulanamayacağı öngörülerek, aynı madde fıkrasında yer alan iki istisna durumuna bir üçüncü istisna olarak eklendiği görülmektedir.

Şu hale göre, dokunulmazlık statüleri geçici 20. madde kapsamında kalan milletvekillerinin dokunulmazlıklarının, tıpkı ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar da olduğu gibi bu dosyalar sonuçlanıncaya kadar dokunulmazlıklarının bulunmadığının kabulü gerekir. Böylece kovuşturma hukuku yönünden genel hükümlere tabi olan milletvekilinin, yeniden seçilmesi halinde, önceki dokunulmazlığı hukuki niteliği itibarıyla 'münferit bir parlamento kararı olan dokunulmazlığın kaldırılması kararı' ile

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

kaldırılmadığından, Anayasa'nın 83/4. maddesi gereğince yeni bir dokunulmazlık korumasına kavuştuğunun kabulüne de imkan bulunmamaktadır. Hakkındaki kovuşturmanın, TBMM'nin dokunulmazlığı yeniden kaldırmasına gerek duyulmaksızın genel hükümlere göre devam etmesi gerekir gerekçesi ile sanık müdafinin davanın durmasına ilişkin talebi yerinde görülmemiştir."

34. Bu karara yapılan itiraz önce Yargıtay 16. Ceza Dairesinde yetkili nöbetçi heyet tarafından ele alınmış, 2/8/2018 tarihinde yargılamanın durması talebinin reddi kararının itirazı kabil olmadığına karar verilmiştir. Tutukluluk durumu hakkında ise "kararda düzeltme yapılmasına yer olmadığı" şeklindeki bir hükümle dosya, itiraz mercii olan 17. Ceza Dairesine havale edilmiştir. Yargıtay 17. Ceza Dairesi 6/9/2018 tarihli kararında gerek durma kararının incelenmesi yönünden gerekse tutukluluk hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

"CMK 267. maddesinde 'Hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.' düzenlemesi yer almaktadır.

1- CMK 223/8. Fıkra 2. Cümlesi gereğince verilecek 'durma kararlarına' karşı aynı fıkranın 3. Cümlesi gereğince itiraz edilebilecektir. Bu hüküm kapsamında itiraz kabiliyeti kazanması için 'durma kararı' verilmiş olması gerekmektedir.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin itiraza konu 19/07/2018 tarihli kararının (1) nolu bendiyle ilgili olarak 02/08/2018 tarihinde CMK 268/2. Fıkra gereğince Dairesince yapılan inceleme sırasında verdikleri kararda da ifade ettikleri gibi ' ... Davanın durmasına karar verilmesi talebinin reddine' dair kararlarının CMK 223/8.f kapsamında bir 'durma kararı' olmadığından itiraz olunabilecek kararlardan olmadığı Dairemizce yapılan değerlendirmede de anlaşılma; itiraza konu 'davanın durmasına karar verilmesi talebinin reddine' ilişkin karara karşı yapılan itiraz konusunda karar verilmesine yer olmadığına,

2- 16. Ceza Dairesinin itiraza konu yapılan 'Yasama dokunulmazlığı nedeniyle yargılamanın durmasına ilişkin talep reddedilmiş olduğundan, sanığın tutukluluk durumunun davanın esasıyla birlikte değerlendirilmesine' şeklindeki kararlarında tutuklamaya, tutuklamanın devamına, tutukluluk halinin devamına veya sanık müdafilerinin tahliye istemlerinin reddine ilişkin bir karar kurulmuş tahliye isteminin esasla birlikte değerlendirilmesine ibaresi

kullanılarak karar kurulmuş olması karşısında CMK 101/5.f ve CMK 104/2.f'da belirtilen çerçevede itirazın incelenmesi mümkün, itirazı kabil bir karar olmadığı anlaşılmalı; bu itiraz konusuna ilişkin olarak da Dairemizce karar verilmesine yer olmadığına...[karar verildi.]”

35. Anılan karar 13/9/2018 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu, yargılamanın durmaması sebebiyle Anayasa'nın 67. maddesinde korunan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ile 26. ve 28. maddelerinde güvenceye alınan ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla 11/10/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

36. Bu arada Yargıtay 16. Ceza Dairesi 20/9/2018 tarihli kararlar, Bölge Adliye Mahkemesinin mahkûmiyet kararının onanmasına karar vermiştir. Kararda ayrıca kesinleşen hükmün bir örneğinin Anayasa'nın 84. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca gereğinin takdiri için TBMM'ye gönderilmesine ve TBMM üyesi olan başvuru hakkında seçimden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sona ermesinden sonra mümkün olacağı gerekçesiyle de Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca tahliyesine hükmedilmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi öncelikle maddi olay denetimini gerçekleştirme yetkisi olup olmadığını değerlendirmiş, bu çerçevede en azından başvuruya konu olayda maddi olayı denetlemesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

37. Yargıtay 16. Ceza Dairesi sonraki aşamada sübutu kabul edilen olayın hukuki yönden değerlendirmesine geçmiş ve ilk olarak devlet sırrı kavramına odaklanmıştır. Daireye göre devletin güvenliği veya siyasal yararları bakımından, niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerin neler olduğu hususunda temel belirleyici kurum siyasi iktidardır. Zira devlet sırrı kavramı, siyasi iktidarın millî güvenliğe ve millî savunmaya ilişkin birtakım tasarruflarıyla ilgilidir. TBMM adına millî savunmayı sağlama görevi, Anayasa'nın 117. maddesine göre yürütmeye aittir. Devletin güvenlik strateji ve politikalarının, dış ilişkilerdeki hassas dengelerin ancak siyasi otorite tarafından bilindiği tartışmadan varestedir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, çağdaş demokrasilerde de devlet sırrı kavramı ve hükûmet tasarruflarının bireysel ve kolektif olarak bilgiye

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

ulaşılmasının engellenmesini haklı kılan iki sebep olduğunu ifade etmiş; millî güvenlik sebebine dayalı olarak ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına imkân veren uluslararası sözleşme hükümleri ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasını hatırlatmıştır. Kararın gerekçesinde devlet sırrı kavramının anlamına ilişkin bazı değerlendirmelere yer verilmiş, bu kapsamda mevzuatta yer alan bazı tanımların altı çizilmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi ayrıca yayımlanan bilgilerin sır olarak kabul edilip edilmeyeceği, söz konusu bilgileri açıklayanların cezalandırılmasının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olup olmadığı yönünden de değerlendirmelerde bulunmuş; millî güvenliğe ilişkin ciddi tehditlerin bulunduğu bir süreçte başvuru tarafından temin edilerek C.D.ye verilen ve Cumhuriyet gazetesinde yayımlanan bilgilerin daha evvel açıklanmamış bölümleri ve içeriği itibarıyla devletin güvenliği ve siyasal yararlarını koruma kabiliyetini haiz olduğu ve sır vasfını muhafaza ettiği, sırrın korunmasının da demokratik toplumda gerekli olduğu sonucuna ulaşmıştır.

38. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin nihai değerlendirmesi ise şu şekildedir:

"Kanunun amaç ve kapsamı, Dairemizce de kabul gören teori ve uygulamadaki görüşler ile tüm dosya kapsamına göre; sanığın, Devletin milli güvenliği ve siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla devlet sırrı mahiyetinde icra edilen faaliyetlere ilişkin bilgi ve görüntüleri Cumhuriyet gazetesinin genel yayın yönetmeni olan ve haberi yapan başka dosya sanığı Can Dünder'a, faaliyetten yaklaşık 16 ay sonra verdiğinin anlaşılması, sanığın bilgi birikimi ve mesleki tecrübesine göre, eyleminin sonuçlarını bilebilecek durumda olduğunun ve fakat bu bilgileri verdiği Can Dünder'a saik/özel kast bakımından iştirak iradesi doğrultusunda hareket ettiğini ortaya koyan sezgi ve zan düzeyini aşan kesin delil elde edilemediğinin, mahallinde gerekçeleriyle açıklanmış olması karşısında; sanığın niteliği gereği devlet sırrı olan bilgileri, açıklamaktan ibaret eyleminin TCK'nın 329/1. maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğunun kabulünde, aynı gerekçelerle anılan bilginin sır olarak korunmasının, suç tarihi itibarıyla de demokratik toplumda gerekli/zorlayıcı bir tedbir niteliğinde kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır."

39. Başvurucu, anılan Yargıtay kararını 30/10/2018 tarihinde öğrendiğini belirtmiş ve 26/11/2018 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

40. Hakkındaki mahkûmiyet hükmünün 4/6/2020 tarihinde TBMM Genel Kurulunda okunmasıyla başvurucunun milletvekilliği sıfatı sona ermiştir.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

41. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Devletin güvenliğine ve siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama*" kenar başlıklı 329. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri açıklayan kimseye beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

42. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Şüpheli veya sanığın salıverilme istemleri*" kenar başlıklı 104. maddesi şöyledir:

"(1) Soruşturma ve kovuşturma evrelerinin her aşamasında şüpheli veya sanık salıverilmesini isteyebilir.

(2) Şüpheli veya sanığın tutukluluk hâlinin devamına veya salıverilmesine hâkim veya mahkemece karar verilir. Bu kararlara itiraz edilebilir.

(3) Dosya bölge adliye mahkemesine veya Yargıtaya geldiğinde salıverilme istemi hakkındaki karar, bölge adliye mahkemesi veya Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Genel Kurulunca dosya üzerinde yapılacak incelemeden sonra verilir; bu karar re'sen de verilebilir."

B. Uluslararası Hukuk

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

43. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) "*Özgürlük ve güvenlik hakkı*" kenar başlıklı 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

"1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkûmiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması;

...

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir."

44. Sözleşme'ye ek (1) No.lu Protokol'ün "Serbest seçim hakkı" kenar başlıklı 3. maddesi şöyledir:

"Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler."

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkına İlişkin İçtihadı

45. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre kanun gereği yetkilendirilmiş, yürütme organı ve taraflardan bağımsız, yeterli güvenceye sahip yargısal organ olarak mahkemece verilen ve özgürlükten mahrumiyete yol açan her türlü mahkûmiyet kararı, Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi kapsamına girmektedir (*Engel ve diğerleri/Hollanda* [GK], B. No: 5100/71..., 8/6/1976, § 68). Anılan bentte yer alan "sonra" ifadesi, tutmanın sadece zaman bakımından mahkûmiyetin ardından gelmesi anlamına gelmemektedir. Aynı zamanda tutma, mahkûmiyetin bir sonucu olmalı; mahkûmiyetin ardından ve mahkûmiyete bağlı olarak veya mahkûmiyet sebebiyle gerçekleşmelidir (*Weeks/Birleşik Krallık* [GK], B. No: 9787/82, 2/3/1987, § 42). Kısacası mahkûmiyet kararı ile söz konusu özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır (*Monnell ve Morris/Birleşik Krallık*, B. No: 9562/81, 9818/82, 2/3/1987, § 40).

46. AİHM'e göre kişinin yetkili bir mahkemece mahkûm edilmesinden sonra özgürlüğünden mahrum bırakıldığı durumlarda Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre gerekli olan denetim, mahkemece yargı işlemlerinin bitiminde alınan karara dâhil edilir ve ek bir gözden geçirme bu nedenle gerekli olmaz. Diğer bir deyişle karar, yargılama sürecinin sonunda verilmiş ise zaten bir yargısal denetim içermektedir. Hapis cezasını veren derece mahkemesinin kararının bünyesinde tutmanın kanuniliğine dair yargısal denetim de vardır, bundan başka ayrıca bir yargısal denetim gerekli değildir (*Kafkaris/Kıbrıs* (k.k.), B. No: 9644/09, 21/6/2011, § 58).

47. Öte yandan kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasını haklı kılan nedenlerin zamanın geçmesiyle birlikte değişmeye tabi olduğu durumlarda veya tutmanın hukukiliğini etkileyen yeni bir meselenin ortaya çıkması durumunda yargısal denetim gerekli olacak ve dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasının uygulanması söz konusu olacaktır (*Stollenwerk/Almanya*, B. No: 8844/12, 7/9/2017, § 36).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

48. Mahkemenin 17/9/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Seçilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

49. Başvurucunun bu başlık altındaki şikâyetleri şu şekildedir:

i. Anayasa'nın geçici 20. maddesi gereğince dokunulmazlığını kaybeden başvurucu 24 Haziran 2018 tarihinde gerçekleştirilen seçimlerde tekrar milletvekili seçilmesiyle birlikte Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca yeniden dokunulmazlık kazanmıştır. Geçici 20. maddenin ikinci fıkrası 83. maddenin ikinci fıkrasına getirilmiş bir istisna hükmü olup diğer fıkralarının uygulanmayacağına dair bir ifade içermemektedir. Buna göre 83. maddenin diğer fıkraları maddi ve daimî hükümler olarak uygulanmaya devam edecektir. Anayasa koyucunun iradesi oldukça açıktır ve yoruma gerek bırakmamaktadır.

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

ii. Anayasa'nın geçici 20. maddesi, yürürlüğe girdiği tarihe kadar ilgili mercilere intikal etmiş dokunulmazlık fezlekelerinin her biri hakkında TBMM'nin izin verme usulünün yerine topluca dokunulmazlığın kaldırılması hükmünü içermektedir. Dolayısıyla anılan madde 26. yasama döneminde geçerli olan dokunulmazlıklara uygulanarak tükenmiş bir hüküm olup yasama dokunulmazlığı gibi somut bir hukuki güvenceye kalıcı bir istisna getirmemektedir.

iii. 24 Haziran seçimlerinde tekrar milletvekili seçilerek dokunulmazlık kazandığı hâlde yasama dokunulmazlığından yararlandırılmayan başvuruçunun yargılanmasına devam edilerek ve tutukluluğu sürdürülerek Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve milletvekili olarak siyasi faaliyette bulunma hakkı ihlal edilmiştir.

50. Bakanlık görüşünde şu değerlendirmelere yer verilmiştir:

i. Seçme ve seçilme hakkı mutlak bir hak değildir. Devletler seçme ve seçilme hakkının kullanılmasını belirli şartlara bağlayabilirler. Seçilebilirlik ile ilgili kriterlerin belirlenmesi konusunda devletlerin sahip olduğu geniş takdir yetkisi her devletin kendine özgü tarihî ve siyasi durumuna göre değişmektedir.

ii. Anayasa'nın geçici 20. maddesi dokunulmazlıkları kaldıran değil yasama dokunulmazlığının uygulanmasını engelleyen, üstelik zaman sınırlaması olmayan bir anayasa hükmüdür. Bu sebeple bir yasama işlemi olan Meclis kararıyla dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilinin yeniden seçilmesi hâlinde tekrar dokunulmazlık kazanacağına dair Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrasının geçici 20. madde ile dokunulmazlıkları kaldırılan milletvekilleri hakkında uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

51. Başvuruçucu, Bakanlık görüşüne karşı beyanında şu değerlendirmelere yer vermiştir:

i. Geçici dahi olsa bir Anayasa maddesinde yürürlük tarihi ya da ibaresi yer almaz. Zira Anayasa'ya eklenen bir maddenin hangi tarihe kadar geçerli olacağı ve yürürlükte kalacağı gibi hususların madde metninde belirtilmesi, anayasal düzenlemenin ve Anayasa'nın genel

mantığı ile bağdaşmaz. Anayasa'nın geçici maddelerinin yürürlükte kalma süresi normun mahiyetine bakılarak anlaşılır. Nitekim anayasa koyucu normun işlevsellik açısından amacının devletin ilgili birimlerine *"intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan"* milletvekilleri hakkında o dönem için dokunulmazlıklarının kaldırılması olduğunu ifade etmiştir.

ii. Bakanlığın *"yeni ve özel bir yasama dokunulmazlığı kapsamı çizen anayasal hüküm getirildiğinden, söz konusu dosyalar sonuçlanıncaya kadar dokunulmazlığın kaldırıldığı kabul edilecektir. Bu milletvekillerinin yeniden seçilmeleri halinde belirtilen dosyalar bakımından yasama dokunulmazlıkları yoktur."* biçimindeki yorumu hatalıdır. Zira geçici 20. maddenin hiçbir yerinde *"Dosyalar sonuçlanana kadar yeniden dokunulmazlık kazanılmaz."* yahut *"Hiçbir yasama döneminde dokunulmazlık kapsamında görülemez."* benzeri bir ifade bulunmamaktadır.

2. Değerlendirme

52. Anayasa'nın *"Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları"* kenar başlıklı 67. maddesinin birinci fıkrasının ilgili kısmı ve dördüncü fıkrası şöyledir:

"Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak ... seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma ... hakkına sahiptir.

Bu hakların kullanılması kanunla düzenlenir."

53. Anayasa'nın *"Yasama dokunulmazlığı"* kenar başlıklı 83. maddesi şöyledir:

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz.”

54. 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile Anayasa'ya eklenen geçici 20. madde şöyledir:

”Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren onbeş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir”

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

55. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

56. Anayasa'nın 67. maddesinde; seçme, seçilme ve bağımsız olarak veya bir siyasi parti içinde siyasi faaliyette bulunma hakkı güvence altına alınmıştır. Çoğulcu demokratik rejimlerin vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilen siyasi partiler, milli iradenin oluşumu, anayasal rejimin işleyişi ve siyasal düzenin varlığı için belirleyici rol oynayan kuruluşlardır. Parlamenter demokraside halk ile yönetim arasındaki bağlantıyı ve parlamentonun siyasi meşruiyetini, demokratik usul ve esaslara göre belirlenen seçimler aracılığıyla halkın temsilcisi olarak seçilen milletvekilleri gerçekleştirirler (*Mustafa Ali Balbay*, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 127; *Sebahat Tuncel (2)*, B. No: 2014/1440, 26/2/2015, § 39). Bu sebeple seçimler ve siyasi haklar Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan demokratik devletin vazgeçilmez unsurlarıdır (AYM, E.2002/38, K.2002/89, 8/10/2002; *Sebahat Tuncel*, B. No: 2012/1051, 20/2/2014, § 65).

57. Siyasi haklar seçimlerde oy kullanma, aday olma ve seçilme haklarının yanında siyasi faaliyette bulunma hakkını da kapsar. Anayasa'nın 67. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında yer alan haklar demokrasiyi hayata geçirme hedefi ile doğrudan bağlantılıdır (*Mustafa Ali Balbay*, § 110; *Mustafa Hamarat* [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019, § 45; *Ömer Faruk Eminağaoğlu*, B. No: 2015/7352, 26/9/2019, § 52).

58. Yasama yetkisinin sahibi olan parlamento ve onun mensubu olan milletvekilleri anayasal sınırlar içinde toplumda var olan farklı siyasi görüşlerin temsilcileridir. Serbest seçimlerle halk adına karar alma yetkisi verilen milletvekillerinin asli görev alanı parlamento faaliyetleri olup bunların parlamentodaki görevlerini yürütmeleri, üstün kamusal yarar ve önem içermektedir (*Mustafa Ali Balbay*, § 128; *Sebahat Tuncel (2)*, § 41).

59. Seçilme hakkı sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda ilgilinin seçildikten sonra milletvekili sıfatıyla temsil yetkisini fiilen kullanabilmesini de kapsar. Bu bağlamda seçilmiş milletvekilinin yasama faaliyetine katılmasına yönelik müdahale, sadece onun seçilme hakkına değil aynı zamanda seçmenlerinin serbest iradelerini açıklama

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

hakkına ve siyasi faaliyette bulunma hakkına yönelik bir müdahale teşkil edebilir (*Sebahat Tuncel*, § 67).

60. Kamu otoritelerinin kanuna dayalı olarak ve anayasal açıdan meşru birtakım amaçlarla siyasi faaliyetlere çeşitli sınırlamalar getirmesi mümkündür. Ancak milletvekillerinin yasama faaliyetleri Anayasa'da özel olarak koruma altına alınmıştır. Anayasa koyucu bu hükümlerle, halkın siyasi iradesinin engellenmemesini ve hakkın özünün etkisiz hâle getirilmemesini hedeflemiştir (*Mustafa Ali Balbay*, § 129; *Sebahat Tuncel* (2), § 42).

ii. Müdahalenin Varlığı

61. Somut olayda ilk derece mahkemesinin 14/6/2017 tarihli mahkûmiyet kararı ile birlikte tutuklanan başvuru, dosya temyiz incelemesinde bulunduğu sırada 24/6/2018 tarihinde yapılan seçimde tekrar milletvekili seçilmiştir. 29/6/2018 tarihinde, dosyasının temyiz incelemesi için bulunduğu Yargıtay 16. Ceza Dairesinden tahliye talep eden başvuru, bu talebi 19/7/2018 tarihinde incelenmiş fakat -hükümün esasıyla birlikte değerlendirilmek üzere- reddedilmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 20/9/2018 tarihli ilamla ise Bölge Adliye Mahkemesinin mahkûmiyet kararını onamış ve başvuru, tahliyesine karar vermiştir. Başvuru, milletvekilliğinin kesinleşmesinden itibaren yaklaşık üç ay daha hükmen tutuklu olarak hürriyetinden yoksun kalmıştır.

62. Tekrar milletvekili seçilmesi nedeniyle Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince başvuru hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılması, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlı olduğu hâlde Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası hükmüne aykırı olarak yargılanmasına devam edilmesi, hükmen tutuklu olarak tutulması ve mahkûmiyet kararının onanarak kesinleştirilmesi suretiyle başvuru, siyasi faaliyette bulunma hakkına müdahale edildiği kabul edilmiştir.

iii. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

63. Yukarıda anılan müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe Anayasa'nın 67. maddesinin ihlalinin teşkil edecektir. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

64. Somut olayda Yargıtay 16. Ceza Dairesi, Anayasa'nın yasama dokunulmazlığına ilişkin geçici 20. maddesinin, 83. maddesinin *"Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır."* biçimindeki dördüncü fıkrasına nazaran özel hüküm olduğunu ve *"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz."* biçimindeki ikinci fıkrasına getirilmiş sürekli bir istisna olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 16. Ceza Dairesine göre bir hükmün geçici madde olması onun bir anayasal hüküm olma niteliğini değiştirmediği gibi özel hüküm olması nedeni ile genel hükme göre öncelikli olarak uygulanması gereğini de ortadan kaldırmayacaktır.

65. Somut olayda Yargıtay 16. Ceza Dairesi, yasama dokunulmazlığına ilişkin Anayasa'nın 83. maddesi ile Anayasa'nın geçici 20. maddesi arasındaki ilişkiyi şu şekilde değerlendirmiştir: Geçici 20. madde, 83. maddenin *"Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır."* biçimindeki dördüncü fıkrasına nazaran özel hüküm ve *"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz."* biçimindeki ikinci fıkrasına getirilmiş sürekli bir istisnadır. Bir hükmün geçici madde olması onun bir anayasal hüküm olma niteliğini değiştirmediği gibi özel hüküm olması nedeni ile genel hükme göre öncelikli olarak uygulanması gereğini de ortadan kaldırmayacaktır.

66. Yargıtay kararında geçici 20. maddeyle birlikte Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasındaki iki istisnaya bir üçüncüsünün eklendiği kabul edilmiştir. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan iki istisnanın gerçekleştiği hâllerde TBMM'nin kararı gerekmeksizin dokunulmazlığın hiç var olmadığı kabul edildiği gibi geçici 20. madde

ile dokunulmazlığı kaldırılan milletvekilleri hakkındaki soruşturma veya kovuşturmanın devam etmesi için de yeni bir TBMM kararı gerekmez. Sonuç olarak Yargıtay 16. Ceza Dairesi, başvurusunun yasama dokunulmazlığının münferit bir TBMM kararı ile değil Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan istisnai hâllere üçüncü bir istisna getirdiğini kabul ettiği Anayasa hükmü olan geçici 20. madde ile kaldırılmış olmasından ötürü yeniden seçilmiş olmakla dokunulmazlığı tekrar kazanılamayacağına karar vermiş ve yargılamanın durdurulması ve tutukluluğuna son verilmesi taleplerini reddetmiştir.

67. Buna karşılık başvuru, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin söz konusu yorumunun esasen soyut mahiyette bulunmayan ve sadece somut bir olaya veya olaylar grubuna uygulanmak için kabul edilmiş olan geçici 20. maddenin gerekçesine ve anayasa koyucunun iradesine açık bir aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

(1)Anayasa'nın Sözüne Uygunluk Ölçütü

68. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlandırmaların Anayasa'nın sözüne aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ölçütlerinden biri de *Anayasa'nın sözüne uygundur*. Anayasa Mahkemesi, somut olaya uygun düştüğü takdirde, kamu gücünü kullanan organların temel hak ya da özgürlüklere yaptıkları müdahalelerin Anayasa'nın sözüne uygun olup olmadığını da değerlendirir. Böyle bir değerlendirme yapılması, Anayasa'nın 13. maddesinin emredici hükmünün bir gereğidir.

69. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan *Anayasa'nın sözü* deyimi Anayasa'nın metnini yani lafzını ifade etmektedir. Temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerin Anayasa'nın sözüne uygun olması şartı özellikle Anayasa'nın çeşitli maddeleriyle getirilen *ek güvenceler* söz konusu olduğunda önem taşımaktadır. Anayasa, çoğu durumda bir hak veya özgürlüğü yalnızca tanımakla yetinmeyerek onun kullanılmasını garanti altına almak için bazı yönlerini ayrıca vurgulayarak veya bazı yönlerine belli bir önem atfederek koruma altına alır. Anayasa koyucunun bir hakkı tanınmanın yanında o hakkın norm alanına giren bir

boyutunu ayrıca ve özel olarak ifade etmesi, buna ilişkin ek bir güvence getirmesi de mümkün olabilmektedir.

70. Nitekim yasama dokunulmazlığına ilişkin Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası, milletvekillerinin TBMM'nin kararı olmadıkça tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı güvencesine yer vermiş; aynı kuralın dördüncü fıkrası ise tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını TBMM'nin yeniden dokunulmazlığı kaldırmasına bağlamıştır. Yasama dokunulmazlığına ilişkin bu şart Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrasının sözünden kaynaklanan bir ek güvencedir.

71. Mevcut olayda çözümlenmesi gereken mesele Yargıtay 16. Ceza Dairesinin temyiz incelemesi için önünde bulunun bir davada Anayasa'nın 83. ve geçici 20. maddelerine ilişkin olarak yaptığı yorumun Anayasa'nın sözüne uygun olup olmadığının değerlendirilmesidir. Norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuru yolunda da Anayasa maddelerinin nihai yorum yetkisi Anayasa Mahkemesine aittir.

72. Dolayısıyla incelenen bireysel başvuru dosyasında temel hakka müdahaleye yol açan yorumun Anayasa'nın sözüne uygun olmadığı ve yasama dokunulmazlığını koruyan Anayasa'nın 83. maddesine aykırı davranıldığı tespit edilmesi hâlinde başvurucunun Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınmış olan siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğinden söz edilebilir.

(2)Genel Olarak Yasama Dokunulmazlığı

73. Demokratik temsil değerlerinin hayata geçirilebilmesi bakımından oldukça önemli güvenceler olan yasama bağımsızlıkları yüzyıllar süren anayasal mücadeleler sonucunda elde edilmiş anayasal kazanımlardır (AYM, E.2017/124, K.2018/9, 14/2/2018). Bu güvencelerden yasama dokunulmazlığı, Meclisin rızası olmaksızın gözaltına alma ve tutuklama gibi ağır müdahaleler de dâhil olmak üzere ceza muhakemesi işlemlerinin uygulanmasına karşı suç işledikleri iddia edilen parlamento üyelerine tanınmaktadır. Hukukumuzda ilk kez 1876 Kanun-u Esasisi'nin 79. maddesi ile giren yasama dokunulmazlığı kurumu, geçirdiği bazı

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

değişikliklere karşın 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu hariç sonraki anayasaların tamamında korunmuştur.

74. Anayasa'nın 83. maddesinde hükme bağlanmış olan yasama dokunulmazlığı, parlamento üyelerinin zamansız ceza kovuşturmaları ile yasama çalışmalarından alıkonulabilmesinin önüne geçmeyi amaçlayan ve milletvekilliğinin sona ermesi ile birlikte kendiliğinden yitirilen, geçici bir güvence olarak kabul edilmiştir. Yasama dokunulmazlığı ile ilgili kuralların varlığı her şeyden önce temsili demokrasi ilkesini koruma ihtiyacına dayanmaktadır. Bu türden bir dokunulmazlık, özellikle Mecliste azınlıkta kalan ve muhalif milletvekillerinin halkın seçilmiş temsilcileri olarak gereksiz müdahale kaygısı taşımaksızın demokratik işlevlerini fiilen yerine getirebilmelerini sağlar.

75. Öte yandan Anayasa Mahkemesi birçok kararında dokunulmazlık kurumunun asıl amacının milletvekilinin şahsının değil onun şahsında yasama işlevinin korunması ve böylece kamu yararının sağlanması olduğunun altını çizmiştir. Bu kurumun gayesi milletvekillerine bir ayrıcalık sağlamak olmayıp onları çeşitli nedenlerle açılacak kovuşturmalara karşı korumaktır (benzer değerlendirmeler için bkz. AYM, E.2017/124, K.2018/9, 14/2/2018). Söz konusu güvence ile amaçlanan ise milletvekilinin parlamentodaki çalışmalarına katılmasını sağlamaktır. Yasama dokunulmazlığı mutlak bir güvence olmayıp milletvekilinin parlamentodaki fiziki katılımını imkânsız kılacak ceza hukuku tasarruflarından geçici olarak koruma sağlar. Anayasa'nın 83. maddesine göre milletvekilliği statüsü sona erdiği yahut aksi yönde bir parlamento kararının verildiği andan itibaren herkes gibi milletvekili de yargılanabilir.

(3) Geçici 20. Maddenin Anlam ve Kapsamı

76. TBMM Genel Kurulu tarafından 20/5/2016 tarihinde kabul edilen kanun ile Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddeye göre 20/5/2016 tarihi itibarıyla soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin olarak Bakanlığa, Başbakanlığa, TBMM Başkanlığına veya Karma Komisyon

Başkanlığına intikal etmiş dosyaları bulunan milletvekillerinin -başkaca bir işlem, oylama veya karara gerek olmaksızın- bu dosyalara konu fiiller bakımından yasama dokunulmazlığına sahip olmadıkları kabul edilecektir.

77. Bu düzenlemenin genel gerekçesinde milletvekillerine ait dokunulmazlıkların kaldırılmasının toplumsal bir talep ve ihtiyaç olarak ortaya çıktığı ve bir siyasi istismarın önünün kesilmesini temin için de bütün dokunulmazlık dosyalarının kapsama alındığı ifade edilmiştir. Böylece tek tek ele alındıklarında TBMM'nin ayları aşan bir zamanının harcanmasına ve esaslı iş yoğunluğuna sebep olacağı öngörülen dokunulmazlıkların şeklen objektif ve kişiye özgü olmayan bir şekilde yapılan bir düzenleme ile kaldırılması amaçlanmıştır.

78. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, Anayasa'nın geçici 20. maddesinin yasama dokunulmazlığına ilişkin genel hüküm niteliğindeki 83. maddenin ikinci fıkrasına nazaran *"anayasal bir özel hüküm"* olarak düzenlendiğini ifade etmiştir. Öncelikle Anayasa'nın geçici 20. maddesinin özel hüküm olarak kabul edilmesinin meseleyi tümüyle çözmeyeceği belirtilmelidir. Bunun sebebi geçici 20. maddenin genel norm olan 83. maddenin düzenlediği bütün hâllere dair hükümler içermemesidir. İki kural arasındaki tartışma bulunmayan irtibat noktası ise Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz."* biçimindeki kuralın yalnızca geçici 20. madde kapsamına giren dosyalar bakımından uygulama dışı tutulmuş olmasıdır.

79. Somut olayda çatışma kurallarının uygulandığı iki normun zaman bakımından aynı sürekliliğe sahip olmadığı, 83. maddenin ikinci fıkrasının sürekli -Yargıtayın, Bakanlığın ve başvurucunun kabul ettikleri gibi- geçici 20. maddenin ise geçici nitelikte olduğu ve genel hükme getirilmiş bir istisna hükmü mahiyeti taşıdığı konusunda da herhangi bir tereddüt yoktur. Bu sebeplerle de eldeki meselenin çözümlenmesinde esas olarak geçici 20. maddenin *geçici* niteliği gereği işlevini yürürlüğe girer girmez tamamlayıp tamamlamadığına ve bir istisna hükmü olmasına bağlı sonuçlara odaklanılmalıdır.

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

80. İlk olarak geçici 20. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"bu dosyalar bakımından"* ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi önemlidir. Nitekim Yargıtay 16. Ceza Dairesi 19/7/2018 tarihli kararında kuralda yer alan *"bu dosyalar bakımından"* ibaresini özellikle vurgulamıştır.

81. Türkiye'de dokunulmazlığın kaldırılmasında izlenecek olan usule yakından bakılması konunun netleştirilmesine yardımcı olabilir. Dokunulmazlığın kaldırılması usulü TBMM İçtüzüğü ile düzenlenmiştir. Buna göre hakkında bir suç işlediği şüphesi olan kişinin milletvekili olduğu anlaşılırsa veya hakkında bir suç soruşturması veya kovuşturması yapılan kişi milletvekili seçilirse -dosyanın bulunduğu aşamaya göre- soruşturma veya kovuşturma makamları Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası delaletiyle 5271 sayılı Kanun'un 223. maddesinin (8) numaralı fıkrası gereğince durma kararı vererek Bakanlığa milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması hakkında bir talep iletirler. Bakanlıkça yapılan teknik bir incelemenin ardından hazırlanan ve TBMM İçtüzüğü'nün 131. ve devamı maddelerinde *"dokunulmazlık dosyaları"* olarak adlandırılan talepler TBMM Başkanlığına iletir.

82. Şu hâlde geçici 20. maddenin *"Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte... Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından..."* biçimindeki ifadelerinde geçen ve haklarında Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünün uygulanmayacağına ifade edildiği *"bu dosyalar"* ibaresinden kasıt milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması hakkında yetkili mercilerce hazırlanan ve Bakanlığa, Başbakanlığa veya TBMM'ye intikal etmiş bulunan *"yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin"* taleplere dair dosyalardır. Dolayısıyla geçici 20. maddenin getirdiği istisnanın her bir ceza dava dosyası bakımından değil Anayasa değişikliğinin kabul edildiği tarihte mevcut yasama dokunulmazlığının kaldırılması taleplerine ilişkin fezleke tabir edilen her bir *"yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosya"* ile sınırlı olduğu açıktır.

83. Böyle bir durumda yeniden milletvekili seçilen bir kişi Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca yeniden dokunulmazlık kazandığına ve geçici 20. maddedeki *istisna* yalnızca 20/5/2016 tarihine kadar kuralda sayılan mercilere *intikal eden yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar bakımından* geçerli olduğuna göre yeniden milletvekili seçilen başvurucu da katıldığı seçimlerde milletvekili seçilen diğer milletvekillerinin tabi olduğu genel hukuki rejime tabi olacaktır. Aksinin kabulü geçici 20. maddenin norm alanının kapsamına girmeyen bir olaya uygulanması anlamına gelir ve Anayasa'nın sözüne aykırılık oluşturur.

84. Öte yandan hazırlık çalışmaları bir kuralın yorumlanmasında ve uygulanmasında mevcut muğlaklık iddialarının giderilmesinde rehberlik sağlayabilir. Geçici 20. maddenin TBMM görüşmeleri sırasında ve madde oylamasından önce Anayasa Komisyonu Başkanı'nın uygulamayla ilgili olarak yaptığı açıklamalar Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1028) ve Anayasa Komisyonu Raporunda yer almıştır. Raporda yer aldığı şekliyle söz konusu açıklamalar da düzenlemenin lafzdaki açıklığını teyit etmektedir:

"Komisyon Başkanı İstanbul Milletvekili Mustafa Şentop uygulamayla ilgili olarak uygulayıcılara yol göstermek ve maddenin yorumlamasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermek açısından kısa bir açıklama yapmıştır. Buna göre;

- Anayasa değişikliği Teklifi ile Anayasa'nın 83'üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmünün uygulanmaz denildiği, Anayasa'nın 83'üncü maddesinin dördüncü fıkrasının varlığını sürdürdüğü, tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasının Meclisin dokunulmazlığı yeniden kaldırmasına bağlı olduğu, bu hükme ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmadığı için hükmün yerinde durduğu ve geçerli olduğu, dolayısıyla tekrar bir seçim olması hâlinde seçilenlerin, dokunulmazlığı kaldırılan dosyalar bakımından, dokunulmazlığın yeniden kazanılacağına açık olduğu... ifade edilmiştir."

85. Anayasa Mahkemesi somut başvuruda geçici 20. maddeyi yorumlarken Anayasa değişikliğinin hazırlık çalışmalarında ortaya konan değerlendirmeleri de dikkate almaktadır.

(4)Sonuç

86. Somut olayda Anayasa'nın 83. maddesinin "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz." biçimindeki ikinci fıkrasının genel hüküm; geçici 20. maddenin "bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz" biçimindeki hükmünün ise genel hükme getirilen bir istisna hükmü olduğu konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır.

87. Bu kapsamda her bir dokunulmazlık statüsünün bir yasama döneminde kazanılıp yasama dönemi sona erdiğinde de kaybedileceğini ifade eden 83. maddenin "Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır." biçimindeki dördüncü fıkrasına getirilmiş bir istisna hükmü bulunmamaktadır. Başka bir deyişle tekrar seçilen milletvekilinin Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca yeniden dokunulmazlık kazanacağı kuralı esastır ve geçerliliğini korumaktadır.

88. Geçici 20. madde açık bir şekilde ikinci fıkraya bir istisna getirdiğine göre tekrar seçilen milletvekilinin 83. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca yasama dokunulmazlığını kazanmasını engelleyen bir istisna hükmü yoktur. Böyle bir istisna hükmü anayasa koyucu tarafından ayrıca ve açıkça konulmadığına göre yeni seçilen milletvekilleri 83. maddenin sağladığı dokunulmazlıktan tam olarak faydalanır, TBMM yeniden dokunulmazlığını kaldırmadığı sürece haklarında soruşturma yürütülemez ve kovuşturma yapılamaz.

89. Anayasa koyucu geçici 20. maddede yeni bir istisna konulması veya yorum yoluyla istisnanın kapsamının genişletilmesi konusunda yargı organına açık bir yetki vermemiştir. Kaldı ki yargı organı kural koyucu bir organ olmadığı için yorum yolu ile istisna da oluşturmaz. İstisna getirmek kuralı değiştirmek olduğuna göre yargı organının böyle bir yetkisi yoktur. Dolayısıyla bir konuda istisna yok ise yargı organı genel kuralı uygulamak zorundadır. Somut olayda geçici 20. maddede tekrar seçilen milletvekilinin yasama dokunulmazlığından faydalanmasını engelleyen ayrı ve açık bir hüküm bulunmamaktadır.

Bu durumda yapılması gereken istisnanın kapsamını yorum yoluyla genişletmek veya yorum yoluyla yeni bir istisna getirmek değil genel kuralı uygulamaktır.

90. Eldeki somut uyuşmazlıkta genel kural olan Anayasa'nın 83. maddesi dar, istisna olan geçici 20. madde ise geniş yorumlanmıştır. Bir istisna geniş yorumlanamaz ve istisnanın kapsamı genişletilemez. Bu ilkenin doğal sonucu olarak başvurucunun yeniden milletvekili seçilmesinden sonra statüsünün geçici 20. madde ile getirilen istisna kapsamına girip girmediği konusunda tereddüt oluşmuş ise başvurucunun durumunun o istisnanın kapsamına girmediği, dolayısıyla kaideye tabi olduğu kabul edilmelidir.

91. Anayasal bir kurum olan yasama dokunulmazlığı milletvekillerinin bir engelle karşılaşmadan yasama faaliyetlerine serbestçe katılmalarını sağlamaya yönelik bir koruma mekanizması niteliğindedir. Bu nedenle yasama dokunulmazlığı, temsili demokrasinin işleyişi bakımından önemli bir işleve sahiptir. Anayasa yargısına hâkim olması gereken hak eksenli yaklaşım yasama dokunulmazlıklarına ilişkin anayasal kuralların yorumlanması için de geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında bu yaklaşımın bir sonucu olarak Anayasa'nın 83. maddesine getirilen istisnaların Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı da dikkate alındığında "dar ve özgürlük lehine yorumlanma"sı gerektiğini ifade etmiştir (*Mustafa Ali Balbay*, § 114; *Mehmet Haberal*, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 99).

92. Buna karşın başvurucunun milletvekili seçildikten sonra yargılandığı davada durma kararı verilmeyerek tahliyesine hükmedilmeksizin yargılanmaya devam olunması ve bölge adliye mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün onanması Anayasa'nın geçici 20. maddesi ile getirilen istisna hükmünün lafzına ve amacına aykırı olarak geniş bir biçimde ve başvurucunun Anayasa'nın 67. maddesinde koruma altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının *aleyhine* olacak şekilde yorumlanması ile mümkün olmuştur.

93. Sonuç olarak Anayasa'nın geçici 20. maddesi ile getirilen istisna hükmünün yeniden milletvekili seçilen başvuru hakkında uygulanması

mümkün değildir. Yeniden milletvekili seçilen başvuruçunun Anayasa'nın geçici 20. maddesi kapsamında değerlendirilerek genel hüküm olan 83. maddesinin dördüncü fıkrasının emredici hükmü gereği dokunulmazlığı tekrar kazandığının kabul edilmemesi, maddenin sözüyle çelişen ve anayasa koyucunun iradesine aykırı bir yorum olmuştur.

94. Açıklanan gerekçelerle yeniden milletvekili seçilmesine karşın hükmen tutuklu olarak kovuşturma sürdürülüp infaz evresine geçilerek başvuruçunun yasama dokunulmazlığını koruyan Anayasa'nın 83. maddesi hükmüne aykırı davranıldığı, dolayısıyla Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınmış olan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

B. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia

1. Başvuruçunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

95. Başvuruçunun 26/11/2018 tarihli başvurusunda;

i. Yeniden milletvekili seçilmesi nedeniyle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tekrar dokunulmazlık kazanması ve tutulmasının hukukiliğini etkileyen yeni bir durum ortaya çıkması nedeniyle serbest bırakılması gerekirken Yargıtayın tahliye kararı vermeyerek tutukluluk hâlini devam ettirmesinin keyfî olduğunu ileri sürmüştür.

ii. Dokunulmazlığı kaldırılmış olsa dahi hâlen bir milletvekili olduğunu, on altı ay boyunca tutuklu olarak yargılanmasının ve mahkûmiyet hükmünün onanmasına kadar serbest bırakılmamasının yasama dokunulmazlığına ilişkin anayasal normların amaçlarına aykırı olduğunu dile getirmiştir.

iii. Hakkında verilen hükmün onanarak kesinleşmesini müteakip ceza hükmünün yerine getirilmesini Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca üyelik sıfatının sona ermesinden sonraya bırakarak tahliye kararı veren Yargıtayın, hakkında henüz kesinleşmiş bir hüküm olmadığı dönemde temyiz incelemesine tutuklu olarak devam etmesinde bir tutarsızlık bulunduğunu belirterek tüm bu sebeplerle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

96. Bakanlık görüşünde başvurucunun kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı yönünden yapılan açıklamaların dışında (bkz. § 50) ayrıca bir değerlendirmeye yer verilmemiştir.

2. Değerlendirme

97. Anayasa'nın "Kişi hürriyeti ve güvenliği" kenar başlıklı 19. maddesinin birinci fıkrası, ikinci fıkrasının ilgili kısmı ve sekizinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir.

Şekil ve şartları kanunda gösterilen:

Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; ... halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.

Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir."

98. Başvurucunun bu bölümdeki şikâyetlerinin özü, mahkûmiyet hükmüyle birlikte verilen tutuklama kararı sonrasında yeniden milletvekili seçilmesi ve dolayısıyla yasama dokunulmazlığından yararlanmasına rağmen Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından tutukluluğun devam ettirilmesine yöneliktir. Dolayısıyla bu kısımdaki iddiaların Anayasa'nın 19. maddesinin -sekizinci fıkrasındaki güvence de dikkate alınmak suretiyle- ikinci fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı kapsamında incelenmesi gerekir.

a. Kabul Edilebilirlik Yönünden

99. Bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilmesi için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru, iddia edilen hak ihlallerinin derece mahkemelerince düzeltilmemesi hâlinde başvurulabilecek ikincil nitelikte bir hak arama yoludur (*Ayşe Zıraman ve Cennet Yeşilyurt*, B. No: 2012/403, 26/3/2013, §§ 16, 17).

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

100. Anayasa Mahkemesi, başvuru hakkında ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmüyle birlikte verilen tutuklama kararının hukuki olmadığı iddiasının dile getirildiği bireysel başvuruyu incelerken başvuruçunun 24/6/2018 tarihinde yapılan genel seçimde yeniden milletvekili seçilmesinin hükümlerle birlikte uygulanan tutukluluğunun devamına engel teşkil edip etmediğinin öncelikle olağan başvuru yollarında derece mahkemelerince incelenmesi gerektiğine işaret etmiştir (*Kadri Enis Berberoğlu*, § 60).

101. Başvuruçunun 24/6/2018 tarihinde yapılan genel seçimlerde yeniden milletvekili seçilmesi üzerine yasama dokunulmazlığından yararlanması gerektiğini belirterek 29/6/2018 tarihinde tahliyesine ve ayrıca yargılamanın durdurulmasına karar verilmesi talebiyle Yargıtay 16. Ceza Dairesine başvurmuştur. Daire 19/7/2018 tarihinde yargılamanın durdurulması talebinin reddine, tutukluluk durumunun ise davanın esasıyla birlikte değerlendirilmesine karar vermiştir. Başvuruçunun, anılan karara itiraz etmiş; Yargıtay 16. Ceza Dairesi 2/8/2018 tarihinde yargılamanın durdurulması talebinin reddi kararının itirazı kabil olmadığını belirtmiş, tutukluluk durumuna ilişkin karar bakımından ise "kararda düzeltme yapılmasına yer olmadığı" şeklindeki bir hükümlerle dosyayı itiraz mercii olan Yargıtay 17. Ceza Dairesine göndermiştir. Anılan Daire 6/9/2018 tarihinde itiraza konu "tutukluluk durumunun davanın esasıyla birlikte değerlendirilmesi" şeklindeki kararda tutukluluğun devamı veya tahliye talebinin reddi yönünde bir hüküm bulunmadığından bu kararın itirazı kabil olmadığını değerlendirmiş ve bu itiraz konusuna ilişkin olarak karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir.

102. Başvuruçunun tahliye talebi, Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından hükmün esasına ilişkin temyiz incelemesi sonucunda 20/9/2018 tarihinde verilen onama kararıyla birlikte değerlendirilmiştir. Daire, yasama dokunulmazlığının, başvuruçunun yargılanması -ve dolayısıyla hükümlerle birlikte verilen tutukluluğun devam ettirilmesi- önünde anayasal bir engel oluşturmadığını değerlendirmiş; bununla birlikte başvuruçunun hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün yerine getirilmesinin Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca üyelik sıfatının sona ermesine bırakılmasına, bu nedenle de başvuruçunun salıverilmesine

hükmetmiştir. Buna göre başvuru tutukluluğun sona erdirilmesi yönünden olağan başvuru yollarını tükettiğinin kabulü gerekir.

103. Öte yandan 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca suç soruşturması veya kovuşturması sırasında "kanunlarda belirtilen koşullar dışında ... tutukluluğunun devamına karar verilen" kişilerin maddi ve manevi her türlü zararlarını devletten istemeleri mümkündür. Buna karşılık Yargıtay 16. Ceza Dairesi, başvuru yeniden milletvekili seçilmesinin bireysel başvuruya konu dosya bakımından yasama dokunulmazlığından yararlanma sonucunu doğurmadığını kabul etmiş ve tutukluluğu devam ettirmiştir. Yargıtay tarafından yapılan bu değerlendirme sebebiyle 5271 sayılı Kanun'un 141. maddesi uyarınca açılacak davada derece mahkemelerinin başvuru yeniden milletvekili seçildikten sonra tutukluluğunun devam ettirilmesinin kanuna uygun olmadığı sonucuna varmaları mümkün görünmemektedir. Buna göre anılan başvuru yolunun somut olayın koşullarında başvuru bakımından etkili ve sonuç almaya elverişli bir hak arama yolu olarak değerlendirilmemesi gerekir.

104. Diğer taraftan bireysel başvuruların başvuru yollarının tüketildiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemiş ise ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekmektedir. Başvurunun süresinde yapılmış olması, her aşamada dikkate alınması gereken usule ilişkin şarttır (Yasin Yaman, B. No: 2012/1075, 12/2/2013, §§ 18, 19).

105. Başvurucunun yeniden milletvekili seçilmesi nedeniyle Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasında güvence altına alınan yasama dokunulmazlığından yararlanması gerektiğinden bahisle yaptığı tahliye talebi ilk olarak Yargıtay 16. Ceza Dairesince 20/9/2018 tarihinde verilen kararla değerlendirilmiştir. Daha önce verilen kararlar tahliye talebinin davanın esasıyla birlikte değerlendirilmesine ilişkindir. Bu bağlamda Yargıtay 16. Ceza Dairesi 20/9/2018 tarihli kararıyla başvuru tahliye talebini Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca uygun görmemiş, buna karşılık aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca mahkûmiyet hükmünün infazı yönünden milletvekilliği sıfatının sona ermesi beklendiğinden başvuru serbest bırakılmasına hükmetmiştir. Başvuru, bu kararı öğrendiği 30/10/2018

tarihinden itibaren otuz günlük başvuru süresi içinde yaptığı 20/11/2018 tarihli bireysel başvuruda, tutukluluğun devamıyla bağlantılı olarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasını dile getirmiştir.

106. Sonuç olarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiası bakımından olağan başvuru yolları tüketildikten sonra süresinde bireysel başvuruda bulunulduğu değerlendirilmiştir.

107. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

b. Esas Yönünden

i. Genel İlkeler

108. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak ortaya konulduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında, şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Dolayısıyla kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı hâlinde söz konusu olabilir (*Murat Narman*, B. No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42).

109. Kişilerin fiziksel hürriyetlerini güvence altına alan Anayasa'nın 19. maddesinin kişi hürriyetinin kısıtlanmasına imkân tanıdığı durumlardan biri de maddenin ikinci fıkrasında "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi*" olarak belirlenmiştir. Bu nedenle yargı organlarınca verilecek mahkûmiyet kararları kapsamında hapis cezasının veya güvenlik tedbirlerinin infaz edilmesi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkını ihlal etmez (*Tahir Canan (2)*, B. No: 2013/839, 5/11/2014, § 33).

110. Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi*" ile bağlantılı bir ihlal iddiası söz konusu ise Anayasa Mahkemesinin görevi kişinin hürriyetten yoksun bırakılmasının kısmen

ya da tamamen bu koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekle sınırlıdır. Eğer tutmanın kısmen veya tamamen bu koşulları taşımadığı tespit edilirse bu durumun meşru bir amacının olduğundan veya ölçülü olduğundan söz edilemez, doğrudan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlal edilmiş olur (*Ercan Bucak (2)*, B. No: 2014/11651, 16/2/2017, § 39; *Şaban Dal*, B. No: 2014/2891, 16/2/2017, § 31).

111. Bir kimsenin "*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi*" kapsamında hürriyetinden yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için her şeyden önce hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin bir mahkeme tarafından verilmesi gerekir. İkinci olarak yerine getirilecek kararın hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirlerine ilişkin olması gerekir. Ceza veya güvenlik tedbiri içermeyen bir karara dayanılarak bir kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılması mümkün değildir. Son olarak hürriyetten yoksun bırakılmanın mahkemece verilen hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin kapsamını aşmaması gerekir (*Ercan Bucak (2)*, § 40; *Şaban Dal*, § 32).

112. Öte yandan Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında, her ne sebeple olursa olsun hürriyeti kısıtlanan bir kimsenin kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı hâlinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkı bulunduğu belirtilirken kısıtlama sebebi bakımından bir ayırım yapılmadığından buradaki başvuru hakkı, elbette mahkûmiyet hükmüne bağlı olarak tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılmayı da kapsamaktadır (*Mehmet İlker Başbuğ*, B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 80). Bununla birlikte Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında güvence altına alınan -tutulmaya karşı- yetkili bir yargı merciine başvuru hakkı, tutulmanın niteliğine uygun başvuruları kapsamaktadır. Tutulmanın niteliği ile bağdaşmayan başvuruların Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamında olduğunun kabulü mümkün değildir (Ç.Ö. [GK], B. No: 2014/5927, 19/7/2018, § 47).

113. Mahkûmiyete bağlı tutulma hâlinde bir mahkeme tarafından verilmiş olan hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı veya bir mahkûmiyet hükmüne bağlı olarak özgürlükten yoksun bırakılma söz konusu

olduğundan mahkûmiyete bağlı olarak tutulan kişi ancak tutulmasının bu niteliğine ilişkin iddialarla -serbest bırakılmak amacıyla- yetkili bir yargı merciine başvurduğu takdirde Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında yer alan güvencelerin -bunlardan tutulmanın niteliğine uygun olanlarının- uygulanması söz konusu olabilir (Ç.Ö., § 49).

114. Bunların yanı sıra mahkûmiyete bağlı olarak tutulan kişilerin tutulmalarının dayanağını oluşturan mahkûmiyet hükmüyle ilgili olarak tutulmaya devam edilmeyi hukuka aykırı hâle getirecek yeni bir meselenin (mahkûmiyete konu olan eylemin suç olmaktan çıkarılması, bir cezasızlık hâlinin bulunduğu anlaşılması, mahkûmiyet hükmünü geçersiz kılan bir kanun değişikliği yapılması gibi) ortaya çıktığını belirterek serbest bırakılmak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurduğunda da Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrası kapsamındaki güvencelerin tatbiki söz konusu olabilecektir(Ç.Ö., § 50).

ii. İlkelerin Olaya Uygulanması

115. Başvurucu, ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmüyle birlikte tutuklanmış ve bunun üzerine söz konusu tutuklama tedbirinin hukuki olmadığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi başvurucu hakkında ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmüyle birlikte verilen tutuklama kararının hukukiliğini Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında *mahkûmiyete bağlı tutma*, bir diğer ifadeyle *"mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi"* kapsamında incelemiştir (Kadri Enis Berberoğlu, § 54).

116. Bu inceleme sonucunda başvurusunun hürriyetinden yoksun bırakılmasının dayanağını oluşturan kararın bir mahkûmiyet hükmü olduğu ve dolayısıyla kararın hürriyeti kısıtlayıcı niteliğinin bulunduğu, mahkûmiyete bağlı tutulma kararını veren mercinin bir mahkeme olduğu ve hürriyetten yoksun bırakılmanın mahkemece verilen hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya tedbirin kapsamını aşmasının söz konusu olmadığı tespit edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu nedenle başvurusunun hükme bağlı olarak hürriyetinden yoksun bırakılmasının hukuka aykırı olduğu yönündeki şikâyeti açıkça dayanaktan yoksun görmüş, buna bağlı olarak

ileri sürülen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasını kabul edilemez bulmuştur (*Kadri Enis Berberoğlu*, §§ 55-61).

117. Buna karşılık başvurunun mahkûmiyete bağlı olarak hürriyetinden yoksun bırakılmaya devam edildiği süreç içinde, başvuru hakkındaki mahkûmiyet hükmünün temyiz incelemesi için Yargıtay 16. Ceza Dairesi önünde bulunduğu esnada yapılan genel seçimler sonucunda başvuru yeniden milletvekili seçilmiştir. Başvurucunun yeniden milletvekili seçilmesi dolayısıyla Anayasa'nın 83. maddesinde güvence altına alınan yasama dokunulmazlığından yararlanıp yararlanmayacağı meselesi, hükme bağlı tutmanın hukukiliğini doğrudan etkileyen bir durumdur. Böyle bir durumda mahkûmiyete bağlı olarak tutulsa da kişilerin tutulmalarının hukuka uygun olmadığını ileri sürme ve serbest bırakılmayı sağlamak amacıyla görevli yargı mercilerine başvurmaları Anayasa'nın 19. maddesinin sekizinci fıkrasında güvence altına alınmıştır (*Mehmet İlker Başbuğ*, §§ 78-86; *Kadri Enis Berberoğlu*, §§ 55, 60).

118. Anayasa Mahkemesi, milletvekilleri hakkında suç isnadına bağlı olarak uygulanan tutuklama tedbirlerinin hukukiliğini incelediği çok sayıdaki kararında yasama dokunulmazlığını *kanunilik* çerçevesinde incelemiştir (diğerleri arasından bkz. *Gülser Yıldırım* (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 126-132; *Ayhan Bilgen* [GK], B. No: 2017/5974, 21/12/2017, §§ 110-116).

119. Buna karşılık yukarıda seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği iddiası yönünden yapılan değerlendirmede yasama dokunulmazlığına istisna getiren Anayasa'nın geçici 20. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra başvurunun yeniden milletvekili seçilmesine rağmen -Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca dokunulmazlığı kaldırılmadan- hakkındaki yargılamaya hükümle birlikte uygulanan tutukluluk hâli sürdürülerek devam olunması ve mahkûmiyet hükmünün onanması Anayasa'nın sözüne uygunluk kriteri yönünden incelenmiştir.

120. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde; seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekilinin

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

Meclisin kararı olmadıkça tutulamayacağı, sorguya çekilemeyeceği, tutuklanamayacağı ve yargılanamayacağı belirtilmiştir. Anılan maddede düzenlenen yasama dokunulmazlığı -bunun istisnasını oluşturan şartlar gerçekleşmediği müddetçe- milletvekillerinin gerek suç isnadına bağlı gerekse mahkûmiyet hükmüne bağlı olarak hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarının önünde doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir engeldir. Yasama dokunulmazlığı kapsamındaki bir suç dolayısıyla milletvekilinin suç isnadına veya mahkûmiyete bağlı olarak tutuklanması tek başına bu tutmayı Anayasa'ya aykırı hâle getirir. Böyle bir tutma Anayasa'nun sözüne uygun olmadığı için tutulmayı hukuka uygun kılan başka herhangi bir nedenin bulunduğu ileri sürülemez.

121. Bu durumda somut olayda başvurunun 24/6/2018 tarihinde yapılan seçimlerde yeniden milletvekili seçilmesi nedeniyle hükme bağlı tutmaya konu olan dosya bakımından tekrar yasama dokunulmazlığından yararlanmaya başlayıp başlamadığının, dolayısıyla da hükümlerle birlikte uygulanan tutukluluğunun devam ettirilmesinin Anayasa'nın 83. maddesine aykırı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

122. Anayasa Mahkemesi, başvurunun seçilme ve siyasi faaliyette bulunma haklarının ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak yaptığı incelemede Anayasa'nın 83. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan *"Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır."* şeklindeki hüküm uyarınca başvurunun tekrar milletvekili seçilmesiyle birlikte hükümlerle beraber verilen tutuklama kararına konu dosya bakımından da yeniden yasama dokunulmazlığından yararlanması gerektiği sonucuna varmış, aksi yöndeki değerlendirmelerin Anayasa'nın sözüne uygun olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden de aynı tespit ve değerlendirmelerin geçerli olduğu açıktır.

123. Buna göre başvurunun 24/6/2018 tarihinde yapılan genel seçimlerde yeniden milletvekili seçilmesi dolayısıyla milletvekili seçildiği tarih itibarıyla tekrar yasama dokunulmazlığından yararlanmaya başladığının, bu nedenle anılan tarihten sonra tutulmaya devam ettirilmesinin Anayasa'nın 83. maddesiyle bağdaşmadığının kabulü gerekir.

124. Başvurucu, yeniden milletvekili seçildikten kısa bir süre sonra 29/6/2018 tarihinde tutulmasının dayanağını oluşturan mahkûmiyet hükmünün temyiz incelemesini yapmakta olan Yargıtay 16. Ceza Dairesine başvurarak yasama dokunulmazlığı nedeniyle tahliyesine karar verilmesini talep etmiştir. Daire 19/7/2018 tarihinde başvurusunun aynı gerekçeyle ileri sürdüğü yargılamanın durdurulması talebini reddederken -herhangi bir gerekçe açıklamaksızın- tahliye talebinin davanın esasıyla birlikte değerlendirilmesine hükmetmiş, başvurusunun bu karara yönelik itirazı da sonuçsuz kalmıştır. Başvurusunun tahliye talebi 20/9/2018 tarihli kararlar esas bakımından değerlendirilmiş; bu bağlamda başvurusunun yeniden milletvekili seçilmesinin yargılamanın (ve dolayısıyla hükümlerle birlikte uygulanan tutukluluğun) devamına engel teşkil etmediği sonucuna vararak mahkûmiyet hükmünün onanmasına, bununla birlikte kesinleşen hükmün yerine getirilmesinin Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca üyelik sıfatının sona ermesine bırakılmasına ve bu nedenle başvurusunun salıverilmesine karar verilmiştir.

125. Sonuç olarak 24/6/2018 tarihinde yapılan genel seçimlerde yeniden milletvekili seçilmesi dolayısıyla tekrar elde ettiği yasama dokunulmazlığı nedeniyle hükümlerle birlikte uygulanan tutukluluğunun devam ettirilmesi önünde doğrudan Anayasa'dan kaynaklanan bir engel olmasına rağmen başvurusunun -buna dayalı- tahliye talebi 29/6/2018 tarihinden itibaren 20/9/2018 tarihine kadar esas bakımından incelenmemiş ve bu süreç boyunca başvurusunun mâhkumiyete bağlı olarak tutulması devam etmiştir. Başvurusunun anılan tarihler arasında hürriyetinden yoksun bırakılması yasama dokunulmazlığına ilişkin güvencelerin yer aldığı Anayasa'nın 83. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

126. Açıklanan gerekçelerle başvurusunun Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

C. Diğer İhlal İddiaları

127. Başvurucu, mahkûmiyet hükmünün dayanağı olan tanık C.D.nin mahkemede dinlenilmeden karar verilemeyeceğini ve Yargıtay

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

içtihatlarına göre mahkûmiyet hükmünde dayanılan HTS kayıtlarının fiziki olarak bir araya gelmenin kanıtı olarak kullanılamayacağını belirterek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca elindeki bilgileri yaydığı iddiasıyla cezalandırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

128. Başvurucunun Anayasa'nın 67. maddesinde korunan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edilmesi nedeniyle yeniden yargılanması gerekmektedir. Başvurucunun adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamında kalan ve yukarıda zikredilen (bkz. §§ 127, 128) şikâyetlerinin yeniden yapılacak yargılama sürecinde derece mahkemeleri ve Yargıtayca değerlendirilecek olması nedeniyle bu aşamada ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

D. 6216 Sayılı Kanun'un 50. Maddesi Yönünden

129. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

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

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

130. Başvurucu, ihlalin tespit edilmesi ve yargılamanın yenilenmesine hükmedilmesi talebinde bulunmuştur. Buna karşılık başvurunun tazminat talebi bulunmamaktadır.

131. Anayasa Mahkemesinin *Mehmet Doğan* ([GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018) kararında ihlal sonucuna varıldığında ihlalin nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda genel ilkeler belirlenmiştir. Anayasa Mahkemesi

diğer bir kararında ise bu ilkelerle birlikte ihlal kararının yerine getirilmemesinin sonuçlarına da değinmiş ve bu durumun ihlalin devamı anlamına geleceği gibi ilgili hakkın ikinci kez ihlal edilmesiyle sonuçlanacağına da işaret etmiştir (*Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, B. No: 2016/12506, 7/11/2019).

132. Bireysel başvuru kapsamında bir temel hakkın ihlal edildiğine karar verildiği takdirde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırıldığından söz edilebilmesi için temel kural mümkün olduğunca eski hâle getirmenin yani ihlalden önceki duruma dönülmesinin sağlanmasıdır. Bunun için ise öncelikle ihlalin kaynağı belirlenerek devam eden ihlalin durdurulması, ihlale neden olan karar veya işlemin ve bunların yol açtığı sonuçların ortadan kaldırılması, varsa ihlalin sebep olduğu maddi ve manevi zararların giderilmesi, ayrıca bu bağlamda uygun görülen diğer tedbirlerin alınması gerekmektedir (*Mehmet Doğan*, § 55, 57).

133. İhlalin mahkeme kararından kaynaklandığı veya mahkemenin ihlali gideremediği durumlarda Anayasa Mahkemesi, 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 79. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin ilgili mahkemeye gönderilmesine hükmeder. Anılan yasal düzenleme, usul hukukundaki benzer hukuki kurumlardan farklı olarak ihlali ortadan kaldırmak amacıyla yeniden yargılama sonucunu doğuran ve bireysel başvuruya özgülenen bir giderim yolunu öngörmektedir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi tarafından ihlal kararına bağlı olarak yeniden yargılama kararı verildiğinde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak ilgili mahkemenin yeniden yargılama sebebinin varlığını kabul hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla böyle bir karar kendisine ulaşan mahkemenin yasal yükümlülüğü, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı nedeniyle yeniden yargılama kararı vererek devam eden ihlalin sonuçlarını gidermek üzere gereken işlemleri yerine getirmektir (*Mehmet Doğan*, §§ 58, 59; *Aligül Alkaya ve diğerleri (2)*, § 57).

134. Ayrıca Anayasa Mahkemesince yargılamanın yenilenmesine hükmedilen hâllerde derece mahkemesinin yeniden yargılamaya karar

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

vermesi için lehine ihlal kararı verilenin ya da ilgili başka kişi veya kişilerin talepte bulunması gerekmemektedir. Derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararı kendisine ulaşır ulaşmaz -ilgili usul kanunlarında düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak- taraflarca başvuru yapılmasını beklemeksizin yeniden yargılama yapmak yükümlülüğündedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin ihlal kararının gereği olarak yeniden yargılama yapılacak hâllerde usul hukukundaki yargılamanın yenilenmesi kurumundan farklı olarak bir kabule değerlik incelemesi aşaması da bulunmamaktadır (*Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), § 58).

135. Bu bağlamda derece mahkemesinin öncelikle yapması gereken şey, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararı gereğince yeniden yargılamaya başladığına dair karar almaktır. Esasen derece mahkemesinin yeniden yargılama yapılması yönünde karar almasıyla birlikte bir temel hak veya özgürlüğü ihlal ettiği Anayasa Mahkemesince tespit edilen önceki kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Mahkeme sonraki aşamada ise Anayasa Mahkemesi kararında tespit edilen ihlalin sonuçlarını gidermek için gereken işlemleri yapmakla yükümlüdür (*Aliğül Alkaya ve diğerleri* (2), § 59).

136. İncelenen başvuruda yasama dokunulmazlığına rağmen hükümlerle birlikte uygulanan tutukluluğun sürdürülmesi sebebiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının; tutukluluğun sürdürülmesi, yargılamaya devam olunması ve mahkûmiyet hükmünün onanması nedenleriyle de seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Dolayısıyla ihlalin mahkeme kararlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır.

137. Bununla birlikte başvuru hakkındaki davada 20/9/2018 tarihinde tahliye kararı verilmiş ve başvuru tutukluluk hâli sona ermiştir.

138. Somut olayda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ihlalinin tespit edilmesinin başvuru tutukluluğunun uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı açıktır. Ancak başvuru, tazminat talebinde bulunmadığından tutukluluk yönünden ayrıca bir giderime hükmedilmesine gerek görülmemiştir.

139. Buna karşılık seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Yapılacak yeniden yargılama ise bireysel başvuruya özgü düzenleme içeren 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına yöneliktir.

140. Bu kapsamda mevcut başvuruda yeniden yargılama yapılmak üzere kararın bir örneğinin İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekmektedir. *İlk derece mahkemesince yapılması gereken ilk iş* Yargıtayın onama kararına bağlı sonuçların geri alınması amacıyla yeniden yargılama kararı verdikten sonra başvuru hakkındaki yargılamanın durmasına karar vermektir.

141. Dosyadaki belgelerden tespit edilen 589,40 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.589,40 TL yargılama giderinin başvurucuya ödenmesine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. 1. Seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

2. Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. 1. Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

2. Anayasa'nın 19. maddesinde güvence altına alınan kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

C. Diğer ihlal iddialarının İNCELENMESİNE GEREK BULUNMADIĞINA,

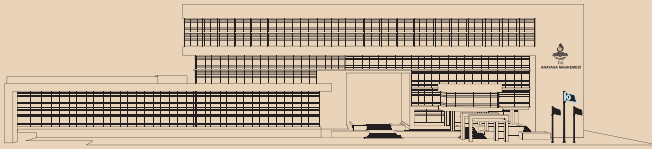
D. Kararın bir örneğinin ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesine (E.2016/205, K.2017/97) GÖNDERİLMESİNE,

Seçme Secilme ve Siyasi Faaliyette Bulunma Hakkı

E. 589,40 TL harç ve 3.000 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 3.589,40 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

G. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE
17/9/2020 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.



İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya / ANKARA
Tel : 0 312 463 73 00 • Faks : 0 312 463 74 00
E-posta : bilgi@anayasa.gov.tr
Twitter : @AYMBASKANLIGI
www.anayasa.gov.tr

